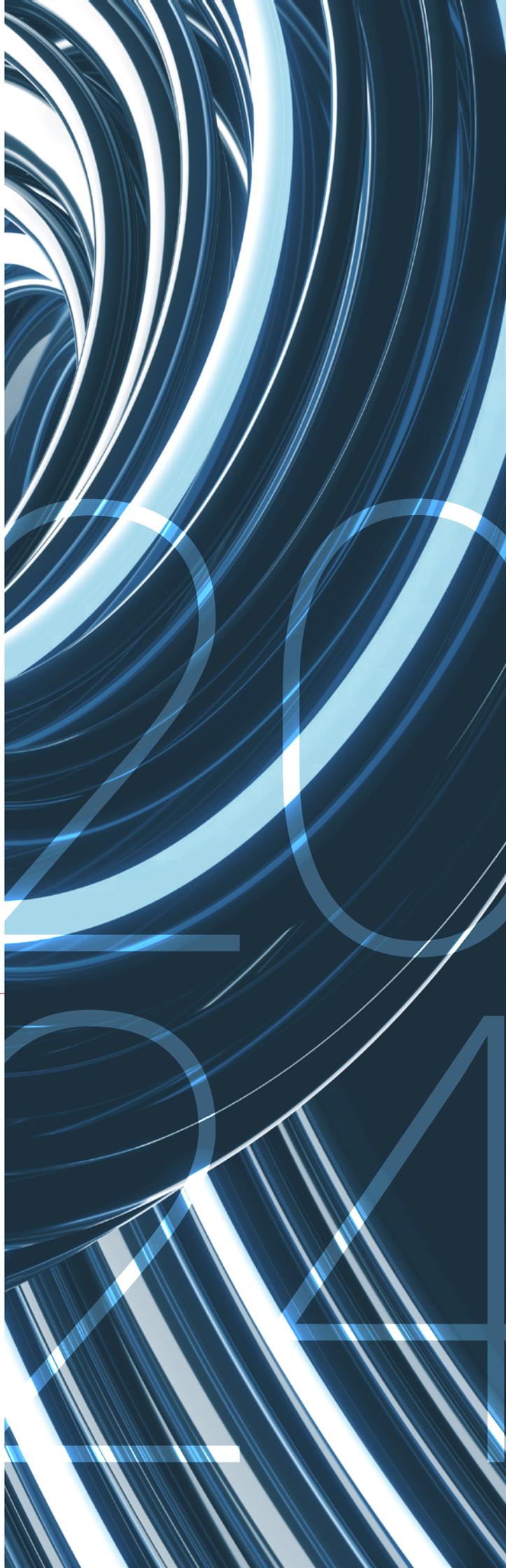


Pérez-Llorca

Newsletter
**Laboral,
compensación
y beneficios**

MARZO 2024



Índice

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Seguridad social. Recaudación /3

Seguridad social. Procedimientos administrativos. Gestión informatizada /3

UE. Consejo de la Unión Europea /3

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Derechos de conciliación y absentismo laboral. La lucha contra el absentismo no puede implicar una vulneración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres /4

Contratos a tiempo parcial celebrados en fraude de ley: ampliaciones de jornada reiteradas que se equiparan a un contrato a tiempo completo /7

Obligatoriedad del período de consultas si se plantea una reestructuración de plantilla que pueda llegar a superar los umbrales del despido colectivo /10

Trabajadores en misión e igualdad de condiciones respecto de los trabajadores de la empresa usuaria: a propósito de una indemnización prevista en el convenio de empresas de trabajo temporal /14

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Seguridad social. Recaudación

Real Decreto 322/2024, de 26 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre

Seguridad social. Procedimientos administrativos. Gestión informatizada

Resolución de 5 de marzo de 2024, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se determinan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuya resolución se podrá adoptar de forma automatizada, los criterios de reparto para la asignación a las direcciones provinciales de la ordenación e instrucción de determinados procedimientos, y la dirección provincial competente para reconocer las pensiones cuando sea de aplicación un instrumento internacional de Seguridad Social.

UE. Consejo de la Unión Europea

Trabajadores de plataformas digitales: el Consejo confirma el acuerdo sobre nuevas normas para mejorar sus condiciones laborales.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Derechos de conciliación y absentismo laboral. La lucha contra el absentismo no puede implicar una vulneración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres

Sofía Pueyo Medina | Abogada

- › Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4/2024, de 22 de enero (JUR\2024\49939)

La Audiencia Nacional analiza en la citada sentencia si supeditar la percepción de un concepto salarial al número de ausencias individuales de los empleados, entre otras variables, puede suponer o no una vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación, cuando dichas ausencias responden al disfrute de permisos de conciliación y/o a una situación de incapacidad temporal.

Postura defendida por cada parte

CGT, sindicato minoritario (3 miembros de un total de 13) del Comité Intercentros de la empresa demandada, Verallia Spain, S.A. (en adelante, “Verallia” o la “Compañía”) interpone demanda frente a la misma y frente al Comité Intercentros, la Federación de Industria Construcciones y Agro de UGT y la Federación de Industria de Comisiones Obreras, solicitando se declare la ilegalidad y nulidad de ciertos párrafos del artículo 49 del Convenio Colectivo de Verallia Spain, S.A., publicado en el BOE el día 10 de diciembre de 2022, cuyo tenor se transcribe a continuación:

“El Incentivo de Mejora es una retribución mensual, de carácter individual, y su cobro se ponderará, en función de los resultados de cada Centro, para cada trabajador/a teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales).

Se calculará e informará mensualmente y se abonará trimestralmente en los meses de: Abril, julio, octubre del año en curso y enero del año siguiente.

(...)

Pago: En función de las ausencias individuales de cada mes (Cierre de nómina en 2022 A partir del 1 enero 2023, una vez realizadas las modificaciones pertinentes en el sistema, las ausencias individuales serán contabilizadas e imputadas en el mes natural.):

- Menos de 8 horas de ausencia en el mes = 100 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 8 horas y menos de 16 horas = 70 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 16 horas y menos de 24 horas = 30 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

- Mayor o igual a 24 horas = 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

A efectos de cálculo de las ausencias individuales para el pago no se tendrán en cuenta los permisos retribuidos que obedecieran al fallecimiento de cónyuge, padre-madre y/o hijas-os de la persona trabajadora.

(...)”

Subsidiariamente, CGT solicita que, en todo caso, se declare nula por ilegal la consideración de los permisos regulados en el artículo 33 del Convenio colectivo de Verallia (apartados a y a bis) como absentismo, a efectos del cálculo de las ausencias individuales para el pago del incentivo de mejora del artículo 49 del citado Convenio.

En ambos casos, CGT fundamenta su petición en los siguientes argumentos:

- La percepción del incentivo se encuentra vinculada, por un lado, a los resultados y a la calidad de los trabajos realizados y, por otro lado, al número de ausencias individuales, siendo que este segundo factor constituye una condición que no está relacionada directamente ni con el desempeño ni con los frutos de este.
- En el artículo 49 bis se regula de manera autónoma una prima por absentismo.
- El cómputo como ausencias individuales, a efectos del cálculo del incentivo objeto de discusión, de permisos retribuidos relacionados con el disfrute de derechos de conciliación o con bajas por IT entraña hasta tres tipos de discriminaciones prohibidas por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022), y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007), ambas en relación con los arts. 14 de la Constitución Española (en adelante, CE) y 17 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

En concreto, CGT advierte la concurrencia de las siguientes discriminaciones: (i) discriminación por enfermedad, (ii) discriminación indirecta por razón de sexo, y (iii) discriminación por asociación, en el supuesto de acompañamiento de menores y/o dependientes a citas médicas.

Por su parte, Verallia, como demandada, se opone al petitum de la demandante, solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda a partir de la premisa de que la diferencia de trato está justificada en la especialidad de la actividad de la empresa (fabricación de envases de vidrio), que requiere de una producción ininterrumpida durante 24 horas 7 días a la semana, así como en lo imperativo de la presencia de los trabajadores en aras de evitar defectos críticos en los productos, o defectos no tan graves.

Subsidiariamente, Verallia solicita, para el caso de que la Audiencia finalmente estimase el petitum principal de la demanda, que se declare la nulidad del artículo 49 en su totalidad, no solo de determinados apartados.

Por último, el Ministerio Fiscal interesa la estimación de la pretensión subsidiaria instada por CGT.

Fallo y fundamentación jurídica

La Audiencia Nacional falla a favor de CGT estimando la petición principal del demandante y, en consonancia, declarando la nulidad de los párrafos ya indicados del artículo 49 del Convenio de Verallia.

En su fundamentación, la Audiencia empieza haciendo un recorrido por el marco regulador aplicable al supuesto que enjuicia, a saber, el discutido artículo 49 del Convenio de empresa, así como los artículos 49 bis y 33 de la citada norma convencional, los cuales regulan una prima de absentismo y los permisos retribuidos y no retribuidos de aplicación a los trabajadores de la Compañía, respectivamente.

En segundo lugar, rescata el tenor de los artículos 2, 3.1.a), 4, 6 y 9.1 de la Ley 15/2022, los cuales reiteran el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de, entre otras variables, el sexo, la enfermedad o condición de salud y el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

A mayor abundamiento, el mismo artículo 2 determina expresamente que la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato al margen de aquellas suscitadas por el propio tratamiento o por las limitaciones objetivas que pueda implicar la misma.

Por su parte, el artículo 6 de la citada Ley 15/2022 introduce los conceptos de discriminación directa, referida al trato manifiestamente desfavorable, y de discriminación indirecta como aquella desventaja que se deriva de una práctica o criterio en apariencia neutros. Asimismo, el antecitado artículo presenta el concepto de

discriminación por asociación dirigido a explicar aquellos supuestos en que la persona objeto de discriminación es discriminada debido a su relación con otra persona sobre la que concurre la causa discriminatoria.

Finalmente, la Audiencia alude al artículo 5 de la LO 3/2007, el cual aterriza los conceptos de discriminación directa e indirecta en el ámbito específico de la discriminación por razón de sexo.

Una vez definido el marco normativo regulador, la Audiencia reseña una serie de pronunciamientos judiciales que entiende oportunos y relevantes de cara al supuesto enjuiciado. En primer lugar, la Audiencia trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2019 (Rec. 141/2018) que resuelve en contra de un pacto colectivo que establecía una retribución variable cuya percepción se supeditaba, entre otras cuestiones, a la falta de solicitud y disfrute de permisos vinculados con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, entendiéndose que ello suponía discriminación indirecta por razón de sexo.

En segundo lugar, la Audiencia cita una sentencia propia de fecha 8 de junio de 2016 (Autos 131/2016), en la cual se fallaba a favor de la posibilidad de establecer primas de absentismo por parte de las empresas.

En último lugar, la Audiencia destaca otra sentencia propia de fecha 19 de junio de 2023 (Autos 114/2023), en la cual se vuelve a determinar que el condicionar la percepción de un sistema de retribución variable a no haber cursado procesos de incapacidad temporal y/o no haber solicitado el disfrute de permisos vinculados con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional implica tanto discriminación por enfermedad como discriminación indirecta por razón de sexo, respectivamente.

Tras la revisión de la doctrina destacada, la Audiencia Nacional termina concluyendo que la regulación convencional impugnada incurre en todas y cada una de las discriminaciones que denuncia CGT y, más concretamente, en las siguientes:

- 1) Discriminación directa por enfermedad. Señala la Audiencia que la incapacidad temporal se regula como un supuesto suspensivo de la relación laboral en el art. 45.1.c) del ET que impide de facto al empleado enfermo trabajar en condiciones normales. Asimismo, durante esta situación el empresario no está obligado a abonar el salario al empleado afectado, sin perjuicio de la prestación social correspondiente y del complemento que por esta contingencia sí debiera asumir el empresario, ya sea por encontrarse así estipulado en una norma convencional o en un documento contractual.
- 2) Discriminación indirecta por razón de sexo. Al respecto de este segundo punto, la Audiencia se remite a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2019 en la cual el Tribunal determinó que una regulación que, a efectos de calcular las horas de ausencia, excluye sólo algunos permisos vinculados con los derechos a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, y no todos los que obedecen a dicho motivo, supone discriminación indirecta por razón de sexo, pues, entiende dicho Tribunal, que es un hecho objetivo que dichos derechos de conciliación son ejercidos mayoritariamente por mujeres.

Por otro lado, la Audiencia inadmite la justificación alegada por Verallia para rebatir la existencia de discriminación indirecta, por entender que la misma no es suficientemente objetiva y razonable.

- 3) Discriminación por asociación. En último lugar, la Audiencia considera que concurre también discriminación por asociación, entendiéndose que la exclusión, como ausencia justificada, de los permisos de acompañamiento supone una discriminación al trabajador que hace uso de estos permisos precisamente por su relación reforzada con el destinatario real de la consulta médica, siendo que, además, en estos casos suelen concurrir obligaciones legales de cuidado.

Conclusión

El fallo de la Audiencia en esta sentencia, así como los otros pronunciamientos judiciales que oportunamente aquella trae a colación a modo de doctrina

destacada, nos lleva a plantearnos, al menos, dos relevantes interrogantes. De una parte, si es viable desde un punto de vista jurídico regular una prima o incentivo de naturaleza variable vinculado al absentismo o, más bien, a la ausencia del mismo; y, de otra, cómo pueden las empresas luchar contra el absentismo, siendo que tal casuística se está convirtiendo de manera progresiva en una de las principales lacras del mundo empresarial.

Al respecto del primer punto, entendemos que los fallos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo no cierran necesariamente la puerta a la regulación de este tipo de incentivos o primas, sino que simplemente obligan a diferenciar este tipo de complementos salariales respecto de aquellos otros cuya percepción se vincula a otras variables ajenas al absentismo en sentido estricto como, por ejemplo, el nivel de productividad del empleado en un periodo concreto. Es decir, lo que no es válido, a tenor de los pronunciamientos judiciales, es regular complementos salariales de naturaleza variable cuyo devengo se supedita a parámetros tan dispares como el número de ausencias y la calidad del trabajo realizado, pues esta mezcla y la consiguiente confusión es susceptible de derivar en situaciones discriminatorias.

Adicionalmente, y centrándonos exclusivamente en las primas de absentismo, lo que también descartan de plano nuestros Tribunales es el computar, a efectos del devengo de este tipo de incentivos, las ausencias derivadas del disfrute de permisos relacionados con situaciones especialmente protegidas en nuestro ordenamiento, como un proceso de incapacidad temporal o los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

A modo de conclusión de este primer inciso, y siempre bajo nuestro punto de vista, nuestra recomendación práctica para las empresas pasa por que, en caso de apostar por la regulación de una prima de absentismo, se excluyan únicamente, a efectos de su cálculo, las ausencias no justificadas y, en cualquier caso, aquellas no reconocidas en una normativa legal y/o convencional como un derecho del empleado/a.

Por otro lado, en cuanto a la segunda cuestión, compartimos plenamente la preocupación de las empresas, que debiera ser preocupación general. Los índices de absentismo laboral se han disparado en los últimos años, alcanzando en el pasado año 2023 una de las tasas más elevadas que hemos sufrido, en concreto, un 7,1%.

Sumado a esto, el reforzamiento de la protección legal y jurisprudencial conferida al disfrute de los permisos relacionados con los derechos de la vida personal, familiar y profesional complican y limitan las alternativas de las empresas para regular mecanismos que prevengan y, en su caso, sancionen este absentismo. En este sentido, el margen que deja la norma y/o la doctrina para la intervención de las empresas es muy estrecho, lo que quizás deba ser objeto de replanteamiento por parte tanto de legisladores como de tribunales, sin perder de vista esa protección necesaria a los derechos de conciliación, pero al mismo tiempo ofreciendo suficiente margen a las empresas para que puedan combatir el absentismo desproporcionado o, al menos, premiar su ausencia mediante este tipo de complementos salariales.

Contratos a tiempo parcial celebrados en fraude de ley: ampliaciones de jornada reiteradas que se equiparan a un contrato a tiempo completo

María Olabarría Álvarez | Abogada

› Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, núm.271/2024, de 13 de febrero de 2024 (Rec. 1480/2021)

La sentencia que nos ocupa entra a analizar si las ampliaciones reiteradas de jornada en contratos a tiempo parcial pueden constituir un fraude de ley y, por ende, dar lugar a que dichos contratos tengan la consideración de contratos celebrados a tiempo completo.

En este caso nos encontramos con una trabajadora que llevaba prestando sus servicios para la empresa *Gestió Comarcal Hospitalaria, S.A. (GECOHS)*, empresa

municipal dependiente del Ayuntamiento de Reus desde 2005, habiendo estado contratada en diferentes periodos temporales inicialmente y, posteriormente, de forma ininterrumpida desde el 5 de octubre de 2016, disponiendo de un contrato a tiempo parcial de 1.160,43 horas al año desde el 1 de julio del 2017.

Pues bien, el objeto de la controversia radica en las diversas ampliaciones temporales de la jornada que fueron suscritas entre la trabajadora y la empresa, en virtud de las cuales la trabajadora tenía que prestar sus servicios con una jornada anual de 1668 horas, equivalente al 100% de la jornada de lunes a domingo.

A estos efectos conviene destacar en este punto que la jornada completa anual establecida en el convenio colectivo de aplicación (i.e., Convenio colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros socio-sanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud) era de 1.668 horas para el año 2018 y de 1.654 horas para el año 2019.

Ante esta situación, la trabajadora interpone demanda frente a la empresa alegando que las ampliaciones de jornada alcanzan el número de horas establecidas en el convenio colectivo de aplicación para un trabajador a tiempo completo, y que ello ha supuesto un fraude de ley en la contratación a tiempo parcial, vulnerando el artículo 72.e) del convenio colectivo aplicable artículo sobre el cual se sustentaban estas ampliaciones de jornada, solicitándose que se declarase que su relación laboral es por tiempo completo.

Inicialmente, el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa estima parcialmente la demanda, declarando que no existe una relación laboral a tiempo completo, pero reconociendo al tiempo a la trabajadora: (i) la fijación en el calendario de la totalidad de la jornada ordinaria contratada (i.e., las 1.160,43 horas al año), (ii) el carácter de indefinida no fija de su relación laboral, (iii) una antigüedad de 5 de julio de 2005, y (iv) su derecho al abono en su nómina de unas determinadas cantidades en concepto de antigüedad por importe de 434,70 euros, importe incrementado en un 10%, por el periodo de febrero de 2018 a enero de 2019 (el denominado plus de vinculación).

La trabajadora, disconforme con el fallo de la sentencia, interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, la cual estima el recurso y revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Tortosa, declarando que la relación laboral que une a la misma con GECOHSa es una relación laboral a tiempo completo, manteniendo a su vez el resto de pronunciamientos no impugnados de la sentencia.

Frente a este pronunciamiento, se alza la demandada GECOHSa, quien interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, citando como sentencia de contraste la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña el 17 de diciembre de 2020 (Sentencia 5710/2020, Rec. 2654/2020); recurso que posteriormente es impugnado por la trabajadora.

En el contexto expuesto, antes de entrar a analizar el fondo del asunto, conviene traer a colación el artículo 72.e) del convenio colectivo de aplicación, artículo sobre el cual se sustentan las diversas ampliaciones de jornada, y que es origen de la presente controversia. El citado artículo establece lo siguiente:

*“e) Dado que es frecuente que el personal a tiempo parcial indefinido quiera ampliar su jornada, aunque sea temporalmente, se establece que en el supuesto que, de acuerdo con la empresa y trabajador/a, un/una trabajador/a con contrato a tiempo parcial acceda temporalmente a una relación a tiempo completo o tiempo parcial superior al pactado, ya sea por una sustitución de un/a trabajador/a que tiene derecho a reserva de puesto de trabajo o por cualquier otra causa que hubiera podido dar lugar a una nueva contratación temporal, su contrato a tiempo parcial de origen quedará en suspenso hasta que finalice **la causa de temporalidad que le ha permitido pasar a tiempo completo o parcial superior** y, en este momento, se retomará el anterior contrato a tiempo parcial. Esta nueva jornada temporal en ningún caso tendrá la consideración de horas complementarias.”*

Teniendo en cuenta la redacción anterior, el Tribunal Supremo entra a resolver el caso, partiendo de los siguientes hechos:

- 1) La trabajadora prestó servicios para la empresa durante varios periodos desde el 5 de octubre de 2016, de forma ininterrumpida.
- 2) La trabajadora prestó sus servicios en virtud de un contrato a tiempo parcial desde el 1 de julio de 2017, alcanzando su jornada anual un total de 1.160,43 horas.
- 3) La trabajadora tenía una relación laboral de carácter indefinido no fija y una antigüedad de 5 de julio de 2005.
- 4) La trabajadora y GECOHA acordaron ampliaciones temporales de la jornada en virtud de las cuales la trabajadora tenía que prestar servicios con una jornada de 1.668 horas, equivalente al 100% de la jornada de lunes a domingo.

En este sentido, a la vista de los hechos expuestos, la **trabajadora alega que se ha infringido el artículo 72.e) del convenio colectivo de aplicación, el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y la Directiva 97/81**. Concretamente, **argumenta que el artículo 72.e) del convenio colectivo de aplicación causaliza la ampliación de la jornada del personal a tiempo parcial**, es decir, **obliga a que exista una causa que justifique la ampliación, en este caso concreto, una causa de temporalidad, causa que entiende que no ha existido**. Así pues, defiende que la mayor parte del tiempo ha tenido ampliada su jornada hasta alcanzar el número de horas de un contrato celebrado a tiempo completo, así como que no existe causa que justifique las ampliaciones de jornada, aduciendo que ello ha provocado que exista un fraude de ley en la contratación, vulnerándose el convenio colectivo de aplicación y, por tanto, haciendo necesaria la declaración de su relación laboral como una por tiempo completo.

Por su parte, la empresa expone que las ampliaciones de jornada fueron temporales y que, siguiendo la redacción del artículo del convenio, una vez finalizadas, la trabajadora debe volver a su jornada a tiempo parcial, no existiendo consolidación de la jornada a tiempo completo.

A la vista de las argumentaciones anteriores, coincidentes con las expuestas por las partes en la sentencia de contraste, el TSJ de Cataluña en considera en esta última que, **aunque las ampliaciones de jornada denoten que la necesidad a cubrir sea de carácter estructural y no temporal, ello no habilita a declarar al trabajador como un trabajador a tiempo completo** porque dicha consecuencia no se deriva ni del convenio colectivo de aplicación, ni del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, ni de la Directiva 97/81, **sin que pueda aplicarse por analogía la doctrina del fraude de ley de la contratación temporal a la contratación a tiempo parcial**. En este sentido, en la sentencia de contraste el TSJ de Cataluña concluye que:

- i) **El contrato a tiempo parcial no está sujeto a causalidad**, como sí sucede con el contrato de trabajo, y que **el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores contempla la presunción a favor de la jornada a tiempo completo únicamente en aquellos casos donde el contrato a tiempo parcial no se ha formalizado por escrito**, y no cuando se ha suscrito en fraude de ley o abuso de derecho.
- ii) Asimismo, entiende que **el artículo 5.3 de la Directiva 97/81 únicamente establece que en la medida de lo posible la empresa debe tener en consideración las transferencias de los trabajadores de tiempo parcial a tiempo completo si se presenta esta posibilidad**.
- iii) Por último, considera que el propio artículo 72 del convenio colectivo de aplicación ya establece un procedimiento específico de movilidad interna –consistente en solicitar el cambio a jornada completa cuando exista una vacante, en virtud del cual el trabajador puede pasar de un contrato a tiempo parcial a uno a tiempo completo.

Por su parte, en la sentencia recurrida, el TSJ de Cataluña entiende que sí cabe la aplicación analógica de la doctrina del fraude de ley de la contratación temporal a la contratación a tiempo parcial.

En este contexto, a continuación, procedemos a desarrollar los diferentes argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para resolver el caso:

- i) El art. 6.4 del Código Civil prohíbe el fraude de ley. Así pues, **si un trabajador suscribe un contrato de trabajo a tiempo parcial, pero en realidad presta**

servicios a tiempo completo, se tratará de un contrato fraudulento que no impedirá que se aplique el régimen jurídico de este último. Adicionalmente, añade que el fraude de ley no se presume y que deberá probarse por el que lo invoca, admitiendo no obstante que se **acredite ese fraude** no sólo a través de pruebas directas, sino también a través de **pruebas indirectas**.

- ii) El **contrato a tiempo parcial no está causalizado, pero el marco normativo lo determina el convenio colectivo aplicable**, de modo que para este convenio **las ampliaciones de jornada están destinadas, no a cubrir necesidades estructurales o permanentes de la empresa, sino a cubrir necesidades temporales**. Así pues, entiende que en el presente supuesto existieron concatenaciones de ampliaciones de jornada del contrato a tiempo parcial sin solución de continuidad y que ello evidencia claramente que las mismas respondían a necesidades estructurales de la empresa. De hecho, considera que, a excepción de una de las ampliaciones, la cual estaba destinada a cubrir la baja de otra trabajadora, el resto eran injustificadas como causa de temporalidad y, por tanto, no cumplían con las exigencias establecidas en el convenio colectivo de aplicación.
- iii) **El uso de las ampliaciones de jornada sin una causa justificada conlleva la existencia de un fraude de ley, en virtud del cual la relación laboral deviene a tiempo completo.**

Con base en los anteriores argumentos, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida, concluyendo que *“la trabajadora suscribió contratos en los que se pactaba una jornada a tiempo parcial. Sin embargo, en virtud de múltiples acuerdos, prestó servicios por tiempo completo que no cumplían las exigencias del convenio colectivo aplicable. La pluralidad de acuerdos de modificación temporal de esa concreta cláusula del contrato de trabajo, en virtud de los cuales prestó servicios a tiempo completo, en muchas ocasiones sin solución de continuidad, carecen de eficacia jurídica a estos efectos: su efectiva prestación de servicios era propia de un trabajador por tiempo indefinido a tiempo completo. La suscripción de los citados contratos de trabajo temporales a tiempo parcial, el último de ellos en fecha 1 de julio de 2017, no desvirtúa la conclusión de que se trata de una relación laboral de duración por tiempo completo (porque la trabajadora prestó servicios a tiempo completo sin que los citados acuerdos de ampliación temporal de jornada puedan justificarlo).”*

Del fallo emitido cabe extraer, pues, las siguientes conclusiones:

- i) Si un trabajador suscribe un contrato de trabajo a tiempo parcial, pero en realidad presta servicios a tiempo completo, se tratará de un contrato fraudulento que no impedirá que se aplique el régimen jurídico propio de este último.
- ii) El fraude de ley no se presume y debe probarse por quien lo invoca, admitiéndose su acreditación a través de pruebas indirectas.
- iii) Las ampliaciones de jornada sin una causa justificada conllevan la existencia de un fraude de ley, en cuya virtud la relación laboral deviene a tiempo completo. Es decir, cabe la aplicación analógica del fraude de los contratos temporales, aunque dicha consecuencia no esté prevista como tal en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

Obligatoriedad del período de consultas si se plantea una reestructuración de plantilla que pueda llegar a superar los umbrales del despido colectivo

Paola Vegazo Rico | Abogada

- › Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 (C-589/22)

Antecedentes de hecho

La controversia surge en el año 2019 cuando la empresa demandada, cuya actividad principal era la gestión y explotación de hoteles, deja de operar 13 de los 20 hoteles que gestionaba, llegando a un acuerdo con otra empresa, el 30 de diciembre de dicho año, para que esta asuma la gestión de la mayoría de ellos.

Como consecuencia de dicho acuerdo, la empresa demandada ofrece a sus 43 empleados de oficina la oportunidad de cubrir vacantes en la nueva empresa, resultando que 9 de ellos aceptan y renuncian voluntariamente a sus puestos, en fecha 14 de enero de 2020, manteniendo sus condiciones anteriores en la nueva empresa, pero sin tratarse de una subrogación empresarial al haber causado baja voluntaria.

Posteriormente, el 31 de enero, la empresa demandada comunica a 9 trabajadores su despido objetivo por razones organizativas y productivas. De entre aquellos, dos impugnan los despidos alegando que la empresa demandada debería haber comenzado un procedimiento de despido colectivo, añadiendo que la empleadora había actuado de manera fraudulenta al promover artificiosamente las bajas voluntarias de algunos trabajadores para evitar iniciar dicha tramitación colectiva.

Tras desestimarse la demanda en primera instancia, los demandantes interponen recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, el cual formula dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE):

- 1) ¿Las obligaciones de consulta y notificación en caso de despido colectivo nacen desde el momento en que la empresa proyecta extinciones de contratos de trabajo que pueden superar en número el límite establecido para los despidos colectivos?
- 2) A efectos del cálculo del número de despidos previsto para alcanzar los umbrales de según la Directiva 98/59, ¿se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por bajas voluntarias incentivadas?

Fundamentación jurídica de la Sentencia del TJUE

En primer lugar, el TJUE hace mención expresa a la normativa, tanto europea como estatal, aplicable al caso. Por un lado, el artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59:

“A efectos de la aplicación de la presente Directiva:

a) se entenderá por “despidos colectivos” los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un período de 30 días:

– al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,

– al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores.

– al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados;

[...]

A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de[l] empresario en base[a] uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5.”

Así como el artículo 2 del mismo cuerpo legal:

“1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, entiendo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo.

2. Las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.”

Y, por otro lado, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores:

“1. A efectos de lo dispuesto en [el Estatuto de los Trabajadores] se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

[...]

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.”

Sentada la normativa aplicable al objeto del litigio, el TJUE pasa a resolver la primera cuestión prejudicial planteada e indica que las obligaciones de consulta y notificación surgen antes de que la empresa decida extinguir las relaciones laborales.

En este sentido, determina que ello es necesario para evitar o reducir los despidos ya que, de lo contrario, el propósito del artículo 2.2 de la Directiva quedaría comprometido. Por lo tanto, las consultas deben comenzar en el momento en que se tome una decisión estratégica o empresarial que implique considerar o proyectar despidos colectivos.

En relación con este punto, trae a colación los casos que dieron lugar a las sentencias del 21 de septiembre de 2017, Ciupa (C-429/16) y de 10 de septiembre de 2009, Akavan Erityisalojen Keskusliitto (C-44/08) en los que, tratándose de decisiones económicas que no tenían como objetivo directo poner fin a relaciones laborales específicas, podían afectar al empleo de un determinado número de trabajadores.

Pues bien, el TJUE reconoce que el inicio temprano de la obligación de consulta puede tener consecuencias contrarias al objetivo de la Directiva 98/59, como limitar la flexibilidad de las empresas para llevar a cabo reestructuraciones,

aumentar las cargas administrativas o generar inquietud innecesaria entre los trabajadores sobre la seguridad de su trabajo. No obstante, sigue señalando el Tribunal que para que las consultas cumplan su propósito de evitar o reducir los despidos es necesario que se identifiquen los factores o elementos relevantes relacionados con los posibles despidos colectivos. Así, en situaciones donde una decisión que podría resultar en despidos colectivos está siendo considerada y, por lo tanto, los despidos son solo una posibilidad sin conocerse los detalles relevantes para las consultas, no se pueden lograr dichos objetivos.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, el Tribunal establece que, si las consultas comienzan una vez que se ha tomado la decisión de despido, no se lograría el objetivo de evitar o reducir las terminaciones previstas.

Es por ello por lo que el Tribunal pasa a analizar la situación concreta del caso objeto de litigio y considera que, dadas las circunstancias, la decisión de iniciar conversaciones sobre la cesión de la actividad de gestión y explotación de siete establecimientos constituye una decisión estratégica o empresarial que obligaba a la empresa demandada a considerar o proyectar despidos colectivos.

Además, debido a la transferencia de la gestión de los siete hoteles a una tercera empresa, lo que requeriría la contratación de diez nuevos trabajadores, la empresa demandada podía anticipar una reducción de su propia carga de trabajo. Esto, junto con la salida de nueve trabajadores a la nueva empresa, justificaba razonablemente la previsión de despidos colectivos y, por ende, la obligación de consulta.

En este contexto, el propósito tanto de las consultas como el de la empresa demandada al preguntar a su plantilla quién estaría dispuesto a trabajar en la tercera empresa se superponen, ya que la salida voluntaria de empleados para trabajar en la tercera empresa podría evitar abrir el procedimiento de despido colectivo.

En resumen, el TJUE establece que la obligación de consulta surge cuando la empresa, como parte de un plan de reestructuración, contempla una disminución de puestos de trabajo que podría exceder los umbrales de supresión de puestos establecidos por la Directiva, y no cuando, después de tomar medidas para reducir ese número, la empresa tiene la certeza de que tendrá que despedir a un número de trabajadores superior a esos umbrales.

Por último, el TJUE no analiza la segunda cuestión prejudicial planteada en relación con si deben computarse las bajas voluntarias incentivadas a efectos del cálculo del número de despidos previsto para alcanzar los umbrales del despido colectivo, ya que entiende que habiendo resuelto la primera cuestión no procede responder a la segunda.

Conclusiones

Este fallo tiene importantes implicaciones para las empresas, ya que enfatiza la necesidad de anticipar y gestionar adecuadamente los procesos de reestructuración laboral.

De este modo, las empresas deben actuar con cautela y anticiparse al inicio del procedimiento de despido colectivo cuando planeen reducir significativamente sus plantillas, incluso si inicialmente adoptan medidas paliativas como relocalizaciones o bajas voluntarias, dado que se puedan llegar a superar los umbrales establecidos para los despidos colectivos.

Es importante destacar que este anticipo para iniciar el periodo de consultas no es aplicable a cualquier situación en la que se puedan plantear despidos en una empresa, sino que esta sentencia hace referencia a situaciones de reestructuración empresarial, reforzando la importancia de garantizar un proceso de consultas efectivo y transparente en este tipo de situaciones.

Por último, si bien el TJUE no emite pronunciamiento en cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo, en su Sentencia número 558/2023, de 19 de septiembre de 2023, se pronunció acerca de si deberían computarse las bajas voluntarias a efectos de determinar si habría de seguirse el procedimiento de despido colectivo.

En este sentido, y como ya se mencionó en el comentario de dicha sentencia publicado en nuestra Newsletter del pasado mes de noviembre, la sala entiende que cuando se tratan de terminaciones de “mutuo acuerdo” no hay nada que computar. Sin embargo, resalta que hay que valorar cómo y cuándo se producen estas extinciones que, formalmente, son de mutuo acuerdo entre las partes. De este modo, la sentencia concluye que deben considerarse las circunstancias en las que se producen estas extinciones, supuestamente por voluntad del trabajador.

Así, en atención a lo anterior, en el caso objeto de litigio, deberían haberse computado las 9 terminaciones contractuales por mutuo acuerdo de cara a realizar los despidos objetivos posteriores. Y es que, a pesar de que estas terminaciones se basan en la libre voluntad del trabajador, su origen y motivo se demuestra que estaban vinculados a la iniciativa del empresario en el contexto de la reducción de la plantilla.

Trabajadores en misión e igualdad de condiciones respecto de los trabajadores de la empresa usuaria: a propósito de una indemnización prevista en el convenio de empresas de trabajo temporal

Paula Gaitán | Abogada

› Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de febrero de 2024, asunto (C-649/22)

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 22 de febrero de 2024, en el asunto C-649/22, ha marcado un hito en la interpretación de la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (“ETT”), en particular en lo que respecta al principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

El caso juzgado por el tribunal europeo se originó precisamente en España, donde un trabajador, cedido por la empresa de trabajo temporal Randstad Empleo a Serveo Servicios, sufrió un accidente laboral que resultó en una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Esta incapacidad fue declarada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de Vitoria Gasteiz el 12 de septiembre de 2019.

Como consecuencia de tal declaración, el trabajador recibió una indemnización de 10.500 euros, conforme a lo previsto en el convenio colectivo de empresas de trabajo temporal. No obstante, el trabajador reclamó en el Juzgado de lo Social nº. 3 de Vitoria Gasteiz una cantidad mayor, en aplicación ahora del convenio colectivo del sector del transporte que regía en la empresa usuaria donde prestaba sus servicios y fue víctima del accidente de trabajo, y que ascendía a 60.101,21 euros; diferencia indemnizatoria, como puede observarse, bien significativa.

Tras admitir a trámite la demanda, el juzgado en fecha 30 de diciembre 2021 desestima su reclamación de cantidad, a los que sucede la interposición por el trabajador de un recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco; tal órgano judicial decide plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dilucidar cuál debe ser el convenio aplicable a estos efectos en virtud del principio de igualdad de trato reconocido por la normativa europea en relación con los trabajadores cedidos por ETT.

En esta cuestión de prejudicialidad se cuestiona, más concretamente, si la interpretación jurisprudencial de la normativa española, que excluía ciertas indemnizaciones del concepto de “condiciones esenciales de trabajo y empleo”, era contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en las Directivas 91/383/CEE por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal y 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Por lo tanto, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del artículo 2 TUE y del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la

Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de la misma Directiva.

Es importante destacar que la Directiva 2008/104/CEE, en su artículo 3, establece como “condiciones esenciales de trabajo y empleo” aquellas condiciones establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a (i) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos y (ii) la remuneración.

En primer lugar, procedió a examinarse por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea si una indemnización que ha de abonarse a un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total de este para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria incapacidad, además, que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal está comprendida en el concepto de «condiciones esenciales de trabajo y de empleo», en el sentido del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea terminó concluyendo que la cantidad indemnizatoria recogida en el convenio en cuestión sí debía considerarse como parte de las “condiciones esenciales de trabajo y empleo” y que, por tanto, el trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal tenía derecho a la misma indemnización que habría recibido de haber sido contratado directamente por la empresa usuaria. Así, se considera que la indemnización esté vinculada a la protección de la salud en el trabajo y que la misma, en virtud del principio de igualdad de trato, debe ser equivalente a lo que hubiera recibido dicho trabajador de haber sido contratado directamente por la empresa usuaria y no por intermediación de la ETT.

Si se advierte, contrariamente a lo que afirma en esencia la legislación española, esta interpretación del Tribunal Europeo confirma la consideración de indemnización no queda desvirtuada por el hecho de que tal cuantía dineraria se abone tras la extinción de la relación laboral con la empresa de trabajo temporal ni por el hecho de que dicha cuantía tenga supuestamente su origen únicamente en la declaración de incapacidad permanente total para trabajar del trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal de que se trate y, por tanto, en la extinción de su relación laboral.

La sentencia subraya, pues, la importancia de garantizar la igualdad de trato para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en línea con los objetivos de protección y seguridad en el trabajo establecidos tanto en la Directiva 2008/104/CE como en la Directiva 91/383/CEE.

En definitiva, esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resalta la contradicción entre la normativa española y la europea en cuanto a la interpretación de lo que deba entenderse por condiciones laborales esenciales de los trabajadores temporales, acabando en una extensión del principio de igualdad de trato en el ámbito laboral.

Por ello, no puede dejar de destacarse que la sentencia cuenta con implicaciones significativas para la práctica del trabajo temporal en España que podría incluso requerir ajustes en la legislación nacional a los fines de garantizar la conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Concretamente, abre la puerta y amplía el alcance de “condición esencial de trabajo y empleo” al equiparar la cantidad indemnizatoria controvertida en este supuesto con la remuneración, dando una nueva consideración a la habitual comprensión laboral de ambas nociones. Y es que, incluso según el sentido habitual que se extrae del lenguaje corriente, el concepto de remuneración suele entenderse de manera general como la contraprestación económica abonada por el empresario como consecuencia de la realización de trabajo determinado o por la prestación de un servicio, lo que no parece encajar en la cantidad percibida por indemnización ante un supuesto de declaración de incapacidad permanente. De este modo, esta interpretación resulta de especial relevancia dado que, de ahora en adelante, no es descartable que cualquier cantidad no considerada remuneratoria bajo nuestra legislación pueda

Novedades jurisprudenciales

entenderse como tal conforme a la interpretación europea, en los términos que contempla la sentencia objeto de este comentario.

En conclusión, parece adecuado poner de manifiesto que este tipo de sentencias del TJUE que analizan la legislación nacional en clave de adecuación o no al derecho europeo, cada vez más recurrentes en su enjuiciamiento de no conformidad alterando reglas a veces consolidadas en el derecho interno, pueden llegar a desdibujar las líneas divisorias entre los contratos ordinarios de empresas usuarias y la figura de trabajador de ETT. Al tiempo, esta sentencia, seguramente movida por un afán protector de la que se estima posición de mayor vulnerabilidad de los trabajadores en misión, puede estar afectando de hecho a la autonomía colectiva del sector de las ETT, cuyos contenidos pueden verse arriesgados y sustituidos en ocasiones por lo que resulte deducible de los convenios aplicables en las empresas usuarias.

Coordinadora de la Newsletter

Copyright © 2024 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una selección de doctrina y normativa que se ha considerado relevante sobre los temas de referencia durante el período especificado. La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca



DISPONIBLE EN
App Store



DISPONIBLE EN
Google Play

Pérez-Llorca

Diagonal 640, 8^ªA
08017 – Barcelona

—

Rue Belliard 9
1040 – Brussels

—

Rua Barata Salgueiro, 21
1250-141 – Lisbon

—

17 Hill Street
W1J 5LJ – London

—

Castellana 50
28006 – Madrid

—

Castellana 259 A
28046 – Madrid

—

375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

—

8 Marina Blvd
018981 – Singapore
www.perezllorca.com

