

BLOC DE NOTAS- LABORAL



Año 1 – Número 8 – 2014

JOSE A. BURGOS GONZÁLEZ
Grupo JOMAR, Asesores & Consultores, S.L.
CL. Escritor Antonio Ramos, núm. 27
29013 – Málaga

☎ 679 652 155

☎ 952 654 830

✉ jose@jomarempresas.es

🌐 www.jomarempresas.es

INDICE:	
Despido – Tu indemnización es inferior	2
Contratos de trabajo – Este año no te llamo	3
Movilidad funcional - Necesito mover al delegado	5
Derechos y deberes del trabajador	7
Impuestos	9
Convenios Colectivos – Negocie un convenio de empresa	11
Despido – Me robó 20 euros	13
Seguridad Social - ¿Aunque sea improcedente?	15
Regulación de empleo – Comisión negociadora	16

DESPIDO

Tu indemnización es inferior

Si despide a un empleado que antes de ser indefinido tuvo varios contratos temporales, ¿qué antigüedad deberá computar para calcular su indemnización?

Su empresa va a efectuar un despido por causas objetivas. Dado que sabe que *si se equivoca a la hora de calcular la indemnización el despido será declarado improcedente*, le interesa conocer cuál es la forma correcta de calcularla si el trabajador despedido ha tenido varios contratos encadenados en su empresa.

En general, si entre el último contrato temporal y el indefinido pasaron más de 20 días hábiles (es decir, sin contar sábados, domingos ni festivos), para calcular la indemnización *sólo deberá computar como antigüedad la duración del último contrato. Sin embargo:*

- *Si ha pasado un plazo inferior, la indemnización se calculará atendiendo al inicio del contrato temporal.*
- Asimismo, deberá computar como antigüedad la fecha del primer contrato si el lapso entre uno y otro fue de más de 20 días pero coincidió con el período vacacional o con otros períodos de interrupción de la actividad laboral (en este caso se considera que la empresa actuó con fraude ley).

No obstante, si alguno de los contratos previos finalizó por baja voluntaria de su empleado, la antigüedad que debe computar es *la fecha en la que volvió a ser contratado, aunque dicha contratación se hubiese producido en un plazo inferior a 20 días. Se considera que la dimisión del trabajador rompe el vínculo laboral*, y el tiempo transcurrido hasta esa fecha se pierde a efectos indemnizatorios.

En definitiva, si antes de hacer fijo al trabajador éste firma la baja voluntaria, o si deja pasar más de 20 días desde el fin del contrato temporal, la indemnización derivada de un posterior despido será inferior (se calculará sólo según la duración del contrato indefinido). Sin embargo, con una interrupción inferior, deberá computar la antigüedad desde la fecha del contrato temporal, considerando también, a efectos de cálculo de la indemnización, el propio período de interrupción.

Si un trabajador firma la baja voluntaria y vuelve a ser contratado como fijo, su indemnización se devengará a partir de la fecha del contrato indefinido.

CONTRATOS DE TRABAJO

Este año no te llamo

Su actividad se desarrolla fundamentalmente en verano, por lo que cuenta con varios trabajadores que tienen un contrato de fijo discontinuo. Si este año no tiene trabajo para todos, ¿cómo debe gestionar la situación?

No necesito a ninguno (este año)

La bajada de actividad está justificada, por lo que este año usted se plantea, simplemente, no llamar a los fijos discontinuos que cada año cubren esta punta de trabajo. No se equivoque: si empieza la temporada y no procede al llamamiento, *los afectados le demandarán por despido, y éste será declarado improcedente.*

Notificación. Sin embargo, si acredita que no tiene trabajo para ellos y que sus tareas *para esta temporada* se pueden absorber con el personal fijo ordinario, cabe entender que no se produce un despido. Eso sí, es necesario que comunique a los afectados estas circunstancias:

- Notifíqueles que este año no les llamará debido al descenso de los pedidos o de las tareas a realizar. Argumente que todo el trabajo será absorbido por el personal indefinido.
- Indique que el llamamiento sí será posible la próxima temporada (porque las previsiones para el año próximo son mejores, porque cuenta con empleados fijos con edades cercanas a la jubilación...). Es muy importante hacer esta referencia, *para que quede clara su voluntad de continuar con el vínculo laboral.* Si no dice nada y sólo argumenta el descenso de pedidos, los afectados igualmente pueden entender que han sido despedidos.

En cualquier caso, sea consecuente. Si no llama a los fijos discontinuos, *tampoco contrate a empleados externos*, ni siquiera a través de una ETT. Si lo hace, los fijos discontinuos podrán acreditar que la temporada se ha iniciado con normalidad y que el no llamamiento supone un despido (improcedente).

No los necesitaré nunca más

Puede suceder que usted ya sepa que la bajada de actividad será definitiva. Por ejemplo, en un centro docente el trabajador fijo discontinuo impartía un módulo trimestral que va a desaparecer, o su empresa ha perdido definitivamente a un cliente que siempre le hacía el pedido en una campaña determinada.

En este caso notifique un despido por causas objetivas, y abone la indemnización de 20 días por año trabajado. Si no lo hace y se limita a no llamar al fijo discontinuo, se considerará que se produce un despido improcedente.

Necesito a algunos

También puede ocurrir que esta temporada sea más floja que las anteriores y que necesite a alguno de sus fijos discontinuos, pero no a todos. En este caso actúe de la siguiente forma:

- Algunos convenios otorgan preferencia en el llamamiento al personal con mayor antigüedad en la empresa.
- Notifique a los discontinuos que no va a necesitar que, debido al descenso de trabajo, la empresa sólo está llamando a los empleados estrictamente necesarios. Explique el criterio seguido a la hora de seleccionar a los elegidos (por ejemplo, la antigüedad) y, tal como se ha indicado anteriormente, exponga que el año siguiente sí será posible el llamamiento.

En caso de que sepa que los necesitará seguro pero debido al mal tiempo o a la falta de turistas la incorporación va a ser progresiva, comuníqueles que se procederá a su llamamiento tan pronto como sea necesario.

La falta de llamamiento de un fijo discontinuo no será causa de despido si acredita que el trabajo va a ser absorbido por el personal indefinido, y si comunica a los afectados que sí serán llamados la siguiente temporada.

MOVILIDAD FUNCIONAL

Necesito mover al delegado

Uno de sus empleados ha cogido la baja, por lo que usted necesita que otro trabajador realice sus tareas. ¿Podría recurrir al delegado de personal? ¿Y si las nuevas funciones implican un cambio de centro de trabajo?

Su empresa cuenta con varios establecimientos y necesita reforzar uno de ellos debido a la baja de un trabajador. Por ello, quiere saber si puede enviar allí al delegado de personal, y si al mismo tiempo le puede cambiar sus funciones.

Diferencias

Si la situación se plantease con un empleado normal, usted podría cambiar sus funciones de forma unilateral (siempre que las nuevas funciones estuviesen encuadradas dentro del mismo grupo profesional). Eso sí, debería respetar el salario más alto (manteniendo el anterior si las nuevas funciones fuesen de inferior categoría, o aumentándolo –durante el tiempo que durase el cambio– si fuesen de categoría superior).

Pero como el único que puede cubrir la vacante es el delegado de personal, usted tiene dudas (los representantes de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en caso de despidos colectivos u objetivos, o en desplazamientos o traslados que requieran cambio de residencia). Pues bien, no se apure. En su caso se da un supuesto de movilidad funcional, en el que dicho colectivo *no tiene ninguna garantía*:

- Si las nuevas funciones están dentro del mismo grupo profesional, puede cubrir la vacante con el delegado, igual que si se tratara de un trabajador normal.
- Si necesita encomendarle funciones de distinto grupo, *también podrá hacerlo, por el tiempo imprescindible*, si acredita la concurrencia de causas productivas, organizativas, técnicas o económicas. En este punto tampoco hay diferencias con el resto de empleados.

Si el cambio de centro de trabajo no implica un cambio de residencia (ya que se encuentra en una localidad cercana y hay transporte público alrededor), *también podrá enviar allí* al representante de los trabajadores sin tener que acreditar ninguna causa adicional.

Discriminación sindical

En cualquier caso, asegúrese de que el trabajador no pueda alegar que el cambio de funciones se realiza precisamente por el hecho de ser delegado. Si existe más de un trabajador al que se le puede aplicar la movilidad funcional y usted elige al delegado, *justifique su decisión*. Para ello:

- Aunque la movilidad funcional dentro del mismo grupo profesional no le obliga a seguir ningún procedimiento, comunique la medida por escrito.
- Tanto si la movilidad implica el cambio de grupo como si no, indique los criterios de elección. Por ejemplo, su conocimiento de diferentes idiomas o su formación.

Si finalmente el afectado impugna su decisión y alega que la medida es discriminatoria, será él quien deba probar este extremo (lo cual no será fácil si usted ha actuado de buena fe y justificando la elección). En cualquier caso, si el asunto llega a juicio y se estima que existe discriminación:

- Deberá reponer de inmediato al empleado en sus anteriores condiciones.
- Si el afectado acredita que esa discriminación le ha generado un daño real y efectivo, también podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Los representantes de los trabajadores no tienen garantía de permanencia si la empresa necesita efectuar una movilidad funcional. No obstante, es recomendable justificar por qué se elige a un empleado de este colectivo.

DERECHOS Y DEBERES DEL TRABAJADOR

Los comerciales de su empresa cobran una comisión por cada venta que efectúan. Si usted quiere dejar de pagar ese variable a uno de sus empleados, ¿cómo puede hacerlo sin iniciar una modificación sustancial?

Su empresa tiene cinco trabajadores. Si uno de ellos se esfuerza menos que sus compañeros pero devenga prácticamente el mismo bonus, ¿puede quitarle trabajo para evitar que cobre comisiones? ¿Puede reducir sus clientes o modificar su ruta de trabajo?

Falta de ocupación...

Si lo primero que ha pensado ha sido en eliminar o reducir las funciones asignadas a su trabajador, vaya con cuidado. Como empresario, *usted está obligado a dar trabajo a sus empleados*. La propia normativa laboral reconoce como un derecho de los trabajadores el *tener una ocupación efectiva*.

Si incumple este derecho de forma *grave*, su empleado podrá solicitar la rescisión de su contrato de trabajo con derecho a cobrar la indemnización prevista para los despidos improcedentes. En concreto:

- *Tiempo*. Se producirá una falta de ocupación efectiva grave si le quita sus tareas de forma continuada y persistente en el tiempo. En cambio, si sólo reduce su carga de trabajo esporádicamente durante tres o cuatro meses alternos y no deja de cobrar el sueldo, el comportamiento de la empresa no será grave y el trabajador no podrá solicitar el cese.
- *Efectiva*. Además, la falta de ocupación debe ser sustancial (por ejemplo, si dentro de una jornada de ocho horas su empleado sólo presta sus servicios durante 20 o 30 minutos). Pero si le reduce las tareas porque la carga de trabajo también ha descendido y dicha reducción se reparte entre toda la plantilla, no estará incurriendo en una falta de ocupación.

En definitiva, si su departamento comercial sigue recibiendo pedidos pero, aun y así, usted deriva *todas o la mayoría* de las tareas de un comercial al resto de sus compañeros, *sin asignarle nuevas funciones*, el afectado podrá solicitar el cese indemnizado (siempre que la situación se alargue, por ejemplo, cinco o seis meses seguidos).

Alternativas válidas

Si lo que pretende es reducir el importe del bonus y premiar al resto de trabajadores que sí están implicados con el proyecto de su empresa, haga lo siguiente:

- Reorganice las rutas de sus comerciales y asigne aquéllas más productivas a los trabajadores de su confianza.

- O reparta los clientes de modo que los que más comisiones generan se los queden esos empleados a los que quiere premiar.

A la hora de tomar las medidas indicadas, siga *criterios objetivos*. Por ejemplo, asegúrese de que todos los comerciales cubren un número de kilómetros, un volumen de clientela, o un nivel estimado de ventas equivalente. El comercial no podrá reclamar que se le discrimina o que se produce una modificación sustancial de sus condiciones si sigue trabajando bajo unas premisas similares a las anteriores.

Tampoco le podrá demandar por acoso laboral, ya que no se estará ejerciendo una violencia psicológica contra su persona. Además, ante una posible reclamación, usted podrá acreditar que ha seguido unos criterios objetivos. Por tanto, si el trabajador devenga menos comisiones, podrá entenderse que él será el único responsable.

Si incurre en una falta de ocupación grave, su empleado podrá solicitar la rescisión del contrato con derecho a la máxima indemnización. Evite ese riesgo y reorganice las rutas de los comerciales o los clientes de su empresa.

IMPUESTOS

Su empresa va a desplazar a un trabajador al extranjero. ¿Qué tipo de retención deberá aplicar en su nómina? ¿Qué ocurre si el desplazamiento dura más de seis meses?

Su empresa va a desplazar a uno de sus empleados al extranjero. Si el desplazamiento va a durar más de medio año, ¿qué tipo de retención deberá aplicarle?

Residente en España

La retención a aplicar dependerá de si su trabajador mantiene su residencia fiscal en España o no. En este sentido, tendrá la consideración de residente español si cumple alguno de estos requisitos:

- Si permanece en España más de 183 días *dentro de un año natural* (dentro de esos 183 días también se computan las ausencias esporádicas). De este modo, si su empleado está en el extranjero durante 100 días de 2013 y 84 días de 2014, *seguirá siendo residente en España*, ya que no supera los 183 días en un mismo año natural.
- Si radica en España su *núcleo principal de intereses*. Por ejemplo, si mantiene la mayor parte de sus inversiones. Salvo prueba en contrario, se le considera residente español si su cónyuge e hijos menores de edad que dependan de él residen en España.

Por tanto, si su empleado mantiene su residencia fiscal en España (aun estando desplazado), deberá seguir aplicándole retención según sus ingresos anuales y su situación personal. Eso sí, a estos efectos, deberá tener en cuenta la parte de salario que, por el hecho de estar desplazado, pueda quedar exenta de tributación.

No residente

Si su empleado supera los 183 días de permanencia en el extranjero dentro de un mismo año natural, *adquirirá la condición de no residente en España* y obtendrá la residencia fiscal en el nuevo país. En consecuencia:

- Deberá tributar en dicho país *por todas las rentas que obtenga* tanto en España como en el extranjero.
- Su empresa *podrá dejar de aplicar retenciones* en su nómina. Aunque en algunos casos la normativa obliga a practicar retención sobre los pagos realizados a no residentes, en este caso no es así, ya que los trabajos se realizan en el extranjero.

Ahora bien, por mucho que su empleado le diga que ha adquirido la condición de residente en ese país, siga aplicando retención *hasta que se lo demuestre*. Si deja de retenerle y después Hacienda considera que sigue siendo residente en España (por ejemplo, porque su cónyuge e hijos siguen viviendo en España, o porque sigue teniendo su domicilio o inversiones, o porque

al computar los 183 días de ausencia el empleado ha sumado también las ausencias esporádicas), *le exigirá a usted el ingreso de las cantidades no retenidas.*

Para dejar de aplicar retención, pida al afectado que le entregue un certificado emitido por las autoridades fiscales del país en el que esté desplazado donde se certifique que es residente fiscal en dicho país. Asimismo, infórmele de que deberá comunicar a la Administración Tributaria española su nuevo domicilio en el extranjero, presentando el correspondiente modelo 030.

Si desplaza a un empleado al extranjero durante más de 183 días dentro del mismo año natural, podrá dejar de aplicarle retenciones. Eso sí, solicite al empleado un certificado conforme ya no es residente en España.

CONVENIOS COLECTIVOS

Negocie un convenio de empresa

Tras quedarse sin convenio colectivo, su empresa empezó a aplicar el de ámbito superior. Si no le acaba de convencer dicho convenio, ¿por qué no negocia un convenio de empresa?

Documentos relacionados



005 – Listado de condiciones de trabajo de un convenio de empresa que tienen prioridad respecto a un convenio sectorial

Si su convenio ha vencido, vea en qué situaciones puede encontrarse:

- Si no ha sido denunciado, su vigencia se prorrogará de año en año.
- Si ha sido denunciado (es decir, alguna de las partes negociadoras ha comunicado su intención de negociar uno nuevo), el convenio sigue vigente *durante un año* desde la denuncia. Pasado ese plazo, se aplica el convenio de ámbito superior. De este modo, si el anterior convenio era provincial, ahora se aplicará el autonómico.

Convenio de empresa

Si no le satisface ninguna de las situaciones indicadas (por ejemplo, el convenio de ámbito superior prevé unos salarios más elevados), plantéese negociar un convenio de empresa que se adapte a sus necesidades. Para ello:

- Comunique a los representantes de los trabajadores su intención de negociar el convenio. Si su empresa no cuenta con representantes, *no será posible implantarlo*.
- Los trabajadores negociarán a través del comité de empresa, de los delegados de personal o de las secciones sindicales que sumen a la mayoría de miembros del comité.

A partir de ahí, envíe a la Autoridad Laboral una copia de la comunicación efectuada a los trabajadores, y se deberá crear una comisión negociadora de un máximo de 13 miembros en representación de cada una de las partes.

Negociaciones

El convenio de empresa sólo puede separarse del convenio sectorial *en determinadas materias*, como, por ejemplo, el importe de los salarios o la fijación del horario. Si sus empleados estaban disfrutando de mejores condiciones a las establecidas en el nuevo convenio, deberá respetarlas si se pactaron en contrato individual, pero podrá suprimirlas si dichas condiciones estaban reflejadas en el anterior convenio.

Veamos algunos ejemplos respecto al contenido del nuevo convenio:

- Un trabajador tenía un sueldo base de 1.000 euros y un plus convenio de 100 euros. Si el nuevo convenio reduce ese plus a 50, usted podrá reducirlo hasta esa cifra.
- Un trabajador tenía un sueldo base de 1.000 euros y un complemento personal de 300 euros reconocido en contrato. Si el nuevo convenio establece un sueldo base de 900 euros, usted deberá pagarle 1.200 euros (el nuevo salario más el complemento personal, que se respeta).
- Si en el mismo supuesto anterior usted había pactado un sueldo bruto de 1.300 euros, deberá respetarlo íntegramente aunque el sueldo base se reduzca en el nuevo convenio.

El convenio de empresa no puede incluir peores condiciones que las previstas en la ley (ya que los derechos que ésta reconoce a los trabajadores son mínimos). Así pues, no es válido imponer 25 días naturales de vacaciones (la ley establece 30) o permitir, con carácter general, el trabajo de menores de 16 años. Si esto ocurre, se declarará nulo el contenido de esos artículos, pero no el resto del convenio.

Si no le convence su convenio o éste ha vencido, negocie un convenio de empresa. Ello le permitirá adaptarse a las necesidades de su empresa, e incluso podrá suprimir condiciones más beneficiosas.

DESPIDO

Me robó 20 euros

Usted ha pillado a uno de sus empleados cogiendo dinero de la caja. Si la cuantía que ha robado es de escasa entidad, ¿puede igualmente despedirlo? ¿Cómo se debe actuar en estas situaciones?

Uno de sus vendedores le ha robado 20 euros. Si usted puede demostrar esa actuación, ¿sería suficiente el robo de una cantidad tan pequeña para poder efectuar un despido disciplinario procedente?

Teoría gradualista

A diferencia de lo que ocurre en otras situaciones en las que se debe analizar la proporcionalidad de la medida, si un empleado le roba dinero o algún producto de su empresa *sí que podrá despedirle directamente*. Todo ello, siempre que acredite el incumplimiento del trabajador, e *independientemente del valor económico* de lo que se haya apropiado.

En situaciones parecidas los tribunales dan la razón a la empresa. Por ejemplo, en el caso de una vendedora que sustrajo 13 euros de la caja, o en el caso de un conductor de autobús que se apropió del importe de un billete. Los argumentos esgrimidos son los siguientes:

- El despido es válido si su empleado abusa de la confianza que le ha dado la empresa en el desempeño de su actividad. Debido a su deslealtad, incurre en una *transgresión grave y culpable de la buena fe contractual*.
- La escasa cuantía de lo que se ha robado no puede servir de atenuante a la hora de valorar la graduación de la sanción. Tampoco es necesario que se haya causado un daño a la empresa (por ejemplo, si se ha robado un objeto producido por ésta cuyo coste de producción es muy bajo), ni que el trabajador se haya lucrado personalmente (por ejemplo, si los bienes robados se han entregado a un tercero de forma gratuita).

El despido disciplinario de un trabajador que efectúa un robo de escasa entidad es posible, aunque no haya sido sancionado previamente y con independencia de la antigüedad que acredite en la empresa.

Pautas a seguir

Paso 1: prueba. Antes de proceder al despido, asegúrese de que puede acreditar los hechos que reflejará en la carta de despido. Por ejemplo, mediante una grabación obtenida válidamente, o a través de testigos que hayan presenciado la sustracción. Si no puede demostrar la apropiación, *el despido será improcedente*.

Paso 2: convenio. Verifique si la conducta de su empleado está tipificada en el convenio, o si éste exige el cumplimiento de algún requisito adicional. Es normal que en las faltas muy graves los convenios establezcan como sanción no sólo el despido, sino también la suspensión de empleo y sueldo. Por tanto:

- Si su convenio prevé el hurto o robo como una falta muy grave y le da total libertad para aplicar cualquiera de las sanciones previstas para este tipo de faltas, efectúe el despido.
- Pero si su convenio establece algún tipo de matiz o graduación dentro de las sanciones a aplicar (por ejemplo, que la sanción más grave sólo se aplicará en caso de reiteración, o cuando se aprecie una especial gravedad), valore otros condicionantes, como el modo de efectuar el robo, o si ha habido un perjuicio para la empresa.

Fuente

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sentencia de 27 de diciembre de 2013.

El despido de un trabajador que roba a la empresa es válido independientemente del valor o la cuantía de lo que se haya robado. En caso de apropiación, no se aplica ni el principio de proporcionalidad ni la teoría gradualista.

SEGURIDAD SOCIAL

¿Aunque sea improcedente?

Usted ha leído que algunas bonificaciones a la Seguridad Social no se pueden aplicar si su empresa ha efectuado despidos improcedentes. Pues bien, tenga en cuenta que:

- La tarifa plana no se puede aplicar si su empresa ha efectuado despidos que se han declarado *judicialmente* como improcedentes. Por lo tanto, en la medida en que la conciliación administrativa ante el SMAC es un acto extrajudicial, *su empresa podrá aplicar la tarifa plana si el despido se declara improcedente en el SMAC.*
- En cambio, la ley prevé que la bonificación del contrato de apoyo a los emprendedores no es aplicable si su empresa ha adoptado *decisiones extintivas improcedentes*. Al no hacer distinción entre actos judiciales o extrajudiciales, cabe entender que no podrá acceder a este incentivo aunque la improcedencia se reconozca ante el SMAC.

En cualquier caso, la limitación indicada en el contrato de emprendedores no le afecta (y podrá aplicar las bonificaciones) si el nuevo empleado que va a contratar pertenece a un grupo profesional distinto al del trabajador despedido, o va a prestar sus servicios en otro centro de trabajo.

Aunque haya reconocido la improcedencia de un despido ante el SMAC, podrá aplicar la tarifa plana en las nuevas contrataciones.

REGULACIÓN DE EMPLEO

Comisión negociadora

Si su empresa va a tramitar un ERE (ya sea temporal o de extinción de contratos), una modificación sustancial o un traslado de carácter colectivo, *antes de comunicar el inicio del período de consultas* a los representantes de los trabajadores, deberá efectuar una comunicación previa a los trabajadores, a efectos de que éstos constituyan su comisión representativa, que negociará con la empresa durante el período de consultas.

A partir de dicha comunicación, los trabajadores tienen siete días para constituir la comisión (o 15, en caso de que en alguno de los centros de trabajo que se van a ver afectados por la medida no exista representación de los trabajadores). Si en ese plazo los trabajadores no se han organizado, la empresa podrá iniciar igualmente el procedimiento y notificar el inicio del período de consultas.

Si no efectúa esta comunicación previa, los trabajadores podrán impugnar la medida alegando defectos formales. Por lo tanto, deje evidencias de que la ha efectuado (haga firmar el acuse de recibo a sus empleados, o envíela por burofax si éstos se niegan a firmarla).

Antes de tramitar un ERE, una modificación sustancial o un traslado colectivo, efectúe una comunicación previa a sus trabajadores.