



**NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL JUNIO 2019**

## Novedades que merecen su atención junio 2019

### ÍNDICE

1. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse a un sindicato
2. Recaída sin acreditar un nuevo periodo de cotización: ¿debe abonarse el subsidio por IT?
3. ¿Qué incluye el salario a percibir durante el disfrute de los permisos retribuidos?
4. Despido improcedente y opción por la readmisión: ¿se devengan vacaciones durante la tramitación del procedimiento? (\*\*\*\*)
5. La AN declara que para alcanzar la cuantía del SMI deben tenerse en cuenta todos los complementos salariales (\*\*\*\*)
6. ¿Qué requisitos deben cumplirse para considerar que existe acoso laboral? (\*\*\*\*)
7. Un Juzgado califica de laboral la relación entre Deliveroo y sus repartidores
8. ¿Puede prohibirse la distribución de publicidad sindical en los puestos de trabajo?
9. Creado un observatorio para la lucha contra el fraude en la Seguridad Social
10. Extinción del contrato. De la indemnización por daños y perjuicios no se descuenta la prestación por desempleo
11. Se reconoce la prestación por paternidad en caso de nacimiento del hijo sin vida
12. Empresas en concurso. ¿Cuándo nace la responsabilidad del FOGASA?
13. Nuevo criterio técnico de la ITSS en materia de registro de jornada (\*\*\*\*)
14. Permiso retribuido por fallecimiento de familiar. ¿Cuándo comienza su cómputo?
15. ¿Es lícita una huelga convocada por 5 sindicatos simultáneamente y con la misma finalidad? (\*\*\*\*)
16. Contrato a tiempo parcial. No es discriminatorio establecer un régimen de jornada diferente al de los trabajadores a tiempo completo (\*\*\*\*)

17. Retribución variable: aunque la plantilla lo haya tolerado, es ilícito no fijar los objetivos a cumplir
  18. Pensión de viudedad en cuantía del 70%. ¿Qué ingresos se computan para acreditar las cargas familiares?
-

## Breve reseña

### **1. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse a un sindicato**

El TS ha declarado que, al realizar un trabajo subordinado y sometido al consejo rector, la relación de los socios trabajadores con la cooperativa de trabajo asociado no es solo societaria, por lo que se reconoce su derecho a afiliarse libremente a un sindicato. En consecuencia, considera que, al incluir comunicados en su web con la finalidad de desprestigiar al sindicato, la cooperativa vulneró el derecho a la libertad sindical.

STS 8-5-19.

### **2. Recaída sin acreditar un nuevo periodo de cotización: ¿debe abonarse el subsidio por IT?**

El TS reconoce el derecho a percibir el subsidio de IT en caso de recaída en una misma enfermedad de una prestación agotada aunque no se hayan acreditado 180 días de cotización. Considera que la denegación de efectos económicos a la situación de baja médica no es una facultad discrecional del INSS, sino que debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación, lo que no ha sucedido.

STSUD 9-5-19.

### **3. ¿Qué incluye el salario a percibir durante el disfrute de los permisos retribuidos?**

La retribución durante el disfrute de los permisos retribuidos debe incluir todos los conceptos salariales que se hubieren devengado de haber existido una efectiva prestación de servicios. Además, cuando la ausencia obedece a motivos vinculados con la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar no abonarlos es contrario al principio de igualdad de trato y, en cuanto que estos permisos son disfrutados sobre todo por mujeres, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo.

SAN 24-5-19.

### **4. Despido improcedente y opción por la readmisión: ¿se devengan vacaciones durante la tramitación del procedimiento?**

El TS declara que en caso de despido declarado improcedente, si se opta por la readmisión, el tiempo de sustanciación del proceso por despido y de los recursos debe considerarse como tiempo de actividad laboral, ya que si

durante ese periodo no ha habido trabajo efectivo no ha sido por causa del trabajador, sino por un despido declarado improcedente cuyos efectos, entre ellos el derecho a la vacaciones no disfrutadas, se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión.

STSUD 27-3-19.

#### **5. La AN declara que para alcanzar la cuantía del SMI deben tenerse en cuenta todos los complementos salariales**

La AN ha declarado que los complementos salariales son absorbibles por el salario mínimo fijado cada año. Esto supone que para que la retribución anual del trabajador llegue a los 12.600, que es el SMI anual regulado para 2019, se deben computar los pluses.

SAN 25-05-19, rec. 71/2019.

#### **6. ¿Qué requisitos deben cumplirse para considerar que existe acoso laboral?**

EL TCo estima el recurso de amparo al considerar que existe acoso laboral por haberse vulnerado el derecho a la integridad moral del trabajador, un alto funcionario de Estado.

Señala que para apreciar la existencia de acoso moral debe acreditarse que existen los siguientes elementos: intencionalidad; menoscabo personal del acosado; y que la actuación responda a la finalidad de vejar o humillar al trabajador o ser idónea para producir este resultado.

STCo 56/2019, BOE 10-6-19.

#### **7. Un Juzgado califica de laboral la relación entre Deliveroo y sus repartidores**

En la relación entre Deliveroo y sus repartidores concurren las notas clásicas que califican una relación como laboral: ajenidad, dependencia y carácter personalísimo.

La empresa no se limitaba a poner en contacto a los clientes con los repartidores a través de una aplicación informática, sino que ejercitaba todo su control, impartía instrucciones, y monitorizaba la actividad de los repartidores.

Además, asignaba las franjas horarias de reparto teniendo en cuenta las preferencias de los repartidores pero también la rapidez en el reparto, las opiniones de los clientes y la ausencia de rechazos de pedido.

SJS Barcelona núm. 31, 11-6-19.

**8. ¿Puede prohibirse la distribución de publicidad sindical en los puestos de trabajo?**

Impedir la difusión de información sindical en el puesto de trabajo, previa advertencia a la empresa y sin disturbar el trabajo, vulnera el derecho a la libertad sindical y la empresa no puede sustituirla unilateralmente por la entrega de documentación en persona o por fórmulas telemáticas.

SAN 3-5-19.

**9. Creado un observatorio para la lucha contra el fraude en la Seguridad Social**

Es un órgano colegiado integrado en la TGSS que, mediante la cooperación entre los diferentes organismos y entidades, se constituye para la recuperación de los recursos del sistema de la Seguridad Social que se pierden por los incumplimientos de las obligaciones en esta materia y por las conductas irregulares, así como el reforzamiento de la confianza y sostenibilidad de dicho sistema.

OM TMS/667/2019, BOE 19-12-19.

**10. Extinción del contrato. De la indemnización por daños y perjuicios no se descuenta la prestación por desempleo**

De la indemnización de daños y perjuicios impuesta a la empresa por incumplimiento de las obligaciones de contratación derivadas de las listas o bolsas de empleo no puede deducirse lo percibido por los trabajadores en concepto de prestaciones de desempleo. Lo contrario supondría que el propio perjudicado estaría contribuyendo con su patrimonio al pago de la indemnización.

STSUD 2-4-19.

**11. Se reconoce la prestación por paternidad en caso de nacimiento del hijo sin vida**

El TSJ Castilla-La Mancha reconoce el derecho a una prestación por paternidad a pesar del fallecimiento de hijo al finalizar un proceso ordinario de gestación. Entiende que la finalidad de la prestación también es lograr la conciliación de la vida familiar y la de pareja. Además, este reconocimiento es acorde con la nueva regulación de esta prestación tras el RDL 6/2019.

STSJ Castilla La Mancha 2-4-19.

**12. Empresas en concurso. ¿Cuándo nace la responsabilidad del FOGASA?**

El TS, reiterando su doctrina, declara que para que nazca la responsabilidad del FOGASA no basta con que exista una declaración de concurso, sino que debe mediar la extinción de los contratos. En cuanto que el derecho del trabajador a las prestaciones del FOGASA no nace hasta cuando se produce el despido, no es hasta ese momento cuando nace la obligación del FOGASA.

STSUD 12-4-19.

**13. Nuevo criterio técnico de la ITSS en materia de registro de jornada**

La Inspección de Trabajo ha publicado un nuevo criterio técnico que tiene por objeto fijar los criterios que adoptar en las actuaciones inspectoras en relación con las disposiciones relativas al registro de la jornada de trabajo. Los criterios están referidos a los contratos a tiempo completo. Establece que el sistema de registro debe ser fiable y veraz, objetivo, debe garantizar la no alteración a posteriori de los datos y respetar la normativa sobre protección de datos.

ITSS CT 101/2019.

**14. Permiso retribuido por fallecimiento de familiar. ¿Cuándo comienza su cómputo?**

Si el fallecimiento del familiar se produce cuando el trabajador ya ha iniciado la jornada laboral o la ha finalizado, el cómputo del permiso se debe iniciar desde el día siguiente aunque el convenio colectivo fije el derecho al permiso desde que ocurra el hecho causante.

SAN 23-5-19.

**15. ¿Es lícita una huelga convocada por 5 sindicatos simultáneamente y con la misma finalidad?**

Aunque es lícito que cada uno de los 5 sindicatos convoque por separado una huelga con el mismo objeto y en fechas coincidentes, el TS considera abusiva la conducta de los miembros de los comités de huelga consistente en obligar a la empresa a negociar con todos ellos (43 miembros), negándose a constituir una comisión negociadora con una composición que permita desarrollar una negociación que facilite un acuerdo sobre el final de la huelga.

TS 25-4-19.

**16. Contrato a tiempo parcial. No es discriminatorio establecer un régimen de jornada diferente al de los trabajadores a tiempo completo**

El contrato a tiempo parcial se diferencia del contrato a tiempo completo en la delimitación del tiempo de trabajo, por lo que no pueden considerarse trabajadores comparables.

Por ello, el TS no considera discriminatoria la disposición del convenio colectivo que establece un régimen de trabajo a turnos exclusivamente para los trabajadores a tiempo completo y remite la regulación en la materia para los trabajadores a tiempo parcial a las disposiciones legales de aplicación.

STS 10-4-19.

**17. Retribución variable: aunque la plantilla lo haya tolerado, es ilícito no fijar los objetivos a cumplir**

La AN establece que, aunque la plantilla haya tolerado en campañas anteriores que la empresa no comunique los objetivos a alcanzar para percibir un complemento salarial, esta es una situación manifiestamente contraria a Derecho y en modo alguno la autoriza a mantener indefinidamente esta conducta.

Tampoco impide que los trabajadores conozcan el objetivo el que esté fijado sobre un dato sensible que no deba ser conocido por terceros, ya que este hecho debió haber sido ponderado por la empresa al establecerlo.

SAN 6-5-19.

**18. Pensión de viudedad en cuantía del 70%. ¿Qué ingresos se computan para acreditar las cargas familiares?**

El incremento del porcentaje aplicable a la pensión de viudedad del 52% al 70% se pierde cuando no existen cargas familiares por superar los rendimientos anuales de la unidad familiar el límite establecido en el 75% del SMI. A tal efecto, se deben computar los ingresos del ejercicio en el que se produce esa variación y no los del ejercicio anterior.

STSUD 2-4-19.



## Cuestiones que se desarrollan más extensamente

### Despido improcedente y opción por la readmisión: ¿se devengan vacaciones durante la tramitación del procedimiento?

STUD 27-3-19.

El trabajador, representante de los trabajadores, recibe una comunicación de la empresa en la que se acuerda su cese por haber alcanzado la edad de jubilación - causa prevista en el convenio colectivo aplicable-. Disconforme, el trabajador reclama contra el despido que el TS declara improcedente estableciendo su derecho a optar entre el abono de la indemnización o la readmisión con abono de salarios de tramitación. El trabajador opta por la readmisión y en ese momento reclama a la empresa el disfrute o subsidiariamente el abono de las vacaciones no disfrutadas devengadas durante la sustanciación de los recursos (ejercicios 2014 y 2015). La empresa le concede únicamente las devengadas desde la readmisión efectiva (parte de las de 2015), por lo que el trabajador presenta demanda solicitándolas. Al ser desestimada tanto en instancia como en suplicación, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión debatida consiste en determinar si el trabajador que ha sido despedido de manera improcedente y que en su condición de representante unitario de los trabajadores asume la opción en favor de la readmisión y que es llevada a cabo por la empresa de manera regular abonando además los salarios de tramitación, tiene derecho al disfrute de las vacaciones-o a su compensación en metálico- durante el tiempo con el que se corresponden dichos salarios de tramitación cobrados.

El TS señala que en la normativa reguladora de las vacaciones anuales retribuidas (ET art.38 y Dir 2003/88 art.7) no existe un pronunciamiento expreso sobre los efectos que en la relación de trabajo y en el derecho a las vacaciones del trabajador tiene su readmisión efectiva después de un despido declarado improcedente. No obstante, considera que, en caso de despido declarado improcedente si se opta por la readmisión el trabajador, el tiempo de sustanciación del proceso de despido y de los recursos debe considerarse como tiempo de actividad laboral, ya que si durante ese periodo de tiempo no ha habido trabajo efectivo ha sido no por causa de los trabajadores si no por causa de un despido que con posterioridad ha sido declarado improcedente y cuyos efectos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión.

Por ello concluye que el tiempo de abono de salarios de tramitación es equiparable a tiempo de trabajo tras la readmisión, y proyecta sus efectos sobre todos los parámetros de la relación laboral entre los que está a el derecho a las vacaciones no disfrutadas por el trabajador debido a causas que no le son imputables. Por ello, en el supuesto enjuiciado al trabajador le corresponde el disfrute de las vacaciones correspondientes a los años durante los que no prestó actividad laboral: las correspondientes al último año antes de su reincorporación tras el despido en su totalidad (2015) y las correspondientes al año anterior en aplicación del convenio colectivo de la empresa que permite su acumulación en caso de no haber podido ser disfrutadas por necesidades del servicio (2014).

Además, el TS considera que esta solución se adecúa a la más reciente jurisprudencia del TJUE que ha establecido que las vacaciones anuales retribuidas no se pierden por no haberlas solicitado, pero que si el empresario demuestra que el trabajador se abstuvo deliberadamente y con pleno conocimiento de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho, el Derecho de la Unión no se opone a la pérdida de este derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica (TJUE 6-11-18, C-684/16).

Por todo ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, casando y anulando la sentencia recurrida reconociendo el derecho del demandante al disfrute de la totalidad de las vacaciones correspondientes al año 2015 y al año 2014.

### **La AN declara que para alcanzar la cuantía del SMI deben tenerse en cuenta todos los complementos salariales**

SAN 25-05-19, rec. 71/2019.

Por parte de la representación sindical se presenta demanda de conflicto colectivo en la que solicita que se declare la obligación de la empresa de abonar a los trabajadores afectados por el incremento del salario mínimo anual a 12.600 € (900 €/mes en 14 pagas) tanto los complementos salariales (plus de puesto de trabajo, de mantenimiento de vestuario y de transporte) que los trabajadores venían percibiendo en aplicación del convenio colectivo como la prima de producción, aunque la suma de todos los conceptos supere la cuantía fijada para el SMI para 2019. Es decir, solicita que se mantengan los complementos del salario establecidos por el convenio colectivo y se incremente el salario base a 900 €/mes.

Por tanto, la cuestión a debatir consiste en determinar si para llegar a la cuantía del salario mínimo anual de 12.600 € deben tenerse en cuenta todos los complementos salariales.

Las representaciones sindicales apoyan su pretensión en la normativa reguladora de la revisión del SMI para 2019 (RD 1462/2018 art.2 y 3.1) en la que se establece que el salario mínimo a comparar con los salarios profesionales resulta de añadir al SMI, los complementos salariales, las primas de producción e incentivos, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía inferior a los 12.600 €. No obstante, la AN considera que estas alegaciones no pueden ser aceptadas por las siguientes razones:

1. La revisión del SMI tendría un efecto multiplicador sobre todos los convenios colectivos, cuyos salarios bases fueran inferiores al SMI, que se convertiría, de este modo, en salario base, o salario fijo por unidad de tiempo para todos los trabajadores, cuyos salarios base convenio o pactados contractualmente fueran inferiores al SMI de cada año.

2. Supondría eliminar el papel de la negociación colectiva, que es el espacio

natural para la fijación de los salarios, puesto que sería el Gobierno, quien decidiría, a la postre, el importe de los salarios base o por unidad de tiempo, al margen de lo pactado en convenios colectivos o contratos de trabajo.

3. Dejaría sin contenido el ET art. 27.1 donde se regula que, de ser superiores, la revisión del SMI no debe afectar ni a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores, al sustituir el importe del salario base, pactado en el convenio, por el SMI.

4. Discriminaría a los trabajadores cuyos convenios o contratos utilicen el SMI como referencia, puesto que el salario mínimo interprofesional que se les aplicaría sería menor que el de los trabajadores cuyos convenios o contratos no utilicen como referencia al SMI, ya que se les aseguraría a todos ellos un salario fijo de 900 euros por 14 pagas, al que se adicionarían complementos salariales y la prima de producción o incentivo, cuyas cuantías serían totalmente dispares.

5. Imposibilitaría alcanzar el objetivo, perseguido por el Comité de Derechos Humanos, para que el SMI alcance el 60% del salario medio de los trabajadores, puesto que, el incremento del salario base, pactado en los convenios, con base al incremento del SMI, supondría un incremento objetivo de los salarios medios, que haría inalcanzable el objetivo citado.

Respecto de la aplicación de la prohibición de compensación y absorción regulada en el mismo convenio, la AN considera que afecta únicamente a las revalorizaciones del propio convenio colectivo. Tampoco cabe neutralizar la prima de producción, ya que aunque su naturaleza es salarial, el ET art.27.1 no diferencia entre los tipos de complemento por lo que solo puede procederse a la compensación o absorción cuando se haya establecido por convenio.

Por todo ello, probado que la cuantía anual percibida por los trabajadores afectados supera la del SMI se desestima la demanda planteada, sin perjuicio del derecho de los trabajadores individuales que perciban una cuantía inferior a reclamar las diferencias correspondientes.

### **¿Qué requisitos deben cumplirse para considerar que existe acoso laboral?**

STCo 56/2019, BOE 10-6-19.

Tras un periodo como cargo de confianza en el Consejo de Estado, un funcionario solicita la reincorporación al centro donde tenía derecho a la reserva del puesto de trabajo. A tal efecto, se le adjudica un puesto de asesor de nueva creación sin definición de atribuciones.

La Administración le mantiene durante más de año y medio completamente desocupado, sin información sobre sus funciones, sin asignarle tareas y sin convocarle a reunión de trabajo alguna; situación que no padecieron los demás funcionarios de la entidad, que tenían atribuidas tareas específicas y despachaban individualmente con el secretario general.

Ante esta situación, solicita reiteradamente, pero sin éxito, la asignación de responsabilidades o su traslado a otro destino. Por ello, en aplicación de un protocolo contra el acoso laboral, denuncia su situación ante la propia Administración, que resulta desestimada al entender que, a pesar de existir una prolongada postergación laboral, falta la violencia psicológica por hostigamiento que considera, presupone el acoso laboral.

Disconforme con la resolución administrativa, el funcionario interpone demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa que desestima la pretensión descartando la existencia del acoso laboral al no haber quedado acreditado que la conducta haya estado acompañada de actos violentos.

No considera que destinar a un trabajador a puestos carentes de trabajo y funciones, aún injustificable, sea constitutivo de mobbing. Por estas razones, al entender que la marginación laboral a la que fue sometido ha vulnerado derechos constitucionales, entre ellos el derecho a la integridad moral (Const art.15), el funcionario interpone recurso de amparo ante el TCo.

El TCo repasando su doctrina aprecia que la inactividad laboral prolongada a la que fue sometido el trabajador demandante de amparo sí afecta al derecho fundamental a la integridad moral y a la prohibición de tratos degradantes (Const art.15), por lo que en el supuesto enjuiciado la cuestión debatida consiste en determinar si lo que se ha producido es una simple injerencia o una vulneración de este derecho.

Para resolverla, interpretando su doctrina, el TCo declara que, para afirmar que se ha producido una vulneración de este derecho, es necesario comprobar, atendiendo las circunstancias del caso, que concurren los siguientes elementos:

a) Si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención).

b) Si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo).

c) Si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación). En caso de faltar este elemento no hay trato degradante, pero solo puede descartarse la vulneración del Const art.15 si la conducta enjuiciada:

- tiene cobertura legal (legalidad);

- responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación);

- constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto).

En el supuesto enjuiciado la inactividad profesional del funcionario no ha sido accidental y hay indicios reveladores de su carácter intencional, no casual y la administración no ha acreditado la concurrencia de una finalidad o un objetivo legítimo. Por el contrario, con abuso de poder o arbitrariedad, se le marginó

laboralmente durante un periodo largo, lo que presupone la existencia de menosprecio y ofensa a la dignidad del trabajador, lo que resulta idóneo para desprestigiarle, provocarle sensación de inferioridad, baja autoestima, frustración e impotencia y, en definitiva, perturbar el libre desarrollo de su personalidad.

A la vista de todo ello, atendidas la intensidad de los elementos examinados (intención, menoscabo y vejación) y las circunstancias del caso (la larga duración de la postergación laboral y la ausencia de motivo legítimo), el TCo concluye que la administración ha dispensado al funcionario un trato calificado como degradante y, en cuanto tal, contrario a su derecho fundamental a la integridad moral. Además, aunque hubiera faltado el componente vejatorio y el trato dispensado no hubiera podido considerarse degradante, en ausencia de cobertura legal y de un objetivo legítimo, también se habría incumplido la necesidad de proporcionalidad, y se habría vulnerado el derecho a la integridad moral del funcionario.

Por ello, el TCo declara que sí ha sido vulnerado su derecho a la integridad moral, por lo que estima el recurso y condena a la administración a restablecerle en su derecho. Asimismo, se declaran nulas tanto las resoluciones administrativas como judiciales dictadas en sentido contrario.

## **Nuevo criterio técnico de la ITSS en materia de registro de jornada**

ITSS CT 101/2019.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha dictado un criterio técnico que tiene por objeto fijar criterios para la realización de las actuaciones inspectoras que se efectúen desde el 12-5-2019 (entrada en vigor del RDL 8/2019) en relación con las disposiciones relativas al registro de jornada (ET art.34.9).

Estos criterios de actuación, que están referidos a los contratos de trabajo a jornada completa, son los siguientes:

### 1. Obligatoriedad del registro de jornada.

La llevanza del registro de jornada no es una opción para el empresario, sino que se trata de un deber. El empresario tiene la obligación de garantizar la existencia de un registro de jornada, ya que no se trata de una mera potestad del empleador. Esta obligatoriedad ha sido confirmada por el TJUE (TJUE 14-5-19, asunto CCOO), al afirmar que, para garantizar los derechos en materia de jornada recogidos la normativa comunitaria (Dir 2003/88/CE y CDFUE art 31), es obligatorio que los Estados miembros y las empresas implanten un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora.

### 2. Objeto del registro de jornada

La ITSS interpreta que lo que debe ser objeto de registro es la jornada de trabajo realizada diariamente. Aunque la norma no exige expresamente el registro de las



interrupciones o pausas entre el inicio y la finalización de la jornada diaria que no tengan carácter de tiempo de trabajo efectivo, la ITSS señala lo siguiente:

- a) Mediante la negociación colectiva, un acuerdo de empresa o, en su defecto, la decisión del empresario previa consulta con los representantes de los trabajadores en la empresa, el registro de jornada puede organizarse de manera que incluya las interrupciones o pausas que se consideren, siempre y cuando el registro incluya necesariamente el horario de inicio y finalización de la jornada.
- b) La lectura que se haga del registro al determinar el posible incumplimiento de los límites en materia de tiempo de trabajo debe hacerse de forma integral, considerando todas las posibilidades que permite el ordenamiento laboral en materia de distribución de tiempo de trabajo.
- c) Se considera conveniente que el registro utilizado en la empresa ofrezca una visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo. De no hacerlo, puede presumirse que lo es el tiempo transcurrido entre la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo registrada y la acreditación de que ello no es así le corresponde al empleador.
- d) La negociación colectiva o los acuerdos de empresa referidos a la organización y documentación del registro deben ser el instrumento idóneo para precisar cómo considerar todos los aspectos relacionados con el registro de interrupciones, pausas o flexibilidad de tiempo de trabajo.

### 3. Obligación de registro diario

La ITSS establece que el registro de jornada debe ser diario y considera que no es válido acreditar su cumplimiento mediante la exhibición de:

- El horario general de aplicación en la empresa;
- El calendario laboral; o
- Los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos.

Estos elementos se formulan anticipadamente y lo que determinan es la previsión de trabajo para un determinado periodo pero no las horas efectivamente trabajadas, que sólo se pueden conocer con posterioridad como consecuencia de la llevanza del registro de jornada. Este es la forma de determinar la jornada de trabajo efectivamente llevada a cabo, así como, en su caso, la realización de horas por encima de la jornada ordinaria de trabajo, legal o pactada, que serán las que tengan la condición de extraordinarias.

### 4. Vigencia de otros registros y especialidades

El registro de jornada coexiste con los demás registros establecidos por la normativa vigente que se mantienen funcionales y de acuerdo con sus propias previsiones o régimen jurídico. Son los siguientes:

- a) El registro diario de los contratos a tiempo parcial (ET art.12 c).

b) El registro de horas extraordinarias (ET art.35.5). La ITSS considera que el registro diario de la jornada puede ser utilizado por las empresas para el cumplimiento de la obligación de registro de las horas extraordinarias sin perjuicio de que, en caso de realización de horas extraordinarias se establezcan obligaciones adicionales (RD 1561/1995 disp. adic 3ª).

c) Los registros de horas de trabajo y descanso sobre trabajadores móviles, trabajadores de la marina mercante y trabajadores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario (RD 1561/1995). La ITSS señala que, si permiten una lectura real de la jornada de trabajo realizada, estos registros se mantienen en sus propios términos al estar incluido su contenido en las especialidades que señala el ET art.34.

d) Los registros de jornada en los desplazamientos transnacionales (L 45/1999).

#### 5. Conservación del registro de jornada.

Se obliga a la empresa a conservar los registros durante 4 años, permaneciendo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la ITSS. A esta respecto la ITSS establece criterios sobre:

a) La forma de conservación, la ITSS considera que es válido cualquier medio, físico o de cualquier otro tipo, siempre que garantice la fiabilidad y veracidad respecto de los datos registrados diariamente. Asimismo, al no establecerlo la norma, esta conservación de los registros diarios no implica la obligación de totalizarlos (si es obligatoria en el caso de los contratos a tiempo parcial y en caso de realización de horas extraordinarias).

b) La permanencia a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la ITSS, que supone:

- que es posible acceder a registros en cualquier momento, cuando así sea solicitado por los trabajadores, sus representantes y por la ITSS;

- que los registros tienen que estar y permanecer físicamente en el centro de trabajo, o ser accesibles desde el mismo de manera inmediata.

- que se permite que si se han instrumentado originalmente en formato papel, a efectos de su conservación puedan archivar en soporte informático mediante el escaneo de los documentos originales, siendo guardado telemáticamente con las debidas garantías. Este archivo, también debe permanecer disponible.

- que la comprobación de la existencia del registro debe poder realizarse en el centro de trabajo, sin perjuicio de que dichos registros puedan solicitarse, además, para su presentación en comparecencia en las oficinas de Inspección o remisión a este organismo.

c) La forma concreta de puesta a disposición. Ante la ausencia de referencia expresa y por motivos de seguridad jurídica, la ITSS interpreta que la permanencia a disposición:

- no implica la obligación de entrega de copias (salvo que se disponga por el

convenio colectivo o exista pacto expreso en contra);

- no debe entregarse a cada persona trabajadora copia de su registro diario, sin perjuicio de facilitar su consulta personal, ni a los representantes legales de los trabajadores, lo que no obsta la posibilidad de estos últimos de tomar conocimiento de los registros de los trabajadores.

## 6. Organización y documentación del Registro.

La forma de organización y documentación del sistema de registro se debe determinar por la negociación colectiva, por acuerdo de empresa o, en su defecto, por decisión del empresario previa consulta con los representantes de los trabajadores. Respecto de la organización, el sistema de registro, en todo caso, debe ser: objetivo, fiable y veraz, no debe permitir la alteración de los datos a posteriori y debe respetar la normativa sobre protección de datos personales (RGPD; LO 3/2018).

Respecto de la documentación del registro:

a) Si se realiza por medios electrónicos o informáticos (sistema de fichaje por medio de tarjeta magnética o similar, huella dactilar o mediante ordenador): la ITSS puede requerir en la visita la impresión de los registros correspondientes al periodo que se considere, o bien su descarga o su suministro en soporte informático y en formato legible y tratable.

b) Si se lleva mediante medios manuales (firma del trabajador en soporte papel): la ITSS puede recabar los documentos originales o solicitar copia de los mismos. Si no se disponen de medios para su copia, pueden tomarse notas, o muestras mediante fotografías, así como, de considerarse oportuno en base a las incongruencias observadas entre el registro de jornada, y la jornada u horario declarado, tomar el original del registro de jornada como medida cautelar regulada.

Es también competencia de la ITSS comprobar que la forma de organización y documentación ha ido precedida del correspondiente procedimiento de negociación o consulta con la representación de los trabajadores. La comprobación puede realizarse a través de las actas de las reuniones celebradas en el proceso de negociación.

## 7. Régimen sancionador

La LISOS tipifica como infracción grave la transgresión de las obligaciones en materia de registro de jornada.

Aunque los procedimientos sancionadores pueden iniciarse desde el 12-5-2019 (entrada en vigor del RDL 8/2019), se señala que los inspectores actuantes:

-deben valorar la existencia de una negociación entre las partes bajo el principio de la buena fe;

-deben tener en cuenta el resto de las circunstancias del caso, por lo que si hubiese certeza de que se cumple la normativa sobre tiempo de trabajo o de que



no se realizan horas extraordinarias, aunque no se lleve a cabo el registro de la jornada de trabajo, tras la valoración del inspector actuante en cada caso, puede sustituirse el inicio del procedimiento sancionador por la formulación de un requerimiento para que se dé cumplimiento a la obligación legal de garantizar el registro diario de la jornada de trabajo.

Este criterio ha dejado sin efecto la Instr. 1/2017 sobre intensificación y control en materia de tiempo de trabajo u horas extraordinarias.

### **¿Es lícita una huelga convocada por 5 sindicatos simultáneamente y con la misma finalidad?**

TS 25-4-19.

La representación de la empresa y la sindical, formada por 5 sindicatos constituye una mesa para la negociación de un nuevo convenio colectivo, que finaliza sin acuerdo. Con el fin de evitar la huelga, los sindicatos intentan alcanzar un acuerdo ante la comisión paritaria del convenio, sin que la reunión llegue a buen fin. Asimismo, promueven una mediación previa a la huelga que también finaliza sin acuerdo. Finalmente, cada uno de los sindicatos (5) procede a la convocatoria de huelga. Todas las convocatorias son por los mismos motivos y se fijan para las mismas fechas. Cada representación sindical nombra su propio comité de huelga emitiendo durante la celebración comunicados conjuntos, y realizando movilizaciones conjuntas.

La empresa interpone demanda de conflicto colectivo ante la AN solicitando que se declare la ilegalidad de las huelgas convocadas, ya que considera que las diferentes convocatorias encubren la promoción de una sola huelga, y que, además, el nombramiento de 5 comités de huelga, uno por cada convocatoria, vulnera la obligación legal que establece que el número de miembros del comité no debe exceder de 12, y produciendo el efecto de hacer que la negociación resulte ineficaz.

La AN desestima la demanda por entender que es lícito que cada sindicato haga una convocatoria y por no apreciar fraude de ley o mala fe en el comportamiento sindical. Disconforme, la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión debatida consiste por tanto en determinar la legalidad o no de las convocatorias de huelgas simultáneas por cada uno de los sindicatos por los mismos motivos y para el mismo conflicto; y del nombramiento de 5 comités diferentes con un total de 43 miembros en lugar de los 12 que como máximo debe tener un comité de huelga.

Sobre la licitud de las 5 convocatorias distintas de huelga con el mismo fin, el TS, aplicando la legislación y la jurisprudencia (RDL 17/1977 y TCo 11/81), recuerda que, aunque la titularidad del derecho de huelga le corresponde a los trabajadores, también puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral de la huelga, sin que pueda ser limitado por su mayor o menor representatividad. Por ello, concluye que todos los sindicatos tienen derecho a convocar y a desconvocar una huelga cuando lo crean

oportuno; y aunque los objetivos sean comunes, no pueden ser obligados a una acción conjunta puesto que la estrategia seguida por cada uno de ellos es diferente. Lo contrario supondría limitar la libertad de acción y la independencia que tienen todos los sindicatos.

Respecto del nombramiento de un comité de huelga por cada uno de los sindicatos, el TS declara que a diferencia del derecho a convocar o desconvocar una huelga, el derecho a formar un comité de huelga con 43 miembros, so pretexto de que se han hecho 5 convocatorias de huelga, no es esencial y no se puede obligar a la empresa a negociar con todos ellos simultáneamente. Esta conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

1. El objetivo del comité de huelga es obtener un acuerdo que ponga fin a la huelga, y ese objetivo no es fácil cuando en la negociación intervienen directamente 43 personas pertenecientes a diferentes sindicatos y con distintas estrategias que podrían acabar provocando el que la construcción del acuerdo se convirtiera en una nueva Torre de Babel.
2. Si el Comité que venía negociando el nuevo convenio tiene 13 miembros, resulta absurdo por desproporcionado, imponer una comisión negociadora por la parte social de 43 miembros.
3. Obligar a la empresa a negociar con los 43 miembros de los comités de huelga y negarse a nombrar un comité menos numeroso, puede calificarse como una conducta abusiva, dado que, en realidad, las 5 convocatorias de huelga encubren una sola al tener el mismo objeto y coincidir los paros los mismos días en todas las convocatorias. Es por tanto una actuación ilícita por abusiva, al ser contraria a la Ley y al espíritu que la informa, sin necesidad de considerarla fraudulenta
4. La constitución de una comisión negociadora única, siempre que se respete la representatividad de cada sindicato, se adecúa a lo previsto legalmente; y de adoptarse un pacto de fin de huelga, si la decisión de la parte social que vota a favor del acuerdo se acomoda a los requisitos de mayoría establecidos para la aprobación de los convenios colectivos estatutarios, tiene el valor de convenio colectivo. De no alcanzarse esta mayoría su eficacia es la de simple pacto contractual que únicamente obliga a los firmantes del mismo, pudiendo los disidentes seguir adelante con la huelga si lo consideran oportuno.

Por ello el TS declara que aunque la huelga se inició legalmente, devino en ilegal por abusiva como consecuencia de la conducta adoptada por los miembros de los comités de huelga al negarse a constituir una comisión negociadora con una composición más ajustada a la normativa reguladora (12 miembros), lo que impidió que se desarrollase una negociación que podría haber facilitado un acuerdo sobre el final de la huelga.

En consecuencia, se estima el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida.

## **Contrato a tiempo parcial. No es discriminatorio establecer un régimen de jornada diferente al de los trabajadores a tiempo completo**

STS 10-4-19.

El convenio colectivo de la empresa regula en su artículo 28 el trabajo a turnos estableciéndose, entre otras cuestiones, el derecho a disfrutar de al menos un domingo libre de cada 4, así como a conocer con 14 días de antelación los turnos del mes siguiente y con 2 días de antelación los cambios de turno. La regulación viene referida exclusivamente a los trabajadores indefinidos a tiempo completo. Para la regulación de los trabajadores a tiempo parcial, se remite a las disposiciones legales de aplicación.

El sindicato CGT presenta demanda de impugnación de convenio colectivo reclamando que se declare la nulidad del artículo 28 al considerar que contraviene el derecho a la igualdad y a la no discriminación al aplicarse solo a los trabajadores indefinidos a tiempo completo (Const art.14).

La prohibición de discriminación parte de la premisa de la existencia de trabajadores comparables y debe jugar en condiciones que no guarden directa e intrínseca relación con los elementos definidores de la modalidad contractual.

La nota diferencial entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo está precisamente en la delimitación del tiempo de trabajo a través de la distribución de la jornada. Los trabajadores a tiempo parcial tienen un régimen específico y particular en esta materia (ET art.12) . No parece equiparable, por lo tanto, la incidencia de la regulación en materia de jornada y tiempo de trabajo en general entre los dos colectivos ya que es en ese preciso aspecto del contrato de trabajo en el que reside su diferencia. De ahí que quepa entender plenamente justificada la diferencia del régimen jurídico por el que se rigen unos y otros en esta materia.

Por ello, el TS considera que no existe una vulneración del principio de igualdad ya que las diferencias están vinculadas a la distinta naturaleza de los tipos de contratos analizados y, en definitiva, a la mayor duración de la jornada de quienes están vinculados por un contrato a tiempo completo.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida.

