



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de junio de 2017)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

El Fogasa debe pagar si no contesta en plazo

Reclamación al Fogasa de cantidades no pagadas por la empleadora declarada en situación de insolvencia. Contestación denegatoria extemporánea dictada sobrepasado el plazo para emitir resolución. Silencio administrativo positivo.

La resolución expresa –desestimatoria de la pretensión– dictada en plazo superior a los 3 meses establecidos en el Real Decreto 505/1985 carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo. El silencio administrativo, en los supuestos en que es positivo, constituye una resolución administrativa tácita que despliega plenos efectos e impide que una resolución expresa posterior deje sin efecto lo reconocido por aquella. El hecho de que lo solicitado y reconocido por silencio exceda de lo previsto legalmente es lo que puede constituir causa para que el Fondo pueda proceder a la revisión de oficio de conformidad con la normativa aplicable (art. 146 LRJS). Sala General. **Voto Particular**.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de abril de 2017, rec. núm. 701/2016).

Contratación temporal de profesor de universidad para el desempeño de actividades permanentes y estructurales. El fraude se paga con la improcedencia del cese

Prestación de servicios como profesor de universidad a través de sucesivos contratos de carácter temporal (de profesor asociado, profesor colaborador, profesor lector) –mismas funciones, mismas asignaturas troncales y mismo lugar de trabajo–. Cese por finalización del último contrato habiendo sido las actividades docentes desarrolladas para cubrir actividades permanentes y estructurales de la universidad, especialmente para supuestos distintos de los previstos en la norma reguladora de la modalidad contractual utilizada. Despido improcedente.

La normativa vigente –ni siquiera la específicamente prevista en materia de contratación de docentes universitarios– no ampara el recurso a la contratación temporal como fórmula habitual para cubrir necesidades docentes de carácter estructural u ordinario. Según la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13) los órganos judiciales internos deben comprobar en cada caso que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada trata realmente de atender necesidades provisionales, y que una normativa como la reguladora de la contratación de profesores asociados no sea utilizada, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas ordinarias en materia de contratación de personal docente. Cuando se incumple la finalidad prevista en el contrato, porque es utilizado para cubrir objetivos distintos de los que resultan inherentes a la modalidad contractual elegida, no estamos en presencia de una nulidad total de este, sino de una situación de fraude de ley en la contratación con consecuencia de la consideración del contrato como indefinido y la calificación del cese como despido.

(STS, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2017, rec. núm. 2890/2015).

La desaparición del centro de trabajo comporta la extinción del mandato representativo

Despido colectivo que finaliza con acuerdo en el que se contempla el cierre de varios centros de trabajo (Barcelona, Sevilla y A Coruña). Empresa que ofrece a los trabajadores de estas ciudades la posibilidad de optar entre novar el contrato a contrato a domicilio y continuar la prestación de servicios mediante teletrabajo o trasladarse voluntariamente al centro de trabajo de Madrid, centro al que queda adscrita, en todo caso, la totalidad de la plantilla con independencia del lugar de desempeño efectivo del trabajo. Efectos sobre el mandato representativo de los representantes legales de los trabajadores.

En la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro. En el caso analizado no concurre ninguna de las excepciones que pudieran excluir la aplicación de este criterio general, ya que el cierre de los centros indicados no fue producto de una decisión empresarial buscada o dirigida a la extinción de los mandatos representativos de los representantes de tales centros, sino que fue producto de un acuerdo específico con el comité intercentros en el seno de un procedimiento de despido colectivo que terminó con acuerdo entre las partes. Además, la existencia de previsiones normativas convencionales en orden a la adscripción de los trabajadores a efectos electorales y su cumplimiento excluyen cualquier atisbo de irregularidad o fraude en la asignación de los trabajadores al centro de trabajo de Madrid que ya contaba con representantes legales. **Voto particular.** No puede considerarse que la desaparición física de un centro de trabajo afecte a los trabajadores a distancia a él adscritos cuando dichos trabajadores mantienen su prestación de servicios desempeñando la misma actividad, mismas funciones, misma forma y medios de recepción de instrucciones, misma zona geográfica, etc., y lo que en realidad se ha producido no es más que un mero reajuste o modificación de la gestión o administración interna de la empresa, sin que se vean afectadas las condiciones de trabajo de dichos trabajadores, razón por la que no se les puede privar del ejercicio de los derechos de representación colectiva y otros derechos colectivos de ejercicio individual, que continuarán ostentándose hasta tanto no se hayan promovido y celebrado nuevas elecciones, a salvo de que se produzca alguno de los supuestos de extinción del mandato legalmente previstos, a tenor del artículo 67 del ET. (Vid. SAN, de 23 de diciembre de 2015, núm. 221/2015, casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2017, rec. núm. 124/2016).

Concurrencia de convenios. La prioridad del convenio de empresa no alcanza al de ámbito inferior

Impugnación de convenio colectivo. Nulidad de determinados preceptos que concurren con lo prevenido en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad.

Un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se extiende a los centros de actividad y a los trabajadores que radican y prestan servicios, respectivamente, en el ámbito de una determinada comunidad autónoma, no puede considerarse un convenio de empresa si se tiene en cuenta que existen centros de actividades radicados en otras comunidades autónomas y trabajadores que prestan servicios fuera de la comunidad a la que se circunscribe el convenio discutido. La preferencia aplicativa se limita exclusivamente al convenio de empresa y no a otros de ámbito inferior.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2017, rec. núm. 115/2016).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Identificar a un trabajador como sancionado en el cuadrante mensual de prestación de servicios elaborado por la empresa no vulnera el derecho al honor y a la intimidad

Vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Trabajador sancionado con 21 días de suspensión de empleo y sueldo cuyo nombre completo aparece en el cuadrante-gráfico elaborado por la empresa sobre los servicios mensuales correspondientes a ese periodo junto con las letras «SAN».

No nos hallamos ante un supuesto en el que la empresa haya revelado datos referidos a la intimidad personal o familiar del actor, sino que se trata de eventos relativos a su actividad profesional, lo que determina que el derecho a la intimidad personal y familiar no resulte vulnerado. Tampoco puede hablarse de un ataque a su honor o prestigio profesional, ya que solo tienen acceso al cuadrante los conductores, la dirección de la empresa y el personal de recursos humanos, sin que además aparezca en dicho cuadrante la causa que motivó la sanción sino una simple referencia a la misma. Esta circunstancia merma el posible menoscabo en el prestigio profesional del trabajador recurrente e impide que pueda hablarse de vulneración de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 1 de marzo de 2017, rec. núm. 117/2017).

No cabe despedir al trabajador por el uso personal del ordenador y el móvil de la empresa si antes no se ha prohibido

El poder disciplinario del empresario. Derecho a la intimidad del trabajador. Inexistencia de prohibición de utilización del ordenador portátil y teléfono móvil para usos personales.

Partiendo de la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores, ante la inexistencia de prohibición expresa del empresario respecto de la utilización para fines privados de estos útiles de trabajo, ninguna infracción se ha producido por parte del trabajador, por lo que el examen de ambos, cuando fueron entregados por el mismo, vulnera su derecho a la intimidad y, por tanto, no puede darse por bueno lo obtenido por el empresario en tal examen. Todo lo cual lleva a entender que no se ha producido ningún incumplimiento grave y culpable del trabajador, siendo el despido calificado como improcedente.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2016, rec. núm. 6194/2016).

Facebook y despido procedente: un binomio posible

Despido disciplinario. Manifestaciones efectuadas en redes sociales (Facebook). Residencia de personas mayores. Trabajadora despedida tras comprobarse que ha emitido comentarios injuriosos contra la empresa a través de su Facebook personal, participando en una conversación de una comisión sindical a la que pertenece.

Despido procedente. La trabajadora, tras divulgar su situación personal de conflicto con la empresa, imputa una conducta grave de consentimiento de casos de maltrato a mayores dentro del centro de trabajo, hechos que, de haber existido, podrían tener repercusión penal, por lo que dichos comentarios en una red social superan los límites de la libertad de expresión al convertirse en una conducta desleal cuando se imputa públicamente ilícito que no existe.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2017, rec. núm. 6712/2016).

La indemnización por fin de contrato en las ETT también es de 20 días

Extinción de la relación laboral. Contrato de obra o servicio. Empresa de trabajo temporal.

Se reconoce el derecho a la indemnización por fin de contrato de 20 días de salario/año, al igual que en los demás supuestos en que opera la doctrina comunitaria derivada del asunto C-596/14 (De Diego Porras), al entender la Sala que, a pesar de no ser aplicable la Directiva 1999/70/CE a las ETT, procede su reconocimiento con base en la Directiva 2008/104/CE, relativa a las empresas de trabajo temporal, pues su artículo 5.1 sostiene que los trabajadores, durante su misión, ostentarán al menos las mismas condiciones de trabajo y empleo que existan en la empresa usuaria. Dentro de dichas condiciones de empleo se comprende la indemnización por extinción del contrato de trabajo. **Voto particular.** Sería razonable que el derecho a la indemnización automática se reconociera por igual a todas las modalidades de contratos temporales, puesto que el artículo 49.1 c) ET lo reconoce para los contratos de obra o servicio determinado, en cuantía de 12 días de salario por cada año de servicio. Sin embargo, el artículo 5.1 de la Directiva 2008/104/CE no es aplicable, pues de su lectura completa no se deriva la equiparación alegada a efectos de indemnización por finalización de contrato.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2017, rec. núm. 909/2017).

Fórmula de cálculo de los descuentos salariales por huelga en las jornadas irregulares

Huelga. Descuentos salariales. Jornada irregular. Forma de cálculo del descuento salarial que la empresa ha de practicar a los trabajadores por su participación en un proceso de huelga.

La retribución a descontar por cada día de huelga comprende el salario de la jornada y determinados conceptos de salario diferido. Dentro de estos conceptos figuran la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga. El descuento salarial proporcional por huelga no repercute, en cambio, salvo que se comprenda dentro del período de huelga, en la retribución de los días festivos, que no está conectada con un tiempo de trabajo precedente sino con la celebración de acontecimientos de orden religioso o civil. En relación con las pagas extraordinarias, el empresario no está autorizado para anticipar descuentos futuros por un pago salarial que no se ha anticipado, es decir, no procede efectuar descuento alguno correspondiente a la parte proporcional de las pagas extraordinarias hasta el momento de abono de las mismas. Por tanto, las pagas de participación en beneficios deben ser asimiladas a las gratificaciones extraordinarias a los efectos de descuento retributivo. En relación con la retribución de las vacaciones rige implícitamente el criterio de la imposibilidad de descuento, por aplicación analógica de la regla de cómputo como días de servicio para el cálculo de tal concepto retributivo de las ausencias justificadas al trabajo. El cálculo de la hora ordinaria que ha de ser considerada para efectuar el descuento ha de hacerse dividiendo el salario anual, una vez deducidos los días de vacaciones, festivos y los descansos, calculados del modo anticipado, por las horas de trabajo o jornada anual y multiplicar el resultado por el número de horas concretas que dejaron de hacer los trabajadores que ejercieron su derecho de huelga. Cuando se trata de jornadas irregulares no cabe hacer detracciones generales con arreglo al salario mensual por cada día de huelga, sino que el descuento salarial ha de partir del número de horas concretas de trabajo que tenían adjudicados los días de huelga.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2016, rec. núm. 1174/2016).

Viudedad y separación judicial: la reanudación de la convivencia sin comunicarlo al juzgado no impide el reconocimiento de la pensión

Pensión de viudedad. Separación judicial. Convivencia ininterrumpida desde la separación judicial hasta el fallecimiento del causante, durante más de diez años, sin comunicación de la reconciliación al juzgado de familia correspondiente.

Aunque la convivencia reanudada y mantenida durante más de diez años, hasta la muerte del causante, no se puede calificar como convivencia matrimonial en sentido estricto, tal hecho puede tener consecuencias jurídicas a efectos de .../...

.../...

alcanzar el derecho a pensión de viudedad, dado que las situaciones de convivencia de hecho, cuando se reúnen los requisitos para ser calificados como pareja de hecho, dan acceso a la prestación, ex artículo 174.3 del TRLGSS. Habiendo quedado acreditados todos y cada uno de los requisitos previstos en dicho artículo, a excepción de la inscripción constitutiva en registro público, este debe entenderse cumplido, pues la existencia de pareja de hecho se desprende del otorgamiento en común, constante la separación, de escrituras públicas, como si de un matrimonio se tratase, en los años 2001, 2002 y 2003 (compraventa de finca, crédito con garantía hipotecaria, declaración de obra nueva, etc.), que sirven como documentos acreditativos de la constitución de la pareja de hecho, habiéndolo sido con una antelación de más de dos años anteriores al fallecimiento, sin que parezca lógico exigir el requisito de la formalización de una relación de pareja de hecho a quienes son cónyuges, aunque estén separados, con convivencia posterior. **Cosa juzgada.** Ejercicio de la acción en reconocimiento de existencia de pareja de hecho con base en una convivencia *more uxorio*. No concurre el sentido negativo de la cosa juzgada material toda vez que en las dos ocasiones anteriores en que la viuda acudió a los tribunales para el reconocimiento de la pensión de viudedad la solicitud se fundamentó en dos acciones distintas a la presente, a saber, reconciliación no comunicada al juzgado y aplicación de la disposición transitoria decimotercera del TRLGSS, en lugar de entender la situación desde la perspectiva de mera pareja de hecho. La Sala considera que la base fáctica también era distinta.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2017, rec. núm. 1650/2016).

No es necesario el agotamiento de la vía administrativa previa cuando se demanda a una Administración pública en su condición de empleadora

Indemnización por daños y perjuicios derivados de incumplimientos contractuales. Reclamación por profesora titular de escuela universitaria frente a la Universidad del País Vasco por incumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales. Necesidad de interponer reclamación administrativa previa. Improcedencia.

El requisito preprocesal del agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial es exigible en relación con los litigios en materia de derecho administrativo del trabajo, en los que la Administración pública ha intervenido realizando un acto administrativo en materia laboral, esto es, como poder público, ejercitando potestades en materia laboral que tiene atribuidas. Pero este requisito no es exigible cuando la Administración pública actúa en su condición de empleadora. A estos efectos es irrelevante que la demandante sea funcionaria pública y no trabajadora en régimen de derecho laboral, ya que, en todo caso, la condición de empleadora de la demandada es clara y la reclamación que se le dirige lo es exclusivamente en tal condición.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2017, rec. núm. 1166/2017).