

GACETA JURIDICO EMPRESARIAL

REVISTA INFORMATIVA DE BUFETE JURÍDICO JOVER

GACETA Nº 17
JUNIO 2008

DIRECTOR: ALEJANDRO JOVER ANTONILES
E-MAIL: alejandrojover@icab.es



INDICE:

EDITORIAL: Pág. 2

- Luchemos contra la morosidad.

ACTUALIDAD: Pág. 3

AREA LABORAL: Pág. 14

- Régimen Legal de las vacaciones (2).

ESTUDIO A FONDO: Pág. 19

- Como combatir la competencia desleal por parte de nuestros trabajadores.

EDITORIAL:



En estos tiempos de incipiente crisis económica, nos encontramos con un grave problema que está afectando a multitud de empresas, poniendo incluso en riesgo de quiebra a alguna de ellas. Nos referimos a la morosidad.

Así, según datos publicados por el Banco de España la morosidad creció en España en el mes de abril el nivel de impago en operaciones comerciales entre empresas españolas creció en el mes de abril un 11,1%.

En este contexto las empresas deben estar preparadas, confeccionando un protocolo de prevención contra la morosidad que les ayude a prevenir los impagos, a reducir sus efectos y a facilitar la reclamación judicial de los mismos.

Este protocolo debe confeccionarse teniendo en cuenta las concretas necesidades de la empresa y las características del sector de actividad en el que opera.

Dicho protocolo debe prever los siguientes aspectos:

- Fuentes de información de solvencia del cliente a fin de valorar el riesgo de impago.
- Formas de pago admitidas por la empresa en función de la fiabilidad del cliente y determinación de plazos de pago.
- Determinación de las garantías exigidas para cada cliente en función de su fiabilidad como pagador.
- Protocolo de actuación en la reclamación de los créditos impagados.

Asimismo, resulta imprescindible a fin de facilitar la reclamación de nuestros créditos impagados que todos aquellos documentos suscritos con

nuestros clientes sean confeccionados de manera clara, concretando las fechas de pago y las condiciones en que debe producirse el mismo.

ACTUALIDAD:

EL GOBIERNO APRUEBA UN ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE LA ELIMINACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO Y LAS DEVOLUCIONES MENSUALES DE IVA

El Consejo de Ministros celebrado en el día de hoy, ha recibido un Informe del Vicepresidente segundo y Ministro de Economía y Hacienda sobre el ***Anteproyecto de Ley por el que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.***

Este Anteproyecto de Ley contiene dos de las medidas fiscales incluidas en el Plan de Estímulo Económico, aprobado por el Gobierno el pasado 18 de abril: la ***eliminación del gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio con efecto desde el 1 de enero de 2008 y de la implantación de un sistema de devoluciones mensuales en el IVA.***

Estas dos medidas supondrán el año próximo una inyección de liquidez a la economía por un importe de 7.800 millones de euros.

El resto de medidas contenidas en el Plan de Estímulo Económico, que se ya se están aplicando, supondrán una inyección de liquidez de diez mil millones de euros a familias y empresas durante 2008.

Con las reformas contendidas en este Anteproyecto, se completa el desarrollo legal de las medidas fiscales contenidas en el Plan de Estímulo.

Además de estas medidas incluidas en el Plan de Estímulo Económico, el Anteproyecto contempla otras novedades en el ámbito fiscal.

- Dentro del ***Impuesto sobre Sociedades***, se incluyen determinadas correcciones técnicas encaminadas a incrementar la seguridad jurídica de las empresas ante los cambios introducidos en el Plan General de Contabilidad. Con estas correcciones se aclaran las dudas que se habían suscitado entre las empresas sobre los efectos fiscales de las nuevas normas contables y que llevaron a modificar el sistema de pagos fraccionados del ejercicio 2008.
- Se amplía el ámbito de aplicación de las ***deducciones por I+D+i en el Impuesto sobre Sociedades*** que, a partir de 2008, podrán aplicarse también las empresas que realizan más del 25 por 100 de su actividad investigadora en otro país de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.
- ***Se elevan las cuantías de los productos que pueden introducirse en el país libres de impuestos:*** los viajeros que lleguen vía terrestre podrán introducir mercancías por valor de 300 euros y, si llegan por vía marítima o aérea, el importe ascenderá a 430 euros y, si el viajero es menor de quince años, la cuantía se reduce a 150 euros, en ambos casos. Tampoco tendrán que pagar impuestos los viajeros que introduzcan en España hasta cuatro litros de vino y dieciséis litros de cerveza.

INSPECCIÓN DE TRABAJO CENTRA SUS INSPECCIONES EN CONSTRUCCIÓN, COMERCIO Y HOSTELERIA.

Más del 50% de las visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en 2007 se realizaron en los sectores de construcción, comercio y hostelería, según datos de la Memoria del pasado año facilitados por el

Ministerio de Trabajo e Inmigración. En concreto, de las 349.917 **visitas efectuadas**, el 33,3% se realizaron en el sector de la construcción, el 16,2% al del comercio, el 12,3% a hostelería y el 9,9% a servicios profesionales.

Como consecuencia de dichas actuaciones, **se detectaron 95.861 infracciones a la legislación del orden social, con un importe de las sanciones propuestas por 274,4 millones de euros**. Además, se formularon 170.249 requerimientos, 1.781 paralizaciones de obras, trabajos o tareas y 1.011 informes sobre presunta responsabilidad penal.

En cuanto a la distribución de las actuaciones por materias en esta área, **la mayoría recaen sobre aquéllas que son de mayor trascendencia para la salud y seguridad en el trabajo**. Así, el 17,9% del total de actuaciones se dedicaron a la inspección de las condiciones de seguridad e higiene en los lugares y centros de trabajo, el 9,7% a la formación e información a los trabajadores y el 7,5 % a la vigilancia de la salud. Del total de los resultados derivados de estas actuaciones (infracciones, requerimientos y paralizaciones), las materias en las que se concentran fundamentalmente son: **Condiciones de seguridad e higiene de los lugares y centros de trabajo (14,4%), escaleras, plataformas y aberturas (12%), formación e información a los trabajadores (9,4%)**.

A lo largo de 2007, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social inspeccionó 433.701 centros de trabajo, que dio lugar a 1.229.163 actuaciones, de las cuales 90.455 fueron en materia de Relaciones Laborales, 433.361 de Prevención de Riesgos Laborales, 26.630 de Empleo y Colocación, 60.931 de Extranjería y 587.245 de Seguridad Social, según datos de la Memoria.

Además, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mantuvo durante 2007 el nivel de su actuación en el ámbito de lo que se conoce como economía irregular con el fin de aflorar el trabajo no declarado, tanto de nacionales como de extranjeros. Así, el año pasado **se realizaron en materia de**

Extranjería 60.931 actuaciones, de las que se derivaron 11.637 infracciones, con una propuesta de sanción de 76,4 millones de euros, afectando a un total de 11.637 trabajadores extranjeros.

Durante 2007 se realizaron 26.630 actuaciones inspectoras en materia de Empleo y Colocación, se detectaron 722 infracciones, y el importe de las sanciones propuestas fue de 1,9 millones de euros. ***Destacó el elevado número de infracciones relacionadas con la integración laboral de los minusválidos (436)***. La distribución de las actuaciones e infracciones en materia de Empleo y Colocación se concentraron fundamentalmente en cuatro sectores, que representan el 67,4% de las actuaciones y el 61,2% de las infracciones: Comercio (21,4 % de las actuaciones y 12,2 % de las infracciones); Construcción (21,1 % y 15,2 %); Hostelería (13,5 % y 20,6 %) y Servicios Profesionales (11,4 % y 13,2%).

Finalmente, en materia de Seguridad Social se llevaron a cabo un total de 587.245 actuaciones y se han detectado 40.276 infracciones. El importe de las sanciones propuestas por infracciones en materia de Seguridad Social fue de 38,6 millones de euros, y el número de trabajadores afectados por las infracciones ascendió a 81.357.

La actuación de la Inspección de Trabajo se centró, dentro de esta área funcional, en la detección del fraude en materia de falta de inscripción, afiliación y alta (54,3% de las actuaciones y 64,7% de las infracciones). En segundo lugar aparecieron las actuaciones encaminadas a la detección del fraude en materia de cotización (25,3% de las actuaciones y 14,5% de las infracciones).

APROBACIÓN DE LOS MODELOS 130 Y 131 PARA LA AUTOLIQUIDACIÓN DE LOS PAGOS A CUENTA DEL IRPF

A través de la **Orden EHA/1796/2008, de 19 de junio**, por la que se modifica la orden EHA/672/2007, de 13 de marzo, se han aprobado por parte del Ministerio de Economía y Hacienda los *los modelos 130 y 131 para la autoliquidación de los pagos fraccionados a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes, respectivamente, a actividades económicas en estimación directa y a actividades económicas en estimación objetiva, el modelo 310 de declaración ordinaria para la autoliquidación del régimen simplificado del impuesto sobre el valor añadido, se determinan el lugar y forma de presentación de los mismos y se modifica en materia de domiciliación bancaria la Orden EHA3398/2006, de 26 de octubre*, publicada en el BOE del 24 de junio.

La citada reforma obedece a la aprobación del Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, por el cual se ha incorporado un nuevo beneficio fiscal en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, consistente en una deducción de la cuota líquida del impuesto de hasta 400 euros anuales aplicable a los contribuyentes que obtengan rendimientos del trabajo o de actividades económicas (véanse nuestras Circulares Informativas nº 32/2008 y 40/2008).

La presente Orden EHA/1796/2008, de 19 de junio entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (o sea, el 25 de junio de 2008) y *surtirá efectos respecto de la presentación de las declaraciones formuladas en los modelos 130, 131 y 310 que correspondan al segundo trimestre del ejercicio 2008 y siguientes.*

UN JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA RECONOCE LA PRIMERA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE EN UNA EMPRESA EN CONCURSO.

Es preciso recordar, como cuestión previa, que conforme al *artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: "Los expedientes de modificación*

sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo”.

Dicho precepto sigue las pautas, en cuanto al procedimiento a seguir, establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, referido a los despidos colectivos.

De ahí que el apartado 7 del citado art. 64 de la Ley concursal alude a que: *“Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.”*

La duda está en si esta remisión genérica a la legislación laboral permite al Juez de lo Mercantil poder acordar, en caso de no avenencia entre empresa concursada y legal representación de los trabajadores, añadido a la circunstancia de que no haberse podido acreditar la concurrencia de causas objetivas (razones económicas, organizativas, técnicas o productivas) la extinción de los contratos de trabajo, condenando a la empresa al pago, no de una indemnización mínima de 20 días por año trabajado, sino de hasta 45 días.

Pues bien, el titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, José María Fernández Seijo, ***ha reconocido una indemnización por despido improcedente a los trabajadores de la empresa Caydetel, que está en proceso consursal y cuya actividad principal se desarrolla en Trapaga (Bizkaia) aunque con sede social en Barcelona.*** Además, manifiesta que "no es descabellado pensar" que el

accionista y cliente "de referencia", la firma francesa Mecerlec, haya podido "precipitar la insolvencia" sin posibilitar "ningún tipo de viabilidad".

En el auto, fechado el pasado 19 de mayo, el magistrado indica que los 29 empleados tienen derecho a percibir una indemnización semejante al despido improcedente, 45 días por año trabajado y acuerda la extinción colectiva de la totalidad de la plantilla de Caydetel S.A.U., con una plantilla de 20 personas en su centro de Trapaga (Bizkaia), otros ocho en Madrid y uno en Barcelona, abocada a la liquidación en el proceso concursal que solicitó de forma voluntaria.

Caydetel, dedicada a la producción de aparatos plásticos y derivados, mantiene su principal centro de producción en Trapaga, aunque el concurso se presentó en Barcelona, ciudad en la que dispone de sede social. Los trabajadores, sin embargo, denunciaron que se trataba de "un supuesto de deslocalización ideado por la empresa francesa Mecerlec S.A.", matriz de Caydetel y propietaria de la totalidad de sus acciones.

En el auto, que contiene duros reproches a la empresa francesa, se acuerda el despido de todos los trabajadores, puesto que debe ser liquidada. Sin embargo, recuerda que su único accionista, Mecerlec Industries S.A.S., de nacionalidad francesa, era prácticamente su único cliente, y destaca, citando el informe de la administración concursal, que "determinados activos que la concursada vendió a su socia y matriz generan dudas en cuanto al precio, por cuanto no constan valorados e identificados los bienes vendidos".

Ante la falta de acuerdo entre los administradores del concurso y los trabajadores, representados por CC.OO., ***el juez decide conceder "el máximo de indemnización legal", al considerar que no es posible apreciar de modo automático causas objetivas para el despido en un concurso solicitado voluntariamente con finalidad de liquidación,***

con la mínima indemnización legal que asciende a 20 días por año trabajado.

A juicio del magistrado, la firma matriz no sólo controla la totalidad de las acciones, sino que obtenía de Caydetel todos los suministros, y adquirió los activos de la empresa en Trapaga a un precio "cuya bondad no se ha podido contrastar", eludiendo además "el rigor de la subordinación de créditos propia del procedimiento concursal".

Fernández Seijo estima que "en este contexto no es descabellado pensar que el accionista y cliente de referencia haya podido precipitar la insolvencia de la concursada, no dando posibilidades a ningún tipo de viabilidad". Asimismo, considera que "las causas para la extinción de los contratos de los trabajadores han sido inducidas por el socio". "Extinción -subraya- que, por otra parte, reclamaba la propia concursada voluntariamente".

La resolución judicial aclara que el Juzgado de lo Mercantil no puede limitarse a señalar que la insolvencia ha sido provocada por la matriz, algo que propiciaría numerosas reclamaciones de los trabajadores en los Juzgados de lo Social y supondrían un perjuicio para los demás acreedores ya que, mientras se resuelven, los salarios tendrían que ser satisfechos por Caydetel.

Por esta causa, defiende que *el propio magistrado del concurso puede también resolver los contratos en esta fase, fijando las indemnizaciones en el importe citado, lo que podría permitir que otros bienes de Caydetel, una vez satisfechos los créditos de los trabajadores, pudieran ser atendidos "con carga a la masa activa" de la citada sociedad.*

Según el titular del Juzgado de lo Mercantil, "con este pronunciamiento se da un tratamiento armónico a la solicitud de extinción que en su momento formuló el propio concursado al reclamar que se resolvieran todos los contratos laborales". Por último, señala que "no tendría mucha lógica que,

iniciada la compleja andadura del expediente concursal, éste concluyera con un pronunciamiento de no extinción".

En todo caso, el auto de extinción de los contratos de trabajo es susceptible de recurso de suplicación ante el TSJ de Cataluña (art. 64.8 de la Ley Concursal), el cual deberá resolver sobre esta posibilidad y su cobertura legal.

ZAPATERO ADMITE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA PARA CREAR EMPLEO.

El presidente del Gobierno, José Luís Rodríguez Zapatero, admitió el pasado 4 de junio el proceso de desaceleración y de "pérdida de capacidad" de la economía española para crear empleo como consecuencia "fundamentalmente" de las circunstancias internacionales, pero aseguró que España sabrá afrontar esta "dificultad y salir adelante".

En la sesión de control al Gobierno en el Congreso de los Diputados, Zapatero respondía de esta manera al presidente del PP, Mariano Rajoy, que por segunda semana consecutiva le interpelaba sobre la situación de la economía española y la "pérdida de confianza" de familias y empresas.

Zapatero, que indicó al líder de la oposición que no es conveniente ignorar las dificultades pero tampoco exagerarlas, **destacó que la economía española ha tenido un ciclo de "alto" crecimiento y de "gran creación de empleo", pero reconoció que ahora está inmersa en un proceso de desaceleración.**

Sin embargo, el jefe del Ejecutivo se defendió de las críticas de Rajoy resaltando los "activos importantes" con los que cuenta la economía española, entre los que destacó unas cuentas públicas saneadas, un sistema financiero "sólido y fuerte" y 20 millones de personas trabajando,

circunstancia que, según recordó, nunca había tenido España en un periodo de desaceleración.

Además, aseguró que en 2007 la inversión extranjera directa alcanzó la cifra "récord" de 43.000 millones de euros y sólo en los tres primeros meses de 2008, esta inversión se ha situado en 3.500 millones, frente a la desinversión de 600 millones en el mismo periodo de 2006.

APROBADO EL NUEVO CANON DIGITAL.

El pasado 19 de Junio, se publicó en el BOE nº 148, la *ORDEN PRE/1743/2008, de 18 de junio por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada* (el denominado canon digital).

A continuación les facilitamos los importes del nuevo canon digital:

	HASTA 1 JULIO	A PARTIR 1 JULIO
CD-R	0.21 €	0.17 €
CD-RW	0.21 €	0.22 €
DVD-R	0.60 €	0.44 €
DVD-RW	0.60 €	0.60 €
DVD-DL	1.18 €	0.44 €
USB	0.00 €	0.30 €
MEMORIA FLASH	0.30 €	0.30 €
HDD	0.00 €	12.00 €
HDD MULTIMEDIA	0.00 €	12.00 €
MP3	0.00 €	3.15 €
TELÉFONO MÓVIL	0.00 €	1.50 €
CD GRABADOR	0.00 €	0.60 €
DVD GRABADOR	0.00 €	3.40 €

Todos los mayoristas deberán cobrar dicho canon a partir del día 1 de Julio y los comercios deberán aplicar el canon en todos los productos comprados a partir de esta fecha (los productos en stock anterior al 1 de Julio se podrán vender sin el canon).

LA UNIÓN EUROPEA PRETENDE AUMENTAR LA JORNADA LABORAL A UN MÁXIMO DE 65 HORAS

Los Ministros de Empleo de la Unión Europea han aprobado por mayoría cualificada una nueva Directiva de tiempo de trabajo que permite ampliar la jornada laboral máxima a 65 horas semanales.

España, junto con Bélgica, Chipre, Grecia y Hungría se han abstenido en la votación y han presentado una declaración conjunta en la que piden a la Eurocámara que mejore la norma durante su tramitación posterior. Portugal y Malta también presentaron reservas.

La regla general será que la jornada de trabajo en la Unión Europea tenga 48 horas como máximo, pero se permitirá, en virtud de pactos individuales, ampliar la jornada a 60 horas, calculadas como media durante un periodo de 3 meses, e incluso hasta 65 horas en el caso de guardias médicas.

En relación con estas guardias médicas, el Tribunal de Justicia ha dictaminado en diversas ocasiones que deben considerarse como tiempo de trabajo y, sobre este punto, los Ministros de Empleo de la Unión Europea han acordado que el periodo inactivo de las guardias no sea considerado tiempo de trabajo, a no ser que se prevea lo contrario en las legislaciones laborales.

También se ha cerrado un acuerdo que fija las condiciones de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, estableciéndose que no puede mantenerse una desigualdad salarial de trato más allá de 12

semanas, aunque se ha presentado una propuesta de compromiso para garantizar la igualdad salarial desde el primer día.

En cuanto a la ampliación de la jornada, el empresario deberá obtener un consentimiento por escrito del trabajador, cuya validez no podrá ser superior a un año y será renovable, que no podrá firmarse en el momento de la rúbrica del contrato ni durante las cuatro primeras semanas desde el nacimiento de la relación laboral. Si existe un acuerdo entre los interlocutores sociales o así lo establece el convenio colectivo, se podrán superar las 60 e incluso las 65 horas laborales a la semana.

Ahora, *esta propuesta legislativa deberá ser aprobada por el Parlamento Europeo* donde se prevé un intenso debate.

AREA LABORAL:

RÉGIMEN LEGAL DE LAS VACACIONES (2)

1. Cómputo del tiempo de disfrute de las vacaciones.

Un aspecto controvertido de las vacaciones es como debe computarse la parte proporcional de disfrute o de pago de las vacaciones.

Aunque en determinados casos se ha establecido que se computan desde la fecha en que disfrutó su último periodo vacacional (TSJ de Madrid de 24 de mayo de 1996), en otros se computan por año civil, de modo que si se extingue el contrato al finalizar el mes de junio, al trabajador le correspondera percibir 6/12 partes de las del año en curso (TSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de febrero de 1.999).

Habrá de estarse, en todo caso, a los acuerdos de empresa, a la costumbre o a lo establecido por el Convenio Colectivo que resulte de aplicación.

2. Derecho a vacaciones de los trabajadores temporales.

Tratándose de contratos de duración determinada o temporal, el derecho a las vacaciones se genera cualquiera que sea la duración de los mismos.

En cuanto a su duración, salvo que en el Convenio Colectivo de aplicación se establezca otra cosa, debe aplicarse estrictamente el criterio de la proporcionalidad según el tiempo trabajado.

3. Discrepancia sobre las fechas de disfrute de las vacaciones e imposibilidad del trabajador de ausentar de su puesto de trabajo.

Las vacaciones anuales tienen dos formas de ser acordadas: por una parte los convenios colectivos suelen establecer las fechas, periodos o, al menos, los criterios para establecer las fechas de disfrute de las vacaciones retribuidas; por otra parte, y en defecto de previsión en convenio colectivo, se podrá pactar su disfrute entre la legal representación de los trabajadores y la empresa, por medio de la confección del calendario laboral anual o, en cualquier caso, de manera bilateral entre el propio trabajador y la dirección.

De ninguna forma puede el trabajador fijar de manera unilateral el periodo de disfrute de sus vacaciones anuales.

En el caso de desacuerdo en la fecha de vacaciones, existe un procedimiento especial, urgente y de tramitación preferente que se sustancia ante la jurisdicción social, sin necesidad de acudir a la conciliación administrativa previa, por el cual el trabajador debe presentar una demanda con un mínimo de dos meses de antelación respecto a la fecha en la que pretende disfrutar sus vacaciones. La sentencia, que deberá dictarse en el plazo de 3 días desde la celebración del juicio y con respecto a la cual no

cabrá recursos, establecerá las fechas en que el trabajador podrá gozar de sus vacaciones.

Consecuentemente, la decisión del trabajador de fijar unilateralmente sus vacaciones y ausentarse de su puesto de trabajo, sin mediar previo acuerdo o resolución judicial, constituye una causa justa de despido.

4. El derecho al disfrute de las vacaciones y la Incapacidad Temporal.

La jurisprudencia mantiene que una vez pactadas colectivamente las fechas de disfrute de las vacaciones anuales, el acuerdo resulta vinculante para las partes, lo que significa que ninguna de las mismas puede modificar el periodo previamente concertado, ni obligar a la otra a alterarlo, no siendo legítimamente exigible un nuevo señalamiento individual para quienes no hubieran podido disfrutar de sus vacaciones en la época fijada por causa de enfermedad, accidente o maternidad, ya que la superposición de estas situaciones con el tiempo de vacaciones anuales, fijadas con carácter general, constituye una manifestación del caso fortuito, cuyas consecuencias han de recaer sobre el que las recibe fortuitamente.

No obstante lo expuesto, sí que se prevé la posibilidad de poder disfrutar de las vacaciones mediando baja médica, en fecha distinta a la pactada y posterior al proceso de incapacidad temporal, incluso tras finalizar el año natural, en los casos de suspensión del contrato de trabajo con ocasión de embarazo, parto o lactancia natural (artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores)

5. Vacaciones y permiso por maternidad.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó una sentencia de 18 de marzo de 2.004, por la que reconocía el derecho al disfrute de las vacaciones anuales en período distinto al del permiso por maternidad, aun

cuanto éste coincida con el fijado con carácter general de vacaciones anuales de la plantilla mediante acuerdo colectivo.

Acogiendo dicha doctrina comunitaria, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha supuesto la adición al artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores de un nuevo apartado, el 3, del siguiente tenor literal:

“El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan”.

6. Posibilidad de trabajar para otra empresa durante el disfrute de las vacaciones.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) nº 192/2003, de 27 de octubre, concluye que nuestra normativa laboral no contiene prohibición de trabajar durante el disfrute de las vacaciones.

El artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores se limita a establecer el derecho de los trabajadores a las vacaciones anuales retribuidas, por un periodo mínimo de 30 días naturales, sin perjuicio de que pueda pactarse por convenio colectivo o contrato individual un periodo superior, u en ningún caso susceptible de sustitución por compensación económica.

El TC considera que la concepción del periodo anual de vacaciones como tiempo cuyo único o principal sentido es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir a la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida su libertad durante aquél periodo para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente, puesto que la dignidad del trabajador se vería severamente limitada de aceptarse un omnímodo control sobre la persona y la vida privada del trabajador por parte de la empresa para la que presta servicios.

7. Retribución de las vacaciones.

La retribución salarial de las vacaciones corre a cargo del empresario, estando sujeta a cotización a la Seguridad Social (STS de 11 de junio de 1996), debiendo ser incluida en la base de cotización para el desempleo (STSJ de Cantabria de 26 de mayo de 1997).

En la medida que en el Estatuto de los Trabajadores no se cuantifica la retribución correspondiente a las vacaciones, los tribunales señalan que se debe acudir a lo pactado en convenio colectivo y, en su ausencia, a lo previsto por el artículo 7 del Convenio de la OT nº 132, que dispone que:

- a) Durante las vacaciones debe percibirse la remuneración normal o media.
- b) El monto debido debe ser pagado al interesado antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincula al empleador y a dicha persona.

La remuneración media debe entenderse en el sentido de excluir los conceptos salariales que responden a actividades de carácter extraordinario y que, por lo tanto, son ajenas a la que se desarrollen en la jornada normal de trabajo, o también en aquellos conceptos de percepción mensual constante pero de cuantía variable como pueden ser los de nocturnidad,

conducción y toxicidad, en que deberá hacerse un promedio de las cantidades percibidas en los tres meses anteriores.

ESTUDIO A FONDO:

COMO COMBATIR LA COMPETENCIA DESLEAL POR PARTE DE NUESTROS TRABAJADORES

1. La fidelidad y a buena fe como principio inquebrantables exigibles al trabajador.

Es frecuente que algunos trabajadores, en función de las responsabilidades desempeñadas en la empresa, tengan acceso a información privilegiada del proceso productivo o de servicios, de nuestros proveedores o de nuestros clientes.

Esto puede provocar problemas cuando, durante la vigencia del contrato de trabajo o, a su finalización, el empleado desea utilizar toda esa información en provecho propio o de terceros, generándose una competencia desleal.

A este respecto, nuestros tribunales han venido construyendo una consolidada doctrina en torno a dos principios fundamentales sobre los que cimienta toda relación laboral y a cuyo cumplimiento se debe todo trabajador: la fidelidad y la buena fe.

Así, para el Tribunal Supremo (sentencia de 25 de febrero de 1984), "(...) *la fidelidad o la lealtad mutua entre las partes es una de las notas básicas del contrato de trabajo, dimanante de la propia naturaleza del nexo jurídico que vincula empresa y trabajador, habiendo tipificado la jurisprudencia de esta Sala la deslealtad como una conducta totalmente contraria a los deberes*

básicos inherentes a dicho contrato, respeto mutuo de la dignidad humana de cada una de las partes y de los derechos recíprocos que del propio nexo nacen, debiendo el trabajador cumplir bien y fielmente los quehaceres que se ha obligado a realizar, según su propia función, profesión u oficio, tanto respecto del empresario como frente a terceros perceptores o adquirentes de las prestaciones que la empresa ofrece. Aun concreta más: es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad, que el trabajador cometa el acto, acreedor al calificativo de desleal, con plena consciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato (...)". Prosigue el Tribunal Supremo afirmando que la *"deslealtad consiste en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral impone"* (Sentencia de 10 de marzo de 1981). Asimismo la deslealtad también consistiría en *"usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero (...)"* (Sentencias, entre otras, del 27 de junio y 7 de noviembre de 1977).

Significativa es también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de febrero de 2002, cuando señala que *"En el mundo de la relaciones laborales rige el principio básico y fundamental de la buena fe, que en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7-1 y 1.258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en el Derecho laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe (arts. 5 a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras de 22 de mayo de 1.986 y 25 de junio de 1.990)"*.

De este modo, se impone conocer las reglas del juego y prevenir estas situaciones, tanto al momento de contratar a nuestros empleados de confianza como una vez finalizada la relación laboral.

2. Cómo actuar y prevenir la conducta desleal en el momento de contratar a nuestros empleados de confianza.

La relación laboral es esencialmente de carácter sinalagmático, esto es, genera derechos y obligaciones tanto para el empresario como para el trabajador.

Desde el punto de vista del trabajador, éste viene obligado en su cometido profesional a:

- a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia.*
- b) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.*
- c) No concurrir con la actividad de la empresa*
- d) Contribuir a la mejora de la productividad*

Se configura así el marco legal donde se desenvuelve el contenido obligacional del trabajador, por el cual y en síntesis, en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la *diligencia y la colaboración en el trabajo* que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres.

Todo ello de modo que, en cualquier caso, debiendo trabajador y empresario someterse en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la *buena fe*, queda este último facultado para ejercer sus potestades directivas

y de control de la actividad laboral, lo que se traduce en poder adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

Ciertamente, ese poder de control y de vigilancia no puede ser omnímodo ni arbitrario, ya que deberá respetarse, como acabo de apuntar, la dignidad e intimidad del trabajador. Tampoco puede dar lugar a adoptar decisiones que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español, ya que tales actitudes sólo podrán calificarse de nulas y, por tanto, no podrán imponerse

Como igualmente nulas serán las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Pero dicho lo anterior, el Estatuto de los Trabajadores (ET) establece el denominado ***“Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa”***, en virtud del cual el trabajador no puede dedicarse a igual actividad profesional para otra u otras empresas, en régimen de pluriempleo, cuando de ello derive una colisión de intereses o, bien, cuando sin existir dicha colisión, el trabajador haya acordado con el empresario su plena dedicación, de modo que:

1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

2. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

3. La obligación de permanecer en la empresa puede venir dada también por haber recibido el trabajador una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, en cuyo caso podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la relación entre empresa y trabajador se constituye en torno a un contrato de alta dirección, el art. 8 del **Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección**, referido al "Pacto de no concurrencia y permanencia en la Empresa", señala que:

1. El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo.

2. Cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la empresa durante un período de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquel abandona el trabajo antes del término fijado.

3. El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a. Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.

b. Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.

La jurisprudencia viene entendiendo por concurrencia desleal la actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial. Lo característico de esta falta es el elemento intencional que revela una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo, sino que también le facilita los medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquel pretende utilizar en su propio provecho y demérito para los intereses de la empresa, máxime cuando desarrollando una labor de confianza en la misma la quebranta con su comportamiento trasgrediendo así la buena fe contractual que es uno de los principios que informan la relación laboral, lo que le hace acreedor, en todo caso, de la máxima de las sanciones: el despido.

Esa trasgresión de la buena fe contractual sobre la que descansa la concurrencia ilícita del trabajador, no requiere dolo específico para considerarlo como causa de despido disciplinario. Basta que se produzca un incumplimiento grave y culpable, que puede deberse a negligencia, imprudencia o descuido imputable al trabajador.

Consecuentemente, verificado que el comportamiento del trabajador desvela un incumplimiento de su deber de sigilo, reserva, no colusión con otras empresas o actividades, plena dedicación o permanencia en la empresa, dará lugar a que se considere como una conducta grave y culpable que pueda dar lugar a la extinción de la relación laboral acudiendo al despido disciplinario, por la vía del art. 54.2 ET.

Pero para que el empresario pueda, si no evitar, al menos reaccionar debidamente por medio del despido disciplinario del trabajador infractor, es preciso concretar en el contrato de trabajo las obligaciones del trabajador.

Obligaciones que harán necesaria mención a la prohibición de dedicarse de manera exclusiva a la empresa, de no concurrir con otras y de guardar el debido sigilo, reserva y secreto de cuanta información empresarial acceda con ocasión de su actividad, prohibiendo terminantemente extraer, distribuir, transmitir o copiar por cualquier medio la misma, bajo la sanción, en caso contrario, de incurrir en justa causa de despido.

3. Competencia desleal una vez finalizada la relación laboral.

El propio Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de establecer el denominado ***"Pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo"***, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, y que solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) *Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.*
- b) *Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.*

Sobre el particular, nuestros tribunales ha señalado que la prohibición de competencia futura se circunscribe a aquellas actividades, por cuenta propia o ajena, realmente competitivas con el empresario, cuyo campo de actuación coincida, en todo o en gran parte, con la de éste. Por tanto, se veda sólo aquella actividad que se realice en sectores económicos conexos a los del empresario.

De igual modo, se ha indicado que la exigencia de abstención de competencia ha de estar justificada técnica o comercialmente, para lo cual es preciso que dicho trabajador esté en posesión de conocimientos acerca de las técnicas organizativas o de producción de la empresa, de las relaciones personales con clientela o proveedores, etc., en virtud de los cuales su concurrencia al antiguo empresario, o su trabajo para el que la haga, pueda constituir una competencia diferencial y efectivamente perjudicial para aquél.

Además, la exigencia legal del efectivo interés industrial o comercial actúa como límite a la intención del empleador de condicionar la propia contratación a la celebración del pacto de no concurrencia y permite la liberación del trabajador desde el momento en que, aún vigente el pacto, no subsista ya el efectivo interés empresarial.

Ahora bien, puede suceder que aún habiendo adoptado todas las cautelas posibles (y, desde luego, si es que las mismas no se han adoptado), el trabajador que ha finalizado su relación laboral con nuestra empresa, se aproveche de nuestra información para provecho propio.

Las responsabilidades, en tal caso, pueden ser de dos órdenes: civiles y penales.

- Responsabilidad civil:

Nada mejor que acudir a un supuesto práctico, resuelto por nuestros tribunales.

La Sala Primera del Tribunal Supremo dictó una Sentencia con fecha 8 de Octubre de 2007, por medio de la cual declara como desleal la conducta de unos ex trabajadores que abandonaron la empresa para la que trabajaban, constituyeron una nueva, y captaron a los clientes de aquella para la que trabajaban mediante la utilización de sus listas de clientes y sus modelos de contratos, condenándoles a indemnizar a su antigua empresa por los daños y perjuicios causados. Los hechos se remontan al año 1996 cuando dos trabajadores pertenecientes a la entidad SCHINDLER, dedicada al mantenimiento de ascensores, abandonaron la empresa y constituyeron una nueva con el mismo objeto social. Durante los 10 días siguientes a su salida de la empresa lograron suscribir setenta contratos con otros tantos clientes de SCHINDLER, llegando posteriormente a más de ochenta y seis clientes captados.

La entidad SCHINDLER demandó a los ex empleados ejercitando acciones de competencia desleal, pero tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial las desestimaron por considerar que la captación de clientela ajena no constituye en principio actividad desleal, salvo que la captación se logre mediante maniobras incorrectas; que tampoco hubo violación de secretos ya que en la mayoría de los ascensores figura quién es la empresa de mantenimiento, lo que impide que la lista de clientes constituya un secreto; ni imitación de contratos, ya que la actora no tiene un derecho de exclusiva sobre los mismos; ni por último inducción a la infracción contractual ya que los demandados ofrecieron sus precios y contratos que los clientes libremente aceptaron.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el Recurso de Casación por entender que sí que existe conducta desleal en los dos siguientes comportamientos:

a) **Imitación de los modelos de contrato.** La Sala considera que los demandados se apropiaron, mediante procedimientos técnicos de reproducción y sin sacrificio alguno por su parte, del trabajo de un tercero, explotándolo en el mercado, y ello, con independencia de que la actora carezca de un derecho de exclusiva sobre los referidos modelos de contratos, constituye un acto de competencia desleal por implicar un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno de acuerdo con el artículo 11.2 de la Ley de Competencia Desleal.

b) **Captación de un alto porcentaje de clientes en un corto periodo de tiempo.**

El Tribunal Supremo considera que el hecho de que los ex empleados consiguieran captar un 40% de los clientes de la empresa en quince días naturales supone que los demandados llevaron a cabo contactos previos cuando aún estaban en su antigua empresa, y utilizaron las listas de clientes, los conocimientos y relaciones de la propia empresa, y en definitiva su fondo de comercio.

La Sala considera que este comportamiento se incardina dentro de la cláusula general del artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, que se debe aplicar para reprimir conductas que atenten contra los imperativos éticos de orden general y la buena fe en sentido objetivo, integrada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y en general, aquellas en que no se haya obtenido una concurrencia eficiente por méritos del competidor. De esta forma, la conducta de los demandados habría sido incorrecta o irregular desde el punto de vista de la buena fe en sentido objetivo, alterando la estructura competitiva o el normal funcionamiento del mercado, razón por la cual son condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados a la actora, por un importe superior a 230.000Euros.

- Responsabilidad penal

Cuando un trabajador abandona una empresa para fichar por la competencia es bastante frecuente que lo haga llevándose información sobre los clientes. En unos casos, estos datos simplemente se conocen y son utilizados en la nueva actividad; en otras ocasiones, sobre todo cuando la clientela es muy numerosa, es habitual que la información se extraiga copiando los correspondientes documentos o archivos informáticos.

Cuando esto sucede la empresa afectada suele plantearse la posibilidad de emprender acciones penales contra el antiguo trabajador, una cuestión que, sin embargo, no tiene una respuesta clara en el Derecho vigente, porque el texto de la ley no es claro, no existe jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y los pronunciamientos de las audiencias provinciales son contradictorios.

De entrada, Para la doctrina especializada los delitos que parecen aplicables a estos casos son dos: por un lado, el ***apoderamiento y la revelación de secretos***, pensado para la protección de la intimidad; y, por otro, el ***delito de descubrimiento de secretos de empresa***, con el que se pretende la protección del mercado y los consumidores.

a) ***Delito de apoderamiento y revelación de secretos.***

En el primer caso la duda que se plantea es si cabe sostener que la información sobre los clientes pertenece a la intimidad de la empresa. A este respecto, algunas audiencias han sostenido que no pertenecen a tal intimidad los datos con *"contenido meramente empresarial o económico"*, añadiendo otras que este delito *"no tutela los datos o informaciones de tipo societario o empresarial stricto sensu"*, sino sólo *"datos que si bien se proyectan en principio sobre personas jurídicas han de tener trascendencia en la intimidad de las personas físicas por ejemplo de los socios, directivos o empleados de la misma"*.

Sin embargo, otros tribunales no han dudado en entender que el presente delito es perfectamente aplicable a la información sobre la clientela, una opinión que puede basarse en que el propio Código Penal aluda

expresamente a los *"datos reservados de personas jurídicas"* como secretos merecedores de protección penal.

En todo caso, aun admitiendo que entre estos datos se incluye la relación de clientes, desde el punto de vista penal tiene gran importancia el que el sujeto se haya llevado la información mediante el apoderamiento de documentos, ya sea en papel o soporte informático, o simplemente haya utilizado a posteriori información conocida. En este último caso no se tiene constancia de ninguna condena.

b) **Delito de descubrimiento de secretos de empresa.**

En segundo término, y en lo que respecta a la posibilidad de aplicar a estos supuestos el delito de descubrimiento de secreto de empresa, tampoco se aprecia uniformidad en la doctrina de las audiencias, aunque en este caso sí parece claro que el mero uso de información no puede ser considerado delictivo, excepto en los casos de apoderamiento de documentos o soportes informáticos o cuando el sujeto tenga un deber legal o contractual específico de guardar reserva.

En cambio, mucho más controvertida es la cuestión de si la información sobre clientes merece ser considerada secreto empresarial. Al respecto, algunos tribunales sostienen expresamente que tales secretos son los que afectan *"a la parte técnica de la empresa, como los métodos de producción, como los relativos al ámbito comercial, como cálculos, estrategias de mercado o listas de clientes"*, añadiendo otros que en tal concepto tiene cabida toda aquella información *"cuyo descubrimiento puede aumentar la capacidad competitiva de los rivales o disminuir la propia capacidad"*, lo que incluye *"la divulgación de la cartera de clientes de una empresa, de su proceso productivo, de sus estudios y proyectos de expansión comercial o industrial"*.

Sin embargo, en otras sentencias se sostiene que esta modalidad de secreto sólo se refiere a *"proyectos, procedimientos o productos propios del tráfico"*

mercantil", quedando excluidos los datos de la compañía referidos al "fondo de comercio, a su estructura y a sus trabajadores".

A la vista de tan contradictorios pronunciamientos, las conclusiones sólo pueden formularse en términos de probabilidad. Así, mientras en el caso de mero uso de información conocida el riesgo de condena es prácticamente nulo, exceptuando los casos de deberes o pactos específicos de reserva, las probabilidades de condena aumentan si la información se ha obtenido mediante actos de apoderamiento de documentos escritos o electrónicos. Con todo, incluso en estos últimos supuestos una defensa bien planteada podrá encontrar buenos argumentos para sostener que nos hallamos ante comportamientos impunes.



BUFETE JURÍDICO JOVER

-Abogados-

c/ Bruc, 7 Ppal. 1ª 08010 Barcelona

Tel.: 93 269 09 54

Fax: 93 268 37 70

E-mail: alejandrojover@icab.es