

Pérez-Llorca

Newsletter
Laboral



01/2017

Índice

Artículos Doctrinales

- 5** ¿Qué salario debo abonar a mis trabajadores cuando están de vacaciones? Una vuelta a los criterios recientes de nuestros tribunales
Carlos Goñi Domínguez

Novedades Jurisprudenciales

- 9** Adiós al papel. El tribunal supremo permite entregar la nómina en formato electrónico
Ángel Castro Temes
- 10** La empresa cesionaria responde solidariamente de la indemnización de un trabajador cuyo contrato fue extinguido por motivos disciplinarios con anterioridad a la transmisión
Carlos Goñi Domínguez
- 11** El juez del concurso está facultado para dejar sin efectos las cláusulas de blindaje suscritas con trabajadores ordinarios
Carlos Goñi Domínguez

¿QUÉ SALARIO DEBO ABONAR A MIS TRABAJADORES CUANDO ESTÁN DE VACACIONES? UNA VUELTA A LOS CRITERIOS RECIENTES DE NUESTROS TRIBUNALES

Carlos Goñi Domínguez • Abogado

En las fechas en las que nos encontramos, las vacaciones son sólo ya un recuerdo lejano. Sin embargo, con la llegada de tan esperado periodo, nos vuelve a surgir la cada vez más frecuente duda de qué salario debo abonar a mis trabajadores cuando se encuentran disfrutando de dicho periodo.

Desde un punto de vista lógico, su inclusión está fuera de toda duda en casos como el salario base, los complementos de antigüedad y, en general, aquellos complementos que se abonan todos los meses en un importe fijo. Por el contrario, la duda que con más frecuencia se plantea es: ¿qué ocurre con aquellos conceptos retributivos que sólo se abonan cuando se cumplen determinadas circunstancias o en determinados momentos del año?

Pues bien, somos conscientes de que pecaríamos de exceso de ambición si en un artículo tan breve pretendiéramos responder a esta cuestión respecto de todos y cada uno de los conceptos que pueden percibir los trabajadores. Por ello, en el presente artículo nos vamos a limitar a analizar aquellos conceptos sobre los que ya se han pronunciado nuestros tribunales. Así, nuestro objetivo es intentar alcanzar un criterio válido que podamos aplicar a los distintos complementos previstos en cada nómina.

1. Punto de partida: regulación legal y doctrina tradicional de nuestro Tribunal Supremo

En primer lugar, el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores (el “**ET**”), que regula el derecho a las vacaciones, se limita a establecer que éstas deben ser retribuidas, pero sin llegar a especificar cómo debe calcularse su compensación. En el mismo sentido, el artículo 7.1 de la Directiva Europea 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo reitera el derecho de los trabajadores a disfrutar de un descanso retribuido, aunque una vez más no llega a concretar cómo debe determinarse esa retribución.

El único referente legislativo en la materia lo encontramos en el artículo 7.1 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo (el “**Convenio 132 de la OIT**”) donde se introduce el concepto de retribución “*normal o media*” como contraprestación durante el periodo vacacional.

Por el contrario, volviendo a la esfera nacional, nuestro Tribunal Supremo venía estableciendo tradicionalmente que la regla general de la remuneración normal o media podía exceptuarse si la negociación colectiva establecía una regulación diferente. Esto implicaba que podrían no abonarse en la nómina percibida en vacaciones aquellos conceptos que expresamente fueran excluidos por el convenio colectivo.

2. Evolución de doctrina de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo

En base a la citada normativa internacional, la jurisprudencia europea se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la necesidad de que el trabajador siga percibiendo su retribución normal o media durante su periodo vacacional. De lo contrario, se produciría un efecto disuasorio del ejercicio de este derecho al descanso, ya que se estaría colocando al trabajador en una peor posición económica.

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acabó provocando un cambio en la doctrina de nuestros tribunales que se reflejó en una serie de novedosas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en el año 2015 y confirmadas posteriormente por el propio Tribunal Supremo. Así, teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria y el Convenio 132 de la OIT, nuestros tribunales han rectificado la facultad anterior de los convenios colectivos de limitar los conceptos salariales que han de incluirse en la retribución de vacaciones.

De acuerdo con esta nueva doctrina, los convenios colectivos no pueden apartarse del concepto de retribución “*normal o media*” a la hora de regular la retribución correspondiente al periodo vacacional. En este sentido, la mencionada doctrina distingue entre dos “*zonas*” claramente diferenciadas:

- (i) El “*núcleo*” o zona de certeza: Integrada por conceptos retributivos que no generen dudas sobre su inclusión o no en la nómina de vacaciones.

Así, se ha considerado que deben incluirse en la remuneración por vacaciones aquellos conceptos retributivos que los trabajadores reciben con carácter ordinario y regular (e.g. salario base, complementos personales como antigüedad, titulación o idiomas y complementos derivados de la actividad empresarial como toxicidad, penosidad o peligrosidad).

Por otra parte, se sostiene que con carácter general no se deben incluir aquellos conceptos retributivos que se abonen con carácter extraordinario (e.g. los bonus, determinados incentivos o la compensación económica por realización de horas extraordinarias).

- (ii) El “*halo*” o zona de duda: Nuestros tribunales han admitido también la existencia de una serie de complementos cuya calificación como retribución ordinaria o extraordinaria dependerá de las circunstancias concurrentes para su devengo y, especialmente, de su habitualidad.

Así, esta zona de duda estaría integrada por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto trabajo realizado (e.g. esporádica nocturnidad, aislada turnicidad o la compensación por horas extraordinarias cuando éstas se realizan con cierta periodicidad).

3. Análisis de distintos conceptos retributivos cuya inclusión en la paga de vacaciones es dudosa

Expuesta la doctrina general mantenida por nuestros tribunales de justicia, a continuación vamos a centrarnos en los conceptos que se incluyen en ese “*halo*” o “*zona de duda*” exponiendo los argumentos utilizados por nuestros tribunales para incluirlos o no en la nómina de vacaciones. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que el análisis depende de la definición que el concreto convenio colectivo haga respecto de cada complemento y, por ello, su inclusión no debe ser automáticamente extrapolada a otros convenios colectivos.

- (i) *Bonus*: En los casos analizados por las distintas sentencias, el tribunal descarta su inclusión dentro de la retribución por vacaciones sobre la base de que su devengo es anual y, por lo tanto, se devenga tanto durante el periodo de vacaciones como durante el periodo de prestación de servicios. Su inclusión dentro de la nómina de vacaciones supondría un “enriquecimiento injusto del trabajador que cobraría dos veces por el mismo concepto”.
- (ii) *Comisiones e incentivos*: Los tribunales sostienen que estos conceptos retributivos deben incluirse en la remuneración de vacaciones si se consideran parte del salario normal o medio del trabajador, es decir, cuando se abonan con cierta regularidad en función de las ventas y el nivel de productividad. No obstante, es importante tener en cuenta que si como consecuencia de esta inclusión se produjera una duplicidad en su abono –tal y como comentamos en el caso de la retribución variable–, entonces estos conceptos no deben incluirse.
- (iii) *Complemento de nocturnidad*: Este complemento debe incluirse dentro de la zona de certeza a la que alude la nueva doctrina de nuestros tribunales cuando retribuya una conducta normal en la empresa como es la de prestar servicios en turno de noche. Por el contrario, si el trabajo nocturno no fuera habitual en la empresa, la solución que alcanzarían nuestros tribunales sería no considerar este complemento como parte de la retribución normal de los trabajadores y, en consecuencia, excluirlo de la nómina de vacaciones.

- (iv) *Complemento de disponibilidad por días de guardia*: De acuerdo con el convenio colectivo de aplicación al caso enjuiciado, el cobro de este complemento no depende de que efectivamente se preste el servicio sino por el mero hecho de estar de guardia durante los días de fiesta o de descanso. Por esta razón, finalmente determina que este complemento sí se debe incluir en la retribución de las vacaciones, ya que los trabajadores de la empresa realizaban guardias con cierta regularidad.
- (v) *Complemento de fin de semana y de festivos*: En el caso de los convenios colectivos analizados por nuestros tribunales, este complemento se refiere a la retribución percibida por los trabajadores que habiendo trabajado en fin de semana o en festivo no han optado por disfrutar de descansos compensatorios. En este caso, es importante tener en cuenta que este complemento no compensa la prestación de servicios en fin de semana y festivos sino sólo cuando los trabajadores libremente optan por no disfrutar de días de descanso compensatorio –que sería la regla general impuesta por el convenio colectivo de los casos analizados por las sentencias–. Dado el indudable carácter extraordinario de este complemento, cabe concluir que este complemento tampoco computa a los efectos del periodo vacacional.
- (vi) *Complemento de especial dedicación*: En el caso de este concreto complemento, el convenio colectivo expresamente establecía que este concepto no se incluía en la retribución devengada durante el periodo de vacaciones. Según se regula en la norma convencional del caso de autos, este complemento compensa la disponibilidad de los trabajadores fuera de su horario laboral ordinario y era percibido por estos de manera regular. De esta manera, este complemento ha sido considerado como un concepto salarial de carácter ordinario y en consecuencia ha sido incluido por nuestros tribunales dentro de la retribución de las vacaciones.
- (vii) *Compensación del tiempo de toma y deje*: Este concepto se abona para compensar el tiempo de desplazamiento incurrido por el trabajador al iniciar y finalizar su jornada. Entienden nuestros tribunales que esta compensación no procede computarla a los efectos de la retribución en vacaciones –a pesar de ser percibida con habitualidad– debido a que la naturaleza compensatoria de este concepto.
- (viii) *Compensación de jornada partida*: Este complemento del convenio en cuestión tenía una naturaleza indemnizatoria y pretende compensar los gastos ocasionados a los trabajadores por tener que comer fuera de su domicilio. Así, esta naturaleza indemnizatoria descarta su inclusión como parte de la retribución de vacaciones.
- (ix) *Compensación por desplazamientos*: Este tipo de compensación suele tener una naturaleza indemnizatoria, ya que su finalidad es compensar los inconvenientes de pernoctar fuera de su domicilio. Teniendo en cuenta esta descripción, tampoco entrarían dentro del concepto de salario que prevé el artículo 26.2 del ET, quedando fuera de toda duda su exclusión de la retribución percibida durante las vacaciones.

4. Conclusión

En resumen, de todo lo anteriormente expuesto, podemos extraer tres criterios fundamentales para determinar la inclusión de un concepto específico dentro de la remuneración de vacaciones: (i) la naturaleza concreta de cada uno de estos conceptos, (ii) el periodo en el que se devengan y, especialmente, (iii) la habitualidad con la que los trabajadores los perciben.

Sin embargo, tal y como apuntábamos con anterioridad, estos criterios son sólo parámetros generales que pueden ayudarnos a determinar si los conceptos que abonamos a nuestros trabajadores en las nóminas encajan dentro del concepto de retribución “normal o media”. En consecuencia, será preciso analizar individualmente cada concepto contenido en las nóminas.

ADIÓS AL PAPEL. EL TRIBUNAL SUPREMO PERMITE ENTREGAR LA NÓMINA EN FORMATO ELECTRÓNICO

Ángel Castro Temes • Abogado

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2016 (Recurso núm. 3690/2014)

A pesar de vivir inmersos en una era dominada por las comunicaciones digitales, el Tribunal Supremo había mantenido hasta la fecha una política bastante conservadora en lo que respecta a la entrega de las nóminas a los trabajadores. Así, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2011 había reiterado la obligación de entregar las nóminas en formato papel.

No obstante, en esta nueva sentencia el Tribunal Supremo rectifica la doctrina recogida en la sentencia anterior, es decir, exime a la empresa de entregar, necesariamente, los recibos de salario o nóminas en soporte papel.

Entrando un poco más en detalle, en el planteado en esta sentencia, la empresa venía entregando las nóminas en papel a través de un buzón en el que cada trabajador accedía con una llave. Llegado un momento, la empresa decidió sustituir de forma unilateral dicho sistema por otro que consistía en un ordenador al que los trabajadores accedían con una clave personal y desde el que podían consultar su nómina así como imprimirla en el propio centro de trabajo si lo deseaban.

A pesar de haber recurrido los sindicatos dicha medida empresarial, el Tribunal Supremo entendió que *“no puede calificarse como gravoso el hecho de que si el trabajador quiere una copia de su nómina en soporte papel tenga que dar la orden de imprimir y esperar breves segundos a que la impresión se efectúe”*.

En este sentido, debemos apuntar que si bien es cierto que esta sentencia permite la no entrega de la nómina en formato papel, no podemos concluir con claridad que ello abra la puerta completamente a que la nómina se facilite electrónicamente a través de cualquier sistema o método.

Resulta muy importante el hecho de que en este caso, los trabajadores tenían a su disposición un ordenador facilitado por la empresa en el centro de trabajo desde el que podían imprimir una copia en papel si así lo deseaban.

En definitiva, no podemos afirmar categóricamente que, en caso de que una empresa implante otro sistema –como por ejemplo el envío de la nómina a través del correo electrónico personal– el Tribunal Supremo llegue a la misma conclusión. En ese ejemplo podría entenderse que ese sistema sí resulta gravoso para los trabajadores puesto que no existe una obligación legal de contar con una cuenta de correo electrónico personal.

LA EMPRESA CESIONARIA RESPONDE SOLIDARIAMENTE DE LA INDEMNIZACIÓN DE UN TRABAJADOR CUYO CONTRATO FUE EXTINGUIDO POR MOTIVOS DISCIPLINARIOS CON ANTERIORIDAD A LA TRASMISIÓN

Carlos Goñi Domínguez • Abogado

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2016 (Recurso núm. 825/2015)

El Tribunal Supremo analiza el caso de un trabajador despedido disciplinariamente en julio del año 2013 junto a otra compañera –siendo ambos despidos posteriormente impugnados ante la jurisdicción–. El elemento característico del caso en cuestión es que en diciembre de ese mismo año la empresa empleadora perdió la adjudicación de los servicios que prestaba a Renfe y a los cuales habían estado adscritos ambos trabajadores. De esta manera, dichos servicios pasaron a una tercera empresa que además se subrogó en los contratos de trabajo de todos los trabajadores adscritos a dicho servicio.

Reconocida la improcedencia del despido y declarada la responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria tanto en la instancia como suplicación, ambas empresas presentan un recurso de casación para la unificación de la doctrina. La cuestión planteada en dicho recurso se centra en determinar si la empresa cesionaria está obligada a responder solidariamente de las obligaciones derivadas de un despido disciplinario realizado con anterioridad a la transmisión de la actividad.

Sentado lo anterior, el Alto Tribunal comienza admitiendo que la empresa cesionaria no tenía la obligación de subrogarse en el contrato de trabajo del actor, puesto que este ya se había extinguido en el momento de la sucesión –independientemente de la vigencia de un procedimiento judicial sobre su eventual calificación–.

Ahora bien, el Tribunal Supremo añade que no acaba aquí la responsabilidad derivada del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”), ya que este también impone una responsabilidad solidaria durante 3 años respecto de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión si estas no hubieran sido satisfechas. En este punto, el Alto Tribunal reconoce que el artículo 44 del ET permite dos interpretaciones distintas: (i) que la responsabilidad solidaria se limita únicamente a aquellos contratos que han sido subrogados; o (ii) que dicha responsabilidad se predica sobre todos los trabajadores adscritos al servicio transmitido –independientemente de que la empresa cesionaria se hubieran subrogado en ellos–.

Finalmente, la sentencia opta por la segunda interpretación ya que –de acuerdo con el criterio de la Sala– se adecúa mejor al tenor literal, sistemático y finalista del artículo 44 del ET. Así las cosas, la sentencia inadmite el recurso y declara la responsabilidad solidaria de ambas empresas sobre la indemnización por despido.

EL JUEZ DEL CONCURSO ESTÁ FACULTADO PARA DEJAR SIN EFECTOS LAS CLÁUSULAS DE BLINDAJE SUSCRITAS CON TRABAJADORES ORDINARIOS

Carlos Goñi Domínguez • Abogado

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de abril de 2016 (Recurso núm. 112/2016)

El trabajador de una empresa en concurso impugna la decisión del juez de lo mercantil de reconocerle una indemnización por extinción de su contrato de trabajo equivalente a 20 días de salario por año trabajado, en defecto de la cláusula de blindaje que este tenía prevista en su contrato de trabajo.

El juez del concurso fundamenta su decisión en el artículo 65.3 de la Ley Concursal (“LC”) que regula la facultad del juez del concurso de moderar la indemnización prevista en los contratos de trabajo de los altos directivos, con el límite de la indemnización establecida por la legislación laboral.

Pues bien, el trabajador entiende que el citado precepto no le resulta de aplicación en tanto que, en atención al tenor literal del precepto, este contiene una regla aplicable únicamente a los contratos de alta dirección.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia acaba acogiendo el criterio del juez mercantil sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) por un lado, el Tribunal considera que las cláusulas de blindaje se suscriben mayoritariamente cuando se formalizan contratos de alta dirección y, en consecuencia, ésta es la razón por la que el legislador concursal sólo hace mención expresa a los contratos de alta dirección en el referido precepto; y
- (ii) por otro lado, entiende que la finalidad de la norma es doble: evitar las consecuencias negativas de abono de estas cláusulas en empresas declaradas en concurso y equilibrar los derechos de los acreedores laborales.

A la luz de estos argumentos, la sentencia considera que no puede justificarse un diferente tratamiento de este tipo de cláusulas cuando se suscriben con trabajadores ordinarios y con altos directivos.

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

