

# Actualidad Laboral Diciembre 2016

## Sumario

### 1.- Contrato de Interinidad

*Contrato de interinidad en la excedencia voluntaria.*

### 2.-Periodos de cotización

*Servicio militar y servicio social obligatorio del D 7-10-1937*

### 3.-Trabajadores Indefinidos y no fijos.

*Derecho a participar en concurso traslados.*

### 4.- Derecho a la intimidad.

*Es válida la prueba de video-vigilancia.*

### 5.- Concurrencia aplicativa de Convenios.

*Falta de prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior a empresa*

### 6.- Extinción del subsidio de desempleo por percepción de rentas.

*La no comunicación de la venta de unas acciones supone la extinción del subsidio por desempleo para mayores de 55 años.*

### 7.- Calendario laboral y horario de trabajo.

*La obligación legal de elaborar el calendario laboral no incluye la publicación de los concretos horarios de trabajo.*

### 8.- Retribución variable:

*Concreción de objetivos.*

*Boletín elaborado por:*

*Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria*

**Pasaje de Peña 4, 3º. 39008 SANTANDER**

**Teléfono: 942364145 /Fax: 942221709**

**Correo: [fundacionorecla@orecla.com](mailto:fundacionorecla@orecla.com)**

# SENTENCIAS

## 1.- CONTRATO DE INTERINIDAD

### 1.- Contrato de interinidad en la excedencia voluntaria TS 5-7-16, EDJ 111977

Supuesto de una trabajadora de un Ayuntamiento solicita una excedencia voluntaria, sin reserva de puesto de trabajo. El Ayuntamiento celebra un contrato de interinidad para su sustitución. Tras la solicitud de reingreso, el Ayuntamiento comunica a la interina la extinción del contrato por la reincorporación de la trabajadora “titular”.

Contra dicha extinción la trabajadora presenta demanda por despido, y éste es declarado improcedente por el Juzgado de lo Social.

Posteriormente, el Ayuntamiento interpone recurso de suplicación que es estimado por el TSJ, declarando ajustada a derecho la extinción de la relación laboral de la trabajadora interina, y la trabajadora presenta recurso de casación para la unificación de doctrina.

El TS entiende que el despido es improcedente como consecuencia de la ilegalidad del contrato de interinidad, sin la existencia de reserva de puesto de trabajo. Por tanto, la modalidad contractual de interinidad por sustitución sólo se permite para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo.

Por otro lado, antes las alegaciones del Ayuntamiento respecto a la existencia de un error, al optar por la interinidad por sustitución, siendo la causa real la interinidad por vacante, el TS entiende que en ningún caso se identificó el puesto de trabajo concreto cuya cobertura se produciría tras un proceso de selección, ni tampoco el Ayuntamiento activó, durante los nueve años de excedencia, mecanismo alguno para cubrir la vacante.

## 2.- COTIZACIÓN

### 2.-Periodos del servicio militar, prestación social obligatoria y servicio social obligatorio del D 7-10-1937

TSJ País Vasco 11-10-16 (Rec 1821/16)

Se computa el **servicio social obligatorio de la mujeres** establecido por el D 7-10-1937 a efectos de alcanzar el periodo de cotización necesario para la jubilación y jubilación anticipada equiparándose al servicio militar y prestación social sustitutoria obligatoria.

Los efectos se limitan a alcanzar el periodo de cotización y solamente se computa un máximo de 1 año. No se computa para el cálculo del porcentaje por años cotizados.

### 3.- TRASLADOS

#### **3.-Trabajadores Indefinidos y no fijos. Derecho a participar en concurso traslados. STS 21-7-16, EDJ 145546**

Los trabajadores indefinidos no fijos tienen derecho a participar en concursos de traslados en las mismas condiciones que los trabajadores fijos indefinidos.

El Tribunal Supremo señala que, si el convenio colectivo de FEVE no distingue, dicha norma debe aplicarse a todos los colectivos de la misma manera.

El indefinido no fijo y el fijo solo se diferencian en la forma de extinguirse la relación laboral, por lo que deben tener los mismos derechos laborales durante el mantenimiento de la relación laboral.

### 4.- DERECHO A LA INTIMIDAD

#### **4.-Validez de la prueba de video-vigilancia: no vulnera el derecho a la intimidad al superar el control de proporcionalidad. STS 7-7-16, EDJ 152179**

Una cajera de una cadena de supermercados fue despedida por comer durante el horario de trabajo alimentos hurtados en la propia tienda.

En la instancia, el despido impugnado fue considerado procedente, atendiendo a la prueba de video-vigilancia aportada por la empresa.

En suplicación, sin embargo, la sentencia de instancia fue revocada, declarándose la nulidad del despido al entenderse que la prueba era vulneradora del derecho a la intimidad de la trabajadora, teniendo en cuenta la doctrina que establece que para este tipo de prueba no es suficiente la señalización de los distintivos anunciando la instalación de cámaras, sino que es necesario la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad del control de la actividad laboral y no la instalación únicamente para evitar robos de terceros.

En lo que afecta al caso en concreto, la Sala consideró ilícita la prueba obtenida por unas cámaras en la zona de almacén (excluidas aseos, vestuarios y oficina), de cuya instalación era conocedora toda la plantilla por los carteles que advertían de la existencia de cámaras.

La empresa interpone casación para unificación de doctrina y el TS considera la prueba lícita. Tiene en cuenta la doctrina constitucional reciente y establece que la colocación de cámaras en zonas específicas del lugar de trabajo es una reacción empresarial a sospechas de irregularidades. No se trata de la colocación de cámaras en zonas de acceso al público, obteniéndose datos fuera del lugar de trabajo.

Finalmente valora la licitud de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, atendiendo al principio de proporcionalidad, que en el caso que nos ocupa cumple los tres requisitos:

- *juicio de idoneidad*, consigue el objetivo propuesto, sin crear indefensión pues los actos por los que se sanciona tienen lugar en un marco de riesgo asumido;

- *juicio de necesidad*, no existe otra medida con la misma eficacia para la consecución del propósito, combatir las actividades generadoras de pérdidas; y,

*juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, llevar controles aleatorios a los trabajadores acarrearía molestias innecesarias a trabajadores sin responsabilidad alguna.*

## **5.- NO PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE CENTRO TRABAJO**

### **5.-.Convenio colectivo firmado por la empresa y parte de las representaciones sindicales como Convenio Colectivo de empresa en el que se regulan materias incluidas en el art. 84 del E.T.**

**TS 22/9/2016, EDJ171551**

La Federación Regional de Servicios de UGT Madrid y la Federación de Seguridad Privada de la Unión Sindical Obrera de Madrid interponen demandas de impugnación de un Convenio Colectivo de empresa que fue firmado por 3 de las 5 representaciones sindicales.

UGT y USO deciden no firmarlo alegando que el marco de las relaciones laborales ya había sido establecido por el Convenio Estatal de empresas de Seguridad Privada. La empresa demandada tiene implantación en todo el territorio nacional.

La cuestión consiste en determinar si el convenio firmado por la empresa y parte de las representaciones sindicales puede ser considerado un convenio colectivo de empresa y si por ello, la regulación de las materias incluidas en el mismo tiene preferencia aplicativa sobre el convenio estatal.

Es decir, si se ha producido una infracción del art. 84 del E.T, que otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa en relación con determinadas materias y se impone incluso al convenio de ámbito superior, como es el sectorial estatal, en este caso.

En este supuesto, aunque la empresa extiende su actividad y sus relaciones laborales a todo el territorio nacional, el convenio firmado únicamente circunscribe su ámbito a los trabajadores de la empresa en la Comunidad de Madrid, además, se negoció entre la empresa y la representación de los trabajadores de Madrid, en consecuencia, se publica en el BOCAM.

La sentencia de instancia estima las demandas acumuladas de impugnación del convenio publicado en el BOCAM interpuestas por los sindicatos UGT y USO, y frente a ella, la empresa acude en casación alegando la infracción del art. 84 del E.T en base a que las materias incluidas en el mismo tienen prevalencia sobre el convenio estatal.

La normativa vigente establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en relación con las materias que se indican en el apartado 2 del mencionado art 84 ET. Tal prioridad alcanza incluso al convenio sectorial estatal, por lo que no cabría duda sobre la legalidad del convenio impugnado, si su ámbito fuera efectivamente el de la empresa. El Tribunal establece que la prioridad aplicativa del convenio de empresa no es extensible a los convenios de ámbito inferior, y en este supuesto, la negociación se ha llevado a cabo exclusivamente con la representación de los trabajadores de un concreto ámbito geográfico inferior a la empresa, por tanto carece de calificación de convenio de empresa.

En la regulación, el legislador hace referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mencionar los de ámbito inferior, la prioridad es del convenio de empresa y no es extensible a los de ámbito inferior. Se rechaza la posibilidad de que el convenio impugnado pueda crear una nueva categoría profesional no contemplada en el convenio sectorial, dada su consideración

como convenio de ámbito inferior al de la empresa y por tanto, en clara concurrencia con el prevalente del sector.

## 6.- EXTINCIÓN SUBSIDIO DESEMPLEO.

**6.-. El incremento esporádico de rentas por la venta de acciones supone la extinción de subsidio de desempleo para mayores de 55 años y no la suspensión.**

**TS 28-9-16, EDJ 178673**

La beneficiaria de un subsidio de desempleo para mayores de 55 años vende unas acciones el 28/10/2009 por 13.191,90 €, recogiendo así en la declaración del IRPF. Tras el oportuno expediente, el Servicio Público de Empleo Estatal le comunica la extinción de su subsidio y el requerimiento para la devolución de 7.275,76 € por las prestaciones indebidamente percibidas en el periodo 28/10/2009 a 30/3/2011, como consecuencia de no haber comunicado la referida ganancia patrimonial.

El Juzgado de lo Social desestima la demanda de la trabajadora contra el Servicio Público de Empleo Estatal en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo, absolviendo a la entidad demanda de las pretensiones contenidas en la misma.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia que estima el recurso de suplicación y revoca la citada resolución en el sentido de declarar el derecho de la recurrente a reanudar la prestación de subsidio de desempleo en la cuantía que legalmente corresponda y con suspensión de su percepción, exclusivamente, en el mes de octubre de 2009, dejándose sin efecto la sanción impuesta, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a una infracción leve.

Recurrido el asunto en unificación de doctrina, el TS entiende que se califica como infracción grave no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción.

La suspensión del subsidio procede en aquellos casos en los que el perceptor del subsidio sí hubiese comunicado a la Entidad Gestora la concurrencia de esos devengos, pero no en los supuestos de **ocultación de los incrementos de rentas**, pues lo contrario sería justificar que no existe diferencia alguna entre dos perceptores de un subsidio cuando uno de ellos declara el incremento y el otro no, pues en ambos casos se produciría la suspensión del derecho como resultado final.

La consecuencia jurídica de esas situaciones en las que no hubo comunicación del ingreso, ha de ser la de extinción del subsidio y no la suspensión imputable al mes del ingreso.

## 7.- CALENARIO LABORAL Y HORARIO DE TRABAJO

**7.- La obligación legal de elaborar el calendario laboral no incluye la publicación de los concretos horarios de trabajo, ya que de hacerlo, se dejarían sin efecto las facultades organizativas del empleador.**

**TS 21-6-16, EDJ 152181**

CCOO y UGT, en su condición de sindicatos más representativos a nivel estatal plantean ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demandas de conflicto colectivo frente a las empresas que forman la Unidad de Negocio Abertis Autopistas de España con la pretensión de que, en los cuadrantes anuales de cada trabajador, se incluyan todos los datos que permitan determinar la parte de jornada anual que no es flexible, ni disponible por la empresa, y que son, además del número total de días y de horas de cada mes en los que se debe trabajar, el turno en el que lo harán, el número total de horas diarias de trabajo asignadas, la hora concreta de entrada y el lugar donde se debe prestar el servicio.

El conflicto colectivo afecta a los trabajadores de la división de operaciones de cada una de las empresas codemandadas, cuya actividad se desarrolla en los puestos de peaje, viabilidad y mantenimiento. Los trabajadores prestan sus servicios a jornada completa y a jornada parcial, si bien, la jornada de estos últimos no podrá superar el 92% de la jornada ordinaria a tiempo completo. Igualmente, prestan sus servicios en turnos rotativos de mañana, tarde y noche durante los 365 días de año.

La empresa publica un calendario anual que contiene el emplazamiento en el que el trabajador tiene que realizar su trabajo, los días de trabajo de cada mes, las horas de trabajo de cada mes, el turno base asignado, los días de vacaciones y los días de descanso.

Además se identifica el 80% de la jornada de los trabajadores contratados a tiempo parcial, estableciéndose el número de días trabajados, en días ajustados, el número de días exigible por convenio y los días de descanso.

Todos los meses, la empresa publica el cuadrante mensual que contiene el lugar de emplazamiento, días de trabajo, días de descanso, días de vacaciones, días de flexibilidad, horas de trabajo diarios e identificación de los desplazamientos diarios entre el turno base y el asignado.

El cuadrante mensual fija el 20% restante de la jornada anual, distinguiéndose de forma diferenciada, para lo que se usa dos colores, los días no modificables ya informados en el cuadrante anual y los días modificables correspondientes al 20% restante.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestimó íntegramente la demanda al entender que la empresa estaba cumpliendo con todas las obligaciones derivadas del convenio colectivo de aplicación, que no imponían, en ningún caso, la obligación de elaborar un calendario anual con inclusión de todas las peticiones de los demandantes.

Planteado recurso de casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso apoyándose en que las previsiones legales que existen sobre el calendario laboral, **únicamente establecen que ha de elaborarse anualmente el calendario y exponerse en un lugar visible de cada centro de trabajo**, así como que, los representantes de los trabajadores han de ser consultados por el empresario y emitir un informe con carácter previo a su elaboración.

**La doctrina del TS no incluye la publicación de horarios concretos** y considera un error identificar cuadros horarios, ya que son instrumentos de regulación del tiempo de trabajo. La exigencia al empleador de otras obligaciones en materia de calendario laboral, por encima de lo establecido en los preceptos legales, debe estar prevista en el convenio colectivo.

La petición de incluir las áreas en las que se va destinar diariamente el trabajador no tiene fundamento, dado las importantes facultades de movilidad que el convenio otorga a la empresa.

Respecto a la fijación del horario diario y la determinación de los turnos anuales, tampoco se establece obligación alguna para el empresario en el convenio de aplicación. Igualmente ocurre con la determinación del lugar de prestación de servicios y los horarios de entrada.

Por todo ello, no pueden ser atendidas la pretensiones de los trabajadores sin que, ello suponga, dejar sin efecto las facultades organizativas que el convenio atribuye al empleador.

## 8.- RETRIBUCIÓN VARIBALE- OBJETIVOS

### 8.- Retribución variable- Concreción de objetivos. AN, Fecha 15-06-16, EDJ 89198

Empresa que aplicaba al personal de estructura un sistema de retribución variable (ASTIP), sistema que venían cobrando desde el mes de abril del año 2009.

En abril de 2016, la empresa comunica, de forma individual a los trabajadores que no se han alcanzado los objetivos para percibir el complemento 2015 así como la supresión del complemento y sustitución por un Plan de Beneficios para cuya percepción exige la aceptación del trabajador y la renuncia a efectuar cualquier reclamación al ASTIP 2015.

Desde la instauración de este sistema, la empresa venía comunicando a la representación legal de los trabajadores la ponderación de cada objetivo individual o colectivo a la hora de configurar el incentivo así como el porcentaje de cumplimiento requerido para generar la retribución.

No obstante, la empresa reconoce que no fijó los concretos objetivos para el año 2015 ni para los años anteriores y no se acredita tampoco que los comunicara a los trabajadores o sus representantes.

La representación sindical presenta demanda solicitando se declare nula, o subsidiariamente, injustificada la medida adoptada y se reconozca el derecho al cobro del complemento.

La AN dictamina que se puede establecer un sistema de retribución variable por objetivos a determinar por la empresa, pero estos objetivos deben ser conocidos por los trabajadores afectados sin que sea posible su comunicación con posterioridad al transcurso del periodo de tiempo donde debieron lograrse.

En este caso, se advierte que la empresa comunicaba anualmente las variables a considerar para obtener la retribución variable, pero se hacía de manera abstracta sin fijar el concreto objetivo que debería alcanzarse para obtener la retribución.

Y, esto, según la doctrina jurisprudencial, establece la AN que se trata de un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad del empresario contrariando lo prohibido (art.1256CC), lo que conlleva el derecho de los trabajadores a percibir la retribución variable en los ejercicios en los que no se fijaron los objetivos con la debida antelación ni comunicado a los trabajadores y sus representantes legales.

Siendo esto así, la AN considera que la sustitución del sistema de retribución variable de forma unilateral por la empresa basándose en una facultad que resulta contraria a Derecho, supone una modificación del sistema de remuneración y cuantía salarial sin invocar causa legal que lo justifique y prescindiendo el procedimiento legalmente previsto para ello, por lo que estima la demanda y declara nula la medida adoptada, declarando el derecho de los trabajadores al cobro del complemento 2015.