

Alerta Laboral | Novedades | Febrero 2019

Novedades jurisprudenciales

1. Procedencia del despido disciplinario de un trabajador por utilizar los medios informáticos de la empresa para el uso de programas prohibidos >>
2. El plus de asistencia debe ser incluido en la retribución de las vacaciones >>
3. Sucesión de empresa en el seno de un concurso de acreedores >>
4. Una crisis económica no se considera un supuesto de fuerza mayor que permita a la empresa no abonar las cuotas de la Seguridad Social >>
5. Corresponde a los sindicatos comprobar las convocatorias para la negociación de un convenio colectivo efectuadas en el correo electrónico facilitado a la empresa para tal fin >>
6. La empresa está obligada a abonar el importe de la indemnización por falta de preaviso en los despidos por causas objetivas declarados improcedentes >>
7. Validez de la retractación por el empresario del despido objetivo por causas económicas y organizativas >>



Procedencia del despido disciplinario de un trabajador por utilizar los medios informáticos de la empresa para el uso de programas prohibidos

El trabajador utilizaba la red profesional de la empresa y de sus clientes para el uso de programas prohibidos, lo que se estima como un fraude y un abuso de confianza que legitima la adopción del despido por causas disciplinarias.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 26 de octubre de 2018

En el presente supuesto, un informático de una empresa dedicada a la consultoría de la tecnología de la información es despedido disciplinariamente. El trabajador utilizaba la red informática de la empresa para navegar por páginas y programas no autorizados en la "deep web" o "red profunda". En este sentido, la "deep web" engloba toda la información disponible online pero a la que no es posible acceder de forma pública.

El trabajador despedido se conectaba a la dirección IP de internet de una empresa cliente para el uso personal de programas prohibidos de la "deep web". Las quejas recibidas por parte de los clientes acerca de los cortes e interrupciones que sufrían en sus servidores de internet, hicieron que la empresa extremara las medidas de seguridad y requiriese a todos los empleados a mostrar una especial cautela al respecto.

Ante esas sospechas y quejas de clientes, la empresa inicia un expediente disciplinario contra varios trabajadores, que concluye con el despido disciplinario del empleado en cuestión, al quedar acreditado el uso fraudulento del sistema informático de la empresa y de las empresas de clientes. Una vez efectuado el despido, la sección sindical entrega su ordenador ante notario para realizar la pertinente pericial informática.

El trabajador impugna su despido ante la jurisdicción social, que desestima su demanda declarando su procedencia. Disconforme con dicha decisión, el trabajador se alza en suplicación.

La sentencia analiza si estos hechos tienen entidad suficiente para justificar la procedencia del despido disciplinario. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluye que la utilización de la red profesional para fines no autorizados, creando perjuicios evidentes para las em-

presas clientes, supone un incumplimiento grave y culpable del trabajador, que conduce a que el despido sea declarado procedente.

El plus de asistencia debe ser incluido en la retribución de las vacaciones

El Tribunal Supremo concluye que el plus de asistencia regulado en el Convenio colectivo del sector de residencias privadas de la tercera edad de Galicia debe incluirse en el abono de las vacaciones en tanto que se trata de un concepto salarial ordinario, habitual y periódico.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2018

Tres sindicatos interpusieron demanda de conflicto colectivo solicitando que se declarase la nulidad de la práctica empresarial consistente en excluir el complemento de asistencia –regulado en el Convenio colectivo del sector de residencias privadas de la tercera edad de Galicia– de la retribución de las vacaciones.

En concreto, el artículo 30 del citado texto convencional disponía que en la retribución del periodo de vacaciones se incluiría el salario base y la antigüedad, así como cualesquiera conceptos fijos o periódicos. Por su parte, el artículo 33 apartado c) disponía que los trabajadores percibirían un plus de asistencia mensual cuyo importe será fijado en las tablas salariales y que sería abonado en 11 mensualidades.

El Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) de Galicia desestimó la demanda al considerar que el plus de asistencia no es un concepto retributivo fijo o periódico, ni se encuentra vinculado a la ejecución de tareas relacionadas con el contrato de trabajo, por lo que no puede integrar la retribución de las vacaciones.

Disconformes con tal resolución, dos de las organizaciones sindicales que promovieron el conflicto colectivo interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo el cual, ya se anticipa, estima el recurso.

Tras efectuar un repaso de la principal normativa y jurisprudencia nacional y comunitaria aplicable, el Alto Tribunal distingue, a los efectos de determinar qué se entiende por retribución normal o media (esta es, la que debe abonarse en el periodo vacacional), entre lo que denomina como ‘núcleo retributivo’ (zona de certeza) refiriéndose al conjunto de elementos ciertos por constantes y definidos que configuran la retribución de cada trabajador, y la ‘zona adyacente retributiva’ (zona de duda), identificada con otros elementos retributivos que se abonan por razón del trabajo realizado.

Así, en relación con este segundo conjunto de elementos retributivos, afirma el Tribunal Supremo que, para que estos integren la retribución de las vacaciones, deben resultar habituales en la empresa; es decir, que se correspondan con una actividad ordinaria en la misma.

A este respecto, el Tribunal Supremo considera que:

- i. por un lado, el referido plus tiene atribuido un carácter mensual y por los once meses del año (es más, en el nuevo convenio colectivo aprobado, se determinaba el pago en los doce meses del año); y
- ii. por otro lado, se trata de un importe fijo que se abona en función de los días en los que se ha trabajado.

Por todo ello, concluye que el plus de asistencia del citado convenio colectivo puede considerarse como ordinario, habitual y periódico y, por consiguiente, debe figurar en el abono de las vacaciones.

Sucesión de empresa en el seno de un concurso de acreedores

La adquisición de una unidad productiva autónoma de una empresa concursada conlleva la responsabilidad solidaria de cedente y cesionaria por las deudas salariales e indemnizatorias anteriores a la transmisión, aunque en el auto de adjudicación se haya hecho constar que la adquirente no sería responsable de ninguna obligación laboral respecto a los trabajadores de la empresa concursada que no ha asumido.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 2018

El Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se dilucida si, en el seno de un concurso, la adquisición de una unidad productiva autónoma de la empresa concursada conlleva una sucesión de empresas, cuando en el auto de adjudicación se hace constar que el adquirente no será responsable de ninguna obligación laboral respecto de los trabajadores de la empresa concursada que no ha asumido.

A instancias de la empresa concursada, el Juzgado de lo Mercantil acordó la extinción de 162 contratos de trabajo, fijando una indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Sin embargo, los trabajadores afectados no percibieron dicha indemnización de la concursada, procediendo a reclamar la misma al FOGASA.

Así, los trabajadores reclamaron la diferencia entre los citados 20 días y la abonada por el FOGASA; cantidad objeto de reclamación en el asunto que nos ocupa.

Con posterioridad, el Juzgado de lo Mercantil acordó la adjudicación definitiva de la unidad productiva de la concursada, incluyendo a un total de 386 trabajadores. En la adjudicación se hizo constar que no podía derivarse a la adquirente responsabilidad alguna respecto de aquellos trabajadores cuyos contratos no estaban incluidos en el listado de adjudicación.

Haciéndose eco de una sentencia anterior en la que se resolvía un supuesto similar relativo a las mismas empresas concursada y adjudicataria, el Tribunal Supremo resuelve estimando el recurso casacional a favor de los trabajadores, apreciando la existencia de sucesión de empresa ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la base de los siguientes argumentos.

Por un lado, sostiene que, con la adjudicación, se había producido *de facto* el cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica. Ello implicaría la asunción de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la sucesión para el cesionario o adquirente ex artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, fundamenta el Tribunal Supremo su decisión sobre la base de que el artículo 44 del ET es una norma de carácter imperativo por lo que, únicamente en el supuesto de que existiera una disposición que estableciera que en estos particulares supuestos de empresas en situación de concurso no se produce la sucesión de empresa, habría de admitirse que no operaría dicho fenómeno.

Y, finalmente, porque el artículo 148.4 de la Ley Concursal nos conduce a la conclusión de que la norma no ha excluido que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa sino, al contrario, de forma indirecta está admitiendo que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa.

Con todo, el Tribunal Supremo resuelve el recurso interpuesto y declara la existencia de sucesión de empresa, condenando solidariamente a ambas sociedades al abono de las cantidades reclamadas.

Una crisis económica no se considera un supuesto de fuerza mayor que permita a la empresa no abonar las cuotas de la Seguridad Social

La fuerza mayor consiste en un acontecimiento externo al círculo de la empresa, independiente de la voluntad de esta, que sea imprevisible o, siéndolo, sea inevitable.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2018

En el supuesto enjuiciado, la TGSS reconoce la existencia de una deuda de 235 223,70 euros (incluyendo intereses y recargo) derivada en el periodo desde marzo de 2014 hasta octubre de 2016, de una empresa que se encuentra en una situación económica negativa, con abundantes pérdidas durante los ejercicios 2014 y 2015.

A raíz de ese impago, la Inspección de Trabajo impone una multa a la empresa deudora por importe de 182 202,48 euros, que se ratifica en última instancia por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Estando la empresa disconforme, plantea demanda frente a dicha sanción, desplegando su defensa, a los efectos que aquí interesa, en dos grandes argumentos:

- i. por un lado, la empresa afirma que concurre causa de fuerza mayor, que estriba en la crisis económica existente y en la reducción del consumo en el sector turístico. La empresa surge en un contexto depresivo (2011) y eso explica que desde el principio tuviera dificultades de tesorería; y
- i. por otro lado, se alega que no ha existido ánimo defraudador, toda vez que siempre ha tenido la voluntad de pagar a trabajadores, proveedores o entidades públicas, sin perjuicio de que en ciertos periodos las cuotas de Seguridad Social se hubieran dejado de abonar.

En relación con el primer argumento, el Tribunal Supremo lo desestima al no considerar una crisis económica como incardinable en un supuesto de fuerza mayor. Ello, sobre la base de entender por fuerza mayor, aquella situación extraordinaria o acontecimiento externo al círculo de la empresa, independiente de la voluntad de esta, que resulta imprevisible o, siendo previsible, es inevitable.

Entiende el Alto Tribunal que dichos presupuestos no concurren en el supuesto que nos ocupa, por encontrarnos ante una empresa que ha mantenido una situación prolongada de impago de cuotas. Además, se hace especial mención al hecho de que, pudiendo solicitar un aplazamiento del pago de las cuotas, la empresa no lo solicitara hasta que esta incurrió en la infracción.

En cuanto al segundo argumento, el Tribunal Supremo concluye que la ausencia de voluntad incumplidora no constituye un elemento que exonere de responsabilidad por las infracciones cometidas. Refuerza dicha conclusión aludiendo al hecho de que ni siquiera consta que la empresa hubiera solicitado la declaración de concurso.

Por todo ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, y confirma la sanción impuesta a la empresa demandante.

Corresponde a los sindicatos comprobar las convocatorias para la negociación de un convenio colectivo efectuadas en el correo electrónico facilitado a la empresa para tal fin

Las citaciones para la negociación del convenio colectivo de empresa fueron remitidas al email facilitado por el propio sindicato, no habiendo este accedido al correo aun siendo conocedor de que se habían iniciado los trámites para su negociación.

Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de diciembre de 2018

En el presente supuesto, una compañía inicia los trámites para la negociación de un nuevo convenio colectivo de empresa tras la denuncia del convenio anterior, convocando a todos los sindicatos para constituir la comisión negociadora.

Constituida la mesa negociadora, se celebran tres reuniones a las que acuden todos los sindicatos salvo USIPA, al que se había comunicado en tres ocasiones la celebración de dichas reuniones, a través del correo electrónico que el propio sindicato había facilitado a la compañía para tal fin.

Tras la aprobación, firma y publicación del convenio colectivo, USIPA interpone demanda ante la Audiencia Nacional sobre tutela de derechos fundamentales por vulneración de la libertad sindical y de la garantía de indemnidad, puesto que la delegada sindical había tenido un procedimiento judicial previo con la compañía.

La sentencia analiza si en el presente supuesto rige la inversión de carga de la prueba por vulneración de derechos fundamentales y si realmente se ha producido una vulneración de los derechos sindicales por parte de la compañía.

En primer lugar, la Audiencia Nacional argumenta que, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo, no es suficiente la mera afirmación de una vulneración de derechos fundamentales para invertir la carga de la prueba, sino que debe proporcionarse algún indicio de la vulneración para que esta regla opere. Por tanto, la sentencia establece que la carga de la prueba corresponde a la parte actora.

Respecto a la vulneración de derechos fundamentales, la Audiencia Nacional se basa en el hecho de que fue el propio sindicato quien facilitó a la compañía el correo electrónico donde debían realizarse las convocatorias para las reuniones de negociación del convenio colectivo de empresa.

En este sentido, y en línea con el informe del Ministerio Fiscal, concluye la sentencia que no cabe apreciar un trato discriminatorio ni una vulneración del derecho a la libertad sindical, pues el sindicato demandante fue convocado del mismo modo que el resto de sindicatos.

Por tanto, la Audiencia Nacional desestima la demanda de USIPA, al considerar que el hecho de que el sindicato no recibiera las citaciones que le fueran remitidas por la compañía es causa imputable al mismo, pues además de ser el propio correo facilitado a la compañía, podría haber accedido al mismo en cualquier momento, máxime cuando el sindicato era conocedor de que se habían iniciado los trámites para la negociación del convenio.

La empresa está obligada a abonar el importe de la indemnización por falta de preaviso en los despidos por causas objetivas declarados improcedentes

Cuando en la carta de despido se alegan causas objetivas, la empresa debe abonar el importe de la indemnización por falta de preaviso, con independencia de la posterior declaración judicial del despido.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 3 de enero de 2019

La sentencia versa sobre el despido de una trabajadora por causas objetivas, sin que la empresa hubiera abonado el importe correspondiente a la falta de preaviso, además de otras cuantías.

La trabajadora impugna el despido y el Juzgado de lo Social estima la demanda interpuesta condenando a la empresa a pagar la cantidad de 10 600,41 euros por salarios no abonados.

Sin embargo, el Juzgado de lo Social no reconoce a la trabajadora la cantidad correspondiente a la falta de preaviso. Ello se fundamenta, según la sentencia, en el hecho de que no cabe su abono en los casos en los que concurra un despido improcedente que determina la inexistencia del despido objetivo.

Contra la sentencia de instancia se alza la trabajadora en suplicación, alegando que procede el abono de la falta de preaviso por tratarse de un despido objetivo.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo, establece que cuando el despido se halle motivado por causas de índole objetiva, la empresa debe abonar la cantidad correspondiente a la falta de preaviso, con independencia de que el despido sea declarado improcedente posteriormente.

En este sentido, razona la sentencia que la extinción del contrato por causas objetivas exige, entre otros requisitos, conceder un plazo de preaviso, computando desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.

Además, sostiene el tribunal, que, durante tal periodo de preaviso, en el cual está vigente el contrato, el trabajador tiene derecho –sin pérdida de su retribución– a una licencia

de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y, la no concesión de este periodo de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo.

Sobre la base de los anteriores argumentos, el TSJ de Cantabria estima el recurso de suplicación de la trabajadora, condenando a la empresa al abono de la correspondiente indemnización en concepto de preaviso.

Validez de la retractación por el empresario del despido objetivo por causas económicas y organizativas

La retractación del despido es válida si se produce antes de la fecha indicada en la carta de despido, aun cuando se hubiera recibido la indemnización correspondiente. Si el trabajador no continúa prestando sus servicios, su incomparecencia sin causa justificada viabiliza su despido disciplinario.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 18 de septiembre de 2018

Una empresa procede al despido por causas económicas y organizativas de un trabajador en el marco de una situación financiera negativa, donde se han adoptado acuerdos de descuelgue salarial con los representantes de los trabajadores.

En la carta de despido se hace constar la fecha de efectos, que tendrá lugar tras los quince días de preaviso, y se abona la correspondiente indemnización al trabajador con anterioridad a la fecha efectiva del despido.

Ocho días más tarde, el gerente y el encargado de la empresa se reúnen con el trabajador para comunicarle verbalmente la retractación de su despido. El trabajador se niega a firmar la comunicación de retractación, por lo que la empresa procede a remitírsela mediante dos burofaxes (no entregados) y una llamada telefónica.

En la fecha de efectos del despido, el trabajador deja de acudir a su puesto de trabajo pese a la retractación del despido efectuada por la empresa en múltiples ocasiones. Ante la ausencia injustificada, la empresa le amonesta por escrito, procediendo al despido disciplinario veintiún días más tarde.

El trabajador interpone demanda de reclamación de cantidad frente a la empresa por diferencias de convenio como consecuencia de una clasificación funcional errónea. A su vez, la empresa demanda al trabajador reclamando la indemnización por despido objetivo puesta a su disposición, acumulándose ambos procesos en uno solo.

El juzgado de instancia desestima la demanda del trabajador y estima la demanda interpuesta por la empresa. Disconforme con dicha decisión, el trabajador interpone recurso de suplicación.

La sentencia analiza, por un lado, si es posible la retractación durante el periodo de preaviso de un despido objetivo

efectuado, y, por otro lado, si las ausencias del trabajador por este motivo pueden justificar la adopción de un despido disciplinario.

La resolución objeto de análisis, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, recuerda que el contrato de trabajo permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo, que es el momento en el que verdaderamente se extingue.

Añade la sentencia que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que se va a rescindir un contrato próximamente, pero dicha comunicación se trata simplemente de una advertencia que no puede equipararse a la extinción efectiva del contrato. En este sentido, se advierte que la finalidad general de la norma laboral es facilitar la continuidad del contrato y favorecer la conservación del puesto de trabajo.

El TSJ de Valencia concluye que es válida la retractación del despido realizada por la empresa con anterioridad a la efectividad del mismo. Argumenta que aun habiéndose recibido por el trabajador la indemnización antes de la fecha de efectos del despido, este siguió prestando servicios hasta ese momento, abandonando su puesto de trabajo por voluntad propia, al haberse retractado su empleadora del despido notificado.

Finalmente, la sentencia desestima el recurso de suplicación considerando suficiente las comunicaciones verbales efectuadas y los burofaxes remitidos por la empresa al trabajador, lo que provoca la validez de la retractación al haberse producido antes de la fecha de efectos inicialmente comunicada.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (cms-asl@cms-asl.com)



Twitter



LinkedIn



www.cms.law

C/M/S/ Law-Now™

Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

www.cms-lawnow.com

C/M/S/ e-guides

Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research and insights that can be personalised.

eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law

