



TOMARIAL

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

**NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL AGOSTO Y
SEPTIEMBRE 2019**

Novedades que merecen su atención agosto y septiembre 2019

ÍNDICE

1. La TGSS comienza a controlar las bases máximas de cotización de trabajadores a tiempo parcial
2. ¿Cómo se califica el despido de la pareja de un miembro del comité de empresa? (****)
3. Es discriminatorio excluir del devengo de un complemento salarial los períodos de disfrute de un permiso parental
4. Rayar el coche de un compañero: ¿es causa de despido? (****)
5. ¿Cuándo debe concederse el cambio del sistema de trabajo a turnos por un turno fijo?
6. El TJUE declara que supeditar la concreción horaria a la reducción de jornada y salario no es contrario al derecho de la UE (****)
7. ¿Cuál es el plazo para justificar la incomparecencia a un reconocimiento médico?
8. Declarado nulo el despido de una trabajadora por negarse a firmar el documento de Protección de Datos
9. El procedimiento de MSCT no es adecuado para sustituir el convenio colectivo aplicable si no se acredita la causa (****)
10. El TJUE se pronuncia de nuevo en relación con la discriminación por razón de discapacidad (****)
11. La empresa no puede utilizar un video grabado por un empleado para sancionar a otro (****)
12. Comentarios inapropiados en RRSS sobre la empresa y los compañeros sin identificarlos: ¿son causa de despido disciplinario? (****)
13. No procede la ultraactividad del convenio colectivo si no existe vacío normativo
14. Utilizar el vehículo de empresa para asuntos particulares puede ser motivo de despido (****)
15. ¿Qué efectos produce la falta de respuesta a una solicitud de reducción de jornada? (****)
16. ¿Puede la empresa alterar unilateralmente el sistema de guardias establecido por el convenio tras un requerimiento de la ITSS? (****)

17. Criterio del INSS para el cálculo de la pensión de jubilación procedente del trabajo a tiempo parcial (****)
18. La fecha de abono del salario no puede ser objeto de descuelgue (****)
19. Embargo de sueldo. ¿Cómo se realiza si las pagas extra están prorrateadas? (****)
20. Complemento de antigüedad: ¿puede suponer una doble escala salarial? (****)
21. Entrega de revistas a empleados: ¿puede sustituirse por el acceso a una plataforma digital?
22. Nuevo criterio del INSS sobre la duración de la prestación por maternidad de las familias monoparentales
23. ¿Cómo se calcula el crédito horario de los delegados sindicales? (****)

Breve reseña

1. La TGSS comienza a controlar las bases máximas de cotización de trabajadores a tiempo parcial

La TGSS incorpora un nuevo control en el sistema de liquidación directa con el fin de ajustar la base máxima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial a los días que permanezca en alta con obligación de cotizar. Este nuevo control se va a aplicar a todas las liquidaciones, independientemente del período de liquidación al que hagan referencia.

2. ¿Cómo se califica el despido de la pareja de un miembro del comité de empresa?

Si se acredita que el despido se ha producido como represalia a la actividad sindical de su pareja sentimental, el despido se califica como nulo. El TSJ considera que el despido es nulo al haberse producido una discriminación por asociación o vinculación.

STSJ Las Palmas 29-8-19.

3. Es discriminatorio excluir del devengo de un complemento salarial los períodos de disfrute de un permiso parental

Es contraria a derecho la práctica empresarial de no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo de un complemento salarial, las ausencias al trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento. Esta práctica no garantiza la igualdad de trato y oportunidades de las personas que se acogen a uno de estos permisos parentales, por lo que es discriminatoria con respecto a las personas que no utilizan estos permisos.

STS 16-7-19.

4. Rayar el coche de un compañero: ¿es causa de despido?

Se considera que la conducta del trabajador supone un quebrantamiento de la buena fe contractual que necesariamente ha de presidir las relaciones empresa- trabajador. La peligrosidad de la conducta para la organización del trabajo y la necesidad de prevenir comportamientos semejantes, con independencia del perjuicio económico producido hacen el despido se declare procedente.

STSJ Galicia 10-1-19.

5. ¿Cuándo debe concederse el cambio del sistema de trabajo a turnos por un turno fijo?

Las controversias suscitadas en torno a las solicitudes de jornada a la carta deben resolverse valorando tanto las necesidades del trabajador como las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Por ello, se ha rechazado una solicitud de cambio de un sistema de trabajo a turnos a un turno fijo porque el nuevo horario no cumple con la finalidad de conciliación perseguido y supone un perjuicio para la empresa y el resto de trabajadores.

SJS nº 3 Gijón 29-8-19.

6. El TJUE declara que supeditar la concreción horaria a la reducción de jornada y salario no es contrario al derecho de la UE

No se opone al derecho comunitario una normativa nacional que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo, cuando su régimen de trabajo habitual es de turnos con un horario variable.

STJUE 18-9-19, asunto Ortiz Mesonero C-366/18

7. ¿Cuál es el plazo para justificar la incomparecencia a un reconocimiento médico?

En la tramitación de la extinción del subsidio de IT por incomparecencia al reconocimiento médico, el plazo de 10 días para formular alegaciones se computa desde la fecha del reconocimiento médico, no desde que se reciba la resolución de suspensión cautelar de la prestación.

STSJ Sta. Cruz de Tenerife 5-7-19.

8. Declarado nulo el despido de una trabajadora por negarse a firmar el documento de Protección de Datos

Aunque la conducta de la trabajadora fuera reprochable, no tiene la gravedad e intensidad suficiente para justificar el despido disciplinario.

Por el contrario existen indicios suficientes, no destruidos por la empresa, de que la sanción obedece a la afiliación de la trabajadora a un sindicato, lo que supone una vulneración de los derechos sindicales de la

trabajadora.

STSJ Castilla-La Mancha 11-7-19.

9. El procedimiento de MSCT no es adecuado para sustituir el convenio colectivo aplicable si no se acredita la causa

La AN declara nula, por concurrir fraude de ley, la decisión empresarial de sustituir el convenio colectivo aplicable a través del procedimiento de MSCT si no se acreditan causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y únicamente se manifiesta que el nuevo convenio resulta más adecuado.

Considera que, aunque haya acuerdo en el periodo de consultas, lo que se persigue es sustituir un convenio colectivo.

SAN 30-7-19.

10. El TJUE se pronuncia de nuevo en relación con la discriminación por razón de discapacidad

El TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el JS nº3 de Barcelona en relación a si el despido por causas económicas de una trabajadora que tenía reconocida la condición de especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, es discriminatorio por razón de discapacidad, cuando los criterios de selección utilizados son los de menor productividad, mayor absentismo y menor polivalencia.

STJUE 11-9-19, C-397/18.

11. La empresa no puede utilizar un video grabado por un empleado para sancionar a otro

La normativa de protección de datos no se aplica solo a los sistemas de videovigilancia instalados por la empresa, sino también a cualquier sistema similar que tenga por finalidad el control laboral. Por ello, la AEPD impone una multa de 12.000 euros a una empresa que utilizó las imágenes captadas mediante el teléfono móvil de un empleado para sancionar disciplinariamente a otro.

AEPD Resol R/00411/2019.

12. Comentarios inapropiados en RRSS sobre la empresa y los compañeros sin identificarlos: ¿son causa de despido disciplinario?

El TSJ declara procedente el despido de un trabajador por haber realizado comentarios y referencias inapropiadas sobre los compañeros y sobre la empresa en twitter. Aunque no nombra a la empresa, ni a ningún compañero, y las referencias que realiza son genéricas, se considera que resulta fácil averiguar cuál es la empresa aludida, dañando su imagen.

STSJ Madrid 19-7-19.

13. No procede la ultraactividad del convenio colectivo si no existe vacío normativo

El TSJ Sevilla rechaza sostener la ultraactividad de un convenio colectivo estatutario si no ha existido vacío normativo por haberse aplicado posteriores convenios extraestatutarios.

Si bien los últimos convenios no cumplían los requisitos legales para tener fuerza normativa general o carácter estatutario, ello no les priva de fuerza vinculante derivada de la voluntad negocial de las partes para regir las relaciones laborales con pleno derecho.

STSJ Sevilla 26-6-2019

14. Utilizar el vehículo de empresa para asuntos particulares puede ser motivo de despido

Se declara procedente el despido disciplinario de un trabajador al acreditarse que, de modo reiterado, ha utilizado el vehículo puesto a su disposición por la empresa, sin comunicarlo previamente, ni existir consentimiento alguno, para actividades particulares y en su propio beneficio. Se considera que concurre una transgresión de la buena fe contractual.

STSJ Burgos 24-7-19.

15. ¿Qué efectos produce la falta de respuesta a una solicitud de reducción de jornada?

La falta de respuesta a la solicitud de reducción de jornada presentada dos meses antes de un despido disciplinario supone que si la causa no ha sido probada sea declarado nulo y no improcedente. El respeto a la buena fe contractual exige de la empresa una respuesta inequívoca a una solicitud de reducción de jornada.

STSJ Galicia 15-7-19.

16. ¿Puede la empresa alterar unilateralmente el sistema de guardias establecido por el convenio tras un requerimiento de la ITSS?

Aunque la decisión empresarial de modificar el sistema de guardias, plasmada en una nota interna, haya sido adoptada a requerimiento de la ITSS, el TS considera que colisiona con el contenido del convenio, y altera una práctica anterior ya consolidada, por lo que el procedimiento a seguir debió ser el establecido para la modificación sustancial de condiciones de alcance colectivo y acudir al procedimiento de inaplicación del convenio.

STS 3-7-2019.

17. Criterio del INSS para el cálculo de la pensión de jubilación procedente del trabajo a tiempo parcial

En aplicación de la sentencia del TCo 91/2019, el INSS establece el criterio para calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación cuando el beneficiario ha desempeñado trabajos a tiempo parcial. Se establecen también los efectos de la sentencia respecto de las situaciones anteriores a su publicación en el BOE (12-8-2019).

INSS Criterio 17/2019.

18. La fecha de abono del salario no puede ser objeto de descuelgue

El TS declara que el aplazamiento de la fecha de pago de las pagas extraordinarias y del abono del salario pactado no puede ser objeto de inaplicación por la empresa, aunque concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Considera que la fecha de pago no puede incardinarse dentro del concepto sistema de remuneración establecido en el convenio colectivo (ET art.83.3. d).

STS 11-6-19.

19. Embargo de sueldo. ¿Cómo se realiza si las pagas extra están prorrateadas?

Hacienda responde a la consulta planteada sobre la forma de realizar el embargo sobre el sueldo en el caso de que existan pagas extraordinarias prorrateadas y si se mantiene la vigencia del embargo del salario cuando el trabajador es readmitido tras su despido.

DGT CV 21-6-19.

20. Complemento de antigüedad: ¿puede suponer una doble escala salarial?

El TS declara que es nula la disposición de un acuerdo colectivo que establece un complemento personal de antigüedad que conlleva diferencias salariales consecuencia de la fecha de ingreso en la empresa.

STSUD18-3-19.

21. Entrega de revistas a empleados: ¿puede sustituirse por el acceso a una plataforma digital?

La AN declara que la supresión de entrega a la plantilla de la totalidad de las publicaciones de la empresa editora demandada sustituyéndola por una suscripción a una plataforma electrónica que no recoge todas las publicaciones que antes se entregaban en papel constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La modificación debió adoptarse con arreglo al procedimiento establecido por lo que, al no realizarse así, se declara su nulidad.

SAN 22-7-19, EDJ 657219

22. Nuevo criterio del INSS sobre la duración de la prestación por maternidad de las familias monoparentales

El INSS ha emitido un criterio por el que reconoce el derecho de las familias con un solo progenitor o progenitora a disfrutar de las dos semanas adicionales de permiso retribuido por nacimiento y cuidado de hijo o menor con discapacidad o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Se iguala así el derecho de las familias monoparentales a las de dos progenitores a disfrutar del periodo adicional.

23. ¿Cómo se calcula el crédito horario de los delegados sindicales?

El sindicato puede optar entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo. Si opta por nombrarlos a nivel de empresa, el cálculo del crédito horario para actividades sindicales se debe realizar teniendo en cuenta el número de trabajadores de la empresa y no del centro de trabajo en el que el sindicato tenga representación en el

comité de empresa.

SAN 12-7-19.

Cuestiones que se desarrollan más extensamente

¿Cómo se califica el despido de la pareja de un miembro del comité de empresa?

STSJ Las Palmas 29-8-19.

La empresa, un complejo hotelero, comunica a la trabajadora que había tomado la decisión de despedirla disciplinariamente debido a una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal, reconociendo, con posterioridad, la impropiedad del despido abonándole la correspondiente indemnización.

En la misma empresa prestaba sus servicios la pareja sentimental de la trabajadora despedida, que formaba parte del comité de empresa, y que como secretario del mismo había formulado varias denuncias ante la ITSS por determinados incumplimientos empresariales.

Ante el despido, la trabajadora interpone demanda solicitando que se declare la nulidad por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación. El juzgado de lo social estima la demanda y condena a la empresa readmitir a la trabajadora y a abonar una indemnización por la vulneración del derecho de 6.251 €. Disconforme, la empresa interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

El TSJ recuerda que cuando un trabajador alegue la vulneración de un derecho fundamental debe acreditar previamente la existencia de indicios suficientes sobre la existencia de discriminación. Alcanzado este resultado probatorio, se produce la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a la empresa acreditar que los hechos motivadores de la decisión adoptada, en este caso el despido, son legítimos o, aun sin justificar su licitud, son ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

En el supuesto enjuiciado, se evidencia claramente que existe un escenario indiciario de vulneración del derecho a la no discriminación, que proviene de la asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja, y que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extiende a la trabajadora, por ser pareja sentimental del representante social que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales.

En este punto, el TSJ recuerda la figura de la discriminación por vinculación o asociación, acuñado por el TJUE (asunto Coleman) y que consiste en una discriminación transferida o refleja que padecen una personas vinculadas a otra que pertenece a un colectivo vulnerables, o susceptibles de discriminación, en el supuesto enjuiciado la actividad sindical y judicial frente a la empresa de su pareja. Por ello, se concluye que lo que se ha producido es una traslación represaliadora a la pareja sentimental de quien era realmente una persona molesta para la empresa, circunstancia queda clara, a todas luces, por los siguientes hechos:

a) La cercanía temporal entre el despido de la actora y la actividad sindical y judicial frente a la empresa, por parte de su pareja.

b) Ausencia de sanciones previas a la trabajadora, máxime cuando la causa imputada para despedirla es una disminución continuada y voluntaria de su trabajo.

c) Reconocimiento expreso de improcedencia realizado por la empresa en el acto del juicio.

En cuanto que la empresa no ha llevado a cabo una actividad probatoria de la existencia de causas para proceder al despido disciplinario se confirma la existencia de discriminación y se desestima el recurso interpuesto, confirmando la sentencia del juzgado de lo social.

Rayar el coche de un compañero: ¿es causa de despido?

STSJ Galicia 10-1-19.

La empresa comunica a uno de sus trabajadores su despido disciplinario por la comisión de una falta muy grave. Como causa motivadora, en la carta de despido entregada al trabajador, la empresa expone que, durante su jornada laboral, este rayó el coche de un compañero que estaba aparcado junto con los de otros trabajadores y los vehículos de la Empresa. El trabajador despedido reconoció su autoría ante el propietario del turismo y se ofreció a abonar el coste de la reparación. Con anterioridad, y en un ambiente laboral de conflicto, ya se habían producido hechos similares.

Al considerar que no concurre causa, el trabajador interpone demanda de despido. El juzgado estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido, pues entiende que los hechos alegados solo constituyen una falta grave. Disconforme, la empresa interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

Para el TSJ, la conducta enjuiciada supone un incumplimiento grave, trascendente e injustificado, que atenta contra los deberes básicos que deben presidir toda relación de trabajo. Además, considera, evidente que el trabajador actuó de forma dolosa, pues tenía pleno conocimiento de lo que hacía, incurriendo en una clara actuación antijurídica, causando un daño en el vehículo de un compañero, proporcionándole un rayazo de forma totalmente maliciosa.

Por todo ello, considera que esta conducta debe ser calificada como una transgresión de la buena fe contractual (ET art.54.2. d) y que, a la vista de la intensidad y gravedad de la falta cometida, ni su antigüedad en la empresa ni su trayectoria anterior permite calificar la decisión extintiva empresarial como improcedente. La conducta del trabajador evidencia una deslealtad y un quebrantamiento de la buena fe que necesariamente ha de presidir las relaciones entre la empresa y el trabajador.

Además, la relación laboral debe extinguirse máxime cuando deben ser tenidos en cuenta, también, otros criterios como la peligrosidad de la conducta para la organización del trabajo y la necesidad estricta de prevenir comportamientos semejantes, con independencia del perjuicio económico producido.

Por último, en cuanto que la decisión de la empresa al despedir al trabajador por estos hechos, no rompió la regla de proporcionalidad que ha de observarse entre infracción y sanción, concluye que el despido debió ser calificado como procedente.

Esto supone, que se estime el recurso, revocando la sentencia de instancia.

El TJUE declara que supeditar la concreción horaria a la reducción de jornada y salario no es contrario al derecho de la UE

STJUE 18-9-19, asunto Ortiz Mesonero C-366/18.

El Sr. Ortiz Mesonero, que presta servicios para la empresa en régimen de trabajo a turnos, tiene dos hijos, nacidos en 2010 y 2014, respectivamente. El 26-3-2018 solicita a la empresa trabajar exclusivamente en el turno de mañana, de lunes a viernes, manteniendo el mismo número de horas de trabajo, sin disminución de salario, para ocuparse de sus hijos. La solicitud fue denegada por su empresario. Frente a la decisión empresarial, el trabajador interpone demanda ante el juzgado de lo social.

El juzgado de lo social recuerda que el ET art.37.6 no contempla la posibilidad de que el trabajador solicite otra franja horaria sin reducir su jornada de trabajo y su salario. Aunque, como en el supuesto enjuiciado, la actividad productiva se extiende a una franja horaria más amplia que la jornada de trabajo que debe realizar el trabajador, sí podría existir la posibilidad de, sin reducir jornada, adaptar el horario de trabajo para hacerlo compatible con las necesidades familiares. A juicio del juzgado de lo social, no contemplar esta posibilidad, puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que según el INE la mayoría de las solicitudes corresponden a mujeres y que no impide apreciar la discriminación que en el supuesto enjuiciado el afectado sea un trabajador varón, ya que de apreciarse discriminación también serían aplicables a los trabajadores varones.

En estas circunstancias, el Juzgado de lo social decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial en la que se plantea si la normativa comunitaria (Dir 2010/18, que recoge el acuerdo marco sobre permiso parental y la CDUE art. 23 y 33.2) se opone a una normativa nacional que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse, cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable, a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo.

El TJUE recuerda que ni la Dir 2010/18 ni el Acuerdo marco sobre el permiso parental contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable. Respecto de la CDUE

establece no resulta aplicable ya que sus disposiciones únicamente se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión, lo que no sucede en este supuesto.

Por tanto, el TJUE concluye que no se opone al derecho comunitario una normativa nacional que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, sin que pueda acogerse, cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable, a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo.

Nota. Desde el 8-3-2019 el ET art. 34.8 establece el derecho a la adaptación de jornada sin la correspondiente reducción de sueldo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

El procedimiento de MSCT no es adecuado para sustituir el convenio colectivo aplicable si no se acredita la causa

SAN 30-7-19.

La empresa con centros de trabajo en varias provincias, dado que cada uno de ellos se estaba aplicando un convenio colectivo distinto (metal y construcción), comunica a los delegados de personal que tiene la intención de iniciar un procedimiento de MSCT de carácter colectivo con el fin de sustituir los convenios colectivos que actualmente se vienen aplicando por el convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, que la empresa considera el más adecuado por el ámbito funcional que establece.

Constituida la comisión negociadora, el periodo de consultas finaliza con acuerdo adoptado por mayoría de los trabajadores. Tras comunicarse la modificación individualmente a cada uno de los trabajadores, los representantes de los centros de trabajo que votaron contra del acuerdo interponen demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión, condenando a la empresa a integrar a los trabajadores en las condiciones laborales anteriores.

La representación de la empresa considera que tanto el nuevo convenio aplicable como el procedimiento para sustituirlo son los adecuados y que, además, al haberse logrado el acuerdo de la parte social se presume la concurrencia de las causas justificativas sin que sea preciso acreditarlas.

Para la representación de los trabajadores, en cuanto que las condiciones vienen determinadas por un convenio estatutario, el procedimiento adecuado debió haber sido el del ET art. 82.3 (procedimiento de inaplicación de convenio). Esto supone que la cuestión debatida, consista en determinar si el procedimiento adecuado para sustituir el convenio colectivo aplicable es el de la MSCT colectiva (ET art.41.4).

Para resolver esta cuestión, la AN recuerda que el convenio colectivo estatutario

es una norma, integrada en el sistema de fuentes del derecho del trabajo y su aplicación no es disponible, puesto que vincula a todos los empresarios y trabajadores, incluidos dentro de su ámbito de aplicación y viene determinado por la actividad preponderante de la empresa. Asimismo, recuerda que el procedimiento de MSCT no permite que el empleador modifique condiciones colectivas de forma indiscriminada, ya que se requiere: a) que concurren razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y; b) que la modificación se realice siguiendo un concreto procedimiento. Es decir, solo puede aceptarse legalmente la modificación cuando concurren ambos requisitos: causal y de forma.

En el supuesto enjuiciado la AN constata que la empresa no ha acreditado la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se ha limitado a aportar un documento en el que concluía que el nuevo convenio se adaptaba mejor al ámbito funcional de la empresa. Además, aunque el periodo de consultas finalizó con el acuerdo de la parte social, no se aplica la presunción de concurrencia de las causas al apreciarse la existencia de fraude de ley.

En efecto, el objetivo de la empresa era utilizar el procedimiento de MSCT para sustituir la normativa convencional, que desde siempre y pacíficamente venía aplicando a sus trabajadores, por otra cuyo ámbito convencional no está acreditado que coincida con su actividad preponderante. Esto es así porque los trabajadores no pueden renunciar al convenio colectivo aplicable para someterse a otro que la empresa haya convenido con la comisión negociadora sin concurrir causas económicas técnicas u organizativas o de producción.

Por ello, se estiman íntegramente las demandas acumuladas, sin necesidad de analizar si por la actividad la empresa, le sería aplicable el convenio colectivo que pretende, habida cuenta que no ha resultado justificada la imposición de tal convenio colectivo.

El TJUE se pronuncia de nuevo en relación con la discriminación por razón de discapacidad

STJUE 11-9-19, C-397/18.

Una trabajadora adscrita a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico es diagnosticada de epicondilitis, razón por la que el 15-12-2011 se le reconoce la condición de “especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo”. La lesión, que fue calificada como enfermedad profesional, llevó a la trabajadora a estar en situación de IT durante varios periodos entre 2011 y 2014.

Tras cada alta médica, la trabajadora fue declarada «apta con limitaciones» para ocupar su puesto de trabajo por lo que, en el año 2016, fue destinada preferentemente a puestos que requerían la manipulación de tubo pequeño, en los cuales no había tanto riesgo para su salud como en los puestos en los que se manipulaba tubo grueso. Pese a ello, durante el año 2016 la trabajadora estuvo en varias situaciones de IT (del 1 de enero al 31 de marzo, del 6 al 20 de mayo y durante varios periodos a partir del 31 de agosto).

El 22-3-17, la trabajadora, que se encontraba en situación de IT, fue despedida en el marco de un despido objetivo junto con otros 9 trabajadores. La selección de los trabajadores despedidos se llevó a cabo en atención a los siguientes criterios referidos a 2016: adscripción a los procesos de ensamblaje y conformado de tubo plástico; productividad inferior al 95%; menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo.

El 21-4-2017, la trabajadora presentó demanda contra el despido, solicitando la declaración de nulidad, o subsidiariamente de improcedencia, del despido.

El 4-8-17 la ITSS propuso sancionar a la empresa por adscribir a la trabajadora a puestos de trabajo cuyas condiciones eran incompatibles con las particularidades de su estado de salud, pues la trabajadora había rotado entre diversos puestos pero en todos existían riesgos ergonómicos de afectación al sistema musculoesquelético para las extremidades superiores. Señaló que la empresa no había adaptado el puesto de trabajo para asegurar su compatibilidad con la salud de la trabajadora.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, conecedor del asunto, se pregunta si el concepto de «trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en el sentido del artículo 25 de la LPRL, es asimilable al concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. Considera que esta cuestión es un requisito previo para determinar si los criterios de selección empleados para despedir a la trabajadora vulneran directa o indirectamente el derecho a la igualdad de trato de las personas con discapacidad. En tales circunstancias, suspende el procedimiento y plantea al TJUE las cuestiones prejudiciales referidas a esas preguntas.

El TJUE responde a la primera cuestión señalando que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del art.25 LPRL, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto concurren tales requisitos.

Respecto a los criterios de selección como el nivel de productividad, el grado de polivalencia en la empresa y el índice de absentismo, rechaza que supongan una discriminación directa por razón de discapacidad, pues se aplican por igual a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad. Considera por el contrario, que pueden suponer una diferencia de trato basado indirectamente en la discapacidad por las siguientes razones:

- un trabajador con discapacidad está más expuesto al riesgo de tener un elevado índice de absentismo debido a las bajas por enfermedad relacionadas con su discapacidad;

- un trabajador con discapacidad tiene en principio, como consecuencia de la limitación de su capacidad, menos posibilidades de obtener buenos resultados en relación con la productividad y la polivalencia, que una persona sin discapacidad.

No obstante, esta discriminación indirecta no existe si el empresario cumple con su obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo, entendido como la eliminación de barreras que dificulten la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la empresa llevó a cabo estas adaptaciones. Si llegara a la conclusión de que estas medidas no se adoptaron, procedería declarar que el despido objetivo del trabajador en base a los criterios empleados constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad.

La empresa no puede utilizar un video grabado por un empleado para sancionar a otro

AEPD Resol R/00411/2019.

Un camarero es sancionado disciplinariamente con suspensión de empleo y sueldo por la comisión de varias infracciones recogidas en imágenes de video en las que se le observa realizando tareas ajenas a sus obligaciones. El trabajador presenta reclamación ante la AEPD exponiendo estos hechos y denunciando que la empresa no le ha informado de la existencia de las cámaras de videovigilancia, ni existe rótulo informativo de su existencia.

Requerida la empresa por la AEPD, aquella explica que las imágenes no fueron obtenidas por las cámaras de videovigilancia del bar (que estaban instaladas pero sin funcionamiento) sino por el teléfono móvil de un empleado cansado de tener que suplir la dejación de funciones del trabajador sancionado, que las entregó a la empresa.

La AEPD señala que aunque en el caso analizado no se ha utilizado un sistema de videovigilancia instalado por la empresa, la finalidad de las imágenes obtenidas a través de un sistema similar, como es un dispositivo móvil, es el control laboral por parte de la empleadora, por lo que resulta de aplicación la normativa de protección de datos, que exige que el trabajador tenga conocimiento de que se están realizando las grabaciones y de la finalidad de las mismas.

Las grabaciones utilizadas permitieron el control de las acciones del trabajador a través de su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato.

La empleadora, al haber utilizado las grabaciones para este fin es la responsable del tratamiento de datos y al no haber informado al trabajador sobre esta utilidad de supervisión laboral vulneró el art. art.5.1 del RGPD que exige licitud, lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales.

Además, el seguimiento diario de los movimientos en el lugar de trabajo por parte de otro trabajador no está justificado, supone una intromisión en su intimidad e imagen y no se considera un medio idóneo pues se acredita que la empresa había instalado un sistema de videovigilancia aunque aún no lo había puesto en marcha.

Por ello la AEPD, considerando que la empresa no disponía de base legítima para el tratamiento de datos realizado, impone a la empresa una sanción de 12.000 euros.

Comentarios inapropiados en RRSS sobre la empresa y los compañeros sin identificarlos: ¿son causa de despido disciplinario?

STSJ Madrid 19-7-19.

El trabajador prestó servicios para la empresa hasta el 23-2-2018 en que se produce su despido disciplinario. En la carta de despido se hace constar que mientras la empresa participaba en una feria internacional, a través de los comentarios de una empresa cliente, tiene conocimiento de la actividad del trabajador en twitter, donde aparecía identificado con su su rostro y nombre completo y de lo polémico de sus comentarios. Tras haber conocido estos hechos, la empresa comprueba:

- que, durante días sucesivos, el trabajador ha tenido actividad en la citada red social en horario de trabajo;

- que aunque en sus comentarios no utiliza el nombre de la empresa, hace referencia de forma constante a su lugar de trabajo (la oficina) con mensajes completamente inapropiados (sic. "pero cómo de difícil es no sacarte la polla en la oficina; es la clase de lunes en la que ojalá poder ver porno en la oficina, no creen");

- que en sus comentarios hay referencias inapropiadas y ofensivas sobre sus compañeros de trabajo (sic "la cacho mierda de posventa que me odia, hemos de trabajar juntos para ayudar a nuestro distribuidor indio");

- además, la empresa tiene conocimiento que los citados comentarios están empezando a difundirse entre todos los empleados y se está generando mal ambiente.

A la vista de los hecho expuestos, la empresa procede a su despido disciplinario. Tras reclamar contra el despido y ser declarada su procedencia, el trabajador, que alega que los hechos son una sucesión de hechos sin importancia y de tuits malinterpretados y descontextualizados, que en modo alguno justifican un despido, presenta recurso de suplicación ante el TSJ.

El TSJ considera que la forma de referirse a sus compañeros y a sus jefes en los tweets publicados constituye una ofensa verbal (ET art.52.2 c), además, supone

una quiebra de la buena fe contractual pues la empresa referida resulta fácil de identificar y se transmite a terceros la impresión de que pueden practicarse determinadas conductas impropias en horario de oficina y en la propia sede de la empresa (ET art.52.2 d).

Para el TSJ, se trata de comentarios escritos desde una perfil público de twitter, alguno de ellos, al menos, lanzado en tiempo de trabajo, que por su contenido son gratuitos, inapropiados y poco edificantes, así como ofensivos para algún trabajador de la empresa, incluidos sus directivos, que son fácilmente identificables por los datos facilitados.

Además, son indicativos de un estado de cosas en el centro de trabajo en el que presta servicios, que no parece precisamente serio y halagüeño, lo que redundaría en perjuicio del nombre y la posición competitiva de la empresa en el mercado.

Considera que, aunque el trabajador era libre de expresar sus ideas y opiniones en las redes sociales, el derecho está limitado por el honor de las personas a las que se refiere y también, en este caso, por el buen nombre de la empresa para la que trabaja.

Aunque en su defensa el trabajador también ha alegado la prescripción de los hechos enjuiciados, el TSJ considera, por una parte, que desde que tuvo conocimiento de los tuits no ha transcurrido el plazo de 60 días , ya que, a pesar de tratarse de una red con perfil público, no puede exigirse que la empresa revise la cuenta de sus empleados- hacerlo le generaría problemas con sus empleados que verían observada su intimidad- ; y por otra que tampoco ha transcurrido el plazo de 6 meses (prescripción larga) ya que la publicación de los comentarios en twitter supone una actuación continuada, en la que la doctrina interpreta que el plazo de prescripción comienza a contarse desde el día en el que se cometió el último acto.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la procedencia del despido.

Utilizar el vehículo de empresa para asuntos particulares puede ser motivo de despido

STSJ Burgos 24-7-19.

El trabajador prestaba servicios para la empresa como supervisor, para cuyo desempeño estaba autorizado a utilizar un vehículo de empresa exclusivamente para uso profesional.

El 7-12-2018 la empresa comunica al trabajador su despido disciplinario. Los hechos alegados en la carta de despido son habituales abandonos de su puesto de trabajo durante su jornada y la utilización del vehículo puesto a su disposición, sin comunicación previa, ni consentimiento alguno, para actividades particulares y en su propio beneficio.

La empresa considera que no se trata de una situación puntual, sino una actuación deliberada y reiterada en el tiempo, que constituye un incumplimiento

grave y culpable del trabajador. Los hechos estaban tipificados como una infracción grave y culpable por el convenio colectivo aplicable.

Interpone demanda contra el despido solicitando su improcedencia, que es desestimada, por lo que el trabajador interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

EL TSJ considera que la actuación del trabajador constituye una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza, ya que la empresa previamente al acto de despido había amonestado de forma verbal al trabajador.

EL TSJ considera que la conducta del trabajador es claramente ajena a la buena fe contractual exigible y que la conducta debe ser sancionada con el despido.

Recuerda que la buena fe contractual genera una deber de mutua fidelidad entre trabajador y empresario, y que la deslealtad implica una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa. Además, tomando en consideración las circunstancias que configuren el hecho, así como las de su autor, considera que la conducta del trabajador es grave y culpable.

No aprecia el TSJ que la conducta del trabajador pueda encuadrarse dentro del hábito social generalizado de la tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios e instrumentos con que cuenta la empresa para el desarrollo de su actividad.

Por todo ello, se desestima el recurso del trabajador y se confirma la sentencia de instancia declarando la procedencia del despido del trabajador.

¿Qué efectos produce la falta de respuesta a una solicitud de reducción de jornada?

STSJ Galicia 15-7-19.

La trabajadora que tenía a su cargo un menor de 12 años solicita por escrito a la empresa una reducción de jornada por guarda legal. El mismo día, remite un correo electrónico a su superior inmediato comunicándole que si se le concedía una flexibilidad de entrada y salida de 15 minutos no sería necesaria tal reducción. Tras un intercambio de diversos correos electrónicos su superior le indica que el director de zona le autorizaba a llegar unos minutos más tarde a la entrada, recuperándolos a la salida. Dos meses más tarde, como consecuencia de una serie de incidencias, la trabajadora es despedida disciplinariamente. Durante el año anterior había disfrutado de una reducción de jornada por cuidado de menor que había sido cancelada antes de finalizar el periodo acordado.

Presentada demanda de despido, el juzgado de lo social declara su improcedencia y la trabajadora, disconforme, presenta recurso de suplicación solicitando su nulidad y por tanto la readmisión.

El TSJ recuerda que el ET art.55.5. b establece que el despido de los

trabajadores que hayan solicitado alguno de los permisos por conciliación familiar, entre los que se encuentra la reducción de jornada por guarda legal (ET art.37.6), debe ser calificado como nulo.

En el supuesto enjuiciado la trabajadora había solicitado una reducción de jornada por guarda legal sin recibir respuesta de la empresa, como por el contrario sí había sucedido en la reducción solicitada el año anterior.

El hecho de que, tras la segunda solicitud, enviase diversos correos electrónicos a su superior, comunicándole que si se le concedía una flexibilidad horaria no sería necesaria la reducción, no significa que haya dejado sin efecto la solicitud inicial ya que no existía ninguna respuesta de la empresa.

Además, de los correos posteriores y anteriores entre la trabajadora y sus superiores ni puede extraerse una respuesta favorable del órgano de la empresa competente para resolver ni tampoco que la trabajadora dejase sin efecto la solicitud de reducción que la empresa no respondió.

Por otra parte, el TSJ señala que en la doctrina consolidada se establece que el deber recíproco de buena fe es consustancial a la relación de trabajo y que el respecto a este deber exigía de la empresa una respuesta inequívoca a la solicitud de reducción de jornada presentada por la trabajadora. Por ello, concluye que ante la falta de respuesta debe aplicarse el ET art.55.5. b y declararse la nulidad del despido puesto que no se ha sido acreditada su procedencia.

Aunque en su recurso la trabajadora también alegó discriminación por razón de sexo, el TSJ apunta que el despido de una trabajadora que tiene concedido un permiso por razones de guarda legal, debe declararse como nulo por disposición legal, exista o no discriminación, ya que se impone la calificación de nulidad de manera automática.

Por todo ello se estima el recurso de suplicación planteado por la trabajadora y se declara la nulidad del despido condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir.

¿Puede la empresa alterar unilateralmente el sistema de guardias establecido por el convenio tras un requerimiento de la ITSS?

STS 3-7-2019.

La empresa pública SASEMAR, cuyas relaciones laborales, incluido el régimen de jornada, turnos, servicios de guardia y cambios de guardia están reguladas por un convenio colectivo propio, venía admitiendo que los trabajadores, previa petición del personal, mediante los cambios de guardia, se realizasen turnos de guardia en los que los días de trabajo y descanso se distribuían de la forma siguiente: 6-6-, 9-9 y 15-15, sin más requisito que el acuerdo entre los trabajadores. De esta forma, trabajadores con destino alejado de su domicilio habitual, trabajaban 15 días seguidos y descansaban 15, regresando a sus

domicilios. A la vista de esta práctica, la ITSS extiende actas de requerimiento y de infracción, por entender vulnerado tanto lo dispuesto en el convenio colectivo como el ET sobre el trabajo nocturno al considerar que el establecimiento de turnos tan extensos ocasiona un grave perjuicio a los trabajadores y provoca el deterioro de la salud física (art.36).

Como consecuencia de esta actuación, la empresa emite una nota informativa basada en el criterio de la ITSS en la que advierte que el régimen de turnos debe ser de 3 días de trabajo y 3 de descanso, pudiendo alterarse únicamente de forma puntual o en los turnos anteriores o posteriores a las vacaciones.

Disconforme, la representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo ante la sala de lo social de la AN en el que se solicita que se declare la nulidad (o falta de justificación) de la decisión empresarial plasmada en la nota empresarial y que se reponga a los trabajadores afectados por el conflicto en el derecho a emplear el sistema de cambios de guardia previsto en el convenio colectivo, y no sólo de forma excepcional.

Por el contrario, la empresa considera que únicamente se está ajustando a lo previsto en el convenio colectivo concordándose con el criterio de la ITSS. La AN estima la demanda y la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

Por tanto, la cuestión a debatir consiste en determinar si es válida la alteración empresarial del sistema de guardias producida tras la actuación de la ITSS o si, por el contrario, debió tramitarse por medio del procedimiento adecuado.

Para resolver la cuestión, el TS señala que, con independencia de las razones (acta de la ITSS) que han llevado a la empresa a restringir los servicios de guardia continuada, la decisión empresarial eliminó la posibilidad de acumular turnos de guardia en ciclos superiores a 3 días, lo que supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Lo que se produjo fue una reducción de la posibilidad de disfrutar de ciclos de trabajo-descanso superiores, añadiendo, además, otro requisito o condición no contemplado en el convenio, como es que solo se admitan los cambios puntuales sin que, por añadidura se determine o apunte tan siquiera qué ha de entenderse por cambios puntuales.

Respecto de la interpretación del convenio colectivo, el TS, al igual que la AN, considera que cuando establece que "el trabajador notifica o comunica el cambio de guardia" debe entenderse que la alteración del sistema de guardias se produce de modo automático, pues es una obligación para la empresa y no una facultad discrecional.

Asimismo, en el supuesto enjuiciado, la nota controvertida se emite solo tras la actuación de la ITSS, ya que hasta ese momento la práctica empresarial era concordante con esta interpretación. Además, aunque se considerase dudoso el alcance del convenio, la nota empresarial ha alterado de modo importante una práctica (generadora de derechos) acreditada, que además, se ha impuesto al margen del procedimiento establecido.

Por todo ello, el TS concluye que la nota emitida por la empresa ha alterado lo establecido por el convenio colectivo y que la actuación empresarial que afecta sustancialmente a los derechos laborales debió seguir o el cauce del ET art.41

(MSCT), o el del ET art.82.3 (descuelgue) si conduce a inaplicar parcialmente el convenio, sin que el que la actuación se ampare en un criterio de la ITSS pueda alterar esta conclusión.

Y en cuando nada de ello se ha producido se estima el recurso y se confirma la sentencia de la AN que declaró nula la nota controvertida reponiendo a los trabajadores a la situación anterior.

Criterio del INSS para el cálculo de la pensión de jubilación procedente del trabajo a tiempo parcial

INSS Criterio 17/2019.

El TCo en su sentencia 91/2019 (BOE 12-8-2019) ha declarado nulo e inconstitucional el precepto de la LGSS que regula la cuantía de las pensiones de jubilación procedentes del trabajo a tiempo parcial por considerarlo discriminatorio, al vulnerar el derecho a la igualdad con respecto a quienes tienen un contrato a tiempo completo.

Como consecuencia de esta resolución, y hasta que no se lleve a cabo la correspondiente modificación legislativa que adapte el texto de la LGSS a lo establecido por el TCo, el INSS ha dictado un criterio interpretativo provisional que le permita aplicar lo establecido en la sentencia de modo uniforme, garantizando la homogeneidad en la gestión de las entidades gestoras de la SS.

Los criterios establecidos por el INSS han sido los siguientes:

1. La sentencia del TCo afecta únicamente a la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación.

Por tanto, no afecta al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, sin perjuicio de que en dicho cálculo se integre el del porcentaje de la pensión de jubilación (LGSS 197.1.b).

2. La aplicación de la sentencia del TCo conlleva que en aquellos supuestos en los que el trabajador haya desempeñado trabajos a tiempo parcial, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomen en consideración los periodos en los que dicho trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada.

3. La sentencia del TCo produce efectos desde el 12-8-2019, fecha de publicación den el BOE, y desde ese momento, la nueva forma de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación -en lo que al porcentaje aplicable a la base reguladora se refiere-, se ha de tener en cuenta en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de beneficiarios que hubiesen trabajado a tiempo parcial.

4. La actuación del INSS desde la publicación de la sentencia en el BOE (12-8-2019), es la siguiente:

a) Situaciones administrativas firmes: no se aplica lo establecido en la sentencia del TCo.

b) Expedientes y reclamaciones previas que a 12-8-2019 se encontraran pendientes de resolución: deben resolverse aplicando la sentencia del TCo

b) Resoluciones reconociendo la pensión de jubilación que a 12-8-2019 no fuesen firmes al no haber transcurrido el plazo para formular demanda judicial: el INSS revisa de oficio o, en su caso, resuelve aplicando la sentencia del TCo con fecha de hecho causante y efectos económicos que hubieran correspondido inicialmente.

La fecha de abono del salario no puede ser objeto de descuelgue

STS 11-6-19.

El 14-12-2016 empresa presenta un escrito solicitando, por causas económicas y productivas, la inaplicación de determinadas condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable:

- el desplazamiento de la fecha de abono de la paga de Navidad 2016 desde el 15-12-16 al 30-1-2018;

- el fraccionamiento del pago de las nóminas mensuales en dos partes equivalentes al 50% de su cuantía. El 50% que se abonará dentro de los 5 primeros días del mes siguiente al del devengo, el 50% de la nómina mensual y el restante 50% antes del día 15 del mes siguiente al del devengo.

Al finalizar el periodo de consultas sin acuerdo, las partes acuden a la CCNCC que resuelve que las medidas señaladas no pueden ser objeto de inaplicación, por lo que la empresa interpone demanda impugnando la decisión de la CCNCC ante la sala de lo social de la AN. Disconforme interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión debatida consiste en determinar si la fecha de pago de las pagas extraordinarias y del abono del salario pactado pueden ser objeto de inaplicación por la empresa cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El TS recuerda que las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos estatutarios pueden inaplicarse cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que afecten a determinadas materias entre las que se incluye el sistema de remuneración y cuantía salarial (ET art. 84.3). La jurisprudencia ha establecido que este listado de materias es un "numerus clausus", aunque es susceptible de interpretación extensiva.

En el supuesto enjuiciado, aun partiendo de la posibilidad de una interpretación

extensiva, el TS entiende que no hay posibilidad de descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, como es la fecha de pago de los salarios y de las pagas extraordinarias. Considera que el sistema de remuneración únicamente incluye los criterios o las reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador hubiera hecho referencia a ella.

Por ello, el TS concluye que el aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad así como del abono del salario pactado, no es una materia susceptible de incluirse en el sistema de remuneración, motivo por el cual no caben dentro del mecanismo del descuelgue salarial.

Asimismo, considera que la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, no puede tener encaje en este precepto ya que se encuentra dentro de los derechos básicos de la relación de trabajo cuya liquidación y pago no puede exceder de un mes (ET art. 4.2.f) y 29).

Con respecto de las pagas extraordinarias, el ET, norma imperativa, establece que una de las dos pagas a las que tiene derecho el trabajador se abona con ocasión de la fiesta de Navidad, pudiendo prorratearse en 12 meses (ET art.31) y además, se señala que, aun admitiendo a los solos efectos dialécticos la posibilidad de inaplicación del convenio, la aplicación de esta medida en ningún caso podría tener efectos retroactivos, porque al inaplicar las condiciones del convenio se regulan las condiciones del trabajo que se van a realizar en el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador.

Por todo ello, se desestima el recurso planteado y se confirma la sentencia dictada por la AN.

Embargo de sueldo. ¿Cómo se realiza si las pagas extra están prorrateadas?

DGT CV 21-6-19.

Se plantea ante la DGT cómo debe ejecutarse el embargo sobre el salario en el caso de que existan pagas extraordinarias prorrateadas para el año 2019, a efectos de aplicación de los límites de embargabilidad establecidos legalmente (LEC art.607). En concreto, si debe aplicarse el SMI sin inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias (900,00 €) o con inclusión de ellas (1.050 €). Se plantea, así mismo, si sigue vigente el embargo sobre los salarios de un trabajador que fue despedido y posteriormente readmitido.

Con respecto a la primera cuestión, el art.607 LEC establece el límite de embargo de los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al SMI conforme a la escala que recoge. Además establece que si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable.

A la vista de lo anterior, la DGT resuelve que en caso de que las pagas extraordinarias se encuentren prorrateadas entre las 12 mensualidades del año, los límites de embargabilidad del artículo 607 de la LEC se deben aplicar sobre el salario mensual ordinario y la parte prorrateada correspondiente a la paga extraordinaria. Estando fijado el importe del SMI para 2019 en 900 €/mes (RD 1462/2018), es este el importe que debe considerarse a efectos de la aplicación de los límites de embargabilidad.

Con respecto a la segunda cuestión, la DGT resuelve que la extinción del contrato de trabajo determina que no existan percepciones futuras aún no devengadas y que en consecuencia se extinga el embargo que recae sobre las mismas. En el supuesto de celebrarse posteriormente un nuevo contrato de trabajo con el mismo trabajador se debe proceder nuevamente al embargo en relación a las nuevas percepciones salariales devengadas, siempre que se tenga conocimiento de la vigencia de un embargo sobre dichas cantidades (RGR art.82.1).

Complemento de antigüedad: ¿puede suponer una doble escala salarial?

STSUD18-3-19.

El trabajador prestó servicios para la empresa hasta la extinción de su contrato a consecuencia de un acuerdo de despido colectivo.

Tras la finalización de su relación laboral interpone demanda en reclamación de cantidad, reclamando la cuantía correspondiente a un complemento de antigüedad que había sido suprimido desde el 1-1-1995 (anterior a su ingreso en la empresa) pero que continuaba percibiendo una parte de los trabajadores.

Considera que el abono de ese complemento supone un supuesto de doble escala salarial con trabajadores que cobran más por el mismo trabajo y con diferencia únicamente en la fecha de contratación, vulnerándose así el principio de igualdad.

La reclamación se estima en suplicación, ya que el TSJ considera que, aunque con la entrada en vigor del último convenio colectivo aplicable a la empresa ha desaparecido el complemento personal de antigüedad, se ha sustituido por un complemento "ad personam", que sigue retribuyendo la antigüedad según la fecha de ingreso en la empresa, lo que supone el pago de un complemento que tiene en cuenta los años de prestación de servicios en la empresa.

Disconforme, la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, siendo la cuestión que se debate la de determinar si se está o no en presencia de una doble escala salarial.

El TS señala que el abono del complemento ad personam que sustituyó al complemento de antigüedad no es una simple compensación por los derechos que los trabajadores tuvieron consolidados, sino que se trata de una mejora

salarial revalorizable con el paso del tiempo, por lo que constituye una doble escala salarial fundada en la fecha de ingreso en la empresa.

En el supuesto enjuiciado, el convenio ha establecido un complemento personal por antigüedad que se deniega a los trabajadores de ingreso a partir de 1995, sin dar justificación alguna.

Aunque en el convenio se establece que el complemento se mantiene para respetar los derechos adquiridos previamente por los trabajadores, en realidad este complemento incrementa otros conceptos salariales - el complemento por IT a cargo de la empresa, su aportación al plan de pensiones y paga por cash flow-. Además, la empresa no ha justificado esa diferencia de futuro y tampoco ha acreditado la existencia de contrapartidas o beneficios para los trabajadores en cuyo detrimento se aplica la nueva normativa, como modo de evitar un tratamiento desigual injustificado.

Respecto de que el origen del complemento sea la negociación colectiva, el TS, aplicando su doctrina, establece que ésta en ningún caso justifica el establecimiento del nuevo sistema si no se acredita suficientemente la finalidad y la proporcionalidad en la medida adoptada. Es decir, el convenio colectivo como fuente reguladora de la relación laboral siempre debe someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la Ley y de los reglamentos, y no puede establecer diferencias en el trato entre los trabajadores que no sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas. Aunque el convenio colectivo está facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes, cuando se trata de la retribución del trabajo no caben generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el igualdad entre los trabajadores.

Por ello, el TS concluye que la nueva estructura salarial supone mantener sin causa una inferioridad retributiva (es decir, no conserva de manera estática el complemento de antigüedad, como derecho adquirido de los trabajadores ingresados antes de 1995, sino que se le atribuye un carácter dinámico y sometido a posteriores actualizaciones de futuro). Por ello, en cuanto que no ha acreditado que existen contrapartidas que anulan ese efecto desigual se considera que ese precepto afecta al principio u al derecho de igualdad.

Esto supone que se desestima el recurso de casación planteado y se confirma la sentencia recurrida.

¿Cómo se calcula el crédito horario de los delegados sindicales?

SAN 12-7-19.

La empresa dispone de varios centros de trabajo en varias provincias, con una plantilla aproximada de 8.000 trabajadores, 117 de ellos en el centro de Zaragoza.

En las elecciones en el centro de Zaragoza, el Sindicato Aragonés de Servicios (SAS) obtuvo 13 votos de 95, por lo que nombró un representante de personal en

el Comité de Empresa de Zaragoza.

Posteriormente, y al amparo del art.10.1 de la LOLS, el sindicato constituye sección sindical estatal y nombra una delegada sindical que solicita el disfrute de 40 horas de crédito sindical. La empresa rechaza la solicitud argumentando que la sección sindical no cumple el requisito exigido por el convenio colectivo para tener derecho al crédito de horas sindicales ya que el sindicato tiene presencia únicamente en el centro de Zaragoza, que no alcanza el mínimo de 150 trabajadores. Por ello, considera el cargo de delegado sindical como impropio, con efectos únicamente de representación de los afiliados del sindicato y sin crédito de horas sindicales.

El sindicato presenta demanda solicitando que se declare vulnerado su derecho a la libertad sindical. Considera que tiene derecho a nombrar un delegado sindical con derecho a un crédito horario de 40 horas semanales, pues para generar tal crédito horario no es necesario que el centro de trabajo donde el trabajador preste servicios tenga más de 150 trabajadores, sino que deben tenerse en cuenta los trabajadores de todos los centros de trabajo de la empresa.

Conforme a reiterada jurisprudencia del TS, la opción que el art.10 LOLS ofrece entre nombrar los delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo, pertenece al sindicato como titular del derecho de libertad sindical. Si opta por el nivel de empresa, la aplicación de la escala (ET art.68) para determinar el número de horas sindicales de cada delegado sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de la escala es de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo.

En el supuesto analizado, el sindicato optó por organizar la sección sindical a nivel de empresa por lo que el número de horas sindicales de la Delegada sindical debe determinarse en relación a la empresa en su conjunto. Por ello, la AN estima la demanda declarando la nulidad radical de la conducta de la empresa condenándola al pago de una indemnización de 6.250 euros por daños morales.

