



Cód. Documento: 10-RRHH-19	Título Documento:	
	INFORME LABORAL Octubre 2019	

APUNTES SOBRE LA ACTUALIDAD LABORAL

Octubre 2019

SUMARIO

1. **PERMISO PARENTAL. ADAPTACIÓN DE JORNADA SIN REDUCCIÓN.**
2. **RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.**
3. **DESPIDO NULO POR FALSEAMIENTO DEL SISTEMA DE FICHAJE.**
4. **REGISTRO SALARIAL OBLIGATORIO.**

1. PERMISO PARENTAL ADAPTACIÓN DE JORNADA SIN REDUCCIÓN.

El pasado 18 de septiembre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia en el asunto C-366/18 que consideramos de especial interés para el derecho laboral español porque da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 33 de Madrid.



El órgano jurisdiccional remitente, haciendo referencia a las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561); de 20 de junio de 2013, Riežniece (C-7/12, EU:C:2013:410), y de 16 de julio de 2015, Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473), alberga dudas acerca de si el artículo 37, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores constituye un supuesto de discriminación indirecta en perjuicio de las trabajadoras, principales usuarias del permiso parental.

El origen del asunto se localiza en sede judicial española con la presentación de una demanda, en procedimiento de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente por parte de un trabajador que presta sus servicios en turnos rotativos de mañana, tarde y noche, con dos días de descanso semanales y que son variables, según cuadrantes elaborados por el empresario.

El trabajador que tiene dos hijos menores de edad en edad escolar y esposa que ejerce como abogada, solicita la modificación de su jornada de trabajo, para prestar servicios únicamente en el turno de mañana, de lunes a viernes, con la finalidad de poder conciliar adecuadamente su vida profesional con la familiar. La petición no implica, pues, reducción alguna de su tiempo de trabajo, y por consiguiente tampoco afectaría a la cuantía de su remuneración salarial.

Tras ser rechazada su solicitud por la empresa, es cuando el trabajador acude a la jurisdicción social para que se le reconozca su derecho a la modificación de la jornada de trabajo en los términos expuestos.

Fecha: 02/10/19	DEPARTAMENTO: RRHH	REALIZADO POR: MARTA COTERA	REVISADO POR: MAITE IRIZABAL	Página: 1/6
--------------------	-----------------------	--------------------------------	---------------------------------	----------------

Cód. Documento: 10-RRHH-19	Título Documento:	
	INFORME LABORAL Octubre 2019	

Ante la alegación por el órgano judicial remitente de que el artículo 37.6 ET establece una discriminación indirecta en perjuicio de las trabajadoras, la Sala aclara que dicho precepto constituye una norma indistintamente aplicable a los trabajadores y a las trabajadoras y, al no evidenciar, ante ello, cuál sería la desventaja particular sufrida por un trabajador del sexo masculino si la discriminación indirecta afecta a las mujeres, ello determina, por tanto, la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial en lo que se refiere a la Directiva 2006/54, por poseer un carácter meramente hipotético.

Por otro lado, la única disposición del Acuerdo marco sobre el permiso parental (Directiva 2010/18/UE), relativa a la adaptación del horario de trabajo, supedita su aplicación al momento de la reincorporación tras el disfrute del citado permiso. No obstante, del auto de remisión no se deduce que el trabajador se encuentre en una situación de reincorporación tras un permiso parental.

En estas circunstancias, es preciso señalar que ni la Directiva 2010/18 ni el Acuerdo marco sobre el permiso parental contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable.

La invocación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tampoco concede la protección requerida pues cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, como es el caso, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia.



En resumen, y teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 2010/18 no se aplica a la normativa nacional señalada en el auto de elevación de la cuestión prejudicial (art. 37.6 ET), es decir una normativa que establece el derecho del trabajador a reducir su jornada ordinaria de trabajo para atender el cuidado directo de menores o familiares a su cargo, con una disminución proporcional de su salario, no pudiendo acogerse cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable y desea pasar a un horario de trabajo fijo manteniendo su jornada ordinaria de trabajo.

2. RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), en sentencia del pasado 23 de abril, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la parte demandante confirmando que en el cálculo de la retribución por los períodos de vacaciones deben incluirse, además de los conceptos que establezca el Convenio Colectivo de aplicación, los complementos de "horas de presencia", "trabajo nocturno", "festividades y domingos".

Cabe destacar que en 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sentencia 22/05/2014 C-539/12, estableció que las comisiones, con carácter general, estaban

Fecha: 02/10/19	DEPARTAMENTO: RRHH	REALIZADO POR: MARTA COTERA	REVISADO POR: MAITE IRIZABAL	Página: 2/6
--------------------	-----------------------	--------------------------------	---------------------------------	----------------

Cód. Documento: 10-RRHH-19	Título Documento:	
	INFORME LABORAL Octubre 2019	

directamente vinculadas a la ejecución de las tareas habituales. Y, aunque su importe pudiera variar mensualmente, consideraba que las mismas formaban parte de la retribución ordinaria del trabajador y que, por tanto, debían incluirse en el cómputo de la retribución por los períodos de vacaciones.

Posteriormente, el TS, en sentencia de 28 de febrero de 2018, establece el criterio de habitualidad, a efectos de tener la obligación de incluir determinados conceptos retributivos en la retribución de las vacaciones siempre que los mismos hayan sido percibidos por el trabajador al menos durante seis meses en los once meses anteriores. Si este concepto tiene un importe fijo, la cantidad no comportará mayor controversia, pero si es un concepto con importes variables, se debe promediar su importe para cuantificar su inclusión en las vacaciones.

En la sentencia ahora analizada, el TS reitera lo que viene exponiendo en ocasiones precedentes: Si un complemento se percibe por actividad que se realiza de modo habitual, constituye una retribución ordinaria y, en consecuencia, ha de incluirse en el cálculo de la retribución de las vacaciones.

Únicamente si estamos ante complemento devengado por actividad que se realiza de manera puntual, se califica como retribución extraordinaria y no ha de tomarse en cuenta para fijar el importe de la retribución de las vacaciones.



3. DESPIDO NULO POR FALSEAMIENTO DEL SISTEMA DE FICHAJE.

El TSJ de Murcia, mediante sentencia 458/2019, de 30 de abril de 2019, estimó el recurso de suplicación presentado por la empleada, revocando la sentencia Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, confirmando la nulidad del despido, condena a la empresa al pago de los salarios de tramitación y le impone una indemnización de daños y perjuicios.

En septiembre de 2016 la demandante presentó en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Murcia una denuncia contra su empresa en la que, entre otros hechos, exponía lo siguiente:

- Que todos los trabajadores realizamos jornadas de trabajo sin disfrutar del día de descanso entre semana, que según convenio pertenece, tan solo disponemos del domingo como día único de descanso.
- Que somos obligados a firmar cuadrantes de trabajo falsos, donde sí disponemos de ese día, aunque luego no lo disfrutamos ni es abonado, por miedo a posibles represalias por parte de la empresa.
- La empresa dispone de máquina de fichar para controlar los horarios de entrada y salida de los trabajadores, la cual es manipulada desde la oficina por la administrativa en el ordenador, por si llegara alguna inspección, dicho por ella misma.
- Al no disfrutar el día libre entre semana, cuando llegan campañas como puede ser la de Navidad, los trabajadores nos vemos obligados a trabajar de forma continuada prácticamente todo el mes de diciembre excluyendo tan solo los días 6 y 25 de dicho

Fecha: 02/10/19	DEPARTAMENTO: RRHH	REALIZADO POR: MARTA COTERA	REVISADO POR: MAITE IRIZABAL	Página: 3/6
--------------------	-----------------------	--------------------------------	---------------------------------	----------------

Cód. Documento: 10-RRHH-19	Título Documento:	
	<p style="text-align: center;">INFORME LABORAL Octubre 2019</p>	

mes.

- También somos obligados a doblar nuestra jornada de trabajo diaria algunos días, teniendo que ir todo el día a trabajar, desde la apertura a las 10:00 am hasta el cierre 10:00 pm, con contratos al 75% la mayoría de los empleados, y tampoco nos las pagan.
- Si la empresa recibe inspección, esconderá (en almacén, aseos o establecimientos del centro comercial) a los trabajadores que ese día supuestamente estén descansando, o alegará que ese trabajador realizó un cambio de horario con algún otro compañero, el cual estará escondido por orden de la empresa.
- Algunos trabajadores, sobre todo reponedores, realizan jornadas de trabajo superiores a 8 horas diarias, para ser exactos 10 y 11 horas de trabajo todos los días, sin día libre entre semana, solo descansan domingo, eso si no se trabaja el domingo a puerta cerrada.

La Inspección de Trabajo inició actuaciones en relación con la empresa demandada y giró dos visitas al centro de trabajo, una el 13/10/2016 y otra el 24/11/2016, en las que el funcionario actuante revisó los registros de jornada y los cuadrantes de turnos de los trabajadores. Los días 21/10/2016 y 16/2/2017 un representante de la empresa compareció ante la Inspección de Trabajo para presentar la documentación solicitada por el funcionario actuante.

La empresa despidió disciplinariamente a la trabajadora demandante mediante carta de 27/2/2017 alegando pérdida de confianza.



La sentencia de fecha 19 de enero del 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, estimó en parte la demanda interpuesta por la empleada en la que solicitaba la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, condenando a la empresa demandada a la inmediata readmisión de la trabajadora demandante con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta el momento de su readmisión.

La empresa demandada, disconforme con esta sentencia, presentó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Murcia.

Esta Sala coincide íntegramente con el criterio de la sentencia recurrida, cuyos argumentos se fundamentan en la doctrina del Tribunal Constitucional que acertadamente se invoca (sentencia 138/2006, de 8 de mayo y nº 55/2004) en cuanto a que la garantía de indemnidad opera no solo en relación a la interposición de demanda o reclamación ante la jurisdicción, sino también en relaciona otros actos preparatorios, no exigidos por el ordenamiento. A ello se ha de añadir que la sala IV del TS estima con tal carácter de acto preparatorio de la reclamación jurisdiccional las denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo.

En el presente caso se han acreditado indicios suficientes de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, por lo que corresponde a la empresa demandada acreditar que el despido obedece a causa diferente y tal prueba no se ha acreditado, máxime si en la carta de despido no se concreta incumplimiento contractual alguno, no se indica el precepto que sustenta la extinción, ya que solo se alude a pérdida de confianza por las discrepancias sobre la forma de desarrollar el trabajo, lo que está íntimamente relacionado con la duración de la jornada de trabajo denunciada por la

Fecha: 02/10/19	DEPARTAMENTO: RRHH	REALIZADO POR: MARTA COTERA	REVISADO POR: MAITE IRIZABAL	Página: 4/6
--------------------	-----------------------	--------------------------------	---------------------------------	----------------

Cód. Documento: 10-RRHH-19	Título Documento:	
	INFORME LABORAL Octubre 2019	

trabajadora y constatada por la Inspección.

Por todo ello, ratifica la declaración de la nulidad del despido e impone además a la empresa el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales (6.251 euros). En este sentido, da la razón a la trabajadora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que desestimó el pago de la indemnización por daños y perjuicios.

Sobre este último aspecto, el TSJ deja muy claro que la conducta de la empresa se encuentra tipificada en el artículo 8.12 del RDL 5/2000, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción muy grave, por tratarse de “decisión del empresario como reacción a una reclamación efectuada a la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento de principio de igualdad de trato y no discriminación” y el artículo 40 para las infracciones muy graves contemplan multas que oscilan entre los 6.251€ a 25.000€, para su grado mínimo.

Prosigue la sentencia, indicando que teniendo en cuenta no solo el daño moral, sino también el perjuicio material infligido, y dada la limitada antigüedad de la trabajadora, esta Sala estima que la indemnización adecuada y razonable es la de 6.251€.

4. REGISTRO SALARIAL OBLIGATORIO.

Tal y como comentamos en nuestro Boletín del pasado mes de abril, las medidas aprobadas por el Gobierno mediante el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación modificaron el artículo 28 del ET, desde el 8 de marzo de 2019, estableciendo la obligación para todas las empresas de llevar a cabo un registro salarial de los salarios medios de la plantilla para así poder detectar las posibles desigualdades salariales existentes.




Esta obligación es para todas las empresas, independiente que del número de trabajadores que tenga en su plantilla o si en su plantilla solo hay hombres o mujeres. Las únicas exclusiones son las relaciones laborales de carácter especial, a las que ni de manera supletoria, se les aplica la regulación del ET, como es la relación laboral de carácter especial de alta dirección al estar fuera de la regulación del ET.

Recordemos que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Se trata de un registro cuantitativo, no nominativo, que debe recoger los valores medios de salarios, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

El contenido del registro salarial debe incluir, de manera individualizada, los siguientes

Fecha: 02/10/19	DEPARTAMENTO: RRHH	REALIZADO POR: MARTA COTERA	REVISADO POR: MAITE IRIZABAL	Página: 5/6
--------------------	-----------------------	--------------------------------	---------------------------------	----------------

Cód. Documento: 10-RRHH-19	Título Documento:	
 	<p>INFORME LABORAL</p> <p>Octubre 2019</p>	

valores:

- Valor medio de salario, tanto sea dinerario como en especie.
- Valor medio de los complementos salariales.
- Valor medio de las percepciones extrasalariales.

Estos tres valores hay que desagregarlos por sexo para conocer el valor medio entre géneros, pero no a nivel total de la empresa, sino hay que dividirlo por grupo o categoría o trabajo de igual valor.

Para las empresas de 50 o más trabajadores, además se le exige una comparación entre la suma total de todo lo que cobran los hombres dividido por los hombres que tiene en plantilla y la suma total de todo lo que cobran las mujeres dividido por el número de mujeres que hay. No hay que hacerlo por categoría, ni desagregado por jornada, ni por hora trabajada, sino que es el salario promedio total. Este promedio dará un porcentaje, si es un 25% o más a favor o en contra de uno u otro sexo, la empresa debe justificar en el documento de registro salarial el porqué de esta diferencia en la retribución de uno u otro género.

Es importante destacar que el RDL 6/2019, también modificó el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social estableciendo que el incumplimiento de las medidas de igualdad recogidas en la propia Ley Orgánica 3/2007, en el Estatuto de los Trabajadores o en el convenio colectivo aplicable, supondrá la comisión de una infracción grave que puede implicar una sanción por un importe de 626 a 6.250 euros.



GLEZCO ASESORES Y CONSULTORES

Fecha: 02/10/19	DEPARTAMENTO: RRHH	REALIZADO POR: MARTA COTERA	REVISADO POR: MAITE IRIZABAL	Página: 6/6
--------------------	-----------------------	--------------------------------	---------------------------------	----------------