

N & A newsletter

Agosto 2017

CONTENIDO

Noticias

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: El despido en situación de incapacidad temporal es improcedente, no nulo.

La Audiencia Nacional entiende suficiente el justificante de reposo domiciliario para conceder el permiso retribuido por enfermedad de corta duración.

C. JURISPRUDENCIA

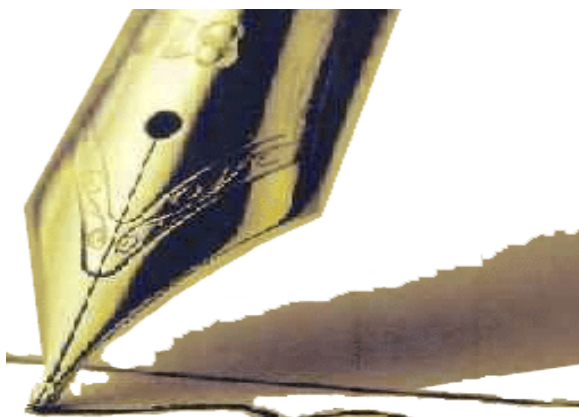
Nulidad de cláusulas contractuales de cesión de la imagen de los trabajadores

Isabel Hoyos Ortiz
Abogada

SENTENCIAS DEL MES

1. Sentencia del TSJ del País Vasco, de 6 de junio de 2017. Cuantía de la indemnización por fin contrato a trabajador de una ETT.

2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 2017. Modificación sustancial de condiciones de trabajo aplicada a trabajadores de una empresa acabada de subrogar.



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA: EL DESPIDO EN SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL ES IMPROCEDENTE, NO NULO

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña ha anulado la famosa sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona que declaró nulo el despido de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal por entenderlo discriminatorio, reconociendo que, en dichos casos, el despido debe ser

calificado como improcedente. Como ya comentamos con anterioridad en nuestra Newsletter, una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 1 de diciembre de 2016 –caso M. Daouidi–, determinó que el despido debía calificarse como nulo cuando resultara discriminatorio por razón de

una discapacidad duradera. Además, para poder apreciar la durabilidad de la situación de incapacidad temporal, debía valorarse el hecho de que a fecha del despido, la incapacidad no presentara “una perspectiva definitiva de finalización a corto plazo”, y además, que pudiese prolongarse de forma notable.



Es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que el despido podría ser nulo si, analizando el caso concreto, se apreciase una conducta discriminatoria llevada a cabo por el empresario. En virtud de lo anterior, y una vez resueltas las cuestiones prejudiciales por el TJUE, el Juzgado entendió que el despido del trabajador en situación de IT por accidente laboral era nulo, en contra de lo que, hasta el momento, habían venido manteniendo tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, que entendían estos despidos como improcedentes. Pues bien, el pasado 12 de junio de 2017, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Social 33 de Barcelona, rechazó que la limitación que sufría el trabajador, en ese caso concreto, pudiese calificarse como duradera a efectos de la Directiva 2000/78, sino que se trataba de un supuesto de “incapacidad reversible”. El Tribunal Superior de Justicia no cierra las puertas

a que pueda considerarse discriminatorio un despido en situación de incapacidad temporal, sino que exige que se acredite efectivamente la perdurabilidad o previsión de duración de la enfermedad o dolencia que causa dicha incapacidad. La sentencia, además, tampoco considera que pueda declararse nulo el despido por atender contra la integridad física, la salud o la dignidad del trabajador -derechos consagrados en el artículo 15 de la Constitución-. En estos casos, tal y como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, la calificación de nulidad del cese correspondería “cuando la decisión de la empresa de despedir al trabajador se fundamenta en causa que comporte un grave riesgo para la salud del trabajador”. Un criterio que no puede resultar de aplicación en este caso porque no quedó acreditado que el despido se produjera por la negativa del empleado a abandonar el tratamiento médico. La doctrina constitucional, y así lo ha aplicado el TS, considera que será

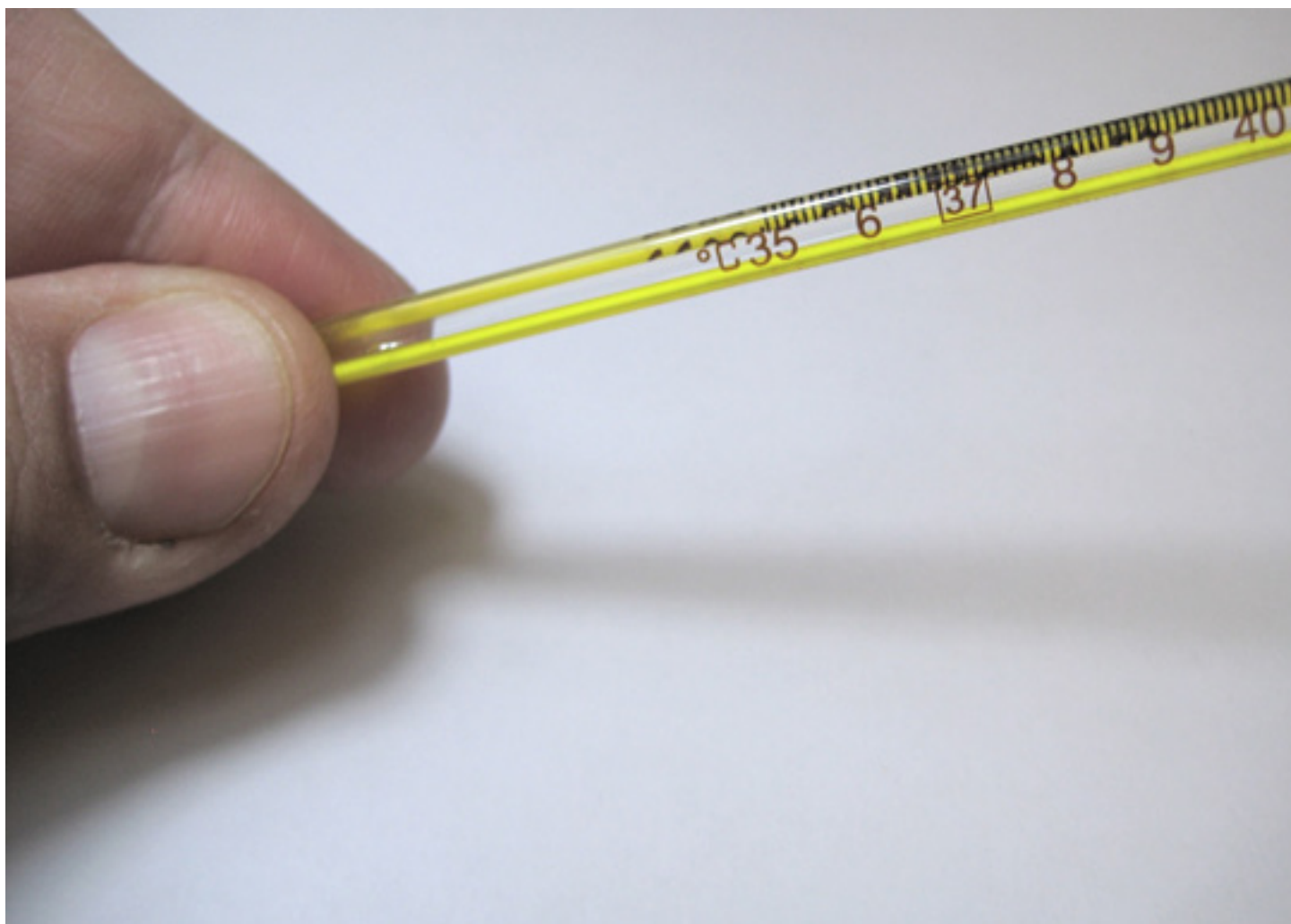
discriminatorio el despido de un empleado de baja “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad”. Sin embargo, no será nulo si “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo [...] sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo”. En este último caso se deberá calificar como improcedente.

LA AUDIENCIA NACIONAL ENTIENDE SUFICIENTE EL JUSTIFICANTE DE REPOSO DOMICILIARIO PARA CONCEDER EL PERMISO RETRIBUIDO POR ENFERMEDAD DE CORTA DURACIÓN

La Sala de lo Social Audiencia Nacional resuelve de una demanda interpuesta por un sindicato frente a la decisión de la empresa de dejar de admitir, a partir de un momento dado, el justificante de reposo domiciliario para conceder un permiso retribuido por incapacidad o ausencia, tal y como establece el Convenio colectivo aplicable, y todo ello en virtud de la aplicación de la Orden OESS 1187/2015, de 15 de junio, que fija que para la concesión de una baja resultará imprescindible que el trabajador aporte copia del parte de baja. El Convenio Colectivo aplicable, como hemos adelantado, tenía previsto un permiso retribuido para los trabajadores de tres días en caso de incapacidades o indisposiciones breves, para cuyo disfrute bastaba con la presentación del justificante de reposo domiciliario. La entrada en vigor de la

OESS 1187/2015 regulaba ciertos extremos en relación a la incapacidad temporal durante los primeros 365 días estableciendo que para la concesión de la baja, de duración inferior a cinco días, era necesario aportar parte de baja médica, lo cual colisionaba con lo establecido con el Convenio colectivo, que determinaba la suficiencia del justificante de reposo domiciliario. La Audiencia Nacional estimó la demanda y, en consecuencia, declara el derecho de los trabajadores de la empresa a disfrutar del permiso o licencia retribuido durante los tres primeros días de cada período de enfermedad, sin necesidad de ser declarados en situación de baja médica o IT, simplemente aportando los documentos de justificación de ausencia o reposo emitidos por los facultativos del Servicio Público de Salud o Mutua, según la respectiva contingencia, y dejando, por

tanto, de exigir la declaración de baja médica o incapacidad temporal para entender justificadas dichas ausencias y poder disfrutar del permiso o licencia retribuido. De este modo, la Sala de lo Social considera que el permiso retribuido que se regula en el Convenio colectivo aplicable a la empresa en cuestión, que dispone que el personal disfrutará de permiso o licencia retribuidos en los supuestos de enfermedad justificada por sistema sanitario público del trabajador durante los 3 primeros días de cada período de enfermedad, no es de la misma naturaleza jurídica que la IT. En primer lugar, entiende que las partes negociadoras del acuerdo le otorgaron naturaleza de permiso retribuido, lo que implica que, dándose el supuesto de hecho descrito en el convenio, el trabajador tiene derecho a ausentarse de su puesto de trabajo sin perder



el derecho a la percepción del salario, mientras que la IT se configura como una situación de suspensión del contrato. Afirma el tribunal que las situaciones que dan lugar a una y otra no son idénticas, ya que para que exista el permiso retribuido por enfermedad, basta con que concurra esta, mientras que la Incapacidad Temporal requiere el cumplimiento adicional de los requisitos previstos en el artículo 169 de la

Ley General de la Seguridad. Para finalizar, el mantenimiento del derecho al salario durante el permiso, lo hace incompatible con la IT, que da lugar a la percepción de una prestación de la Seguridad Social que tiene por objeto compensar la pérdida del derecho a la retribución que toda situación de suspensión del contrato de trabajo comporta. Por todo ello, el Tribunal afirma que el permiso regulado en el Convenio colecti-

vo no es más que un permiso retribuido, por lo que su regulación no es otra que la convenida por las partes, sin que en modo alguno le afecten las normas relativas a la IT, en concreto la referida O ESS/1187/2015 de 15 de junio. Por ello, y entendiendo aplicable la regla contenida en el Convenio, resultará suficiente para su disfrute cualquier tipo de justificante emitido por el sistema sanitario público.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

NULIDAD DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE CESIÓN DE LA IMAGEN DE LOS TRABAJADORES

En esta vida tan moderna en que la comunicación personal y profesional está en continua evolución, en que parecen ya imprescindibles, no sólo para la vida social sino también para el trabajo, elementos como la webcam, Skype, etc., y en que resulta ya integrado su uso en nuestro día a día como algo normal y natural, propio de los tiempos que vivimos, considero destacable el toque de atención que da la Sala Social, Sección 1ª, de la Audiencia Nacional, en su Sentencia nº 87/2017, de 15 de junio, declarando nula la práctica empresarial de incorporar a los contratos de trabajo cláusulas tipo de cesión de imagen de los trabajadores.

Resuelve dicha Sentencia, una demanda de conflicto colectivo que pretende la nulidad de una práctica empresarial consistente en incorporar a los contratos de trabajo una cláusula por la que el trabajador consiente expresamente

a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, con el fin de desarrollar su actividad laboral y cumplir así, con el objeto del contrato.

Entiende el sindicato demandante que la integración de dicha cláusula en el contrato de trabajo, supone una conducta abusiva que atenta contra un derecho fundamental.

La empresa, dedicada a la venta telefónica, que regula sus relaciones laborales mediante el Convenio Colectivo del Sector del Contact Center, se opuso a la demanda alegando que no utiliza la cesión de imágenes como herramienta de video vigilancia o control de actividad profesional, sino únicamente para satisfacer los servicios de sus clientes, que demandaban dicha cesión de imágenes, resultando para ello amparados por el Convenio Colectivo, de manera que, si sus clientes requieren servicios de video llamada no que-

da más opción que la cesión de imágenes de los trabajadores, siendo ésta la razón por la que se pacta con ellos la cesión de su imagen en los contratos de trabajo. Apoya asimismo su postura, en un informe de la Agencia de Protección de Datos, 190/2009, del que se desprende que no es exigible el consentimiento del trabajador cuando la cesión de su imagen es necesaria para cumplir el objeto del contrato de trabajo.

Al hilo de lo anterior, cabe señalar que el Convenio de Contact Center regula a las empresas que se dediquen a actividades que tengan como objetivo contactar o ser contactados con terceros ya fuera por vía telefónica, por medios telemáticos, por aplicación de tecnología digital o por cualquier otro medio electrónico, para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios que se enumeran a título enunciativo: contactos con terceros

en entornos multimedia, servicios de soporte técnico a terceros, gestión de cobros y pagos, gestión mecanizada de procesos administrativos y de back office, información, promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas, etc., así como cuantos otros servicios de atención a terceros se desarrollen a través de los entornos citados. Por su parte, el Ministerio Fiscal, considera que la cesión generalizada de imágenes, impuesta por la empresa al formalizar el contrato de trabajo, no es razonable ni proporcionada y supone un

“cheque en blanco” que no se justificaba por la demanda de los servicios prestados, interesando así la estimación de la demanda.

De todo el relato fáctico, resulta preciso destacar que en el supuesto de hecho del que partimos, queda claro que no está en juego la video vigilancia sino la utilización de la herramienta de la video llamada, y que esos servicios de video llamada afectan a 15 de trabajadores de una plantilla total de 6.000 trabajadores.

Parte la fundamentación jurídica de la Sentencia, de la siguiente normativa aplicable: Art. 18.1 Constitución Española; Arts. 6.1, 11.1, 11.3 LO 15/1999, de 13 de diciembre

de Protección de Datos de carácter personal; Arts. 10.3.b y 12.3 del Real Decreto 1720/2007 y Art. 2 del Convenio Colectivo del sector de Contact Center. Citando y recogiendo además en varias ocasiones los argumentos esgrimidos en la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015.

De entrada, coincide la Sala con la empresa demandada en que los servicios de video llamada requeridos por sus clientes, se acomodan en el ámbito funcional del Convenio colectivo de Contact Center, por lo que estima totalmente legítimo que la empresa exija a sus trabajadores



la realización de estos servicios cuando el cliente así lo requiera, lo que comportará necesariamente que entre en juego la imagen de los trabajadores afectados, puesto que si no cedieran su imagen, no podría activarse la video llamada con terceros.

Reconociendo, por tanto, la necesaria cesión de la imagen de los trabajadores para prestar los servicios requeridos por video llamada, estima la Sala que ello no puede eximir a la empresa de recabar el consentimiento expreso de dichos trabajadores, toda vez que los servicios de video llamada, si bien es una actividad propia de la empresa, resulta sólo una de las múltiples funcionalidades del telemarketing, minoritaria además en este caso concreto, de manera que no resulta imprescindible para el cumplimiento del objeto del contrato, puesto que la imagen se utiliza de manera absolutamente excepcional. Resulta por tanto desproporcionado y no razonable que todos los trabajadores de la empresa (y por extensión del sector del Contact Center) deban prestar su consentimiento a la cesión de su imagen me-

dante la firma de una cláusula tan general como la que aquí se discute.

Una vez que la Sala concluye que resulta necesario el consentimiento del trabajador para la cesión de su imagen, resuelve a continuación si la utilización por parte de la empresa de una cláusula tipo como la que hemos descrito, que se impone al inicio de la relación laboral, en la firma del contrato de trabajo inicial, ya cumple con la exigencia legal de dicho consentimiento.

Y para dar respuesta a ello, hace suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, recurso 259/2014, para acabar concluyendo que cuando la empresa destine a sus trabajadores a realizar servicios de video llamada porque así lo requiere el contrato mercantil con el cliente, deberá solicitar en ese momento, el consentimiento del trabajador que deberá ajustarse de manera precisa y clara a los requerimientos de cada contrato, sin que sea admisible la utilización de cláusulas tipo de contenido genérico que no vayan asociados a con-

tratos específicos, por cuanto dicha generalización deja sin contenido real el derecho a la propia imagen de los trabajadores. Ello es así por cuanto el consentimiento a la disposición de un derecho fundamental debe asegurar que no concurre ningún tipo de vicio en su producción, lo que es imposible al comienzo de la relación laboral en la que los trabajadores están en una manifiesta situación de desigualdad con sus empleadores.

Resumiendo la fundamentación de la Sentencia, podemos concluir que el derecho fundamental a la propia imagen no puede ser excluido en la relación laboral y, si bien puede verse limitado para hacer efectivo el objeto del contrato de trabajo, dicha limitación debe resultar razonable y proporcionada, debiendo además existir un consentimiento expreso por parte del trabajador y concreto para cada actividad en que efectivamente se requiera su imagen, declarándose nulas por el contrario, aquellas cláusulas genéricas de cesión de la imagen.

Isabel Hoyos Ortiz

Abogada

SENTENCIAS DEL MES

SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO DE 6 DE JUNIO DE 2017

¿EN QUÉ CUANTÍA DEBE INDEMNIZARSE A QUIEN TRABAJA EN VIRTUD DE CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA A TRAVÉS DE UNA ETT?

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el presente supuesto, se plantea si la indemnización que debe percibir el trabajador de una ETT, por fin contrato de obra o servicio suscrito con una empresa usuaria, debe ser calculado a razón de 20 días de salario por año de servicio, o bien conforme al módulo de 12 días por año de servicio, como si de un fin contrato se tratase.

A pesar de que según el Considerando 13 de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 no encuentra amparo la concesión de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio otorgada por la sentencia de instancia, al quedar excluidos de la aplicación de la misma los trabajadores con contrato de puesta a disposición, el Tribunal considera adecuada la indemnización de 20 días.

El TSJ argumenta que el trabajador contratado por la ETT en la modalidad de contrato para obra o servicio determinado, tiene unas condiciones de trabajo y de empleo en una empresa usuaria que son, por al menos, las que le corresponderían si hubiese sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto, tal y como dispone el art.5.1 de la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre de 2008.

Esas condiciones de empleo, entre otras, comprenden la indemnización por extinción del contrato y, consiguientemente, la imposibilidad de ese trato desfavorable y contrario al principio de derecho social de la Unión, reproduciendo el meritado precepto y número de la Directiva la literalidad del considerando 14 de la misma.

Aclara la Sala, que esta decisión se sustenta en el Capítulo II de la Directiva 2008/104 /CE, que en su art. 5 sienta el principio de igualdad de trato, de forma que si a los trabajadores temporales les corresponde la indemnización prevista para un trabajador indefinido cuando el final de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas, esto es, 20 días por año, también al trabajador contratado temporalmente por la ETT le corresponde igual indemnización cuando se pone fin a su contrato.

Añade que es la igualdad de trato la que conduce a esta conclusión tal y como se afirmaba en la sentencia de la misma Sala de 22 de noviembre de 2016, dado que si no se considera que concurra una causa que justifique el trato desigual en el concreto aspecto que se había analizado, entre un trabajador con contrato indefinido frente a otro con contratación, esa igualdad es igualmente aplicable a los trabajadores de la ETT cuyas condiciones de trabajo han de ser iguales a las que ostentan los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, de manera que la condición de trabajadores temporales cedidos no puede operar como factor que justifique la inferior indemnización.

Para finalizar, simplemente mencionar que la Sentencia contiene un voto particular, excelente según nuestro criterio, de cuyo contenido citamos el siguiente extracto para su reflexión: “Al aquí demandante se le reconoce el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por cada año de servicio, con el límite de una anualidad. Ello ni lo reconoce la sentencia del TJUE ni esa es la indemnización correspondiente a la extinción (indebida) de un contrato indefinido. La indemnización legal puede ser la de 20 días por año de servicio (Art.53.1-b ET). ¿Por qué se elige la indemnización de la extinción contractual por causas objetivas y no otra? ¿Acaso porque ésta opera de forma automática sin necesidad de previa declaración judicial de improcedencia? También opera así la indemnización prevista por el Art. 49.1 g) ET (muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario) y por el art. 49.1-c) ET (contrato temporal para obra o servicio determinado), en cuantía respectiva de un mes de salario y de 12 días de salario por cada año de servicio. Pero especialmente hay que destacar y preguntarse qué relación existe entre la extinción contractual por causas objetivas y el contrato de interinidad. La respuesta es: ninguna, absolutamente ninguna. La extinción por causas objetivas persigue la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo en situaciones de crisis económica o necesidad de adaptación a las nuevas exigencias del mercado; en tanto que el contrato de interinidad se extingue cuando finaliza el proceso de selección de cobertura de puesto o cuando se reincorpora al mismo el trabajador titular que tenía derecho a la reserva de su plaza. Por consiguiente, solucionar la ausencia del derecho a la indemnización del interino cesado, acudiendo a la cuantía de la extinción del contrato por causas objetivas no sólo no lo reconoció la sentencia del TJUE, sino que además carece de fundamento legal”

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE MAYO DE 2017

¿PUEDE UNA EMPRESA QUE SE HA SUBROGADO EN LAS OBLIGACIONES DE LA ANTERIOR, LLEVAR A CABO UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO PARA IMPONER A LOS TRABAJADORES SUBROGADOS LAS MISMAS CONDICIONES LABORALES QUE A LOS TRABAJADORES QUE YA FORMABAN PARTE DE SU PLANTILLA?

Entiende el Tribunal Supremo que la cuestión principal reside en determinar si

es ajustada a Derecho la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo aplicada por la empresa y acordada exclusivamente con los representantes legales de sus propios trabajadores, tras haberse subrogado en la relación laboral del actor con su anterior empresa, pero sin incluir en el periodo de consultas a ningún representante procedente de las sociedades sobre cuyo personal opera la sucesión empresarial.

Primero, el Tribunal señala que han existido resoluciones judiciales adoptadas con base en demandas contra la misma medida adoptada por la misma empresa pero en el año 2012 y que, por seguridad jurídica, el fallo debe de ser en el mismo sentido que en aquellas.

La sala apunta a que, en todos aquellos procesos, se declaró la ilegalidad de los acuerdos y declaró la ilegalidad de aquel acuerdo de 18 de junio de 2012, por entender que era fruto de un proceso negociador iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente, que además incluía un efecto retroactivo que hacía que a la plantilla objeto de la subrogación se le aplicasen las nuevas condiciones desde el primer día de la prestación de servicios para la empresa entrante.

De forma que, con ello, se eludía una de las garantías inherentes al mecanismo subrogatorio, contraviniendo las disposiciones convencionales y legales que consagran aquellas garantías. Además, no constaba que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada. Por último, el Tribunal recuerda que en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del art. 41 ET, ni se mencionan algunas de las causas legales, ni consta que se siguiera el periodo de consultas en los términos que dicha disposición impone.

El Tribunal Supremo recuerda que el 1 de mayo de 2014 se produce la subrogación y el 2 de junio empieza el período de consultas. Así, entiende que se negocia con la finalidad de homogeneizar las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, con independencia de su origen y subrogación, participando únicamente la representación de los trabajadores en la empresa

Además, argumenta que se provoca un cambio que supone que se les aplica las condiciones de los trabajadores de la empresa a los que recientemente se han subrogado. Del cambio, se observa que esas nuevas condiciones que se establecen, con independencia de su incidencia concreta, intentan soslayar el mantenimiento no sólo de los pactos colectivos sino de las propias condiciones individuales de cada trabajador, igualando colectivos sin atender a los verdaderos mecanismos de producción y que, en cualquier caso, exigen esa participación de la representación de los trabajadores.

NAVARRO & ASOCIADOS ESTÁ FORMADA POR MÁS DE 30 PROFESIONALES QUE CUBREN DISTINTAS ÁREAS ECONÓMICAS Y LEGALES DE EMPRESAS DE TODOS LOS SECTORES.

Las oficinas del Bufete Navarro & Asociados están localizadas en:

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia 13
46005 VALENCIA
Telf. 963 517 119
Fax. 963 528 729
www.bnaya.es

MADRID

Castelló, 82, 6º Izda
28006 MADRID
Telf. 915 599 112
Fax. 915 417 084
www.bnaya.es

BARCELONA

Balmes 176, Entlo. 1a
08006 BARCELONA
Telf. 931 621 448
Fax. 931 621 446
www.bnaya.es

BILBAO

Henao, 11, 1ª Planta
48009 BILBAO
Telf. 944 243 426
Fax. 944 243 552
www.bnaya.es

Coordinador de la Newsletter

Daniel Miñana Torres, Navarro&Asociados
info@bnaya.es

Dirección de la Newsletter

Bufete Navarro&Asociados Abogados
www.bnaya.es



NAVARRO & ASOCIADOS
Abogados

SI NO DESEA RECIBIR LA PRESENTE PUBLICACIÓN MENSUAL, ROGAMOS LO COMUNIQUE A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: info@bnaya.es

ASIMISMO SI EXISTE ALGUIEN EN SU EMPRESA QUE NO LA RECIBE, Y DESEA QUE SE LA ENVIEMOS, PUEDE COMUNICARLO IGUALMENTE A ESA MISMA DIRECCIÓN DE E-MAIL.