



CIRCULAR LABORAL 27/2020

3 de julio de 2020

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: JULIO 2020.

Empezamos con dos sentencias que, con escasos dos meses de diferencia, afloran una evidente contradicción en el tratamiento de los permisos retribuidos. Mismo supuesto fáctico – cuándo deben iniciarse los permisos retribuidos – y solución totalmente diversa la que desarrollan en sus resoluciones que a continuación resumimos el Tribunal de Justicia de la UE y nuestro Tribunal Supremo.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNION EUROPEA

El TJUE da vía libre a que los permisos retribuidos se solapen con vacaciones y festivos

El TJUE ha dado vía libre a la normativa española que permite que el disfrute de los permisos retribuidos reconocidos, por ejemplo, por el nacimiento de un hijo o la hospitalización de un familiar, se solapen con días de vacaciones, festivos o descansos semanales.

La Justicia europea ha resuelto las dudas planteadas por la Audiencia Nacional sobre un litigio que enfrenta a distintas organizaciones sindicales (Fetico, CC.OO. y UGT) con el grupo de empresas DIA y Twins con respecto a la interpretación del convenio colectivo en lo referido a los permisos retribuidos.

Los tres sindicatos reclaman, en particular, que sólo contabilicen los días hábiles o laborales en el cómputo tanto del inicio de los permisos como de su disfrute y se excluyan por tanto los días inhábiles (descansos, vacaciones y días festivos).

La Audiencia Nacional, que debe resolver el asunto, considera que si los acontecimientos que dan lugar a los permisos retribuidos tuvieran lugar durante un periodo de vacaciones o descanso semanal, los primeros "quedarían vacíos de contenido" porque "los trabajadores tendrían que dedicarlos a atender las necesidades y obligaciones para los que están previstos los permisos".

Así, este organismo judicial pregunta al tribunal de Luxemburgo si la normativa española que permite simultanear las vacaciones y el descanso semanal con los permisos retribuidos es contraria a la directiva sobre aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

La sentencia, que asume el razonamiento del Abogado General en las conclusiones que presentó el pasado 12 de diciembre, responde que esta directiva *"no se aplica a una normativa nacional como la española"*, que *"no permite a los trabajadores reclamar el disfrute de los permisos retribuidos en días en los que deban trabajar cuando las necesidades para los que están previstos se produzcan durante los periodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas"*.

Los jueces europeos han recordado que la UE y los Estados miembros comparten competencias en materia laboral, pero los días de permiso retribuido que se conceden en virtud de los convenios colectivos "no forman parte del ámbito de aplicación de la directiva", sino que corresponde a las competencias propias de los países.

En la misma línea, el TJUE rechaza que la directiva, aunque incluya los derechos a descanso semanal y vacaciones anuales, pueda obligar a un Estado miembro a conceder los permisos retribuidos "por el mero hecho de que acaezcan en alguno de estos periodos y, por lo tanto, haciendo caso omiso de los demás requisitos de obtención".

A juicio de los magistrados europeos, *"consagrar esa obligación supondría pasar por alto que estos permisos, así como el régimen que se les aplica, se sitúan fuera del régimen establecido por la directiva"*.

La sentencia concluye apuntando que estos permisos están comprendidos en parte en el Acuerdo marco revisado sobre permiso parental. Sin embargo, añade, éste se limita a prever que se autorizará a los trabajadores a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor derivados de asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente. Según el TJUE, estos derechos mínimos "no pueden asimilarse a un permiso".

Sentencia TJUE (Gran Sala) de 4 de junio de 2020 (Asunto C-588/18)

Adjuntamos texto íntegro de la sentencia:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226978&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2628268>

A continuación, la sentencia del TS previa que resolvía de forma totalmente contraria a la ya desarrollada del TJUE:

2. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo establece que el permiso por matrimonio celebrado en festivo empezará a contar el primer día laborable siguiente

Según el TS, los permisos laborales sólo tienen sentido si se proyectan sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues en otro caso se anularía su principal efecto de poder "ausentarse del trabajo", y por ello declara el Supremo que los permisos se refieren a días laborables.

Apoya esta tesis que tanto en el convenio de aplicación como el ET hablan de "permisos retribuidos", lo que claramente evidencia que tales permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja.

Por ello, cuando el hecho causante del permiso sucede en un día no laborable –festivo o día establecido como no laborable en el calendario laboral- la finalidad y la propia esencia del permiso imponen que deba iniciarse al siguiente día laborable inmediato.

Ya la STS de 13 de febrero de 2018 indicó en cuanto al día inicial de disfrute de los permisos que la referencia normativa a "ausentarse del trabajo con derecho a retribución" impone que el día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso.

Más concretamente, en los casos de permiso por matrimonio, cuando la ceremonia tiene lugar en día festivo para el trabajador, el día inicial del permiso por matrimonio será el siguiente laborable a su celebración.

En el caso, la regulación del permiso por matrimonio en el Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal dispone que la fecha del matrimonio debe estar incluida en los quince días que concede el convenio, salvo cuando la celebración de la ceremonia se realice en día no laborable para el trabajador, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable inmediato.

Esta es solución lógica porque si el trabajador ya es titular de los días festivos que le corresponden y puede decidir libremente sobre los mismos, si ha optado por fijar en uno de ellos la ceremonia de su matrimonio, no le puede ser computado dentro de los quince días de permiso a los que tiene derecho, porque de ser así vería reducido en un día su periodo de permiso.

A esta solución no obsta que tanto el art. 37.3 letra a) ET, como en este caso el art. 37 del Convenio Colectivo, hablen de “Quince días naturales”, porque de ello no puede extraerse que, en el cómputo de estos quince días, una vez iniciado su devengo, no puedan excluirse los que no sean laborables para el trabajador.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 257/2020, 17 Mar. Rec. 193/2018.

3. TRIBUNAL JUSTICIA UNION EUROPEA

Sucesión de empresa ¿Qué ocurre con un trabajador adscrito a toda la contrata cuando esa contrata se adjudica a varias empresas por lotes?

El presente supuesto parte de un contrato atribuido a una empresa que se extingue y en el nuevo proceso de licitación se decide dividir en dos o más “lotes”. De esta forma, se plantea la duda de que ocurre con los trabajadores que estaban asignados a esa contrata cuando hay sucesión de empresa.

En este sentido, si el trabajador está asignado a una parte de la contrata –antes de la división-, la solución será sencilla y es que el trabajador será subrogado a la empresa que se quede esa parte de la contrata dónde el trabajador estaba adscrito. No obstante, mayor problema plantea el supuesto en el cual el trabajador estaba adscrito a toda la contrata que ahora depende de dos empresas distintas.

Esta sentencia indica que en el supuesto de una transmisión de empresa que implique a varios cesionarios de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad –varios adjudicatarios de los lotes-, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, debe interpretarse en el sentido de que los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo se transfieren a cada uno de los cesionarios en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador de que se trate.

Esto es, el trabajador debería seguir adscrito en sus mismas funciones con la diferencia de que pasaría a tener más de un contrato de trabajo o empleador. Uno por cada empresa adjudicataria y en proporción a las tareas y funciones realizadas materialmente en el servicio. Así, si son dos centros los que limpiaba y en uno dedicaba 6 horas al día y en el otro 2 horas si actualmente dos empresas distintas se reparten la limpieza, el trabajador quedará adscrito a cada empresa en esa misma proporción.

No obstante, el TJUE establece una excepción, en realidad son realmente dos, y es que establece que así será como debe hacerse *“siempre que la división del contrato de trabajo resultante de esta operación sea posible y no suponga un deterioro de las condiciones de trabajo ni afecte al mantenimiento de los derechos de los trabajadores garantizados por esta Directiva”*.

Aquí es donde empiezan los problemas serios y las complicaciones y es que, por ejemplo, un trabajador a tiempo completo que, derivado de la división, pase a tener dos contratos a tiempo parcial ¿debe entenderse de forma automática deterioradas sus condiciones de trabajo? Puede ser del todo factible dado que, por poner algún ejemplo, el art. 41 ET permite la reducción de jornada de los contratos a tiempo parcial pero no los de a tiempo completo (vía art. 12 ET).

En este extremo, el TJUE deja claro que corresponde al tribunal nacional dictaminar si la operación de división es posible y también si perjudica o no la condiciones y derechos del trabajador.

A su vez, lo que sí hace el TJUE es establecer que ocurre si se dictamina, por el tribunal nacional, la imposibilidad de proceder a esa división o que la división sea manifiestamente perjudicial para los empleados. Así, en este caso en el supuesto de que tal división resulte imposible o atente contra los derechos de ese o esos trabajadores afectados, se considerará, en virtud del artículo 4 de dicha Directiva, que la resolución de la relación laboral que pueda seguirle es imputable al cesionario o a los cesionarios, aunque se haya producido a instancia del trabajador. ¿Y qué significa eso en nuestro ordenamiento jurídico nacional? Pues claramente que el o los trabajadores podrían instar la rescisión de sus contratos al amparo de las previsiones del art. 50.1 del ET con las consecuencias legales e indemnizatorias derivadas de ese precepto.

Sentencia TJUE (Sala Cuarta) de 26 de marzo de 2020. Asunto C-344/18.

4. TRIBUNAL SUPREMO

El TS aclara la retribución de vacaciones en trabajo a tiempo parcial si ha habido ampliaciones de jornada durante el año

Se estudia y determina en esta Sentencia la retribución de las vacaciones en contratos a tiempo parcial en los que durante el año ha habido ampliaciones de jornada. Las conclusiones a las que llega el Alto Tribunal son claras: la retribución de las vacaciones debe integrar la parte proporcional correspondiente a dichas ampliaciones.

En el caso concreto que se resuelve un sindicato interpuso demanda en materia de conflicto colectivo en materia de retribución durante las vacaciones (contratos a tiempo parcial), de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. El sindicato solicitaba que se declarase el derecho de los trabajadores afectados a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año.

Como consecuencia de lo anterior, el sindicato solicitaba que se abonase a los trabajadores afectados las cuantías impagadas durante el año anterior a la presentación de esta solicitud de conciliación previa a la vía judicial. La AN desestimó la demanda y el sindicato recurrió al Tribunal Supremo.

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por Confederación General del Trabajo (CGT), al que se adhirió la representación letrada de CC.OO, y anula la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 30 de mayo de 2018.

En concreto, el TS declara el derecho de los trabajadores afectados a que en la retribución de sus vacaciones se tengan en cuenta las ampliaciones de jornada que se realicen a lo largo del año, aunque no subsistan en la fecha del disfrute vacacional.

De esta forma, hay que realizar un promedio del salario percibido en los 11 meses correspondientes a la anualidad de cada período vacacional retribuido.

Frente a la posición de la sentencia recurrida que mantiene que no resulta contraria a derecho que la retribución del período de vacaciones se efectúe en función de la jornada vigente en el momento del disfrute, esta Sala entiende que no es así. La retribución que tiene garantizada el trabajador para su período vacacional es la ordinaria o habitual que en estos casos es la resultante de promediar la que hubiere recibido a lo largo de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo vacacional retribuido.

Eso es así puesto que en dicha retribución deben tenerse en cuenta las ampliaciones de jornada que se realizan a lo largo del año, aunque no subsistan en la fecha del disfrute de las vacaciones.

Esta conclusión viene, además avalada, recuerda el TS, tanto por el ordenamiento de la Unión Europea, como por el ordenamiento interno. En efecto, el artículo 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a tiempo parcial incorporado a la Directiva 97/81/CE de 15 de diciembre, dispone que *“...por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.”*

Y el artículo 19 del RD 2317/1993 de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, establece que *“... los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidas por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva...”* Difícilmente podría cumplirse el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, advierte el TS, si admitiésemos que la retribución de las vacaciones de estos últimos estuviese condicionada por la jornada que realicen en el momento del disfrute de las vacaciones, mientras que al personal a tiempo completo les garantizamos la retribución ordinaria o habitual percibida a lo largo del año.

Por tanto, para el trabajador a tiempo parcial, cuando a lo largo del año celebra novaciones contractuales que amplían su jornada temporalmente, su retribución

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 22 de mayo de 2020.

5. AUDIENCIA NACIONAL.

La AN «recuerda» qué cláusulas de un sistema de retribución variable son nulas por discriminatorias

La Audiencia Nacional ha declarado discriminatorias por razón de sexo diversas cláusulas de un convenio sobre el sistema de incentivos (retribución variable) por penalizar situaciones como la lactancia o la realización de exámenes prenatales) Asimismo, también declara contraria a derecho la minoración de los incentivos por disfrute de vacaciones, apelando a la jurisprudencia existente del Tribunal Supremo en materia de retribución durante las vacaciones.

En este caso, los sindicatos de compañía interpusieron una demanda de conflicto colectivo para solicitar que se declararan nulas por discriminatorias las cláusulas de abono de retribución variable.

En concreto, entre otras peticiones, solicitaban que se declarase que las cláusulas del plan de incentivos que reducen la cuantía a percibir por los trabajadores en función de la jornada realizada son discriminatorias y por tanto, no deben minorar de forma alguna la consecución de los incentivos cuando la jornada realizada se disminuya por razón del disfrute de permisos retribuidos, disfrute de vacaciones, reducción de jornada por guarda legal, periodos de lactancia y suspensiones por maternidad/ paternidad.

La Audiencia Nacional estima en parte la demanda interpuesta por los sindicatos:

1. Discriminación por razón de sexo

Respecto a los permisos retribuidos previstos en el art. 37.3 y 4 ET , la Audiencia Nacional recuerda que el Tribunal Supremo (STS 3-12-19, rec. 141/2018) ya ha aclarado cuáles entroncan con el principio de igualdad por razón de género, de modo que su exclusión del devengo de incentivos supone una discriminación de las mujeres respecto de los hombres por el mayor impacto en el colectivo de las primeras. En concreto, se trata de:

- los permisos por lactancia;
- por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad;
- ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.
- Deberán también incluirse las ausencias para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Por el contrario, considera neutros en cuanto al género los siguientes:

- El permiso por matrimonio,
- Permiso por fallecimiento de un pariente,
- Permiso por traslado del domicilio habitual,
- Permiso por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

Proyectando estas consideraciones del Alto Tribunal a las licencias previstas en el art. 36 del Convenio enjuiciado, entendemos, razona la sentencia de la Audiencia Nacional que existe un **componente de género que convierte en discriminatoria** la merma retributiva derivada del disfrute de los siguientes permisos:

- Por el accidente grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Por nacimiento de hijo, enfermedad grave diagnosticada por el facultativo, de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Por acompañar a hijos menores de 15 años a urgencia médica no previsible en horas coincidentes con el horario de trabajo.

En conclusión, pues, la Sala coincide con el Ministerio Fiscal en que la merma de incentivos por descontar el tiempo no trabajado a raíz del disfrute de estos concretos permisos que acaban de citarse resulta discriminatoria por razón de sexo.

2. Vacaciones

La empresa ha acreditado que el variable que no percibe el empleado durante su descanso anual se reparte entre el resto de sus compañeros. Sin embargo, señala la sentencia, no ha quedado probado que este sistema **garantice la percepción íntegra de la retribución** correspondiente a vacaciones, pues el mecanismo de distribución del importe depende, para su efectivo equilibrio, de una situación completamente estable de la plantilla. Cualquier incidencia en el número de empleados, por ejemplo, ocasionaría un desajuste. La jurisprudencia sobre la retribución en vacaciones se sintetiza, por todas, en STS 23-4-2019 (rec. 62/2018), de la que cabe extraer la siguiente premisa:

«Si un complemento se percibe por actividad que se realiza de modo habitual, constituye una retribución ordinaria y, en consecuencia, ha de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones. Únicamente si estamos ante complemento devengado por actividad que se realiza de manera puntual, se califica como retribución extraordinaria y no ha de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones».

A lo que cabe añadir: «La alteración cuantitativa del complemento es algo bien diverso a su carácter esporádico. Si todos o casi todos los meses vienen percibiéndolo quienes están afectados por el conflicto colectivo, es evidente que también ha de suceder así en vacaciones. Cosa distinta es que la cuantía haya de obtenerse acudiendo al promedio de lo percibido durante aquellos meses en que sí se ha recibido.»

Por otro lado, la STS 28-2-2019 (rec. 16/2018) precisa que la «habitualidad de los referidos pluses en la actividad ordinaria de la empresa justifica su necesaria inclusión en el Convenio Colectivo como obligado factor de cálculo en la retribución de las vacaciones».

Ahora bien, ello no significa que proclamemos un derecho automático a su cómputo para todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que -a falta de especificación convencional- hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores.»

En definitiva, concluye la AN, se debe garantizar que no exista merma retributiva por razón del disfrute de vacaciones. Dado que la actual regla de distribución aplicada en el sistema de retribución de la compañía no establece esa garantía, procede estimar la demanda en este punto, declarando contraria a derecho la minoración de los incentivos por disfrute de vacaciones.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia de 27 de abril de 2020.

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