



NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL MAYO 2019

Novedades que merecen su atención mayo 2019

ÍNDICE

1. ¿Es posible nombrar un delegado de prevención sustituto durante las vacaciones del titular?
2. Despido nulo. ¿Qué efectos produce el fallecimiento del trabajador antes de ser readmitido? (****)
3. Riesgo durante la lactancia natural. ¿Se debe acreditar periódicamente la situación para percibir la prestación?
4. Extinción por reducción del volumen de la contrata: ¿puede regularse en el convenio colectivo? (****)
5. El TS declara que asistir a eventos con clientes fuera de la jornada es tiempo de trabajo (****)
6. La superación del plazo de 3 años para cubrir la vacante no convierte automáticamente el contrato de interinidad en fijo (****)
7. ¿Cómo se calcula el crédito horario sindical?
8. ¿Cómo se retribuyen las vacaciones cuando ha habido períodos de ampliación de jornada?
9. Pacto de no competencia postcontractual. ¿Puede rescindirse unilateralmente por la empresa? (****)
10. El TS declara válida la cláusula genérica de cesión de imagen incluida en los contratos de trabajo (****)
11. Aplazamiento de la indemnización de despido económico. La falta de liquidez se puede acreditar mediante indicios (****)
12. El TJUE lo confirma: el derecho de la UE obliga a establecer un sistema que permita computar la jornada diaria (****)
13. Se reconoce una indemnización por daños y perjuicios a un trabajador por sobrecarga laboral (****)
14. El TJUE declara que el cálculo de la jubilación originada por el trabajo a tiempo parcial puede resultar discriminatorio para las trabajadoras (****)
15. Incapacidad permanente absoluta. ¿Cuándo es compatible con el trabajo a tiempo parcial? (****)
16. La denegación injustificada de la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de menor es indemnizable por daño moral (****)

17. ¿Qué plazo tiene la empresa para reclamar las cargas fiscales del suministro de electricidad gratuita? (****)
 18. Indemnización por extinción del contrato. ¿Cuándo está sujeta a IRPF?
 19. Jubilación parcial con prestación de servicios de forma acumulada. ¿Se amplían en caso de IT?
 20. Incremento del SMI a 900 €. ¿Puede absorber un plus fijado en convenio colectivo anulado?
 21. ¿Puede denegarse una IP por hechos conocidos por el juez fuera del juicio?
-

Breve reseña

1. ¿Es posible nombrar un delegado de prevención sustituto durante las vacaciones del titular?

EL TS declara que no vulnera el derecho a la libertad sindical la negativa de la empresa a aceptar los ceses y nombramientos de delegado de prevención por cortos periodos de tiempo. En cuanto que también son representantes de los trabajadores, el TS considera que deben aplicárseles las mismas normas en cuanto a la duración de su mandato, revocación y formas de cubrir las vacantes.

STS 2-4-18.

2. Despido nulo. ¿Qué efectos produce el fallecimiento del trabajador antes de ser readmitido?

En caso de que el trabajador cuyo despido se declara nulo, fallezca antes de ser readmitido, procede la condena a abonar a sus herederos no solo los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la del fallecimiento, sino también a la indemnización por despido improcedente.

STSUD 13-2-19.

3. Riesgo durante la lactancia natural. ¿Se debe acreditar periódicamente la situación para percibir la prestación?

El certificado médico acreditativo de la situación de riesgo durante la lactancia que se acompaña a la solicitud de la prestación, es suficiente por sí mismo.

Se considera que la situación de lactancia natural continúa, salvo prueba en contrario a cargo de quien pretenda acreditarlo.

STSUD 24-4-19.

4. Extinción por reducción del volumen de la contrata: ¿puede regularse en el convenio colectivo?

El TS declara que el convenio colectivo no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por disminución o reducción del volumen de la contrata. La extinción de los contratos debe producirse mediante un despido objetivo o colectivo.

STS 4-4-19.

5. El TS declara que asistir a eventos con clientes fuera de la jornada es tiempo de trabajo

El TS declara que el tiempo dedicado a actividades deportivas de carácter comercial (participar en una liga de fútbol con clientes) que se realiza fuera de la jornada laboral, no obstante su carácter voluntario, debe ser considerado como tiempo de trabajo.

También se pronuncia sobre la fijación de los objetivos y señala, que su fijación extemporánea, con posterioridad a la fecha de inicio del devengo, equivale a la ausencia de fijación por lo que en estos casos el objetivo ha de tenerse por cumplido al 100%.

STS 19-9-19.

6. La superación del plazo de 3 años para cubrir la vacante no convierte automáticamente el contrato de interinidad en fijo

El transcurso del plazo de 3 años sin que se promueva proceso para la cobertura de la plaza vacante no convierte automáticamente el contrato en indefinido, sino que debe atenderse a las circunstancias específicas de cada supuesto. Por ello, el TS declara indefinido el contrato de interinidad por vacante de una trabajadora por la duración inusualmente larga del contrato que hace que devenga fraudulento.

STSUD 29-4-19.

7. ¿Cómo se calcula el crédito horario sindical?

El crédito de horas reconocido para el ejercicio de la actividad sindical solo puede reconocerse cuando existe efectiva actividad laboral, ya que tiene naturaleza de permiso retribuido del trabajador.

Por ello, el TS interpreta el cómputo anual del crédito horario como la suma de once mensualidades, excluyendo el período correspondiente a vacaciones anuales.

STS 6-3-2019.

8. ¿Cómo se retribuyen las vacaciones cuando ha habido períodos de ampliación de jornada?

La retribución durante el período en que se disfruta de las vacaciones ha de ser similar a la que se percibiría si se prestasen servicios efectivos.

Por ello la AN no considera contraria a derecho la práctica empresarial consistente en retribuir las vacaciones conforme a la jornada inicialmente

pactada en el contrato cuando se disfrutan en períodos en los que no está vigente la ampliación de jornada por necesidades del servicio.

SAN 30-5-18.

9. Pacto de no competencia postcontractual. ¿Puede rescindirse unilateralmente por la empresa?

El TS declara que, aunque el trabajador haya presentado su dimisión a la empresa, esta no puede rescindir unilateralmente el pacto de no competencia postcontractual alegando la falta de interés en su cumplimiento. El TS considera que entender lo contrario sería dejar su cumplimiento al arbitrio de la empresa.

STSUD 28-3-19.

10. El TS declara válida la cláusula genérica de cesión de imagen incluida en los contratos de trabajo

El TS declara que la cláusula genérica de cesión de imagen incorporada a los contratos de trabajo es válida y no vulnera el derecho a la intimidad. El TS considera que, en la actividad de telemarketing realizada mediante videollamada, esta cesión está implícita en el objeto del contrato de trabajo, por lo que es lícita y no es necesario recabarla expresamente cuando el afectado fuese a ser empleado en trabajos de videollamada.

STS 10-4-2019, Rec. 227/2017

11. Aplazamiento de la indemnización de despido económico. La falta de liquidez se puede acreditar mediante indicios

La empresa puede aplazar el abono de la indemnización de despido por causas económicas cuando quede acreditada la falta de liquidez. La carga de la prueba de la situación de iliquidez recae sobre la empresa, que puede acreditarlo a través de indicios sólidos que corresponden neutralizar al trabajador.

STSUD 21-3-19.

12. El TJUE lo confirma: el derecho de la UE obliga a establecer un sistema que permita computar la jornada diaria

El TJUE declara que los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y

accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Definir los criterios concretos de aplicación de ese sistema y la forma que este debe revestir le corresponde a cada uno de los Estados miembros.

STJUE 14-5-19, asunto CCOO C-55/18.

13. Se reconoce una indemnización por daños y perjuicios a un trabajador por sobrecarga laboral

Se reconoce a un pediatra una indemnización de 15.000 euros por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. El pediatra había comunicado en varias ocasiones la sobrecarga de trabajo que sufría, sin que la empresa adoptara medida alguna, lo que le ocasionó varios episodios de estrés y una situación de IT derivada de accidente de trabajo.

STSJ Galicia 29-4-19, Rec. 4655/18

14. El TJUE declara que el cálculo de la jubilación originada por el trabajo a tiempo parcial puede resultar discriminatorio para las trabajadoras

El TJUE declara que la normativa española para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, en la que se multiplica la base reguladora por un porcentaje al que se aplica un coeficiente de parcialidad que depende de la jornada realizada, puede resultar discriminatoria al perjudicar especialmente a las trabajadoras de sexo femenino, en cuanto que el colectivo de los trabajadores a tiempo parcial está compuesto mayoritariamente por mujeres. Considera que, de comprobarse esta cuestión, el Tribunal nacional debe declarar la existencia de discriminación indirecta.

STJUE 8-5-19, asunto Villar Laíz C-161/18

15. Incapacidad permanente absoluta. ¿Cuándo es compatible con el trabajo a tiempo parcial?

EL TS declara que percibir una pensión del IPA no impide el ejercicio de actividades que no representen un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión. En caso contrario, el INSS debe iniciar un expediente de revisión pero no suspender el pago por incompatibilidad.

STS unif doctrina 30-3-2019.

16. La denegación injustificada de la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de menor es indemnizable por daño moral

Se reconoce una indemnización de 3.125 euros a una trabajadora por la denegación injustificada de la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de menor solicitada. Esta indemnización tiene un carácter indisoluble con el incumplimiento empresarial y se puede reclamar de manera acumulada en el procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

STSJ Las Palmas 12-3-19.

17. ¿Qué plazo tiene la empresa para reclamar las cargas fiscales del suministro de electricidad gratuita?

El TS establece que el plazo de prescripción aplicable a reclamación económica de la empresa hacia trabajador por suministro gratuito de electricidad tras jubilación es de un año, por tratarse de una prestación prevista en convenio colectivo que se deriva del contrato de trabajo mantenido tiempo atrás. Considera que, con independencia de que se considere salario en especie, prestación extrasalarial, acción social o beneficio singular, el suministro de energía se concede de manera autónoma a la percepción de la pensión de jubilación.

STS unif doctrina 7-3-19.

18. Indemnización por extinción del contrato. ¿Cuándo está sujeta a IRPF?

No está exenta de IRPF, lo que conlleva la obligación de la empresa de practicar retención, la indemnización abonada a los trabajadores como consecuencia del pacto alcanzado con la empresa para extinguir el contrato. La existencia del pacto se puede deducir a partir de indicios tales como la edad del trabajador, el importe de la indemnización o las causas alegadas en la carta de despido.

SAN cont-adm 6-2-19.

19. Jubilación parcial con prestación de servicios de forma acumulada. ¿Se amplían en caso de IT?

La AN declara el derecho de los trabajadores que se hayan acogido a los planes de jubilación parcial y que prestan servicios de forma acumulada mediante jornadas completas, a que no se amplíen los períodos de prestación efectiva de los servicios como consecuencia de incurrir durante dicho período de actividad en situación de IT. Considera que al no haber

pactado esta posibilidad, la IT no debe dar lugar a la prórroga del periodo efectivo de prestación de servicios.

SAN 1-3-19.

20. Incremento del SMI a 900 €. ¿Puede absorber un plus fijado en convenio colectivo anulado?

La supresión unilateral del plus de convenio mediante compensación con el incremento de la cuantía del SMI constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues no son conceptos retributivos homogéneos que puedan ser compensados. Por ello, se declara nula la modificación que se lleva a cabo de forma unilateral sin llevar cabo un periodo de consultas con la representación de los trabajadores.

SAN 3-4-19.

21. ¿Puede denegarse una IP por hechos conocidos por el juez fuera del juicio?

La Comisión de Ética Judicial considera que el Juez no puede utilizar la verdad material para dictar sentencia. Únicamente debe utilizar la información que haya sido aportada por las partes. También considera que los jueces deben evitar las búsquedas en internet sobre los hechos y las partes del proceso para preservar su imparcialidad. Por ello, en un proceso laboral como el de reconocimiento de IP, el juez para resolver no debe tomar en cuenta los hechos conocidos fuera del proceso.

Dictamen-Consulta de la Comisión de Ética Judicial 1/2019, de 8-4-2019.

Cuestiones que se desarrollan más extensamente

Despido nulo. ¿Qué efectos produce el fallecimiento del trabajador antes de ser readmitido?

STSUD 13-2-19.

Tras la pérdida del contrato de arrendamiento con su cliente principal, la empresa lleva a cabo un proceso de despido colectivo por causas productivas.

Finalizado el período de consultas sin acuerdo, la empresa comunica el despido de 35 trabajadores con efectos de 1-1-2015 y reconoce una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Los trabajadores presentan demanda solicitando la nulidad del despido por tener por objeto evitar la aplicación de las reglas subrogatorias previstas en el convenio colectivo y, por tanto, la subrogación de la nueva contratista en la prestación del servicio para el cliente.

La demanda es estimada tanto por el JS como por el TSJ Asturias, que declaran la nulidad del despido y condenan a la empresa entrante a readmitir a los trabajadores. Además reconocen el derecho de los trabajadores a percibir los salarios de tramitación devengados entre la fecha del despido y la de la efectiva readmisión.

No obstante, dada la imposibilidad de readmisión de uno de los trabajadores porque había fallecido, sustituyen la condena a readmisión por la de abono a su esposa e hijos de la indemnización por despido improcedente, calculada desde el inicio de la relación laboral hasta la del fallecimiento. Además, limitan los salarios de tramitación entre la fecha del despido y la fecha del fallecimiento.

Ambas empresas recurren en casación para la unificación de doctrina.

Consideran que esta solución, en caso de imposibilidad de readmisión de un trabajador, únicamente está prevista para los supuestos de declaración de improcedencia del despido. Para los casos de declaración de nulidad, no siendo posible la readmisión, la condena se debe limitar a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la del fallecimiento.

El TS rechaza esta alegación. Se apoya para ello en el art.286 de la LRJS que establece que: “cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del art. 281”.

El TS considera que cuando la LRJS establece los efectos de la imposibilidad de la readmisión no distingue entre los casos en que la sentencia declara el despido nulo de aquellos en que se califica de improcedente, porque la controversia no

radica en relación a la calificación del despido sino en la imposibilidad de cumplimiento de la obligación.

Por ello, el TS desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia recurrida.

Extinción por reducción del volumen de la contrata: ¿puede regularse en el convenio colectivo?

STS 4-4-19.

La empresa demandada suscribe un contrato con la empresa principal para la prestación de servicios de telemarketing. A fin de ejecutar la contrata, se realizan diversos contratos de obra o servicio determinado, estableciéndose, en aplicación de convenio colectivo (art.17), que la duración de los contratos de obra será la de la obra o servicio contratado por el cliente.

En julio de 2017, la empresa principal comunica la reducción del volumen de la contrata inicialmente prevista y en consecuencia, entre junio y julio de 2017, la contratista extingue por esta causa 47 de los contratos celebrados. Ninguna de estas extinciones fue impugnada individualmente por los trabajadores afectados.

Por parte de una de las representaciones sindicales se plantea de demanda de despido colectivo. Entiende que, al haberse superado los umbrales del ET art.51, las extinciones debieron haber sido tramitadas por el procedimiento de despido colectivo y al no haberlo hecho considera que nulas de pleno derecho.

El TSJ, en la medida que ninguna de las extinciones de los 47 contratos temporales ha sido impugnada individualmente por los trabajadores afectados, entiende que no puede entenderse que se ha producido un despido colectivo de hecho y, por consiguiente, sin examinar las restantes excepciones formuladas ni las cuestiones de fondo, estima la excepción de falta de competencia objetiva, declarando competentes a los Juzgados de lo Social por el cauce del proceso individual de despido. Disconforme, el sindicato interpone un recurso de casación ante el TS.

A la vista de los hechos, la cuestión debatida consiste en determinar si ha existido o no un despido colectivo. En lo referente a los contratos de obra, se plantea si lo establecido en el convenio colectivo aplicable excusa de tramitar un procedimiento de despido colectivo.

Para resolver la cuestión, el TS aplica lo dispuesto en su jurisprudencia anterior (TS 13-7-17, rec 25/2017) en la que establece que la reducción del volumen de la contrata justifica la extinción del contrato por circunstancias objetivas (ET art.52.c) pero no por la finalización de la obra o servicio contratado (ET art.49.c) ya que ambos a supuestos les corresponden indemnizaciones distintas.

Asimismo, señala que ni la ley ni el contrato ni el convenio pueden autorizar que un contrato se extinga por el hecho de que la empresa principal haya dispuesto que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de

operarios que los inicialmente requeridos, ya que lo contrario sería dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato. En consecuencia con lo anterior, el TS concluye que el convenio colectivo ni regula ni puede regular, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, lo que supone por lo que para determinar si se está o no ante un despido colectivo se deba acudir a lo establecido en el ET art. 51.

Esto supone, que en el supuesto enjuiciado, en cuanto que las 17 extinciones se produjeron dentro del periodo de referencia, se está ante un despido colectivo de facto, pues para determinación de los umbrales para calificar un despido como colectivo, deben incluirse los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término.

Por todo ello, TS estima el recurso y al declarar que se trata de un despido colectivo, acuerda devolver las actuaciones al TSJ Madrid para que, partiendo de la afirmación de su competencia para conocer del asunto, se pronuncie con absoluta libertad de criterio sobre todas las cuestiones planteadas

El TS declara que asistir a eventos con clientes fuera de la jornada es tiempo de trabajo

STS 19-9-19.

La empresa Altadis, viene desarrollando de manera habitual y fuera de la jornada laboral eventos comerciales con estaqueros, cuya asistencia para el personal es de carácter voluntario (celebración de una liga de fútbol en la que los comerciales disputan partidos con los estaqueros, la presentación de una revista interna, etc.).

La empresa compensa la asistencia a estos eventos mediante el disfrute de puentes, pero considera que es asimilable a las invitaciones de cortesía que hace extensivas a los trabajadores además de a sus clientes.

Por parte de las representaciones sindicales se interpone demanda de conflicto colectivo, en la que se solicita que cuando se asista a eventos comerciales fuera de la jornada habitual, el inicio de la siguiente jornada de trabajo se produzca, no en el horario habitual, sino 12 horas después de haber finalizado las actividades relacionadas con este evento, y que las horas dedicadas a estas actividades se consideren como jornada laboral. La AN estima la demanda por lo que la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

Por ello, la cuestión debatida consiste en definir la naturaleza del tiempo destinado a tales actividades.

El TS señala que el convenio colectivo regula la participación del personal comercial en estas actividades en el apartado dedicado al tiempo de trabajo, por lo que entiende que los negociadores, a pesar del carácter voluntario de la

participación, las han configurado como jornada de trabajo.

Asimismo, recuerda que tanto su jurisprudencia como la normativa y la jurisprudencia comunitaria consideran como tiempo de trabajo el destinado a estar a disposición del empresario, sin que se deba tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada. Por ello, en el supuesto enjuiciado, el TS concluye que la asistencia a los eventos calificados como actividades "comerciales especiales fuera de la jornada" forman parte del tiempo de trabajo y, por consiguiente, ha de regirse por los límites establecidos en el ET.

En el mismo recurso, la representación de la empresa solicita que se deje sin efecto el pronunciamiento de la AN en el que se declaró el derecho de los trabajadores afectados a cobrar el 100% de la retribución variable mensual cuando los objetivos no se notifiquen el primer día hábil del mes. El TS confirma la sentencia de la AN y declara que aceptar que la empresa pueda comunicar tales objetivos en cualquier momento posterior al inicio del periodo al que se refieren, implica dejar a su exclusiva voluntad la posibilidad de lograr el resultado en cuestión, pudiendo, incluso, hacer imposible su logro.

Esto está en contra del principio general (CC 1256) que establece que los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno de los contratante, por lo que solo es posible aplicar el acuerdo en el sentido más favorable para el trabajador.

Desestimados todos los motivos de recurso, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia dictada por la AN.

La superación del plazo de 3 años para cubrir la vacante no convierte automáticamente el contrato de interinidad en fijo

STSUD 29-4-19.

La trabajadora fue contratada por la Xunta de Galicia mediante contrato de fomento de empleo desde el 28-7-92 y desde el 28-7-95 mediante contrato de interinidad por vacante hasta que se cubriera la vacante por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza. Tras un largo período en esta situación, la trabajadora presenta, en 2016, demanda solicitando que se reconozca su relación como indefinida no fija.

La sentencia de instancia estima la demanda al entender fraudulento el contrato de interinidad suscrito en 1995, dado el tiempo transcurrido sin la convocatoria del proceso selectivo para la cobertura de la vacante que, conforme al art.70 del EBEP, debe convocarse en el plazo máximo de 3 años. El TSJ Galicia confirma la sentencia con apoyo en la sentencia del TS 14-10-14, EDJ 188308, que superaba la doctrina que afirmaba la imposibilidad de convertir el contrato en indefinido por superación del plazo de 3 años. La Xunta de Galicia recurre en casación para la unificación de doctrina.

Las administraciones públicas pueden utilizar el contrato de interinidad tanto para sustituir trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo como para cubrir provisionalmente vacantes hasta que se cubran definitivamente a través

del procedimiento correspondiente. Pero para el TS, esto no justifica que se mantenga una contratación temporal durante más de 20 años sin que la Xunta de Galicia haya promovido ninguna actuación para la cobertura reglamentaria de la plaza. Así lo ha señalado el TS 19-7-18, con referencia a la doctrina del TJUE 5-6-18 Montero Mateos, que se refiere a una duración inusualmente larga como indicio para la conversión del contrato temporal en fijo.

Respecto al plazo de 3 años recogido en el art.70 del EBEP, el TS considera que está referido a la ejecución de la oferta de empleo público. No puede, por lo tanto, operar automáticamente de modo que, una vez superado, el contrato se convierte en indefinido ya que la conducta de la empleadora puede llevar a que antes de que transcurra ese plazo se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad por fraude, abuso o por otras ilegalidades.

Lo que debe analizarse, por lo tanto, son las circunstancias específicas de cada supuesto. Y en el caso analizado estamos ante un supuesto de duración inusualmente larga del contrato sin que la Xunta de Galicia haya promovido actuaciones tendentes a lograr la cobertura definitiva de la plaza o a propiciar su actuación. Todo ello, hace que la contratación devenga fraudulenta.

Por ello, el TS desestima el recurso y declara firme la sentencia recurrida.

Pacto de no competencia postcontractual. ¿Puede rescindirse unilateralmente por la empresa?

STSUD 28-3-19.

El trabajador, que prestaba servicios para la empresa con la categoría de director, suscribió, mediante cláusula añadida a su contrato de trabajo, un pacto de no competencia post-contractual. Asimismo, ambas partes pactan que la empresa puede liberar al trabajador de su obligación de abstenerse de competir tras la extinción de la relación laboral, debiendo ser comunicado durante la vigencia del contrato, estipulando que en este supuesto la empresa quedaría liberada de abonar cantidad alguna en concepto de compensación.

El trabajador comunica a la empresa su baja voluntaria, a lo que la empresa contesta liberándole de su obligación de abstenerse de competir tras la extinción de la relación laboral, al considerar que ya no existía el interés que regulaba el pacto de no competencia. El contrato se extingue y la empresa no abona al trabajador cantidad alguna en concepto de compensación por pacto de no competencia.

Disconforme, el trabajador presentó demanda de reclamación de cantidad solicitando el abono de la cantidad pactada en concepto de pacto de no competencia. Se estima la demanda del trabajador tanto en la instancia como en suplicación, por lo que la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si es válido el desistimiento unilateral efectuado por la empresa de una cláusula contractual de pacto de no

competencia post-contractual, producido una vez que se extingue el contrato laboral entre empresa y trabajador.

A pesar de no apreciar contradicción, el TS desestima el recurso y asumiendo lo establecido por el TSJ establece que la solución a la cuestión planteada viene determinada por lo dispuesto en el CC art.1256, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Considera que en el supuesto enjuiciado se ha dejado al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia; por ello debe de considerarse nula.

Por ello, el TS concluye que la posibilidad de renuncia empresarial analizada es nula y carece de eficacia, por lo que la empresa debe abonar lo pactado concepto de compensación por el pacto de no competencia post-contractual y se estima el recurso.

El TS declara válida la cláusula genérica de cesión de imagen incluida en los contratos de trabajo

STS 10-4-2019, Rec. 227/2017.

La representación sindical de la empresa, incluida dentro del sector de contact center, presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declarase la nulidad de la práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo una cláusula según la cual el trabajador consiente la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, para el desarrollo de la actividad de telemarketing, cumpliendo con los requerimientos del contrato mercantil del cliente. Considera que la cláusula es abusiva y atenta contra el derecho fundamental de los trabajadores.

Por el contrario, la empresa considera que se trata de una práctica adecuada al ser su finalidad la prestación de los servicios solicitados por el cliente que requiere la realización de los servicios de video llamada, siendo ésta la razón por la que se pacta en los contratos de trabajo.

La AN estima la demanda al considerar que la cláusula es nula y que la empresa debe solicitar el consentimiento expreso del trabajador que vaya a ser empleado en trabajos de videollamada, sin que sea posible la utilización de cláusulas genéricas. La empresa interpone recurso de casación ante la sala de lo social del TS.

La cuestión a debatir consiste en determinar si la inclusión de una cláusula tipo de cesión de imagen en los contratos de trabajo es lícita, o si por el contrario se trata de una cláusula nula.

El TS recuerda que la normativa sobre protección de datos (RGPD art.6.1b y 9.2 b) establece que en el ámbito de las relaciones laborales no es necesario recabar el consentimiento expreso de los trabajadores cuando el tratamiento del dato sea necesario para la ejecución del contrato suscrito.

En el supuesto enjuiciado, la cláusula discutida establece que los trabajadores ceden su imagen, pero con la finalidad de desarrollar la actividad de telemarketing y cumplir con el objeto del contrato de trabajo y de los requerimientos del contrato mercantil suscrito con el cliente, dentro de los que se encuentran las videollamadas, siempre que sean necesarias para prestar un mejor servicio o por exigencias del cliente.

Es decir, el consentimiento para la cesión de imagen únicamente se presta para realizar las funciones propias del objeto del contrato celebrado, y la cláusula discutida se limita a advertir al nuevo trabajador de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato suscrito, para lo cual y solo con esa finalidad, presta su consentimiento a la cesión de su imagen. Por ello, el TS considera que esta cláusula no se puede considerar abusiva, y tampoco se puede calificar de nula porque manifiesta el consentimiento expreso del trabajador a la cesión de su imagen a que la actividad de telemarketing se desarrolle por video-llamada, lo que está implícito en el objeto del contrato.

Además, entiende que esta interpretación es conforme a la doctrina del TCo, que considera que la limitación de un derecho es viable cuando se sobrentiende según el objeto del contrato, como sucede en la realización de labores de telemarketing con video-llamadas.

Considera que esta interpretación resulta lógica, ya que, dados los avances tecnológicos existentes, la capacidad de inspirar confianza y de convencer es mayor cuando vemos la cara de nuestro interlocutor y desechamos la idea de que se habla con una máquina o con un desconocido. En este sentido, se puede señalar que la información sobre una mercancía y su venta resultan más fáciles cuando el comprador ve el producto y al vendedor, como en las tiendas tradicionales. Por ello, visto el objeto del contrato se concluye que la restricción del derecho fundamental viene impuesta por la naturaleza de las tareas contratadas y que el consentimiento está implícito en el mismo

Por último, el TS precisa que no nos encontramos ante un supuesto de videovigilancia, sino ante videollamadas, lo que supone que la empresa debe tomar las medidas de control necesarias para que quien llama no haga un uso indebido del dato, lo que llevaría consigo responsabilidades penales y administrativas.

Además, añade que cuando la empresa realiza actividades promocionales utilizando la imagen de sus empleados les solicita una autorización específica.

Lo que es lógico, porque no es lo mismo promocionar o publicitar un producto en una campaña que atender a clientes dándoles información de un producto que facilite su venta por teléfono.

Por ello, se estima el recurso de casación planteado por la empresa y se declara la validez de la cláusula incluida en los contratos de trabajo

Aplazamiento de la indemnización de despido económico. La falta de liquidez se puede acreditar mediante indicios

STSUD 21-3-19.

La trabajadora, que fue despedida por causas económicas sin que se pusiera a su disposición la correspondiente indemnización, presenta demanda sobre despido. La sentencia de instancia desestima la demanda y califica como procedente el despido, a la vez que considera justificado, por la existencia acreditada de problemas de tesorería, la falta de puesta a disposición del trabajador del importe de la indemnización en la fecha del despido. El TSJ Madrid confirma la sentencia, por lo que la trabajadora recurre en casación para la unificación de doctrina.

La cuestión a resolver consiste en determinar si es conforme a derecho la actuación de la empleadora que alega la falta de liquidez para no poner a disposición de la trabajadora la indemnización por despido objetivo en el momento de notificarle la decisión extintiva.

La obligación de poner a disposición del trabajador la indemnización por despido objetivo de manera simultánea a la notificación del despido se exceptúa cuando como consecuencia de la situación económica no se pueda poner a disposición del trabajador la indemnización (ET art.52.c).

Pero la mera existencia de la causa económica no es suficiente por sí sola para acreditar la falta de liquidez que permite al empresario acogerse a la posibilidad de diferir el pago de la indemnización a un momento posterior a la de la notificación de la extinción contractual.

La existencia añadida de falta de liquidez requiere de una prueba adicional y específica que debe aportar la empleadora, pues es la que dispone de más elementos probatorios. Pero esta situación no siempre puede acreditarse a través de una prueba plena, por lo que es posible aportar indicios acerca de su realidad e incumbiría al trabajador destruirlos o neutralizarlos.

En el caso analizado, la falta de liquidez viene reflejada en el informe económico financiero de la empleadora del que se desprenden los siguientes datos:

- En el ejercicio anterior al despido la empleadora tenía un déficit de más de 3 millones de euros, que se vio agravado por tener que asumir el pago de más de 1 millón de euros en ejecución de sentencia firme.
- En ese ejercicio se redujeron las retribuciones del personal en un 11% y no existe dotación presupuestaria para reponer el descuento.
- La empleadora atraviesa serias dificultades para atender los gastos ordinarios, a lo que se une que en el ejercicio presupuestario del despido, vence un préstamo por el que se debe hacer frente a un pago de 370.000 euros.
- Para afrontar la situación económica, la empleadora presentó un plan de ajuste para dilatar el pago a proveedores, que incluye medidas como la eliminación de

sueldos de todo el equipo de gobierno, reducción de salarios del personal y la reducción de plantilla a través de despidos objetivos.

Todo este cúmulo de datos acredita la existencia de indicios razonables de un grave problema de tesorería que impide a la empleadora hacer frente en el momento del despido al pago de la indemnización, lo que justifica que se haya acogido expresamente a la posibilidad legal de hacerla efectiva en un momento posterior.

Por ello, el TS desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida en todos sus términos.

El TJUE lo confirma: el derecho de la UE obliga a establecer un sistema que permita computar la jornada diaria

STJUE 14-5-19, asunto CCOO C-55/18.

El sindicato CCOO interpuso ante la Audiencia Nacional demanda de conflicto colectivo con objeto de que se dictase sentencia en la que se declarara la obligación de la entidad bancaria demandada (Deutsche Bank, S.A.E.) de establecer un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realiza la plantilla de esta entidad. El sindicato considera que este sistema permitiría comprobar el cumplimiento de los horarios de trabajo pactados y que dicha obligación deriva no solo de la normativa nacional, sino también de la CDFUE y de la Directiva de tiempo de trabajo (Dir 89/391).

Por el contrario la empresa entiende la normativa nacional, tal y como ha sido interpretada por el TS únicamente exige, salvo pacto en contrario, que se lleve un registro de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores y que, al final de cada mes, se comuniquen a los trabajadores y a sus representantes el número de horas extraordinarias efectuadas.

La AN expresa sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la UE de la interpretación que de la normativa española realiza el TS, por lo que interpone la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE en la si la normativa comunitaria (Dir 2000/88, la Dir 89/391 y la CDFUE art.31) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

El TJUE recuerda que el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal no solo constituye una norma del Derecho social de la UE, que también aparece en la CDFUE a la que se reconoce el mismo valor jurídico que a los tratados. Por ello, los Estados miembros deben velar porque los trabajadores se beneficien efectivamente de los derechos que se les han conferido, sin que los criterios concretos elegidos para garantizar la aplicación de la Directiva puedan vaciar de contenido esos derechos.

Asimismo, declara que no se debe olvidar que el trabajador es la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos. Por lo que entiende que sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, no es posible determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo efectivas ni su distribución en el tiempo, lo que dificulta en extremo que los trabajadores logren hacer respetar sus derechos.

Por ello, concluye que una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un sistema que permita realizar esa comprobación no puede asegurar los derechos que confieren la Carta y la Directiva relativa al tiempo de trabajo, al privar tanto a los empresarios como a los trabajadores de la posibilidad de comprobar si se respetan.

Por ello, responde a la cuestión planteada señalando que un sistema de registro de la jornada laboral ofrece a los trabajadores un medio particularmente eficaz para acceder con facilidad a datos objetivos y fiables relativos a la duración efectiva del trabajo realizado, facilitando que los trabajadores prueben que se han vulnerado sus derechos como el que las autoridades y los tribunales nacionales competentes controlen que estos se respetan efectivamente.

Por ello concluye que, en aplicación de la normativa comunitaria, los Estados miembros tienen la obligación de imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Corresponde a los Estados miembros definir los criterios concretos de aplicación de ese sistema, especialmente la forma que éste debe revestir, teniendo en cuenta, en su caso, las particularidades propias de cada sector de actividad.

NOTA. La obligación de registro de la jornada diaria de los trabajadores está establecida de forma efectiva, una vez finalizado el periodo transitorio, desde el 12-5-2019. Para establecer su contenido y clarificar cuestiones prácticas relativas a su aplicación, el MTMSS ha elaborado una guía práctica.

Se reconoce una indemnización por daños y perjuicios a un trabajador por sobrecarga laboral

STSJ Galicia 29-4-19, Rec. 4655/18.

Un pediatra manifiesta a la dirección del centro de salud del SERGAS en el que trabaja la situación de sobrecarga asistencial, pues debía atender a más de 1.300 niños al año, y solicita que se tomen medidas para corregirla.

Sin embargo el cupo asistencial de niños ascendió en los dos años siguientes, lo que llevó al pediatra a sufrir dos episodios de estrés laboral y ansiedad secundaria. Tras estos diagnósticos, la UPRL declaró al trabajador "apto con limitaciones" para su trabajo habitual.

Un año más tarde el pediatra sufre una coroidopatía serosa central, enfermedad asociada al estrés, que le mantuvo en situación de IT durante casi 7 meses y que

se consideró judicialmente derivada de accidente de trabajo.

Tras el accidente, el servicio de prevención de riesgos laborales realizó una evaluación de riesgos, pero no analizó los riesgos psicosociales.

El pediatra presenta demanda solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que se desestima en primera instancia. El trabajador recurre en suplicación.

El TSJ Galicia comienza recordando que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponde a la empleadora, como deudora de seguridad, probar que hizo uso de todas las medidas a su alcance para evitar o prevenir situaciones de riesgo para la salud o integridad de quienes prestan servicios para ella.

En el caso analizado, no se evidencia que el SERGAS hiciera uso de medidas tendentes a paliar la sobrecarga asistencial que pesaba sobre el pediatra. Al contrario, adoptó una actitud de pasividad y de caso omiso de las solicitudes del trabajador quien, años atrás había presentado un escrito poniendo de manifiesto la sobrecarga asistencial. La pasividad del SERGAS se manifiesta también en estas circunstancias:

a) Antes de que se produjera el accidente que motivó la IT, el trabajador fue diagnosticado de estrés laboral y ansiedad secundaria, sin que la empleadora adoptase medidas a paliar o eliminar la situación.

b) Al realizar la evaluación de riesgos laborales, no evaluó los riesgos psicosociales, aun cuando los informes que sustentaron la declaración de la IT derivada de contingencia profesional manifiestan la relación directa de la patología y el trabajo. Además, la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales había declarado al trabajador apto con limitaciones para su trabajo habitual después de ser diagnosticado de estrés laboral y ansiedad secundaria.

El TSJ Galicia considera que las medidas de seguridad deberían de haber sido adoptadas por la empleadora, aunque no estén expresamente previstas, como consecuencia de la aplicación de las reglas de la diligencia y prudencia. Por lo tanto, su inactividad y pasividad determina la imputación de responsabilidad por los daños y perjuicios. Por ello, estima el recurso y reconoce una indemnización de 15.000 euros por los daños y perjuicios sufridos por el trabajador.

El TJUE declara que el cálculo de la jubilación originada por el trabajo a tiempo parcial puede resultar discriminatorio para las trabajadoras

STJUE 8-5-19, asunto Villar Laíz C-161/18.

La Sra. Villar Láiz solicita al INSS el reconocimiento de una pensión de jubilación, que fue reconocida por el INSS. Para su cálculo, el INSS multiplica la base

reguladora por un coeficiente del 53 %, el cual reflejaba el hecho que había trabajador a tiempo parcial la mayor parte de su vida laboral.

La trabajadora impugna el cálculo de la pensión, solicitando que se le aplique un porcentaje del 80,4%, con el fin de que los períodos en que trabajó a tiempo parcial fueran tomados en consideración del mismo modo en que hubieran sido tratados de haber sido períodos de trabajo a tiempo completo. Alega que esta diferencia de trato supone una discriminación por razón de sexo, ya que la mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

Tras ser desestimada la demanda, interpone recurso de suplicación. El TSJ Castilla y León considera que el sistema de cálculo de las pensiones de jubilación a tiempo parcial –según la cual los periodos trabajados a tiempo parcial no se computan completos a efectos de porcentaje, sino proporcionalmente en relación con su carácter parcial– produce, en la mayoría de los casos, efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo; y además, da lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, y es contrario al principio de igualdad de trato, ya que se según el Instituto Nacional de Estadística, en el primer trimestre de 2017, el 75 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres.

Por ello, plantea cuestión prejudicial ante el TJUE en la que le solicita que se pronuncie sobre si la forma de cálculo de la pensión de jubilación en caso de trabajo a tiempo parcial (LGSS art 247 a y 248.3) es contraria a la Dir 79/7 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Para resolver la cuestión, el TJUE recuerda que la Directiva 79/7 prohíbe toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en lo relativo, entre otras cosas, al cálculo de las prestaciones en materia de Seguridad Social.

Tras descartar la existencia de discriminación directa por razón de sexo, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, el TJUE analiza la posible existencia de discriminación indirecta. Recuerda que esta refleja aquellas situaciones en las que una disposición aparentemente neutra sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo. Esa desventaja existe cuando una normativa afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

El TJUE considera que en el supuesto enjuiciado la normativa controvertida en la mayoría de los casos produce efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completos. Asimismo, de lo aportado al TJUE, se deduce que cerca del 75 % de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres y también lo son el 65% de quienes sufren desventaja por la aplicación de esta normativa.

No obstante, considera que comprobar si estos datos son válidos, representativos y significativos le corresponde al TSJ Castilla y León; y que si basándose en los datos estadísticos aportados y, en su caso, en otros elementos pertinentes, concluye que la normativa nacional controvertida en el litigio principal

sitúa a las mujeres, en particular, en una posición menos ventajosa que la de los hombres, esta normativa sería contraria al Derecho de la UE (Dir 79/7).

En cuanto si la normativa nacional analizada está justificada por responder a una finalidad legítima de política social, el TJUE considera que una medida que implica una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad.

En el supuesto enjuiciado, se observa que en la forma de cálculo aplicada existen dos elementos que pueden reducir el importe de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: a) la base reguladora de la pensión de jubilación, que se calcula a partir de las bases de cotización, integradas por la remuneración efectivamente percibida en función de las horas trabajadas; y b) un porcentaje que depende del número de días cotizados, al que se aplica un coeficiente de parcialidad que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable, atenuado al incrementarse por la aplicación de un coeficiente el 1,5.

Considera el TJUE que el objetivo perseguido, que consiste la salvaguardia del sistema de seguridad social, ya se consigue con el hecho de en la base reguladora de un trabajador a tiempo parcial sea inferior: Por tanto, la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis.

Por ello, el TJUE responde a la cuestión planteada declarando que la normativa española cuestionada que establece para el cálculo de la pensión de jubilación en los empleos a tiempo parcial la aplicación de un porcentaje dependiente de la jornada realizada que se aplica sobre una base reguladora que a su vez también dependía de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, se opone a la normativa comunitaria en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.

NOTA. Mediante nota de prensa el MTMSS ha comunicado, que tras la publicación de la presente sentencia, la Administración de la SS ha puesto en marcha un estudio de los supuestos de suplicación de la normativa de 2014, y en caso de que se demuestre un funcionamiento discriminatorio, incorporará medidas que corrijan esta anomalía con carácter general, tras consultar con los agentes sociales.

Incapacidad permanente absoluta. ¿Cuándo es compatible con el trabajo a tiempo parcial?

STS unif doctrina 30-3-2019.

El trabajador, que ejercía la profesión de cocinero autónomo, fue declarado en situación de IPA en 2009, percibiendo la correspondiente pensión. En el dictamen-propuesta consta como cuadro clínico residual: enfermedad aguda cerebrovascular por malformación de arterio-venosa, hemiplejía de predominio en miembro inferior izda, crisis convulsivas en tratamiento y las limitaciones orgánicas y funcionales de hemiplejía de predominio en miembro inferior izda, crisis convulsivas.

En 2016 comunica al INSS que inicia una actividad laboral por cuenta ajena como programador informático a tiempo parcial que compatibiliza con la condición de pensionista. El INSS declara la incompatibilidad de la pensión con el trabajo por no ser compatible con su estado, por lo que el trabajador presenta demanda de Seguridad Social.

Aunque en la instancia se declara la compatibilidad, en suplicación se declara que la pensión de IPA es incompatible con la actividad de programador informático. Por ello, el trabajador pensionista interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea en consiste en determinar si la situación de IPA, reconocida al trabajador y por la que percibe la correspondiente pensión, es compatible con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial.

EL TS para resolver la cuestión aplica su doctrina (TS 30-1-08; 10-11-08; 14-10-09) y establece lo siguiente:

a) El trabajador en situación de IPA puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún caso se establezca que sólo puede desempeñar actividades superfluas, accidentales o esporádicas.

b) La LGSS/94 art.141.2 (actual LGSS art. 198.2) regula que la pensión de IPA o gran invalidez son compatibles con el estado del inválido siempre que no representen cambio en su capacidad de trabajo; por otra parte en la definición de la IPT la LGSS/94 establecía claramente la compatibilidad trabajo-pensión al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida.

c) Interpretar la incompatibilidad entre trabajo e IPA supondría hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al declarado en IPA (al que se le negaría toda actividad e ingresos).

d) Si se declara la incompatibilidad esta tendrá un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA o GI, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo van a tener eficacia respecto de prestaciones futuras (pensión de jubilación, nueva prestación por IPA...), la

suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario priva prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo -psicofísico- por parte del inválido.

Respecto del procedimiento a adoptar por la Dirección provincial del INSS para los supuestos de que el perceptor de incapacidad permanente ejerciese trabajos por cuenta propia o ajena, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de la pensión (OM 18-1-1996 art.18.4) , el TS considera que la actividad laboral excede de los límites permitidos por la LGSS; considera que es una regulación ultra vires y, por tanto, ineficaz ante la manifestación legal de compatibilidad que establece la LGSS que no contiene remisión alguna a desarrollo reglamentario.

Por ello, se estima el recurso planteado por el trabajador y se declara que el trabajador no ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado y no se ha procedido por la gestora a la revisión de la incapacidad declarada, en virtud de una mejoría o de un error de diagnóstico, por lo que declara que la situación de incapacidad permanente absoluta reconocida es compatible con la realización del trabajo a tiempo parcial.

La denegación injustificada de la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de menor es indemnizable por daño moral

STSJ Las Palmas 12-3-19.

La dependienta de una tienda que presta servicios de lunes a sábado -3 días en turno de mañana y 3 días en turno de tarde- solicita reducción de jornada para el cuidado de su hijo con concreción horaria de 10:00 a 15:30 cada día, coincidente con el horario de la guardería. La empresa reconoce la reducción de jornada, pero no la concreción horaria alegando que el mayor número de ventas se produce por las tardes. La trabajadora presenta demanda en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral con indemnización paralela por daños materiales y morales.

La demanda se estima parcialmente en primera instancia reconociéndose el derecho de la trabajadora a realizar la jornada reducida de lunes a sábado en horario de 10:00 a 15:30 y absolviendo del resto de pedimentos. La trabajadora recurre en suplicación solicitando la indemnización denegada.

El TSJ Las Palmas resuelve en primer lugar, la procedencia de la reclamación de la indemnización a través del procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Recuerda al respecto que en la demanda en solicitud del derecho a la medida de conciliación puede acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida (LRJS art.139). De este modo, una vez solicitada la indemnización en la demanda, tiene carácter insoluble con el incumplimiento empresarial del derecho reclamado sin que sea necesario, como

pretende la empleadora, reclamar la indemnización a través del procedimiento especial de derechos fundamentales.

En segundo lugar, el TSJ considera que la negativa empresarial a avenirse a la concreción horaria es un incumplimiento empresarial injustificado compatible con la generación de un daño indemnizable. Para la cuantificación de la indemnización, el TSJ analiza el nexo causal de los conceptos reclamados con el incumplimiento empresarial:

a) Respecto del daño material reclamado, considerar que la disminución retributiva aplicada por la empresa a tenor de la reducción de jornada solicitada no puede calificarse como daño emergente pues responde a una causa y se ajusta al principio de proporcionalidad retributiva a tenor de la jornada laboral realmente realizada por la trabajadora y no tiene nexo causal con el incumplimiento del derecho.

b) Respecto del daño moral, el TSJ lo cuantifica utilizando como parámetro la LISOS en concordancia con las sanciones fijadas para estos incumplimientos en cuantía de 626 a 6.250 euros. Para graduar la infracción tiene en cuenta los siguientes aspectos:

- La empleadora es una empresa de grandes dimensiones que forma parte de un grupo de carácter nacional, lo que le permite mayor capacidad organizativa. Además, dispone de un plan de igualdad interno, lo que evidencia un mayor conocimiento de las dificultades laborales de sus trabajadores en materia de conciliación laboral y familiar;

- Quedan evidenciadas las dificultades de la trabajadora de atender a su hijo fuera del horario de guardería, teniendo en cuenta, además, que el padre del menor no tiene un horario fijo y debe viajar por razones de trabajo.

- La reducción de jornada reconocida por la empresa no le generó ningún sacrificio porque también disminuyó proporcionalmente el salario de la trabajadora; no obstante, le denegó el derecho a la concreción horaria de manera injustificada.

En atención a estas circunstancias, el TSJ estima en parte el recurso y reconoce una indemnización en concepto de daños morales que cuantifica en 3.125 euros.

¿Qué plazo tiene la empresa para reclamar las cargas fiscales del suministro de electricidad gratuita?

STS unif doctrina 7-3-19.

El trabajador había prestado servicios para la empresa GAS NATURAL FENOSA hasta la jubilación. La representación sindical había planteado demanda de conflicto colectivo en la que reclamaba el derecho de los trabajadores (en activo o no) a mantener como derecho adquirido la percepción de luz eléctrica sin coste adicional alguno, esto es como una retribución en especie neta sin descuento de cuotas o cargas tributarias por IVA, IEE o retención por el ingreso a cuenta de

IRPF.

La demanda se desestima y como consecuencia de esta resolución, la empresa interpone demanda de reclamación de cantidad frente al trabajador jubilado solicitando la devolución de las cantidades abonadas por la empresa en concepto de impuesto sobre la electricidad.

Tanto en la instancia como en suplicación se desestima la demanda por considerar que la reclamación se encuentra prescrita al tratarse de un salario en especie sobre el que debe operar el plazo de prescripción de 1 año y no una mejora voluntaria de la pensión de jubilación sobre la que habría que aplicar el plazo de 4 años. La empresa disconforme interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por tanto, la cuestión a debatir consiste en determinar si la reclamación se encuentra o no prescrita, y con carácter previo, la naturaleza del beneficio consistente en el suministro de electricidad gratuita a un trabajador jubilado por parte de su antigua empleadora.

Respecto de la naturaleza de la prestación de suministro de energía eléctrica en condiciones especiales (gratuidad, bajo coste...), el TS considera que no es una mejora de la pensión de jubilación. En el supuesto enjuiciado el convenio colectivo no contempla ese beneficio por referencia a la prestación de Seguridad Social (la pensión) sino a la condición de quien lo recibe (jubilado de su trabajo). Es decir, si la persona jubilada deja de percibir la pensión de referencia (porque se suspende, al operar cualquiera de las causas legalmente previstas) no desaparece el beneficio, lo cual denota su autonomía respecto de ella. Por ello, concluye que este beneficio supone una ventaja para quien se ha jubilado prestando servicios en la empresa, pero ese es el presupuesto único de que la disfrute; ni toma como referencia la pensión percibida, ni exige que se mantenga su cobro, por lo que descartada su consideración como mejora voluntaria entiende que se trata de un salario en especie.

Respecto del plazo de reclamación, el TS considera que debe aplicarse el plazo de un año (ET art.59.1) pero no porque su aplicación tenga su origen en una norma laboral –el convenio colectivo- sino porque se está reclamando un beneficio, ventaja o prestación que deriva del contrato de trabajo.

Es probable incluso que el suministro no deba considerarse especie de naturaleza salarial (diferida), en tanto desvinculada ya del trabajo individual, pues parece relacionada con la pertenencia pasada una organización empresarial que satisface al trabajador una necesidad vitalicia hasta sus últimos días. Además, considera que, con independencia de que el suministro constituya salario en especie, prestación extrasalarial, acción social o beneficio singular, lo disfruta el trabajador como consecuencia del trabajo prestado para la empresa, por lo que el plazo para la reclamación, al tratarse de un derecho derivado del contrato, es de 1 año (ET art.59).

Por ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia dictada por el TSJ.

