



CIRCULAR LABORAL 35/2023

2 de agosto de 2023

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: AGOSTO 2023.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

La falta de remisión por el empresario a la autoridad pública competente de una copia de la comunicación escrita a la RLT a efectos del período de consulta no afecta a la validez del despido colectivo.

El 28 de enero de 2020, un empleado que llevaba trabajando desde 1981 en una empresa alemana fue informado de que se extinguiría su contrato de trabajo con ella. En efecto, el 1 de octubre de 2019 se había iniciado un procedimiento de insolvencia con respecto a dicha empresa, y el 17 de enero de 2020 se decidió que cesara por completo sus actividades como muy tarde el 30 de abril de 2020 y que se llevaran a cabo despidos colectivos.

El mismo 17 de enero de 2020 se inició el procedimiento de consulta al comité de empresa, que actuaba en condición de representante de los trabajadores. En el contexto de la consulta se comunicó al comité de empresa la información contemplada en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a los despidos colectivos. No obstante, no fue transmitida ninguna copia de esa comunicación escrita a la autoridad pública competente, en este caso la Agencia de Empleo de Osnabrück (Alemania).

El 22 de enero de 2020, el comité de empresa declaró que no veía posibilidad alguna de evitar los despidos considerados. El 23 de enero de 2020, el proyecto de despido colectivo fue notificado a la Agencia de Empleo de Osnabrück. Posteriormente, dicha Agencia fijó entrevistas de asesoramiento para la mayoría de los trabajadores afectados por el proyecto de despido.

En un recurso interpuesto ante los tribunales alemanes, el empleado afectado alegó que no se había transmitido a la agencia pública de empleo competente ninguna copia de la comunicación dirigida al comité de empresa el 17 de enero de 2020, y adujo que esa transmisión es un requisito de validez del despido.

El Tribunal Supremo de lo Laboral (Alemania), que examina el asunto en casación, considera que esa omisión infringe efectivamente la ley alemana que transpone al Derecho nacional la Directiva de la Unión. Sin embargo, ni la Directiva ni el Derecho nacional establecen sanción expresa para dicha infracción. En estas circunstancias, el Tribunal Supremo de lo Laboral alberga dudas en cuanto a que la referida infracción deba conllevar la nulidad del despido. A efectos del análisis que debe realizar dicho tribunal, es crucial determinar si la norma en cuestión persigue proteger individualmente a los trabajadores. Así pues, el Tribunal Supremo de lo Laboral ha decidido preguntar al Tribunal de Justicia al respecto.

A este respecto el TJUE responde negativamente: la finalidad de la obligación, que incumbe al empresario que tenga la intención de efectuar despidos colectivos, de transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita que envió a los representantes de los trabajadores a efectos de consulta, que contenga, al menos, determinados elementos, no es proteger individualmente a los trabajadores afectados. En efecto, por una parte, el Tribunal de Justicia estima que la transmisión de la información de que se trata únicamente permite a la autoridad pública competente hacerse una idea, en particular, de los motivos del proyecto de despido, del número y de las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, y del período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos. Por consiguiente, dicha autoridad no puede fiarse plenamente de esa información para preparar las medidas comprendidas en sus competencias en caso de despido colectivo.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia señala que a la autoridad pública competente no se le confiere ningún papel activo durante el procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores. En efecto, solo es designada como destinataria de una copia de determinados elementos de la comunicación en cuestión, a diferencia del papel activo que desempeña en etapas posteriores del procedimiento. Por otro lado, la transmisión de que se trata no inicia ningún plazo que el empresario deba respetar ni genera obligación alguna con respecto a la autoridad pública competente.

Por consiguiente, la transmisión solo tiene lugar con fines informativos y preparatorios, a efectos de que la autoridad pública competente pueda ejercer eficazmente, en su caso, sus prerrogativas posteriores. Así pues, la finalidad de la obligación de transmitir información es permitirle anticipar tanto como sea posible las consecuencias negativas de los despidos colectivos considerados, para que pueda buscar eficazmente soluciones a los problemas planteados por esos despidos cuando le sean notificados posteriormente. Habida cuenta de la finalidad de esa transmisión de información y del hecho de que tiene lugar en una fase en la

que solo el empresario prevé los despidos colectivos, la actuación de la autoridad pública competente no está encaminada a abordar la situación individual de cada trabajador, sino que pretende obtener una visión global de los despidos colectivos considerados.

TJUE. Sentencia de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22)

2. TRIBUNAL SUPREMO

Los permisos retribuidos, ¿se deben disfrutar en días naturales o en laborables – días de trabajo efectivo -? A vueltas con este tema ...

El Alto Tribunal, reiterando sentencias previas en esta misma línea como la de 25.01.2023 (Rec. nº 124/2021), establece que el permiso sólo es concebible si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues de lo contrario carecería de sentido que su principal efecto fuese «ausentarse del trabajo. En consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa convencional expresa en contrario. Y añade que tanto en el convenio como en la Ley se habla de “permisos retribuidos”, lo que claramente evidencia que tales permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja.

Esta solución la corrobora el art. 37.3 del ET que, al regular el descanso semanal, las fiestas y los permisos, dispone que *“el trabajador... podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración...”*, en los supuestos que enumera y que coinciden con los que nos ocupan, en términos que evidencian que el permiso se da para ausentarse del trabajo en día laborable, porque en días festivos no es preciso solicitarlo.

Por lo tanto, la regla general es que estos permisos retribuidos deben disfrutarse durante los días de trabajo efectivo, salvo que el convenio colectivo, al establecer una mejora respecto de los permisos establecidos en el ET, acuerde que se disfrutan en días naturales.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 7 de junio de 2023. Rec. nº 280/2021.

3. TRIBUNAL SUPREMO

La empresa debe probar el pago del salario, incluso cuando paga “en negro.”

Es ella la responsable de esta justificación porque cuenta con todos los mecanismos y asientos contables. Por el contrario, el trabajador no. Al margen de las responsabilidades que pudiera incurrir por el pago en dinero negro, esta circunstancia no le exime de probar el abono del sueldo.

El Supremo adapta su antigua doctrina sobre la prueba del pago del salario y, si bien sigue manteniendo que al trabajador le corresponde acreditar los hechos constitutivos del derecho que reclama y a la empresa la de los que sean extintivos o impeditivos, ahora se pronuncia sobre los conocidos como “*pago en negro*” sobre lo que entiende que el principio de disponibilidad y facilidad probatoria hace recaer sobre la empresa la prueba de su pago.

El art. 29 ET dispone que la liquidación y el pago del salario se documentará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del mismo y lo que es evidente es que las empresas cuentan con los registros y asientos contables necesarios para acreditar este hecho, así como de los documentos que pueden evidenciar la existencia de transferencias dinerarias a las cuentas de los empleados.

Con estos medios, la mercantil demandada dispone de todas las facilidades probatorias para demostrar el pago de las sumas reclamadas, y no puede exigirse al trabajador la prueba de un hecho negativo (la no percepción del salario reclamado). Además, en el caso, lo reclamado se corresponde con el trabajo ordinario, no afecta a complementos salariales u otros conceptos especiales que obligaran al trabajador a demostrar los hechos que pudieren generar el derecho a su percepción.

Incluso en el hipotético supuesto de que el pago se hubiere realizado en metálico, la empresa puede aportar el preceptivo recibo de cobro firmado por el trabajador que ha de obrar en su poder, -sugiere la Sala-.

El Supremo incluso señala que aun cuando podría especularse sobre la ilícita posibilidad de que la empresa hubiere abonado el salario en dinero negro y de forma oculta, ello tampoco la eximiría en ningún caso de la carga de probar el pago, por los medios que fuere.

Aplicadas las reglas sobre la carga de la prueba, y ante la falta de prueba imputable a la empresa, el Supremo estima el recurso y condena al pago de la cuantía reclamada por el trabajador.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 474/2023, de 20 de julio. Rec. nº 3304/2020

4. TRIBUNAL SUPREMO

La copia de la carta de despido -tanto disciplinario como objetivo- puede entregarse días después a los representantes de los trabajadores.

Siempre y cuando no frustre la finalidad de esta notificación, es decir, que pueda asesorarse al trabajador y se disponga de tiempo de respuesta, es lícito que la carta de despido no se entregue simultáneamente a dicha representación legal.

Admite la Sala de lo Social que la comunicación a la representación legal de los trabajadores de la carta de despido pueda efectuarse con posterioridad al acto mismo del despido, siempre y cuando se efectúe en un plazo prudencial que ni frustre las finalidades de la exigencia legal ni impida que los representantes puedan ejercitar los derechos que puedan estar vinculados a la información facilitada, entre ellos, la posibilidad de asesorar al trabajador sobre las causas y circunstancias del despido.

Sirve de base el art. 64 del ET, que regula los derechos de información y consulta del Comité de empresa y de los delegados de personal y dispone que la información se debe facilitar, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado.

Esta previsión enlaza con la exigencia formal prevista en el artículo 53.1c) ET consistente en que se entregue copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, por lo que esta será la forma en la que habrá de realizarse la información, e incluso aunque no existiera esa concreta precisión, la comunicación requeriría la entrega de copia para poder cumplir las previsiones del antedicho artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, las causas alegadas, en su caso, número de trabajadores afectados.

Pues bien, en el caso, y vista la normativa de aplicación, entiende el Supremo que una comunicación efectuada a los representantes de los trabajadores, cuatro días después del despido en nada perjudica ni afecta o condiciona ni los derechos de los representantes destinatarios de la información, ni los de la propia trabajadora despedida.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 484/2023 de 5 de julio. Rec. nº 105/2022.

5. TRIBUNAL SUPREMO

El plus de toxicidad, como complemento salarial, debe abonarse por día trabajado, no por días naturales.

En el presente caso se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina por parte de dos compañías para determinar si el plus de toxicidad previsto en el convenio colectivo provincial debe abonarse por días naturales o por días efectivamente trabajados.

La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social de Bilbao, estimó parcialmente las demandas de las trabajadoras y condenó al abono de las cantidades que allí constan.

El TSJ del País Vasco mantuvo, en síntesis, el pronunciamiento de la sentencia de instancia, en orden al devengo del complemento por día natural.

El Alto Tribunal varía el criterio previo y entiende que ese plus exclusivamente se debe percibir por día trabajado -laboral- salvo que el convenio colectivo establezca alguna particularidad al respecto.

El precepto cuya interpretación se discute, el artículo 6 del referido convenio dispone, bajo el título de «trabajos nocturnos y excepcionalmente penosos, tóxicos y peligrosos», lo siguiente:

“... Percibirán el Plus de Tóxicos, Penosos o Peligrosos todas/os las/os trabajadoras/es que trabajen en centros o puestos de trabajo donde esté reconocido para las/os trabajadoras/es del Centro, respetando dichos pluses a las/os trabajadoras/es que los vienen percibiendo”.

Resulta, por tanto, evidente que la norma en cuestión no establece si un determinado plus, comprendido en el precepto, debe abonarse por día natural o por día efectivamente trabajado.

Al respecto, en los supuestos en los que la norma pactada nada dice sobre la forma en la que habrá de retribuirse el devengo, si en relación con días naturales o referido a los días efectivamente trabajados, nuestra jurisprudencia (SSTS de 10 de diciembre de 2008, Rec. nº 639/2008 y de 29 de junio de 2009, Rec. nº. 640/2009) entiende que hay que estar a la naturaleza jurídica del discutido complemento, que tiene su origen en cualquier caso en el convenio colectivo y no en el contrato individual de trabajo.

Por tanto, no habiéndose establecido en el convenio de referencia disposición alguna que regule el discutido plus de manera distinta a la que resulta de la aplicación de la anterior doctrina de la Sala, cabe afirmar que en el supuesto al que se refiere la sentencia recurrida se trata de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual (lo que no ocurre en este caso), habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta la toxicidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 20 de junio de 2023.

6. TRIBUNAL SUPREMO

La denegación de una concreción horaria no implica por sí sola y de forma automática una discriminación por razón de sexo.

Conocido que el derecho a la concreción horaria no es un derecho absoluto de los trabajadores, no cabe invocar de forma genérica que su denegación resulta discriminatoria por razón de sexo cuando la empresa logra probar que la concreción horaria que solicitaba la trabajadora, -cambiando el turno de tarde al de mañana y dejando de trabajar en fines de semana-, no se basó en un factor relacionado con el sexo, solo por el hecho de ser mujer.

La empresa alegó y probó que la concreción horaria interesada por la trabajadora implicaba el sobredimensionamiento que ya presentaba el turno al que pretendía acceder -el de mañana, atendido por 71 trabajadores- respecto del que ella venía atendiendo -el de tarde, con 41 trabajadores-, razones organizativas extensible también a los servicios que tenían que atenderse en fines de semana.

Esta razón no está conectada con un factor discriminatorio sino a exigencias organizativas y una atención adecuada del servicio en los respectivos turnos que, suficientes o no en el marco de la legalidad ordinaria, evidencian una necesidad de tener que reorganizar la plantilla para que la trabajadora ejercite su derecho, pero sin que esa denegación esté conectada con un móvil discriminatorio por razón de sexo.

Aprovecha el Supremo para recordar que cuando se invoca en petición de derechos, la perspectiva de género, como criterio interpretativo, no hay razón para que se deba justificar una solución tan objetiva como la que en el caso alegó la empresa y sobre la que no existen siquiera indicios de que la denegación de la concreción horaria hubiera tenido como real base la de discriminar a la trabajadora porque no se deben valorar hechos, sino interpretar las normas en juego.

La mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta.

La Sala de lo Social recuerda doctrina constitucional que sugiere que hasta que no se alcance en nuestra sociedad un reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las tareas de cuidado familiar que coadyuve a la consecución de la igualdad en el ámbito laboral, solo se incurre en discriminación indirecta por razón de sexo el tratamiento que implique una restricción o la asignación de consecuencias laborales negativas al ejercicio por las mujeres trabajadoras de estos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, pero siempre que no pueda probarse que responden a razones o factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo, susceptibles de legitimar la medida en cuestión, lo que en el caso, como se ha visto, concurre al haber probado la empresa la imposibilidad de atender a lo pedido por la trabajadora.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 379/2023, de 25 de mayo. Rec. nº 1602/2020.

7. TRIBUNAL SUPREMO

¿Toda guardia localizada debe ser considerada como tiempo de trabajo?

Directamente: la respuesta a la anterior pregunta es NO.

Así no tiene la consideración de tiempo de trabajo el empleado en un sistema de guardia localizada que permite al trabajador disponer y organizar el tiempo familiar y social y dedicarse a sus propios intereses, con la única condición de estar disponible telefónicamente y acudir a solventar algún problema puntual, pero sin concreción del tiempo de respuesta.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 18 de abril de 2023.

8. TRIBUNAL SUPREMO

¿Qué consecuencias tiene la reincorporación de un excedente voluntario con contrato a tiempo completo en un puesto a tiempo parcial o temporal?

La reincorporación de un excedente voluntario a través de un contrato a tiempo parcial o temporal no supone la novación de su anterior contrato indefinido a tiempo completo, manteniendo el derecho a la reincorporación con la misma situación contractual que tenía antes de la excedencia cuando exista vacante y careciendo de efectos la advertencia de la empresa en sentido contrario.

En caso de reincorporación a tiempo parcial, si posteriormente se produce la vacante y no es ofrecida a la trabajadora, esta tiene derecho a que se le abonen las diferencias salariales correspondientes desde que se produce dicha vacante y hasta que se la reincorpore a tiempo completo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 24 de mayo de 2023.

9. AUDIENCIA NACIONAL

Nula una cláusula que penalizaba las situaciones de IT en el abono de incentivos -especial referencia justificativa a la Ley 15/2022.-

A vueltas con la aplicación de la Ley 15/2022 y la enfermedad como causa de discriminación. La AN estima el recurso interpuesto por un sindicato y declara nula la cláusula de una compañía que penalizaba las situaciones de IT en el cobro de los incentivos.

En este caso unos sindicatos plantean demanda de conflicto colectivo contra los planes de incentivos que como contratos de adhesión ha establecido el empresario para las diversas campañas de contact center que lleva a cabo. Así, constituye una práctica común que los incentivos no se abonan si se superan determinados niveles de absentismo y la demanda tiene por objeto que no se consideren a estos efectos los periodos de IT, los permisos no retribuidos

de acompañamiento a familiares y que se reconozca el derecho a percibir los incentivos en los casos en los que los trabajadores hayan sido sancionados. Invoca con relación a las bajas por IT la Ley 15/2022 que reconoce que no cabe discriminación por enfermedad y esta situación se produciría si se penalizan como absentismo a efectos del percibo de la prima por incentivos.

La Sala de la Audiencia estima las demandas formuladas por los sindicatos y declara contrarias a derecho y por tanto nulas las cláusulas de los planes de incentivos por las que:

- i. Se suprime o reduce el cobro de incentivos de los trabajadores como consecuencia de haber recibido una sanción, aviso escrito o amonestación, si han conseguido los objetivos establecidos.
- ii. Se suprime o reduce el cobro de incentivos de los trabajadores por haber estado en situación de IT si han conseguido los objetivos establecidos.
- iii. Se suprime o reduce el cobro de incentivos de los trabajadores por haber utilizado el permiso de acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 establecido en el art. 31 del III convenio colectivo de contact center, si han conseguido los objetivos establecidos.

Por lo que respecta a la mención de las cláusulas que suprimían o reducían los incentivos en caso de IT, la Sala recuerda que tras una precedente sentencia en relación a un caso similar en que fallaba de forma contraria, aquella de 8.06.2016 (Autos nº 131/2016) se han producido novedades legislativas que las demandas invocan y que determinan la necesaria alteración de las soluciones judiciales. Concretamente la Audiencia se refiere a la Ley 15/2022, de 12 de julio, que en su art. 2.1 indica:

- *“Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal”.*

Conforme el art. 17 ET la enfermedad no era una de las señas identitarias protegidas frente a la discriminación, como tampoco lo era en el ámbito de la Directiva 2000/78 tal como se indicó en la STJUE de 11-7-2006 C-13/05. Pero esta situación se modifica con la Ley 15/2022 cuando establece en su art. 4.1:

- *“El derecho protegido por la presente Ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.”*

La ley 15/2022 define en su art. 6.1.a) la discriminación directa como la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En el presente caso si comparamos la situación en que se encuentran dos trabajadores de la empresa que perciben incentivos por ventas en la gestión telefónica, resulta evidente que, a aquellos trabajadores que, por encontrarse en IT, hubieran superado los índices de absentismo exigidos en el plan, se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado periodos de IT en el tramo temporal de referencia. Como quiera que la IT, art. 169.1 LGSS, se define como aquellas situaciones debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra y que le resulta impeditiva para trabajar, de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022. Y al resultar contraria por discriminatoria, la medida empresarial debe declararse nula.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 19 de junio de 2023.

10. AUDIENCIA NACIONAL

Cláusulas convencionales en caso de incremento IPC excesivo: el hecho de establecer en el convenio, de forma general, que si el IPC “se dispara” la comisión negociadora se reunirá para estudiar sus efectos, no avala que ante la inexistencia de acuerdo al respecto la representación empresarial no abone los incrementos pactados en su día.

El Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y derivados fue publicado en el BOE el 17.06.2022. Su art. 24 regula el «salario base e incremento salarial». Sus tablas salariales de 2021 experimentaron un incremento del 3,5% sobre las de 2020. Para la fijación de las tablas salariales definitivas de 2022, las tablas de 2021 deben ser incrementadas con el 5,7% del IPC real de 2022, más el 1,5% correspondiente al 50% de 2021, sumando ambos porcentajes un total del 7,2%, que se reconoce por ambas partes.

La asociación empresarial demandada no ha aplicado el citado incremento del 5,7%, al no haberse alcanzado un acuerdo con la representación legal de los trabajadores acerca de cómo impactar ese porcentaje. La patronal remitió a los sindicatos CC.OO y UGT el 12.12.2022 comunicación de convocatoria de la Comisión negociadora del convenio al objeto de “... dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 24 del convenio colectivo...”, incluyendo entre los puntos del orden del día la “... evaluación de la situación del IPC a 31 de diciembre de 2022, y su impacto en las Tablas Salariales del Convenio Colectivo. Posibles medidas alternativas”. Concretamente el citado artículo del convenio indicaba lo siguiente:

- *“En caso de que en alguno de los años de vigencia del Convenio Colectivo el IPC real resultara muy elevado en tipos parecidos a los que se han producido en el 2021, cualquiera de las partes podrá solicitar una reunión de la Comisión Negociadora con carácter de urgencia que habrá de producirse en el plazo máximo de 15 días, a los efectos de adoptar los acuerdos necesarios para gestionar el impacto del IPC en las Tablas”.*

La Audiencia estima íntegramente la demanda de los sindicatos y declara el derecho de los trabajadores afectados a percibir los atrasos generados desde el 1 de enero de 2022 en cuantía del 2,5%, sobre tablas definitivas de 2021, así como a la confección de las señaladas tablas definitivas del año 2022, aplicando un 7,2% sobre las tablas definitivas de 2021 y de las tablas provisionales de 2023, aplicando un porcentaje del 2,5% sobre las tablas definitivas de 2022, condenado a la demandada a estar y pasar por las citada declaración.

Es cierto, razona la sentencia, que, a través de la cláusula, las partes negociadoras previeron la actuación de empresario y de la representación social si la subida del IPC resultaba especialmente acusada, por las implicaciones que ello conllevaba. Ahora bien, no podemos tener por acertada la tesis de la demandada. Si bien, expresamente, no se consigna una obligación de negociar, se dirige a las partes a la posibilidad de convocar una reunión para “... *adoptar los acuerdos necesarios para gestionar el impacto del IPC...*”, lo que a juicio de la Sala no equivale, como así parece desprenderse de las argumentaciones de la empresa, a alcanzar necesariamente un acuerdo sobre tal cuestión.

Es evidente que la intención de los negociadores del convenio fue dar respuesta a una hipotética situación mediante la conclusión paccionada y conforme de todas las partes implicadas. Ahora bien, dicha intención no queda excluida de la posibilidad de que, pese a convocarse la reunión con dicho objetivo, el mismo no sea alcanzado.

Piénsese que la adopción del acuerdo comporta la puesta en común de las posturas que cada parte estima más adecuadas a sus intereses: caso de alcanzarse un acuerdo, se cumpliría el fin previsto por la cláusula del convenio. Pero en caso contrario no puede adoptarse una posición que implique dejar sine die o al arbitrio de una de las partes (en este caso la empresarial), la solución que mediante el acercamiento de posturas previo no se ha podido alcanzar. Y ello teniendo en cuenta que los incrementos salariales se encuentran pactados en el art. 24 del convenio, con carácter imperativo, con los condicionantes allí expuestos atinentes a los IPC,s aplicables.

Por todo ello, si el objetivo de la cláusula obligacional no ha sido alcanzado, debe aplicarse para la actualización salarial de 2022, junto con el porcentaje del 1,5% correspondiente al 50% de 2021, el porcentaje del 5,7% del IPC real de 2022 de forma automática, completa y sin fraccionamiento, pudiendo los empresarios incluidos en el ámbito del convenio, caso que la aplicación de dicha actualización pudiera resultar especialmente gravosa, acudir al mecanismo del descuelgue previsto y regulado en el art. 82.3 ET, ajustándose a las previsiones fijadas en dicho precepto.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 5 de junio de 2023.

11. AUDIENCIA NACIONAL

Es tiempo de trabajo el dedicado al desempeño de funciones como miembros de las mesas electorales en los procesos de elección de representantes de los trabajadores.

No puede realizarse una comparación mimética entre el proceso electoral regulado por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General con el proceso de elección de los representantes en la empresa. En este último caso, la participación no se instituye como un derecho unidireccional, sino que revierte directamente en la expectativa del empresario de obtener un interlocutor válido a efectos de negociación colectiva, consulta y participación con la representación legal de los trabajadores.

No hay que olvidar que tanto el presidente de la mesa electoral como los vocales y suplentes son elegidos en virtud de su condición de trabajadores, siendo el nombramiento irrenunciable, debiendo permanecer durante la celebración del proceso de elección en el centro de trabajo, en tiempo de trabajo y bajo la supervisión del empresario.

Es cierto que no puede afirmarse que se encuentran a disposición del mismo *strictu sensu*, pues efectivamente no se encuentran desempeñando las funciones propias de su puesto de trabajo. Pero tampoco puede obviarse que las mismas quedan sustituidas, no por decisión propia, sino por imperativo legal, por aquellas atinentes a la condición de miembros de la mesa electoral, y que se recogen en el artículo 74.2 del ET. Y durante el tiempo en que se desarrollan las mismas, el trabajador no resulta ajeno a la disciplina empresarial.

En atención a la obligatoriedad del nombramiento ya apuntado, durante el proceso de elección, las funciones del trabajador dejan de ser las inherentes a su puesto de trabajo o actividad ordinaria en la empresa, para ser sustituidas, de manera irrenunciable, por aquellas que conforman el mandato legal y que se dirigen a hacer efectivo el derecho de participación de los trabajadores en la empresa. De manera que estas últimas se convierten, el día del proceso electoral, en su actividad.

En este contexto, aunque el artículo 37.3 del ET reconoce entre las licencias previstas en su apartado tercero, la concedida para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, por el tiempo indispensable para ello -comprendiendo el ejercicio del sufragio activo-, no puede obviarse el redactado de dicho apartado tercero al señalar que el trabajador «podrá ausentarse del trabajo», lo que desconecta las licencias que pudieran otorgarse con la actividad profesional del trabajador, siendo las situaciones reguladas por el artículo 37 del ET ajenas al ámbito profesional.

Esta condición no se cumple en el supuesto de celebración de elecciones a representantes, pues las funciones propias del trabajador elegido dejan de ser las propias de su puesto, para centrarse en el desempeño de las atribuidas por su condición de miembro de la mesa electoral, lo que no permitiría reconocer una licencia similar a la prevista en el citado precepto, como se

sostiene por la empresa. Caso de obviarse todo lo anterior y entender que el tiempo invertido en el ejercicio de las funciones de miembro de la mesa electoral no es tiempo de trabajo, el ejercicio de dichas funciones podría colisionar con aspectos directamente relacionados con el desempeño de su actividad: prevención de riesgos laborales (piénsese en el supuesto de sufrir un accidente durante el proceso electoral); duración de la jornada y abono de remuneraciones por el tiempo que excediera de la jornada ordinaria de trabajo; o el ejercicio del poder disciplinario del empresario, que ante una hipotética actuación del trabajador contraria a los deberes que rigen su relación con la empleadora, quedaría evidentemente limitado si se entendiera que el tiempo invertido es objeto de una licencia retribuida, ajena al desempeño de sus funciones.

Audiencia Nacional. Sentencia de 5 de junio de 2023. Rec. nº 75/2023.

12. JUZGADOS DE LO SOCIAL

¿Cómo están interpretando los juzgados los despidos de trabajadores en situación de baja por IT? Importante aviso: evitar las cartas de despido “genéricas.”

A continuación, recogemos el resumen de dos recientes sentencias de juzgados de instancia resolviendo despidos de trabajadores en IT. Como se puede observar ambas llegan a la misma conclusión: tras la Ley 15/2022, el desarrollo de las cartas de despido toma una relevancia vital pues en estos casos si la carta es genérica -bajo rendimiento sin detalle alguno o trasgresión de la buena fe contractual- el despido será nulo. Concretamente:

12.1. Juzgado de lo Social de Badajoz:

En este caso se declara nulo el despido. La empresa no solo no se ha molestado en argumentar mínimamente los motivos del despido, sino que incluso reconoce la improcedencia en la propia carta (sic.)

Esta sentencia resuelve el caso de una trabajadora que el 25.07.2022 inicia un proceso de IT por enfermedad común bajo el diagnóstico de trastorno adaptativo con ansiedad. Al cabo de tres días la empresa le entrega una carta de despido aludiendo a una genérica “reestructuración”, sin detalle ni concreción de tipo alguno, y, además, reconociendo ya en la carta que el despido era improcedente. Práctica pretérita que admitía la norma y que actualmente no está vigente.

El juzgado argumenta la declaración de nulidad apelando a lo recogido en la Ley 15/2022 de igualdad de trabajo y no discriminación. Concretamente fundamenta la misma argumentando que la trabajadora ha cumplido con su carga indiciaria: a la absoluta vaguedad de la carta de despido, donde incluso se reconoce su improcedencia por la

empresa, se une el relevante hito temporal de que dicho despido se produce el tercer día de encontrarse la trabajadora en situación de IT y, precisamente, conocerlo la empleadora. Es decir, una especie de “acción/reacción.”

De contrario, obviamente, y por mor de su injustificada inasistencia al juicio, nada ha demostrado la demandada (empresa); por lo que el indicio ha de ser elevado a la categoría de certeza.

En resumen: despido nulo y obligatoriedad de readmisión en su puesto con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha extintiva y, además, condena al abono a la actora de una indemnización adicional, por daño moral, en el exacto importe que ella solicitaba: 12.501 euros brutos.

Juzgado de lo Social nº 5 de Badajoz. Sentencia nº 189/2013 de 9 de mayo. (Autos 596/2022)

12.2. Juzgado de lo Social de Burgos:

El corolario de esta sentencia es muy simple ... y claro: “... si la empresa ni tan siquiera se molesta en intentar justificar y desarrollar, aunque sea mínimamente, los motivos del del despido y el trabajador está de baja por IT en ese momento, el despido debe ser calificado como nulo y se impondrá además la correspondiente indemnización por daño moral que a este respecto prevé la Ley 15/2022.”

Por lo tanto, el Juzgado de lo Social estima la demanda de la trabajadora y declara nulo el despido. Al no aportarse ninguna causa ni tratar de justificar una causa, debe declararse nulo (indicio de discriminación)

Ese indicio de discriminación por razón de enfermedad de la demandante es claro y no aportando la empresa ni alegación ni prueba alguna que justifiquen el despido operado estando la trabajadora en situación de IT, ha de entender, conforme a las reglas de la carga de la prueba y la nueva regulación que el mismo es nulo por ser discriminatorio.

Resulta probado que la trabajadora comenzó un proceso de incapacidad temporal el 9 de septiembre de 2022, y transcurrida menos de una semana, el 15 de septiembre de 2022 se da de baja en la seguridad Social a la trabajadora por parte del empresario como consecuencia del despido que venimos comentando. En la carta de despido, no se molesta la empresa en alegar causa alguna legal de posible despido procedente de la trabajadora.

A tenor de ello, indica de forma literal la sentencia, “... el indicio de discriminación por razón de enfermedad de la demandante es claro y no aportando la empresa ni alegación ni prueba alguna que justifiquen el despido operado estando la trabajadora en situación de incapacidad temporal, ha de entender, conforme a las reglas de la carga de la Prueba y la nueva regulación regla que el mismo es NULO por ser discriminatorio.”

Acreditado que se ha vulnerado el derecho a la no discriminación, atendiendo a la entidad y gravedad de la conducta empresarial, el daño o sufrimiento psicológico que la misma genera a la trabajadora que se ve despedida encontrándose en situación de incapacidad temporal se fijar la indemnización por daño moral, en la cantidad de un mes de salario 1.170 euros, al considerarse excesiva la solicitada por importe de 7.501 euros.

Juzgado de lo Social de Burgos. Sentencia nº 88/2023 de 27 de febrero. de fecha 27.02.2023. (Autos 758/2022.)

13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

Las propinas que se abonan por tarjeta bancaria se han de repartir por igual a todo el personal de restauración (salvo acuerdo específico al respecto.)

La pandemia por Covid19 ha provocado cambios en el comportamiento de la sociedad, y uno de ellos ha sido el incremento de los pagos con tarjetas, eliminándose cada día más el pago en efectivo, pago con tarjeta no solo del importe del servicio, sino también de las propinas, en el caso, las abonadas por los clientes de un conocido Hotel madrileño.

Aunque desde siempre cuando las propinas se daban en efectivo, el reparto ha sido desigual porque solo se repartían entre los camareros, y esta práctica era consentida por la empresa, ahora, al incluirse la propina en la factura porque el pago se realiza con tarjeta, surge la duda de cuál debe ser la forma en que la empresa, que es la que recauda esas propinas entregadas por pago telemático, debe repartirlas, porque no son ya los propios camareros los que las perciben directamente, sino la empresa que, consecuentemente participa ahora en el reparto y, como mera tenedora, ha de adoptar unas medidas para proceder inmediatamente a entregarlas a sus destinatarios que son quienes integran el servicio de restauración.

Intentado un acuerdo por parte del Comité y no alcanzado, se cuestiona si la empresa debe seguir avalando una práctica que solo beneficia a parte del colectivo.

Como antecedente, el TSJ del País Vasco dictó una sentencia en la que negó que el reparto de las propinas solo entre los camareros sea un uso o costumbre de los contemplados en el art. 3.1.c) ET por lo que la empresa no puede quedar vinculada por un uso contrario a la normativa vigente y discriminatorio para los trabajadores excluidos.

La percepción de propinas constituye una condición relacionada con la actividad laboral y las conductas relativas a su administración pueden generar medidas empresariales, que en ningún caso pueden resultar discriminatorias.

Otro dato a tener en cuenta es que conforme a la práctica de la clientela, las propinas no tienen un destinatario individual en la persona que la recibe; resulta habitual que el cliente no la entregue de manera individualizada a un concreto empleado del establecimiento, sino que la deja junto con el importe de la factura o, al devolverle los cambios, en la misma bandeja en que se entregan éstos, actuar que revela que la gratificación va destinada a un colectivo de personas, siendo de notorio conocimiento que en nuestros usos sociales las propinas las entregan los clientes, como regla general, por el conjunto del servicio recibido: la comida, la limpieza de la vajilla y del local, la atención de los camareros, etc., y no por la singular atención de la concreta persona que le ha atendido en mesa o barra (que con gran frecuencia no se contrae a un único camarero) ni por la recibida por el conjunto del personal de sala.

Además, entendidas las propinas como una verdadera donación, ahora el TSJ madrileño aplica la doctrina del TSJ vasco y aboga por un reparto igualitario al efectuarse por parte del cliente en beneficio de la pluralidad de personas que han intervenido en el servicio prestado que gratifica, lo que lleva a entender que las propinas que la empresa recauda a través del pago telemático, - a falta de un acuerdo consensuado, ponderado, razonable y lícito por parte del comité de empresa-, deberán ser repartidas de forma igualitaria a todo el personal que interviene en el servicio de restauración prestado por el Departamento de Restauración del hotel.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 538/2023 de 31 de mayo. Rec. nº 126/2023.

14. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

¿Qué juzgado tiene competencia territorial para conocer una relación de teletrabajo? Pues dependerá de la forma en que se desarrolle el trabajo a distancia.

Con la instauración del teletrabajo surge la duda de cuál es el Juzgado competente para conocer de las demandas que se originen entre empresa y trabajadores, porque la regla general que determina la competencia es el art. 10.1 LRJS que dice que es el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. Pero esta regla general resulta de difícil aplicación en los casos de trabajo "on line" en los que la prestación de servicios es desde cualquier punto del territorio, - incluso podría decirse que, del planeta, añade la Sala-.

Para determinar el punto de conexión, el TSJ catalán opta por valorar dónde o cómo se realiza la mayor parte del trabajo y en este asunto en el que se trabaja "en remoto", mediante internet, es el art. 7.e) de la Ley 10/2021 el que da la pista para determinar el Juzgado competente.

El precepto señala que se entiende por centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia donde, en su caso, desarrolla la parte de la jornada de trabajo presencial; pero a su vez, la D.A. 3ª establece que en el trabajo a distancia se considerará como domicilio de referencia a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento del empleo aplicables, aquel que figure como tal en el contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo.

Pues bien, del juego de ambos preceptos, se llega a la conclusión de que la voluntad del legislador ha sido que en los supuestos de teletrabajo se considere que el trabajo se presta -desde el punto de vista legal- en aquel centro físico donde se realice parte de la jornada o - de cara a la Autoridad Laboral- en el lugar que conste en el contrato suscrito entre las partes o en el lugar que se preste físicamente el servicio presencial.

Explica la sentencia que siendo la Ley del Teletrabajo una norma especial, colma el vacío legal que existe en el art. 10 LRJS y es de aplicación preferente.

Cuando la relación entre las partes es de teletrabajo y una parte del mismo se realiza de forma presencial, el lugar donde se realice este último determina la competencia territorial del órgano jurisdiccional competente. Y en los casos en que la totalidad de la prestación sea de teletrabajo, se impondrá acudir a lo previsto en el contrato suscrito entre las partes.

Aplicando esta regla al supuesto debatido, en el que una parte de la prestación del servicio se realiza de forma presencial en la ciudad de Barcelona y, además, ese mismo lugar se establece como domicilio de la empresa en el contrato que suscriben las partes, la Sala concluye que son los juzgados de esta ciudad los competentes para conocer del fondo de la cuestión, - la determinación de la naturaleza laboral de la relación-.

TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 611/2023 de 2 de febrero. Rec. nº 4863/2022.

15. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

Improcedente despido por negarse a firmar una cláusula de disponibilidad que no estaba pactada.

La trabajadora participó en el proceso de selección de candidatos y además realizó una entrevista. Como a la empresa le pareció idóneo su perfil, le remitió una carta de oferta para formalizar un contrato indefinido a tiempo completo con periodo de prueba de 6 meses. La empleada aceptó y acto seguido, se remitió telemáticamente el contrato, pero en dicho contrato aparecía una cláusula de realización de guardias y disponibilidad que antes no se había mencionado. Por ese motivo la trabajadora no firmó pese a que ya se le había dado de alta en la S.S.

Es la empresa la que da la baja a la trabajadora en la Seguridad Social y le manifiesta expresamente que es por no aceptar la cláusula de obligatoriedad de realizar guardias, indicando también que las cláusulas de la compañía son estándar para todos los empleados y que no se pueden modificar. Por ello entiende que, al no estar de acuerdo con las condiciones de su contratación por negarse a firmar la cláusula en cuestión, no se puede continuar con la relación laboral.

Esta expresión de la empresa es suficiente para entender que su decisión resolutoria es la reacción a la voluntad manifestada por la trabajadora de no querer firmar el contrato escrito que se le presenta porque contiene una cláusula no pactada en el precontrato, - la cláusula de disponibilidad para hacer guardias.

Pero pese a ser, así las cosas, la empresa tramita la baja ante la Seguridad Social expresando como causa la baja voluntaria, cuando la realidad es que desde que conoce la negativa de la trabajadora a firmar la cláusula, deja de dar trabajo a la trabajadora, no le proporciona los medios de trabajo ni está dispuesta a cambiar el contenido escrito del contrato, hechos que avalan que el caso está muy lejos de ser una renuncia voluntaria.

Yerra la sentencia de instancia al entender la extinción por voluntad de la trabajadora porque aun admitiendo que la empresa siempre aclaró que, a pesar de que debía firmar el contrato con cláusulas tipo prefijadas, ella no debía realizar guardias (porque así se acordó en el precontrato), la empresa reacciona con la extinción. Es la patronal la que se niega a quitar del contrato una cláusula que puede obligar a la trabajadora a algo que no tenía pactado antes por el mero hecho de haberlo incluido en el contrato y que, si de verdad nunca se va a exigir su cumplimiento, no debería estar en el contrato.

La posición más acorde con la lógica es la de que la trabajadora en ningún momento ha manifestado que no quiere mantener la relación laboral, sino que lo que no quiere es que su relación laboral no incluya una obligación que no formaba parte de la negociación previa que, indudablemente, es la que se hace efectiva con la constitución de la relación laboral.

Por ello, en el caso, quien decide que la relación no continua es la empresa, y cuando manifiesta como causa de la baja la voluntad de la trabajadora no manifiesta la causa real de la baja. El efecto es que debe declararse la improcedencia del despido, pero no su nulidad porque la extinción contractual ha tenido lugar por decisión de la empresa alegando una causa incierta e injustificada, aunque insista la trabajadora en que el despido merece la calificación de nulidad por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente a la indemnidad por no querer firmar el contrato que se le presenta.

TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 389/2023 de 29 de mayo. Rec. nº 1056/2022.

Departamento Laboral y de Seguridad Social.

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Jorge Barbat Soler

Email: jbarbat@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Raül Sala Cuberta

Email: rsala@ortega-condomines.com