



**CONGRESO
LABORAL
2020**

El cambio es jurídico

1
3
·
1
4
·
1
5
·
O
C
T

**Preguntas y respuestas
en materia laboral en el
contexto de la crisis actual**



**CONGRESO
LABORAL
2020**

Patrocinan



Colaboran



ÍNDICE

Resolución de cuestiones planteadas durante el Congreso.....	4
• ERE, ERTE y despido.....	6
• Teletrabajo y trabajo a distancia	15
• Conciliación laboral	18
• Ley Concursal	20
• Compliance laboral	21
• Protección de datos	21
• Representación sindical, negociación colectiva y convenios sectoriales	24
Cuestiones respondidas con posterioridad al Congreso	28

Resolución de cuestiones planteadas durante el Congreso

Respuestas elaboradas a partir de la opinión manifestada por el panel de ponentes y que no pretenden resolver dudas a un concreto supuesto o atender a una consulta profesional, sino iluminar el tipo de problema suscitado y desde una perspectiva académica de carácter general.

➤ ERE, ERTE y despido

- **En los llamados “ERTEs impedimentos” RDL 30/2020, ¿pensáis que es posible la afectación y desafectación de personas a los mismos? ¿Es posible incluir en ellos a personas que no han sido incorporadas a un ERTE anterior?**

Efectivamente, dentro del elenco de ERTes posibles, ahora tenemos el de impedimento y el de limitaciones, además del de rebrote, que no hemos anulado, del anterior Real Decreto Ley. Lo que sorprende de la lectura de este artículo 2 con los dos apartados de estos ERTes, es que está hablando de ERTE de limitaciones o de impedimentos y establece las características y la definición a los efectos de la exoneración de cuotas, porque el procedimiento de tramitación y de reconocimiento o de declaración de la concurrencia de fuerza mayor es el del artículo 47 y el general.

Efectivamente podemos afectar y desafectar al colectivo de personas que su contrato de trabajo se ve impactado de alguna manera por esta limitación o este impedimento, entendiendo por impedimento esta situación agravada en la que se habla de un cierre del centro también y, por tanto, de la imposibilidad de desarrollar la actividad. Mientras en el de limitaciones se refiere al impacto en la actividad normalizada. En cualquier caso, hay que analizar en el centro esta decisión de la autoridad (sanitaria, española, extranjera, etc.) y cómo impacta en los contratos de trabajo, para a partir de ahí determinar el perímetro del ámbito subjetivo que puede ser afectado. En principio en los ERTes de fuerza mayor, lo único que pedimos a la Administración es que declare la situación de fuerza mayor, e incluso está el debate de si lo autoriza o no. A partir de aquí es el empresario el que determina esta suspensión de contratos en función de esta causa.

Los ERTes de impedimento son distintos de los de limitación. Los de impedimento además impiden el desarrollo de la actividad como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas a partir del 1 del 10. Con

lo cual, no nos valdrían medidas que hubieran sido acordadas con anterioridad, ya sea por autoridades extranjeras o españolas. Y el de limitación, del desarrollo normalizado de su actividad como consecuencia de medidas adoptadas, en este caso solamente por autoridades españolas, y además no tienen que haber sido adoptadas antes del 1 del 10.

Sin duda, aunque no está contemplado expresamente, en este caso también se podría. Lo hemos visto recientemente. Teníamos una medida de contención, muchas empresas recuperaron a trabajadores de los ERTEs y sin embargo surgió el estado de alarma en la Comunidad de Madrid. Hubo empresas que desafectaron a trabajadores y que tuvieron que volver a reincorporarlos a los ERTEs porque surgieron las limitaciones y el confinamiento. Sin duda, tiene que existir la flexibilidad. Otra cosa distinta es la burocracia administrativa que conlleva todas esas entradas y salidas de los trabajadores.

- **¿La salvaguarda comienza a computar desde la salida del primer empleado del ERTE o desde que cada uno individualmente sale del ERTE?**

Desde la primera persona que sale del ERTE o mejor dicho, si van escalonados es muy posible que sea a medida. La ley no da una respuesta clara, la ley dice que el periodo de cómputo de salvaguarda se va estableciendo en función del momento que cada trabajador sale del ERTE, excepto en el caso de ERTE de rebrote que el plazo de seis meses computa a partir del 26 de junio.

La disposición adicional sexta del Real Decreto ley ha tenido ya cinco versiones, la última dice que las medidas están sujetas a un compromiso de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, y añade que se entiende por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

Al final, la salvaguarda de empleo, entre las excepciones, los supuestos de inaplicación como el riesgo de concurso, y el modo tan flexible en que el legislador ha dicho que se computa la fecha de reanudación de la actividad es la de la reincorporación, aunque sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

El contador de los seis meses se pone en marcha con las primeras reincorporaciones.

La idea que me ha quedado es que la salvaguarda de empleo nació como una obligación respecto de cada contrato de trabajo.

- **Trabajadores que entran y salen del ERTE, el plazo de 6 meses para cada uno de ellos. ¿Desde cuándo computa en general los 6 meses?**

El 17 de marzo nos dicen que desde el reinicio de la actividad, pero los que han reducido la jornada no han parado la actividad. Y el 13 de mayo nos dice que es desde que se reincorporan los trabajadores a la actividad, con lo que apunta a una cláusula de salvaguarda individual, es decir, se encadena cada trabajador esos seis meses. En este caso es una transacción entre bonificación y empleo, es decir, yo te bonifico el ERTE y a cambio mantienes el empleo. La tendencia a día de hoy es que cada trabajador una vez agota la exoneración, es decir, desde la última vez que ha estado afectado, ahí empezaría el cómputo pero respecto a cada trabajador.

Ha quedado de manifiesto que hay dos grandes tesis que son opuestas. La del cómputo individual de los seis meses con la consecuencia de que se incumple, hay devolución individual. La otra tesis es que el cómputo es global en el momento en que se incorpora una persona comienza los seis meses, y si se extingue cualquier contrato, se devuelve la totalidad de las bonificaciones.

- **Una vez que tenemos en marcha el ERTE impedimento, si desaparece el impedimento, ¿podía entenderse que renace o continúa vigente el ERTE de fuerza mayor que fuera previo?**

Es complicado, pero me voy a aventurar por el sí. Porque da la sensación de que a lo de la renuncia al ERTE de fuerza mayor no se le ha dado todo el carácter obligatorio que quizá debería tener. Es posible mantener varias estructuras de ERTE y mover al colectivo de trabajadores de una afectación a otra, también en función de la causa. Intuyo que puede ser posible.

- **¿No sería conveniente que el Supremo en pleno marcara un criterio interpretativo del mantenimiento del empleo, tal y como se hacía en civil en materia de gastos hipotecarios y cláusulas suelo?**

Sí, pero el Tribunal Supremo solo puede resolver los asuntos que le llegan y con los plazos que hay es complicado que se unifiquen. Hay procedimientos para propiciar una respuesta pronta del Tribunal Supremo sin tener que seguir los trámites. Hay unos mecanismos en la Ley Reguladora para llevar al Tribunal Supremo vía Fiscalía que no han funcionado. Seguramente hay que ampliar esa posibilidad, para que en el momento se vea que ante normas nuevas hay doctrina discrepante, inmediatamente llegue al Supremo y a través de un procedimiento preferente y sumario se unifique cuanto antes.

El primer movimiento de ficha que vamos a tener ahí es qué va a hacer la Inspección cuando liquide estas exoneraciones. Por desgracia se van a producir despidos de forma inminente. Ahí se verá si es un 1+1 o devuelvo todas las exoneraciones. Los primeros juzgados de lo contencioso que conozcan estas actas de liquidación van a apostar por la proporcionalidad.

- **¿Podemos finalizar el contrato eventual de un trabajador que está en un ERTE de fuerza mayor con un contrato eventual que llega a su término pero resulta que ese contrato eventual está soportado por una persona con reducción de jornada e incluida en el ERTE por fuerza mayor?**

El hecho de que esté incluida en el ERTE por Fuerza Mayor tiene que estar prorrogada su duración. Porque es una eventual.

Tú consideras que el que llegue su término no se puede entender en términos absolutos, sino que se paralizó al empezar el ERTE y hay que esperar a que acabe. Con lo cual no es que se incumpla la cláusula de salvaguarda de empleo porque entraría en las excepciones, sino que se incumple la consecuencia del ERTE. Estaríamos ante una extinción indebida.

La cláusula de salvaguarda de empleo hace referencia a las exoneraciones. Tiene como penalización las exoneraciones no la calificación de la extinción.

- **En las empresas, ¿se puede hacer un despido colectivo, tramitar un despido colectivo o notificar un despido objetivo individual con efectos de febrero? ¿Qué pasa si el 30 de enero se prorroga la prohibición de despedir?**

Hasta ahora tenemos dos criterios. Hay que buscar el punto de conexión ¿Qué norma hay que aplicar? Cuando se inicia el procedimiento de despido colectivo, qué es lo que dicen las normas que han regulado el procedimiento de despido colectivo (que dice si ya está empezado se queda con lo anterior) o las normas vigentes cuando se extinguen los contratos y cuando se habla de indemnización o de responsabilidades anudadas a la extinción no de procedimiento, es el punto de conexión. Por lo tanto, si la imposibilidad es de invocar la causa, parece que el punto de conexión es el segundo.

- **¿Dónde podemos poner la línea divisoria entre despido objetivo de trabajador con 62 años donde se reconoce la procedencia del mismo y se pacta una indemnización (superior a los 20 días) y la existencia de connivencia entre las partes?**

Desde la Agencia Tributaria se están levantando muchas actas de despidos de personas en edad cercana a la jubilación por entender que hay una connivencia y no un despido real. Nosotros aconsejamos a los clientes es que se alegue una causa al menos real

y que en el caso de que haya un acuerdo se formalice judicialmente, para dar mayor apariencia de que haya un despido. Pero el riesgo siempre va a estar ahí. Despidos de gente de 60 y muchos años que se lleven indemnizaciones millonarias, pues Hacienda va a mirarlo con lupa.

En la práctica el criterio de cálculo o si hay una pauta que lo puedan asociar a prejubilaciones va a jugar en su contra. La prueba que se pueda aportar de la causalidad real invocada es muy importante y ayuda.

- **¿Desde cuándo se computa la cláusula de mantenimiento? ¿Y si es el cómputo individual?**

En algún caso desde el 13 de mayo que delimita el concepto. Y en todo caso 1+1 proporción a trabajadores despedidos

- **Cuando con motivo de la crisis del Covid las empresas apuestan por los ERTEs a cambio de ciertas ventajas, adquieren un compromiso para mantener el empleo de los trabajadores, pero este no se aplica cuando estamos en una empresa en la que concurre riesgo de concurso de acreedores. ¿Qué es esto de riesgo de concurso?**

Llama mucho la atención que se dé un régimen distinto a las empresas en riesgo de concurso frente a las que ya están en concurso, porque lo lógico es que se hubiese extendido el régimen a las empresas en concurso en esta materia y no se ha hecho, al contrario.

El régimen en concurso es una cláusula muy importante para las empresas; primero, porque no se refiere a riesgo inminente ni grave, solo a riesgo. Y segundo, porque el término riesgo se refiere a amenaza pero no exige que concurran los presupuestos del actual artículo 2. Hay que hacer una interpretación flexible de la norma. Los tribunales tienen mucho margen para poder aplicar esta exención teniendo en cuenta el objetivo que se pretende, y es que hay veces que el compromiso de mantenimiento de empleo es imposible o se tiene que hacer a costa de que la empresa no pueda tener viabilidad. Con lo cual, la interpretación de los tribunales podría ser flexible. Las empresas deberían guardar o acumular información que permita a posteriori justificar por qué no se ha podido respetar el compromiso de mantenimiento del empleo.

- **Cláusula de salvaguarda de empleo y la posibilidad de que se negocie el modo de computar los plazos.**

Si el valor del acuerdo tiene la eficacia que le queremos dar, posiblemente el ámbito en el cual la ley se establece puede ser modificado, porque a priori, salvo que consideremos que es una materia que está expresamente excluida del acuerdo de la

negociación colectiva, podemos cambiar el tiempo de cualquiera de estas cuestiones. Es importante adaptarse a las necesidades concretas.

Hay un problema porque estamos hablando de las cláusulas de mantenimiento del empleo de los ERTE que están ligadas a la percepción de grandes exoneraciones por parte de las empresas. Están ligadas a una política de mantenimiento del empleo en el que las arcas públicas han desembolsado ingentes cantidades de dinero.

Que establezcamos una hipotética sanción consistente en la devolución de las exoneraciones no es nuevo, ya fue visto en otros periodos con el mínimo exento y la tarifa plana. Considero que hemos de tender más hacia elementos puramente jurídicos que a elementos de onerosidad.

- **¿Es posible que la empresa esté obligada a la prórroga del contrato eventual para cumplir la salvaguarda de empleo?**

El contrato eventual se acabaría antes de los seis meses, simplemente proyectando los dos meses o el mes de ERTE que haya habido, pero después de salir del ERTE no ha trabajado seis meses y se daría la prórroga. Esto sería exigible o la empresa podría decir que su compromiso es extinguir el contrato añadiendo el tiempo que estuvo suspendido, pero no hasta llegar hasta los seis meses. Es decir, al eventual le quedan dos meses, llega el ERTE, y cuando sale del ERTE la empresa le dice que trabaje esos dos meses, pero el eventual cuando acaba este periodo incide en la cláusula de salvaguarda de empleo y pide que la empresa le siga dando empleo porque es posible prorrogar su contrato otros cuatro meses.

La ley contempla como un supuesto de no incumplimiento de la cláusula de salvaguarda los casos de los contratos temporales en los que ha llegado a término. La ley permite que como ha llegado a término la duración temporal prevista inicialmente, que ese fin de la relación laboral no suponga un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda.

La ley también excluye los supuestos que estén contemplados en el art. 5 de la Ley Concursal que es cuando existe un riesgo de insolvencia. Ahí a pesar de que no se mantenga a los trabajadores que pudieran estar afectados por el ERTE, es decir, a pesar de que no se mantenga seis meses, la ley permite que la relación laboral se extinga.

Y otro supuestos que también permiten explícitamente que la relación se extinga sin llegar a los seis meses es el de los sectores especialmente vulnerables por el trabajo estacional (vinculados a la actividades artísticas como se refleja en el RD Ley 11/20). Estos sectores tienen un periodo de eventualidad, ese servicio es productivo durante

un tiempo, pero pasado ese tiempo no lo es. Hay restricciones en los sectores que por su propia temporalidad no se deberían mantener. En un primer momento en la disposición adicional sexta no se hizo ninguna exclusión a la cláusula de salvaguarda de empleo, pero después se han incorporado esas excepciones.

- **Las empresas públicas que han visto impedida su actividad han tramitado ERTEs. Ya hay varias sentencias que dicen que no se pueden suspender los contratos porque el Estatuto de los Trabajadores dispone que el artículo 47 no se aplica en el sector público, por lo tanto tienen que mantener la retribución y la actividad, y si no pueden mantenerla tienen que pagar aunque no se trabaje.**

He leído esas sentencias y estoy en desacuerdo, las empresas públicas no están excluidas en virtud de la norma especial que existe. He analizado la referencia que hace a Administraciones Públicas y organismos dependientes o asociados a las mismas y, analizando esa normativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, he llegado a la conclusión de que las empresas públicas sí tienen posibilidad de presentar los ERTE al amparo de la norma Covid.

- **Conexión entre contratos temporales afectados por el ERTE y su finalización con la cláusula de salvaguarda de empleo. Si un contrato temporal está suspendido por el ERTE, el artículo 5º del RD Ley 9/20 dice que se interrumpen, que quiere decir que se paralizan. El contrato temporal está suspendido por el ERTE, mientras está suspendido el contrato, llega el término final previsto. ¿Cómo se combina la llegada del término final con la suspensión y la mal llamada interrupción? ¿En qué se traduce eso?**

Cuando un contrato temporal se ha suspendido, el tiempo de suspensión se acumula a lo que hubiese sido normal. Si un contrato tiene una duración de 6 meses y se ha suspendido 2, en la realidad va a tener una duración de 8 meses, dos de los cuales en situación de ERTE. El problema se plantea cuando esa situación en la que se encontraba, al salir del ERTE el contrato temporal hubiese llegado a término, y resulta que aunque se prorrogue su duración no es productivo para la empresa.

Por ejemplo un trabajador que se contrata para la recolección de la fresa (época productiva que va de marzo hasta mayo) y el contrato se suspende por un ERTE durante 2 meses y se le prorroga hasta agosto. Ese contrato pierde su objeto, y la ley dice que no se entiende el compromiso de la duración de empleo en los supuestos en los que el contrato se extingue por expiración del tiempo convenido (ha llegado la fecha pactada y no es viable) o bien cuando la realización de la obra o servicio de objeto ya se ha llevado a la práctica, y no hace falta seguir prorrogándolo, o bien cuando

ya no puede realizarse de forma inmediata la actividad de objeto de la contratación. La persona que ha sido contratada para la recogida de la fresa no puede reactivar su actividad temporal. La cláusula de salvaguarda de empleo no se entiende cumplida y la extinción contractual de esos contratos temporales permitiría perfectamente que la empresa mantuviese las cuotas de bonificación a la Seguridad Social que le habían sido concedidas. En estos supuestos la ley lo ve como una excepción. Hay que acreditar que el contrato se ha cumplido y que no tiene sentido mantenerlo.

Cuando la norma dispone la interrupción de los contratos temporales y no establece excepción, sino que dice que por un periodo equivalente al periodo suspendido, en realidad está pensando en que es posible ejecutar los contratos, pero luego llega la cláusula de salvaguarda y tácitamente viene a decir que no necesariamente el tiempo suspendido tendrá que ejecutarse el contrato y no solo si es posible.

Si quedaban 2 meses para acabar el contrato eventual, y cuando acaba el ERTE resulta que la finalidad del contrato eventual no permite que se ejecute, la empresa no incumpliría la obligación de dar ocupación efectiva durante el tiempo suspendido, sino que podría acabarlo.

- **Por ejemplo, un trabajador eventual contratado para fabricar 1.000 mesas, entra en ERTE, y cuando puede reiniciar la actividad, la empresa principal ha rescindido el encargo de las mesas. De este modo ha perdido el objeto por el que había sido contratado. Si ocurriendo las cosas en el ejemplo propuesto de un fabricante de mesas antes de que acabe el ERTE ¿la empresa podría decir que se extingue su contrato porque ya no es necesario? o ¿hay que esperar a que finalice el ERTE para el grupo profesional al que corresponda el trabajador?**

Aquí entraría en juego la cláusula del art. 2 que dice claramente que no puede ponerse fin a un contrato por las causas del art. 22 por fuerza mayor o por las causas del art 23 por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. El contrato de ese trabajador temporal ha perdido el objeto, pero la ley no permite que el empresario le ponga fin, y por eso habría que calificarlo como improcedente.

- **Contrato temporal que incorpora periodo de prueba. Se suspende el periodo de prueba no solo el contrato mientras está en el ERTE ¿la resolución del contrato durante el periodo de prueba podría entenderse como que incumple la salvaguarda de empleo?**

En la disposición adicional sexta se han incluido algunas de estas situaciones como supuestos de incumplimiento, no las marca la ley, sino que han sido objeto de interpretación por parte de la Dirección General de Trabajo. Por ejemplo, se considera

incumplimiento de la cláusula de salvaguarda de empleo cualquier resolución calificada como improcedente o nula, extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario o persona física, extinción de mutuo acuerdo...desistimiento del periodo de prueba. De acuerdo con estas pautas de interpretación de una resolución de la Dirección General de Trabajo, la respuesta sería no.

La extinción por muerte del empresario me la plantearía como si fuese un incumplimiento, porque ahí es una situación sobrevenida, no es un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda.

- **Sobre los fijos discontinuos, ¿qué opina respecto a la reciente sentencia del Tribunal Supremo conforme a la cual cuando son despedidos solo computa a efectos de indemnización el tiempo efectivo de prestación de servicios?**

Luxemburgo dijo, y el Supremo rectificando también dijo, que a efectos del complemento de antigüedad computa todo el tiempo de duración del contrato. Mientras que a efectos de despido no es así.

Esa regla tiene su lógica. Por ejemplo, un trabajador fijo discontinuo que trabaja dos meses al año parece razonable que no se le dé un cómputo a efectos de indemnización similar al de un trabajador que está 365 días al año.

Esta problemática se generaba con los trabajadores de la Agencia Estatal Tributaria que querían que todo el tiempo que habían estado vinculados con la agencia se les computase como si fuesen efectivos contando con que realmente solo estaban trabajando en el periodo de la campaña de la renta. Esto puede perjudicar al resto de trabajadores.

Por ejemplo en el caso de la Agencia Estatal Tributaria había normas en el convenio que permitían la progresión del periodo del tiempo de servicio efectivo, ¿qué pasaba? lo que pasaba en la práctica es que el trabajador que estaba los 12 meses trabajando durante por ejemplo 5 años se encontraba con que los trabajadores fijos discontinuos que habían estado en siete campañas de la declaración fiscal, trabajados se suponían 14 meses, se les computaba por encima del trabajador que estaba trabajando todos los días.

Por supuesto que hay respetar los derechos de los trabajadores fijos discontinuos, pero no dándoles más derechos de los que tienen los trabajadores fijos. Hay que mirar con mucho detalle cada convenio y la proyección que tiene el cómputo de ese periodo de servicios.

- **Reducción de jornada del 100% ¿no será una forma de permitir que esté activa la protección frente a despidos o similares a quien tiene reducida la jornada?**

Así mantiene la reducción de jornada. La respuesta es que es una figura inusual, una relación laboral en la que no se presta ningún servicio, en la que no se retribuye ningún salario y dice que es una reducción de jornada. Nunca se ha visto y se trataría de un “contrato parcial fantasma”. No se sabe cuál es la finalidad. Podría ser suficiente con una cláusula que indique que en el caso de que se reduzca la jornada 100% la reincorporación del trabajador será automática, se reserva la plaza. Hay otras vías para proteger.

- **¿Cuál crees que sería el impacto de las aportaciones al Tesoro Público por despidos, antes de que transcurra un año del ERTE?**

Sin duda, el telón de fondo ha sido la incertidumbre hacia dónde íbamos a ir y cómo nos iba a afectar. La gran cuestión ha sido qué tipo de medidas adoptar que te protegieran de cara a situaciones futuras que no puedes saber si se van a producir o no, pero que la compañía tiene que plantearse todos los escenarios. En ese sentido, se ha sido conservador. En muchos casos se ha procurado no aplicar esas exenciones, pese a que era posible hacerlo. Ante la incertidumbre es mejor plantearse todos los escenarios posibles y dar respuesta al peor de ellos, aunque ojalá no se cumpla.

La mejor medicina es la prevención y la planificación, si no, la única defensa es tirar de tesorería, pedir préstamos o hay quien dice que sería una norma contraria a la Constitución. Eso ya son palabras mayores.

- **En Baleares se ha dicho que el fin de la temporada turística era el 30 de septiembre. ¿Qué pasará con la hostelería sin clientes y sin exoneraciones?**

Totalmente de acuerdo con la reflexión. Se acaba la temporada turística pero tampoco sabemos si se va a abrir la de la nieve. Es otra de las cuestiones que se van a plantear. Yo creo que hay que plantearse si se sigue en una situación absolutamente coyuntural y es posible plantear un ERTE. Es decir, los ERTE por impedimento o por limitación, realmente no son otro tipo de ERTE adicional sino que es una causa de fuerza mayor específica. No quiere decir que no exista otro tipo de fuerza mayor que pueda ser también objeto de un ERTE.

- **ERTE de fuerza mayor que empieza el 19 de marzo del 2020. El día 25 de marzo, la empresa que tiene a toda la plantilla en el ERTE, incorpora a una persona. El plazo de 6 meses de salvaguarda de empleo, aunque sigan en el ERTE todas las personas afectadas menos una, ¿realmente empezó a contar el 25 de marzo?**

Es a lo que me refería al haber creado una figura híbrida como es la fuerza mayor parcial... Estos seis meses se activaban con la idea de la recuperación de la actividad, se podría defender que la incorporación de esta persona podría serlo, pero al ser solo una persona y los demás se mantienen en el ERTE, la respuesta es que no valdría para generar esta activación de los seis meses.

- **Salvaguarda de empleo. La empresa no podía dar ocupación efectiva, el trabajador podía extinguir el contrato por incumplimiento, ¿eso se entendería como incumplimiento de la salvaguarda de empleo?**

A priori sí. Cualquier finalización del contrato aunque sea a instancia o petición del trabajador, pero que venga impuesta de alguna manera, ya sea de un incumplimiento de deberes por parte del empresario, ya sea porque es una modificación sustancial que puede acabar con una situación de extinción, nos encontramos con una situación extintiva que podría entrar y activar la salvaguarda de empleo.

- **Tenemos un ERE, un despido colectivo, que se pacta con los representantes de los trabajadores y la particularidad es que surge cuando ha terminado el ERTE por fuerza mayor. ¿La empresa estaría incumpliendo la salvaguarda de empleo? ¿Qué tendría que devolver, las cotizaciones bonificadas de toda la plantilla que ha estado en ERTE o solo las de la gente que sea despedida en el despido colectivo?**

La interpretación más natural del precepto es que el incumplimiento activa la devolución de todo, pero también estoy de acuerdo en introducir el principio de proporcionalidad aquí, que tiene todo el sentido del mundo.

En mi opinión son dos cosas distintas: el compromiso del mantenimiento del empleo y la denominada prohibición de despedir, que también podría aplicar a un despido colectivo. Pero centrándonos en el mantenimiento del empleo, la cuestión es que el plazo de los seis meses es un auténtico galimatías, porque si efectivamente fue un ERTE de fuerza mayor de los iniciales de marzo, a los seis meses vencería ese plazo. Lo que pasa es que si es de los que se ha prorrogado, el plazo vuelve a reiniciarse cuando terminó el antiguo, si el resto de los trabajadores están en ERTE, con lo cual vuelve a resurgir ese plazo de seis meses. En ese supuesto que planteábamos de un

trabajador que se ha reincorporado y el resto sigue en ERTE, significaría que has prorrogado tu ERTE, con lo cual tendríamos seis meses adicionales al transcurso de los seis iniciales.

En el supuesto del despido colectivo, hay que ver si ha habido o no exoneración de cuotas. Si las ha habido, como la garantía de empleo es nominativa, quedaría excluido si se está despidiendo a trabajadores que no hayan sido sometidos al ERTE. No habría incumplimiento.

- **En qué se diferencia una reducción de jornada del 100% y una suspensión del contrato.**

Una reducción de jornada del 100% ya sabemos que es una de las posibilidades que hay ahora con la situación del Covid, con lo cual, mientras esté en vigor el plan McCuida y demás, es una de las posibilidades que hay. Mientras una suspensión del contrato es un tema distinto y además una cuestión extemporal.

Teletrabajo y trabajo a distancia

- **Tratamiento fiscal o de cotización de los gastos que asuma la empresa como consecuencia del teletrabajo. Y si la empresa tendría algún beneficio al ahorrarse el trabajador los gastos de desplazamiento o si la empresa podría llegar a poner un contador o un sistema que inhabilite el teletrabajo fuera de la actividad profesional.**

Desde el punto de vista fiscal es una de las grandes dudas que están por resolver. Aunque se puede delimitar la actividad que se puede realizar con los equipos que pueda proporcionar la empresa, no cabe duda de que es un instrumento que puede utilizar el trabajador para sus temas particulares. Esto pasó en su momento con los coches proporcionados por la empresa; había que determinar cuánto era uso privado o profesional.

Respecto a los ahorros, efectivamente hay ahorros para la empresa y para el trabajador. Ya antes de la pandemia, había trabajadores que solicitaban la posibilidad de teletrabajar o realizar parte de su prestación en casa, por lo que entiendo que también existe algún beneficio para esas personas. Creo que la norma no lo ha contemplado.

- **¿Será legítimo pactar la renuncia a la reversibilidad?**

Yo creo que no. En principio, si en el contrato se establece que el trabajo a distancia se va a realizar así de aquí a 20 años, de alguna manera estás pactando una renuncia a la reversibilidad. Pero con carácter general, renuncio a la reversibilidad, cualquiera de las partes, no es posible.

- **Como la negativa a trabajar a distancia no es causa de la extinción, ¿significa que se reabre la discusión sobre si estamos ante un despido nulo?**

Entiendo que no. Si el despido se basa fundamentalmente en la negativa del trabajador a trabajar a distancia sería un despido improcedente, pero en ningún caso podría calificarse como nulo.

- **Sobre la cotización en la situación de teletrabajo, habría que estar al código de la ocupación de personal administrativo o al CNAE de la empresa. ¿Hay algún criterio orientativo al respecto?**

No conozco que haya un criterio orientativo. Habrá que estar al CNAE de la empresa y luego a la cotización en función del trabajo que realice, del grupo de cotización y la categoría profesional del trabajador. No por prestar el trabajo desde casa con un ordenador se trata de personal administrativo, Dependerá del trabajo que se realice e incluido en el código cuenta de cotización y CNAE, pero según la normativa de órdenes de cotización que publican cada año.

- **Cuando se venía trabajando bajo esta modalidad sin abonar gastos, ¿ahora hay que empezar a abonarlos si previamente no se hacía? En ese caso, ¿significa que ha aumentado el salario?**

La disposición transitoria tercera de este RDL dice que todas aquellas empresas que se estuvieran rigiendo por el artículo 5 del RDL 8/2020 podrían seguir rigiéndose por esa normativa y señala que el sistema de compensación de gastos debe ser abonado por el empresario o pagado por él en cuanto al sistema de compensación se remite a la negociación colectiva para ver cómo lo abonan y como lo pagan. Tendrán que ser pagados por el empresario y la cuantía establecida por la negociación colectiva de la que hablaba Martín Godino de los representantes legales de los trabajadores o de la comisión ad hoc, pero en todo caso deberá ser abonado por el empresario dentro de ese sistema de compensación y de esa negociación.

- **¿Qué pasa si un trabajador no quiere volver a la empresa y esta quiere que se vuelva al trabajo presencial originario?**

Si estamos fuera de los límites establecidos de duración del trabajo a distancia pactado, es decir, si se ha pactado un año y ya se ha superado, caben dos opciones: que ambas partes se pongan de acuerdo para continuar trabajando a distancia por un periodo adicional o si no hay acuerdo, el trabajador tiene que volver. Y si no vuelve, debe ser constitutivo de un incumplimiento de su obligación de trabajo y objeto de sanción disciplinaria.

- **Accidente de trabajo en el domicilio del trabajador por causas no conectadas directamente a la infraestructura que la empresa le facilita.**

A las empresas nos preocupa todo el tema de prevención de riesgos cuando no tienes conocimiento exacto dominio de las instalaciones, los medios y demás, por mucho que hayas facilitado. Y otra preocupación es si estás trabajando en casa y te vas a tomar un café al bar de abajo y al subir tienes una incidencia, ¿eso es 'in itinere' o no? Se abre otro mundo y la norma no despeja en gran medida estas dudas. O si estás en tu sitio de trabajo, vas al servicio y tienes un tropiezo, te caes y tienes una rotura, por lógica debería ser considerado un accidente de trabajo.

Yo creo que debemos remitirnos a la ley de prevención de riesgos laborales. Hay que distinguir la zona de trabajo de las zonas comunes o zona privada del trabajador. En el caso que comenta Marina, si te caes en el baño, eso es una zona privada del trabajador y no se consideraría accidente de trabajo ni responsabilidad de la empresa. Pero si tengo codo de tenista o la lesión del túnel carpiano por el uso del ratón, podríamos estar hablando de riesgos ergonómicos, de si no se han realizado correctamente la evaluación de riesgos... Habría que hacer un informe de la investigación del accidente para ver si se ha producido por falta de medidas de prevención. En cuanto al accidente 'in itinere', hay mucha jurisprudencia de cuándo se considera y cuándo no, si ya ha empezado el desplazamiento o si el accidente se produce antes de salir de casa, pero hay que distinguir entre zona privada y zona de trabajo, la evaluación de riesgos, cómo se ha producido el accidente y si ha habido falta de medidas de prevención.

➤ Conciliación laboral

- **¿No sería mejor que en lugar de dedicar esos fondos públicos a dar premios, se dedicaran a apoyar a las pequeñas y medianas empresas para que afronten los costes de las obligaciones legales de conciliación?**

Son dos cosas diferentes. Una cosa es la visibilidad, desde la parte más social, que es de lo que se encarga la Dirección General de Igualdad, y otra cosa es el apoyo específico económico a pequeñas y medianas empresas, que es competencia de la Consejería de Empleo, que me consta que está haciendo un trabajo muy interesante en cuanto al apoyo a las pymes y a los autónomos.

Se podrían aprovechar parte de los fondos europeos para ayudar a las compañías a través del pilar de igualdad.

- **Cuál es la opinión de la magistrada Lourdes Arastey sobre la reciente sentencia de superposición a vacaciones y los permisos. ¿Es una forma de reconciliar? ¿Está defendiéndose la conciliación familiar cuando se puede superponer las vacaciones y una causa de permiso?**

Yo creo que no se ha tenido esto en cuenta, el TJUE tiene otros cánones y lo que hace es un análisis de si estamos con los permisos o no dentro de la regulación del descanso por vacaciones de la Directiva de tiempo de trabajo para decir que no y, por tanto, todo el tema de los permisos es Derecho nacional. Yo creo que no tiene esa clave.

- **¿Qué hacer si una empresa tiene dos trabajadores en turnos de mañana y tarde y uno de ellos invoca a conciliación pidiendo turno fijo?**

Lo primero que tendría que hacer la empresa es negociar. Tendría 30 días para negociar, analizarlo bien, concienciar, exponer las dificultades de la empresa, porque si solo hay dos trabajadores y cada uno está en una determinada franja horaria, indudablemente no se puede hacer. Habría que exponerlo bien y dejar prueba de las reuniones que se han tenido y luego quizá daría alguna alternativa, pero contestaría diciendo que esa posibilidad no es factible para la empresa por esas determinadas cuestiones.

- **Cambios funcionales o cambios geográficos que podrían afectar a empleados públicos, pero en el ámbito privado de la sanidad ¿no existen esas posibilidades?**

La disposición adicional 18 del Real Decreto-Ley 11/20 se refiere siempre a los empleados públicos que pueden colaborar en el ámbito de su administración de

origen o en cualquier otra de las áreas de sanidad, pero siempre personal público, la restricción se refiere a este tipo de personal. La Orden 232 del año 2020 del ministro de Sanidad tiene una vigencia limitada. En este momento la referencia normativa a la que tenemos que acudir es el artículo 3 del Real Decreto Ley 29/20, que dice que cada CCAA puede destinar al personal médico y de enfermería que presta servicios en establecimientos sanitarios públicos. Mandato de movilidad al personal público.

- **Plan Mecuida ¿Aplica de la misma manera a personal sanitario? ¿Pueden limitarse derechos a personal sanitario?**

Sí se puede aplicar al sector sanitario, porque una cosa es que no hayan podido suspender las relaciones laborales como consecuencia de quien forma parte de un servicio esencial. Hay servicios esenciales que no han podido detener el proceso productivo, pero eso no quiere decir que no haya trabajadores que pueden tener unas obligaciones familiares. Las medidas de conciliación familiar que son el objetivo que persigue el Plan Mecuida no excluyen a los trabajadores de esos sectores, esa exclusión no procede. Los trabajadores del sector sanitario se pueden acoger a los beneficios del Plan Mecuida.

- **Modalidad de contrato parcial, que es el contrato de relevo. Plantean lo que se prevé con carácter general que también se traslade a esta singular modalidad que está anudada a la jubilación de la persona relevada**

Efectivamente, cabría la posibilidad de que ese periodo en el que ha estado suspendido el contrato de relevo, se amplíe incluso en función de un momento en el que el trabajador relevado ya haya pasado a la jubilación del 100%. La ley dice que debe aplicarse en todos los contratos incluidos de relevo, formación, aprendizaje, etc., por tanto, no hay restricción.

- **¿Qué ocurre con los contratos de los deportistas (por ejemplo futbolistas) que son contratos siempre temporales, y como consecuencia de la pandemia la liga retrasa su finalización cuando habían previsto otra fecha fin del contrato? La temporada de fútbol acabó unas semanas más tarde con motivo de la crisis sanitaria, si la construcción de la suspensión durante el ERTE ¿significa que la duración de esos contratos habría que trasladarla al final material de la temporada?**

Por ejemplo, un jugador de un equipo de fútbol que tenía contrato hasta el 30 de junio, había sido ya contratado por otro club para la temporada siguiente, y comenzaba en ese nuevo club el 1 de julio. Al retrasarse la finalización de la liga, el equipo nuevo de fútbol lo reclamó.

En los contratos de los deportistas, si hay voluntad por las dos partes se podría hacer, pero no se puede imponer la prórroga si hay un tercero afectado, por lo menos en este supuesto que no se puede llevar a la práctica. Tiene que haber un consenso entre las partes afectadas.

Ley Concursal

- **Un tema complejo es la pérdida de competencia de la jurisdicción social para decidir si hay subrogación derivada de la transmisión de empresa.**

Puede haber una vía indirecta para que la jurisdicción social se pronuncie y es que se ejercite una acción ante el juzgado de lo social y este considere que no estamos ante una acción que sea competencia del juez del concurso, y declare que hay subrogación empresarial más allá de lo declarado en el auto del juez del concurso. Esta posibilidad no la descarto. No sé si vamos a tener criterios distintos o un conflicto de jurisdicciones.

Ahora, con la nueva Ley Concursal, al decir que el juez del concurso tiene la competencia exclusiva para declarar la existencia de una sucesión de empresa, lo que está diciendo es que la jurisdicción social no la tiene. Pero donde puede haber conflicto es en que el juez del concurso al tener competencia para declarar la existencia de una sucesión de empresa y para delimitar el perímetro de la unidad productiva, puede condicionar el alcance de la obligación de subrogación y el alcance de la obligación de responder solidariamente. La única vía que tiene el juez de lo social al que le corresponda una demanda de este tipo, es plantearse la legalidad de esa norma. Si entiende que es legal, tiene que estar a lo que haya dicho el juez del concurso.

- **¿Qué sucede cuando en la empresa concursada hay gente que quiere marcharse invocando la extinción causal del contrato?**

Se limita el actual precepto a un tipo concreto de extinciones desde el punto de vista temporal que son las iniciadas después de la declaración del concurso. Se trata de acciones muy oportunistas. Lo que nos dice la norma es que quedan suspendidas estas demandas hasta que se dicte el auto en el ERE concursal y, una vez dictado, produce efecto de cosa juzgada. Pero con una matización, en el momento en que llegue la resolución firme en el ERE concursal, hay que archivar las actuaciones.

- **¿Hay novedades respecto al personal de alta dirección, un tipo de empleado que viene dando muchos problemas en los concursos, en el ámbito laboral?**

Se mantienen las previsiones exactamente igual que estaban, pero un problema que se plantea con cierta frecuencia, y que en mi opinión es complicado, es qué ocurre

cuando una persona que tiene un contrato, sea o no escrito, de alta dirección, entiende que no es alta dirección. ¿Tiene que ir ante el juez del concurso por la vía del incidente concursal laboral cuando se produzca la extinción de su contrato, o por el contrario puede acudir a la jurisdicción social defendiendo que como no es alto cargo, no está sujeto a la competencia del juez del concurso? Es el dilema fundamental que plantea dudas y no está resuelto, ni ha incidido en él la reforma.

- **La Ley Concursal dice que siempre que sea posible se procurará el mantenimiento de la productividad. ¿La mera existencia del concurso constituye causa para el descuelgue del convenio?**

La mera situación de declaración del concurso no constituye causa para ninguna medida colectiva. Lo que permitirá fundamentar las medidas son las causas que han determinado el que la empresa termine en concurso y que siguen siendo actuales. Pero lógicamente, si existe una situación de crisis hay que distinguir dos posibilidades: la reducción salarial, que sería por la vía del artículo 41 cuando es colectiva y estableciendo la duración de la medida; y en el artículo 82.3 cuando lo que queremos es reducir, descolgarnos durante un tiempo del convenio colectivo (de los salarios u otras condiciones establecidas en él). Aquí hay un obstáculo curioso, frente a la situación normal, expresamente dice la Ley Concursal que tendrá que haber acuerdo con los representantes de los trabajadores.

► Compliance laboral

- **El compliance, ¿cómo se traslada a las pymes y microempresas?**

En pymes y microempresas es difícil establecer un sistema de compliance laboral porque normalmente no tienen esos procesos tan complejos que pueden derivar en una serie de delitos. Va a depender del sector de actividad en el que esté la pyme, la regulación y la posibilidad de que se vayan a producir una serie de delitos. Más importante que el tamaño de la empresa, es el sector en el que desarrolla su actividad, y la posible comisión de delitos.

► Protección de datos

- **¿Puede negarse el trabajador a que antes de entrar a la empresa haya una empleada con un termómetro de pistola que pretende tomarle la temperatura y negarse también a realizarse una prueba PCR que se va a llevar a cabo en la empresa?**

No puede negarse. La pistola es un error, la toma de temperatura en la muñeca es menos intimidador. La legislación covid nos obliga a ordenar las prioridades, lo más importante es la salud. En un aeropuerto te toman la temperatura y no te niegas, esto debe extrapolarse también en el marco del derecho del trabajo. Porque si no, estaríamos poniendo cuestiones laborales frente a cuestiones de salud.

- **¿ Existe la posibilidad de utilizar los datos biométricos?**

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) realizó un informe de 30 de abril de 2020 relativo a esta cuestión sobre si se podía controlar la temperatura y quien podía controlarla, si lo podría hacer un vigilante, o el personal sanitario según el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La AEPD admite siempre que es válido su uso por un interés de ámbito sanitario, y la aplicación de los principios de la protección de datos. La AEPD dice que la protección de datos no está en estado de alarma, que se sigue aplicando la normativa en este contexto.

Los 2 criterios a los que se refiere son: el principio finalista, es decir, que se haga para un fin concreto delimitado, y el de exactitud de esos datos, que queden definidos de una manera precisa. La normativa de protección de datos la tenemos que tener muy en cuenta porque nos puede generar los problemas. Ese control debe producirse pero hay que ser cuidadoso con el uso de esos datos.

Los datos biométricos son categorías especiales de datos, por tanto su tratamiento no está permitido por regla general, y solo se admiten sobre la base de uno de los supuestos del artículo nuevo de la protección de datos: consentimiento explícito, interés público, o por salud laboral que lo requiera. El dato biométrico es inherente, controla el interior de la persona física en sí misma.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre el despido de la trabajadora que tenía un vehículo de empresa con el GPS instalado y lo ha utilizado mientras estaba de baja ¿no va contra la desconexión digital?

Son dos cosas diferentes, una es la utilización de un medio de la empresa para uso propio y otra cosa es que el control de la utilización de los mismos sea fuera del horario de trabajo, pero es que de otra manera sería incompatible el control. Por lo tanto, no debería verse afectado por la desconexión digital, va a otro ámbito diferente que es el derecho de control por parte empresarial de los medios.

La desconexión digital es un derecho de la persona que es compatible con que un GPS que está en el coche que solo debe utilizarse para fines profesionales siga activo, porque la persona no está controlada, está controlado el vehículo y no estamos en periodo laboral.

La trabajadora estaba informada de los términos y condiciones de uso del GPS, por lo tanto se estaba cumpliendo con el principio de información. Aunque es verdad que la sentencia aplica la ley de protección de datos anterior a la actual, pero los términos del artículo 90 de la LOPD (contenido y uso), esa información es un elemento muy relevante porque la trabajadora conocía el alcance y contenido de ese control, por lo tanto se había cumplido con esa obligación de información. Aunque el supuesto es anterior porque la sentencia cita el artículo 3 o 4 de la Ley de 1999, desde el punto de vista de la lógica de la protección de datos, tiene cierta justificación el razonamiento de la sentencia.

- **Respecto al teletrabajo ¿la empresa puede obligar a quien está teletrabajando a realizar videollamadas con clientes?**

Igual que cuando se suscribe un contrato de trabajo tradicional presencial no hay que especificar si el trabajador tiene que visitar a un cliente, no es necesario formalizar ad náuseam todas las actividades que dentro de la lógica de la prestación de servicios implica una relación laboral dentro de la organización de la empresa. Un teletrabajador, que entre dentro de sus funciones relacionarse con clientes, salvo que lo hubiera prohibido taxativamente el acuerdo individual o un acuerdo colectivo, es parte de la prestación de sus servicios ordinarios.

- **A estas alturas ¿está claro de qué modo se puede utilizar o no la información que la empresa recopila de las redes sociales para adoptar decisiones laborales como contratar, promocionar o despedir, es válido?**

En el planteamiento de la pregunta respecto de las decisiones en global yo creo que hay que tener en cuenta que es indudable que esto va a ser así, y por tanto, deberíamos casi ceñir la pregunta a aquellas decisiones que de forma expresa se diga por el empresario que se está optando por esa medida, porque evidentemente yo no puedo saber si con aquella empresa con la que yo voy a contactar mañana ha mirado mis redes sociales. Hay que tener en cuenta que las redes sociales permanecen allí y lo harán durante mucho tiempo.

Dependerá del tipo de red del que se trate. Si son informaciones que se obtienen en una red abierta, en ese caso sí se podría utilizar esa información. Hay sentencias en España y Francia en la que los pronunciamientos decían que si la red era cerrada, en supuestos como estos hay una mayor limitación al uso de esa información, por tanto de la prueba, y por tanto, de la sanción.

Existe jurisprudencia de varias salas del Tribunal Supremo que indican que el comportamiento tiene que ser muy evidente y haber una clara conexión laboral para legitimarlo.

- **¿Se puede obligar al fichaje a través del teléfono particular, para saber en todo momento su lugar, su posición a través de GPS y así ver el horario real?- Pues por la picaresca española veo que se ficha (si se puede) y posteriormente pasan horas extraordinarias, incluyendo dietas y km por salir fuera del entorno de trabajo (edificio).**

La Ley de Protección de Datos admite que se exija el teléfono particular. Respecto a los medios para el control del registro horario, aquí no hace falta el consentimiento del trabajador. La empresa tiene un mandato legal de registrar la jornada y opta por el método ya sea físico o sea tecnológico que considere. La tecnología es una herramienta, un instrumento. Una cosa es el control del registro horario y otra la geolocalización, que no son sinónimos.

Representación sindical, negociación colectiva y convenios sectoriales

- **¿Qué sucede con los gastos del periodo Covid-19 cuando no hay representación de los trabajadores? ¿No dice nada el convenio colectivo? Las empresas que quieren afrontarlo, ¿pueden forzar la designación de una comisión ad hoc? ¿Son válidos los pactos individuales en defecto de lo anterior?**

La dificultad de la transitoria tercera cuando hace esa llamada negociación colectiva, produce muchas dudas, incluso si en defecto de negociación colectiva es que simplemente no hay que pagar gastos y ya está. No creo que aquí jueguen las comisiones ad hoc, salvo cuando las prevé la ley. La negociación colectiva solo es negociación colectiva si se lleva a cabo con los representantes de los trabajadores, pero sí me parecen posibles los acuerdos individuales donde se regule cuál es la compensación de los gastos durante esta época de trabajo a distancia por el Covid-19. Yo creo que era posible antes de la norma y siguen siendo posibles esos pactos en defecto de negociación colectiva porque no haya representante de los trabajadores.

- **¿Qué pensaría la empresa si una persona que tiene jornada continuada le pide pasar a partida? ¿Daría facilidades? Teniendo en cuenta que el convenio colectivo prevé un complemento por jornada partida, es decir, que le va a costar más dinero a la empresa.**

Hay que dejar espacio a la negociación colectiva, que tiene que incrementar la productividad, y el tema de los costes es algo que tenemos que mirar de una forma racional. Nosotros queremos que haya flexibilidad en la distribución de la jornada.

Creemos que tiene que ser en un sentido y en otro, y hay muchas formas de hacerlo. Obviamente no todo se puede hacer a la vez y hay que respetar los convenios porque detrás hay temas de costes, pero nuestra idea de modelo para futuro es que la jornada sea uno de los puntos a flexibilizar.

- **En el caso del convenio colectivo que contempla pluses de asistencia y pluses de distancia, la persona que pasa por conciliación de la vida familiar a trabajar en su domicilio, ¿deja de cobrar esos pluses?**

Habría que ver exactamente qué son esos pluses con independencia de cómo los llamen. Ya sabemos que en los convenios los pluses tienen unos nombres que no nos dicen la mayoría de las veces nada. Si es un plus llamado de distancia, que es una cantidad fija cada mes, que se cobra siempre, no tiene nada que ver con la distancia, así que no creo que se vea afectado por que se quede en su casa.

- **Sobre la reciente sentencia del Tribunal Supremo conforme a la cual solo cabe la revocación de los representantes por quienes les han votado y no por los sindicatos en cuyas listas han ido. ¿No significa eso que realmente los sindicatos han dejado de controlar la representación?**

La revocación cabe solo por el modo en el que está en el estatuto, es decir, quienes han elegido, no el sindicato que ha confeccionado la lista. En ese caso concreto el sindicato pedía a quienes iban en las listas un escrito firmado en el que aceptaban dimitir cuando el sindicato lo pidiera, esto es lo que dice la sentencia.

Los órganos de representación unitaria son órganos distintos con matices, independientemente que la representación sindical presente listas a las elecciones de la empresa. El sindicato tiene unos estatutos que tiene fórmulas para revisar internamente la conducta de las personas que están afiliadas al sindicato.

- **¿Cómo se daría respuesta en la negociación colectiva a los intereses de los representantes de los trabajadores que pertenecen a sindicatos de empresa o minoritarios y han sido elegidos por sus compañeros de forma mayoritaria?**

Los minoritarios tienen derecho a estar donde tengan que estar. El propio TC defiende políticas y conductas que tienden a no atomizar la representación de los trabajadores por razones obvias.

En los estatutos está el porcentaje que tiene que tener cada uno. El sindicato minoritario en la empresa en un convenio de empresa tendrá la capacidad que haya acreditado y formará parte de la mesa negociadora. Al sindicato minoritario hay que respetarle porque forma parte del núcleo esencial de sus derechos el de la negociación colectiva

y tiene que estar en esa negociación en el ámbito en el que ha sido elegido. El sujeto que tiene que contraponerse al poder empresarial, tiene que ser un sujeto reconocido por la ley, por la Constitución o los tratados internacionales.

Antes de la reforma del 2012, el convenio de empresa no tenía prevalencia sobre el nivel superior, el sectorial provincial, entonces el convenio de empresa se firmaba mejorando lo que decía el convenio superior. El problema es que con los elementos de la reforma, los trabajadores pierden el paraguas del convenio del sector y el empresario negocia a pie en la propia empresa donde los sujetos colectivos tienen menos fuerza, porque en una estructura empresarial como en España en la que la mayor parte de las empresas son pequeñas y medianas, hay poca representación o ninguna, entonces estas personas no tienen la capacidad reivindicativa que pueden tener arriba. Hay estudios como el de Lefebvre y la Fundación 1º de mayo de CCOO en los que se demuestra lo que ha ocurrido con la pérdida de protagonismo del convenio sectorial, que es que precisamente se han rebajado las condiciones salariales y de empleo a niveles mínimos legales. Lo que hace el convenio sectorial es proteger a los trabajadores.

- **¿Tienen actualmente los sindicatos capacidad organizativa para poder enviar representantes a las comisiones negociadoras de todas las empresas sin representación que lo soliciten para negociar, por ejemplo, planes de igualdad?**

Sí, ha sido un reto para todos los sindicatos, pero se ha podido durante toda la pandemia intervenir en muchos. La actividad sindical, como la actividad jurídica, ha sido esencial durante la pandemia. Con los planes de igualdad hay más tiempo para tratarlos.

- **¿Cómo es posible que haya convenios colectivos sectoriales que extiendan su aplicación a contratistas de otro sector de actividad?**

Los convenios sectoriales tienen capacidad de negociar en relación con el ámbito de los que lo han negociado. Determinados convenios están estableciendo determinados requisitos sobre todo para supuesto concretos de sucesión en los términos establecidos en el convenio colectivo. Es un terreno fronterizo y complicado.

Por ejemplo los convenios sectoriales de hoteles, si se externaliza el personal de las contratistas ¿Deberá tener garantizado que sea un convenio de este nivel?

La respuesta no es que el convenio se vaya a otro sector, sino que se le impone a las empresas del sector que a través de contratos mercantiles con la empresa externalizada garanticen esos niveles.

El compromiso establecido en el convenio es un compromiso de las empresas que están afectadas por su ámbito de aplicación y esas empresas se comprometen, se obligan, a que cuando negocian con terceras empresas a efectos de contratar o subcontratar estas tengan que asumir las condiciones correspondientes.



- Con la intervención de los ponentes del Congreso Laboral de Lefebvre queda garantizado el análisis riguroso de la aplicación normativa laboral durante el COVID-19. Por mucha edad y conocimiento que tengamos es bueno escuchar opiniones ajenas, porque el ordenamiento no es ciencia exacta ni es inequívoco y está sujeto a interpretación.

Cuestiones respondidas con posterioridad al Congreso

Respuestas elaboradas a partir de la opinión manifestada por el Panel de Ponentes y que no pretenden resolver dudas a un concreto supuesto o atender a una consulta profesional, sino iluminar el tipo de problema suscitado y desde una perspectiva académica de carácter general.

1. Después de un ERTE por fuerza mayor, se presenta concurso. ¿Se puede despedir a algunos trabajadores, no a toda la plantilla, sin devolver las bonificaciones aplicadas en el ERTE?

A) La DA 6ª del RD Ley 8/2020 establece que no resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Desde luego la fórmula no es todo lo precisa que sería deseable y, además, ahora cuenta con el añadido de haber sido modificada la LC, si bien la nueva norma, el Real Decreto Legislativo 1/2020 ©, mantiene el artículo 5.2 en los mismos términos: *“Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado”.*

B) A su vez, “los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado” son los definidos en el artículo 2.4 de la LC cuando prescribe que “la solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia”:

1º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.

2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.

3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.

C) Por lo tanto, más que una simple solicitud de concurso (el “preconcurso”, como tal, es ignorado por la LC), lo relevante para tener alguna garantía de no ser compelido a devolver las cuotas de las Seguridad Social en su totalidad, será que se de algunos de los referido hechos con conocimiento acreditable de la empresa.

2. Si una empresa prorroga un ERTE de FM (que viene del estado de alarma) ahora el 01/10/20 y decide no aplicar exoneraciones, ¿estaría ampliada su obligación de salvaguarda de empleo otros seis meses? O por el hecho de renunciar a dichas exoneraciones (simplemente no aplicándolas en los Seguros Sociales), ¿les exceptuaría de la obligación de mantener el empleo otros 6 meses más?

A) El artículo 5 del RDL 30/2020 vincula compromiso o salvaguarda de empleo a efectiva exoneración de cuotas: “Las empresas que, conforme a lo previsto en esta norma, reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedarán comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020”.

B) El tenor de la referida norma indica a pensar que si la empresa decide no aplicar las exoneraciones a que puede tener derecho tampoco estará activando un nuevo plazo de salvaguarda de empleo, manteniéndose el inicial en los términos aplicables.

C) El problema puede surgir porque la prórroga del ERTE por fuerza mayor se ha configurado como automática (art. 1º del RDL 30/2020: “Los expedientes de regulación temporal de empleo vigentes, basados en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se prorrogarán automáticamente hasta el 31 de enero de 2021”), sin necesidad de hacer nada por parte de la empresa salvo la nueva solicitud colectiva de prestaciones de desempleo, y ello pudiera hacer

pensar que la norma ha querido mantener el empleo no solo durante el ERTE sino también durante los seis meses adicionales de salvaguarda. Pero no es una opinión siempre compartida.

3. Si estando en ERTE por fuerza mayor se presenta concurso y un ERE extintivo, ¿hay que devolver las bonificaciones en las cuotas de estos trabajadores de las que se ha beneficiado en el ERTE?

El número 4 de la DA Sexta del RDL 8/2020 prescribe que *“No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*. Por lo tanto, siempre que se cumpla realmente el presupuesto objetivo para interesar la declaración de concurso, hay que entender que no opera la salvaguarda de empleo, decayendo la obligación de reintegrar el importe de las cotizaciones cuyo pago quedó exonerado.

4. Respecto a las exoneraciones de los ERTES tras el RDL 30/2020, ¿aplica la exoneración a toda la jornada trabajada actualmente o sólo a la parte de trabajo que se haya reiniciado desde el 13 de mayo a la actualidad? Caso de empresa que empezó ERTE con un 50% y que ahora está en un 85%, ¿aplica la exoneración al 85% o solo al 35% que es la jornada reincorporada?

A) El número 4 de la DA Primera del RDL 30/2020 prescribe que *“Quedarán exoneradas, respecto de las personas trabajadoras afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo que reinicien su actividad a partir del 1 de octubre de 2020, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, en los términos de su artículo 4.2.a), y de los periodos y porcentajes de jornada trabajados a partir del 1 de octubre de 2020, y respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas entre el 1 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021 y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión”*.

B) El precepto de referencia se aparta del enfoque sostenido en normas anteriores y no es un modelo de claridad. Con esa salvedad, entendemos que su literalidad y finalidad invitan a pensar que permite aplicar la exoneración sobre los periodos y porcentajes de jornada trabajados a partir del 1 de octubre de 2020, sin que se excluya el porcentaje de jornada incrementado con relación a la situación inicial.

C) En apoyo de esa tesis no solo está el tenor literal de la norma (*ubi lex non distinguet...*) sino también su finalidad y lógica. Carecería de sentido no incentivar a las empresas que aumentan la actividad productiva de sus plantillas.

5. Sobre una pregunta anterior: Agradezco el esfuerzo por dar una respuesta a la cuestión planteada, pero considero que no se ha tratado el tema, o al menos, que se han comentado varios aspectos sin concretar y, en caso de ser posible, agradecería una respuesta.

La cuestión tiene que ver con la determinación del cómputo de 6 meses durante el cual no deberían producirse extinciones conforme a la DA Sexta del RDL 8/2020. En este sentido, se establece que el periodo empezará a contabilizarse a partir del momento en el que la empresa retome, aunque sea parcialmente, la actividad y, por tanto, se proceda a «la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o sólo afecte a parte de la plantilla».

En este sentido, se debe entender que una empresa que inicia un ERTE DE FUERZA MAYOR el 19/03/2020, ERTE DE REDUCCION DE JORNADA, e incorpora a un trabajador el 23/03/2020, el plazo de seis meses durante el que no se pueden producir extinciones le empezaría a contar desde el 23/03/2020, y por tanto, finalizaría el 23/09/2020, aun cuando el ERTE finalice totalmente el 30/06/2020 y con independencia del número de trabajadores que queden en el ERTE hasta el 30/06/2020?

La cuestión que desde mi punto de vista queda pendiente es concreta, ¿cuál es el momento de reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas al expediente, aun cuando solo afecta a parte de la plantilla o esta sea parcial? En el ejemplo se incorpora a un trabajador, pero también se puede ir incorporando paulatinamente a más (evidentemente), antes de la finalización del ERTE el 30/06/2020. Y evidentemente, no hay un segundo ERTE. Si la respuesta es que este trabajador no cuenta, no serviría, entonces, ¿a partir de cuándo se empieza a contar la reincorporación? Porque si consideramos que se debe reincorporar a toda la plantilla, entonces no tiene sentido que la normativa indique o mencione “la reincorporación parcial o de parte de la plantilla”.

- A) La determinación del día a quo para el cómputo de los seis meses exigidos por la DA Sexta no es clara, pese a las varias redacciones que el precepto ha tenido. Eso explica que a lo largo del Congreso haya habido respuestas diversas.
- B) Una interpretación alineada con la voluntad de evolucionar hacia una salida de los ERTEs, es la que sostiene que con la reincorporación de un solo trabajador, ya sea totalmente o en un porcentaje de jornada, se activa el cómputo de los seis meses, porque se ha iniciado entonces el camino hacia la nueva normalidad y es indicio

de una incipiente recuperación de la actividad, presupuesto lógico y necesario para que se proyecte un mantenimiento del empleo.

En tal caso se estaría asumiendo un control globalizado del cumplimiento empresarial; contrapartida del mismo podría ser que su incumplimiento abocase a reintegrar la totalidad de las cotizaciones (de todas las personas afectadas por el ERTE) cuyo pago no tuvo que realizar la empresa.

- C) Una interpretación coherente con la proporcionalidad de las consecuencias del incumplimiento podría sostener que el compromiso de empleo se mide de manera individualizada para cada contrato y no hay que esperar a que se reincorpore a toda la plantilla para que se ponga en marcha respecto de cada contrato.

Tampoco faltan quienes han entendido que el plazo de los seis meses se activa con la primera reincorporación al trabajo y que si durante los seis meses se extingue alguno de los contratos que estaban afectados por el ERTE se procederá al reintegro de los beneficios disfrutados solo respecto de ese contrato.

6. Se puede finalizar un ERTE FM anterior el 30/09 y comenzar un ERTE FM nuevo (impedimentos/limitaciones) con fecha de efectos del 01/10 con el ánimo de tener las exoneraciones?

Los ERTES por impedimento o limitación de actividad, previstos en el artículo 2 del RDL 30/2020, pueden tramitarse, desde 1 de octubre (impedimento) o desde la entrada en vigor del RDL (30 de septiembre, caso de limitación de actividad), si se dan las circunstancias de hecho previstas en la norma, siendo de aplicación las exenciones de cotización establecidas en la misma.

En cada caso, y según las circunstancias concretas del mismo, la empresa que viniese aplicando un ERTE con anterioridad deberá adoptar las medidas precisas para realizar, conforme a Derecho, el tránsito de una a otra situación.

Por lo tanto, hay que responder de manera afirmativa al interrogante, con las condiciones recién recordadas.

7. En un ERTE de FM, sobre la cláusula de salvaguarda del empleo, ¿el reinicio de la actividad en una empresa con varios centros distribuidos por todo el territorio español, computa desde que se desafecta al primer trabajador de un centro?

Si esta empresa despide o finaliza contrato a un trabajador de un centro cualquiera, y resulta improcedente, ¿afecta a la exoneración de toda la empresa, o de ese centro o solo del trabajador afectado?

Todo apunta a que el ámbito en el que se haya tramitado el ERTE es el que determina el juego de los mecanismos para realizar el cómputo del periodo de seis meses de salvaguarda del empleo. Si el ERTE afectaba a la empresa en su conjunto, la reincorporación de trabajadores en un centro de trabajo determina el inicio del cómputo para el conjunto de la empresa.

La duda interpretativa que plantea la redacción actual de la DA sexta del RDL 8/2020, es la relativa al alcance de la obligación de devolver las exenciones disfrutadas en los casos en los que no se respete la salvaguarda del empleo. Cabe interpretar que la obligación de devolución afecta solo a las disfrutadas en relación con los trabajadores cuya salvaguarda no se ha respetado, y cabe interpretar que la obligación de devolución alcanza a todas las exenciones disfrutadas (a pesar de la evidente desproporción, y enriquecimiento injusto, que ello podría significar). La respuesta dada a la cuarta pregunta es complementaria de la presente.

Lo que no existe, en principio, es ningún elemento interpretativo para, en caso de un ERTE de empresa, “fraccionar” las exenciones y el funcionamiento de la cláusula de salvaguarda por centros de trabajo.

8. Si hay finalizaciones de contrato a trabajadores que están en ERTE en fuerza mayor con reducción de jornada, ¿se incumple la norma de salvaguarda de empleo?

La salvaguarda del empleo alcanza a todos aquellos trabajadores afectados por el ERTE respecto de los que se hayan disfrutado exenciones en la cotización a la Seguridad Social. Dicho abiertamente: el incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo no se refiere solo a contrataciones a jornada completa y donde la norma no distingue tampoco debe hacerlo quien la interpreta.

9. Si se prorrogan los ERTE de FM del RDL 8/2020 sin ser de los CNAE del Anexo o que cumplan los requisitos de la cadena de valor, ¿tendrían algún tipo de exoneración a la SS?

Se trata de una cuestión interpretativa compleja. El criterio administrativo, y de los agentes sociales, es el de que los ERTES por FM que se prorroguen en virtud de lo previsto en el artículo 1 del RDL 30/20, no seguirán disfrutando de las exenciones de las que venían disfrutando, gozando solo, en su caso, de las que resulten de aplicación por el nuevo RDL.

Esa es una interpretación, sin embargo, discutible. La interpretación de las leyes ha de hacerse atendiendo a los términos del mandato objetivo en ellas contenido, no en

atención a la intención subjetiva de sus redactores (o de quienes pactaron el texto a aprobar). Y la expresión de prórroga “automática” que contiene el artículo 1 del RDL 30, podría permitir sostener que la prórroga ha de tener lugar en las mismas condiciones en que los ERTES prorrogados se venían aplicando.

La respuesta a la segunda pregunta es complementaria.

10. ¿Se mantienen las bonificaciones de los ERTES, a las entidades cuyo CNAE no coincide con el listado de 42 actividades?

La cuestión planteada está respondida en la pregunta anterior.

11. Imposibilidad de cambio de vacaciones acordadas con la empresa antes del estado de alarma y que establecían su disfrute durante el tiempo de confinamiento más estricto.

El periodo de disfrute de las vacaciones se fija de común acuerdo entre el empresario y el trabajador (artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores), por lo que en principio cualquier cambio respecto a los periodos ya convenidos requeriría acuerdo entre las partes. No obstante, es cierto que ha habido alguna sentencia que reconoce el derecho a disfrutar en otro momento de las vacaciones que coincidieron con el estado de alarma (sentencia Juzgado Social 3 de Santander nº 283/2020 de 16 septiembre, por ejemplo).

12. Si una empresa despide a un empleado por burofax con acuse de recibo y certificación de texto a la dirección correcta, y ese burofax le llega el mismo día del despido pero no quiere recogerlo, o no está en casa, etc. ¿Se entiende que la fecha de efectos del despido sería este mismo día en el que se intentó entregar el despido? Entiendo que sí. Pero me ha parecido entender que ha dicho que la fecha de caducidad para el empleado (entiendo que para accionar contra el despido) empezaría a contar al pasar 1 mes desde el intento de notificación. ¿Es así?

La pregunta tiene razón en buena medida. La STS 82/2020 de 29 de enero concluye que si se envía la carta de despido por burofax, el cómputo del plazo de caducidad de 20 días hábiles para reclamar frente a dicho despido empieza a computarse en la fecha de su efectiva recepción por parte del empleado (no cuando la envía la Empresa), siempre que se produzca dentro del plazo reglamentario de un mes existente para la recogida del mismo (conforme al RD 1829/1999).

14. Despido practicado ahora por causas económicas pre-COVID (avaladas por informe pericial). ¿Creen que si los trabajadores afectados fueron incluidos en un ERTE COVID supondrá la obligación de devolver las cuotas bonificadas?

Hay que diferenciar la imposibilidad de invocar como causa extintiva la que pudiera ser suspensiva, si está relacionadas con COVID-19 (artículo 2 RDL 9/2020) con la salvaguarda del empleo (DA Sexta RDL 8/2020).

En el caso de referencia, si los despidos se producen antes de los seis meses de salvaguarda del empleo, parece que deberían devolverse las bonificaciones percibidas, con independencia de la declaración judicial de esos despidos, dado que la Disposición Adicional Sexta no exceptúa los despidos objetivos.

Es decir: la causa económica ajena al COVID-19 (que deberá acreditarse) puede invocarse sin que le afecte la regla del artículo 2º RDL 9/2020, pero eso no evita que se haya incumplido el compromiso o salvaguarda de empleo. Se trata de consecuencia independiente de la calificación aplicada a los despidos.

15. Una empresa practica ahora despidos objetivos, basados en causas económicas negativas de la empresa pre-COVID19 (antes del estado de alarma), apoyadas por informe pericial. ¿Creen que supone incumplir la obligación de mantenimiento del empleo y que la Inspección de Trabajo podrá reclamar la devolución de las bonificaciones si dichos trabajadores fueron incluidos en un ERTE?

Vale la respuesta a la pregunta anterior.

16. ¿Es obligatoria según la nueva normativa de teletrabajo, la retribución de los gastos al trabajador durante el teletrabajo extraordinario del Covid19? Como están comentando tanto el tema de cómo se negocia, me da lugar a pensar si es que debemos poner alguna retribución extraordinaria con la que no se contaba.

A) El RDL 28/2020 contiene una Disposición transitoria tercera que afronta el problema en los siguientes términos:

Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria.

En todo caso, las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario.

En su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados.

- B) En consecuencia, existe la obligación de compensar esos gastos “en todo caso”, aunque no estuviera previsto.
- C) Respecto del monto o forma de compensación debiera operar “la negociación colectiva” (no solo el convenio).
- D) Si la empresa se adelanta a la negociación y los compensa es dudoso que se le pueda reclamar algo en caso de que hubiera realizado una compensación distinta a la posteriormente acordada de forma colectiva.
- E) En suma: respuesta positiva a la pregunta, en el bien entendido de que se trata solo de compensar los gastos, no de aumentar la remuneración.

17. Cómo se articulan los contratos que se firman bajo la modalidad de contrato a domicilio bajo este nuevo RDL de Teletrabajo?

El trabajo a distancia requiere la firma de un acuerdo escrito, siendo posible que sea inicial o sobrevenido (art. 5º), que debe formalizarse siempre “antes de que se inicie el trabajo a distancia (art. 6º).

Sin perjuicio de la autonomía individual o colectiva, en el artículo 7º del RDL aparece un “contenido mínimo obligatorio” que, por extenso y relevante, constituye un esquema a partir del cual puede fácilmente articularse el concreto acuerdo que interese:

Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.

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.

Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.

Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.

Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.

Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.

Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso.

Medios de control empresarial de la actividad.

Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.

Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.

Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

- 18. Si admito el teletrabajo a distancia del 100% de la jornada, siendo trabajadores que se vuelven a sus localidades de origen y que no coincide con la del centro de trabajo (diferentes provincias), ¿dónde tengo que mantener el alta en Seguridad Social de los trabajadores? ¿Puedo centralizarlos a todos en donde está el domicilio social de la empresa?**

Las obligaciones formales con la Seguridad Social no han experimentado variación como consecuencia de la nueva norma y el trabajador seguirá adscrito al centro de trabajo del que dependa, con independencia del lugar en que materialmente desarrolle su trabajo a distancia.

La clave sigue siendo el centro de trabajo a que se esté adscrito.

“Cuando el trabajador se traslade a un centro de trabajo del mismo empresario situado en diferente provincia, deberá promoverse la baja en la provincia de procedencia y el alta en la de destino. También deberán promoverse la baja y el alta de los trabajadores que, aun dentro de la misma provincia, hubieren cambiado de centro de trabajo con código de cuenta de cotización diferente o cuando por cualquier causa proceda su adscripción a una cuenta de cotización distinta”. (Art.

29.1.1º.II del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero).

Eso tiene una lógica clásica: la adscripción al centro de trabajo es lo que controla el empleador, mientras que en el trabajo a distancia es la persona trabajadora quien elige libremente el lugar donde desarrolla su actividad.

Sería deseable una actualización del precepto, para asumir la moderna lógica de la deslocalización, pero al momento presente no se conoce.

19. **¿Qué diferencia habrá ahora entre el trabajo a distancia y el teletrabajo?**

Frente al trabajo presencial (en el lugar determinado por la empresa) se erige el trabajo a distancia (en el lugar elegido por quien trabaja).

Se habla de “teletrabajo” para aludir a una clase o modalidad de trabajo a distancia: la que comporta uso prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos o de telecomunicación (art. 2º RDL 28/2020).

20. **Empresa que no aplica el Teletrabajo voluntariamente (solo permite el teletrabajo por debajo del 30%) pero que un trabajador vía artículo 34.8 ET (Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia) consigue la prestación de servicios a través del Teletrabajo. ¿Habría que abonar los gastos?**

La nueva regulación solo se aplica cuando el trabajo se preste, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1º.II). Por lo tanto, la obligación de compensar los gastos que pesa sobre la empresa no es aplicable en los términos que la norma detalla (art. 7.b; art. 12).

Que el trabajo se presta por cuenta ajena (art. 1.1 ET) supone, entre otras cosas, que la misma ha de proporcionar los medios de producción necesarios para ello. De esa premisa no es descartable que la jurisprudencia extraiga la consecuencia de que también en esos casos ha de producirse la compensación. Ahora bien, las premisas probablemente sean menos exigentes cuando es la propia persona trabajadora quien ha activado esta forma de trabajo.

Por supuesto el pacto individual o colectivo sigue siendo buena pauta para dar una solución expresa a la cuestión.

21. Si el teletrabajo debido al COVID-19 queda al margen de la regulación del teletrabajo del RDL, ¿es posible que no esté justificado el uso de esta fuente? ¿Dónde radica la urgencia?

Todo Real Decreto-Ley está sujeto al control de que concurre su presupuesto habilitante (extraordinaria y urgente necesidad, art. 86.1 CE); en primera instancia esa fiscalización corresponde al Congreso de los Diputados y solo si se le traslada, en última instancia, al Tribunal Constitucional.

Para acreditar el cumplimiento de tales exigencias, el apartado VII de la Exposición de Motivos:

La grave incidencia de la pandemia en el empleo y en la recuperación económica con altos grados de incertidumbre causados por los «rebrotos», la necesidad de procurar una ordenación segura, general y eficaz que evite mermas de derechos o situaciones de inseguridad- y que integran el supuesto descrito en el artículo 86.1 de la Constitución Española, requieren como se expone en la motivación de este real decreto-ley, una regulación completa y suficiente, basada a partes iguales en la protección de los derechos de las personas trabajadoras, y en la certeza y seguridad para las empresas, con la participación de la negociación colectiva que aporte los ingredientes necesarios de flexibilidad.

Además, la protección y la certeza de los trabajadores es especialmente urgente y necesaria en el caso de las situaciones de trabajo a distancia implantadas excepcionalmente conforme al artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, para las cuales, se requiere la adopción inmediata de este real decreto-ley, con las salvedades establecidas en la disposición transitoria tercera. Corresponde a cada cual realizar un juicio de pertinencia del RDL (que posee un contenido mucho más amplio que el indicado por su título).

22. En el caso de teletrabajo por debajo del 30% de la jornada, ¿es obligatorio hacer la evaluación de riesgos?

La obligación de evaluar los riesgos posee carácter general e incondicionado, sea cual fuere la modalidad en que se presta la actividad laboral y su mayor o menor jornada. Por lo tanto, no existiendo dispensa expresa, la respuesta debe ser afirmativa, aunque no jueguen los artículos 15 y siguientes del RDL.

El artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales puede ser útil en muchos casos; conforme al mismo "Las empresas, en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan

de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y en los términos que reglamentariamente se determinen”.

- 23. Si una empresa implantó días de teletrabajo como consecuencia del COVID y la preferencia de trabajar desde casa y lo sigue manteniendo hasta la fecha (porque sigue habiendo miedo al contagio del COVID), al haber pasado el 21 de septiembre siguiendo con el teletrabajo, ¿se está ya bajo el RD 28/20 y habría que firmar acuerdos? ¿O estaríamos ante la excepción de la Disposición Transitoria 3^A en la que exceptúa la aplicación del RDL 28/20 hasta que finalice la emergencia sanitaria? ¿Hasta cuándo se cumpliría esta circunstancia?**

Al responder la pregunta nº 15 hemos reproducido la previsión transitoria, que es lo bastante amplia al referirse al supuesto excluido (“o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan”) como para que, salvo supuestos de abuso, pueda considerarse que la regulación aplicable debe ser la previa al RDL 28/2020.

- 24. Y si las partes, de mutuo acuerdo, aceptan acordar la realización de trabajo a distancia no en un 30% sino en el 100% de la jornada y la empresa decide, por determinadas razones, cerrar el centro de trabajo. ¿Qué pasaría entonces? ¿Qué ocurre con la reversibilidad?**

Si la empresa acuerda cerrar el centro de trabajo habrá tenido que extinguir los contratos de trabajo a distancia que estuvieran adscritos al mismo.

Si lo que quiere decirse es que ha eliminado la actividad productiva en régimen presencial, la decisión no plantea problema para quienes sean trabajadores a distancia desde el origen de sus contratos porque el derecho que tienen es el de preferencia para ocupar las vacantes presenciales que existan (art. 8.2)

Si estamos ante personas que trabajaban en régimen presencial y han pasado a distancia es cuando opera la reversibilidad (art.5.3), que puede ejercerse con arreglo a lo pactado individual o colectivamente. Solo a la vista de todo ello y de las circunstancias del caso (razonabilidad de las decisiones empresariales, viabilidad de la presencialidad, etc.) puede responderse si está justificada la imposibilidad de retornar a régimen presencial.

- 25. ¿Será legítimo pactar la renuncia a la reversibilidad para mayor estabilidad en la empresa, es decir, si una vez se pacta 40% trabajo a distancia, ambos pueden pactar que sea “para siempre”? O para proteger a los trabajadores no se puede pactar la renuncia, en caso de juicio, ¿sería nulo el pacto de la renuncia?**

Esa renuncia puede chocar con la regla del artículo 5.3 del RDL y con el principio de irrenunciabilidad de derechos. Mucho más defendible es que se pacten las condiciones en el acuerdo escrito y que las mismas sean cómodas para ambas partes (en especial, la empresa, que es lo que preocupa a quien pregunta).

- 26. ¿Desde cuándo las empresas están obligadas a compensar los gastos a los empleados que trabajan desde casa? ¿Desde el mismo momento en el que se estableció la preferencia al teletrabajo en junio?**

La respuesta a las preguntas 15 y 19 puede orientar adecuadamente la formación de la opinión sobre el particular.

- 27. En el caso de los documentos de teletrabajo para la RLT, ¿tendríamos que hacer dos documentos; uno con la dirección del domicilio del teletrabajador y otro sin? Entiendo que la dirección del teletrabajador/a es un dato sensible.**

Por descontado, el domicilio es un dato que afecta a la intimidad de quien trabaja y por eso las precauciones del artículo 6.2 del RDL: *“La empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. El tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos”*.

- 28. En cuanto al criterio de imputación y/o compensación de gastos:**

- a) **El ahorro del trabajador o trabajadora por razón, por ejemplo, de los gastos de desplazamiento, ¿se podría compensar de alguna manera?**
- b) **En orden al uso de los servicios de internet en el domicilio; ¿se podrían establecer medios o sistemas de control, tales como contadores u otras fórmulas?**

Al pasar de una modalidad presencial a otra a distancia puede desaparecer, en todo o en parte, el presupuesto para el devengo de ciertas partidas retributivas o

compensaciones de gastos tales como pluses de puntualidad, jornada partida, plus de distancia y de transporte, uniformidad y otros. Pero solo el examen individualizado del caso permite saber la respuesta.

Lo anterior es distinto a “compensar” los nuevos gastos con los ahorros que pueda propiciar el trabajo a distancia, para lo que no vemos fundamento sólido.

En todo caso, como puede comprobarse con las respuestas a las preguntas 15 y 19, la autonomía colectiva e individual pueden encontrar fórmulas adecuadas para que ambas partes se consideren satisfechas.

- 29. Poco después del estado de alarma, la empresa envió a un porcentaje muy alto de trabajadores a teletrabajar en sus domicilios como medida preventiva frente a los contagios (la actividad no se paralizó porque nuestra actividad era considerada esencial). Dichos trabajadores siguen a día de hoy teletrabajando hasta que no finalice la pandemia. La pregunta es: ¿les sería aplicable el RDL 28/2020? ¿Bastaría compensar los gastos que el teletrabajo les ocasiona sin necesidad de firmar el acuerdo previsto en el RDL 28/2020**

La respuesta a la pregunta nº 22 sirve para orientar lo ahora replanteado.

- 30. Un acuerdo con la RLT con una política de teletrabajo reconociendo menos del 30% de la jornada habitual en modalidad teletrabajo, ¿blindaría las demandas individuales de los trabajadores?**

El trabajo a distancia siempre es voluntario para la empresa, excepto en las circunstancias asociadas al COVID-19 y con los parámetros que el RDL 8/2020 estableció. No es necesario ese pacto (si es que fuera viable) para rechazar un trabajo a distancia en sentido técnico.

- 31. En relación al teletrabajo, ¿cuáles son los gastos que debe asumir la empresa?**

“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”. es contenido mínimo del acuerdo individual (art. 7.b RDL). Sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda establecer pautas al respecto, resulta muy recomendable tomar en serio por ambas partes la redacción y contenido de tal acuerdo. De todos modos, el RDL da algunas pautas de obligada observancia (arts. 11 y 12 RDL):

Quien trabaja no debe soportar gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral.

Se tiene derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad.

La empresa debe garantizar la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo.

32. Si a los que solicitan el teletrabajo, se les va a “compensar” con los gastos de los medios, equipos y herramientas, porque a los que acuden y se desplazan a su lugar de trabajo no se les “compensa”, con los gastos que ocasiona el desplazamiento (transporte público, parking, etc.)

Ni el RDL ni norma alguna impiden que se lleve a cabo esa compensación de gastos en los términos pactados individual o colectivamente.

El RDL establece la obligación empresarial de compensar lo que considera que son gastos inherentes al proceso productivo, no a las necesidades personales (manutención, vestido, vivienda, salud, etc.).

En la filosofía normativa queda claro que la lógica de los gastos para acudir a trabajar es diversa a la óptica de necesitar infraestructura para hacerlo.

NOTA.- Respuestas elaboradas a partir de la opinión manifestada por el Panel de Ponentes y que no pretenden resolver dudas a un concreto supuesto o atender a una consulta profesional, sino iluminar el tipo de problema suscitado y desde una perspectiva académica de carácter general.



El **Congreso Laboral** organizado por Lefebvre se celebró en Madrid los días 13, 14 y 15 de octubre en formato virtual como consecuencia de las medidas gubernamentales adoptadas durante la expansión de la pandemia por COVID-19.

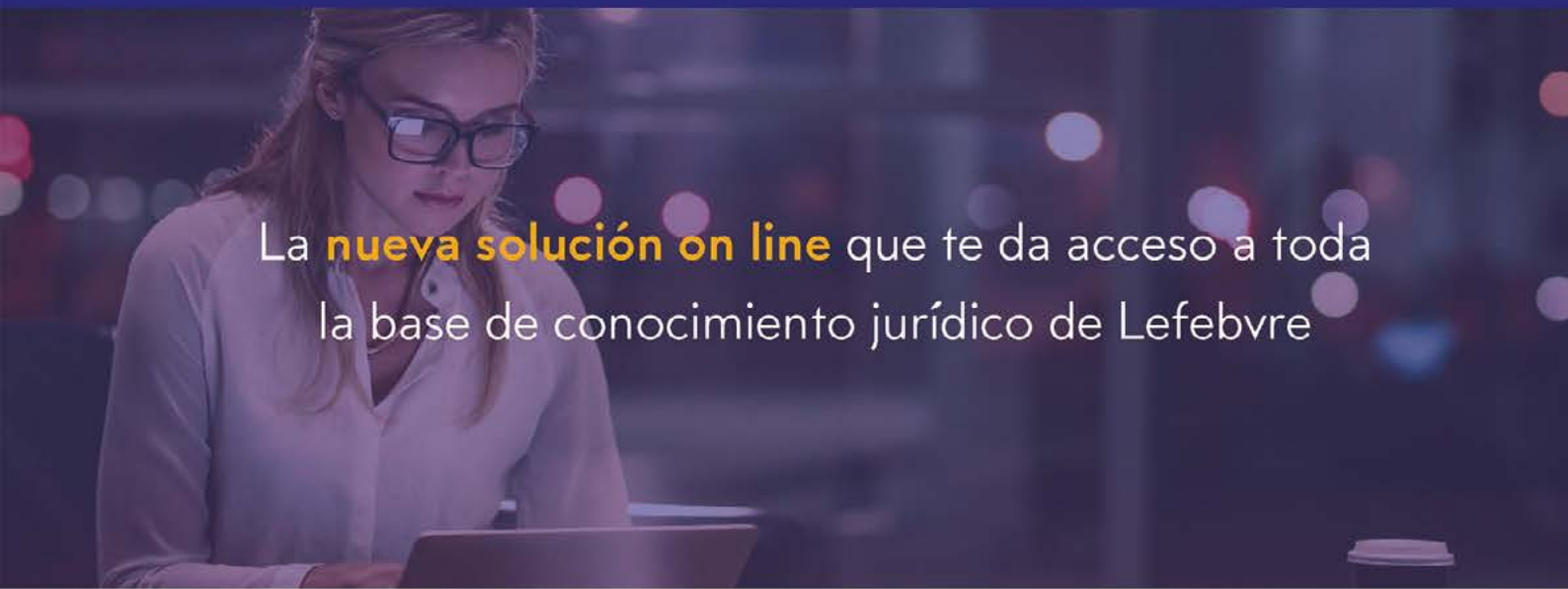
En este encuentro, los mayores expertos en derecho laboral, empleo, trabajo y Seguridad Social han analizado los aspectos clave de la nueva realidad del sector y la manera en que la pandemia va a afectar al presente y futuro de las relaciones laborales.

Esta publicación surge como resultado de compilar las aportaciones más destacadas de los **37 ponentes**, todos expertos en el ámbito jurídico laboral.

En este Congreso Laboral, Lefebvre ha contado con el apoyo de importantes entidades del sector jurídico y empresarial como **Auren, Deloitte Legal, KPMG, PwC, Baker McKenzie, GA_P, Sagardoy Abogados, Sánchez-Cervera Asociados, Mutualidad de la Abogacía, AENOR, SAGE y García-Carrión**. Además, de la colaboración de **Bankia, ASNALA, FORELAB, AESAE, ADiReLab y Consejo General de Graduados Sociales**.

NEO

La transformación del conocimiento jurídico



La **nueva solución on line** que te da acceso a toda la base de conocimiento jurídico de Lefebvre



NEO ES CONOCIMIENTO

Acceso a todo el conocimiento jurídico disponible en Lefebvre, toda nuestra inteligencia jurídica puesta a tu disposición.



NEO ES PRECISIÓN

Te ayuda a encontrar la solución más adecuada.



NEO ES INTELIGENCIA JURÍDICA

Inteligencia artificial y aprendizaje automático que hacen mucho más fáciles tus consultas.



NEO ES SENCILLEZ

Una solución intuitiva que vas a utilizar con gran facilidad.

「 Descúbrelo en neo.legal 」



LEFEBVRE

INTELIGENCIA JURÍDICA