

Actualidad Laboral Septiembre 2017

Sumario

1. Cesión Ilegal y Despido.

Existencia de acción para reclamar ante el despido y la cesión ilegal.

2. FOGASA- Contratación a tiempo parcial.

Límite responsabilidad del FOGASA.

3.- Extinción de contrato.

Solicitud de resolución de contrato por impago de salarios cuando se inicia nueva relación laboral.

4.- Negociación colectiva.

Convenio colectivo aplicable en subrogación convencional

5.- Huelga-I

Legalidad de huelgas simultaneas convocadas por diferentes sindicatos.

6.- Huelga-II

Esquirolaje tecnológico: Debe acreditarse que la empresa ha activado una estrategia específica para boicotear la huelga.

7.- Despido disciplinario procedente

Despido disciplinario procedente de quien publicó en Facebook un comentario obsceno y ofensivo de una compañera.

8.- Requisitos para el control válido de los medios informáticos de la empresa.

Vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones la vigilancia de los mensajes enviados por un trabajador mediante medios de la empresa así como acceder al contenido de los mismos, si no ha sido previamente informado, incluso si existían normas en la empresa que prohíban su utilización con fines personales.

9.- Jubilación parcial

Acceso a la jubilación parcial desde sucesión de contratos temporales

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

SENTENCIAS

1.-CESIÓN ILEGAL- DESPIDO

1.-Cesión Ilegal y Despido:

TS, fecha 31 mayo 2017- EDJ 96483

Se trata de determinar si existe acción para reclamar por cesión ilegal cuando en el momento de interposición de la demanda, el trabajador ya no estaba prestando servicios en la empresa presuntamente cesionaria, ni tampoco en la presuntamente cedente, por haber sido extinguido su contrato de trabajo, y también la contrata de prestación de servicios que vinculaba a las dos empresas. Sin embargo, sí estaban vigentes ambas relaciones (la laboral y la mercantil) cuando el trabajador presentó papeleta de conciliación reclamando la cesión ilegal.

Lo que se debate en este caso es en qué momento debe estar vigente la situación de cesión ilegal para poder efectuar la oportuna declaración judicial en supuestos en los que se produce el despido del trabajador presuntamente sometido a tráfico ilegal.

Recuerda el Supremo que la exigencia jurisprudencial de la que la cesión ilegal esté presente en el momento de la presentación de la demanda se proyecta sobre los casos en los que la pretensión del trabajador se dirige a la *reclamación de su situación de fijeza*.

Pero, si se produce el despido, resultaría materialmente imposible exigir que la cesión estuviese viva en el momento de la presentación de la demanda, pues la cesión habría finalizado con el despido. Por ello, cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, el trabajador puede accionar frente a aquél, y alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a la hora de responder de las consecuencias del despido.

Por tanto, se reconoce al trabajador la existencia de acción para reclamar ante el despido y la cesión ilegal, resultando irrelevante que la extinción del contrato laboral se haya producido días después de la extinción del contrato mercantil que daba soporte a la presunta citación de cesión, pues en el escaso tiempo transcurrido el trabajador no estuvo prestando servicios para ninguna otra empresa.

Además, el trabajador había interpuesto, con anterioridad a la extinción de su contrato y de la relación mercantil entre las empresas codemandadas la oportuna papeleta de conciliación, previa a la vía judicial, para que se declarase la existencia de cesión ilegal.

2.- FOGASA- CONTRATACIÓN TIEMPO PARCIAL

2.- Límite de responsabilidad del FOGASA en caso de contratación a tiempo parcial: TS, fecha 20 junio 2017- EDJ 133509

En los casos de beneficiarios con contrato a tiempo parcial para el cálculo de la obligación de pago del FOGASA, el límite del doble del SMI vigente debe reducirse en la misma proporción que la jornada laboral.

Lo que se plantea en este supuesto, en relación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, es si el tope del salario a computar, duplo del SMI, debe reducirse o no, en el mismo porcentaje que la jornada que realiza en comparación con la ordinaria de un trabajador a tiempo completo de la misma actividad.

La Sala afirma que la regla de interpretación literal y lógica es la de que se computa el salario real siempre que no exceda del límite fijado al mismo, doble del SMI, sin que, cuando el salario real sea inferior al duplo del SMI quepa incrementar el salario computable hasta el tope máximo, pues se quebraría la garantía reconocida y se daría más de lo garantizado, convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador.

Sostiene además que los propios Reales Decretos que anualmente fijan el importe del SMI para cada año vienen señalando que el SMI, si se realizase jornada inferior, se percibe prorata, por ello interpreta la Sala que cuando el legislador dice SMI se está refiriendo al que corresponde a una jornada completa y que cuando se trabaja a tiempo parcial el SMI que corresponde con arreglo a la norma debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada de trabajo.

3.- EXTINCIÓN DE CONTRATO

3.-Resolución de contrato por impago de salarios cuando se ha iniciado una nueva relación laboral.

TS, fecha 13 julio 2017- EDJ 150726

Se trata de determinar si la relación laboral debe mantenerse viva desde la interposición de la demanda, o si la trabajadora puede solicitar su baja en la empresa dando por extinguido su contrato como consecuencia del impago de su salario durante un gran número de mensualidades.

Trabajadora cuya empresa le adeuda las nóminas de 2013, enero y febrero 2014 y la prestación por IT y su complemento. Interpone demanda solicitando la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por retraso e impago de salarios, y con posterioridad a la interposición de la demanda, la trabajadora inicia una nueva relación laboral.

El Juzgado de los Social desestima la demanda que es confirmada por el TSJ al entender que aunque el incumplimiento de la empresa ampararía la extinción indemnizada del contrato, el

ejercicio de la acción resolutoria no responde al retraso o al impago de salarios, sino a que la actora tenía decidido iniciar una nueva relación laboral para otra empresa.

Recurre en casación la trabajadora y el TS, estimando el recurso, recuerda que aunque tradicionalmente se había sostenido que el trabajador debía continuar en la prestación de servicios hasta la obtención de la Sentencia, salvo que la continuidad en ella atentara a su dignidad, a su integridad personal o, en general a los derechos fundamentales, a partir de la Sentencia TS 20-7-12, se ha ido introduciendo una mayor flexibilidad en esta apreciación, de forma que no puede obligarse al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales.

En este caso, la trabajadora venía sufriendo continuas demoras e impagos en el abono salarial, lo que supone una situación de incumplimiento empresarial de especial gravedad, lo que ampara tanto la extinción indemnizada de la relación laboral como que no pueda obligarse a la trabajadora a mantener una relación laboral en tales circunstancias. Asimismo, la relación laboral estaba viva en cuanto que la comunicación de la baja por la trabajadora y presentación de la paleta de conciliación y de la demanda son anteriores a la baja en la empresa.

4.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA

4.- Convenio colectivo aplicable en subrogación convencional STS, Sala de los Social, de 31 de mayo de 2017

Se presenta por parte de la empresa recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid que instaba a la empresa a dejar sin efecto la decisión de no respetar e inaplicar las condiciones del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.

Los trabajadores habían pasado a depender de la empresa en fecha 1 de enero de 2016, al resultar esta adjudicataria del servicio, y a partir de esa fecha comenzaron a percibir cantidades inferiores a las que cobraban con la anterior empresa contratista. La razón era que la nueva empresa les aplicaba su propio convenio colectivo, suscrito en 2014, sobre la base del art. 84.2 ET y la prioridad aplicativa del convenio empresarial.

El Tribunal desestima el recurso y deja claro que *“en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera -por ese solo hecho- la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá -o no- de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida”*.

De este modo, la subrogación pasa por atender lo previsto en el convenio sectorial anteriormente mencionado en cuanto a respetar los derechos laborales que tuviesen reconocidos los trabajadores en su anterior empresa, así como lo establecido en el art. 44.5 ET, que dispone que dichos trabajadores seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que fuese de aplicación en el momento de la transmisión y hasta su fecha de expiración o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5.- HUELGA

5.- Legalidad de huelgas simultáneas convocadas por diferentes sindicatos SAN nº 115/2017, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2017

La empresa presenta demanda de conflicto colectivo pretendiendo que se declare la ilegalidad de 5 huelgas convocadas por diferentes sindicatos, en las mismas fechas y con el mismo motivo, al entender que constituye un fraude de ley y un abuso de derecho en tanto que limita la negociación con el objetivo de bloquear la desconvocatoria de la huelga. Estas convocatorias derivan de la conclusión de la negociación del convenio colectivo sin acuerdo, habiendo sido promovida mediación previa a la huelga por todos los sindicatos conjuntamente.

Por su parte, los demandados opinan que hacen perfecto uso del derecho de cada sindicato a convocar la huelga, siendo irrelevante que coincida en fechas y objetivo, e inciden en la habitualidad en el sector de referencia de que se convoquen huelgas por cada sindicato y se negocie con diversos comités de huelga.

El Tribunal considera que el derecho de convocar la huelga forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Cualquier sindicato está legitimado para convocarla, ya sea de manera conjunta o separadamente, y, de igual forma, para alcanzar o no acuerdos. Ese pluralismo sindical se garantiza por los art. 7 y 28.1 CE y “despliega objetivamente la competencia entre los diferentes sindicatos, quienes tienen derecho a definir sus propias políticas sindicales, que se ajustan una vez a la unidad de acción, y otras no”.

Así, se desestima la demanda, no sin antes recoger lo novedoso que resulta el litigio expuesto.

6.- HUELGA

6.- "Esquirolaje Tecnológico"; debe acreditarse que la empresa ha activado una estrategia específica para boicotear la huelga. STS 13-07-17

Se plantea por un sindicato la nulidad del despido colectivo por vulneración del derecho de huelga, toda vez que durante los días de paro la empresa activó el funcionamiento de una aplicación tecnológica automática para reparto de llamadas entre los distintos subcontratistas de la empresa principal. La empresa afectada por la huelga se dedica a prestar servicios telefónicos de atención a clientes y resolución de averías para otra empresa.

El sindicato recurrente alega "esquirolaje tecnológico" en relación al dispositivo automático.

El primero de los motivos de recurso denuncia la vulneración del art. 28 CE (" *Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad* ") y del art.6.5 del Real Decreto- Ley 17/1977 (" *En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo*").

Se alega, con sustento en la STS de 20 abril 2015 (rec. 354/2014 ; Despido Colectivo de Coca-Cola), que nos encontramos en un supuesto evidente de esquirolaje externo.

El Tribunal Supremo, para entrar a valorar dicho supuesto, tiene en cuenta los siguientes hechos probados:

- 1º.- El dispositivo automático fue creado por la empresa principal y no por la subcontratista.
- 2º.- El dispositivo se establecía de manera general en respuesta a los picos de demanda.
- 3º.- El sistema de reparto de llamadas entre las contratistas venía operando con carácter previo a la convocatoria de la huelga.

En las condiciones recién descritas no se percibe cómo ha podido vulnerarse el derecho de huelga, lo que debía haber argumentado y acreditado el recurrente, no meramente afirmado.

Considera el TS que el supuesto de base fáctico poco tiene que ver con el examinado en la sentencia invocada STS de 20 abril 2015 . Allí había una clara acreditación de que se puso en marcha un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga; por el contrario, en el tema que ocupa opera el sistema habitual de redistribución de tareas.

El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas.

La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga -ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta.

No puede exigirse al empresario "que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa", pues ello supone imponerle "una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente".

7.- DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE

7.- Es procedente el despido de un trabajador que publicó en Facebook una foto de una compañera de trabajo acompañada de un texto obsceno.

TSJ Sevilla 23-3-17, EDJ 122158

Un trabajador fue despedido por la empresa por ofensas a un compañera con base en el art. 54.2.c) del ET y en el régimen sancionador del convenio de aplicación, que contempla como falta muy grave sancionable “ toda conducta, que en el ámbito laboral atente gravemente al respeto de la intimidad y dignidad mediante ofensa verbal o física, de carácter sexual”. El comportamiento sancionado consistió en la publicación en Facebook de una foto de la compañera con un comentario de carácter sexual que atentaba gravemente al respeto de la intimidad y dignidad de la trabajadora. El Juzgado de lo social lo declaró procedente y la Sala de lo Social de TSJ confirmó la Sentencia con los siguientes argumentos: No es relevante que la conducta sancionada haya tenido lugar fuera del centro de trabajo y de la propia jornada laboral, cuando se acredita que la relación entre agresor y víctima es una relación laboral y la agresión se produce con causa en la relación laboral, sin existir relaciones personal entre las partes sino profesional. El insulto trascendió al resto de los compañeros y supuso una falta de respeto afectando a la convivencia en la empresa. Finalmente la Sala considera que se trata de una sola ofensa grave y culpable, con una exponencial capacidad de difusión, que encaja en la infracción descrita en el Convenio.

8.-REQUISITOS PARA EL CONTROL VÁLIDO DE LOS MEDIOS

8.- Es una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones vigilar los mensajes enviados por un trabajador a través de correos de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si el trabajador no ha sido previamente informado de esta posibilidad, incluso si existían normas en la empresa que prohíban su utilización con fines personales.

TEDE Gran Sala 5-9-17, asunto Barbulescu vs Rumanía, req, 6149/08

Un ingeniero rumano, jefe de ventas de una empresa, es despedido por hacer un uso privado de la cuenta de Yahoo Messenger, que había creado por orden de la empresa para resolver preguntas de los clientes. El despido se produjo tras monitorizar el ordenador del trabajador y comprobar que mantenía conversaciones privadas en horario laboral. La empresa había establecido unas normas de uso de los ordenadores y medios informáticos que prohibían su utilización con fines personales, sin embargo no contenían ninguna mención a la posibilidad de que el empleador pudiera vigilar las comunicaciones de sus empleados.

El despido fue considerado procedente en Rumanía y se había recurrido al TEDH, que desestimó su pretensión por lo que el trabajador solicitó la revisión de la sentencia ante la Gran Sala que consideró que si existía violación del derecho a la intimidad al considerar que los tribunales rumanos no comprobaron si el trabajador había sido advertido previamente de la posibilidad de que el empleador adoptara medidas de vigilancia ni la naturaleza de las mismas. Simplemente constató que la empresa había distribuido una nota a sus empleados en la que tras comunicar el despido de otra trabajadora por utilizar los medios de la empresa para fines privados, comunicaba que se veía en la obligación de vigilar el trabajo de los empleados.

Para poder considerar como previo el aviso de la empresa, este debe de ser anterior al inicio de la actividad de vigilancia. En este supuesto, el trabajador no fue informado con anterioridad ni de la extensión ni de la naturaleza de la vigilancia realizada por el empleador, ni de la posibilidad de que accediera al contenido de los mensajes. Tampoco explicaron los tribunales rumanos las razones específicas que justificaran la adopción de medidas de vigilancia ni valoraron si la empresa podía haber adoptado medidas menos intrusivas para la vida privada y la correspondencia del trabajador, ni si el acceso al contenido de las comunicaciones se hizo a espaldas del trabajador.

9.- JUBILACIÓN PARCIAL

9.- Acceso a la jubilación parcial desde sucesión de contratos temporales.

TSJ País Vasco 07-3-2017, Rec 326/2017

En este caso una trabajadora ha venido prestando servicios para la empresa Artadi desde el 6 de noviembre de 2008, mediante la suscripción de 9 contratos temporales, hasta el día 26 de marzo de 2015, fecha en la que suscribe contrato indefinido a tiempo completo.

Posteriormente, en fecha 7 de enero de 2016 suscribe contrato de jubilación parcial, con reducción de jornada y salario del 85%, formalizando la empresa contrato de relevo.

Mediante resolución del INSS se denegó la solicitud de acceso a la situación de jubilación parcial, como consecuencia de no acreditar el periodo mínimo de antigüedad exigido legalmente, 2.190 días, y reconociendo únicamente 640 días de antigüedad en Artadi. Desde el día 6 de noviembre de 2008 hasta el 6 de enero de 2016, la trabajadora ha prestado servicios para Artadi un total de 2.454 días.

La empresa Artadi presentó reclamación previa frente al INSS que fue desestimada. Posteriormente el Juzgado de lo Social reconoce el derecho de la trabajadora de acceder a la prestación de jubilación parcial, dado que reconoce a la trabajadora una antigüedad reconocida de 6 de noviembre de 2008, en base a la existencia de unidad del vínculo contractual.

Frente a dicha sentencia el INSS y la TGSS recurren en suplicación frente al TSJ, alegando que la trabajadora no ha mantenido una situación de alta ininterrumpida en la prestación de servicios.

El TSJ entiende que el requisito de antigüedad de 6 años no exige en ningún caso que sea fruto de una prestación de servicios ininterrumpida, siendo lo realmente relevante que estemos ante un vínculo laboral continuado. Por tanto, no es relevante para el TSJ que en los 6 años anteriores hayan existido dos periodos sin aparente cobertura contractual, y habiendo percibido la prestación de desempleo. Sin embargo el elemento decisivo para que, el TSJ desestime el recurso interpuesto por el INSS y la TGSS, es que la empresa reconocía en nómina esa antigüedad, 6 de noviembre de 2008, con lo que cumple el requisito exigido, no existiendo dato alguno que haga pensar que ese reconocimiento tenía como único objetivo el acceso a la prestación de jubilación parcial, y además dicho reconocimiento puede generar perjuicios económicos evidentes, tanto a efectos de complemento de antigüedad como, en caso de despido.