



CIRCULAR LABORAL 28/2021

2 de noviembre de 2021

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: NOVIEMBRE 2021.

1. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo establece que los tickets restaurante no computan a efectos del complemento de incapacidad temporal

La modificación de la fórmula de pago de los tickets restaurantes no muta su naturaleza indemnizatoria a efectos de su cómputo para el complemento de incapacidad temporal. Así lo ha establecido una reciente sentencia del Tribunal Supremo por entender que la compensación por los tickets restaurante no tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria.

La empresa entregaba vales de comida a sus trabajadores. A raíz de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, se procedió a monetizar el importe de los tickets restaurante. Así, en lugar de los vales se les abona el importe de estos, reflejándose en la nómina bajo el concepto "compensación derechos tickets restaurante".

Sea cual sea la forma de pago, la percepción económica correspondiente a "compensación derechos tickets restaurante" no tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria. Por tal motivo, su importe no ha de ser tenido en cuenta para establecer el complemento de la prestación de incapacidad temporal (IT), ya que se complementan hasta el 100% de las percepciones salariales, pero no las percepciones indemnizatorias.

La sentencia insiste sobre la naturaleza de la percepción y señala que solo por el hecho de que se trate de una percepción en dinero, en lugar de "en especie", no varía su naturaleza, porque no toda percepción económica es una percepción de naturaleza salarial.

Incluso, matiza la resolución, aunque la empresa incluya el importe de los tickets restaurante en el cálculo de las indemnizaciones por despido, no obliga a hacer lo mismo con el complemento de IT, ya que se trata de una decisión unilateral de la empresa que supone una mejora de la indemnización legalmente fijada, pero que no altera la naturaleza de los tickets.

Por todo ello, el Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el sindicato y ratifica así la sentencia dictada por la sala de social de la Audiencia Nacional.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 887/2021 de 14 Sep. 2021, Rec. 2/2020

2. TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo confirma la nulidad del despido colectivo de 25 limpiadoras del Parador de Alcalá de Henares

La Sala de lo Social del Tribunal supremo ha confirmado la nulidad del despido colectivo de 25 limpiadoras del Parador de Alcalá de Henares y condena a Eulen S.A. a la inmediata reincorporación de las afectadas a sus puestos de trabajo, además del pago de los salarios que dejaron de percibir desde la fecha del cese, el 16 de septiembre de 2020.

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por Eulen S.A. contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que declaró nulo el despido colectivo de las camareras de piso de este establecimiento por entender que dicha empresa incumplió su obligación de subrogación de personal tras serle adjudicado el servicio de limpieza externa de los paradores del lote 1 (Zona Centro, Sur y Canarias).

Los hechos acreditados recogen que este servicio lo desempeñó SAMSIC IBERIA S.L.U. hasta su adjudicación por Paradores a EULEN S.A. en 2020. El pliego de contratación especificaba que la empresa adjudicataria estaba obligada a proporcionar los medios materiales y estructura humana para la prestación del servicio como un bloque conjunto y unitario comprensivo de la limpieza de las habitaciones, zonas comunes, suelos, superficies, Spas y zonas deportivas, áreas de restauración, moquetas, sillas, mobiliarios, suelos y oficinas. Además, estaba obligada a la subrogación del personal. EULEN S.A. se hizo cargo de todas las camareras de piso del lote 1 (76) excepto las del Parador de Alcalá de Henares (25) basándose en que se regían por el Convenio de Hospedaje de la Comunidad de Madrid, que no prevé el deber de subrogación de la plantilla.

El tribunal aplica su doctrina sobre la subrogación empresarial, que fue actualizada para concordarla con la del TJUE, que en síntesis recoge que cuando la empresa entrante asume una parte significativa de la unidad productiva en actividad principalmente basada en la mano de obra se produce la subrogación laboral, con independencia de otros factores, incluso el tenor del convenio colectivo aplicable.

Así, señala que el relato fáctico de la sentencia recurrida explica que Eulen S.A. ha asumido una parte relevante de la plantilla que venía adscrita precedentemente a la limpieza del Lote de Paradores configurado como unidad económica susceptible de explotación. Por tanto, al igual que sucede en el supuesto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 julio 2018 (Somoza Hermo), “debemos partir de que el empleador entrante (Eulen, en nuestro caso) asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa (Samsic) destinaba a la ejecución de la contrata”.

Añade que la recurrente “prescinde de examinar la identidad de la unidad económica transmitida (el “Lote 1” de Paradores) y, de manera comprensible pero errónea, la minimiza para aislar una parte de ella (la limpieza del Parador Complutense). Examinada en su verdadero alcance, la situación muestra una contrata de limpieza en la que la empresa entrante asume un porcentaje muy significativo de las personas que venían estando adscritas a ella. Cuando Eulen rechaza la prestación de servicios por parte de las veinticinco personas afectadas por este litigio, aun sin pretenderlo, está incurriendo en un despido colectivo”.

La Sala en su sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Antonio V. Sempere, coincide con lo sustancial del informe emitido por la Fiscalía, conforme al cual “la propia recurrente sostiene que no asumió las 25 trabajadoras del servicio de limpieza de Alcalá de Henares porque les resulta de aplicación el convenio de hospedaje que no prevé la subrogación, pero conforme a la anterior doctrina, habiendo asumido voluntariamente una parte cuantitativa del personal de limpieza en una actividad productiva que descansa fundamentalmente en la mano de obra, se activa ex lege, como afirma la sentencia, la aplicación del artículo 44 del ET con prioridad sobre lo establecido en el convenio colectivo”.

TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, S 929/2021, 22 Sep. 2021 (Rec. 106/2021)

3. AUDIENCIA NACIONAL

La Audiencia Nacional reitera que no hay derecho al plus transporte en teletrabajo

Nueva sentencia de la Audiencia Nacional dejando claro que no hay obligación de abonar el plus transporte (carácter extrasalarial) en los supuestos de teletrabajo, en la línea de sentencias previas de este mismo Tribunal como la 90 y 157/21, ya comentadas en anteriores Circulares.

En este nuevo caso recurre el sindicato demandante para solicitar se declare el derecho de los trabajadores en teletrabajo a seguir percibiendo el plus transporte en el sector del Contact Center y por aplicación de las previsiones al respecto contenidas en el convenio sectorial.

La empresa se opone a la demanda y niega que exista una condición más beneficiosa aun cuando reconoce que por error se abonó el plus transporte durante los iniciales meses en que se envió a todos los empleados a teletrabajar a sus casas como consecuencia de la pandemia dejándose de abonar cuando se percataron de tal error por no existir razón para ello.

En el acuerdo suscrito sobre teletrabajo no se viene a reconocer de forma expresa su abono y no existe la causa para ello, lo pagado sería indebido, aunque no pretende su reintegro. La controversia afecta a 41 personas de una plantilla de 4.000.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional da la razón a la empresa y reitera que no hay obligación de abonar plus transporte en los supuestos de teletrabajo. Recuerda la que en su sentencia SAN 90/21 se desestimó la demanda presentada por CGT fijando la naturaleza extrasalarial e indemnizatoria del citado plus cuya naturaleza extrasalarial y su finalidad resarcitoria para los gastos de transporte adicionales que soporta el personal del turno de noche al tener que desplazarse desde su domicilio al centro de trabajo resultaban incuestionables.

Igualmente, en la SAN 157/21 se desestimó la demanda siendo el supuesto aún más cercano al actual por cuanto también se había suscrito pacto de teletrabajo y algunos trabajadores temporalmente siguieron percibiendo el plus transporte.

Se decía en ella que la remisión al convenio colectivo lo es sin particularidad alguna, no conteniendo los citados pactos individuales una cláusula expresa que garantice la percepción del plus de transporte mientras se presta servicios en la modalidad de trabajo a distancia. En consecuencia, determina la sentencia, si le resulta de aplicación el convenio, la regulación del plus transporte contenida en su art. 51 evidencia, tal como ya ha dicho este Tribunal, su naturaleza extrasalarial y finalista por lo que carece de sentido mantener su abono cuando al teletrabajar desaparece la condición que lo justifica, desplazarse al centro de trabajo, art. 1114 CC.

Y en lo que respecta a la alegación de creación de una condición más beneficiosa por el abono durante unos meses de ese concepto, razona la AN que no se cumplen en este caso los requisitos para entender que se ha creado un derecho adquirido. El único dato de que se siguió abonando este plus a 41 trabajadores en una plantilla de 4.000 durante 8 meses en periodo de pandemia no resulta a criterio de este Tribunal revelador de una voluntad inequívoca empresarial de configurar ese derecho e incorporarlo al contrato de esos 41 trabajadores para lo que tampoco se ofrecen indicios de los que inferir la razonabilidad de la decisión. Al contrario, lo actuado revela una conducta torpe empresarial que sigue la rutina en el abono de las nóminas sin percatarse de esta circunstancia que posteriormente corrige.

Es por ello por lo que no existiendo es condición más beneficiosa, tampoco cabe considerar que se hubiera tenido que acudir al procedimiento de modificación sustancial para adoptar la decisión empresarial que ahora se impugna.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social. Sentencia nº 185/2021, de 13 de septiembre de 2021.

4. AUDIENCIA NACIONAL

La compensación por comida en jornada partida está pensada para el trabajo presencial y no para el teletrabajo.

Entiende la AN que en este caso no hay vulneración del principio de igualdad entre trabajadores presenciales y no presenciales puesto que no se parte de la misma situación entre unos y otros.

El conflicto colectivo afecta a las personas trabajadoras que prestan servicios para la empresa demandada en la modalidad de teletrabajo, y que realizan la denominada por el convenio colectivo jornada partida. Las relaciones laborales se rigen por el Convenio colectivo general de ámbito estatal para las entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, años 2016 a 2019, publicado en el BOE de 1 de junio de 2017. Se establece expresamente en el texto del Convenio lo siguiente:

“Siempre que el tiempo para comida se encuentre dentro de estos márgenes, se tendrá derecho a una compensación por comida en los términos fijados en el artículo 41 del presente Convenio, por día trabajado en jornada partida, procediendo su entrega salvo que la empresa esté facilitando a su cargo servicio de restaurante o comedor en el centro de trabajo o sus cercanías inmediatas, o salvo que se hubieran pactado otras compensaciones equivalentes que, por su razón de ser o naturaleza, se hubieran originado para compensar este concepto por jornada partida.

La empresa podrá sustituir las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor que pudieran concurrir por entrega dineraria del importe señalado anteriormente”.

Con fecha 19 de junio de 2020 por la sección sindical de UGT en la empresa se elevó consulta a la Comisión mixta paritaria de interpretación del convenio. Se exponía lo siguiente:

“La empresa durante todo este estado de alarma a raíz del COVID 19 ha implantado la posibilidad de trabajar en régimen de teletrabajo desde el día 16 de Marzo de 2020 en los servicios que no tenían que realizar una actividad presencial esencial (...)

La empresa ha dejado de compensar a los trabajadores por comida en todas las modalidades que venía haciendo, por jornada partida que operan en teletrabajo correspondiente a la compensación por comida prevista en el artículo 47.9.A c) del convenio a pesar de que se sigue realizando jornada partida y que no hay ningún cambio en los márgenes relativos al tiempo de comida (no inferior a una hora ni superior a dos) respecto a lo que se realiza en el centro de trabajo son presencia física.”

No consta la contestación por la Comisión mixta paritaria de interpretación del convenio colectivo. UGT recurre a los tribunales.

Solicita UGT se declare el derecho de las personas en teletrabajo a percibir la compensación por comida cuando desarrollen su trabajo en régimen de jornada partida, suprimida unilateralmente por la empresa desde el 16 de marzo del 2020, cuando pasaron a trabajar en régimen de teletrabajo.

A este respecto la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda y entiende que en este caso no hay vulneración del principio de igualdad puesto que se parte de situaciones diferentes.

El sindicato alude a las dos sentencias de esta Sala, de fechas 09.12.2020, Autos 163/2020, y 18.03.2021, Autos 164/2020.

En ambos casos se estiman las demandas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero deja claro la AN no son supuestos iguales al presente.

Así en la sentencia de 9 de diciembre el pago del ticket restaurante se realizaba directamente por la empresa a los trabajadores mediante un sistema de recarga, lo que difiere sustancialmente del caso ahora analizado pues, como ya hemos visto, corresponde a la empresa la elección de la forma de prestación de la compensación por comida en jornada partida, si mediante un servicio de comedor en el centro de trabajo o por abono de la cantidad fijada en el convenio.

Y en la sentencia de 18 de marzo de 2021 se declara la nulidad de la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, llevada a cabo por la empresa respecto al tiempo de trabajo y al abono del ticket restaurante, por lo que no cabe su aplicación al presente caso.

Se cita en la demanda la normativa reguladora del trabajo a distancia, así como el artículo 20 del convenio colectivo de aplicación, para destacar la igualdad de derechos que tiene que haber entre las personas trabajadoras ya realicen su desempeño presencialmente o bien en régimen de teletrabajo. Sobre este punto, razona la AN que no estamos ante la misma

situación y que es diferente la situación de los trabajadores presenciales frente a los no presenciales, por lo que no se puede pretender un trato idéntico, pues éstos no deben realizar desplazamiento alguno en la jornada partida, lo que si deben realizar los presenciales.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social. Sentencia nº 196/2021, de 22 de septiembre de 2021. Recurso nº 47/2021)

5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

El despido de una embarazada es nulo, pero no discriminatorio si la empresa no lo sabía.

Relevante sentencia que, en síntesis, viene a indicar que, si la empresa puede acreditar el desconocimiento del embarazo en el momento del despido, no procede la imposición de indemnización alguna por daños morales pues no se produce violación de ningún derecho fundamental. Eso sí, en estricto cumplimiento de la normativa estatutaria y de la doctrina jurisprudencial, el despido, incluso en este caso, debe ser calificado como nulo.

Según establece la sentencia la trabajadora no comunicó su estado de gestación a la empresa y esta lo desconocía. La baja en que se encontraba cuando fue despedida lo fue por ciática, sin que aún hubiera comenzado el subsidio por maternidad. No existe dato alguno que permita afirmar que la empresa tuviera conocimiento, ni tan siquiera indiciario, de la situación de embarazo de la trabajadora.

Consideran los magistrados que es reiterada la doctrina que mantiene la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas. Se trata de lo que se denomina una “*nulidad objetiva*”, que opera de forma automática. No obstante, en caso de que la empresa no conociera del embarazo, el despido no se convierte en improcedente, sino que sigue siendo nulo, aunque con distintos efectos.

En el presente caso la empleada fue despedida por motivos totalmente genéricos con alusión a una indebida prolongación de la situación de incapacidad y la realización de actividades que demuestran aptitud.

El Tribunal indica que el despido nulo de una trabajadora embarazada en el que se pruebe la falta de conocimiento del embarazo por la empresa impide afirmar que esta haya dañado el derecho fundamental a no discriminación por razón de sexo y, por ende, impide reconocer una indemnización por daños morales derivados de tal vulneración.

La declaración de la nulidad del despido en los supuestos de trabajadoras embarazadas no debe conllevar automáticamente el reconocimiento de indemnización de daños y perjuicios cuando no se declare vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón de género.

Solo cabe una condena a indemnizar daños y perjuicios cuando la sentencia declara la vulneración del derecho fundamental, por ello, la sala revoca la condena al pago de indemnización de daños morales que la sentencia de instancia cifró en nada menos que 25.000 euros.

Además, señala la sentencia que, en todo caso, la indemnización carece de proporcionalidad porque que la trabajadora siguió de alta en la Seguridad Social, percibiendo de la empresa el subsidio de IT, el permiso por maternidad y también el de lactancia porque a los 15 días de habersele comunicado la decisión extintiva esta se dejó sin efecto.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 3381/2021 de 21 Jun. 2021, Rec. 1926/2021

Departamento Laboral y de Seguridad Social

Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto

Email: ortegap@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com