

# Actualidad Laboral Febrero 2017

## Sumario

### **1.- Indemnización por despido:**

*Cálculo cuando se supera el tope de 720 días en el primer tramo hasta 12-2-2012.*

### **2.- Alcance del Acuerdo entre Comité y empresa:**

*Obligación de reincorporar a un expresidiario. Promesa de contrato*

### **3.-Delito contra los derechos de los trabajadores:**

*Abuso de la situación de necesidad e los trabajadores.*

### **4.- Despido objetivo: procedencia**

*Reseña sobre diversas formalidades del despido. Falta de abono de la indemnización y de la cantidad indemnizatoria...*

### **5.-Cesión Ilegal.**

*Proceso especial de conflicto colectivo: procedimiento inadecuado?*

### **6.-Negociación colectiva.**

*Legitimación para denunciar un convenio colectivo.*

*Boletín elaborado por:*

*Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria*

*Pasaje de Peña 4, 3º. 39008 SANTANDER*

*Teléfono: 942364145 /Fax: 942221709*

*Correo: [fundacionorecla@orecla.com](mailto:fundacionorecla@orecla.com)*

## SENTENCIAS

### 1. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

#### **1.- Indemnización por despido de trabajador que por su actividad anterior a 12-2-2012 supera ya el tope de los 720 días.**

**STS unificación doctrina. Fecha 16-09-16, EDJ 171546**

*Aunque no se haya alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades (1260 días) se han superado los 720 días en el primer tramo, la indemnización no puede incrementarse por los periodos de empleo posteriores al 12-2-2012, de manera que no es necesario calcular el denominado segundo tramo.*

Se trata del despido improcedente de un trabajador que prestó servicios en una empresa desde el 22-9-1988 hasta el 19-6-2013. El monto del primer tramo superaba los 720 días sin alcanzar los 1260 días (considerando los 23 años y 5 meses previos al 12-2-2012 a razón de 45 días por año). Este monto ya no puede incrementarse en el cómputo de los periodos de trabajo posteriores al 12-2-2012 (a razón de 33 días por año).

Cuando se calcula la indemnización por despido improcedente de quién trabajó antes de 12-2-2012, en el primer tramo de cálculo (a razón de 45 días por año trabajado hasta dicha fecha) la indemnización puede superar el tope de 720 días de salario sin sobrepasar nunca los 1.260 días (42 mensualidades). Superados los 720 días en el primer tramo la indemnización no puede sufrir ningún incremento por los periodos de empleo posteriores al 12-2-2012.

Esta sentencia reitera y ratifica la doctrina establecida por a sentencia de la Sala IV del TS de fecha 18-2-16.

### 2. ACUERDO ENTRE COMITÉ Y EMPRESA

#### **1.- Obligación de reincorporar a un expresidiario:**

**TSJ País Vasco, Fecha 13/09/2016**

Trabajador que presta servicios para la empresa desde 1974 al 1981 cuando, al entrar en prisión, se produjo la extinción de su contrato por voluntad del trabajador. Estuvo privado de libertad desde 1988 a 2014, cumpliendo pena en el centro penitenciario.

En el año 1999 la empresa y el comité de empresa suscribieron un documento en el que acordaron, atendiendo a las circunstancias especiales que concurrieron en la baja de este trabajador, que la empresa tendría con él una consideración especial y procedería a su incorporación en caso de que así lo pidiera el trabajador. La empresa manifestó no tener inconveniente en incorporarlo una vez lo solicitara y superara el reconocimiento médico previo.

En base a este acuerdo, el trabajador, tras su salida de prisión, solicita que se declare su derecho a ser reincorporado en la empresa, o subsidiariamente a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados. La empresa no accede a la petición, por lo que demanda por despedido, y al ser desestimada su pretensión interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

Se trata de determinar la validez que puede tener el acuerdo suscrito en el año 1999 entre los representantes de la empresa y los miembros del comité de empresa, y si, por tanto, éste constituye un precontrato que vincula a la empresa.

EL TSJ admite la posibilidad de celebrar precontratos de trabajo, pero señala que éstos exigen que en ellos se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos, cuya efectividad se deja a voluntad de una de las partes o de ambas.

En este caso, el trabajador ni participó ni formó parte del acuerdo, y por tanto, no existió aceptación. Tampoco la empresa manifestó su voluntad de obligarse por el mismo, sino que únicamente contestó a una consulta elevada por el comité sobre la posibilidad de reincorporar al trabajador, manifestando que no tendría inconveniente en ello.

La empresa únicamente muestra una intención, no una irrevocable decisión de su nueva contratación, al tratarse de una declaración unilateral que pudo generar una expectativa de derecho pero no vinculación contractual.

Además, en cuanto el trabajador causó baja en la empresa en 1981, el comité de empresa firmante del acuerdo no podía representarle.

Por todo ello, el TSJ desestima el recurso al no quedar constancia de la existencia del precontrato laboral al no haber una manifestación de voluntad expresa o tácita, sobre trabajo y funciones a realizar, remuneración, duración ni lugar de contrato, circunstancias básicas que deben constar de forma cierta para que los tratos preliminares adquieran naturaleza de precontrato, y para que con ello puedan obligar a las partes en caso de incumplimiento.

*\*No obstante, en este pronunciamiento existe voto particular que entiende que el contenido del acuerdo de 1999 implica una promesa de contrato que ha sido incumplido por el ofertante.*

### 3 DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

#### **3.- Abuso de la situación de necesidad de los trabajadores:**

**TS Penal, Fecha 09/06/2016. EDJ 82150.**

*Trabajadoras que suscriben un contrato de 40 horas semanales y un salario de 700€/mes más dos pagas extraordinarias. No obstante, empresario y trabajadores convienen una jornada superior y un salario inferior a lo recogido en el contrato de trabajo. Pese a todo, trabajan más horas de las pactadas y convenidas.*

Las tres trabajadoras denuncian al empresario como responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores, por imposición de condiciones laborales perjudiciales (CP art.

311.1). La Audiencia Provincial condena al empresario a la pena de 2 años de prisión con inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y multa de 2.700€, así como al abono de una indemnización a las trabajadoras por daños y perjuicios. El empresario recurre en casación.

El TS analiza el CP art. 311.1 y los dos requisitos que este artículo exige para la imposición de la sanción:

1) el engaño (utilización de algún ardid que lleve al empleado a asumir la prestación de su trabajo en condiciones que, de no mediar, no habría aceptado).

2) el abuso de una situación de necesidad, (lo que exige la necesidad del sujeto pasivo y el abuso por el sujeto activo de esa situación en el sentido de aprovecharse de forma excesiva de una persona en beneficio propio; y un concreto perjuicio o restricción de derechos causado por las condiciones impuestas)

Y concluye el Tribunal que la actuación del empresario no es encuadrable en el tipo del CP art. 311.1 por varias razones:

- No se describe en este supuesto una maquinación del empresario que genere un vicio en la conformación de la voluntad de las trabajadoras para suscribir el contrato ni para permanecer en el puesto de trabajo.

- Las condiciones pactadas para el desarrollo de la actividad no son lesivas de derecho alguno de las trabajadoras: que las empleadas no disfrutaran de vacaciones, trabajaran horas extraordinarias que no fueran abonadas, no percibieran la paga extra y que la retribución mensual fuera de una cantidad inferior a la debida, constituyen un incumplimiento de las condiciones contractuales no lesivas.

- No se acredita la situación de necesidad de las víctimas: se alega que dicha situación derivaba de la necesidad del trabajo para mantenerse o poder renovar en su día el permiso de residencia, pero en ningún caso se hace referencia a la situación patrimonial de las empleadas, ni a la capacidad económica de los demás miembros de sus familias, ni a la accesibilidad a otras ofertas de trabajo ni a si percibían o no alguna subvención. Y tampoco se justifica que el empleador fuera consciente de las concretas condiciones económicas, familiares o laborales de las personas que empleó.

- Y respecto a la existencia del abuso, si bien la sentencia de la instancia consideró que es posible en una situación de paro generalizado, el TS no comparte esta consideración, estableciendo que, entonces, en estas circunstancias, el abanico de conductas típicamente penales sería inmenso.

Por todo ello, el TS absuelve al empleador del delito contra los derechos de los trabajadores, dejando sin efectos las medidas cautelares adoptadas.

## 4. DESPIDO OBEJTIVO: PROCEDENCIA

### 4.- Reseña sobre diversas formalidades en el despido objetivo:

**Juzgado de los Social Nº4 de Santander, Fecha 5 de diciembre 2016.**

*Trabajador al que, en el marco de un despido colectivo, en fecha 27 de septiembre de 2013 la empresa le notifica su despido, mediante carta de despido de fecha 26 de septiembre, con efectos del día 25 y con invocación de causas económicas La empresa no puso a disposición del trabajador la indemnización correspondiente por falta de liquidez. Y en el marco del oportuno proceso concursal se le reconoce una indemnización de 11.806,85€.*

*Asimismo, en fecha 16 de julio de 2016, la Sala de lo Social del TS homologa el acuerdo transaccional al que llegaron las partes legitimadas que intervinieron en el proceso de despido colectivo. Dicho Auto sustituye al contenido de lo resulto en la sentencia de la instancia (AN 9 julio 2014) dictada en el proceso de despido colectivo y constituyendo este Auto el nuevo título ejecutivo.*

*En este acuerdo, las partes negociadoras acuerdan la consolidación, confirmación y convalidación de las extinciones de los contratos de trabajo de todos los trabajadores en su día afectados por el ERE con fecha de efectos 25 septiembre de 2013 y en las condiciones indemnizatorias estipuladas en sus respectivas cartas de despido. Asimismo, las partes negociadoras acuerdan que las indemnizaciones se perciban por los trabajadores de conformidad con las condiciones de pago derivadas del Convenio de acreedores y plan de pagos aprobado en la fase concursal de la empresa.*

Suspendido el procedimiento hasta que recayera sentencia firme en el proceso seguido ante la Audiencia Nacional, en fecha 27 de julio de 2016, el trabajador interesa la reanudación del procedimiento, y solicita se reconozca la improcedencia del despido objetivo por causas económicas, basándose su pretensión en los siguientes puntos:

- falta de determinación en la carta de despido del importe de la indemnización y los parámetros para calcularlo;
- no puesta a disposición de la indemnización legalmente establecida;
- incumplimiento del requisito de falta de preaviso;
- y carta de despido no nominativa y fecha de efectos del despido.

Dado que la concurrencia de causas económicas no sólo no se discute, sino que se trata de una cuestión ya resuelta con efectos de cosa juzgada en el despido colectivo, esta resolución firme dictada en el procedimiento de despido colectivo produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales, los cuáles quedan limitados, en cuanto a su objeto, a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda de despido colectivo.

La sentencia analiza las siguientes cuestiones individuales:

1.) Falta de determinación de la indemnización en la carta de despido y su no puesta a disposición:

Considera la sentencia que en este caso se ha dado cumplimiento al art. 53.1.b) pues la situación económica de la empresa justifica que no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, extremo que se hizo constar en la carta de despido.

Según doctrina jurisprudencial, la carga de la prueba de la falta de liquidez incumbe al empresario, sin ser preciso que acredite de manera exhaustiva la falta de liquidez, sino que basta con que, además de alegarse tales dificultades económicas en la carta de despido, se aporten indicios suficientes para valorar la incidencia de la mala situación económica en la imposibilidad de poner a disposición del trabajador la indemnización en el momento de la entrega de la comunicación escrita.

Asimismo, se señala que esta prueba es independiente de que la mala situación económica pueda o no justificar el despido objetivo, puesto que lo que requiere es la acreditación de que como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización. Cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despedido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese.

Acreditado entonces en este caso que el grupo empresarial padecía una situación económica que justificaba que no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, se analiza la siguiente cuestión:

2.-) Si la indeterminación de la indemnización en la carta de despido tiene trascendencia en estos supuestos: Establece el TS que la determinación de la cuantía de la indemnización no es exigible, en casos como el presente, dónde se ha acreditado que el grupo empresarial sufría una

situación económica que justificaba que no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización.

Menciona también la Sentencia del TSJ de Cantabria, de 11 de junio de 2015, que establece, incluso que, ante la falta de puesta a disposición de la indemnización por falta de liquidez acreditada, es irrelevante, a efectos de impugnar el cese, que la cuantía que consta en la carta de despido, incluso, notoriamente inferior a la reconocida en la sentencia de instancia.

La finalidad de la ley al exigir la puesta a disposición de la indemnización es que el trabajador disponga de la cantidad legalmente fijada como indemnización en el mismo momento de la comunicación del acuerdo de extinción, “*simultáneamente*”.

Por tanto, la doctrina relativa al error en la fijación de la cantidad, guarda relación con la salvaguarda de ese derecho, entendiéndose que el derecho no queda satisfecho si la suma puesta a disposición se aparta, de forma inexcusable, de la que hubiera correspondido con arreglo a los parámetros que la ley establece.

Ahora bien, en el caso de la excepción a la puesta a disposición prevista para el supuesto de efectiva imposibilidad económica material, el derecho del trabajador ya no es el de la aprehensión inmediata de la indemnización, sino que se concreta en “*exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva*”. Y de ahí que el art. 5.5.a) del ET al establecer “*los efectos de la sentencia que declara la procedencia del despido señale que “en caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla percibido...”*”

Sensu contrario, cuando no se haya percibido, y no siendo nulo el despido, sino procedente, será la sentencia la que fije la indemnización, y por ello, concluye que ante la falta de puesta a disposición de la indemnización por falta de liquidez acreditada, es irrelevante, a efectos de impugnar el cese, que la cuantía que consta en la carta de despido, incluso, notoriamente inferior a la reconocida en la sentencia de instancia.

3.-) Incumplimiento del plazo de preaviso: uno de los requisitos formales del despido de acuerdo con el art 53.1.c) del ET es la concesión de un plazo de preaviso de 15 días.

En el presente caso no se discute el incumplimiento de este requisito; sin embargo, tal incumplimiento no genera la declaración de improcedencia, sin perjuicio de la obligación de la empresa de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en al cuantía correcta.

4.-) Fecha de efectos del despido: se plantea también en este supuesto la cuestión de si la carta de despido que fija como fecha de efectos el día anterior debe considerarse como un defecto formal determinante de la improcedencia del despido.

Establece el Tribunal que el hecho de que la carta señale que los efectos se producen con anterioridad a su notificación carece de trascendencia a los efectos de considerar el despido como improcedente pues el ordenamiento jurídico establece que el despido tiene efectos a partir de la notificación del mismo al trabajador salvo que, para cumplir el deber de preaviso, la comunicación tenga lugar antes de la fecha de efectos del despido.

5.-) Carta de despido no nominativa: El Tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión ya que esta circunstancia no ha sido expuesta en ningún pasaje de la demanda de despido, de manera que su invocación en el acto del juicio constituye una alteración sustancial de la demanda, proscrita por la LRJS.

6.-) Procedencia del despido: La legislación vincula la declaración de improcedencia del despido por causas objetivas de índole económicas a que no se acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la carta de despido o cuando no se hubieran cumplido los requisitos del art. 53.1. del ET.

En este supuesto, el Supremo declara la procedencia del despido, al estar acreditada la concurrencia de la causa económica alegada en la carta de despido y el cumplimiento de los referidos requisitos.

## 5.- CESIÓN ILEGAL: PROCEDIMIENTO

### 5.- Proceso especial de conflicto colectivo: adecuado o no? TS, Fecha 4 de octubre 2016, EDJ 219660

Sindicato que presenta demanda de conflicto colectivo solicitando se declarase la cesión ilegal de trabajadores que prestan servicios en el marco de la adjudicación de la contratación de la prestación de servicios auxiliares en materia de servicios sociales, considerando a la Gerencia de Servicios Social y a la Fundación Acción Social y Tutela de Castilla León como cesionarias, y la empresa FFFFFFFF SA, como cedente, reconociendo el derecho de opción de cada uno de los afectados a ser trabajadores de una u otra empresa con todas las consecuencias legales. Estos trabajadores (64) prestaban sus servicios en distintas provincias y dentro del marco territorial de cada una de ellas, en distintos centros de trabajo.

El TSJ estima la excepción de inadecuación de procedimiento presentada por las codemandadas, al entender que el proceso especial de conflicto colectivo no es el adecuado para solucionar la controversia planteada.

Interpuesto por el Sindicato recurso de casación, el TS sentencia que el *“El proceso especial de conflicto colectivo no es el adecuado, por lo general, para solucionar las controversias relacionadas con la cesión ilegal de trabajadores, ya que sería necesaria una valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas en las que se realiza la prestación de trabajo en cada caso”*.

El TS lo justifica en las siguientes razones:

1.- Si el interés en juego es el propio, personal e individual de cada uno de los trabajadores, se entiende que estamos ante un conflicto individual o plural y no colectivo, para lo que sería necesario que el interés en litigio fuera el general de un grupo genérico de trabajadores.

En este caso, la única nota de homogeneidad que se aprecia en relación a los trabajadores afectados es la condición de ser empleados de la empresa demandada, puesto que el resto de elementos que serían necesarios para apreciar una eventual cesión quedan diluidos dado que ni todos ellos trabajan en los mismos centros ni realizan la misma actividad, ni están sujetos a un poder de dirección representado por las mismas concretas personas o que ostenten atribuciones iguales o parecidas.

2.- Tampoco existe homogeneidad en relación a las concretas circunstancias en las que prestaban servicios cada uno de los trabajadores supuestamente afectados por el conflicto que no solamente prestaban servicios en provincias diferentes y centros distintos, sino que las funciones de cada uno de ellos son singulares sin que resulte posible extrapolar de unos trabajadores a otros, de manera indiferencial, las notas definitorias de la prestación de sus servicios en cada una de sus demarcaciones.

3.- Cuando estemos ante demandas cuya solución exija tener en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los sujetos afectados, entonces la tramitación habrá de realizarse por la vía del proceso ordinario.

En el este supuesto, al no haber quedado acreditado que la empresa carezca de actividad o de organización propia, para cualquier pronunciamiento sobre cesión ilegal sería necesaria una valoración de hechos singulares en relación con las condiciones específicas en que en cada caso se realiza la prestación de trabajo y el ejercicio de los poderes empresariales.

Por tanto, el carácter colectivo del conflicto sigue estando determinado por una doble exigencia: la subjetiva (carácter genérico del grupo o colectivo), y la objetiva (carácter general del interés), existiendo entre ambas una íntima conexión, que hace imposible entender la una sin la otra.

En casos como éste, en que concurren intereses colectivos susceptibles de individualización, la clave que finalmente resulta decisiva para constatar la adecuación de una u otra modalidad procesal consiste en atender al tipo de valoraciones, más o menos concretas, que el examen y resolución de la cuestión planteada requieren: **si la pretensión formulada puede resolverse de forma abstracta, sin atender a situaciones particulares de cada trabajador, habrá que considerar adecuada la vía del proceso colectivo**, sin perjuicio de que, con posterioridad, sí pueda ser necesaria la atención a las circunstancias individuales a efectos de ejecución de sentencia; por el contrario, cuando estemos ante demandas cuya solución exija tener en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los sujetos afectados, entonces la tramitación habrá de realizarse por la vía del proceso ordinario.

## 6.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 6.- Nuevo criterio del TS sobre la legitimación para denunciar un convenio colectivo.

Sindicato que cuenta con 315 representantes de un total de 2.119 del sector e intervino en la negociación del convenio mediante un representante del total de 15 que forman el banco social.

Este Sindicato comunica al MEYSS la denuncia de un convenio colectivo, considerando que está facultado para ello al tener la condición de sindicato más representativo (art. 87.2 ET), ya que el convenio establece que la denuncia debe efectuarse en los 3 últimos meses de su término o prórroga en curso por quiénes estén legitimados para negociar conforme al art. 87 ET.

El MEYSS rechaza su solicitud de denuncia al entender que este Sindicato carece de legitimación plena para negociarlo, sin que sea suficiente la legitimación inicial o derecho a participar en la mesa de negociaciones.

El Sindicato impugna esta resolución administrativa solicitando que se admita la denuncia. Su pretensión es desestimada por entender que otorgar posibilidad de denunciar a quién no tiene la facultad legal de acordar convenios de eficacia general supondría permitirle determinar el fin de la vigencia de un convenio que, quizá, la mayoría de esa representación desearía dejar vigente. Se afirma también que esta norma es indisponible por las partes. El Sindicato recurre en casación.

Se trata de determinar si un Sindicato, que sí tiene la condición de más representativo, pero carece de legitimación plena para la negociación, puede instar la denuncia del convenio colectivo.

El TS interpreta que para denunciar el convenio colectivo no es imprescindible contar con la representatividad plena sino que basta con la legitimación inicial. Por el contrario, la legitimación plena sí opera cuando se desea poner en marcha el procedimiento para la renegociación del convenio en cuestión. Es decir, para denunciar basta la legitimación inicial, aunque la representatividad ostentada en la unidad de negociación pudiera desembocar en una posición minoritaria dentro de la comisión negociadora.

Entiende además el TS que limitar la posibilidad de denunciar un convenio colectivo a quiénes lo han suscrito podría presentar problemas de compatibilidad con la libertad sindical.

Asimismo, interpreta que el término “partes” debe entenderse de modo que en los supuestos de denuncia, los legitimados para negociar puedan activar la denuncia. Así, se facilita la acción sindical de las organizaciones que optaron por no suscribir el convenio firmado tiempo atrás.

Con este nuevo criterio, el TS matiza su doctrina (establecida en la STS 21-5-97), que consideraba que quién denuncia un convenio colectivo y promueve su renegociación debe contar con la representatividad propia de los que venimos llamando legitimación plena.

Por tanto, se entiende ahora que la denuncia y la promoción de la negociación de un nuevo convenio colectivo son actos distintos: Quién promueve simultáneamente ambos actos debe contar con legitimación plena; pero, la mera denuncia del convenio puede activarse por cualquiera de los sujetos con legitimación inicial, siempre controlada por referencia a momento en que se lleva a cabo.