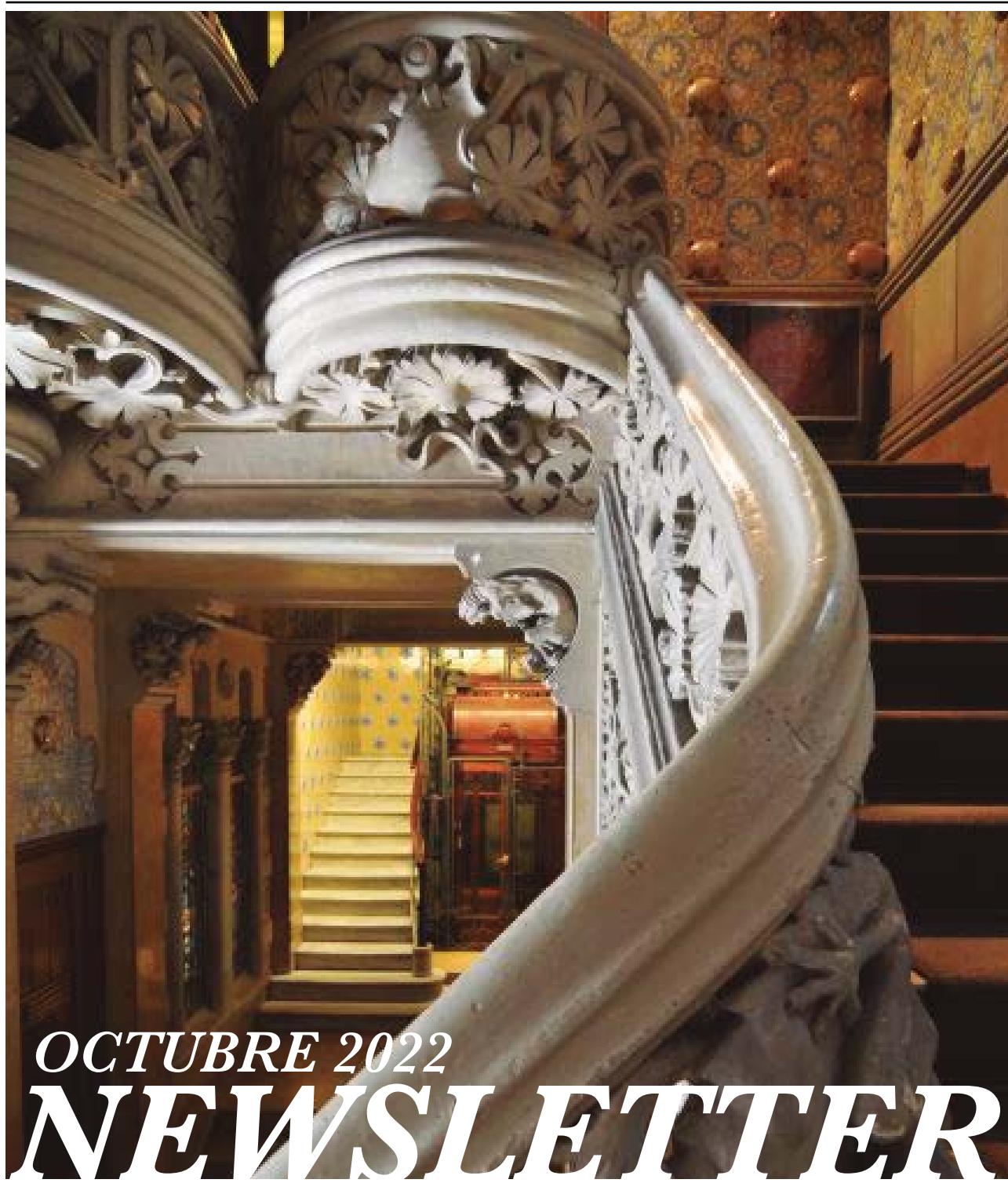




ANTRÀS



OCTUBRE 2022

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Octubre 2022



La nueva Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea: una Directiva importante pero con escasa repercusión a nivel nacional.

Este 25 de octubre de 2022 el DOUE publicaba la nueva [Directiva \(UE\) 2022/2041](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Tras mucho debate se aprobaba una Directiva que, importante desde una perspectiva de orientación política y para determinados países, especialmente aquellos seis que no tienen un salario mínimo legal (Austria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Italia y Suecia), lo es menos para el nuestro. Finalmente, y como era de prever, se renuncia a establecer un salario mínimo europeo, la fijación del salario mínimo continuará siendo una cuestión de competencia nacional. Las grandes diferencias existentes entre países lo impedían (el salario mínimo más alto de la Unión Europea, el de Luxemburgo, 2.313,4 euros mensuales, es seis veces mayor que el más bajo, de Bulgaria, 363 euros). Lo que la Directiva pretende es asegurar que dicho salario mínimo exista, ya sea a través de la fijación legal o convencional, que se determine de forma que garantice que las personas trabajadoras puedan tener una vida digna, “al objeto de contribuir a una convergencia social al alza y reducir la desigualdad salarial”, y que se actualice periódicamente.

La actual regulación del salario mínimo interprofesional contenida en [el art. 27 del Estatuto de los Trabajadores](#) se ajusta con carácter general a los requerimientos establecidos en la nueva Directiva. Únicamente, aunque no con escasa importancia, deberán incorporarse

mecanismos de evaluación conforme a valores de referencia indicativos que sirvan para evaluar la adecuación de los salarios mínimos legales. A tal fin, el art. 5.4 de la Directiva establece que se podrán utilizar valores de referencia indicativos comúnmente utilizados a escala internacional, como el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto, y/o valores de referencia indicativos utilizados a escala nacional.

Cabe destacar como novedad en el ámbito del derecho de la Unión Europea la inserción de reglas que tienen como objeto el fomento de la negociación colectiva en materia salarial. Así, en su art. 4, con el fin de aumentar la cobertura de la negociación colectiva y facilitar el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios, se establecen una serie de normas que pretenden fomentar, especialmente a “nivel sectorial o intersectorial”, la negociación colectiva en esta materia. Unas medidas que, cuando la tasa de cobertura de la negociación colectiva se sitúe por debajo del 80%, deberán contenerse en un plan de acción público del que deberá informarse periódicamente a la Comisión. Aunque no existe en España, hasta la fecha, una cifra oficial de cobertura de la negociación colectiva, los últimos datos disponibles de Eurofound, la situaban en 2019, en un 94%. Una de las más altas de la UE.



Figure 1: Estimated collective bargaining coverage and configuration of agreements in the private sector, establishments with more than 10 employees,

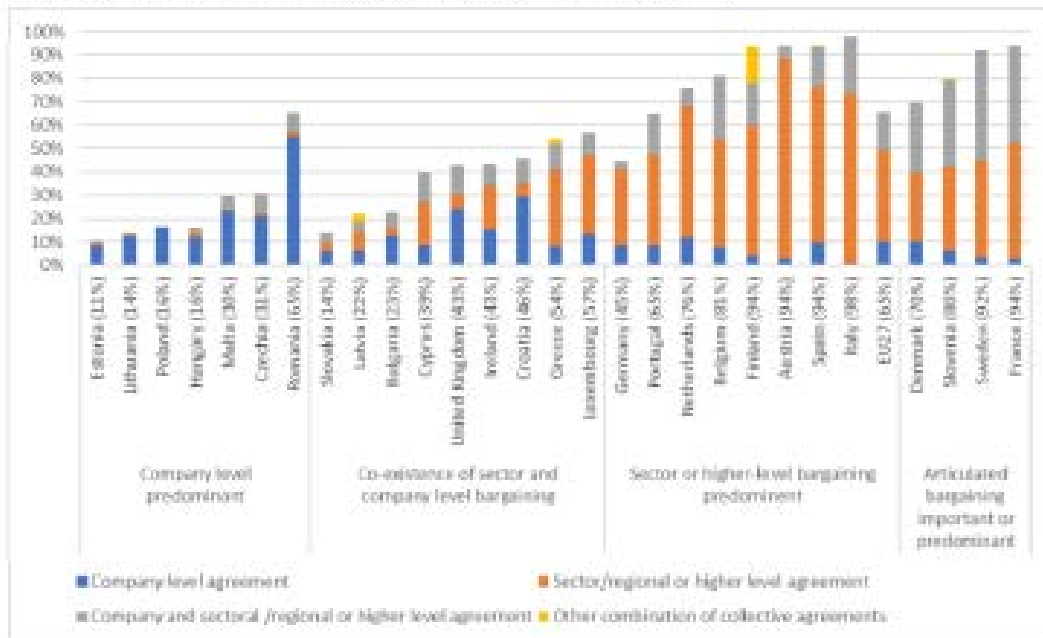


Gráfico de la 'Encuesta de empresas europeas 2019: convenios colectivos y cobertura de la negociación en la UE' de Eurofound (página 5).

Contenido laboral de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

En el [BOE del pasado 7 de septiembre de 2022](#) se publicaba esta norma que entró en vigor el pasado 7 de octubre y en la que se contienen diversos preceptos con incidencia laboral:

- Así, con el objeto de favorecer la prevención y sensibilización en el ámbito laboral (art. 12) la norma establece la obligatoriedad de que las empresas promuevan condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo tal y como ya se establecía en el art. 48 de la Ley Orgánica de Igualdad.

- Expresamente se prescribe que las empresas deban establecer procedimientos específicos para su prevención y el establecimiento de canales de denuncia o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital. Unas medidas que también se imponen en el ámbito de la Administración pública (art. 13), los partidos políticos y organizaciones sociales (art. 17).

- Las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras.



- Adicionalmente las empresas podrán establecer medidas, que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación.

- Las empresas que adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en esta ley orgánica serán reconocidas con el distintivo de «Empresas por una sociedad libre de violencia de género». Se prevé que una norma reglamentaria, aún no elaborada, regule las condiciones de concesión de este distintivo.

- La Ley efectúa un reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social a las trabajadoras víctimas de violencias sexuales (art. 38 y Disp. Final 14ª modificando art. 37.8, 40, 45.1, 49.1.m; 53.4; 55.5 del TRLET) en ámbitos como el derecho de adaptación de la jornada, teletrabajo, movilidad geográfica, como causa de suspensión del contrato de trabajo, como causa de extinción del contrato por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género, en materia de protección frente al despido calificando como nulo el despido injustificado de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

- Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la

movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Para tener derecho a la bonificación el contrato deberá celebrarse con una persona desempleada. Cuando se produzca la reincorporación, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad.

- Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

- Por último, reseñar que la Disp. final 4ª modifica el Código Penal y amplía el catálogo de delitos por los que podrán responder penalmente las personas jurídicas (art. 31 bis del CP). La gravedad de las conductas y de las responsabilidades que se pueden derivar aconsejan actualizar las políticas de compliance para determinar la posible comisión de este tipo de delitos en su estructura. Las compañías tendrán que establecer medidas para evitar, por ejemplo, que se difundan en el seno de su organización videos o imágenes de carácter sexual a través de teléfonos de empresa para eludir cualquier tipo de responsabilidad. La implantación de políticas de detección y erradicación



y los protocolos de reacción se estiman, ahora más que nunca, imprescindibles en cualquier empresa para esquivar una multa

que, como adelantábamos, podría alcanzar la alarmante cifra de los 3.600.000 euros.

Ejercicio del poder disciplinario y tolerancia empresarial, la importancia del cómo y del cuándo.

Recientemente los medios de comunicación se hacían eco de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que ratificaba la improcedencia del despido de una trabajadora que había sido 176 veces impuntual. ¿Qué puede llevar a calificar como improcedente lo que parece un claro incumplimiento de las obligaciones laborales?. El quid de la cuestión está en la eventual existencia de una tolerancia empresarial y un “despido sorpresivo”. Lo cierto es que la noticia, además de poder sorprendernos, ha de servir para reflexionar como se ejercita el poder disciplinario en la empresa.

El punto de partida, ha de ser la noción de “tolerancia empresarial”. A grandes rasgos, la jurisprudencia viene entendiendo que la “tolerancia empresarial” se produce cuando la empresa, ante un comportamiento sancionable y conocido de un trabajador, no lo sanciona, amonesta o apercibe. Si esto es así y la empresa muestra una pasividad total con dicho incumplimiento, se entiende que la empresa no puede reaccionar sorpresivamente y recurrir directamente al despido disciplinario (realizando lo que los tribunales denominan un “despido sorpresivo”).

Así, en el caso resuelto por la STSJ de Asturias de 28 de julio de 2022, si bien es cierto que la trabajadora de una clínica oftalmológica, durante dos años, acumuló más de 176 faltas de puntualidad, se destaca que la empresa en ningún momento advirtió a la trabajadora y se considera que que la reacción empresarial al comportamiento habitual de la trabajadora fue “irracional, desproporcionada e incongruente”. En palabras del Tribunal, “se trata de una

reacción inesperada y desconectada de la actitud tolerante, cuando menos pasiva, que hasta entonces había mantenido, lo que como subraya el Magistrado de instancia es buena muestra de que, cuando menos, la empresa no consideraba relevante el comportamiento de la trabajadora”.

De esta forma, si ha existido tolerancia empresarial ante un determinado comportamiento, se entiende que decidir directamente, sin amonestaciones o advertencias previas, el despido es desproporcionado, lo que conlleva la declaración de improcedencia o incluso, si la persona trabajadora pertenece a uno de los colectivos especialmente protegidos, a la nulidad.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2021 (Rec. 1090/2019) advierte de que, si el empleador conoce y tolera una conducta antijurídica de su trabajador durante un periodo de tiempo significativo, sin imponerle ninguna sanción o imponiéndole sanciones menos graves que el despido, el empresario no puede contradecir su comportamiento anterior realizando sorpresivamente un despido disciplinario porque ello vulneraría su deber de buena fe. Considerando, de esta forma que sancionar con la mayor severidad (el despido disciplinario) una conducta que se había tolerado anteriormente, sin ninguna advertencia previa al trabajador de que se iba a poner fin a dicha tolerancia, sería contrario a la buena fe del empleador.

Siendo esta la doctrina general, cabe destacar algunos matices que deben reconducirla a sus justos términos:



1. Para que exista tolerancia empresarial ante comportamientos antijurídicos del trabajador, esos comportamientos deben ser conocidos por la empresa. No existe tolerancia frente a lo desconocido o lo simulado.

2. La conducta empresarial de permisividad debe ser consistente para que a partir de ella pueda deducirse de forma inequívoca y concluyente una manifestación de voluntad limitativa del ejercicio de la potestad disciplinaria.

3. La tolerancia empresarial no ampara cualquier conducta; así, la mayor gravedad del comportamiento hasta entonces tolerado podría ser objeto de sanción.

4. La tolerancia empresarial no genera condiciones más beneficiosas. La empresa puede cambiar su actitud o comprensión de los hechos y dejar de ser permisiva con comportamientos antijurídicos. Para evitar que dicho cambio se considere sorpresivo y una transgresión de la buena fe, debería advertirse del cambio de política sea a través de alguna forma de comunicado o, incluso, ejerciendo el poder disciplinario en sus manifestaciones más leves pero con la advertencia de que la continuidad en el comportamiento ilícito podrá llevar aparejadas las sanciones más graves que pudieran corresponder.



Y ahora el Tribunal Constitucional: constitucionalidad de la videovigilancia con fines disciplinarios.

Si hace muy poco fue el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 2022, el que admitió la utilización de videocámaras ocultas para vigilar a una empleada del hogar sobre la que existían fundadas sospechas de que estaba cometiendo conductas ilícitas, en aquel caso, delictivas, ahora es el Tribunal Constitucional el que tiene ocasión de pronunciarse con relación a unas videocámaras señalizadas pero respecto de las que no se había informado sobre el posible uso con fines disciplinarios.

El Tribunal Constitucional valida la prueba obtenida, aunque con una importante división por cuanto la sentencia cuenta con un voto particular formulado por cinco magistrados, y anula la STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020 que declaró improcedente el despido al entender que el medio de prueba fue ilícito al no constar que el trabajador hubiera sido informado del tratamiento de esos datos para uso disciplinario. El alto tribunal va a estimar el recurso de amparo interpuesto por la empresa y declara que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Debe destacarse que el Tribunal Constitucional valida la prueba porque: 1) Las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó flagrante, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta, como era la irregularidad manifiesta de guardar un producto de la empresa dentro de una bolsa con el logotipo de una empresa de la competencia, en un lugar no habilitado a tal efecto, del que desapareció al día siguiente. 2) Entiende el TC que la instalación del sistema de videovigilancia y la consiguiente utilización de las imágenes captadas resultaba una medida justificada (por concurrir sospechas indiciarias suficientes), idónea (para la finalidad pretendida, que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta), necesaria (porque no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral) y proporcionada (porque las cámaras no estaban instaladas en lugares de descanso, ocio o de carácter reservado, en los que existiera una expectativa razonable de privacidad).

Además, recalca que estaban ubicadas en lugares visibles, tanto para los trabajadores del establecimiento como para el público en general y no fueron utilizadas con carácter generalizado o indefinido, o para realizar una investigación de carácter prospectivo, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada el día anterior.