

## Actualidad Laboral Julio 2016



### Sumario

#### **1.-Retribución durante las vacaciones**

Cambio de Doctrina.

#### **2.- Despido Procedente.**

*Solicitud reiterada de ser despedido - transgresión buena fe contractual.*

#### **2.-Antigüedad- Cómputo.**

*Unidad esencial del vínculo: antigüedad a efectos indemnizatorios.*

#### **3.- Complemento IT.**

*Inclusión de la parte proporcional de las pagas extras en el complemento de IT.*

#### **4.- Libertad Sindical.**

*Vulneración del Derecho a la libertad sindical*

#### **5.- Sucesión: contratados y plantillas**

*En la sucesión convencional no se aplican las previsiones en materia de sucesión de empresa.*

#### **6.-Despido objetivo por absentismo**

*La enfermedad como factor de discriminación.*

*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)*

### *1.- Criterio del TS sobre remuneración de las vacaciones:.*

**TS, Fecha 08/06/16 EDJ 82418**

Con esta sentencia del TS, se observa un cambio de criterio respecto a la remuneración de las vacaciones:

**Antes, la regla general era que** se debía percibir la remuneración normal o media, y el convenio podía complementar esta regla general especificando los conceptos que integraban su retribución, de forma que los conceptos no incluidos se entendían excluidos.

Asimismo, el convenio podía apartarse de la regla general siempre que se respetasen, en cómputo anual, los mínimos indisponibles de derecho necesario.

**Ahora, con esta nueva doctrina basada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de mayo de 2014 y en convenio 132 de la OIT (art 7.1) , la regla general** es que se debe percibir la remuneración normal o media y debe incluir todos los conceptos incluidas en el convenio colectivo que regula su cálculo.

La retribución de las vacaciones incluye los conceptos ordinarios (comisiones e incentivos de producción) y excluye los extraordinarios o los que puedan suponer un doble pago (por ejemplo, el bonus).

Para la inclusión o exclusión debe producirse un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una interpretación de la negociación colectiva respetuoso con las prescripciones legales, nacionales y de la UE; y con la finalidad del descanso efectivo de las vacaciones retribuidas, y sin contribuir de cualquier forma a desincentivar de su disfrute a los trabajadores.

En el supuesto que da lugar a esta sentencia, los Sindicatos solicitaban se declarara el derecho de los trabajadores del sector “Contac Center” a que, dentro de la retribución de sus vacaciones anuales, se incluyeran todos aquellos complementos que habían venido percibiendo de manera regular y habitual durante los meses de actividad ordinaria.

Entendían que la práctica empresarial de excluir del salario global del trabajador las comisiones que éste percibe mensualmente por las ejecución de tareas derivadas de su contrato de trabajo, no respeta el contenido mínimo de derecho necesario, y es contraria a los establecido en la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo.

La controversia sólo se planteaba respecto a un concepto: “comisiones y/o incentivos a la producción variables”), que , no recogido expresamente en la norma convencional, entiende el TS que no hay duda de que los trabajadores lo perciben con clara habitualidad, y con independencia de su cuantía concreta, y forman en todo caso parte de su retribución común u ordinaria, dado que no se ha probado que obedezcan a una mayor dedicación temporal, ni cabe entender que su abono en vacaciones constituya reiteración o duplicidad, como ocurriría, por ejemplo con un bonus, una participación en beneficios,.....

Por todo ello, el Supremo desestima el recurso empresarial y establece que se trata de un modo de retribución común que, como el salario base o el resto de complementos expresamente recogidos en el convenio, ha de abonarse a los trabajadores durante su periodo vacacional, puesto que esa es la mejor forma de cumplir con el mandato expreso del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT.

## 2. -DESPIDO PROCEDENTE

### *2.- Solicitud de despido para acceder a la prestación por desempleo*

**TSJ Cataluña 4-2-16, EDJ29581**

Un trabajador que inicia su relación laboral con la empresa en base a un contrato de interinidad y posteriormente en base a un contrato de duración determinada eventual por circunstancias de la producción, que se encontraba vigente en el momento del despido, plantea la posibilidad a la empresa de dejar de prestar servicios para poder acceder a la prestación por desempleo, cuestión que la empresa desestima.

Un mes más tarde de realizar ese planteamiento a la empresa, el trabajador no se presenta correctamente al reactor y al mes siguiente se niega a realizar el trabajo que se le encomienda. En esa misma fecha vuelve a realizar la petición a la empresa y a finales de ese mes causa baja médica derivada de enfermedad común por causa de trastorno de ansiedad.

Finalmente es despedido por causas disciplinarias, dos meses más tarde, fundamentando la carta en el fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas y en disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de trabajo.

La empresa señala que el trabajador comunicó a su manager que no estaba contento en su posición y que deseaba abandonar la empresa, pero sin solicitar la baja voluntaria como le indicaba la empresa que debía hacer, sino solicitando al supervisor que le despidiera para poder acceder al desempleo, además de negarse en repetidas ocasiones a realizar el trabajo que se le encomendaba, concretándose las tareas indebidamente realizadas, y demostrando falta de interés y desidia en la realización de dichas labores, con el consiguiente perjuicio para la empresa y para los consumidores.

El despido fue calificado de improcedente en la instancia, recurriendo la empresa en suplicación. Dicho recurso es estimado declarándose el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual con base en la petición reiterada de un despido que le permitiera acceder al desempleo, junto con simultáneos incumplimientos acreditados, el abuso de confianza, que se considera una modalidad cualificada de la transgresión, y un mal uso o un uso desviado de las facultades que se le confiaron con riesgo y perjuicio patrimonial para la empresa, elemento que pondera la transgresión de la buena fe.

## 3. ANTIGÜEDAD- CÓMPUTO

### *3.- Unidad esencial del vínculo: antigüedad a efectos indemnizatorios:*

**STS 14-04-16, Rec. 3403/2014**

Se trata de un encadenamiento de contratos (más de 20 en seis años), con dos periodos diferenciados; de 2005 a 2011 sin apenas interrupción o con interrupciones de breves días, finalizando el 21 de marzo 2011 y un segundo periodo de sucesivos contratos que se inicia el 17 de octubre 2011. Entre el penúltimo y el último contrato transcurrieron más de 7 meses.

El Juzgado de lo Social, ante la demanda por despido de la trabajadora, computó los dos tramos de contratos, apreciando improcedencia del mismo y fijando la antigüedad desde el primer contrato.

Interpuesto recurso de suplicación por la empresa, el TSJ confirmó la sentencia pero la revoca en lo referente a la indemnización por despido, reduciendo ésta a la correspondiente a la “segunda etapa” (17 de octubre 2011 al 16 de julio 2012). Ello en base a que entre la

finalización del penúltimo y la celebración del último contrato transcurrieron más de siete meses y la serie contractual se quebró. Ello impediría aplicar la doctrina sobre la “unidad esencial del vínculo laboral”.

Frente a dicha sentencia acude la trabajadora en casación para unificación de doctrina argumentando dos motivos de recurso:

- El primero persigue determinar que el encadenamiento de contratos temporales superó el máximo de 24 meses dentro de un periodo de 30.
- El segundo persigue la aplicación de la doctrina sobre la “unidad esencial del vínculo laboral”, al argumentar que carecen de relevancia las interrupciones sucedidas entre los contratos.

A continuación, el TS hace un detallado repaso a las numerosas sentencias que han compendiado el significado de esta doctrina, entre ellas STS 18-02-09, 15-05-15 (mantiene la unidad del vínculo con interrupción de 45 días en las que el recurrente percibió el desempleo), 23-02-16 que también aprecia dicha unidad pese al transcurso de 69 días de intervalo con reiterada contratación fraudulenta, siendo todas ellas sentencias referidas al cálculo de la indemnización por despido.

## 4.-COMPLEMENTO IT

### *4.- Inclusión de la parte proporcional de las pagas extras en el complemento de IT.*

**TS 2-3-2016, rec. 153/2015**

En este caso, varios sindicatos interponen demandas de conflicto colectivo, acumuladas por la Audiencia Nacional, solicitando la inclusión de la parte proporcional de pagas en el complemento de IT. La empresa demandada subrogó a toda la plantilla tras la adjudicación del servicio de atención a bordo y restauración de Renfe Operadora.

La AN desestimó las demandas ya que, el propio convenio colectivo establece expresamente los conceptos que integran el complemento de IT, en el que no se contempla la parte proporcional de pagas. Posteriormente se presenta recurso de casación ante el TS.

El convenio de aplicación establece que el complemento de IT, en el caso de contingencia profesional, será del 100% del salario desde el primer día.

La controversia que se plantea en el presente recurso es la interpretación del artículo 65 del convenio de aplicación de la empresa saliente, de aplicación por causas de sucesión a la nueva adjudicataria del servicio la cuál, desde que se hace cargo de la contrata, no integra en el complemento de IT la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El TS entiende que la referencia convencional del salario bruto, por si sola, puede generar discusión, pero el convenio colectivo explica cómo entenderla, afirmando que las partidas que deben ser complementadas son únicamente el salario base, el complemento ad persom histórico, las horas de presencia y las horas nocturnas. Además, dichos conceptos mencionados, se corresponden con los definidos en el art.39 del convenio donde se establece la estructura salarial.

Por lo tanto, el TS desestima los recursos interpuestos sentenciando que las gratificaciones extraordinarias no cabe incluirlas dentro del salario a efectos del abono del complemento de IT.

### *5.- Práctica empresarial de condicionar la publicación de los comunicados sindicales, a través de la intranet de la empresa, a un previo control de contenidos.*

**TS 26/4/2016, EDJ62407**

Un sindicato plantea demanda sobre tutela del derecho a la libertad sindical ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que solicita que se declare que la actuación de la empresa bloqueando, censurando y negándose a publicar los comunicados supone una vulneración del derecho de libertad sindical y que se condene a la empresa a cesar en ese comportamiento y a indemnizar a esa organización con la cantidad de 6000 €.

Finalmente se alcanza un acuerdo en sede judicial por el que la empresa se comprometía a publicar en la intranet corporativa los comunicados emitidos por la Secciones Sindicales existentes, sin ejercer ningún veto o control sobre la legalidad de los mismos y su veracidad aun cuando excedieran los límites informativos.

En mayo de 2014 el sindicato envía a la empresa un comunicado al que se adjuntaba un documento titulado *“Informe sobre actuaciones del grupo Liberbank”*. La empresa devolvió el comunicado, porque no estaba obligada a publicar informes. Dos meses más tarde el sindicato remite una circular denominada *“Participa en la acción popular de la querrela contra directivos de Liberbank donando 1 euro”*. La empresa se niega a publicarlo en la intranet al considerar que excede el derecho de información. Finalmente, un mes más tarde la empresa se vuelve a negar a publicar en la intranet la circular denominada *“Tras el verano ...oleada de juicios en la Audiencia Nacional”*

La Sala acuerda estimar la ejecución del acuerdo alcanzado entre las partes en la conciliación judicial promovida por el Sindicato y a la que se ha adherido otro sindicato mayoritario y , por ello, requerir a Liberbank S.A para que en el plazo de quince días naturales proceda a publicar en la intranet corporativa los tres comunicados cuya publicación denegó indebidamente.

Contra esta resolución la empresa interpone recurso de casación en el que no plantea la revisión de los hechos probados y acepta la negativa empresarial a la publicación de los tres comunicados.

En el análisis de la proporcionalidad en la restricción del derecho fundamental a la libertad sindical, el Tribunal Supremo tiene en cuenta, entre otras, la consideración de que la libertad de expresión e información ejercida en el marco de la acción sindical no es un derecho limitado y absoluto, y la jurisprudencia del constitucional viene explicando que la violación del derecho fundamental se dará cuando los impedimentos y obstaculizaciones existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos.

El Tribunal Supremo entiende que, incluso si no existiera el Acuerdo de conciliación judicial, las justificaciones empresariales basadas en el contenido de los escritos cuya divulgación se rechazan resultan erróneas desde la perspectiva de ponderación de derechos concurrentes, y que la libertad de expresión y de transmisión de informaciones forma parte del contenido de la libertad sindical, siendo el control previo incompatible con el ejercicio de tales libertades.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y considera que existe vulneración de la libertad sindical en un tema tan relevante para la acción sindical como la libertad de expresión. Por otro lado en cuanto a la consideración de la cuantía indemnizatoria por aplicación analógica de las sanciones contempladas en la LISOS resulta ajustada a Derecho, por lo que respeta el criterio de instancia.

## 6.-SUCESIÓN DE CONTRATAS - SUCESIÓN DE PLANTILLAS

**6.- La subrogación de la totalidad de los trabajadores de la empresa saliente supone una sucesión de plantilla producida por mandato convencional sin que sean de aplicación las previsiones legales en materia de sucesión de empresas.**

**TS unif doctrina 7-4-16, EDJ52199**

En este supuesto, el empresario entrante asume a los trabajadores del empresario saliente, en las condiciones previstas en el convenio de aplicación, en un caso en el que ni la norma comunitaria ni la ley española obligan a ello.

Al estar la mayoría de los trabajadores al servicio del nuevo empleador se produce una sucesión de plantilla y por lo tanto, una sucesión de empresa.

Sin embargo, al tener su origen en la previsión convencional, este supuesto de hecho se rige en su totalidad por lo previsto en el convenio, puesto que si no existiera ese mandato, tampoco habría subrogación.

Un trabajador plantea demanda frente a la empresa para la que presta servicios y la empresa que subrogó en la prestación de servicios, y que se encuentra en situación concursal. El demandante alega que durante el mes de octubre, en el que trabajó para la empresa principal, no percibió suma alguna en el mes de octubre ni liquidación de pagas extras.

Resulta de aplicación el Convenio Colectivo de empresas de Seguridad que contempla el supuesto de subrogación empresarial por la sucesión de contratas, que expresamente exonera de responsabilidad a la empresa entrante por las deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión.

El juzgado de lo Social estima la demanda del trabajador e interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de interpuesto por la empresa subrogada, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social.

Contra la sentencia dictada en suplicación, el FOGASA formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina con fundamento en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, en el que se establece que lo que ha tenido lugar es una auténtica “sucesión de plantilla” y que el art. 44.3 del ET recoge que el cedente y el cesionario en las transmisiones inter vivos responden solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas antes de la transmisión y que no hayan sido satisfechas.

La cuestión consiste en determinar si la empresa que se hace cargo de la plantilla en aplicación del convenio responde o no de las deudas salariales, en concreto, se trata de determinar la legalidad del art. 14 del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad 2012-2014.

El TS considera que se trata de un supuesto diferente al previsto en el art.44 del ET:

- No existe una transmisión de una entidad organizada de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persiga un objetivo propio.
- No hay transmisión de elementos materiales,
- Y la asunción de los trabajadores por la empresa entrante no obedece a su decisión o conveniencia sino al mandato del propio convenio colectivo que regula la subrogación de manera específica, estableciendo que la contratista saliente es la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado hasta el momento de la adjudicación a la nueva contratista.

La empresa cesante en el servicio está obligada exclusivamente a los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo hasta el momento del cese en la adjudicación y la liquidación por todos los conceptos, incluidas las vacaciones dado que la subrogación sólo implica para la

nueva empresa adjudicataria la obligación del mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados.

Por todo ello el TS desestima el Recurso interpuesto por el Fondo de Garantía salarial.

*No obstante, la Sentencia contiene un voto particular* en el que se hace referencia a varias Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sostienen que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una **entidad económica** y que esa entidad puede mantener su identidad incluso después del cese en la actividad contratada, eso determina que, salvo las asunciones no pacíficas de plantilla, el carácter voluntario o no de la asunción de plantilla no afecta al alcance de la obligación de subrogación y el principio inexcusable de la mayor garantía para los trabajadores en casos de cesión contractual y/o convencional impide que las condiciones de los trabajadores cedidos empeoren como consecuencia de la transmisión, esto implica, que la ausencia de responsabilidad de la empresa cesionaria supone una peor o más deficiente cobertura para dichos trabajadores.

El voto particular hace referencia también al **principio de jerarquía que impone la supremacía de la ley sobre el convenio**, de tal modo que, vigente la primera, no es posible introducir vía convenio un contenido contrario a la misma ni puede mantenerse, si sucede al revés un precepto de derecho necesario opuesto a aquél.

Finalmente señala que la **atención prioritaria a los más necesitados de defensa** hace que el trabajador tenga que tener garantizado, del mejor modo posible su acceso a la completa retribución salarial por la prestación de sus servicios, al constituir su más importante y directo derecho laboral.

## 7.DESPIDO OBJETIVO- ABSENTISMO

### 7.- Nulidad de despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo: carácter discriminatorio.

**TSJ Galicia 22-12-15, EDJ2015/262665**

*La enfermedad como factor discriminatorio concurre cuando se den circunstancias en las que se estigmatice al trabajador o resulte apreciable el elemento segregación, con independencia del tipo de enfermedad.*

Una trabajadora que sufre dolencias previsiblemente permanentes en su columna vertebral es despedida por faltas de asistencia que superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en el periodo de doce meses, habiendo faltado 22 días laborables, siendo 74 las jornadas que le correspondería trabajar en dichos meses.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de la trabajadora por despido si bien condenó a la empresa demandada a abonarle una cantidad por diferencias en la indemnización. La demandante interpone recurso suplicación contra dicho pronunciamiento en el que solicita revisar los hechos probados y el derecho que aplicó al entender que vulnera la Directiva 2000/78/CE en relación con el art. 27.1.a) de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, art 10 y 14.2 de la Constitución y 4.2c), 17.1 y 52.d) del ET, pues su despido por faltas de asistencia al trabajo, en cuanto persona con discapacidad por patología cervico-lumbar admitida por la empresa constituye una medida discriminatoria, sin que el despido obedezca a absentismo laboral.

La sala califica el despido como nulo por discriminatorio y hace un análisis del concepto de discapacidad que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable y que acarrea una limitación en la vida profesional.

En lo que afecta a las faltas de asistencia al trabajo argumentadas por la empresa para justificar el despido objetivo, aunque no todas aparecen ligadas a su discapacidad, al menos dos de ellas sí han tenido causa en su patología lumbar y el tratamiento paliativo que observó y suponen una diferencia de trato (discriminación indirecta) por motivos de discapacidad.