



ANTRÀS
ADVOCATS ASSOCIATS

Des de 1940



JULIOL 2020
NEWSLETTER



La reincorporació al “treball Covid-19”.

La tornada a una desitjada certa normalitat, la finalització del període en què el treball a distància s'ha configurat com una opció organitzativa preferent (21 de setembre), l'acabament del període estival i el final del període en què les empreses poden sol·licitar un ERTO per força major Covid-19 i gaudir de les mesures extraordinàries en matèria de cotització per ERTOs de força major i ETOP (30 de setembre) determinaran la reincorporació a la feina “ordinària” desenvolupada al centre de treball d'un nombre considerable de persones. Òbviament, són múltiples les qüestions que un context tan complex com l'actual pot plantejar per a la gestió dels recursos humans. Sense ànim de ser exhaustius, cal plantejar-se alguns aspectes que s'haurien de valorar:

Mesures de flexibilitat interna

La desacceleració econòmica produïda com a conseqüència de la crisi Covid-19, coincidint amb la progressiva reincorporació de les persones treballadores, pot determinar que es produeixin desequilibris entre la càrrega de treball de les empreses i la plantilla existent, en forma de sobredimensionament. Òbviament, els ERTOs per causes empresarials constitueixen un instrument idoni per fer front a aquestes situacions a través de la suspensió/reducció del contracte de treball o de la jornada. No obstant això, aquests no són els únics instruments amb què compta l'empresa.

De cara a garantir la continuïtat i viabilitat de l'empresa adaptant els seus recursos i costos a les necessitats productives del nou context econòmic,

els ERTOs es poden substituir per altres mesures de flexibilitat interna o fer-s'hi compatibles. En aquest sentit, algunes de les mesures que s'haurien de valorar, a més de l'ERTO, serien la distribució irregular de la jornada o la modificació substancial de les condicions de treball en matèria de jornada, horari, funcions i, especialment, el salari... S'ha de tenir en compte que, si alguna d'aquestes condicions de treball estigués regulada en conveni col·lectiu, la seva modificació, que seria igualment possible, s'hauria de canalitzar a través del procediment de despenjament previst en l'article 82 de l'ET o, si escau, en la norma convencional a modificar.

Es tracta de mesures que, en la majoria dels supòsits, pel seu caràcter col·lectiu, no es podran implementar de forma unilateral i immediata, sinó que s'hauran de negociar amb la representació dels treballadors o, si no n'hi ha, amb comissions ad hoc. Per aquest motiu és important l'anàlisi de la situació i la planificació de les actuacions a desenvolupar.

L'adopció d'aquestes mesures de flexibilitat interna es revela, a més, com una alternativa especialment idònia en un context en el qual la clàusula de salvaguarda de l'ocupació i la prohibició de l'acomiadament per causes relacionades amb la Covid-19 imposen restriccions en el recurs a l'acomiadament. Sobre aquest tema s'ha de recordar que la clàusula de salvaguarda de l'ocupació prevista en la DA 6a del RD-Llei 8/2020 suposa que aquelles empreses que hagin gaudit d'exoneracions en el pagament de les cotitzacions dels treballadors afectats per



ERTOs poden veure's obligades, en determinats supòsits, a "reintegrar la totalitat de l'import de les cotitzacions del pagament de les quals van resultar exonerades, amb el recàrrec i els interessos de demora corresponents" si extingeixen els contractes dels treballadors afectats per l'ERTO o els acomiaden, en el termini dels 6 mesos següents a la data de represa de l'activitat.

Prevenió de riscos. Protocols de reincorporació

La tornada a la feina en un context que s'ha anomenat "nova normalitat" exigeix que les empreses adoptin protocols de reincorporació en els quals aquestes informin els treballadors de les mesures de prevenció i protecció adoptades enfront del risc de contagi per Covid-19.

En compliment del seu deure protecció eficaç, les empreses, amb l'auxili dels serveis de prevenció, han d'avaluar els riscos d'exposició que afecten els treballadors en el desenvolupament de les seves tasques i informar-los de totes les mesures adoptades. En aquesta tasca són d'especial utilitat les guies i procediments d'actuació elaborats tant a nivell estatal [[Procediment d'actuació per als serveis de prevenció de riscos laborals davant l'exposició al SARS-CoV-2](#) (document actualitzat el 19-06-2020)] com a nivell autonòmic per algunes comunitats autònomes [[Guia d'actuació per a la reincorporació abans i després de la Covid-19 amb seguretat i salut en el treball](#), de la Comunitat de Madrid (document actualitzat el 15-07-2020) o les [Recomanacions per a empreses i persones treballadores sobre actuacions vinculades a les situacions que es puguin produir per l'efecte del coronavirus SARS-CoV-2](#) o les [Recomanacions davant el retorn esglaonat a l'entorn laboral i l'ús de tests microbiològics](#) (documents actualitzats el 18-05-2020) del Consell de Relacions Laborals de Catalunya].

La implantació de les mesures de prevenció i protecció s'ha de fer amb ple respecte als drets fonamentals del treballador, en especial, del dret

a la dignitat, la intimitat i la protecció de dades. En aquest sentit, la legitimitat d'algunes mesures ha estat discutida. Un exemple d'això són els controls de temperatura, les proves per verificar contagis o les proves que determinin haver passat ja la malaltia. L'adopció d'aquest tipus de mesures, sempre que tinguin caràcter obligatori, se situa, com dèiem, en l'àmbit de l'obligació empresarial de protecció de la salut dels seus treballadors, i més concretament en l'àmbit de la vigilància de la salut regulada en l'art. 22 de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals. En aquest precepte, s'exceptuen de la regla general de la voluntarietat, previ informe dels representants dels treballadors, aquells supòsits en els quals la realització del reconeixement resulti imprescindible per verificar si l'estat de salut del treballador pot constituir un perill per a si mateix, per als altres treballadors o per a altres persones relacionades amb l'empresa. En atenció a les característiques de la Covid-19, cal entendre que aquest tipus de reconeixements compleixen, en la generalitat dels casos, els requisits per ser configurats com a obligatoris sense que sigui, per a això, imprescindible el consentiment del treballador.

Partint del que s'ha exposat, la implantació de controls de temperatura periòdics, per exemple mitjançant termòmetres infrarojos, és una mesura que podria resultar legítima i adequada per complir el fi perseguit. L'Agència Espanyola de Protecció de Dades ha confirmat aquest extrem, encara que ha recordat que s'haurà de respectar la normativa de protecció de dades. El mateix criteri podria aplicar-se als tests de diagnòstic o detecció de la malaltia, sempre que s'observin els requeriments legals per a la realització d'aquest tipus de proves mèdiques o reconeixements de la salut dels treballadors, específicament aquells referits als subjectes que poden practicar aquest tipus de proves, la seva justificació i el degut respecte a la normativa de protecció de dades. Més dubtes presenta la qüestió de si es poden realitzar, amb caràcter obligatori, tests d'anticossos per saber si una persona ha superat ja la malaltia.



S'ha de tenir en compte que el compliment de les mesures de prevenció i protecció adoptades per l'empresa resulta obligatori per al treballador. A aquests efectes, convé recordar que l'art. 29.3 de la LPRL estableix que l'incompliment per part dels treballadors de les obligacions en matèria de prevenció de riscos tindrà la consideració d'incompliment laboral als efectes previstos en l'article 58.1 de l'Estatut dels Treballadors o de falta, si escau, conforme a l'establert en la

corresponent normativa sobre règim disciplinari dels funcionaris públics o del personal estatutari al servei de les Administracions públiques, i per això podrà ser sancionat per l'empresari d'acord amb la tipificació de faltes i sancions establertes en el conveni aplicable. Un règim disciplinari que també és aplicable als socis de les cooperatives l'activitat de les quals consisteixi en la prestació del seu treball, amb les precisions que s'estableixin en els seus Reglaments de Règim Intern.

L'Agència de Protecció de Dades considera il·legal sol·licitar al candidat a un lloc de treball informació sobre si ha passat la Covid-19.

L'Agència Espanyola de Protecció de Dades considera que la informació d'haver patit el coronavirus i desenvolupat anticossos d'aquesta malaltia és una dada personal relativa a la salut, que el Reglament General de Protecció de Dades qualifica de categoria especial. Per al tractament d'aquest tipus de dades, el RGPD requereix una base jurídica de les previstes en el seu article 6.1 i, addicionalment, com que es tracta d'una categoria especial de dades personals, que concorri una de les excepcions previstes en l'article 9.2 del RGPD que permeten aixecar la prohibició del seu tractament.

L'Agència considera que en aquest supòsit no concorre cap de les bases jurídiques que justificaria el tractament, ja que considera que no estem davant un supòsit en el qual es produeixi un autèntic consentiment de l'interessat (art 6.1.a del RGPD) ni davant un supòsit en què sigui necessari el tractament de la dada per a l'execució d'un contracte (art. 6.1.b del RGPD). Per l'Agència, el consentiment no es pot considerar lliurement prestat quan no es gaudeix de veritable o lliure elecció o no es pot denegar o retirar sense sofrir cap perjudici (considerant 42), o quan existeixi un desequilibri clar entre les parts (considerant 43), com succeiria en el present cas, en el qual el consentiment estaria condicionat per la necessitat o la voluntat d'accedir a un lloc de treball.

De la mateixa manera, tampoc considera aplicable la base jurídica de l'article 6.1.b) del RGPD (execució d'un contracte), ja que la sol·licitud d'aquesta dada de salut no seria necessària per a l'execució o formalització del contracte de treball i, per tant, aquest tractament seria excessiu i contravindria el principi de minimització de dades fixat en l'article 5.1.c del RGPD, en relació amb el que es disposa a l'article 7.4.

L'Agència descarta que estiguem davant una excepció subsumible en l'art. 9.2 del RGPD perquè no considera que estiguem davant un tractament necessari per atendre les obligacions i l'exercici de drets específics del responsable o de l'interessat en l'àmbit del dret laboral, d'acord amb el que preveu el dret de la Unió o dels Estats Membres. En aquesta línia, considera que sol·licitar informació sobre l'estat d'immunitat respecte a la Covid-19 és anar més enllà de les obligacions i drets específics que imposa a l'empresa la legislació laboral i en matèria de prevenció de riscos laborals. En primer lloc, perquè la persona interessada encara no és empleada i l'empresa no té per tant



obligacions o drets específics respecte a ella. En segon lloc, perquè la informació sobre una possible immunitat enfront de la malaltia no contribueix significativament a la protecció de la resta del personal o de la mateixa persona, en la mesura en què els protocols de prevenció de riscos adoptats per les autoritats sanitàries i laborals s'apliquen igualment a tot el personal, orientant-se pel que es refereix a la presència d'infecció en els casos sospitosos. Aquests protocols no estableixen cap excepció per a persones que ja hagin tingut la malaltia. Finalment, perquè la mateixa consideració hauria d'atribuir-se a la Covid-19 que a qualsevol altre tipus de malaltia que pogués comportar un risc d'infecció, sense que es plantegi aquesta qüestió en l'actualitat sobre altres malalties que poguessin resultar de declaració obligatòria a les autoritats sanitàries conforme al Reial decret 2210/1995, del 28 de desembre, pel qual es crea la xarxa nacional de vigilància epidemiològica.

L'AEPD afegeix que, a més de no existir base jurídica lícita per al tractament d'aquestes dades, la finalitat del tractament tampoc seria legítima. La sol·licitud d'informació sobre la immunitat a la Covid-19, com a requisit per accedir a un lloc de treball, donaria lloc a una diferència de tracte que no obeeix a una justificació objectiva i raonable.

Les empreses multiserveis sense conveni propi hauran d'aplicar el conveni aplicable al treball desenvolupat en l'empresa client. STS de l'11 de juny de 2020.

El Tribunal Suprem estableix que davant l'absència d'un conveni col·lectiu propi de l'empresa multiservei demandada, les relacions laborals quedaran regulades pel conveni col·lectiu sectorial l'àmbit funcional del qual compregui l'activitat que duen a terme els treballadors en el marc de la contracta. Fent-se d'aquesta manera, les condicions laborals dels treballadors que presten serveis en els centres a què es refereix el present conflicte es determinaran en funció de la classe de treball prestat, que és el paràmetre més adequat i objectiu enfront de l'alternatiu de l'activitat preponderant de l'empresa multiservei en el seu conjunt, que, d'una banda, no es coneix; i, d'una altra, encara que fos conegut i un altre de diferent, no tindria res a veure amb l'activitat realment exercida pels treballadors. En conseqüència, el criteri que s'ha d'aplicar per establir el conveni d'aplicació és el de la real i veritable activitat exercida pels treballadors en relació amb la prestació de serveis per l'empresa multiservei a l'empresa client. I encara més en un cas com el present, en què l'activitat que presta la demandada en l'àmbit del conflicte és una de sola. Amb aquesta solució s'atén al que disposa el conveni de referència, que està pensat, precisament, per a situacions com la que contemplem i, a més, no s'afecta la competència al mercat de treball, perquè s'estableix una mateixa regulació unitària a tots els treballadors que fan la mateixa feina, amb independència de la configuració jurídica del subjecte ocupador, això és, de si es tracta d'una empresa especialitzada en la prestació d'un sol servei o una empresa multiservei. Això implica que els treballadors afectats es regiran pel conveni sectorial que correspongui a l'activitat subcontractada, en concret per l'estatal de restauració col·lectiva.



Provocar el treballador perquè cometi un il·lícit laboral no és causad'acomiadament. STS del 19 de febrer de 2020.

El Tribunal Suprem, en contra del parer de la sala d'instància, considera il·legal la prova obtinguda per una detectiva que, amb les seves accions, va provocar que el treballador cometés un il·lícit. La detectiva, per compte del seu client, una gestoria que sospita que un dels seus advocats porta assumptes jurídics fora de l'àmbit de la gestoria, contacta amb l'advocat a temps complet de la gestoria per fer-li una consulta professional amb l'únic objectiu d'acreditar que aquest treballava per compte propi durant la seva jornada de treball. L'advocat li ofereix reunir-se fora de les hores de treball, cosa a què es va negar la detectiva, que, després de diverses trucades telefòniques, va aconseguir una cita professional dins de la jornada laboral de l'advocat.

Mentre que el Tribunal Superior de Justícia de Madrid admet la validesa de la prova, el Tribunal Suprem la considera il·lícita, perquè la promoció d'una consulta simulada, instrumentada per una detectiva privada contractada per l'empresa, per provar que el demandant exercia l'advocacia per compte propi en hores de treball, forçada una vegada i una altra per la detectiva, que va rebutjar veure el demandant fora de les seves hores de treball, va suposar una clara acció coactiva sobre la voluntat del treballador, així com la utilització de procediments il·lícits o èticament reprovable, que va vulnerar el dret a la dignitat del treballador, assegurada per l'art. 10 CE, així com a la seva lliure i espontània determinació, com destaca la sentència de contrast.

El Tribunal Suprem, per tant, assenyala que aquesta prova no s'hauria d'haver admès per la sentència recorreguda, ni tampoc s'hauria d'haver permès que desplegués plens efectes probatoris, perquè l'òrgan judicial no pot, d'acord amb l'art. 11 LOPJ en relació amb l'art. 90 LRJS, fundar la seva decisió en proves obtingudes, directament o indirectament, violentant drets fonamentals i llibertats públiques. Existeixen múltiples pronunciaments sobre la qüestió, entre altres SSTC 98/2000, de 10/abril; 186/2000, de 10/juliol; 29/2013, d'11/febrer; i 39/2016, de 3/març. I SSTS 05/12/03 -rec. 52/03 -; 07/07/16 -rcud 3233/14-; i SG 31/01/17 -rcud 3331/15.

D'aquesta manera, sense negar la prova obtinguda per detectius, el Tribunal Suprem delimita els mitjans i formes d'actuació d'aquests.

El Tribunal Suprem estableix que els treballadors amb contractació temporal irregular en societats mercantils estatals han de ser declarats personal indefinit no fix.

Dues sentències del ple de la sala social del Tribunal Suprem del 17 i 18 de juny han unificat doctrina quant a les conseqüències de l'apreciació de frau de llei o abús de la contractació temporal en les societats mercantils estatals, de manera que els treballadors d'aquestes empreses afectats es consideren indefinits no fixos i no treballadors fixos de plantilla com en algunes resolucions havia arribat a considerar la sala.

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