

BOLETÍN

FUNDACIÓN PARA LAS RELACIONES LABORALES DE CANTABRIA

ACTUALIDAD LABORAL Sentencias

Nº 99- Abril 2016

SUMARIO

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1.- Despido- Trabajadores fijos discontinuos | - <i>Efectos de la subsanación de la falta de llamamiento.</i> |
| 2.- Cláusula penal por incumplimiento contractual del club deportivo | - <i>El juez puede modificar equitativamente la pena pactada en una cláusula penal cuando se produce un incumplimiento irregular del contrato.</i> |
| 3.- Revisión de la incapacidad por agravación | - <i>Dies a quo para el cómputo de la prescripción del derecho al recargo de las prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad.</i> |
| 4.- Derecho de información delegados de prevención. | - <i>Alcance del derecho de información de los delegados de prevención ante investigaciones de accidentes y enfermedades profesionales.</i> |
| 5. Despido Colectivo (Caso Bankia) | - <i>Validez de las cartas de despido colectivo.</i> |
| 6.- Sanción | - <i>Prioridad del orden penal y concurrencia de sanciones.</i> |
| 7.- Contrato de Agencia y subcontratas | - <i>Límites entre el contrato de agencia y la contrata o subcontrata.</i> |

Este Boletín ha sido elaborado por:
Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria
Pasaje de Peña 4, 3º. 39008 SANTANDER

SENTENCIAS

DESPIDO- TRABAJADORES DISCONTINUOS

TS, 19/01/2016, EDJ 9728

1.- Efectos de la subsanación de la falta de llamamiento mediante un llamamiento tardío habiendo impugnado el trabajador su despido.

Trabajador, (al que se le había reconocido judicialmente la condición de indefinido (no fijo) discontinuo, no es incluido en el llamamiento de una determinada campaña, a pesar de que la comisión paritaria del convenio de aplicación, en ausencia de criterio convencional, había pactado el orden de llamamiento, estableciendo un sistema de prelación consistente en llamar en primer lugar a los trabajadores de campañas anteriores que hubiesen obtenido mediante resolución judicial firme el reconocimiento de la condición de trabajadores con relación indefinida (no fija) de fijos discontinuos.

El trabajador reclama por despido y posteriormente se efectúa el llamamiento, pero no se presenta al mismo.

La sentencia de la instancia entiende que ha habido una dimisión tácita del trabajador ante la inexistencia de voluntad rescisoria por parte de la empleadora; y en suplicación, se declara la improcedencia del despido.

La empresa recurre en casación, alegando que el convenio aplicable no contiene criterios de prelación en el llamamiento, por lo que fue la comisión paritaria del mismo la que determinó tal orden y que la empresa lo único que hizo fue decidir no llamar al interesado en la primera convocatoria y llamarle en un momento posterior, por lo que tal proceder, (amparado en el poder de dirección del empresario) no constituiría despido.

El TS rechaza este argumento, y entiende que la ausencia de criterios convencionales de llamamiento no significa que la decisión concreta pertenezca al ámbito de la libre decisión del empresario como expresión de su poder de dirección; al contrario, la ley pretende la existencia de criterios objetivos que regulen los conflictos de intereses que pueden darse entre los trabajadores y entre éstos y el empresario en orden a la fijación del periodo de trabajo de este tipo de trabajadores.

Establece que la remisión que el ET efectúa al convenio colectivo hay que entenderla efectuada al convenio que resulte de aplicación en la empresa, y ante la eventualidad de que éste no estableciera criterios para la fijación del orden de llamamiento, la remisión legal debe ser entendida a cualquier instrumento negocial que fuera utilizado por los sujetos legitimados.

Por tanto, publicado y conocido el orden de llamamiento al que debe atenerse la empresa, su elusión debe ser calificada como despido, y en consecuencia, la posterior subsanación de la omisión producida mediante un llamamiento tardío efectuado cuando el trabajador ha reaccionado e impugnado su despido no es más que un intento de recomponer una relación laboral rota por decisión empresarial manifestada a través de la omisión del deber de llamada.

Resulta evidente, pues por un lado que la falta de llamamiento fue un despido que produjo plenos efectos y, por otro, que la desatención por el trabajador al llamamiento tardío no puede ser calificado, en modo alguno, como dimisión tácita del trabajador.

CLÁUSULA PENAL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL CLUB DEPORTIVO

TSJ Cataluña 7-10-15, EDJ 213800

2.- El Juez puede modificar equitativamente la pena pactada en una cláusula penal, cuando se produce un incumplimiento del contrato al no obtener el deportista la licencia federativa por parte del club para poder entrenar ni jugar con el equipo en ningún momento.

Se contempla un supuesto en el que un club de baloncesto firma un contrato con un jugador por los dos meses que queda de temporada obligándose al abono de 1000 € netos al mes por cada una de las mensualidades. En el contrato, se firma una cláusula penal en la que en caso de impago del salario, el club abonaría 100 € diarios hasta la plena satisfacción de la deuda. El club no dio de alta al jugador, ni éste pudo prestar servicios para el club, ni entrenar ni jugar con el equipo ya que la Federación de Baloncesto no aprobó el fichaje por las deudas acumuladas del club, que se declaró en concurso y no llegó a pagar los 2000 € de salario correspondientes.

El deportista recurre contra la sentencia de instancia que condena al club al pago de la cantidad de 2000 € netos y el 10% de los intereses por los dos meses de salario adeudado, desestimando la reclamación de 186.500 € que se derivaría de la aplicación de la cláusula penal prevista en el contrato de trabajo.

En este supuesto se ha producido un incumplimiento irregular del contrato que implica que el Juez puede proceder a la moderación de la cláusula penal, lo que realmente se produce no es el mero y simple impago de las dos mensualidades del salario, que eran el único objeto del contrato, sino un incumplimiento irregular de dicho contrato, en la medida en que ni tan siquiera el jugador obtuvo la licencia federativa. No es que el jugador hubiese prestado servicios durante esos dos meses y no hubiera cobrado sino que no pudo ni tan siquiera prestar servicios. Se considera desproporcionada una cláusula penal de la que se deriva un interés de mora del 300% en el pago del salario, teniendo en cuenta de que se trata de una simple prestación de servicios durante dos meses, a razón de un salario mensual de 1000 €.

REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD POR AGRAVACIÓN

TS Unif.doctrina 18-12-2015, EDJ 270358

3.- La doctrina jurisprudencial sobre la prescripción del recargo establece que el plazo de prescripción de 5 años comienza a computarse desde el día siguiente al hecho causante de la prestación o desde el momento en que la acción pueda ejercitarse.

Mediante sentencia firme un trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional por asbestosis. Tras un expediente de revisión por agravación de su enfermedad, el INSS le declara en situación de gran invalidez por la misma contingencia mediante una resolución que impone el recargo de la prestación del 50% a la empleadora por falta de mediadas de seguridad. La empresa impugna esta resolución por estimar prescrito el derecho y obtiene una sentencia favorable del Juzgado de lo Social. El TSJ Cataluña, deja sin efecto el pronunciamiento al entender que la prescripción se inicia en la fecha en que finaliza por resolución firme el último expediente incoado para el reconocimiento de la prestación. La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión planteada consiste en determinar el *días a quo* para el cómputo de la prescripción del derecho al recargo de las prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad y si es posible reabrir su cómputo con ocasión de la revisión por agravación de la incapacidad permanente ya reconocida.

Sobre la prescripción del recargo, la jurisprudencia establece que el plazo de prescripción de 5 años comienza a computarse desde el día siguiente al hecho causante de la prestación o desde el momento en que la acción puede ejercitarse, y si existen dudas se resuelve siempre a favor del titular del derecho. La aplicación de esta doctrina al supuesto que nos ocupa, supone determinar que el *días a quo* para la prescripción del derecho al recargo coincide con el día que adquirió firmeza la sentencia que declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente total. Una vez firme la resolución que declaró al trabajador en situación de IPT, empieza a correr el plazo de prescripción del derecho al recargo, plazo que se agotó sin que ningún hecho interrumpiera su curso y ampliara su duración y el derecho ya fenecido no puede renacer. El recargo es único y se impone por falta de medidas de seguridad, sin que quepa el reconocimiento de sucesivos recargos, al ser contrario a la seguridad jurídica.

DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

Tribunal Supremo 25-2-16 EDJ 15829

4.- Alcance del derecho de información a los delegados de prevención ante investigaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La Sentencia entiende que los informes y documentos, que resultan de la investigación de accidentes laborales y enfermedades profesionales que realice la empresa con respecto a los daños para la salud de los trabajadores, forman parte del proceso global de evaluación de riesgos laborales y de la revisión de la evaluación inicial.

El acceso a los resultados de las investigaciones forma parte del derecho de información sobre la evaluación de riesgos por lo que los delegados de prevención tiene derecho a dicha información como la misma autoridad laboral.

Cuando la información pueda afectar a la intimidad del trabajador, se suministrará garantizando el respeto a la confidencialidad.

DESPIDO COLECTIVO

TS, 15/03/2016, EDJ 24486

5.- Validez de las cartas de despido colectivo. Caso Bankia.

Entidad bancaria que, tras un proceso negociador con la representación legal de los trabajadores, alcanzó un acuerdo para proceder al despido colectivo de hasta 4.500 trabajadores, que se llevaría a cabo mediante adhesión a un programa de bajas indemnizadas, y mediante la designación directa de la empresa. En el acuerdo, se establecieron los criterios de baremación para determinar los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Algunos de los trabajadores afectados interpusieron demanda contra los despidos individuales por entender que en la carta de despido que se les entregó no se indicaban los criterios de selección que a ellos les afectaban. Se estima su demanda por el Juzgado de lo Social y por el TSJ de Madrid condenado a la empresa a readmitir a los trabajadores o a abonarles la indemnización por despido improcedente. La empresa formula recurso de casación.

La cuestión a debatir consiste en determinar si cuando tiene lugar el despido individual derivado de un despido colectivo que finaliza además con acuerdo, la carta de despido debe contener todos y cada uno de los requisitos contemplados en el ET art. 53, que regula los requisitos de forma del despido por causas objetivas.

El TS recuerda que, aunque el procedimiento de despido colectivo se remite a las formalidades del objetivo sin precisión alguna, la existencia de negociaciones previas, su preceptivo contenido y la calidad de los sujetos intervinientes, supone que entre ambos tipos de despido (colectivo y objetivo) existan importantes diferencias que también deben reflejar en la carta de despido.

El TS entiende que esta diferencia debe ser la de atenuar el formalismo cuando se trata del despido colectivo, ya va precedido de negociaciones entre la empresa y la representación de los trabajadores, por lo que considera razonable que en la comunicación individual del despido colectivo no sea necesario ni reproducir los criterios de selección fijados o acordados durante las negociaciones, ni incluir en la carta la justificación individualizada del despido con referencia a la aplicación singular los criterios de selección..

Es decir, el objetivo de la carta de despido es comunicar al trabajador la causa motivadora del despido (económica, técnica o productiva), proporcionándole un conocimiento de los hechos generadores de su despido, en el marco de la negociación colectiva previa, pero no incluir la aplicación al trabajador individualmente considerado los criterios de selección, salvo que hayan sido cuestionados mediante la oportuna demanda.

En el caso enjuiciado, la carta de despido sí incluía la causa legitimadora del proceso de despido colectivo que es la única exigencia legal, resaltando la existencia de cuantiosas pérdidas y la exigencia de un plan de reestructuración. Asimismo, se refiere ampliamente al acuerdo obtenido con la representación de los trabajadores, y reproduce también de forma parcial (aunque suficiente) los criterios de selección que en el mismo constan, y señala su concreta aplicación en el caso, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la empresa con carácter general..

Por otra parte, entiende el Supremo que en el caso enjuiciado, tampoco pueden entenderse que los criterios de selección no fueran conocidos por los trabajadores afectados cuando todo el proceso tuvo una importante repercusión pública.

Por ello, concluye la Sentencia que, si bien la carta de comunicación del cese pudo haber sido más detallada en la exposición de los criterios selectivos y en la concreta aplicación de los mismos a cada uno de los trabajadores afectados, en todo caso cumplió las exigencias legales y no es susceptible de reproche formal alguno, por lo que estima el recurso interpuesto por Bankia desestimando en consecuencia la interpuesta por los trabajadores.

SANCIÓN LABORALES.

TS, 15/12/2015, EDJ 267300

6.- Prioridad del orden penal y concurrencia de sanciones:

Supuesto en el que empresa principal subcontrata a otra especialista en ascensores para la construcción de una planta de prospección de gas. Se produce un grave accidente de trabajo y se inicia expediente sancionador por la Inspección Provincial de Trabajo. Esta actuación administrativa fue suspendida por la apertura de diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción.

Diez años más tarde el Juzgado de lo Penal dicta sentencia condenando al empresario y varios directivos (tanto de la principal como de la contratista), lo que motiva que se levante la suspensión del expediente sancionador. Dicho expediente concluye con una resolución que impone una cuantiosa sanción administrativa a la empresa principal.

Se trata de determinar si la resolución que impuso dicha resolución se encontraba o no prescrita.

El TS establece que la prescripción de las infracciones administrativas es cuestión de orden público que puede ser apreciada de oficio. Y recuerda que el principio de supremacía del orden penal impide imponer una doble sanción por los mismos hechos, y ello no sólo para impedir la doble incriminación y castigo a un mismo sujeto por los mismos hechos, sino también para evitar que recaigan pronunciamientos de signo contradictorio como consecuencia de la sustentación simultánea de dos procedimientos atribuidos a autoridades de diferente orden.

Por tanto, procede la paralización del expediente administrativo sancionador si hay conexión directa con las actuaciones penales seguidas, sin necesidad de total identidad subjetiva, y si el proceso finaliza con sentencia penal condenatoria no cabe posterior sanción administrativa por los mismos hechos (*principio non bis in idem*).

De esta forma, aunque la Administración actuó correctamente al paralizar el expediente y la prescripción de las infracciones quedó paralizada, únicamente hubiera podido continuar con el expediente sancionador de no haber estimado la sentencia la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo poniendo fin al procedimiento penal. Al reactivar el expediente pese a que existe sentencia penal condenatoria por los mismos hechos, es cuando opera la prohibición de sancionar doblemente.

CONTRATO DE AGENCIA- SUBCONTRATA

TS, unif. Doctrina, 15/12/2015, EDJ 264698

7.- Límites entre el contrato de agencia y la contrata o subcontrata:

La comercialización del producto puede gestionarse a través de un contrato de agencia o asumirse como propio, pero no incardinarse en la figura de la contrata o subcontrata.

Empresa de telefonía móvil que suscribe un contrato de colaboración con otra empresa por el que ésta se obliga a mediar, formalizar y promover la venta y contratación de los productos y servicios de telefonía móvil digital en nombre y por cuenta de aquella.

Ambas empresas son condenadas solidariamente a responder de la indemnización por rescisión de la relación laboral de una trabajadora de la empresa mediadora al entenderse, tanto en la instancia como en suplicación, que la venta de los productos es una operación que forma parte del ciclo de la empresa principal, lo que permite incardinar la actividad en la contrata o subcontrata (art. 42 ET).

Recorre la empresa de telefonía alegando que la existencia de un contrato de agencia entre ambas empresas impide apreciar vínculo alguno entre la trabajadora y la empresa de telefonía.

Se trata, pues, de establecer los límites entre el contrato de agencia y la contrata o subcontrata:

- la contrata no puede absorber a la agencia, cuya esencia es la mediación en la colocación del producto;
- En una empresa productora, la contrata sólo puede existir a lo largo del ciclo de producción, pues todo él es propia actividad;

- La mediación no es propia actividad;
- No cabe confundir la propia actividad con el interés de la principal en colocar su productos en el mercado;
- Existen empresas dedicada a una actividad de mediación que les es propia y característica.

Por todo ello, el TS casa y anula la sentencia recurrida, considerando que la comercialización del producto o bien se gestiona a través del contrato de agencia o bien se asume como propia, aún sin corresponder al ciclo productivo, a través de la relación laboral de carácter especial, en cuyo caso la disyuntiva se plantearía entre esas dos figuras jurídicas y en ningún caso entre el contrato de agencia (L.12/1992 art. 1) y la contrata o subcontrata (art. 42ET).