



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



JUNIO 2021
NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Junio 2021



Mascarillas. Obligaciones en la nueva regulación del Real Decreto-ley 13/2021, de 24 de junio, y reacciones empresariales ante el incumplimiento.

El pasado sábado 26 de junio entraba en vigor el Real Decreto-ley 13/2021. Los cambios que introducía esta norma afectaban, principalmente, a la eliminación del uso obligatorio de mascarillas en la vía pública y en espacios al aire libre.

Se mantiene, no obstante, la obligatoriedad del uso de la mascarilla en diversos supuestos que afectan de forma importante a la prestación de servicios en el ámbito laboral. Así, la utilización de la mascarilla **continúa siendo obligatoria (art. 6.1)**:

- En cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público.
- En cualquier espacio al aire libre en el que por la aglomeración de personas, no resulte posible mantener una distancia mínima de 1,5 metros entre las mismas, salvo grupos de convivientes.
- En los medios de transporte aéreo, marítimo, en autobús, o por ferrocarril, incluyendo los andenes y estaciones de viajeros, o en teleférico, así como en los transportes públicos y privados complementarios de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas, incluido el conductor, si los ocupantes de los vehículos de turismo no conviven en el mismo domicilio.

En el caso de los pasajeros de buques y embarcaciones, no será necesario el uso de mascarillas cuando se encuentren dentro de su camarote, ni en espacios exteriores de la nave cuando se pueda mantener la distancia de seguridad de 1,5 metros.

- En los eventos multitudinarios al aire libre, cuando los asistentes estén de pie o si están sentados cuando no se pueda mantener 1,5 metros de distancia entre personas, salvo grupos de convivientes.

Se excepcionan de esos supuestos en los que la mascarilla es obligatoria:

- A las personas que presenten algún tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla o que, por su situación de discapacidad o dependencia, no dispongan de autonomía para quitarse la mascarilla, o bien presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.
- En el caso de que, por la propia naturaleza de las actividades, el uso de la mascarilla resulte incompatible, con arreglo a las indicaciones de las autoridades sanitarias.
- En aquellos lugares o espacios cerrados de uso público que formen parte del lugar



de residencia de los colectivos que allí se reúnan, como son las instituciones para la atención de personas mayores o con diversidad funcional, las dependencias destinadas a residencia colectiva de trabajadores esenciales u otros colectivos que reúnan características similares, siempre y cuando dichos colectivos y los trabajadores que allí ejerzan sus funciones, tengan coberturas de vacunación contra el SARS-CoV-2 superiores al 80 % con pauta completa, acreditado por la autoridad sanitaria competente. Esta última excepción no será de aplicación a los visitantes externos, ni a los trabajadores de los centros residenciales de personas mayores o con diversidad funcional.

- El uso de mascarillas en centros penitenciarios en los que haya movilidad de los internos, tanto en exteriores como en espacios cerrados, se regirá por normas específicas establecidas por la autoridad penitenciaria competente.

Cabe pensar, de esta forma, que en la mayoría de supuestos, la utilización de la mascarilla en los centros de trabajo continuará siendo obligatoria. Las personas trabajadoras deberán cumplir con esta obligación salvo que se encuentren incurso en alguna de las excepciones previstas en la norma. Al respecto, conviene recordar que el art. 29.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que «Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario», proveyéndose específicamente que deberá «Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad

competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo».

El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos tiene la consideración de incumplimiento laboral o de falta susceptible de ser sancionado por el empleador, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. En este sentido, recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Asturias ha confirmado la **procedencia del despido de un trabajador que se había negado a utilizar gel hidroalcohólico y mascarilla** en el desarrollo de su tarea como repartidor. Ha de notarse, no obstante, que la empresa había puesto a disposición del trabajador dichos medios, le había informado de la obligatoriedad de su uso y que le había requerido el cumplimiento sin que el trabajador, en diversas ocasiones, cumpliera las órdenes. En esta línea una STSJ del País Vasco ha considerado improcedente el despido de un trabajador, con antecedentes médicos de problemas en los bronquios, que decide abandonar su puesto de trabajo ante la falta de suministro de la empresa de mascarillas solicitadas en diversas ocasiones.

En relación a la inexistencia de obligación de realizar pruebas de PCR véase el comentario a la reciente sentencia del Tribunal Supremo contenido al final de este newsletter.



Planes de igualdad. La delimitación de sus contornos.

Desde el pasado 7 de marzo todas las empresas de más de 100 empleados/as están obligadas a tener un plan de igualdad. Una obligación que ya tenían las empresas de más de 250 trabajadores/as y que partir del 7 de marzo del 2022 se extenderá a las empresas de 50 personas trabajadoras. Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo han aclarado cómo debe hacerse efectivo el cumplimiento de dicha obligación imponiendo su negociación con los representantes de los trabajadores legitimados para negociar el convenio colectivo.

De esta forma, el Tribunal Supremo considera:

- Que la negociación del plan de igualdad se debe canalizar a través del convenio colectivo propio o, en cualquier caso, cumpliendo con las exigencias prevista en el Título III ET para su celebración. Una exigencia que supone la necesidad de que se negocie con los representantes de los trabajadores legitimados para negociar convenios estatutarios, esto es, los órganos de representación unitaria o secciones sindicales con mayoría, en los aquellos órganos y que se apruebe por las mayorías establecidas en el art. 89.3 TRLET.

- Que no es lícita su negociación por una comisión ad hoc.

- Que solo de manera muy excepcional (bloqueo negocial reiterado e imputable a la contraparte, negativa a negociar, ausencia de órganos representativos) podría aceptarse que la empresa estableciera un Plan de Igualdad obviando las referidas exigencias, pero entendido como provisional.

- Sí que cabría entender lícita su negociación por una comisión más reducida designada por la comisión negociadora del convenio siempre que en aquella subcomisión tuviesen cabida todos los sujetos con legitimación para negociar en proporción a su representatividad.

Ha de advertirse, no obstante, que dichas sentencias se refieren a supuestos en los que no resultaba aún de aplicación el RD 901/2021, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. En esta norma, su art. 5 perfila con mayor precisión como se conformará la comisión negociadora de los planes de igualdad, sintéticamente:

- Como regla general, la negociación se desarrollará con los órganos de representación unitaria (comité de empresa o delegadas y delegados de personal) o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre las delegadas y delegados de personal.

- La composición de la parte social en la comisión negociadora será proporcional a su representatividad. Hay que entender que la proporcionalidad se refiere tanto a la composición sindical como al número de trabajadores de los diferentes centros de trabajo que puedan existir.

- En las empresas con varios centros de trabajo negociará el comité intercentros



si existe y tiene establecidas competencias para la negociación.

- En las empresas donde no existan órganos de representación legal (comités o delegados de personal) se deberá constituir una comisión negociadora (comisión sindical) integrada, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión negociadora contará con un máximo de seis miembros por cada parte. La representación sindical se conformará en proporción a la representatividad en el sector y garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados. No obstante, esta comisión sindical estará válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días.

- Si existen centros de trabajo con órganos de representación legal (comités o delegados de personal) y centros de trabajo sin ella, la parte social de la comisión negociadora estará integrada, por un lado, por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuentan con dicha representación y, por otro lado, por la comisión sindical constituida conforme lo señalado en el punto anterior en representación de las personas trabajadoras de los centros que no cuenten con la representación referida en el apartado La comisión negociadora se puede ampliar a un máximo de trece miembros por cada una de las partes.

- La comisión negociadora podrá

contar con apoyo y asesoramiento externo especializado en materia de igualdad, intervendrán con voz pero sin voto.

- Deberá promoverse la composición equilibrada entre mujeres y hombres de cada una de ambas partes de la comisión negociadora, así como que sus integrantes tengan formación o experiencia en materia de igualdad en el ámbito laboral.

- Durante el proceso de negociación, se levantará acta de cada una de las reuniones de la negociación, que deberán ser aprobadas y firmadas con manifestaciones de parte, si fuera necesario.

- Las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la empresa y de la mayoría de la representación de las personas trabajadoras que componen la comisión.

- En caso de desacuerdo, la comisión negociadora podrá acudir a los procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos, si así se acuerda, previa intervención de la comisión paritaria del convenio correspondiente, si así se ha previsto en el mismo para estos casos.

- El resultado de las negociaciones deberá plasmarse por escrito y firmarse por las partes negociadoras para su posterior remisión a la autoridad laboral competente, a los efectos de registro y depósito y publicidad en los términos previstos reglamentariamente.

Ha de advertirse que el art.11 del RD 901/2021, de 13 de octubre al regular el registro de los planes de igualdad establece que serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y



«hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes». Parece admitirse, de esta forma, que ante el fracaso de la negociación el plan de igualdad sea adoptado unilateralmente por la empresa. Es esta una cuestión que aún no ha sido abordada jurisprudencialmente, pero la prudencia parece exigir que dicha decisión unilateral sólo opere en supuestos excepcionales en los que resulte clara la existencia de un proceso negociador en buena fe, que se haya extendido durante el plazo máximo previsto reglamentariamente (un año) o cuando no se haya podido constituir la comisión negociadora por falta de participación de la parte laboral.

Aprovechemos para recordar que **a los efectos de determinar el tamaño de la plantilla** se deben computar los trabajadores de todos los centros de trabajo y que computan todas las personas con contrato laboral con independencia de su modalidad, jornada o lugar de prestación de servicios, también los trabajadores cedidos por ETTS y los contratos temporales que hubiesen estado vigentes en los 6 meses anteriores (cada 100 días o fracción, uno).

Los procesos de selección del personal ¿Qué datos podemos solicitar a las personas candidatas?

En los procesos de selección las empresas solicitan a las personas candidatas la aportación de datos personales que permitan la valoración de sus competencias, habilidades, formación, aptitudes... se trata de una actuación que supone el tratamiento de datos personales y, por ello, sometida a la normativa de protección de datos [\[Reglamento General de Protección de datos \(UE\) y Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales\]](#).

Recientemente, la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si era posible que una empresa de seguridad solicitase, a los vigilantes de seguridad subrogados de otras empresas, una declaración sobre si tenían antecedentes penales. A pesar de que es esta una actividad en la que la Ley de Seguridad Privada exige de una habilitación que, entre otros requisitos, exige carecer antecedentes penales por delitos dolosos, la Audiencia Nacional considera que dicha actuación era ilegal.

Veamos algunos de los aspectos que deben tenerse en consideración:

- Todo tratamiento de datos exige de una base jurídica que lo justifique. En el caso de los procesos de selección la base se localiza en el art. 6.1.b) del RGPD: (“b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”

- Deber de informar a la persona candidata del tratamiento. El responsable del tratamiento debe informar de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, sobre el tratamiento de datos que está llevando a cabo. Los aspectos que deben ser objeto de información se enumeran en los arts. 13 y 14 del RGPD. Es conveniente establecer algún mecanismo de acuse de recibo de esa información y utilizar formularios tipos en los que se recoja la información a suministrar.

- Los datos recabados deben ser los necesarios en el contexto de un contrato o de la intención de concluir



un contrato (considerando 44 RGPD) y utilizarse exclusivamente para la finalidad informada. Principios de minimización y limitación de la finalidad.

- La empresa es responsable de la conservación y eliminación de los datos personales.

- La existencia de antecedentes penales constituye un dato especialmente sensible objeto de un tratamiento específico por el RGPD y la LOPDGDD que sólo lo posibilitan cuando esté previsto en una norma legal. Una previsión que sólo existe en el caso de la seguridad de la aviación civil (Reglamento europeo sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil), en determinados trabajos que implican el contacto con menores (art. 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) o en la contratación de ciertas personas trabajadoras en entidades que deben asumir obligaciones en la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (art. 40 del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, aprobado por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo).

- La Audiencia Nacional considera que la normativa legal no autoriza a las empresas de seguridad a tratar esos datos sino simplemente a requerir de la Dirección General de la Policía si la persona trabajadora tiene la habilitación necesaria para desempeñar funciones de vigilante de seguridad.

- La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) considera que es posible solicitar informe de la vida laboral de la Seguridad Social al candidato siempre y cuando su finalidad sea contrastar la veracidad y experiencia del candidato. El principio de minimización y proporcionalidad exigiría limitarlo a los datos a contrastar.

- Respecto a la posibilidad de indagar en las redes sociales del candidato, la AEPD considera que el tratamiento de los datos obtenidos por esta vía únicamente será posible cuando se demuestre que dicho tratamiento es necesario y pertinente para desempeñar el trabajo. Se deberá informar al candidato (aunque el perfil sea público) del tratamiento que no puede ser permanente y generalizado.

El Tribunal Supremo rechaza que se pueda exigir a una empresa que haga test PCR a sus empleados.

Una reciente sentencia dictada por el pleno del Tribunal Supremo ha establecido que no hay ninguna normativa vigente que permita exigir a las empresas la realización a sus trabajadores de dichas pruebas de detección del Covid 19 y ello aún tratándose del sector del transporte sanitario. La salvedad a esta regla general vendría dada por la eventual existencia de una indicación en sentido contrario prescrita por un facultativo de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente, hipótesis a la que habría que asimilar las previsiones que al respecto se pudieran establecer por los servicios de prevención de la empresa.

**No constituye multa de haber el descuento salarial derivado de faltas de puntualidad registradas.**

Con la imposición legal de un registro horario diario se han hecho más frecuentes las prácticas de descuentos en nómina por los retrasos registrados. El Tribunal Supremo ha considerado que dichas prácticas no constituyen una multa de haber prohibida por el art. 58.3 del TRLET. El elemento clave de la argumentación reside en que durante el tiempo en que el trabajador no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber. En efecto, la multa de haber consiste en la detracción de salario devengado o al que el trabajador tiene derecho. En el supuesto enjuiciado, el trabajador no tiene derecho a percibir dicho salario porque no ha prestado servicios por causa imputable únicamente a él.

El voto particular estima que la actuación empresarial sí constituye una «multa de haber», entendida ésta como «aquella sanción que impone el empleador al trabajador que incurre en un incumplimiento contractual que implica la pérdida de un determinado concepto salarial que ha sido efectivamente devengado por el trabajador». De lo que se deduce que, en este caso, existe una sanción encubierta constitutiva de práctica ilícita, pues no se acredita impedimento alguno para que la persona trabajadora pueda recuperar el retraso en otro momento al computarse la jornada de forma anual.