

Pérez-Llorca

Newsletter
Laboral



03/2016

Índice

Artículos Doctrinales

- 5 La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: campañas de infracotización
Aymara Santamaría

Novedades Jurisprudenciales

- 7 Las cláusulas convencionales de subrogación no operan cuando se produce el cese de la actividad
María Eugenia de la Cera
- 9 El Tribunal Superior de Justicia de Madrid vuelve a discutir la eficacia de los acuerdos transaccionales en caso de despido
Pablo Olábarri Candela
- 8 La Audiencia Nacional incide de nuevo en la obligación empresarial de instaurar un sistema de registro de la jornada efectiva realizada por los trabajadores
Isabel Moya Chimenti
- 10 La mera imputación de la transgresión de la buena fe contractual no vulnera la dignidad del trabajador u otro derecho fundamental
Aymara Santamaría

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: CAMPAÑAS DE INFRA COTIZACIÓN

Aymara Santamaría • Abogada

En los últimos tiempos, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social ha llevado a cabo un amplio plan de inspección a las empresas para comprobar la existencia de infra cotizaciones por distintos conceptos y, en especial, para comprobar sus cotizaciones sociales por accidentes de trabajo.

En este sentido, el pasado 17 de diciembre de 2015, el Director General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social publicó una resolución, al amparo de los artículos 33.4 y 58.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, mediante la cual prorrogó la constitución de las unidades especiales de actuación que tienen legitimidad para actuar con carácter supra autonómico en materia de régimen económico de la Seguridad Social.

Por tanto, estas unidades especiales podrán revisar desde las Inspecciones provinciales todas las cuentas de cotización de una empresa siempre y cuando ésta tenga una cuenta de cotización en su provincia de actuación.

I. Conceptos que pueden dar lugar a infra cotizaciones

Visto lo anterior, cabe analizar qué conceptos son los más susceptibles de ser analizados y cuáles tendremos que incluir en la base de cotización para no incurrir en una infra cotización a la Seguridad Social.

Sucesivas reformas legales han modificado el régimen de las cotizaciones en los últimos años, acotando significativamente los conceptos no cotizables y dando lugar a errores muy comunes que todavía están sujetos a revisión e inspección al estar dentro del plazo de 4 años. La inclusión o exclusión de un concepto de la base de cotización tiene una repercusión notable desde el punto de vista de la Seguridad Social o incluso el incorrecto prorrateo de determinados conceptos de devengo superior al mes. Así, procedemos a analizar con mayor detalle qué conceptos han sido objeto de mayor revisión en estos últimos meses y con los que todas las empresas deberían tener especial atención:

- (i) Cantidades abonadas en concepto de premio por vinculación: cada vez menos, pero muchas empresas mantienen premios por la antigüedad devengada en la empresa. Su pago se realiza una vez que se alcanza el periodo establecido: 10, 15, 20 o 30 años. Ahora bien, cabe plantearse en qué periodo habrá que realizar el prorrateo de la cotización puesto que el devengo es claramente superior al mensual e incluso anual. Así, habrá que realizar complementarias por los 12 meses anteriores al momento del abono.
- (ii) Vacaciones abonadas en concepto de vacaciones no disfrutadas: aunque ha suscitado discrepancias, su carácter salarial, y no indemnizatorio como defendían algunos sectores, implican su inclusión en la base de cotización conforme al art. 109 de la LGSS. El importe global de las vacaciones se tendrá que prorratear mes a mes, dividiendo su importe por el número de días de duración del contrato, o por el número de meses transcurridos desde el disfrute de las últimas vacaciones.
- (iii) Cuantías abonadas en concepto de indemnización superior a la máxima legalmente establecida: muchas empresas han realizado despidos colectivos en los últimos 4 años abonando indemnizaciones superiores a los 45/33 días por año de servicio establecidos en el art. 56 del ET. Así, cualquier cantidad que esté por encima deberá cotizarse. El criterio de la Inspección en este punto no es claro y algunos inspectores obligan a la empresa a incluirlo únicamente en la base de cotización del mes del despido y otros a realizar un prorrateo durante el año entero al ser un devengo superior al mes.
- (iv) Conceptos incluidos en la base de cotización tras la reforma del art. 109 de la LGSS: desde el 22 de diciembre de 2013, conceptos como el plus transporte, las ayudas de estudio para hijos, cheque guardería, tickets-restaurante y un largo etcétera deben estar incluidos en la base de cotización.

II. Mención especial al encuadramiento en CNAE

Por último, especial mención cabe realizar a la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. De acuerdo con nuestra experiencia, en los últimos tiempos, a través de estas campañas, la Inspección está prestando especial atención al encuadramiento de los trabajadores en los distintos CNAE y, en especial, a aquellos trabajadores que tengan una clave de ocupación “A”.

Así, a raíz de las conclusiones aportadas por la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2013, Rec. 113/2013, el criterio de la Inspección se ha visto endurecido y es cada vez más restrictivo en cuanto a la posible aplicación del epígrafe “A”. En resumen, en dicha sentencia, la Audiencia Nacional concluye que, únicamente, podrán encuadrarse en la clave de ocupación “A” aquellos trabajadores que se dediquen única y exclusivamente a trabajos de oficina (administrativos) en el centro de trabajo propio de la empresa y que las funciones realizadas sean transversales a la actividad de la empresa sin que, por lo tanto, pueda guardar relación las funciones desarrolladas por esos trabajadores con la actividad propia de la empresa. En concreto, el citado pronunciamiento concluía que el grupo de “ingeniería y consultoría” debía estar encuadrado en el tipo de CNAE propio de la empresa puesto que no cabe entender que el personal de dicho grupo sea de administración o administrativo con independencia de que sus funciones se desarrollen en un despacho y tengan un riesgo modulado en atención a esa circunstancia.

Sin embargo, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (“LPG”) introdujo una modificación en referencia a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este sentido, se señala que a los efectos de la determinación del tipo de cotización aplicable a las ocupaciones referidas en la letra “A”, se considerará “personal en trabajos exclusivos de oficina” a los trabajadores por cuenta ajena que (i) sin estar sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, (ii) desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina aun cuando los mismos se correspondan con la actividad de la empresa, y siempre que tales trabajos se desarrollen únicamente en los lugares destinados a oficinas en la empresa.

Por tanto, la introducción de estas precisiones suscitan numerosas discrepancias con el criterio mantenido por la Inspección de Trabajo hasta el momento en base a la sentencia de la Audiencia Nacional que comentábamos anteriormente. Así, se modifica parcialmente la interpretación realizada hasta el momento al posibilitar que se encuadren en ese epígrafe los trabajadores que aun estando relacionados con la actividad principal de la empresa, realicen actividades exclusivamente de oficina y sean llevados a cabo físicamente en un espacio destinado para ello.

En las inspecciones que hemos estado llevando a cabo desde la introducción de esta matización a través de la LPG, nos hemos encontrado con una cierta reticencia por parte de los inspectores a considerar que los trabajadores que desarrollen funciones de soporte, como pueden ser actividades de marketing, consultoría interna, puedan incluirse en la letra “A”. Por tanto, hasta la fecha nos están pidiendo que regularicemos la situación hasta el 31 de diciembre de 2015 dejando pendiente una posterior regularización a la espera de la emisión de un criterio técnico unificado por parte del Director General de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Conclusiones

Debido a las campañas que está realizando actualmente la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, es aconsejable que todas las empresas, en especial las de medio y gran tamaño, realicen una auditoría interna del estado de sus cotizaciones y analicen qué conceptos están cotizando y cómo y cuáles han excluido de la base de cotización. Adicionalmente, sería aconsejable una revisión de los puestos de trabajo y funciones de aquellos trabajadores que están actualmente encuadrados en el epígrafe “A” para poder valorar la potencial contingencia por los últimos 4 años a la espera del pronunciamiento por parte del Director General de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE SUBROGACIÓN NO OPERAN CUANDO SE PRODUCE EL CESE DE LA ACTIVIDAD

María Eugenia de la Cera • Abogada

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de enero de 2016 (Recurso 737/2015)

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid analiza en este caso las cláusulas de subrogación contenidas en el Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales y el Convenio general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

El debate surge con ocasión del despido de un trabajador de un centro especial de empleo que prestaba servicios de limpieza para una empresa que decidió cerrar el centro de trabajo donde se desarrollaban esos servicios y trasladar a su personal a las oficinas centrales, resolviendo el contrato de limpieza.

Nuestros tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre el derecho a la subrogación de un trabajador perteneciente a un centro especial de empleo cuando la contrata entrante no lo es, para concluir que se impone la continuidad de la relación laboral, en aplicación del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales (que regula las relaciones laborales del sector con independencia del tipo de empresa que se trate) y en concreto de su artículo 17, por el que se establece que en el sector *“operará la subrogación del personal cuando tenga lugar un cambio de contratista o de subcontratista, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del artículo del presente Convenio, en cualquier tipo de cliente, ya sea público o privado.”*

Además, el Convenio general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad también recoge en su artículo 27 que, cualquiera que sea su actividad, las empresas que *“sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo (...)”*. Por lo tanto, en estos casos, la obligación viene reforzada por la norma convencional aplicable a la empresa cedente y habrá que conjugar los derechos de subrogación contenidos en una y otra.

Sin embargo, en el supuesto de la sentencia, como decíamos al comienzo, hay una particularidad, y es que la resolución del contrato de limpieza se produce como consecuencia del cierre del centro y el cese total de la actividad. Los trabajadores se trasladan a otro centro donde ya hay una empresa que realiza los servicios de limpieza.

Por lo tanto, el Tribunal Superior de Justicia entiende que no estamos ante un cambio de contratista o una sustitución, como requieren los preceptos convencionales antes citados, sino ante la completa desaparición de esa actividad. Además, añade que si se obligara a la empresa de limpieza que ya estaba en las oficinas centrales a incorporar al demandante se provocaría una duplicidad del personal disponible en la ejecución del servicio.

Ahora bien, yendo un paso más allá, nosotros nos preguntamos qué ocurriría si el traslado de los trabajadores hubiese incrementado las necesidades del servicio de limpieza en las oficinas centrales. ¿Podría entenderse que ese incremento es una sustitución y, por tanto, debería ser cubierto con trabajadores de la empresa saliente?

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID VUELVE A DISCUTIR LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES EN CASO DE DESPIDO

Pablo Olábarri Candela • Abogado

Sentencia 965/2015, de 4 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado recientemente una sentencia en la que vuelve a matizar la validez de los acuerdos transaccionales privados derivados del despido de un trabajador.

En el caso en cuestión la empresa IKEA comunicó a un trabajador la intención de prescindir de sus servicios, ofreciéndole reconocer la improcedencia del despido y abonarle una indemnización determinada. El trabajador aceptó, pero solicitó una indemnización algo superior (aunque todavía inferior a la que habría correspondido conforme al texto de la ley), indemnización que fue aceptada por la empresa.

La empresa hizo entrega de una carta de despido en la que se alegaba pérdida de la confianza en el trabajador como causa del despido y las partes recogieron lo anterior en un acuerdo transaccional en el que se establecía que el abono de la cuantía y el reconocimiento de la improcedencia se realizarían en el acto de conciliación administrativa.

Sin embargo, durante dicho acto el trabajador se negó a reiterar los términos del acuerdo, cerrándose el acto sin avenencia y procediendo el trabajador a demandar a la empresa por despido improcedente.

En primera instancia, el Juzgado de lo Social que conoció del asunto entendió que el acuerdo firmado por las partes era válido, desestimando la demanda del trabajador. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en línea con lo ya declarado en otras sentencias anteriores, entiende que el acuerdo estaba sujeto a una condición suspensiva (la reiteración del acuerdo en el acto de conciliación) y que no habiéndose cumplido dicha condición el acuerdo no era válido. Por ello, y no existiendo causa válida que justificase el acuerdo, declaró el despido improcedente, condenando a la empresa a abonar la indemnización aparejada al mismo.

Teniendo en cuenta otros precedentes judiciales, el razonamiento utilizado por el Tribunal en esta resolución parece discutible. En cualquier caso es evidente que esta sentencia deberá tenerse en cuenta cuando se celebre un acuerdo transaccional con un trabajador despedido, de cara a evitar que pueda considerarse que la eficacia del mismo está condicionada a la celebración del acto de conciliación.

LA AUDIENCIA NACIONAL INCIDE DE NUEVO EN LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE INSTAURAR UN SISTEMA DE REGISTRO DE LA JORNADA EFECTIVA REALIZADA POR LOS TRABAJADORES

Isabel Moya Chimenti • Abogada

Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2016 (Recurso 383/2015)

A finales del año 2015, concretamente el 4 de diciembre de 2015, la Audiencia Nacional dictó su ya conocida sentencia 207/2015, en la cual imponía a la entidad Bankia la obligación de registrar de forma diaria la jornada de sus trabajadores.

En dicha sentencia, la Audiencia Nacional estimaba la demanda interpuesta por las Federaciones de Servicios de diversos sindicatos al entender que la existencia previa de un registro diario de la jornada es un presupuesto constitutivo para el control efectivo de la jornada de trabajo –y los eventuales excesos en que puedan incurrir los trabajadores–, todo ello con independencia de que, *de facto*, los trabajadores de la empresa en cuestión realicen o no horas extraordinarias.

A estos efectos, la Audiencia Nacional recordaba que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores señala, literalmente que *“a efectos del cómputo de las horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”* y que la finalidad de este precepto no es sino asegurar prueba documental sobre las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, finalidad que no quedaría cubierta en caso de no existir la obligación de registrar diariamente la jornada realizada por cada trabajador.

El 19 de febrero del año en curso, la Audiencia Nacional ha dictado una nueva sentencia en este mismo sentido. En esta ocasión, la Audiencia Nacional reitera que el presupuesto constitutivo para el control efectivo de las horas extraordinarias que eventualmente realicen los trabajadores es la existencia previa del registro diario de jornada, lo cual no puede enervarse porque existan múltiples horarios en la empresa, ni horarios flexibles, estando en todo caso la empresa obligada a la implantación de un sistema de registro y cómputo de jornada.

Asimismo, la Audiencia Nacional reitera la obligación de dar traslado a los representantes legales de los trabajadores de las horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual, por los trabajadores a los que representan, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores.

La postura de la Audiencia Nacional en esta materia parece clara e inequívoca y por tanto, pese a que dichas sentencias sean susceptibles de ser recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, **todo apunta a que se consolida la obligación de toda empresa de instaurar un sistema de registro diario de la jornada efectiva realizada por sus trabajadores.**

LA MERA IMPUTACIÓN DE LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL NO VULNERA LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR U OTRO DERECHO FUNDAMENTAL

Aymara Santamaría • Abogada

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2016 (Recurso 808/2014)

El Tribunal Supremo analiza en esta sentencia si la mera imputación de la trasgresión de la buena fe contractual vulnera la dignidad del trabajador despedido o alguno de sus derechos fundamentales y, en concreto, el derecho al honor y a la intimidad, lo que conduciría a declarar la nulidad del despido.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la que trae causa la resolución objeto de este análisis, establecía efectivamente que esa imputación constituía una lesión de los derechos fundamentales y por tanto, declaraba la nulidad del despido.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que el ataque al honor tutelado por el art. 18 de la Constitución Española requiere la intencionalidad de atentar contra la buena reputación de una persona, descrédito que necesariamente proviene del conocimiento o difusión de las expresiones o información relativas al trabajador hacia terceros o más allá de las fronteras de la relación privada. Sin embargo, en este caso el empresario se limita a basar su decisión extintiva en su propio conocimiento de los hechos que le habían sido revelados por la policía y confirmados por el propio trabajador por lo que se parte de una verdadera causa que se aduce en la carta de despido.

Por tanto, la mera imputación de la transgresión de la buena fe contractual como motivo de despido aunque no se pueda demostrar, siempre y cuando haya indicios, no vulnera el derecho al honor ni a la dignidad profesional del trabajador despedido. Se concluye en consecuencia que el despido no es nulo, si bien se considera improcedente por no acreditarse las causas que lo motivaron.

Socio de Laboral
Coordinador de la Newsletter

—

Luis Enrique Fernández Pallarés
lefernandez@perezllorca.com

Tel: +34 91 436 04 23

Fax: +34 91 423 04 30

Castellana 50
28046 · Madrid

—
Diagonal 640, 8^ªA
08017 · Barcelona

—
24 Monument Street, 8th floor
EC3R 8AJ · London

—
375 Park Avenue, 38th floor
10152 · New York

—
www.perezllorca.com

