



CIRCULAR LABORAL 7/2021

1 de marzo de 2021

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: MARZO 2021.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

El TJUE declara lícito que los trabajadores desplazados reciban igual salario que los empleados del Estado de acogida

Aval del TJUE a la Directiva que refuerza los derechos de los trabajadores desplazados, tanto en la impugnación que ha hecho Hungría, como en la hecha por Polonia.

La fijación de las normas sobre remuneración compete a los Estados miembros, pero estos deben actuar respetando el Derecho de la Unión, puntualiza la sentencia.

Hasta ahora, los trabajadores que se desplazaban por los Estados de la Unión Europea por trabajo, fundamentalmente transportistas, tenían fijadas unas cuantías de salario mínimo fijadas en la Directiva comunitaria 96/71. Pero con las sucesivas modificaciones, inspiradas por el principio de igualdad de trato, acogen un concepto más amplio que el de «salario mínimo» y ya con la Directiva 2018/957, se introduce el concepto de remuneración que sustituye al de “cuantías de salario mínimo”.

Según el Tribunal Europeo, esta Directiva que se impugna se ajusta sin fisuras a la evolución del mercado interior y a los intereses de las empresas que ejercen la libre prestación de servicios y a los de los trabajadores desplazados a un Estado miembro de acogida. Y todo ello con el fin de garantizar que esta libre prestación se desarrolle en condiciones de competencia equitativas.

Ninguna infracción se aprecia del artículo 56 TFUE porque, aunque éste habilita al legislador de la Unión para coordinar las normativas nacionales que, como consecuencia de su propia disparidad, pueden obstaculizar la libre prestación de servicios entre los Estados miembros, no enerva el deber de velar por que se respeten, entre otros, los objetivos transversales.

Insiste la sentencia en que la Directiva 2018/957 lleva a cabo un ajuste del equilibrio de los factores respecto de los que las empresas establecidas en los diferentes Estados miembros pueden competir entre sí, sin eliminar al mismo tiempo la eventual ventaja competitiva.

Se trata de garantizar a los trabajadores desplazados que en el Estado miembro de acogida se aplique un conjunto de condiciones de trabajo y de empleo, entre las que se encuentran los elementos integrantes de la remuneración obligatorios en ese Estado, y la Directiva no incide en los demás elementos de los costes de las empresas que desplazan a tales trabajadores, como son la productividad o la eficiencia de los trabajadores.

TJUE, Gran Sala. Sentencia de 8 Dic. 2020. C-620/2018.

2. TRIBUNAL SUPREMO

Inaplicabilidad de la licencia retribuida por nacimiento de hijo prevista en convenio tras la equiparación del permiso de paternidad al de maternidad.

El TS da por finalizada la polémica relativa a aquellos convenios colectivos que mantenían todavía, por mor de la regulación pretérita a este respecto del Estatuto de los Trabajadores, la licencia retribuida de dos días por nacimiento de hijo en favor de los padres.

Como se recordará tras la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad, materializada definitivamente y a todos los efectos este 2021, desapareció del art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores el antiguo apartado b) que regulaba la licencia retribuida por nacimiento de hijo.

Aunque siempre habíamos mantenido que tras la citada equiparación de permisos esa licencia dejaba totalmente de tener sentido, algunas sentencias, como por ejemplo la de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2020, venían entendiendo que dicha licencia retribuida que se mantenía en algunos convenios previos a la modificación legal era, en puridad, una mejora pactada en dicha norma colectiva y no quedaba eliminada de forma automática al haberse incorporado a las condiciones laborales de los trabajadores afectados por esa norma colectiva.

Pues bien, ahora la Sala de lo Social del Alto Tribunal, en una muy bien trabajada sentencia, y de gran calidad jurídica, en que es ponente Ignacio García-Perrote -se nota su condición de cátedro y su visión práctica tras muchos años de ejercicio profesional-, aclara definitivamente (esperemos) esta cuestión y viene a señalar, en síntesis, que tras la supresión del Estatuto de la licencia retribuida por nacimiento de hijo y la repetida equiparación actual del permiso por nacimiento (antiguos permisos de paternidad y maternidad) de ambos padres, no tiene sentido alguno y está fuera de toda lógica mantener la citada licencia por mucho que se mantuviera en algún convenio. Por lo tanto, inaplicabilidad de la misma.

En una frase de la citada sentencia queda perfectamente resumida la misma:

“La supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, que reconocía el artículo 37.3 b) ET, y la equiparación de la duración de la suspensión de contrato de trabajo de ambos progenitores, hacen inaplicable el precepto del convenio colectivo de empresa que mejoraba la previsión legal sobre aquel permiso.”

Tribunal Supremo, Sentencia nº 98/2021, de 27 de enero, Rec. nº 188/2019

3. TRIBUNAL SUPREMO

No constituye intimidación o amenaza el aviso de un responsable a un empleado de la posibilidad de interponer acciones penales en su contra al ser descubierto en un ilícito sancionable. Validez de una baja voluntaria en este contexto.

Los trabajadores de un supermercado cogieron un refresco y una bolsa de patatas que consumieron en el propio establecimiento. Pagaron tras haberles llamado la atención el inspector del departamento de pérdidas, que en ese momento se encontraba en el centro.

Se les reunió y les comunicaron la existencia de pérdidas llamativas y también que la intención de la empresa era despedir, advirtiendo que se trataba de ilícito penal.

También se les advirtió que era más favorable firmar la baja voluntaria en lugar de someterse a un despido disciplinario y, eventualmente, a acciones penales, y tras una conversación de unos 20 minutos, la trabajadora redactó un documento manifestando su voluntad de causar baja voluntaria en la empresa (un formulario que posee la empresa para estos menesteres), pero volvió a los 15 minutos a la tienda manifestando su retractación.

Se está ante un cese por voluntad de la trabajadora, que no adolece de vicio alguno del consentimiento.

La sola advertencia por parte de la empresa de que los actos que pudieran alcanzar la calificación de ilicitud imputables a un trabajador no vician la dimisión.

Es cierto que, en el caso, la forma en que se llevó a cabo la advertencia fuera generadora de situaciones de tensión -que la empresa pudo evitar-, pero no por ello cabe entender que se cercenaba la libre voluntad de la trabajadora porque ésta era plenamente capaz de comprender los hechos y negar o aceptar sus consecuencias.

Que se ponga en conocimiento de la persona trabajadora la existencia de unos hechos graves que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitar la adopción de las correspondientes medidas, no significa que se ejerza coacción sobre él por parte de la empleadora, porque para que fuera así, -para que la conducta de la empresa previa a la toma de decisión pueda calificarse de amenaza o intimidación-, es preciso que la misma revista un matiz antijurídico o ilícito, y no hay tal cuando lo que se hace es anunciar el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho.

El reproche que puedan merecer las formas no alcanza a la ilicitud de las mismas ni vicia la manifestación de voluntad de la parte demandante, -declara el Supremo-, desestimando el recurso y confirmando que la extinción no fue un despido improcedente.

Y recuerda la sentencia que la retractación posterior no es válida, salvo que se pruebe la existencia de alguna deficiencia en el consentimiento, lo que como se ha visto, no es el caso.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 66/2021, 20 Ene. Rec. 2093/2018

4. TRIBUNAL SUPREMO

Permiso para acompañar al médico a un familiar: el Tribunal Supremo descarta que sea un deber inexcusable de carácter público y personal.

Por la representación del Sindicato ALTA se interpuso demanda de Conflicto colectivo para que “se declare la nulidad del apartado denominado “*permisos no retribuidos*” de la Política nº 7378 de la empresa en materia de vacaciones y licencias.

Pedía el sindicato que se declarara el carácter de permiso retribuido a los destinados a acompañar a hijos menores y familiares dependientes a los servicios sanitarios, por ser incardinables en el citado artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores.

En concreto, el Convenio disponía lo siguiente:

“Permiso para el acompañamiento a los servicios de asistencia sanitaria de hijos/hijas menores de 14 años y de parientes mayores de primer grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos, por el tiempo indispensable.

Por tratarse de permisos no retribuidos, el trabajador/trabajadora y la empresa podrán establecer mecanismos de compensación horaria.”.

El TS ratifica la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, desestimando la pretensión del sindicato.

Lo que pretende el sindicato es que dicho permiso (acompañamiento de familiares / hijos al médico) tenga carácter retribuido. El convenio colectivo por el que se rigen las relaciones laborales de la empresa no contiene el controvertido permiso entre las “licencias retribuidas”, las cuales se regulan por el mencionado art. 29. La parte recurrente afirma que hay una “ausencia de tratamiento” del indicado permiso en el convenio y, por ello, considera que la mera aplicación del art. 37.3 d) ET basta para sostener su carácter retribuido.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la premisa sobre la que se construye el silogismo anterior es completamente errónea. El convenio colectivo dispone claramente que “en estos supuestos, por tratarse de permisos no retribuidos, podrán establecerse mecanismos de compensación horaria”.

La empresa en modo alguno ha infringido una norma imperativa como es la que resulta del convenio, lo que sí hubiera sucedido si en éste se hubiere reconocido el carácter retribuido del permiso y, no obstante, tal retribución fuera negada por la práctica empresarial.

El permiso, que el convenio establece, no tiene carácter retribuido y la realidad de la práctica en el seno de la empresa se ajusta de modo estricto a esa misma característica -como también lo hace respecto al resto de elementos que definen el permiso-.

Y en cuanto a la consideración como deber inexcusable, el Tribunal Supremo lo descarta. El art. 37. 3 d) ET dispone lo siguiente:

“3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: (...)

d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo.”

Razona el Supremo que el permiso regulado en la norma legal transcrita está vinculado a la existencia de un deber de la persona trabajadora que reúna todas y cada una de las siguientes características:

- a) que sea inexcusable;
- b) que sea de carácter público; y
- c) que sea de carácter personal.

Pues bien, razona el Supremo, los deberes surgidos de las obligaciones familiares y de cuidados -fruto de las relaciones de filiación (ex art. 110 del Código Civil -CC) o del deber de alimentos entre parientes en sentido amplio (ex art. 142 CC)-, a los que cabría ligar la actividad que genera el derecho al permiso aquí controvertido, no sólo no obligan a su prestación personalísima e insustituible de los deudores de los mismos, sino que difícilmente pueden ser configuradas como obligaciones de carácter público.

Por el contrario, deja claro el Supremo, pertenecen al ámbito privado y familiar y, por ello, estamos ante un permiso alejado por completo de la previsión específica del art. 37.3 d) ET.

En definitiva, concluye la sentencia, ni la práctica empresarial impugnada contraviene la norma de rango legal, ni cabría tildar de ilegalidad a la cláusula del convenio.

Tribunal Supremo, Sentencia nº 1098/2020, de 9 de diciembre, Rec. nº 79/2019.

5. TRIBUNAL SUPREMO

Retribución por trabajo en festivo

Si se trabaja en festivo, se debe compensar bien con otro día/días que supla ese festivo, o bien percibiendo el importe de las horas trabajadas con el incremento mínimo del 75% sobre el valor de la ordinaria.

Y esta tesis se aplica incluso cuando se trata de trabajos en festivos que hubieran sido previamente planificados.

El art. 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos establece lo siguiente:

“Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio.”

Solventa el Supremo el malentendido del que parte el recurso. Erróneamente se interpreta que dicho artículo está prescribiendo una mayor retribución para los casos en que se trabaje, de manera excepcional en festivo (o días de descanso semanal), cuando en realidad, la norma se refiere a que "excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente".

Que las empresas de Contact Center desarrollen habitualmente su actividad durante todos los días del año -como tantos otros sectores en nuestro país- no las deja fuera del campo aplicativo del precepto.

El derecho a disfrutar de los festivos (en la fecha que les corresponde, o en la alternativa) no puede estar condicionado ni puede limitarse por la vía del Convenio colectivo. Porque los días festivos son distintos que las vacaciones o los descansos semanales. Los festivos anuales se fijan para celebrar ciertas fiestas que son relevantes por algún motivo: religioso, municipal, etc... Por ello son excepcionales y así han de ser tratados. Si no hay descanso, se han de retribuir como horas de trabajo excepcionales.

El sentido de los festivos no puede desnaturalizarse hasta el extremo de que cuando en una empresa se desarrolle actividad durante los mismos ya no sea preciso adoptar medida compensatoria alguna. Sea un descanso alternativo (razonablemente próximo al feriado de referencia), sea su remuneración en concepto de hora extraordinaria, una contraprestación debe existir.

En suma, el trabajo en festivos constituye una prestación de servicios "excepcional" de forma que no es posible modulación a la baja en cuanto a la compensación de las horas trabajadas al menos con un 75% de recargo respecto de las ordinarias, pues no cabe negociación colectiva en este extremo.

Y por esta razón, se confirma la nulidad del párrafo final del Anexo II del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center que establece la retribución de los días festivos trabajados y no compensados con descanso con un incremento del 60% sobre la hora tipo ordinaria, es decir, menos que lo preceptuado en el RD 2001/1983.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 1132/2020, 18 Dic. Rec. 62/2019.

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*