

**XIV CONGRESO DE ACTUALIDAD LABORAL: XI ENCUENTRO CON
LA JUSTICIA EN EL ORDEN SOCIAL.**

EXCMO. COLEGIO OFICIAL DE GRADUADOS SOCIALES DE MADRID.

**NUEVOS ERTES. CAMBIOS DE CONDICIONES DE TRABAJO.
DESPIDOS.**

**Susana María Molina Gutiérrez.
Magistrada.**

**Sala de lo Social Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
Sección Sexta.**

I. Nuevos ERTES: Real Decreto 30/2020 de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.	1
II. Cambio de condiciones de trabajo.	4
II.1.- Trabajo a distancia.	4
II.2 Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada. PLAN MECUIDA.....	6
II.3.- Supuestos conflictivos.....	9
III. Despidos.....	11

I. Nuevos ERTES: Real Decreto 30/2020 de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

Desde la elevación de la situación de emergencia de salud pública a pandemia internacional declarada por la OMS el 11 de marzo de 2020, en nuestro ordenamiento jurídico se han publicado una multitud de normas tendentes a paliar los perniciosos efectos ocasionados por el virus del SARS-Cov-2 o Covid-19.

Así, y en primer lugar hemos de referirnos al Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo de 2020 por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y se prorrogó hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020. El artículo 7 de la norma restringía la libre circulación de personas por las vías y espacios de uso público salvo para los usos expresamente permitidos¹, y el artículo 10 bajo la rúbrica, sobre

¹ a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.

“Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales” suspendía la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio. En cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en las que se esté desarrollando.

Se fijan igualmente medidas de distanciamiento social estableciendo que, se evitarán aglomeraciones y se controlará que consumidores y empleados mantengan la distancia de seguridad de al menos un metro a fin de evitar posibles contagios; así como se acuerda la suspensión de la apertura de otros establecimientos públicos y lugares de culto.

Casi de manera inmediata se publicó en el BOE de 18 de marzo el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 con una extensísima exposición de motivos y que incluye algunas de las medidas que nos interesan a efectos de la presencia ponencia.

En primer lugar, los artículos 5 y 6 establecieron el carácter preferente del trabajo a distancia y el derecho de adaptación del horario y reducción de jornada a los que me referiré más tarde, estableciendo los artículos 22 y 23 las denominadas “Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”. Para no reiterarme e insistir en el contenido de la ponencia de compañero y amigo Don Rafael López Parada le dejaré a él que desmenuce las “peculiaridades” que con las que el legislador ha querido dotar a estos mecanismos de flexibilidad interna empresarial encaminados a la conservación del empleo; destacando únicamente que el Real Decreto Ley no deroga ni el Estatuto de los Trabajadores ni el Decreto Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada que lo desarrolla, lo que a mi juicio resulta muy relevante para despejar algunas de las dudas que han surgido en torno a la interpretación del mismo.

-
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
 - c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
 - d) Retorno al lugar de residencia habitual.
 - e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
 - f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
 - g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
 - h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

Estos procedimientos se dividen en dos modalidades procesales: los ERTES por Fuerza Mayor (FM) disciplinados en el artículo 22, y los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP) del artículo 23 de la norma, habiendo sido ambos prorrogados de manera sucesiva por los Reales Decretos Leyes que han seguido al de 17 de marzo hasta llegar al Real Decreto Ley 30/2020 de 29 de septiembre de medidas sociales de defensa del empleo que ha mantenido su vigencia hasta el 31 de enero de 2021.

Me centraré en las “particularidades” establecidas por esta última norma. Establece el artículo primero del Decreto que los ERTES FM se prorrogarán automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 estableciendo el artículo siguiente una serie de bonificaciones sociales para las empresas, cualquiera que sea su sector de actividad, que tras la tramitación de un ERTE, vean suspendida su actividad como consecuencia de restricciones de contención sanitaria ya sean nacionales o extranjeras.

En cuanto a los ERTES ETOP el artículo tercero establece las siguientes especialidades:

- Se deben tramitar entre la entrada en vigor del Real Decreto (30 de septiembre de 2020) y antes del 31 de enero de 2021.
- La tramitación podrá de iniciarse tras la finalización de un ERTE FM del artículo 22 del RD 8/2020, en este caso la fecha de efectos del ERTE ETOP se retrotraerá a la fecha de finalización del ERTE FM.
- Se admite la prórroga del ERTE ETOP que acabe durante la vigencia del Real Decreto siempre que exista acuerdo en el periodo de consultas, y se tramite ante la autoridad laboral en los términos previstos en el RD 1483/2012.

Hemos de destacar también la disposición Adicional Primera que se refiere a las que denomina “empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTES y una reducida tasa de recuperación de actividad”.

Se trata de empresas que tengan ERTES prorrogados hasta el 31 de enero de 2021 en virtud de lo previsto en el artículo 1 del RD Ley 30/2020 y cuya actividad se incluya en alguno de los códigos de Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-09) que se incluye como anexo en el Real Decreto Ley.

También se permite incluir en la definición a empresas que, teniendo ERTES prorrogados hasta el 31 de enero de 2021, dependan en su mayoría o indirectamente de las empresas incluidas en el listado CNAE-09 o formen parte de la “cadena de valor” de éstas.

Se entiende que dependen en su mayoría o en “cadena de valor” de una CNAE cuando su facturación en 2019 se haya generado al menos un 50% en operaciones realizadas de forma directa con empresas incluidas en el listado CNAE-09.

En lo no previsto en la DA se aplicará de manera subsidiaria el RS 1483/2012, y se establecen bonificaciones de cotizaciones a la Seguridad Social.

II. Cambio de condiciones de trabajo.

Una de las cuestiones que se presentan como más interesantes es la posibilidad de calificar, o no, ciertas decisiones empresariales adoptadas con ocasión de las diferentes medidas legislativas impuestas para combatir la pandemia como modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT), pues como consecuencia de la declaración del estado de alarma se adoptaron una serie de medidas que conviene recordar:

- Como hemos adelantado más arriba, se restringió la circulación de personas por vías y espacios públicos (artículo 7 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo) salvo para la realización de las tareas que se consideraban esenciales.

- También se procedió al cierre de los centros educativos de todas las etapas y niveles de enseñanza, indicando la norma que debería mantenerse la formación on-line cuando fuere posible (artículo 9)

- Se suspendió la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas salvo los que se consideran esenciales para la adquisición de alimentos y productos de primera necesidad (artículo 10)

- Por otro lado, se suspendieron las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio (artículo 10).

- Y se establecieron medidas de contención e higiene en lugares cerrados como Templos con imposición de distanciamiento social de un metro y limitación de aforos (artículo 11)

Visto este panorama general vamos a ver qué concretas medidas contienen los Reales Decretos posteriores afectantes a las condiciones de trabajo.

II.1.- Trabajo a distancia.

La primera de ella es la contenida en el artículo 5 del Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo y que se denomina “Carácter preferente del trabajo a distancia”.

Una vez restringida la circulación de personas, el legislador acuerda que se establezcan sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.

Una de las cuestiones más relevantes, a mi parecer, es lo contenido en el segundo párrafo de la norma relativo al modo en que se dará cumplimiento a la normativa de prevención respecto de las empresas que hasta ese momento no hubieran accedido a ese modo de prestación de servicios por la vía del artículo 13 del ET, indicando que se tendrá por se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

Los problemas que pudieren surgir de esta auto evaluación de los riesgos del puesto de trabajo parecen más que obvios:

- En primer lugar, la identificación y ubicación del puesto de trabajo.
- En segundo término, no parece ser el trabajador, a mi juicio, persona preparada para la detección e identificación de los riesgos de su puesto con la dimensión exigida por la norma de prevención, con lo que
- Caso de materializarse un daño no identificado ni previsto por aquél podría plantearse el problema de la imputación de la responsabilidad.

En este punto conviene traer a colación, pese a que ha sido tratado como ponencia específica pero permítanme darles mi propia opinión, que el trabajado a distancia con ocasión del Covid-19 mantiene un régimen jurídico propio e independiente del novedoso régimen del trabajo a distancia disciplinado por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia que modifica el artículo 13 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (así la DT Tercera del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre).

He de reseñar que no comparto los motivos por lo que el legislador ha decido no extender el régimen del nuevo trabajo a distancia, mucho más garantista para los trabajadores, a la situación de la crisis sanitaria pues no comprendo los motivos por los que ciertos derechos (como los de carrera y promoción profesional, dotación de medios y herramientas necesarias y compensación de gastos, la protección de intimidad y datos, desconexión digital) son exclusivos de la situación “no pandemia”, por no mencionar la absoluta diferente tratamiento de la materia preventiva, donde se establece la visita al domicilio del trabajador, previo consentimiento del mismo, por la empresa.

Por otro lado, hemos de referirnos al Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 que introduce un artículo 47 bis con la rúbrica “Teletrabajo” que establece que se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede

desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.

La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio.

El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.

El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se registrará, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo.»

II.2 Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada. PLAN MECUIDA.

El artículo 6 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo contiene el denominado PLAN MECUIDA consiste en que quienes acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma en los términos previstos en el presente artículo, cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19.

Se entenderá que concurren dichas circunstancias excepcionales cuando:

- Sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas en el apartado anterior que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19.
- Asimismo, se considerará que concurren circunstancias excepcionales cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos

o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos.

- También se considerará que concurren circunstancias excepcionales que requieren la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

El derecho previsto en este artículo es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles, debiendo ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa.

Los conflictos que pudieran generarse por la aplicación del presente artículo serán resueltos por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. El ejercicio de los derechos previstos en el presente artículo se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos.

El derecho a la adaptación de la jornada por deberes de cuidado por circunstancias excepcionales relacionadas con el COVID-19 es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa. Empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo.

El derecho a la adaptación de la jornada podrá:

- referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo.
- Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma,, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19.

Las personas trabajadoras tendrán derecho a una reducción especial de la jornada de trabajo en las situaciones previstas en el artículo 37.6, del Estatuto

de los Trabajadores, cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo, con la reducción proporcional de su salario. Salvo por las peculiaridades que se exponen a continuación, esta reducción especial se regirá por lo establecido en los artículos 37.6 (quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella; y) y 37.7 del Estatuto de los Trabajadores, así como por el resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las personas que acceden a los derechos establecidos en estos preceptos.

La reducción de jornada especial deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar el cien por cien de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.

En caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 % el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa.

En el supuesto establecido en el artículo 37.6 segundo párrafo no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

En el caso de que la persona trabajadora se encontrara disfrutando ya de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral, incluidos los establecidos en el propio artículo 37, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurren las circunstancias excepcionales previstas en el apartado primero de este artículo, debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada salvo prueba en contrario.

La DA Tercera del Real Decreto Ley 28/2020 prorroga el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en el que se regula el Plan MECUIDA, permanecerá vigente hasta el 31 de enero de 2021

Para terminar he de destacar que este sistema de prestación de trabajo puede a mi juicio venir a perpetuar la diferenciación de roles entre hombres y mujeres, pues en la práctica parece que es el colectivo femenino el que de manera general acudirá, como veremos también al examinar el PLAN MECUIDA, a atender a los menores que se queden en los hogares como

consecuencia del cierre de los centros escolares o al cuidados de los familiares enfermos.

No obstante, en otro orden de cosas, resulta relevante traer a colación recientes Sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala Cuarta en materia de discriminación por razón de género que me han parecido interesantes. Así, la STC 71/2020 de 29 de junio en la que se aborda a denominada “discriminación refleja o por asociación” (aplicando la doctrina del Asunto Coleman del TJUE de 17 de julio de 2018) a la trabajadora que solicitó permiso de dos días por hospitalización de familiar que fue denegado por la empresa al entender que la maternidad de su familiar no es equiparable a una situación de enfermedad prevista en la norma que regula el permiso. El TC otorga el amparo al entender que se produce una discriminación refleja o por asociación para la trabajadora respecto de su familiar hospitalizada.

También, la reciente Sentencia de la Sala Cuarta de 23 de septiembre de 2020 (recud 70/2019 asunto retribución variable Banco Sabadell) que se refiere a un supuesto de discriminación pero en relación con la prestación de paternidad, si bien anudando el Alto Tribunal su razonamiento a que una actuación empresarial como la impugnada perpetuaría las posición de la mujer como exclusiva responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es, una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos, lo que, en el supuesto que analizamos queda gravemente comprometido por la existencia de una regulación que, como se ha acreditado, impide a los titulares del permiso de paternidad disfrutar del mismo sin que de ello se desprenda ningún tipo de perjuicio ni de consecuencia retributiva negativa. Y es que como dijimos en la citada STS de 10 de enero de 2017 los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso; que es precisamente lo que ocurriría caso de que se estimase el recurso y se perpetuase la situación descrita.

II.3.- Supuestos conflictivos

Llegados a este punto y examinado el contenido de lo que podríamos denominar “normativa Covid” toca descender a la realidad de los acontecimientos, al modo en que la vida, como siempre, se ha impuesto al Derecho, y los problemas interpretativos se han ido presentando ante los órganos jurisdiccionales.

Y la primera cuestión que hemos de abordar es la modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues la mayor parte de las veces el empresario para reaccionar a los efectos de la pandemia ha procedido a adoptar una serie de medidas, unas veces en los términos a los que nos hemos referido más arriba y otras veces de manera creativa, y procede determinar la naturaleza jurídica de tal decisión empresarial.

Como punto de partida hemos de tomar el artículo 41 del ET y su interpretación jurisprudencial. Entre otras la STS de 14 de mayo de 2020 o la STS de 12 de febrero de 2019 (recud.186/2017) que nos definen qué ha de entenderse por MSCT concluyendo nuestro Alto Tribunal que:

- La relación contenida en el artículo 41 ET es ejemplificativa (*ad exemplum*)
- Habrá de estarse a cada caso concreto siempre
- Que se alteren y transformen aspectos fundamentales de la relación laboral
- No ha de tratarse de modificaciones “accidentales”, pues en tal caso se integrarán en el denominado *ius variandi* del poder de dirección del empresario.

Y la Sala nos ofrece “pistas” para poder determinar cuándo estamos ante estos elementos, así nos ofrece los siguientes criterios orientativos:

- La importancia cualitativa/cuantitativa de la medida.
- Su alcance temporal.
- O las eventuales compensaciones económicas.

Hemos de referirnos también en este apartado a las medidas impuestas por el empresario como consecuencia de una disposición legal, ¿cabe ser calificada de MSCT? La respuesta ya la ha ofrecida la doctrina de la Sala Cuarta en STS de 19 de febrero de 2019 (recud. 186/2017) En donde el alto Tribunal concluyó que no es necesario acudir a la vía del artículo 41ET cuando la medida empresarial es el resultado de la imposición legal, en este caso se trataba de emperadora Sector Público (la empresa pública autonómica Servicios Agrarios Galegos S.A en relación con una reducción salarial impuesta por vía de la imposición legal, en concreto por la reducción retributiva prevista en la ley 2/2013 do 28 de febrero, de Orzamentos xerais da Comunidad Autonoma de Galicia)

En el mismo sentido, pero respecto del sector privado se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de diciembre de 2013 (recud. 2566/2012), se trataba de una trabajadora de IBERIA a la que se le cambia el sistema de turnos como consecuencia de del resultado del plan de prevención, en atención a la previa evaluación, así concluye la Sala que las medidas que en los protocolos de prevención se establecen devienen imperativas para la empresa, por consiguiente, la adopción de una medida prevista, como puede ser el cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el art. 41 ET, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido.

Hemos de destacar que no son muchos los pronunciamientos que las Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia han dictado Dentro de las Sentencias dictado sobre estas cuestiones, pues la mayor litigiosidad se presentará como ustedes bien saben en los Juzgados de lo Social y tardarán en llegar a instancias superiores. No obstante, destacaré algunas de ellas.

- Sentencia de 25 de junio de 2020 (CCO 318/2020) Sección Primera, Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Concluye que las medidas empresariales impuestas conjugan la normativa impuesta por el estado de alarma con la normativa sobre prevención.
Se razona que la pandemia del Covid-19 es una circunstancia que incide en la realización de trabajo y que obliga a llevar a cabo la modificación de las condiciones de trabajo, insistiendo en el carácter temporal de la medida y en el intento de su adopción de forma consensuada, lo que impide calificarla de MSCT.
- Sentencia de 16 de julio de 2020 (recurso 295/2020, Sección Tercera Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: reproduce los mismos argumentos que la Sentencia de 25 de junio.
- Sentencia de 23 de julio de 2020 (CCO 235/2020) Sección Cuarta, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se trata de la impugnación de una MSCT destinada a proteger a los colectivos en situación de mayor riesgo de contagio. La Sala, tras analizar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la MSCT y la Cotrina previa de nuestra Sala con ocasión del Covid, concluye que no estamos ante una MSCT entre otros motivos porque esa creación de bolsa de horas y modificación de jornadas/horas/turnos se trata de medida de carácter transitorio que se compensa con mayores descansos y que se prevé regularizar más adelante.
- Sentencia Sala Social TSJ Valencia de 22 de junio de 2020 (CCO11/2020): La Sala concluye que la decisión de imponer a los vigilantes de seguridad la obligación de control de temperatura de los trabajadores del centro. La Sala concluye que se trata de una medida plenamente justificada en el marco de una situación excepcional en la que ha sido adoptada, en orden a reforzar la seguridad de los centros y sin que de los datos aportados en la demanda, se desprenda que se esté aplicando con quebranto manifiesto de los derechos y garantías constitucionales de los trabajadores afectados por el conflicto

En Juzgados de lo Social podemos citar algunas Sentencias:

- SJS 1 de León de 3 de julio de 2020 (autos 252/2020) servicio de transporte regular de viajeros.
- SJO Murcia 1 de junio de 2020 (autos 271/2020) asistencia de vehículos en carretera.
- SJS 1 de Ávila 27 de mayo de 2020 (autos 28/2020) construcción, manteniendo de carreteras.
- SJS Burgos 19 de mayo de 2020 (autos 232/2020) despacho de abogados)
- SJS Oviedo 27 de abril de 2020 (autos 190/2020) empresa principal que cierra su actividad.

III. Despidos.

Como ya hemos señalado indica la Exposición de Motivos del RD Ley 8/2020 de 17 de marzo, que el capítulo II establece las medidas de flexibilización de

los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, y su Disposición Adicional Sexta bajo la rúbrica “Salvaguarda del empleo” previene que las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.

En similares términos se pronunció el artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020 de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 que señaló que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

El artículo 6 del Real Decreto Ley 24/2020 , de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial también utilizando la misma rúbrica de “salvaguarda del empleo” señala que el compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se extenderá, en los términos previstos en la misma, a las empresas y entidades que apliquen un expediente de regulación temporal de empleo basado en la causa del artículo 23 de dicha norma y se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 4 del presente real decreto-ley.

Añade el párrafo segundo que para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias previstas en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, el plazo de 6 meses del compromiso al que se refiere este precepto empezará a computarse desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley.

Por último, el artículo 5 del Real Decreto 30/2020 de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo reitera que los compromisos de mantenimiento del empleo regulados en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el artículo 6 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, se mantendrán vigentes en los términos previstos en dichos preceptos y por los plazos recogidos en estos.

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, de 17 de marzo. No obstante, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido en virtud de los preceptos

a los que se refiere el apartado 1, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado.

De lo expuesto podemos extraer distintas conclusiones:

- En primer lugar, que desde la primitiva declaración del estado de alarma no se puede afirmar que las facultades empresariales para la gestión empresarial hayan quedado por completo abolidas.
- Es el Real Decreto Ley 9/2020 vino a concretar los absolutamente genéricos términos contenidos en el Real Decreto Ley 8/2020 identificando la fuerza mayor y las causas ETOP como aquellas que no podrían ser aducidas como causas del despido. El Decreto que le sigue, completa la regulación añadiendo que el compromiso de salvaguarda del empleo “se extenderá” a las empresas que hayan tramitados expedientes de regulación de empleo del artículo 23 del RD 8/2020 (causas ETOP) y se hayan beneficiado de las medidas sociales contempladas en la norma (en particular en materia de cotización) Y así hasta llegar a la última de las prórrogas que permite anudar dos periodos de compromiso de salvaguarda de empleo. Por consiguiente, las facultades sancionadoras del empresario permanecen conservadas vía artículo 54 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, así como la de extinguir la relación laboral por causas objetiva distinta de las de la pandemia por el artículo 52 de la norma estatutaria.
- En el mismo sentido cabe la posibilidad de acudir a la vía de los despidos colectivos disciplinados en el artículo 51 del ET cuando en un periodo de noventa días el número de trabajadores afectados supere los umbrales consignados en la norma (diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores).

En este punto resulta interesante citar la reciente Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2020 en asuntos acumulados (C-300/19), que concluye que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición.