

**RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: FEBRERO 2016.**

Eduardo Ortega Figueiral
Abogado.

1º.- TRIBUNAL SUPREMO**Nulidad de la cláusula convencional que establece una retribución inferior para los trabajadores jóvenes como medida para fomentar su empleo.**

El Tribunal Supremo estima la existencia de discriminación por razón de la edad y declara la nulidad del artículo 24 del Convenio Colectivo del sector de las Colectividades de Cataluña y apartados de sus anexos relacionados con un nivel retributivo inferior para los trabajadores menores de 35 años, que acceden a su primer empleo en el sector o carecen de experiencia profesional e ingresan en la empresa después de determinada fecha.

El Alto Tribunal viene a entender que en el presente caso nos encontramos ante una doble escala salarial injustificada. Al respecto indica que no existe razón para un trato salarial diferenciado a los menores de 35 años en función de su ingreso en la empresa antes o después de la fecha en que se publica el nuevo convenio colectivo. A este respecto la sentencia que comentamos viene a indicar que aunque una regulación retributiva distinta como consecuencia de la fecha de ingreso en la empresa pueda considerarse lícita y no discriminatoria si existe una justificación suficiente con base en datos objetivos, en el caso, el salario no se basaba propiamente en ese elemento cronológico -fecha de ingreso- sino en otro distinto -edad del trabajador- que era tenido en cuenta a la hora de contratar. (STS, Sala Cuarta, de lo Social, 24 Nov. 2015. Rec. 304/2014.)

2º.- TRIBUNAL SUPREMO

La empresa no tiene la obligación de anticipar los gastos contraídos por los empleados por cuenta de su trabajo

Una empresa procede a modificar el régimen de abono de los gastos incurridos por su personal comercial en el desarrollo de sus actividades. Dicha variación consistía en que los gastos de viajes y representación deberían efectuarse mediante una tarjeta de crédito, domiciliada en la cuenta bancaria de cada trabajador, debiendo éste solamente justificar el gasto en un plazo determinado.

Frente a esta medida se insta procedimiento de conflicto colectivo pretendiendo su nulidad con el objetivo de que se obligue a la empresa a retrotraerse a la situación anterior, en la que era la empresa la que adelantaba los gastos, sin necesidad de que los trabajadores tuvieran que abrir cuentas propias.

Lo relevante de la presente sentencia que comentamos es que el Alto Tribunal entiende que esa variación del sistema de retribución de gastos y suplidos no alcanza a la consideración de modificación sustancial de condiciones de trabajo de las previstas en el art. 40 ET.

Como justificación el Supremo indica que dicha variación es de escasa trascendencia y no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato. No implica un perjuicio para el trabajador, porque objetivamente no puede calificarse de oneroso un sistema que descansa sobre el anticipo de los gastos por parte de un tercero (la titular de la tarjeta de crédito) y que ningún daño produce al trabajador, siempre y cuando éste justifique en plazo los gastos efectuados con la tarjeta. Es la empresa la que corre con los gastos que la emisión y el uso y mantenimiento de la tarjeta pueda conllevar y, además, la empresa responde de manera solidaria en aquéllos casos en los que pudiera existir una reclamación del tercero sobre el trabajador.

Confirma el Supremo la desestimación de la demanda de conflicto colectivo al entender que la nueva medida no rompe la ajenidad de la relación laboral. Se trata de un simple anticipo a compensar que no implica un desplazamiento del riesgo empresarial. El anticipo lo realiza la entidad emisora de la tarjeta de crédito y el trabajador no asume ningún gasto por la tenencia de este instrumento crediticio. (STS, Sala Cuarta, de lo Social, 10 Nov. 2015. Rec. 261/2014.)

3º.- TRIBUNAL SUPREMO

Es ilegal la cláusula que condicione el pago del variable a estar prestando servicios para la empresa en el momento de su cobro.

El Tribunal Supremo viene a determinar que no se puede imponer como condición a los trabajadores para poder percibir una retribución variable seguir prestando sus servicios para la empresa en el momento en que se abone dicha partida salarial. Tal cláusula se entiende nula de pleno derecho por abusiva por lo que aunque se incorpore bien en contrato individual o incluso en el convenio colectivo se considerará como “no puesta.”

El caso resuelto por la sentencia que comentamos es el siguiente: el sindicato mayoritario de una empresa de telefonía interpuso una demanda de impugnación de convenio colectivo ante la Audiencia Nacional para solicitar que declarara la ilegalidad de la cláusula por la que se establecía textualmente para poder percibir incentivos (retribución variable) lo siguiente: *“será condición inexcusable estar de alta en la empresa en la fecha de su pago”*. En concreto, los incentivos, que se iban devengando a lo largo del año, se percibían en el primer cuatrimestre del año siguiente una vez realizadas las operaciones necesarias para el cálculo de lo devengado.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo fallan a favor del sindicato y declaran nula la cláusula por abusiva. En última instancia, el Supremo deja muy claro que *“imponer este tipo de condiciones no sólo es algo claramente abusivo, puesto que, entre otras cosas, puede provocar el enriquecimiento de la empresa que ya ha percibido el trabajo convenido, pero se exime de pagar el complemento salarial”*, sino que además, concluye el Supremo, se trata de una cláusula *“directamente ilegal, porque contraviene la normativa que reconoce y garantiza el derecho del trabajador a la percepción de la remuneración pactada o legalmente establecida (art. 4.2.f del ET)”*.

Por tanto, sentencia el TS, el trabajador tiene derecho al cobro de la retribución variable *“al ser un derecho básico y absoluto que no puede quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro una vez ha sido devengado”*. En definitiva, si el trabajador ha permanecido de alta durante el periodo de devengo, tendrá derecho al cobro del variable, esté o no esté en la empresa en el momento en que se abone. E incluso, en el caso de que haya causado baja durante el periodo de devengo, siempre que dicha baja no fuera de carácter voluntario, tendrá derecho a la parte proporcional devengado durante el periodo trabajado como si se tratara de una paga extraordinaria más. (STS, Sala Cuarta, de lo Social, 2 Dic. 2015. Rec. 326/2014.)

4º.- TRIBUNAL SUPREMO

Validez del pago fraccionado de la indemnización por despido colectivo. El pacto de fraccionamiento suscrito durante el período de consultas, constituye una práctica válida y eficaz.

Tal y como establece el Estatuto de los Trabajadores, en caso de despido colectivo u objetivo por causas económicas, el empresario debe poner a disposición de los trabajadores afectados, simultáneamente a comunicárselo, una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades que, sólo en el caso de la extinción objetiva individual y si se justifican las razones económicas, puede aplazar y fraccionar.

El Tribunal Supremo ha cambiado el criterio respecto al despido colectivo por causas económicas, al concluir que el pacto de fraccionamiento suscrito durante el período de consultas constituye una práctica válida y eficaz, por analogía con la extinción individual por las mismas causas. Para que ese fraccionamiento sea válido y adecuado a derecho deberán concurrir los siguientes requisitos:

- i. Requiere el acuerdo expreso en periodo de consultas de la empresa con los representantes de los trabajadores.
- ii. Se debe basar en causas económicas derivadas de problemas de tesorería y falta de liquidez, si bien la empresa no debe probarlas, al haberse aceptado en el referido acuerdo.
- iii. No debe ser abusivo.

En el caso que resuelve las sentencias que comentamos, las indemnizaciones pactadas eran superiores a la legal de 20 días por año, y el aplazamiento pactado *“en atención a la negativa situación económica de la empresa”* fue de abonarlas en 4 plazos: a la fecha del despido (20%) y al de 2 meses (25%), 5 meses (25%) y 9 meses (30%) tras el despido. (STS, Sala Cuarta, de lo Social, 22 Jul. 2015. Rec. 2358/2014.)

5º.- AUDIENCIA NACIONAL

Condena a una empresa por no negociar con la representación legal de los trabajadores de la misma su plan de externalización del servicio logístico.

El sindicato actuante en este conflicto colectivo persiguió con éxito la nulidad de la decisión empresarial de modificación colectiva de condiciones de trabajo consecuencia de la externalización del Servicio de Logística de la empresa. Se denunciaba ante la Audiencia Nacional la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, reclamando igualmente, indemnización por el daño moral causado por lo discriminatorio de la resolución y la reposición de los trabajadores en el servicio de Logística en que venían desempeñando sus funciones.

La empresa, para llevar a cabo su plan de externalización no realizó período de consultas, ni aportó la documentación necesaria para que los representantes de los trabajadores pudieran hacerse una cabal composición de la situación que les permitiera ofrecer alternativas.

Si bien la Audiencia Nacional comparte la alegada vulneración del derecho a la libertad sindical porque la conclusión de un acuerdo, cuyo objeto esencial era validar la externalización del servicio logístico de la empresa, con la consiguiente producción de un excedente de 87 contratos de trabajo, debió hacerse por el procedimiento del despido colectivo, que posibilitaba alcanzar acuerdos en materia de recolocación, interesa puntualizar que la empresa no extinguió ningún puesto de trabajo por la externalización al haber suspendido las extinciones aunque si haya novado de forma sustancial los contratos sin seguir los cauces legales.

Todo el proceso negociador está, continúa la AN, viciado de mala fe. Efectivamente, el acuerdo tuvo por objeto eludir el procedimiento de despido colectivo que posibilitaba alcanzar acuerdos de recolocación como medidas de acompañamiento. Y si la empresa no pensaba extinguir, sino modificar condiciones de trabajo, que es lo que ha hecho, también ha eludido el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Se ha alcanzado un acuerdo en la negociación del convenio colectivo, que vacía de contenido lo dispuesto en los arts. 51.2 y 41.4 ET. No se realizó período de consultas, ni se aportó la documentación necesaria para que los representantes de los trabajadores pudieran hacerse una cabal composición de la situación que les permitiera ofrecer alternativas.

Finalmente lo que sí fue rechazado por la Audiencia fue la pretensión indemnizatoria por daños morales. La lesión del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva se predica únicamente del sindicato, en este caso de CCOO y no de los trabajadores afectados por las medidas, como éste reclamaba. (SAN, Sala Cuarta, de lo Social, 23 Nov. 15. Rec. 171/2015.)

6º.- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (Extremadura.)

Despido disciplinario procedente de un profesor que accedió con el ordenador del aula a páginas web pornográficas mientras sus alumnos de 2º ESO realizaban un examen siendo tales imágenes observadas por éstos al estar el sistema de proyección del ordenador encendido sin que tal profesor se percatara de ello.

Sin saber que el sistema de proyección se encontraba activo, el profesor se conectó en el ordenador del aula a una página de Internet de alto contenido pornográfico, siendo vistas también las imágenes por los alumnos durante los 50 minutos que duró el examen. La Sala rechaza exculpar al trabajador por hecho de padecer un trastorno ansioso depresivo o que su actuación respondiera a “una conducta patológica y, compensatoria, de carácter compulsivo, a través de Internet, como mecanismo de defensa inconsciente a la angustia”. Insiste el demandante en la improcedencia de su despido, intentando justificar su conducta, consistente en el acceso a páginas web de alto contenido sexual y pornográfico, durante un

examen a alumnos de 2º de la ESO, en que se encuentra aquejado de un trastorno grave de sintomatología ansioso-depresiva. Los hechos fueron presenciados durante todo el examen por los alumnos al estar encendido el sistema de proyección del ordenador, sin que el profesor se percatara de ello. El centro escolar imputa la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza.

La conducta de conectarse a este tipo de contenido durante el examen es constitutiva de dolo; mientras que el descuido consistente en estar activo el sistema de proyección, puede ser calificado como negligencia, sin que el hecho de que tras darse cuenta de ello, acudiera voluntariamente a poner en conocimiento del director del centro el incidente, enerve la gravedad de los hechos.

El padecimiento de un trastorno ansioso depresivo, porque el profesor se vio sometido en la infancia a abusos sexuales, no puede excusar su conducta ni justificar que en cualquier situación tenga que acceder a este tipo de páginas de Internet, máxime durante un examen. Realizar exámenes a sus alumnos es un acto al que debe estar más que acostumbrado tras más de veinte años de profesor y que no debe producir ningún tipo de estrés ni una situación que debiera desencadenar en él una reacción de defensa emocional que le lleve a una conducta como la enjuiciada.

Confirma el TSJ la procedencia del despido al ser el incumplimiento contractual grave y culpable, sobre todo atendido el ámbito escolar en el que se produjo la conexión y visualización de páginas web de contenido pornográfico, no solo por el profesor, sino también y aunque fuera por un descuido por los alumnos (TSJ Extremadura, Sala Social, 3 Dic. 2015. Rec. 510/2015)

Barcelona, febrero 2016.