



ANTRÀS



AGOST 2023

NEWSLETTER

INFORMACIONS LABORALS

Agost 2023



Persones treballadores desplaçades a l'estranger per empreses amb activitat a Espanya: situació assimilada a l'alta a la Seguretat Social.

L'ordre ISM/835/2023, de 20 de juliol, [BOE de 22 de juliol](#), regula la situació assimilada a la d'alta en el sistema de la Seguretat Social de les persones treballadores desplaçades a l'estranger al servei d'empreses que exerceixen les seves activitats en territori espanyol, i deroga expressament l'ordre del 27 de gener de 1982, BOE, 16 de febrer, tot i que la nova norma no estarà vigent fins al dia primer del quart mes següent al de la seva publicació al BOE (1 de novembre de 2023).

Com assenyala la mateixa norma, cada vegada resulten més freqüents els desplaçaments de treballadors fora del territori nacional, que han anat creixent en les últimes dècades, en particular en determinats sectors de l'economia, com és el cas de l'hostaleria i el turisme. La normativa anterior no facilitava el manteniment d'aquestes persones dins del sistema de Seguretat Social espanyol, i dificultava l'aplicació de l'article 166.3 de la Llei General de la Seguretat Social, en el qual precisament es disposa que les persones traslladades per l'empresa fora del territori nacional podran ser assimilades a la situació d'alta per a determinades contingències, amb l'abast i les condicions que reglamentàriament s'estableixin. Doncs bé, amb aquesta nova norma es regula aquest abast i condicions, oi s'especifica que, als seus efectes, es considera persona treballadora desplaçada a qui, estant contractada a Espanya per una empresa que exerceix les seves activitats en territori espanyol, és enviada per aquesta a un

altre país amb la finalitat de realitzar un treball assalariat per compte d'aquesta empresa.

La regulació s'estructura entorn de dos eixos o situacions. El primer es produeix quan el desplaçament per part de l'empresa d'una persona treballadora s'efectua a un país en el qual no resulti aplicable cap instrument internacional en matèria de coordinació dels sistemes de Seguretat Social, o en el qual, encara que sigui aplicable un instrument internacional d'aquesta índole, aquesta persona no es trobi inclosa dins del seu àmbit d'aplicació subjectiu. En aquest cas, es facilita la situació assimilada a l'alta en el règim de la Seguretat Social en el qual estigués enquadrada la persona treballadora, i continua l'obligació de cotitzar, tant per part de l'empresa com per part de la persona treballadora desplaçada, sempre que aquesta última romangui al país de destinació i es mantingui la relació laboral amb l'empresa. En aquest supòsit, es garanteix una acció protectora bastant àmplia, que cobreix la incapacitat temporal derivada de contingències comunes o professionals, el naixement i la cura d'un menor, l'exercici corresponsable de la cura d'un lactant, el risc durant l'embaràs o durant la lactància natural i la cura de menors afectats per càncer o una altra malaltia greu, a més de les pensions contributives d'incapacitat permanent i mort i supervivència derivades de contingències comunes o professionals i la pensió contributiva de jubilació, en els termes previstos en el règim de la Seguretat Social en el qual es trobi enquadrada la persona treballadora.



La segona situació contempla el desplaçament a un país en el qual sigui aplicable un instrument internacional en aquesta matèria en el qual, bé es contempli el desplaçament temporal de persones treballadores per part de les seves empreses, pel qual es faculti aquestes empreses a continuar subjectes a la legislació espanyola de Seguretat Social durant un determinat període de temps, una vegada superat el termini màxim previst, incloent-hi si s'escau les pròrroques establertes, bé no es contempli en l'instrument internacional el desplaçament temporal de persones treballadores. En aquest cas, les persones treballadores desplaçades podran continuar subjectes voluntàriament a la legislació espanyola una vegada esgotat el període màxim de desplaçament previst en el respectiu instrument internacional, incloses les pròrroques que s'haguessin autoritzat, si estiguessin previstes en aquest instrument. En aquest supòsit, es preveu la cobertura de les pensions contributives d'incapacitat permanent i mort i supervivència derivades de contingències comunes i la pensió contributiva de jubilació, també amb l'extensió i l'abast previstos en el règim de la Seguretat Social en el qual estigués enquadrada la persona treballadora desplaçada.

En tot cas, les situacions assimilades a la d'alta en els supòsits descrits es mantindran exclusivament durant el període de desplaçament que tingui origen en la contractació formalitzada a Espanya, fins i tot si la persona treballadora canvia de país de destinació. Amb un aclariment important, i és que aquesta nova regulació no originarà cap

dret per un període anterior a la data de la seva aplicació.

La norma també regula la informació que ha de ser comunicada per part de les empreses a la Tresoreria General de la Seguretat Social:

- Data d'inici del desplaçament i data de finalització del període de desplaçament anterior, incloent-hi la pròrroga que, si s'escau, hagués estat autoritzada segons els supòsits.
- País en el qual es troba la persona treballadora desplaçada.
- Data prevista, si és procedent, de finalització del desplaçament, i la indicació de si la persona treballadora continuarà o no prestant els seus serveis a Espanya.

Els treballadors i les empreses hauran de formalitzar per escrit, de manera conjunta i en el model oficial, un acord per a l'aplicació de la legislació espanyola en matèria de Seguretat Social, amb independència de l'aplicació obligatòria, així mateix, de la legislació en aquesta matèria del país en el qual es trobin desplaçats.

La comunicació de l'acomiadament objectiu als representants de les persones treballadores.

Són diversos els supòsits en què l'adopció de determinades decisions empresarials ha de ser comunicada als representants dels treballadors per tal que aquests puguin exercir les competències de control i fiscalització que la legislació els reconeix. Un dret a la informació i, si escau, consulta que es prescriu amb caràcter general a l'article 64 del

TRLET i, de forma dispersa, en altres preceptes tant del mateix Estatut com d'altres normes legals i, fins i tot, convencionals.

L'incompliment d'aquests drets constitueix una infracció administrativa greu (article 7.7 LISOS: "La transgressió dels drets d'informació, audiència



i consulta dels representants dels treballadors i dels delegats sindicals, en els termes en què legalment o convencionalment estiguessin establerts”) que pot ser sancionada amb multes, en el seu grau mínim, de 751 a 1.500 euros, en el seu grau mitjà de 1.501 a 3.750 euros; i en el seu grau màxim de 3.751 a 7.500 euros. A més, en determinats supòsits, sobretot quan ens trobem davant un supòsit de consulta, afectar a la validesa o regularitat del mateix acte empresarial que, d’aquesta manera, podria ser declarat nul o no ajustat a dret.

En matèria d’acomiadament són diversos els supòsits en els quals s’exigeix aquesta informació o consulta:

- En cas d’acomiadament disciplinari si el treballador estigués afiliat a un sindicat i a l’empresari li constés, s’haurà de donar audiència prèvia als delegats sindicals de la secció sindical corresponent a aquest sindicat (article 54.1 TRLET). La STS del 12 de juliol de 2006, ECLI:ES:TS:2006:5151, va considerar que l’audiència amb una antelació de 24 hores no era suficient perquè el sindicat pogués preparar la seva defensa i va declarar l’acomiadament improcedent. Cal recordar, a més, que si la persona treballadora fos un representant legal dels treballadors o delegat sindical procediria l’obertura d’expedient contradictori, en el qual seran escoltats, a més de l’interessat, els restants membres de la representació a la qual pertanyés, si n’hi hagués. Un expedient que exigirà com a requisit la informació dels fets constitutius de la infracció.
- Amb caràcter general, l’empresa ha d’informar la representació legal dels treballadors de totes les sancions imposades per faltes molt greus (article 64.4 TRLET), entre les quals, òbviament, s’inclourien tots els acomiadaments disciplinaris. Aquí ja referits a qualsevol persona treballadora i sense que l’omissió d’aquesta informació afecti la validesa de l’acomiadament.

- En matèria d’acomiadaments col·lectius, l’article 51.2 del TRLET prescriu la realització d’un període de consultes la no realització de les quals, i fins i tot la defectuosa realització de les quals, comportaria la seva nul·litat.

- Quan es tracti d’un acomiadament objectiu per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció que no arribi als límits numèrics de l’acomiadament col·lectiu s’haurà de donar còpia de la carta d’acomiadament a la representació legal dels treballadors (article 53.1 TRLET).

En relació amb aquest últim supòsit, una sentència recent del Tribunal Suprem, del 5 de juliol de 2023, ha aclarit la forma i les condicions en què s’ha d’efectuar la comunicació d’aquests acomiadaments objectius per causes ETOP. Així, d’una banda, reiterant la doctrina precedent, estableix que l’objecte de la comunicació és la carta d’acomiadament lliurada a la persona treballadora acomiadada “la voluntat de la llei consisteix que es produeixi el lliurament d’una reproducció de la carta d’acomiadament que s’ha lliurat al treballador”, sense que pugui ser substituïda aquesta exigència per altres actuacions, com podria ser la presència del representant en l’acte de lliurament de la carta d’acomiadament. La novetat de la sentència rau en el moment en què considera que es pot efectuar el lliurament de la còpia de la carta d’acomiadament. Així, enfront de la sentència de contrast, que havia considerat improcedent un acomiadament en el qual la carta es va lliurar a la representació legal un dia després del dia de l’acomiadament, la sentència del Tribunal Suprem permetrà que s’efectuï amb posterioritat al lliurament al treballador, en aquest cas concret, 4 dies. S’ha de tenir en consideració, no obstant això, que el tribunal adverteix que “sempre que s’efectuï en un termini prudencial que ni frustri les finalitats de l’exigència legal ni impedeixi que els destinataris, és a dir, els representants, puguin exercitar els drets que puguin estar vinculats a la informació facilitada, entre els quals no s’ha de desconèixer



la possibilitat d'assessorar el treballador sobre les causes i les circumstàncies de l'acomiadament en qüestió”.

En qualsevol cas, i encara que cal valorar positivament la introducció de certa flexibilitat en

la comprensió dels terminis d'aquesta exigència instrumental, ens permetem aconsellar, amb l'objecte de reduir riscos, que la comunicació s'efectuï, si no és possible en el mateix moment de l'acomiadament, amb la proximitat temporal més gran que sigui possible.

Successió d'empresa i plecs de condicions. Dues sentències importants.

La gestió privada d'activitats i serveis públics té en els plecs de condicions elaborats per les mateixes administracions l'instrument, juntament amb el que es disposa a la normativa legal, que regeix les condicions en què s'han de desenvolupar. Els plecs, tant els generals com els particulars, tenen, com ha assenyalat el TS, sala del contenciós, del 17 d'octubre de 2000, un valor gairebé normatiu: “Per resoldre les qüestions relatives al compliment, la intel·ligència i els efectes dels contractes administratius, és norma bàsica el que s'estableix als plecs de condicions, ja que en la contractació es regulen els drets i les obligacions de la contracta, cosa que dona lloc al que es considera la Llei del Contracte...”. Una eficàcia que també es projecta en l'àmbit laboral ja que, com es reconeix a l'article 122 de la Llei 9/2017 de contractes del sector públic (LCSP), “inclouran les consideracions socials, laborals i ambientals que com a criteris de solvència, d'adjudicació, o com a condicions especials d'execució, s'estableixin”.

Dues sentències recents del Tribunal Suprem han establert una important doctrina en relació amb l'eficàcia que poden tenir aquests plecs en matèria laboral. Així, respecte a la possibilitat que els plecs de condicions estableixin obligacions de subrogació per al nou adjudicatari, que, d'aquesta manera, hauria d'assumir els treballadors de l'anterior, la STS, contenciós, del 3 de juliol del 2023, efectua una interpretació restrictiva de la Llei 9/2017 per considerar que això no resulta lícit (“és correcta la conclusió de la sentència impugnada de considerar que aquesta obligació

deriva directament dels plecs del contracte de manteniment integral de les instal·lacions elèctriques i de seguretat de la Diputació Foral de Biscaia al qual es refereix aquest recurs, possibilitat que està vedada en el nostre dret”). El Suprem entén que la imposició d'aquesta obligació només és possible a través d'una norma legal, un conveni col·lectiu o un acord de negociació col·lectiva d'eficàcia general que, a més, haurà de ser aplicable als treballadors als quals es refereix el contracte objecte de licitació.

Per contra, amb una lògica en certa manera oposada, en dotar d'una àmplia capacitat reguladora al que preveuen els plecs de condicions, la STS, laboral, del 25 d'abril del 2023, va estimar procedent l'acomiadament objectiu per ineptitud sobrevinguda d'un treballador subrogat que no complia amb els requisits de titulació establerts en el plec de condicions.

Així, es considera que la nova empresa adjudicatària d'un servei públic pot extingir la relació laboral per ineptitud sobrevinguda a l'empara de l'article 52 a) ET, una vegada que s'ha subrogat en els treballadors de l'anterior concessionària i constata que no disposen de la titulació requerida de forma nova pel plec de condicions tècniques, i això malgrat que aquesta treballadora havia exercit durant més de cinc anys les mateixes funcions (tècnic d'integració social).

S'ha de destacar que una sentència i l'altra s'hi introdueixen elements controvertits (per exemple,



l'admissió de l'acomiadament per ineptitud davant una titulació no exigida legalment), però, no obstant això, evidencien la importància que poden tenir els plecs de condicions com a

elements reguladors de les condicions de treball a desenvolupar en l'àmbit de les concessions i contractes públics i els dubtes que encara suscita la plena eficàcia de la Llei 9/2017.

Prova del pagament del salari i pagament “en negre”.

La recent sentència del Tribunal Suprem del 20 de juliol, davant la reclamació del pagament d'uns salaris deguts, manté la seva antiga doctrina en el sentit que és al treballador a qui li correspon acreditar la seva meritació, és a dir, la realitat del seu dret o, en altres paraules, els fets constitutius del dret que reclama, i a l'empresa la del que siguin extintius o impeditius, així com la realitat del pagament efectuat. Així, correspon al treballador acreditar la prestació de serveis o, si escau, la impossibilitat de dur-la a terme per impediments imputables a l'empresari en els termes de l'article 30 ET i a l'empresa li incumbeix la càrrega de provar els fets impeditius o extintius que poguessin enervar l'obligació d'abonar les quantitats reclamades.

Respecte a la prova del pagament del salari, l'article 29 ET disposa que la liquidació i el pagament del salari es documentés mitjançant el lliurament al treballador d'un rebut individual i justificatiu d'aquest pagament, el tribunal considera que, sobre la base del principi de facilitat probatòria, tenint en compte que les empreses compten amb els registres i assentaments comptables necessaris per acreditar aquest fet, així com dels documents que poden evidenciar l'existència de transferències dineràries als comptes dels empleats, correspon a aquestes provar la realitat del pagament del salari. Amb aquests mitjans, considera que la mercantil demandada disposa de totes les facilitats probatòries per demostrar el pagament de les sumes reclamades, i no pot exigir-se al treballador la prova d'un fet negatiu (la no percepció del salari reclamat).

Afegeix que, fins i tot en l'hipotètic supòsit que el pagament s'hagués realitzat en metàl·lic, l'empresa pot aportar el preceptiu rebut de cobrament signat pel treballador, que ha d'obrar en el seu poder, sense que la “il·lícita possibilitat que l'empresa hagués abonat el salari en diner negre i de forma oculta, això tampoc l'eximiria en cap cas de la càrrega de provar el pagament, pels mitjans que fos”.