



ANTRÀS  
ABOGADOS ASOCIADOS

*Desde 1940*

---



SEPTIEMBRE 2019

**NEWSLETTER**

# INFORMACIONES LABORALES

Septiembre 2019



## El cambio de convenio aplicable.

La determinación del convenio sectorial aplicable en una determinada empresa, cuando esta carece de convenio propio, constituye una decisión de suma trascendencia para la misma por cuanto de ello va a depender la norma que va a regir sus relaciones laborales en un futuro.

La determinación del convenio aplicable es una competencia empresarial. Esto no supone que disponga de una libertad absoluta para seleccionar el convenio colectivo más adecuado a sus intereses. La selección del convenio se tiene que realizar a partir de los criterios que legalmente y jurisprudencialmente se han ido elaborando (véase al respecto el [Newsletter de agosto de 2015](#)). Pero ¿qué ocurre cuando, seleccionado y aplicado un convenio, la empresa considera conveniente o necesario el cambio de convenio aplicable? El punto de partida viene condicionado por el valor normativo del convenio colectivo. El convenio estatutario, esto es aquel, que ha sido negociado conforme lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y publicado en el Boletín Oficial correspondiente, constituye una auténtica norma que no es disponible para sus destinatarios. Tal y como establece el art. 82 del ET, «los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia», de ahí que, como regla general, ni la empresa, ni los trabajadores puedan imponer unilateralmente un cambio en el convenio aplicable. No obstante, estamos ante una regla general que admite diversas excepciones:

1) La extinción de la ultraactividad determina,

conforme el art. 86.3 del TRLET y salvo pacto en contrario, que se aplique el convenio colectivo de ámbito superior si lo hubiere. Un cambio, por ejemplo, de convenio sectorial provincial al estatal que la empresa decidiría unilateralmente por cuanto derivaría de un mandato legal.

2) En los supuestos de sucesión de empresa, el mantenimiento del convenio aplicable a los trabajadores transferidos concluirá si a) se produce un pacto en contrario con los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión; b) hasta la fecha de expiración de aquel convenio o c) hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida

3) Por su parte, la jurisprudencia ha admitido que las empresas puedan cambiar unilateralmente el convenio aplicable si existió error en la selección de este y, también, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen acudir al procedimiento del art. 41 del ET. Ha de reseñarse, no obstante que las sentencias evidencian una posición muy restrictiva a admitir este tipo de cambios, incluso cuando se hace con el acuerdo de los trabajadores (un ejemplo de ello en la reciente sentencia de la Audiencia Nacional 98/2019 de 30 de julio). Por ello, es conveniente, en este tipo de escenarios, actuar con suma cautela y justificar muy adecuadamente la necesidad del cambio de convenio aplicable (por ejemplo, aparición de una nueva norma convencional con la que la actividad principal y real de la empresa guarda una mayor conexión; cambios en la actividad principal de la empresa...).



---

## Permisos, retribución y discriminación por razón de género.

---

El ejercicio de los permisos y suspensiones puede incidir en la dimensión retributiva en un doble sentido. En primer lugar, cuando nos encontramos ante un permiso retribuido, se debe determinar la cuantía de esa retribución, estableciendo, por ejemplo, si durante su disfrute se van a percibir determinados complementos salariales vinculados al efectivo desempeño del puesto de trabajo. En segundo lugar, el disfrute del permiso puede incidir en el devengo de determinados complementos salariales cuando éstos se vinculan en su configuración a la efectiva prestación de servicios. Con relación a ambas cuestiones se han dictado recientemente dos sentencias que ponen de manifiesto la incidencia que tiene el principio de no discriminación por razón de género y la protección de la conciliación de la vida laboral y familiar en el binomio permisos-retribución.

En la primera de las sentencias, STS de 16 de julio de 2019, el Tribunal Supremo, siguiendo doctrina consolidada, declara contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas, a los efectos del devengo de un complemento salarial, las ausencias al servicio por causa de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento y ello aunque, el titular de alguno de esos derechos lo pueda ser el trabajador varón. De esta forma, para el Tribunal Supremo el disfrute por las personas trabajadoras de los derechos parentales, vinculados a la conciliación, no puede originarles ningún tipo de perjuicio económico. Así, además de declarar ilegal la

práctica declara el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de ello hubieran podido derivarse.

En la segunda de las sentencias, de 24 de mayo de 2019, la Audiencia Nacional, en un supuesto en el que algunas empresas del sector de telemarketing no abonaban los pluses de idiomas y nocturnidad y los complementos por festivos y domingos a los trabajadores y trabajadoras que disfrutaban de alguno de los permisos retribuidos reconocidos en el art. 28 del convenio sectorial, tras declarar que el convenio atribuía un derecho subjetivo pleno al permiso retribuido, por cuanto no excluía ningún concepto retributivo, añade, con carácter general, que “no resulta legítimo penalizar ni directa ni indirectamente el ejercicio por parte de los trabajadores de derechos que se encuentren vinculados a las situaciones de embarazo, parto o lactancia (art. 8 de la Ley Orgánica de Igualdad), o al cumplimiento de deberes parentales o al ejercicio de derechos de conciliación de la vida profesional con la personal y laboral”.

Las dos sentencias ponen en evidencia la necesidad de chequear si las políticas retributivas implantadas en la empresa se ajustan al principio de no discriminación por razón de género. Una “profilaxis” que deviene ahora más necesaria que nunca si se tiene en cuenta que las nuevas obligaciones de registro salarial establecidas en el art. 28.2 y 3 del ET pueden hacer aflorar con mayor intensidad las diferencias salariales existentes en la empresa.



### **Sanción a una empresa por despedir a un trabajador utilizando la videograbación efectuada por empleado.**

*La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha sancionado con una multa de 12.000 euros a una empresa por utilizar las imágenes grabadas por un trabajador para sancionar a otro de sus empleados. El trabajador, que, conforme a sus declaraciones, estaba harto de que su compañero dedicara su tiempo de trabajo a asuntos personales ajenos a sus cometidos laborales (reparar su moto, hablar por teléfono, etc.), decidió grabar con su móvil esos comportamientos y entregarlos a la empresa que sanciono con 45 días de suspensión de empleo y sueldo, al otro empleado.*

*La AEPD considera que las exigencias en materia de protección de datos relativas al uso de dispositivos de videovigilancia en el ámbito laboral no solo se aplican a las cámaras de seguridad que instale la propia empresa, sino también a cualquier grabación que pueda realizarse en el trabajo y que después sea utilizada para el control de los empleados.*

*La AEPD destaca que, de acuerdo con el Reglamento General de Protección de Datos, al emplear la grabación de móvil, el empresario efectuó un tratamiento de datos con “efectos jurídicos en el seno de un control laboral”, sin haber informado al trabajador sancionado ni de la recogida de sus datos ni de los derechos asociados a tal circunstancia. Y ello, concluye el organismo, vulneró el artículo 5.1 del RGPD, que establece que los datos serán tratados “de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado”.*

*La AEPD recuerda que en la jurisdicción social se admite el uso de cámaras de seguridad en el trabajo para controlar la actividad de los trabajadores siempre que exista proporcionalidad y se garanticen los derechos de los empleados, “comenzando con una información expresa, clara y detallada del uso, fines del sistema y ejercicio de derechos” de la plantilla. A pesar de que no aplica el artículo 89 de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos, que regula el uso de sistemas de videovigilancia por parte de los empleadores por cuanto la grabación no fue realizada por la empresa, exige unos requisitos similares a los contenidos en aquel precepto (información previa y de forma expresa, clara y concisa a los empleados acerca de la instalación de las cámaras, así como de la finalidad de las imágenes que puedan captarse a través de estas).*

*Aunque se trata de una sanción que puede ser objeto de recurso ante los Tribunales, ha de servirnos para ser cautelosos con la utilización con fines laborales de las grabaciones realizadas por terceros.*