

2019

Enero

NEWSLETTER
LABORAL



GARRIGUES

Últimas novedades y tendencias legales - Flashes de actualidad

Normas de interés - Sentencias

ÍNDICE

1. Vuelve la jubilación forzosa

Federico Durán López

2. Verificar los antecedentes de un candidato a un puesto de trabajo puede plantear dudas legales en España

Cecilia Pérez Martínez

3. Flashes de actualidad

- La transposición de la Directiva de secretos profesionales regulará las implicaciones laborales de los mismos
- El Consejo de Europa reconoce el derecho de los autónomos a la negociación colectiva
- Una proposición de ley plantea crear un nuevo permiso retribuido que permita asistir a consultas y pruebas médicas
- El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado contempla la ampliación del permiso paternal

4. Normas de interés

- La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos consagra los derechos laborales digitales
- Se fija la subida del salario mínimo y de las bases y tipos de cotización
- Se aprueba la 'nueva' jubilación parcial para la industria manufacturera
- Aprobado el Plan de Choque por el Empleo Joven

5. Sentencias

- No es discriminatorio que el permiso de paternidad tenga una duración inferior al de maternidad
- La empresa solo es responsable de abonar la prima de los planes de prejubilación
- La indemnización pagada por transferencia cumple los requisitos formales de los despidos objetivos
- La jurisdicción penal también aplica el ‘test Barbulescu’

1. Vuelve la jubilación forzosa

Federico Durán López

El Gobierno ha establecido, de nuevo, la jubilación forzosa como “un instrumento adecuado para impulsar el relevo generacional en el mercado de trabajo”. Sin embargo, el empleo no es un juego de suma cero: la expulsión de los trabajadores de mayor edad no implica necesariamente una contratación equivalente de jóvenes empleados.

El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, reintroduce la figura de la jubilación forzosa por cumplimiento de la edad legalmente establecida, siempre que venga prevista, con respeto de determinadas condiciones, en convenio colectivo. Para ello, modifica la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (disposición final primera del decreto-ley), rompiendo radicalmente con la prohibición de tales cláusulas de jubilación forzosa, consideradas “nulas y sin efectos”, cualquiera que fuese su extensión y alcance, por la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio).

Esta es una modificación importante que prorroga el devenir guadianesco de la regulación de la jubilación forzosa. Parece como si el legislador estuviese en constante duda acerca de la conveniencia de tales cláusulas desde el punto de vista de las necesidades del mercado de trabajo e incluso de su adecuación a principios constitucionales, en particular a la libertad de trabajo. Ahora abandonamos el planteamiento prohibitivo, justificado por la necesidad de prolongar la vida laboral y de mantener en el mercado de trabajo a los empleados de más edad (tanto para favorecer el envejecimiento activo como para tratar de aliviar la factura de la Seguridad Social dedicada a las pensiones de jubilación), para pasar a un planteamiento permisivo, que se funda en las exigencias de la lucha contra el desempleo juvenil y la conveniencia de promover el relevo generacional. En una primera aproximación a la norma, se impone una reflexión tanto desde el punto de vista de la política de empleo como desde el estrictamente jurídico.

Desde el punto de vista de la política de empleo, lo primero que hemos de resaltar es que prima abiertamente la preocupación por el empleo (desempleo) juvenil frente a la sostenibilidad de la Seguridad Social y a la prolongación de la vida laboral. La exposición de motivos del Decreto-ley es clara al respecto: **la jubilación obligatoria se erige “como un instrumento adecuado para impulsar el relevo generacional en el mercado de trabajo”, dando solución, al menos en parte, al desempleo juvenil.** Del envejecimiento activo, del alargamiento de la vida laboral y de la sostenibilidad del sistema de pensiones ni se habla. El Gobierno parece considerar que al haber sido una propuesta “debatida y acordada con los interlocutores sociales”, está bendecida y no hay que interrogarse más al respecto.

Sin embargo, creo que una reflexión resulta obligada. Prescindiendo de los intereses concretos, perfectamente legítimos y atendibles (aunque no siempre alineados con el interés general), que puedan mover a los interlocutores sociales a apoyar esta medida de jubilación forzosa, no cabe ignorar que, a través de ella, vuelven a aparecer los planteamientos de “reparto del trabajo”. Y, con ello, vuelve a ponerse de manifiesto la ingenuidad de **crear que el empleo es un juego de suma cero** y que cada puesto de trabajo desalojado (por esta vía, o por otras como las de reducción del tiempo de trabajo) pasa inmediatamente a ser ocupado por otra persona. Ninguna evidencia empírica avala, hasta ahora, lo sostenido por las tesis del reparto del trabajo. **Pensar que la expulsión forzosa del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad se traduce, inmediata y automáticamente, en el aumento equivalente de la contratación de jóvenes desempleados, es ignorar el complejo funcionamiento de los mercados de trabajo.** Debería bastar la experiencia de lo sucedido con los contratos de jubilación parcial y de relevo (con la extinción de muchos de estos cuando se produce el acceso a la jubilación plena del trabajador relevado) para desterrar planteamientos simplistas. Y la situación de nuestro sistema de Seguridad Social exigiría al menos una atención mayor a las políticas de alargamiento de la vida laboral, de envejecimiento activo y de retraso, en definitiva, del acceso a la jubilación.

En cuanto a la interpretación jurídica de la nueva regulación, ya en esta primera aproximación surgen determinadas cuestiones. El decreto-ley vuelve al texto de la disposición adicional vigente antes de la reforma laboral de 2012, pero introduciendo algunos cambios que merecen atención. Ante todo, el cambio de orden de los requisitos contenidos en los apartados a) y b); el anterior apartado a) pasa a ser el b) y el b) se convierte ahora en el a). **¿Es un mero juego del legislador para entretener al intérprete o tiene esto algún significado?** Desde el punto de vista de la aplicación judicial del precepto creo que lo tiene. Si antes la jubilación forzosa se condicionaba ante todo a objetivos de política de empleo, ahora estos pasan a un segundo lugar y el primer condicionamiento de la jubilación forzosa del trabajador es que tenga cumplidos los requisitos para acceder al 100% de la pensión de jubilación. Eso es lo fundamental: para poder ser forzado a jubilarse, el trabajador ha de tener derecho a percibir el 100% de la pensión que le corresponda. Luego habrá que comprobar que la regulación al respecto del convenio colectivo es coherente con los objetivos de política de empleo expresados por el propio convenio. Fuera de casos extremos, no parece que, cumplido el primer requisito, este segundo vaya a tener una virtualidad condicionadora de la jubilación forzosa pactada.

Pero hay que señalar algunos otros matices importantes: se habla ahora de la jubilación por cumplimiento por el trabajador de la edad **legal**, no, como antes, de la edad ordinaria de jubilación. La edad legal puede ser una edad inferior a la ordinaria, por lo que habría que preguntarse si en estos supuestos cabe también que se fuerce la jubilación del trabajador (siempre que se cumpla el requisito de haber madurado el derecho al 100% de la pensión). Por otra parte, como vengo diciendo, ahora se exige haber madurado el 100% de la pensión, no como antes tener un periodo mínimo de cotización que permite aplicar un porcentaje del 80% a la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación. Y aquí otros interrogantes surgen: ¿podría el trabajador oponer su derecho a seguir trabajando para madurar una pensión superior al 100%, en los términos del artículo 210 de la LGSS? La previsión del convenio colectivo de jubilación forzosa, ¿podría anular el *derecho* a madurar una pensión superior?

Por último, en lo referente a los objetivos de política de empleo, se sustituye la anterior referencia a “sostenimiento del empleo” por la del “relevo generacional”, incidiendo en el planteamiento de reparto del trabajo a que ya me he referido. Aunque no parece que este apartado vaya a servir para poner en cuestión los pactos de jubilación forzosa que se alcancen en la negociación colectiva.

En definitiva, creo que **la nueva regulación trata de afrontar problemas relevantes de gestión empresarial**, permitiendo la extinción de contratos de trabajadores que han alcanzado o superado la edad de jubilación, sin necesidad de recurrir a despidos o medidas extintivas de otro tipo. Pero lo hace estableciendo **una regulación excesivamente simplista, que puede tener consecuencias perjudiciales**. Y que planteará problemas interpretativos: ¿la referencia a cláusulas que “posibiliten” la extinción del contrato de trabajo significa que tal extinción no es automática sino que depende, en alguna medida, de la voluntad del empleador, y que este podría decidir libremente extinguir o mantener el contrato, contando lógicamente con la voluntad del trabajador, si se alcanza o supera la edad de jubilación? ¿Podría ser discriminatoria la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa cuando otro u otros contratos se mantienen, sin que concurra una motivación suficiente para ello?

Teniendo todo ello en cuenta, así como los planteamientos de envejecimiento activo y de sostenibilidad de la Seguridad Social, **quizás hubiera sido preferible no fijar una jubilación obligatoria sino permitir la continuidad de los contratos de trabajo**, si bien previendo que la extinción por causas objetivas de los mismos no genere derecho a indemnización alguna cuando el trabajador haya madurado el derecho al 100% de su pensión de jubilación.



2. Verificar los antecedentes de un candidato a un puesto de trabajo puede plantear dudas legales en España

Cecilia Pérez Martínez

La verificación de credenciales (proceso normalmente conocido como *pre-employment screening* o *background check*) está arraigada en países anglosajones y consiste, en esencia, en la posibilidad de que durante el proceso de selección, o incluso después, el empleador realice comprobaciones sobre antecedentes penales, estados financieros, referencias de trabajos anteriores, formación académica o acerca de la presencia en redes sociales del candidato a un puesto de trabajo o del ya incorporado trabajador.

Las dudas que se plantean son si es posible legalmente este tipo de comprobaciones en España y si pueden los resultados de la investigación condicionar la posible contratación de una persona.

Que el perfil del candidato se ajuste a la perfección a los requerimientos de la empresa para el puesto a cubrir en cuestión y que haya superado las entrevistas no es siempre suficiente para las empresas anglosajonas: el candidato perderá la oportunidad de ser contratado, o perderá su empleo, si no supera a satisfacción de la empresa el proceso de verificación de credenciales del que se suelen encargar empresas externas especializadas contratadas al efecto.

En España, este tipo de procesos presenta problemas jurídico-laborales, sin entrar aquí a fondo en valoraciones desde un punto de vista de protección de datos de carácter personal o de otros ámbitos del derecho desde los que también puedan analizarse estos procesos.

Por un lado, existen importantes limitaciones prácticas para poder realizar verificaciones previas a la contratación de un candidato, porque en España, con carácter general, solo la propia persona puede solicitar certificados de antecedentes penales o certificados bancarios sobre sus estados financieros. No existen registros de acceso público y, salvo excepciones (por ejemplo, los jueces), un tercero no puede acceder a esa información, garantizándose así el derecho a la intimidad y al honor de las personas.

Pero incluso cuando la empresa pueda acceder a esa información, porque se la aporte de forma voluntaria el candidato (podría cuestionarse también hasta qué punto lo aporta realmente de forma voluntaria), condicionar el acceso al empleo a no tener antecedentes penales o no tener problemas financieros no es posible, porque no suele guardar relación con el puesto de trabajo al que aspira el candidato y, por tanto, se entendería que la práctica de la empresa es desproporcionada y que vulnera el derecho del candidato a no ser discriminado.

Solo es legalmente válido exigir dichos certificados en determinados casos específicos, en que la normativa expresamente prevé como requisito para la contratación que se aseguren altos estándares éticos y que el candidato carezca de antecedentes penales. Es el caso, por ejemplo, de las entidades de crédito o de determinadas entidades financieras o aseguradoras, así como de los jueces, fiscales, policías, profesionales de seguridad privada o profesionales que estén en contacto directo con menores de edad (limitado a antecedentes penales por delitos sexuales), entre otros.

Por otro lado, salvo en los supuestos anteriores, condicionar el mantenimiento del empleo de un trabajador a la superación del proceso de verificación de credenciales una vez contratado tiene un muy complicado encaje en la legislación laboral española dado que la extinción unilateral del contrato por parte del empleador es solo posible en supuestos tasados. Excepto en los casos indicados, contar con

antecedentes penales o tener problemas financieros no podrían ser causas de despido procedente en España, ni tampoco una causa válida para extinguir el contrato alegando que el empleado no ha superado el periodo de prueba. En estos casos, muy probablemente, la extinción del contrato de trabajo se calificaría como un despido nulo, por vulnerar los derechos fundamentales del trabajador.

Volviendo entonces a las dudas iniciales, aunque no es descartable que, como tantas otras cosas, con la globalización, acabe siendo también en España una práctica admitida y estandarizada, no parece que, de momento, esta tenga encaje en la legislación laboral española actual.

3. Flashes de actualidad

La transposición de la Directiva de secretos profesionales regulará las implicaciones laborales de los mismos

La transposición a la normativa española de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, se encuentra actualmente en trámite parlamentario.

Se prevé que la norma defina por primera vez lo que se considera secreto empresarial y las implicaciones de los secretos empresariales respecto de las obligaciones laborales, en el marco de la negociación colectiva y en la relación con los representantes de los trabajadores.

El Consejo de Europa reconoce el derecho de los autónomos a la negociación colectiva

El Consejo de Europa ha apoyado la **Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) de 12 de septiembre de 2018** por la que se reconoce el derecho de los trabajadores autónomos a la negociación colectiva.

Una proposición de ley plantea crear un nuevo permiso retribuido que permita asistir a consultas y pruebas médicas

El Grupo Parlamentario Socialista ha promovido la creación de un nuevo permiso retribuido para asistir a consultas o pruebas médicas por el tiempo indispensable, ya sea para asistir personalmente o bien acompañar a consultas y pruebas médicas a sus parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad o a las personas sujetas a su guarda o tutela.

El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado contempla la ampliación del permiso paternal

Dentro del Proyecto de Ley de Presupuestos se contemplan diversas medidas laborales entre las que se encuentra el incremento de la duración del permiso por paternidad a ocho semanas.

Otras medidas previstas en el Proyecto de Ley de Presupuestos son las siguientes: una dotación presupuestaria para cometer el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, la recuperación del subsidio para mayores de 52 años o la asunción por parte del Estado de la cotización de los cuidadores no profesionales de las personas dependientes.

4. Normas de interés

La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos consagra los derechos laborales digitales

La nueva **Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales** recoge una serie de novedades muy relevantes desde el punto de vista del derecho laboral, al regular por primera vez el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales, el derecho a la desconexión, el uso de videovigilancia, la grabación de sonidos o la geolocalización.

Puedes leer más [AQUÍ](#).

Se fija la subida del salario mínimo y de las bases y tipos de cotización

El **Salario Mínimo Interprofesional para el año 2019** se ha fijado en 900 euros mensuales, lo que supone un incremento de aproximadamente un 22% respecto del vigente en 2018.

https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/publicado-el-salario-minimo-interprofesional-para-el-ano-2019

Por otra parte, se han aprobado las **nuevas bases de cotización** que se incrementan en el entorno del 22% para las bases mínimas (1.050 euros mensuales) y en un 7% las máximas (4.070,10 euros mensuales).

También se han incrementado las tarifas de cotización por contingencias profesionales (los trabajos de oficina, por ejemplo, pasan a cotizar al 1,5% frente al 1% anterior) así como la cotización para determinados contratos temporales y se prevé la cotización obligatoria de los becarios (con exclusión de la protección por desempleo) incluso aunque no perciban ninguna remuneración.

Por su parte, desaparecen los contratos e incentivos, reducciones y bonificaciones que se encontraban vinculados a una tasa de paro inferior al 15%.

Para saber más, haz clic [AQUÍ](#).

Se aprueba la 'nueva' jubilación parcial para la industria manufacturera

El **Real Decreto-ley 20/2018** permite que la industria manufacturera, cumpliendo una serie de requisitos, pueda aplicar la regulación de la jubilación parcial vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, con simultánea formalización de un contrato de relevo.

Más información, [AQUÍ](#).

Aprobado el Plan de Choque por el Empleo Joven

El Consejo de Ministros ha aprobado el **Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2020-2021** que se basa en seis ejes fundamentales, que son: las políticas de orientación laboral, la mejora de la formación, la creación de oportunidades en el empleo, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, el fomento del emprendimiento juvenil y la mejora del marco institucional que permita la difusión y aplicación de las medidas contempladas en el plan.

Lo explicamos en [esta publicación](#).

5. Sentencias

No es discriminatorio que el permiso de paternidad tenga una duración inferior al de maternidad

Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2018, de 29 de octubre

El Tribunal Constitucional concluye que no existe discriminación aunque las duraciones sean distintas ya que el permiso por maternidad tiene como finalidad proteger la salud de la madre ante la maternidad biológica y permitir su recuperación ante la especial vulnerabilidad después del parto. Por su parte, el permiso por paternidad tiene una finalidad distinta, la conciliación de la vida personal y fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos de corta edad y tras el parto.

La empresa solo es responsable de abonar la prima de los planes de prejubilación

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 901/2018, de 10 de octubre

La sentencia declara que la formalización y pago de la prima de seguro para hacer frente a los compromisos de un plan de rentas (prejubilaciones) en el marco de un despido colectivo conlleva que la empresa ya no sea responsable, aunque la aseguradora haya devenido insolvente.

Concluye que no se puede apreciar responsabilidad de la empresa que cumplió con la obligación que le incumbía, la aportación de la suma comprometida a la compañía aseguradora, sin que la insolvencia de dicha compañía haga renacer la obligación de pago de la empresa frente al trabajador, pues su obligación de pago ya quedó extinguida.

La indemnización pagada por transferencia cumple los requisitos formales de los despidos objetivos

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 989/2018, de 28 de noviembre

El Tribunal Supremo ratifica la doctrina judicial que entiende que el hecho de que el trabajador no reciba el importe de la indemnización por despido objetivo en su cuenta en el mismo día en el que se comunica el despido no significa que no haya existido la simultaneidad en el pago que exige la normativa laboral.

Considera que la transferencia bancaria no solo es un medio de pago eficaz que asegura que el mismo sea recibido por el trabajador a los pocos días de ordenarse su transferencia, sino que es un método incluso más seguro que el pago mediante cheque en papel.

La jurisdicción penal también aplica el ‘test Barbulescu’

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 489/2018 de 23 de octubre

El Tribunal aplica la doctrina existente sobre la posibilidad de la empresa de acceder al ordenador de los trabajadores (*doctrina Barbulescu*) en el marco de un procedimiento penal y concluye que la actuación de la empresa al acceder al ordenador del trabajador no fue correcta por cuanto esta no contaba con una política empresarial conocida por los trabajadores, no había informado tampoco al trabajador en ese sentido, ni existía ninguna cláusula en el convenio colectivo o pacto individual, donde se determinara que

el uso del ordenador queda reservado a fines profesionales. Tampoco se había informado de la facultad de la empresa para acceder al contenido y a la información alojadas en el ordenador del empleado.

En tal caso, la empresa tan solo podía acceder al ordenador del trabajador y a su contenido solicitando el consentimiento del trabajador o autorización judicial, lo que no hizo. De esta forma, vulneró la razonable expectativa de privacidad y la prueba obtenida mediante el acceso al ordenador que se había obtenido no es válida.



Más información: Departamento Laboral

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

www.garrigues.com

