



CIRCULAR LABORAL 14/2019

3 de Junio de 2019

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: JUNIO 2019.**

---

### **1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA**

**Los Estados miembros deben obligar a los empresarios a implantar un sistema que permita computar y registrar la jornada laboral diaria.**

Apenas dos días después de que entrara en vigor en nuestro país, vía RDL 8/2019, la obligación de registrar la jornada laboral diaria de todos los trabajadores, el TJUE ha dictado esta sentencia que comentamos, en la que interpreta el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de varios artículos de la Directiva 2003/88/CE sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y de la Directiva 89/391/CEE sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores.

Como se recordará la petición de decisión prejudicial se presentó en el contexto de un litigio entre Comisiones Obreras y Deutsche Bank, sobre la inexistencia en dicha empresa de un sistema de registro de la jornada diaria realizada por sus trabajadores. Nos hicimos eco de este relevante caso en Circulares tanto del año 2016 como del 2017 y de los vaivenes que tuvieron a este respecto la Audiencia Nacional, que estimó la demanda del sindicato, y el Tribunal Supremo que estimó el recurso del banco.

La Audiencia Nacional expresó sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la interpretación dada por el Tribunal Supremo a la normativa española y planteó cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre este particular.

Mediante su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que estas Directivas, consideradas a la luz de la Carta, se oponen a una normativa que, según la interpretación que de ella hace la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

El Tribunal de Justicia comienza destacando la importancia del derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal, consagrado en la Carta y cuyo contenido se ve precisado por la Directiva relativa al tiempo de trabajo. Los Estados miembros deben velar por que los trabajadores se beneficien efectivamente de los derechos que se les han conferido, sin que los criterios concretos elegidos para garantizar la aplicación de la Directiva puedan vaciar de contenido esos derechos. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que el trabajador debe ser considerado la parte débil de la relación laboral, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos.

El Tribunal de Justicia observa que, sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, no es posible determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo efectivas ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas extraordinarias, lo que dificulta en extremo, cuando no imposibilita en la práctica, que los trabajadores logren hacer respetar sus derechos.

En efecto, determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo diario y semanal es esencial para comprobar si se han respetado la duración máxima del tiempo de trabajo semanal —que incluye las horas extraordinarias— y los períodos mínimos de descanso diario y semanal. Por ello, el Tribunal de Justicia considera que una normativa nacional que no establezca la obligación de utilizar un instrumento que permita realizar esa comprobación no puede asegurar el efecto útil de los derechos que confieren la Carta y la Directiva relativa al tiempo de trabajo, ya que priva tanto a los empresarios como a los trabajadores de la posibilidad de comprobar si se respetan esos derechos. Por consiguiente, una normativa de esa índole puede comprometer el objetivo de esta Directiva, que consiste en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, independientemente de cuál sea la duración máxima del tiempo de trabajo semanal adoptada por el Derecho nacional. En cambio, un sistema de registro de la jornada laboral ofrece a los trabajadores un medio particularmente eficaz para acceder con facilidad a datos objetivos y fiables relativos a la duración efectiva del trabajo realizado, lo que puede facilitar tanto el que los trabajadores prueben que se han vulnerado sus derechos como el que las autoridades y los tribunales nacionales competentes controlen que se respetan efectivamente esos derechos.

En consecuencia, para garantizar el efecto útil de los derechos que confieren la Directiva relativa al tiempo de trabajo y la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

Corresponde a los Estados miembros definir los criterios concretos de aplicación de ese sistema, especialmente la forma que éste debe revestir, teniendo en cuenta, en su caso, las particularidades propias de cada sector de actividad de que se trate e incluso las especificidades de determinadas empresas, como su tamaño.

**Sentencia TJUE (Sala 1ª), de 14 de mayo de 2019. Asunto C-55/18.**

## **2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

**La indemnización por despido de un trabajador que disfruta de permiso parental a tiempo parcial se debe calcular a tiempo completo.**

Resuelve el TJUE cuales deben ser los métodos de cálculo de la indemnización por despido y del subsidio por permiso de recolocación que se deben abonar por un despido por causas económicas que tiene lugar durante el disfrute de un permiso parental a tiempo parcial.

El principio de igualdad entre hombre y mujeres en cuanto al empleo se refiere tiende a evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación laboral que ya hayan sido adquiridos o estén en curso de adquisición a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicia un permiso parental, y garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba antes del permiso.

Puntualiza la sentencia que mientras se disfruta de un permiso parental a tiempo parcial no se realizan el mismo número de horas de trabajo que si lo prestase a tiempo completo, pero ello por sí solo no significa se encuentre en una situación diferente en relación con el contrato de trabajo inicial que le vincula a su empresario.

Así y debiendo tomar como punto de partida el contrato inicial, - en el caso, el contrato antes de comenzar a disfrutarse del permiso parental-, cuando un trabajador, contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, es despedido, la indemnización por despido y el subsidio por permiso de recolocación que le corresponde debe fijarse sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe cuando el despido tiene lugar.

Es contrario al Derecho de la Unión que cuando se despide a un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, perciba una indemnización por despido y un subsidio por permiso de recolocación fijado, al menos parcialmente, sobre la base de la retribución, de menor importe, que percibe cuando el despido tiene lugar, en una situación en la que un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres deciden disfrutar de un permiso parental a tiempo parcial y cuando la diferencia de trato que de ello resulta no puede explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Subraya el Tribunal que una legislación nacional que lleve a una reducción de los derechos derivados de la relación laboral en caso de permiso parental podría disuadir al trabajador de tomar tal permiso e incitar al empresario a despedir, de entre los trabajadores, preferentemente a aquellos que se encuentren en situación de permiso parental, situación del todo contraria a la salvaguardada por el Acuerdo Marco sobre el permiso parental.

**Sentencia TJUE, (Sala Primera), de 8 de mayo de 2019. Asunto C-486/2018**

### **3. TRIBUNAL SUPREMO**

**Es nula de pleno derecho la cláusula que deja al libre arbitrio de la empresa el cumplimiento de un pacto de no competencia post contractual.**

El trabajador comunica a la empresa su cese voluntario y recibe como respuesta, cinco días después, que la empresa le libera de la obligación de abstenerse de competir tras la extinción de la relación laboral por no existir el interés que regula el pacto de no competencia suscrito. De esta manera, la empresa no le abona cantidad alguna en concepto de compensación por pacto de no competencia.

En la instancia el Juzgado condena a la empresa al pago de la compensación prevista por el pacto de no competencia y le impone una multa que el Tribunal de suplicación anula, manteniendo la condena al pago de la compensación.

El recurso se desestima por falta del requisito de contradicción porque como ya dijera en Supremo en su Auto de inadmisión de 18 de febrero de 2016, - recurso 1094/2015 -, respecto de la misma empresa y mismo pacto de no competencia, entre la sentencia recurrida y la referencial no concurren los requisitos de contradicción porque cuando los pactos comparados son distintos en su contenido ello puede dar lugar a distinta solución.

Ahora bien, es siguiendo las previsiones del artículo 1.256 del Código Civil como se debe resolver sobre la posibilidad de que el pacto de no competencia quede sin efecto solo por voluntad unilateral de la empresa y en la medida en que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, no puede admitirse la pretensión de la empresa.

La empresa amparándose en que conforme al pacto si desaparece el interés comercial e industrial puede liberar al trabajador de su obligación de abstenerse de competir tras la extinción de la relación laboral, se basa en la desaparición de este interés para liberar al trabajador de la cláusula de no competencia.

No puede quedar al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia. La posibilidad de renuncia empresarial es nula y carece de eficacia por lo que tal y como se falló en las anteriores instancias, la empresa está obligada al pago de la suma de 111.298,38 euros en concepto de compensación por el pacto de no competencia post-contractual.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 258/2019, 28 Mar. Rec. 2762/2017**

#### **4. TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Es lícita la cláusula que permite a los contact-center grabar a sus empleados en las videollamadas a clientes**

La CGT planteó demanda de conflicto colectivo contra la práctica de la empresa “Unisono” que consistía en incorporar a los contratos de trabajo de telemarketing una cláusula por la que el trabajador consiente expresamente la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, con el fin de desarrollar la actividad propia de telemarketing.

La cláusula debatida decía así: *«El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente».*

En la práctica, ello suponía que los trabajadores que atendían a determinados clientes, concretamente dos con los que se había firmado un contrato mercantil específico para esta atención telefónica especial, lo hacían por videollamada para dar información sobre un producto concreto y así facilitar la venta telefónica.

En una primera instancia, la Audiencia Nacional entendió nula dicha disposición contractual porque entendió que viola el derecho a la propia imagen del empleado y que ese consentimiento se debe pedir expresamente cuando se vayan a realizar las videollamadas. Su fundamentación principal se basaba en que no cabía en estos supuestos la utilización de cláusulas genéricas como las utilizadas por Unisono.

##### Ahora el Supremo revoca la sentencia y declara la validez de la estipulación.

Justifica su decisión porque, tal como ha mantenido el TC, la restricción del derecho a la propia imagen del empleado es viable cuando del objeto del contrato se sobreentiende. Es decir, cuando sea necesario para realizar la actividad a la que se dedica la empresa. Y en el caso, siendo el objeto del contrato la realización de labores de telemarketing incluso con videollamadas resulta hasta lógico y acorde a los avances tecnológicos existentes que el cliente pueda visualizar la imagen de su interlocutor, porque ello inspira una mayor confianza y es más viable para convencer a la otra parte cuando vemos la cara del vendedor. Así, desechemos la idea de que hablamos con una máquina o con un desconocido.

En suma, la restricción del derecho fundamental a la propia imagen viene impuesta por la concreta naturaleza de las tareas contratadas y el consentimiento está implícito en el contrato por su objeto. Ni con la anterior normativa reguladora de protección de datos personales ni con la actual es preciso este consentimiento expreso cuando se dan estas circunstancias. La cláusula controvertida no es abusiva, sino más bien informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no es preciso requerir.

El trabajador puede revocar su consentimiento en cualquier momento o negarse a realizar tareas en condiciones que escapen al contenido propio de su contrato. Otra cosa serían las consecuencias.

Conviene resaltar como aspecto muy relevante que estas grabaciones que se le hacen al empleado no enmascaran una videovigilancia. Es decir, no pueden ser utilizadas más que para el fin que persiguen. No podrían utilizarse para sanciones disciplinarias, por ejemplo. Por ello no puede tacharse de ilícita esta práctica, porque como ya se ha dicho, es inherente a la propia naturaleza del servicio de atención al cliente.

En caso de que la empresa utilizase esas imágenes para otras cuestiones, podría revestir un ilícito administrativo o penal.

Por ello la empresa viene solicitando un consentimiento especial a sus empleados cuando realiza actividades promocionales utilizando su imagen. En este caso sí es precisa una autorización específica, porque no es lo mismo promocionar o publicitar un producto en una campaña, que atender a clientes por webcam dándoles información de un producto para facilitar su venta telefónica.

Por último, es irrelevante que el uso de las videollamadas no esté extendido a todos los clientes y sólo se utilice con dos de ellos, porque lo trascendental no es el mayor o menor uso que se dé a las grabaciones de los empleados, sino el consentimiento implícito que se presta al trabajar en este tipo de compañías.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 304/2019, 4 Abr. Rec. 227/2017.**

## **5. TRIBUNAL SUPREMO**

**Desempleo: se puede cobrar esta prestación si el empresario no readmite, de manera injusta, a un trabajador tras una excedencia.**

El actor solicitó una excedencia voluntaria por cinco meses a su empleador y un mes antes, solicitó el reingreso en la empresa, reingreso que fue rechazado alegando la inexistencia de vacante. Se vio abocado a demandar por despido y, en conciliación, la empresa reconoció su improcedencia.



Cuando el desempleado acude a solicitar la prestación contributiva, el SPEE la deniega porque no está de alta o en situación asimilada.

Ahora el Supremo entiende que la situación del trabajador excedente es asimilable en estos casos con la situación del trabajador despedido improcedentemente.

Si el empresario incumple su obligación de readmisión respecto a un trabajador excedente de forma injusta, y en este caso está probado que es así cuando la empresa concilia que es un despido improcedente, su situación ha de ser igualmente protegible como lo es el empleado que es injustamente despedido.

Aunque durante el periodo en el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, su situación es equiparable a un alta en Seguridad Social. No está dado de alta realmente, pero debiera haberlo estado desde el momento en que solicitó su reincorporación tras la excedencia y hasta la fecha del despido.

Por tanto, el recurrente sí tiene derecho a la prestación por desempleo contributivo.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 219/2019, 14 Mar. Rec. 2785/2017**

## 6. AUDIENCIA NACIONAL

**Anulado un convenio de empresa por “banalizar” el derecho a la negociación colectiva con el único objetivo de fijar condiciones peyorativas.**

Fue nula por inexistente la negociación entre los representantes de los trabajadores y la empresa al orquestar una mera apariencia de negociación colectiva con el fraudulento fin de ocultar la imposición de la voluntad unilateral de la empresa.

El Convenio Colectivo cuya nulidad pretende el sindicato accionante banaliza el ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva, con el único objetivo de fijar condiciones manifiestamente peyorativas para los intereses de los trabajadores al establecer un salario inferior al establecido en el ET y una jornada anual de 1.823 horas, con distribución irregular libre mensual, de lunes a domingo.

Es también llamativo que el convenio es prácticamente copia del anterior, anulado por SAN 03-03-2016, rec.315/2015, y fue debatido en una única sesión, copiando las tablas salariales que se recogían en su antecesor que había sido anulado por vulneración del principio de correspondencia, y en el que ya entonces se apreciaron indicios de que no se había llevado a cabo un auténtico proceso de negociación colectiva porque los dos únicos delegados de personal que participaron vuelven a hacerlo en el nuevo proceso de negociación del convenio que ahora se impugna, y habían sido electos en fechas inmediatas a la constitución de la comisión negociadora.

Además de imponer condiciones manifiestamente peyorativas para los intereses de los trabajadores, concretamente en cuanto a salario y jornada anual, su vigencia también abunda en una intención fraudulenta porque se retrotrae su aplicación a cinco años atrás y se prolonga su vigencia hasta alcanzar una duración total inicial de 13 años pretendiendo con ello dotarse de un instrumento de regulación para ostentar una posición ventajosa en el mercado de servicios de externalización de terceras empresas a costa de las condiciones impuestas a sus trabajadores y comprometiendo el principio de libre competencia con la práctica de "dumping social".

En línea con lo sostenido por el Ministerio Fiscal en la medida en que el convenio anulado se sustituye por otro convenio en el que no se ha negociado nada, pues sólo se cambia el ámbito territorial de aplicación y la vigencia del convenio, declara el TSJ que se está ante un supuesto fraude de ley que debe sancionarse con la nulidad del convenio colectivo impugnado.

**Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 52/2019, 8 Abr. Rec. 30/2019**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto*

*Email: ortegap@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*

*Email: ortegaf@ortega-condomines.com*