



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



NOVIEMBRE 2019

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Noviembre 2019



El retorno de la jubilación forzosa.

Que el mundo del Derecho del trabajo es enormemente cambiante es una realidad incontestable, pero seguramente, los vaivenes que ha sufrido la figura de la jubilación forzosa no tienen parangón. El Guadiana de las instituciones laborales volvió a aparecer, en diciembre del 2018, tras su supresión en 2012, cuando la disp. final primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, supuso la que por ahora es la última modificación de la Disp. Adic. 10 del Estatuto de los Trabajadores para establecer que

«Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo».

Abandonamos la lógica prohibitiva, justificada por la necesidad de prolongar la vida laboral, favoreciendo el envejecimiento activo y aliviando la

factura en pensiones de la Seguridad Social, para pasar a un planteamiento permisivo fundado en la lucha contra el desempleo juvenil y la conveniencia de promover el relevo generacional.

En los 11 meses que han transcurrido desde el cambio legal más de una quincena de grandes convenios colectivos sectoriales que suman cerca de cuatro millones de trabajadores –como los de la construcción, el metal o la seguridad– y de empresa –como Orange, Telefónica o Iberdrola– ya recogen estas cláusulas para jubilar obligatoriamente a sus trabajadores. Ha de destacarse que la regulación convencional tiene un importante margen de actuación por cuanto, como mínimo, le corresponde determinar la dinámica de funcionamiento de la extinción, así como los objetivos «coherentes» de política de empleo que sirven para justificar esta limitación convencional del derecho al trabajo.

Así, en relación con la primera cuestión, hay convenios que establecen la extinción como una facultad empresarial, mientras que otros la establecen como una obligación empresarial, salvo acuerdo con el trabajador.

Respecto al tipo de medidas que sirven para justificar la adopción de la jubilación forzosa, los convenios imponen la sustitución de los trabajadores jubilados por otros, por lo general con contrato indefinido, a través de la conversión en fijos de temporales que ya están en la empresa; la ampliación de jornada de empleados a tiempo parcial o la contratación de nuevos trabajadores «para el mismo o distinto puesto de trabajo que



ocupaba el trabajador cuyo contrato se extinga». En algunos supuestos, los convenios garantizan la creación de empleo neto al estipular la contratación, dentro de los seis meses siguientes al retiro, de dos personas (en algún caso imponiendo que una de ellas sea fija) o, alternatively, una contratación y una conversión de un empleado temporal de la empresa en fijo. Algún otro convenio, de dudosa legalidad, se limita a acordar un genérico «compromiso de las partes de no alterar el objeto que se persigue con la redacción del artículo de rejuvenecer plantillas, sin alterar la pensión futura de los trabajadores y trabajadoras».

En otros casos, además de los requisitos legalmente establecidos, el convenio añade otras exigencias al empleador para que pueda jubilar de forma obligatoria a sus trabajadores. Concretamente, requiere que la empresa no haya presentado un expediente de regulación de empleo (ERE) de

extinción, ni haber efectuado despidos nulos; o acota que la contratación para sustituir al jubilado se debe hacer en los tres meses anteriores o posteriores a la jubilación forzosa.

En algún caso, centros de educación infantil y empresas de seguridad, el convenio especifica expresamente que la no amortización de los puestos de los jubilados y los compromisos de creación de empleo «no son de aplicación en caso de jubilación voluntaria».

Ha de reseñarse asimismo que en algún convenio se opta, en un sentido menos radical, por incentivar la jubilación en una determinada edad sin hacerla obligatoria, por ejemplo, acordando unas gratificaciones extraordinarias o condicionando el derecho al complemento de pensión a la jubilación a que el trabajador se jubile «al llegar a la edad ordinaria o anticipada».

Registro salarial. Perfiles de una obligación vigente.

El RDL6/2019 introdujo, en el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, un apartado segundo que estableció, por primera vez, la obligatoriedad de que toda empresa realizase un «registro salarial». Se trata de una obligación que está vigente desde el 8 de marzo y que incumbe a todas las empresas con independencia de su tamaño. La norma establece que:

«2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa».

Destaquemos cuáles son sus aspectos más relevantes:

Alcance subjetivo universal. Tal y como acabamos de indicar, se trata de una obligación general por cuanto se impone a todas las empresas, con independencia de su tamaño. Una aplicación universal que puede resultar criticable por cuanto la misma perderá sentido en su aplicación a las micro y pequeñas empresas. En estas empresas, la distribución de los trabajadores puede suponer que sólo exista un único trabajador en las distintas subdivisiones, o, incluso, en caso de existir varios, si su número es pequeño, que cada uno de los trabajadores tenga un peso notable en la conformación del valor medio que puede provocar imágenes o resultados distorsionados.

Una obligación ya vigente. La obligación se estableció sin plazo expreso de transitoriedad alguno y por ello las empresas deberían realizar el registro de forma inmediata. Distinto es que, dado que el art. 64 del Estatuto establece que las empresas deberán informar, al menos



anualmente, a la representación legal de los trabajadores, esa obligación de información, computada desde el 8 de marzo del 2019, finalice el 8 de marzo de 2020.

Contenido. Un registro retributivo y no sólo salarial. La norma establece que las empresas deberán llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Por lo tanto, no se han de hacer constar los datos individuales de cada uno de los trabajadores y trabajadoras de la empresa, sino tan sólo el valor medio de los mismos. En cuanto a la información que se debe incorporar al registro, se establece una triple referencia: salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales, configurando, de forma más garantista para la efectividad de la transparencia, un auténtico registro retributivo más que salarial.

Desde la perspectiva de estricto cumplimiento de la normativa, debe entenderse que se cumple, estableciendo para cada uno de los estratos en que se divida la plantilla el salario base, la totalidad de percepciones por complementos, y la totalidad de percepciones extrasalariales, promediadas para cada uno de los sexos, sin que sea necesario los complementos. La determinación de la forma en que se estratificará la plantilla corresponde determinarlo al empresario dados los términos disyuntivos empleados por la norma legal (“distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”).

Libertad de forma. No existe un formato oficial de documento ni un modelo, por lo que existirá libertad de forma siempre que se cumpla con el contenido prescrito.

Una obligación de contenido actual. Aunque la Ley no lo prevea expresamente, de su finalidad y de la obligación de informar, al

menos anualmente, a los representantes de los trabajadores, se infiere que el contenido del registro se debe mantener actualizado. Y ello no sólo para remitir esa información sino también para permitir su consulta ante un eventual requerimiento de la Inspección de Trabajo.

Conservación. Nada dice la ley. No obstante, y a pesar de ese silencio, sería recomendable conservarlos por un periodo de tiempo coincidente con la obligación empresarial de conservar datos relativos a las retribuciones a efectos contables (6 años desde el último asiento, conforme al art. 30 del Código de Comercio).

Accesibilidad limitada. La norma nacional prevé el derecho de las personas trabajadoras a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al denominado por la norma, «registro salarial de su empresa» (art. 28.2 pfo. segundo). Estableciéndose, de esta forma, 1) un acceso indirecto para los trabajadores a través de sus representantes legales y 2) un acceso directo a los representantes de los trabajadores. La forma en que debe canalizarse el acceso directo de los representantes está prevista en el art. 64.3 del TRLET, también reformado por el RDL 6/2019. Conforme al mismo, el comité de empresa, los delegados de personal, así como delegados sindicales que cumplan los requisitos del art. 10 de la LOLS, tendrán derecho a “recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 (...)”. Dado el tenor literal de la ley parece que la empresa deberá suministrar el registro, entendiendo por éste, no la aplicación, el software o las bases de datos de los que resulta el registro, sino el resultado final en la forma que prescribe el art. 28.2 del Estatuto.

No ha resuelto la norma qué ha de ocurrir en aquellas muchas empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, sea esta la unitaria o la sindical. A nuestro juicio, y de conformidad, con lo establecido en el punto



tercero de la Recomendación europea bastaría con que, en esa hipótesis, las empresas, ante la solicitud de un trabajador, permitiesen, ya no el acceso al Registro, sino que se limitasen a suministrar información sobre los niveles salariales, desglosados por género, del grupo profesional, categoría o trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que el solicitante.

Incumplimiento. Si una empresa no dispone de este registro, estará incurriendo en una infracción grave, art. 7.13 LISOS, tipificada con una multa de entre 626 y 6.250 euros.

Brecha salarial y justificación en empresas de 50 o más trabajadores. En el apartado tercero del art. 28 se incorpora una obligación adicional, esta sí sólo para empresas

de 50 o más trabajadores: cuando el promedio de las retribuciones de los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras. Nada dice la norma sobre el valor que haya de darse a dicha justificación, ni a los efectos de su incumplimiento, pero pudiera parecer que la existencia de una diferencia superior al 25% en el promedio de las retribuciones pudiera actuar como una presunción iuris tantum de la existencia de una situación discriminatoria que, no obstante, podría desacreditarse a través de una justificación que acreditase su desvinculación al sexo de las personas trabajadoras.

Un clásico. La cesta de Navidad ¿condición más beneficiosa o mera liberalidad?.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2019, tal y como ya había ocurrido en anteriores ocasiones (por ejemplo, sentencias del mismo Tribunal de 12 de julio de 2017 o de 21 de abril de 2016) vuelve a considerar que estamos ante una condición más beneficiosa, es decir, ante una obligación adquirida por la empresa a través de una actuación unilateral continuada en el tiempo que evidenciaba una voluntad inequívoca de reconocer ese derecho y quedar vinculada más allá de lo establecido en la ley o el convenio. Así, también en este caso, el Tribunal concedió especial relevancia al factor temporal, 17 años entregando la cesta de Navidad, considerando irrelevante que su valor fuese variable o que fuese entregada también a personas que ya no eran trabajadores (extrabajadores, jubilados...).

¿Supone esta sentencia que la entrega de la cesta de Navidad constituya siempre una condición más beneficiosa? No, como ha indicado el propio Tribunal, en otra sentencia, “no puede establecerse como criterio general y universal que la entrega de la cesta de Navidad constituya un derecho adquirido como condición más beneficiosa, o una simple liberalidad empresarial no vinculante en años sucesivos”. Habrá que estarse a las concretas circunstancias para efectuar dicha valoración.

¿En la hipótesis de que estuviésemos ante una obligación empresarial, ante una condición más beneficiosa para los trabajadores, supondría ello que la empresa no puede, en ningún caso, suprimirla o modificar su contenido? No, las condiciones más beneficiosas, ni tan siquiera las cestas de Navidad, no están blindadas por cuanto las empresas las podría modificar/suprimir acudiendo al expediente del art. 41 del TRLET si se tratase de una modificación sustancial o, por la más compleja vía del art.82.3 del TRLET, si estuviese prevista en convenio estatutario.

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo. Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: newsletter@antras.net.