

## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de marzo de 2017)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

#### **Igualdad de trato. Discriminación directa e indirecta. Discriminación por motivos de religión o convicciones. Reglamento interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo. Pañuelo islámico o hiyab. Discriminación directa.**

No concurre, pues la norma interna controvertida no le ha sido aplicada a la trabajadora de forma diferente a como lo ha sido en relación con cualquier otro trabajador de la empresa. **Discriminación indirecta.** Existirá si se comprueba por el tribunal remitente que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. No obstante, puede considerarse finalidad legítima, que justifica aquella discriminación indirecta, la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto en el sector público como en el privado. Ello está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; asimismo, la adecuación y la necesidad de la medida adoptada queda amparada en que es apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad (que debe ser anterior al despido), por un lado; y por otro, en cuanto que se limita a los trabajadores que están en contacto con los clientes. Corresponde, por tanto, al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello represente una carga adicional para esta, la misma tiene la posibilidad de ofrecer a la trabajadora, que pretende el uso del pañuelo islámico, un puesto de trabajo que no conlleve un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. (STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-157/15).

#### **Igualdad de trato en materia laboral. Discriminación indirecta. Utilización del pañuelo islámico o hiyab. Cuestión prejudicial en la que se pide esencialmente que se dilucide si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que el despido de una trabajadora teniendo en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la citada disposición.**

Los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y, posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta) recogen una acepción amplia del concepto de religión, ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, por lo que cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78/CE, de modo que procede interpretar que el concepto de religión que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa. **Discriminación indirecta.** Con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i) de esta Directiva, una diferencia de trato por llevar puesto el pañuelo islámico no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como la instauración por parte del empresario de una política de neutralidad para con sus

.../...

.../...

clientes, y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios. Se deduce del artículo 4, apartado 1, de aquella Directiva que lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo. El concepto de requisito profesional esencial y determinante, en el sentido de esta disposición, implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que esta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente declarándose que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición. (STJUE de 14 de marzo de 2017, asunto C-188/15).

## TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

### **Salarios. Mejora voluntaria que se pacta en contrato como compensable y absorbible.**

Se configura como una condición más beneficiosa (CMB) *ab origine*, en tanto que la misma consiste en una mejora de las condiciones laborales que se incorpora al conjunto de los derechos del trabajador y supone una ventaja para él. Existe una identidad de efectos entre la CMB inicial y la adquirida, por lo que debe darse la más absoluta uniformidad de exigencias en su neutralización por vía de la absorción/compensación. Para que este mecanismo opere es necesario que entre los conceptos retributivos a examinar medie imprescindible homogeneidad, requisito que se ha relativizado, pasándose de una exigencia estricta a la posible neutralización entre conceptos genéricos que no obedezcan a condiciones de trabajo singulares. En el caso, debe estimarse que son homogéneos y deben incluirse en el mismo grupo de complementos salariales que contempla el artículo 26.3 del ET, tanto la mejora voluntaria controvertida como el complemento de antigüedad, al tratarse uno y otro de complementos personales que se atribuyen en atención a circunstancias del trabajador y no del trabajo realizado. Rectifica la doctrina expuesta por la STS de 19 de abril de 2012, rec. núm. 526/2011. (STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2017, rec. núm. 2198/2015).

### **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A. Cambio de procedimiento en las funciones desempeñadas durante las escalas de los aviones por los trabajadores con categoría profesional de tripulantes de cabina de pasajeros (TCP) para agilizar los procesos de embarque y desembarque.**

No reviste carácter sustancial la modificación introducida por la empresa en el procedimiento de actuación durante las escalas de los TCP, con el fin de mejorar la puntualidad para igualarla a la del grupo Iberia, mediante la que se les exige retirar los residuos sólidos que se encuentren a la vista una vez desembarcado el pasaje, toda vez que durante el vuelo ya se encargan de recoger ese mismo tipo de residuos, con lo que no hay una alteración tan relevante como para afectar al núcleo esencial del desempeño profesional. No hay, por tanto, una merma en su dignidad, un desmerecimiento de sus funciones ni la exigencia de un mayor esfuerzo físico del que requiere la ejecución de esa misma tarea en vuelo. No es de aplicación lo dispuesto en el artículo 41 del ET. (STS, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2017, rec. núm. 97/2016).

### **Derecho a la intimidad. Uso de cámaras videográficas a la vista de los trabajadores cuando existe sospecha de una conducta irregular. Colocación en la entrada y servicios públicos de un gimnasio, exceptuados vestuarios y aseos, sin que los trabajadores hayan sido advertidos de su posible uso con fines disciplinarios. Trabajador que es despedido, entre otras razones, por abrir con su pulsera el torniquete a personas no socias para que accediesen a la instalación de forma no autorizada.**

En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador para el tratamiento por la empresa de sus datos de carácter personal pasa, como regla general, a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el trata

.../...

.../...

miento de dichos datos sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes y no se lesionen derechos fundamentales del trabajador, lo que es conforme con el artículo 20.3 del ET. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario. No obstante, persiste el deber de información, debiendo someterse la falta o insuficiencia de esta al juicio de proporcionalidad, lo que requerirá determinar en cada supuesto, con carácter previo, si se ha producido o no la indicada omisión de la información debida ponderando los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial. En el caso analizado, el trabajador conocía que la empresa había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que esta deba especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque solo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados. El uso de la videocámara revistió, por tanto, carácter razonable y proporcionado a su objeto, sin que por el lugar de su instalación existiera riesgo para la vulneración del derecho al honor a la intimidad personal y familiar ni por las circunstancias de tiempo y oportunidad lo hubiera habido tampoco para el pleno ejercicio de sus derechos, al haber actuado el demandante como lo ha hecho, siendo conocedor de que su conducta estaba siendo grabada y de que por lo que respecta a las cámaras de la entrada, el acceso indebido con auxilio interno ya había sido objeto de sanción. (STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2017, rec. núm. 554/2016).

### **Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Validez de las pruebas de vídeo-vigilancia empleadas por la empresa cuando el trabajador ha sido informado previamente de la instalación de cámaras por motivos de seguridad pero no del destino que pudieran darse a las imágenes o la utilización de las mismas en su contra. Dependiente que es sorprendido manipulando tickets y hurtando diferentes cantidades en fechas concretas.**

En el supuesto analizado, la instalación de cámaras era una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja en el caso concreto) y necesaria y proporcionada al resultado perseguido, razón por la que estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime cuando los trabajadores estaban informados expresamente de la instalación del sistema de vigilancia y de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo, pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es, el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc. En cualquier caso, frente a los defectos informativos que pudieran alegarse, procede reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos con el fin de obtener una sanción por las infracciones que hubiese podido cometer. Sala general. **Voto particular.** (STS, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017, rec. núm. 3331/2015).

### **Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Obligación de la empresa de respetar la liberación sindical de los intervinientes en la comisión negociadora del convenio colectivo.**

El artículo 9.2 de la LOLS concede los permisos retribuidos que se consideren necesarios a los participantes en las comisiones negociadoras de los convenios, incluyendo no solo actividades de presencia en dichas comisiones durante las sesiones de negociación, sino también aquellas gestiones ligadas al proceso referido. Pero de tal comprensión no se deriva que, mientras dure la negociación del convenio, el permiso deba extenderse, a modo de «liberación», a todo el tiempo de trabajo, sino exclusivamente al que coincide con las actividades reseñadas. No se aprecia vulneración de la libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva. (STS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2017, rec. núm. 73/2016).

## **Conflicto colectivo. Altrad Rodisola, SAU. Empresa que tiene como actividad el montaje, desmontaje y alquiler de andamios metálicos. Efectos que tiene sobre las empresas clientes la huelga convocada en Altrad durante el periodo de consultas a propósito de una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo (MSCT).**

El hecho de que las empresas clientes contrataran con otras durante los paros el servicio de andamiaje que habitualmente les prestaba Altrad no supone una vulneración del derecho de huelga, ya que entre dichas empresas no existía una vinculación especial ni formaban un grupo de empresas. No se aplica, por tanto, la doctrina recogida en las [SSTS de 11 de febrero de 2015, rec. núm. 95/2014 –caso Grupo Prisa–](#) y de [20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 –caso Coca-Cola–](#). La actuación de Altrad consistió únicamente en comunicar a todos sus clientes que no podía realizar los trabajos comprometidos durante la realización de la huelga por sus trabajadores. No tenía vinculación con sus clientes que le permitiera codecidir la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clientes contratasen directamente con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, sin que tampoco conste que hubiese colaborado en su realización, por lo que no se le puede imputar una conducta que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga, o menoscabado la posición negociadora de los representantes legales de los trabajadores. Se declara ajustada a derecho la MSCT al quedar acreditada la disminución de las ventas y el estado global de pérdidas, con perspectiva de futuro también negativa. (*Vid.* [SAN, de 30 de noviembre de 2015, núm. 200/2015](#), casada y anulada por esta sentencia). ([STS, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, rec. núm. 59/2016](#)).

## **Muerte y supervivencia. Orfandad. Fecha de efectos.**

Cuando la reclamación ha sido denegada inicialmente, pero se reconoce con posterioridad con base en los mismos datos fácticos y jurídicos, se retrotrae tres meses desde la primera solicitud, indebidamente rechazada. ([STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2017, rec. núm. 2729/2015](#)).

## **Desempleo. Solicitud de la prestación por extranjero. Denegación por no reunir el trabajador la cotización necesaria en el momento de la situación legal de desempleo, al no computarse un periodo anterior en que no tuvo autorización administrativa para trabajar.**

Si al término de su anterior actividad profesional (independientemente de que pudiese ser suficiente el plazo de duración de la misma) el actor no se hallaba en condiciones de causar la prestación por desempleo, tal situación negativa no se sana con el nuevo periodo de trabajo y, por tanto, no se pueden sumar ambos, de modo que solo con la nueva actividad y a su término, nace un espacio prestacional *ex novo* que puede dar origen al derecho si se han cumplido los requisitos legalmente exigibles, uno de los cuales, además de la cotización pertinente, es el de la ocupación cotizada en los seis años anteriores. La falta de autorización para trabajar en aquella primera etapa profesional implica que no solo no se podía *de iure* trabajar, sino tampoco, como consecuencia, cotizar por ese trabajo, lo que no se subsana declarando la responsabilidad empresarial en tal sentido, sin perjuicio de que la entidad gestora se haga cargo de la prestación por el principio de automaticidad de las prestaciones, porque se trata, en el primer periodo, de una prohibición legal, como es la de que un trabajador extranjero trabaje en España sin la correspondiente autorización. Sala General. **Voto particular.** ([STS, Sala de lo Social, de 31 de enero de 2017, rec. núm. 3345/2015](#)).

## **Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Suspensión por inicio de relación laboral inferior a 12 meses de la que se desiste el primer día de trabajo. Requisitos para que pueda reanudarse.**

La reanudación del subsidio por desempleo suspendido no es automática e incondicionada. Para que el subsidio se reanude cuando el contrato de trabajo (que provoca su suspensión) finaliza es preciso que lo haga por causa que sea constitutiva de situación legal de desempleo. No tiene derecho a reanudar la percepción de subsidio por desempleo quien dimite durante el periodo de prueba por motivos privados el primer día de trabajo sin activar alguna de las opciones legalmente tipificadas (tras una modificación sustancial o movilidad geográfica, o tras incumplimiento empresarial relevante). Sería un abuso de derecho que el beneficiario del subsidio aceptase la ocupación adecuada, por estar obligado legalmente a ello, y que se reanudase la percepción simplemente por su voluntad. **Voto particular.** No es exigible para el acceso al subsidio el requisito de encontrarse en situación legal de desempleo. ([STS, Sala de lo Social, de 15 de febrero de 2017, rec. núm. 1810/2015](#)).

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### **Reintegro de prestaciones indebidas. Sentencia que revoca la resolución del INSS en la que se declaraba la existencia de recargo por falta de medidas de seguridad en las prestaciones derivadas del accidente sufrido por el trabajador.**

El beneficiario no está obligado a devolver las cantidades percibidas durante la tramitación del proceso judicial y hasta tanto no haya sido revocada la resolución que le reconocía el derecho a percibir el recargo. No se trata de que tenga un derecho material, que ya no existe, sino de que tiene un derecho procesal en la medida en que la norma así lo establece, configurándose como una cierta compensación por la demora en la resolución definitiva de la cuestión. ([STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2016, rec. núm. 3483/2016](#)).

### **Seguridad social complementaria. Póliza de seguros concertada por la empresa con la entidad aseguradora mediante un mediador de seguros. Trabajador al que se declara en incapacidad permanente absoluta por enfermedad común. Inclusión del trabajador en los listados de personal enviados, vía correo electrónico, al mediador, al efecto de ser considerado como trabajador asegurado y con cobertura en la póliza.**

Dado que las comunicaciones que efectúe el tomador del seguro al agente de seguros que medie o que haya mediado en el contrato surtirán los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente a la entidad aseguradora, y que en los *e-mails* enviados al mediador de seguros figuraba el trabajador como personal que debería ser incluido en la póliza, ha de considerársele asegurado e incluido en la cobertura de la póliza, a pesar de que la empleadora no formuló reclamación alguna en ese sentido dentro del mes siguiente a la entrega de la póliza ni tampoco dentro del mes siguiente a la entrega de las relaciones de asegurados en las renovaciones, haciéndolo una vez producido el siniestro. ([STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2016, rec. núm. 867/2016](#)).

### **Subsidio para mayores de 52/55 años. Medios de prueba. Validez del informe de vida laboral de la actora para cómputo de las cotizaciones necesarias, no aportadas por la Seguridad Social.**

La existencia de alta en Seguridad Social permite presumir la existencia de cotizaciones efectivas, debiendo implicar dicha presunción, por constituir doctrina constitucional, la inversión total de la carga de la prueba y, por ende, la dispensa al solicitante de una prestación de la Seguridad Social de la prueba de la cotización. La falta de aportación de esos documentos oficiales de cotización efectiva por parte de la TGSS no puede repercutir en perjuicio de la trabajadora demandada. ([STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2016, rec. núm. 3560/2016](#)).