

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 28 de febrero de 2019)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

La doble escala salarial para el personal de nuevo ingreso no supone una discriminación indirecta por razón de la edad

Igualdad de trato en materia laboral. Discriminación indirecta por motivos de edad. Doble escala salarial. Trabajos comparables. Personal docente recién incorporado. Legislación nacional según la cual a partir de una determinada fecha, al incorporar nuevo personal docente, aplica una escala salarial y una clasificación en escalones inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores, a los profesores incorporados antes de dicha fecha.

A efectos de la aplicación de las reglas relativas a la escala salarial y a la clasificación en escalón es la condición de funcionario de nueva incorporación a partir de una determinada fecha la que determina la diferenciación, y ello independientemente de la edad del funcionario en el momento de su incorporación. Ese criterio, que hace depender la aplicación de las nuevas reglas únicamente de la fecha de incorporación como elemento objetivo y neutro, es manifiestamente ajeno a la edad de las personas contratadas. El artículo 2.2 b), de la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que una medida que a partir de una determinada fecha prevé, al incorporar nuevo personal docente, la aplicación de una escala salarial y una clasificación en escalón inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores a dicha medida, a los profesores que se incorporaron antes de esa fecha, no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad en el sentido de la referida disposición.

(STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-154/18)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

El Supremo confirma que el contenido de la nómina debe ser de fácil comprobación para el trabajador

Recibo de salarios. Claridad y transparencia. Empresa que a la hora de reflejar en las nóminas la percepción de los complementos de IT, no refiere ni los días en los que tal complemento se ha devengado ni el porcentaje aplicado para su cálculo, refiriendo únicamente el montante total devengado.

Los trabajadores tienen derecho a que la empresa entregue las nóminas con la debida claridad y separación cuando esta abona las mejoras pactadas en el convenio colectivo y cuando aquellos, en un mismo mes, han desempeñado

.../...

.../...

jornadas con distinta extensión semanal. No se puede obligar a los empleados a controlar el número de días de trabajo y de horas trabajadas, así como a realizar cálculos matemáticos más o menos complejos para comprobar que la empresa paga lo correcto. Ello se opone al principio de transparencia con el que debe actuarse en la relación laboral y que debe inspirar la redacción del contrato y de los demás documentos que del mismo se derivan. El contenido de la nómina debe ser transparente, esto es, de fácil comprobación de los conceptos pagados y del cálculo e importe de cada uno de ellos realizando el mínimo número de operaciones matemáticas y sin necesidad de acudir al registro de datos que, aunque el trabajador conozca, no le sean comunicados por la empresa. Hay que resaltar que no se trata de llevar un registro de datos de la jornada trabajada que se facilite a los sindicatos y a la inspección, sino de facilitar al interesado los datos propios conforme a los que se ha calculado el importe de su retribución, para que los pueda comprobar, cuestión completamente distinta, porque esta hace referencia a la claridad que debe existir a la hora de fijar la retribución del trabajador con base a datos que solo serán conocidos por las dos partes del contrato.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de enero de 2019, rec. núm. 200/2017)

Despido improcedente de trabajadores repatriados. La prima de expatriación debe computarse en el cálculo de la indemnización

Trabajadores expatriados. Despido improcedente. Cálculo de la indemnización. Inclusión del plus de desplazamiento en el extranjero (prima que comprende conceptos varios como el alquiler de vivienda, gastos asociados, mobiliario y dietas).

Teniendo en cuenta la presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador del empresario por la prestación de servicios le es debido en concepto de salario, con independencia de su denominación formal, de su composición, de su procedimiento y periodo de cálculo, o de la cualidad del tiempo a que se refiera, y que no se ha aportado, en el caso, dato alguno que desvirtúe dicha presunción (máxime cuando en el caso hubo una previsión de traslado de larga duración y no un simple desplazamiento), procede computar el mencionado plus en el cálculo de la indemnización por despido, aunque no en su totalidad, por cuanto que en la fecha de cese, ya reincorporado el trabajador a su centro de trabajo en España, no lo percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió.

(STS, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2019, rec. núm. 1091/2017)

Enfermedad profesional por exposición al amianto. El tabaquismo del trabajador no reduce la indemnización a cargo de la empresa por falta de medidas preventivas

Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional (cáncer de pulmón con origen en una exposición al amianto dilatada en el tiempo). Uralita, SA. Indemnización a cargo de la empresa por falta de medidas de seguridad.

No procede la reducción (50 %) de la suma reconocida alegando el hábito tabáquico del trabajador (30 cigarrillos al día). Lo determinante y excluyente en este caso es que se trata de una contingencia profesional constatada que, por sí sola, posee la suficiente entidad para generar la incapacidad laboral del trabajador e incluso su muerte, a partir de lo cual resulta irrelevante que fuera, asimismo, fumador. Queda acreditado, además, que la empresa incumplió, siquiera sea en mayor o menor parte, el deber de adoptar las medidas pertinentes al respecto y no prestó la obligada asistencia a la salud de su trabajador, por lo que su responsabilidad y consecuente deuda indemnizatoria, no es modulable.

.../...

.../...

Tal responsabilidad no puede ser objeto de reparto entre dos sujetos presuntamente obligados a asumirla (empresa y el propio trabajador) cuando la causa de la contingencia es calificada de profesional, de tal modo que ha de entenderse en este caso que la exposición continuada durante mucho tiempo al amianto resulta determinante, y en todo caso suficiente, para generar el siniestro, de manera que incluso la propia imprudencia del trabajador de la concreta clase mencionada, carecería de trascendencia a los efectos pretendidos, al ser ya inoperante, dada la magnitud de aquella causa profesional, que exigiría, cuanto menos, para la teórica concurrencia de otra, un nivel semejante y que no dejase reserva alguna sobre su concreta influencia en el caso y su proceso morboso.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2018, rec. núm. 1543/2017)

Las mutuas no pueden recuperar la parte no consumida del capital coste de una IPT calificada derivada de accidente de trabajo cuando esta evoluciona a una IPA derivada de enfermedad común

Incapacidad permanente total calificada (IPT) derivada de accidente de trabajo que evoluciona a incapacidad permanente absoluta (IPA) derivada de contingencia común. Derecho de la mutua colaboradora con la Seguridad Social a recuperar la parte no consumida del capital coste.

Señala el artículo 71 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social que los capitales coste de las pensiones no serán objeto de reversión o rescate (total o parcial) a menos que, como consecuencia de sentencia firme, se anule o reduzca la responsabilidad de la mutua, o se produzca una revisión por mejoría del estado invalidante profesional. En el caso examinado, lo que hay es una revisión de grado debida a una agravación del cuadro patológico que afecta al trabajador. Que se le reconozca mediante resolución judicial no significa que estemos ante la primera hipótesis antes señalada, que debe entenderse referida a que una sentencia firme revisa los términos en que se declaró la responsabilidad de la mutua pero sin alteración atinente al estado psicofísico de quien viene percibiendo la pensión. El complemento del 20 % en casos como el presente desaparece, al tiempo que lo hace la IPT a la que complementa, pero la causa de ello está en el empeoramiento del estado invalidante; la resolución (administrativa o judicial) que lo califica se limita a reconocer esa realidad. Esta interpretación se confirma a la vista de la segunda hipótesis mencionada («revisiones por mejoría del estado invalidante») que alude a la causa de la decisión revisora (la mejoría) y no a su cauce, mientras la primera no se refiere a cambio alguno en el estado del pensionista. Es verdad que la responsabilidad de la mutua sería menor (55 %) si la persona que se encuentra en IPT por contingencia profesional y accede a IPA por contingencia absoluta no hubiera accedido a la percepción del 20 % examinado; también es cierto que, con arreglo a la doctrina de la Sala, ese complemento desaparece cuando se revisa el estado invalidante de quien lo percibe. Pero el tenor de las normas que disciplinan el reintegro parcial de capitales coste no contempla la posibilidad de que se produzca en casos como el ahora resuelto.

(STS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2018, rec. núm. 1647/2017)

Trabajadores fijos discontinuos. Reclamación de horas garantizadas en convenio que no llegan a realizarse en su totalidad durante la temporada. Debe seguirse el procedimiento de reclamación de cantidad y no el de despido

Ocio y Parques Temáticos de Benidorm, SLU. Adecuación/inadecuación de procedimiento. Trabajadores fijos discontinuos. Reclamación a la empresa del pago de las horas que, a criterio de los demandantes, se

.../...

.../...

encuentran garantizadas en el convenio colectivo y que no han llegado a realizarse en su totalidad durante la temporada correspondiente a una determinada anualidad.

El procedimiento ordinario de reclamación de cantidad es adecuado para el ejercicio de la acción en litigio, sin que debieren los trabajadores acudir al proceso de despido, ya que no se discute la falta de llamamiento o la alteración del orden previsto en el convenio, sino que lo reclamado es el abono a precio de salario de la diferencia entre las horas de trabajo efectivamente realizadas en la temporada del año 2010 y las que debieron de haberse trabajado conforme al mínimo de 1.200 horas garantizadas por el convenio colectivo.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de enero de 2019, rec. núm. 3984/2016)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

Repartidores de pizza. Son nulos los sistemas implantados unilateralmente por la empresa que permiten la geolocalización del trabajador a través del *smartphone* aportado por este

Telepizza. Implantación unilateral por la empresa del denominado Proyecto Tracker, en virtud del cual los repartidores son geolocalizados cuando realicen tareas de reparto mediante una app descargada en su teléfono móvil personal –que deben aportar a la actividad empresarial–, de manera que los clientes tengan conocimiento, en todo momento, del lugar en el que se encuentra su pedido.

El mencionado proyecto vulnera el derecho a la privacidad de los trabajadores, por cuanto si bien la medida implantada obedece a un fin constitucionalmente legítimo como es el control del empleado en el desempeño de su puesto de trabajo y la oferta de un mejor servicio al cliente, no supera el necesario juicio de proporcionalidad, ya que el mismo resultado se podría haber obtenido con una menor injerencia en los derechos fundamentales mediante la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o a través de pulseras con tales dispositivos, sin que el repartidor tuviera la necesidad de aportar medios propios y, lo que es más importante, datos de carácter personal, como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema. Además, teniendo en cuenta que los datos de localización de una persona también son datos de carácter personal, la empresa no informó a los trabajadores del tratamiento que iba a hacer de los mismos, tal y como impone el artículo 5.1 de la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos de 1999 y los actuales 12 y 13 del Reglamento 2016/679 y 11 de la Ley orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. De igual forma, tampoco proporcionó al Comité intercentros información previa apropiada y suficiente que explicara el concreto funcionamiento de la aplicación, esto es, cómo se iba a instalar en el teléfono móvil, a qué datos del terminal la misma debería acceder, qué concretos datos propios habría de aportar el trabajador para acceder a la aplicación, qué datos, en su caso, habría de archivar la misma y cómo iban a ser tratados los mismos. La medida implantada debe declararse nula, no solo por lo expuesto, sino también por vulnerar la legalidad ordinaria, ya que la exigencia de la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos efectuados supone un manifiesto abuso de derecho empresarial, ya que además de quebrar con la necesaria ajenidad en los medios que caracteriza el contrato de trabajo, se responsabiliza al repartidor de cualquier impedimento en la activación del sistema de geolocalización bajo sanción de suspensión del contrato de trabajo con la consiguiente pérdida del salario ex art. 45.2 del ET, lo que implica, de hecho, la adopción de un régimen de infracciones y sanciones, vía contrato individual, obviando el artículo 58.1 del ET que encomienda tal misión a la negociación colectiva.

(SAN, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2019, núm.13/2019)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Autobuses de línea. No se pueden utilizar las cámaras de seguridad para constatar que, de forma reiterada, se comete un ilícito laboral si previamente no se ha informado al trabajador

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Conductor de autobús que es cesado tras comprobar la empresa, a través de las 3 cámaras de seguridad instaladas en el vehículo, que de forma reiterada (en un periodo de casi 2 meses), cometió diversas irregularidades en el cobro a los viajeros, llevando a cabo, además, durante el periodo de descanso en cabecera de línea, conductas indecorosas, como fumar, orinar o tener relaciones sexuales con una pasajera. Ilícitud de la prueba videográfica. Despido nulo por violación de derechos fundamentales.

En el supuesto objeto de controversia, la acreditación de los hechos imputados se consiguió a partir del tratamiento conjunto de las imágenes, el registro de la hora en que se tomaron y la puesta en relación de los datos que proporcionaban, obviándose, por completo, el derecho del trabajador a ser informado, complemento indispensable del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el artículo 18.4 de la CE. Como señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia 29/2013, la información previa a los trabajadores afectados por ese control debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iban a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. Por ello, aún cuando la instalación de las 3 cámaras era conocida por los trabajadores y estaban instaladas las pegatinas que hacían saber que en los autobuses se estaba en espacios videovigilados, al no existir la información antes señalada, concurre la denunciada infracción del derecho fundamental a la intimidad, ya que no existe incumplimiento del deber de informar por parte del empresario, por lo que las imágenes así obtenidas son pruebas que se han logrado, directa o indirectamente, mediante procedimientos que suponen la violación de derechos fundamentales o libertades públicas, es decir, han sido ilícitamente obtenidas. No existe, por lo expuesto, proporcionalidad de la medida adoptada por el empresario con el objetivo legítimo de proteger sus derechos propietarios, ya que la vigilancia se prolongó durante un largo periodo de tiempo y no cumplió con su obligación de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia de un sistema de recogida de datos de carácter personal. Procede la declaración de nulidad del despido efectuado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2018, rec. núm. 993/2018)

Una empresa extranjera no puede iniciar su actividad en España acudiendo únicamente a la contratación temporal a través de una ETT

Adecco TT, SA, Empresa de Trabajo Temporal. Fraude de ley en la contratación. Aeropuerto de Barcelona. Inicio de actividad en España por Norwegian Air Shuttle (sin personal fijo y en alta) acudiendo exclusivamente a la contratación temporal como empresa usuaria a través de una ETT.

Los contratos de puesta a disposición (CPD) suscritos por la ETT por acumulación de tareas con la empresa usuaria lo fueron en fraude de ley, ya que tales contratos exigen que como consecuencia de un imprevisto incremento de actividad, la plantilla de la empresa sea insuficiente para hacer frente a la misma, lo que no ocurre en el presente caso en el que la empresa usuaria no disponía de plantilla alguna en el aeropuerto de Barcelona, por lo que para realizar su actividad precisaba de una plantilla fija y permanente. Si la empresa usuaria es una empresa transnacional, con sede en Noruega, donde cuenta con personal propio, las necesidades coyunturales que hayan podido surgir las debió cubrir con trabajadores de dicho país, pero desde el momento en que inicia una nueva actividad en España, para lo que va a necesitar

.../...

.../...

trabajadores en territorio español, tal actividad debe ser cubierta con trabajadores fijos o indefinidos. Resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en los términos que legalmente se establezcan, esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del artículo 43 del ET. Esto significa que el CPD no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la ETT. En este contexto, procede imponer a la ETT, al amparo de los artículos 18.2 c) y 40.1 b) del TRLISOS, una sanción de 3.125 euros por la comisión de una falta grave en grado medio, al haber formalizado contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2018, rec. núm. 4877/2018)

JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

Para el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, la relación que une a Glovo con sus *riders* es de naturaleza laboral

Nuevas formas de trabajo asociadas a las TIC. GLOVOAPP 23, S.L. Existencia de relación laboral. Cese de trabajador (*riders*) por su participación e incitación a la huelga con insultos y amenazas a otros compañeros.

Se dan en el caso indicios de los que puede inferirse la existencia de notas que califican el vínculo como laboral, aunque este nuevo modo de trabajar no encaje plenamente en el marco normativo que actualmente proporciona nuestro ordenamiento. Así, el repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato, limitándose a asentir las condiciones impuestas de contrario, quedando patente, de inicio, la posición de desigualdad entre las partes. El límite de 40 minutos para realizar un encargo, la prohibición de uso de distintivos corporativos propios, el deber de comunicarse con la empresa por correo electrónico o la existencia de un total de 13 causas justificadas de resolución del contrato por parte de la empresa relacionadas con incumplimientos contractuales del repartidor, son rasgos demostrativos de sumisión de este a las instrucciones de la empleadora. La inviabilidad para el repartidor de que, con sus propios medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la otra nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad. El trabajo del repartidor carece de todo sentido si no se integra en la actividad empresarial de Glovo, integración que tiene lugar desde el momento en que cada microtarea se encomienda y acepta. Desde entonces la compañía la asume como propia y responde de ella frente a proveedores y clientes. Además, es Glovo quien factura por su actividad de transporte de mercancías a proveedores y clientes, integrando en el coste del servicio el precio que por la tarea luego abonará al repartidor. La ajenidad en los frutos es evidente porque la empleadora hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a Glovo los riesgos del trabajo prestado. Y también aparece la ajenidad en el mercado, por cuanto la empresa demandada se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final. Llegados a este punto, el despido del trabajador por haber colgado un mensaje de voz en una cuenta de *whatsapp* en el que reconocía haber participado en diversos paros debe reputarse nulo, ya que la lectura de dicho mensaje solo evidencia una opinión que no puede interpretarse como una medida de incitación a secundar la huelga ni de coacción a otros repartidores, entrando sus palabras dentro del ejercicio de la libertad de expresión. No hay que olvidar que la mera participación en una huelga, incluso ilícita, no justifica el despido, por lo que la reacción empresarial atenta contra el ejercicio de ese derecho fundamental.

(SJS n.º 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019, núm. 53/2019)

Y para el Juzgado de lo Social n.º 17 de Madrid, la relación que une a Glovo con sus *riders* es la de TRADE

Despido. Nuevas formas de trabajo asociadas a las TIC. GLOVOAPP 23, SL. Consideración como trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). Accidente sufrido por el trabajador (*riders*) que le impide continuar desempeñando su labor y que es debidamente comunicado a la empresa. Desistimiento de la empresa cliente cumpliendo el preaviso de 24 horas y sin alegar causa justificada.

Concurren en el trabajador las circunstancias exigidas para ser considerado TRADE, habiéndose acreditado que prestaba servicios en el horario que él previamente determinaba, los días que él fijaba, con su propio vehículo o medio de transporte elegido por él, con su criterio organizativo propio y eligiendo el itinerario; que el riesgo y ventura del transporte lo asumía él; que no estaba sometido al poder disciplinario ni organizativo de la empresa, que era libre de aceptar o no un pedido, y que una vez aceptado, podía rechazarlo; que podía cogerse 18 días hábiles anuales sin derecho a contraprestación; que no estaba sujeto a ningún régimen de exclusividad, y, por último, que el importe de la factura dependía de los pedidos efectivamente realizados (tipo de pedido, distancia kilométrica y tiempo de espera). No procede indemnización alguna, no habiéndose acreditado daños y perjuicios por parte del trabajador.

(SJS n.º 17 de Madrid, de 11 de enero de 2019, núm. 12/2019)