



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de julio de 2018)

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

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

#### El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es de aplicación cuando en la sucesión de contratas opera la subrogación convencional (sí, también sus previsiones de responsabilidad solidaria)

Sucesión de contratas. Sucesión de empresa. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Subrogación en los contratos de trabajo por imperativo de lo pactado en un convenio colectivo. Convenio que excluye la obligación de que el cedente y el cesionario de la empresa respondan solidariamente de las obligaciones, incluidas las salariales, derivadas de los contratos de trabajo antes de la transmisión de dicha empresa. Empresa principal, arrendataria de servicios, que resuelve el contrato de vigilancia de instalaciones celebrado con una contratista y formaliza, a efectos de la ejecución de esta prestación, un nuevo contrato con otra empresa, que se hace cargo en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial del personal que la primera contratista destinaba a la vigilancia, descansando la actividad fundamentalmente en la mano de obra.

Una actividad de vigilancia de un museo, como la que es objeto del litigio principal, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate. La identidad de una entidad, en este caso en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, puede mantenerse si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de la entidad. El hecho de que la contratista cesionaria se viera obligada a hacerse cargo del personal de la cedente en virtud de un convenio colectivo no afecta, en cualquier caso, a la circunstancia de que la transmisión se refiera a una entidad económica. Además, el objetivo perseguido por el convenio colectivo es el mismo que el de la Directiva 2001/23/CE en lo que atañe a la asunción de una parte del personal. Por consiguiente, el artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE debe interpretarse en el sentido de que esta directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas. En la medida en que la contradicción de las disposiciones del convenio colectivo de aplicación, que no establecen la responsabilidad solidaria entre contratistas cedente-cesionario, con las previsiones del artículo 44.3 del ET, que sí prevén dicho alcance, suponen un examen de conformidad de disposiciones normativas nacionales entre sí, dicho examen implica valorar cuestiones de jerarquía de normas internas que se escapa de la competencia del TJUE.

(STJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17)

## Según el TJUE los trabajadores migrantes con convenio especial podrían efectuar una cotización superior con efectos retroactivos para mejorar su pensión de jubilación

Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Pensión de jubilación. Modo de cálculo. Convenio especial. Normativa nacional que obliga al trabajador a cotizar con arreglo a la base mínima de cotización. Equiparación por el INSS del periodo durante el que el convenio especial se aplica a un periodo realizado en España, de forma que, al calcular el importe teórico de la pensión de jubilación, solo se tienen en cuenta las cuotas mínimas abonadas en el marco de dicho convenio, a pesar de que antes de ejercer el derecho a la libertad de circulación el trabajador cotizara en España con arreglo a bases superiores.

Al obligar la normativa nacional a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial a satisfacer cuotas calculadas con arreglo a la base mínima de cotización, la normativa nacional en cuestión establece una diferencia que puede suponer para los trabajadores migrantes un trato más desfavorable que el deparado a los trabajadores sedentarios que realicen toda su carrera profesional en el Estado miembro en cuestión. Dada la incompatibilidad de la normativa nacional con la de la Unión, es preciso que el juez competente examine la posibilidad de llevar a cabo una interpretación conforme del derecho nacional. Si ello no fuera posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el derecho de la Unión y tutelar los derechos que este concede a los particulares, así como de abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria a aquel derecho de la Unión. Corresponde al juez remitente determinar los medios más adecuados para conseguir la igualdad de trato, ahora bien, este objetivo podría alcanzarse, *a priori*, concediendo también a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial la facultad de cotizar con arreglo a bases superiores a la base mínima, y permitiéndoles cotizar retroactivamente con arreglo a las mismas, pudiendo en consecuencia reclamar sus derechos a una pensión de jubilación en función de estas nuevas bases.

(STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-2/17)

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

## Despido nulo de trabajador con reducción de jornada por guarda legal. Los salarios de tramitación, que tienen naturaleza indemnizatoria, deben ser abonados sin tener en cuenta la reducción de jornada

Despido nulo de trabajador en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo. Cómputo de los salarios de tramitación.

Teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria que es atribuible a los salarios de trámite, en cuanto suponen un resarcimiento para compensar el daño ocasionado al trabajador por la pérdida de la retribución que hubiere devengado de no haber sido objeto de un despido contrario a derecho, y que la jornada reducida por guarda legal tiende a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el artículo 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible, el criterio neutral consistente en calcular la indemnización en función del salario realmente percibido perjudicaría de forma desproporcionada a las personas que utilizan esta vía legal de compaginación de su trabajo con el cuidado de sus hijos. Por ello, en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 del ET, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Con ello se pretende evitar la pérdida o la reducción de los derechos derivados de la relación

.../...

.../...

laboral, adquiridos o en curso de adquisición, a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicia un permiso parental, así como garantizar que, al finalizar dicho permiso, el trabajador se encuentre, por lo que respecta a tales derechos, en la misma situación en que se hallaba al iniciarse el citado permiso.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2018, rec. núm. 2152/2016)

## Es posible celebrar contrato de interinidad por vacante para ocupar puestos fijos discontinuos en la Administración pública

Xunta de Galicia. Celebración de contrato de interinidad por vacante para ocupar puestos fijos discontinuos durante la campaña de extinción de incendios.

Teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones a desempeñar por los peones a los que se contrata para la detección, localización y comunicación de columnas de humo o incendios forestales en época estival, no puede calificarse como algo que razonablemente pueda proveerse de manera puntual a través de un contrato por obra. La ubicación geográfica y condiciones climáticas hacen que el riesgo de incendio se incorpore lamentablemente al núcleo de supuestos que da origen a actividades necesarias y permanentes. Por esta razón, el contrato adecuado es el fijo discontinuo, por cuanto se trata de atender necesidades de la empresa que, aunque no son permanentes, la exigencia de prestar ese servicio se reitera de forma cíclica o intermitente durante periodos de tiempo variables en función de las condiciones meteorológicas. Cuando la Administración actúa en fraude de ley encadenando contratos de obra para el desempeño de la actividad mencionada, debe anudarse la consecuencia jurídica de convertir la relación laboral en indefinida no fija, con la particularidad de que afecta a un puesto de trabajo fijo discontinuo, por lo que la figura deberá denominarse trabajador indefinido no fijo discontinuo. Llegados a este punto y habida cuenta de que la Administración pública puede recurrir a la contratación de interinos por vacante para atender los puestos de trabajo que carezcan de un titular, no hay ningún obstáculo legal que impida utilizar esa misma fórmula en relación con una actividad de carácter fija discontinua cuyas plazas estén ya dotadas, aprobadas e incluidas en la relación de puestos de trabajo, en tanto se proceda a su cobertura definitiva por el procedimiento reglamentario que corresponda. El trabajador interino por vacante ocuparía en estos casos una plaza de fijo discontinuo y deberá ser llamado al inicio de cada campaña anual y hasta que esa plaza sea cubierta reglamentariamente por su titular o la relación laboral se extinga por otra causa legal. Admitido que la Administración puede contratar interinos por vacante para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, nada obsta que pueda también hacerlo cuando la plaza vacante se corresponde con una actividad de naturaleza estable, permanente e indefinida, aunque tenga la particularidad de ser de cíclica y de temporada y por ello discontinua.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2018, rec. núm. 2581/2016)

## Infarto acaecido en lugar y tiempo de trabajo. Fumar tres paquetes diarios no rompe la presunción de laboralidad

Consideraciones sobre el accidente de trabajo. Fallecimiento a consecuencia de una disección aórtica cuyos primeros síntomas se manifiestan durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Empleado que sin antecedentes de patología cardiovascular y sin conllevar un especial esfuerzo ni una tensión particular el desempeño de sus cometidos laborales ha consumido tres cajetillas de tabaco al día durante los últimos diez años.

.../...

.../...

La presunción *iuris tantum* del artículo 115.3 de la Ley general de la Seguridad Social se extiende no solo a los accidentes sino también a las enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a aquellas que excluyan una etiología laboral. Esta presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo. En el caso analizado, el causante murió como consecuencia de un desgarramiento en una zona debilitada de la pared aórtica, cuyo principal factor de riesgo es la hipertensión, por lo que no cabe descartar que la elevación de la presión arterial a causa del estrés inherente a la ejecución de su actividad laboral como vigilante de seguridad actuase como factor desencadenante o coadyuvante en la producción del suceso lesivo. Se trata, por tanto, de una dolencia que, manifestada en lugar y tiempo de trabajo, se beneficia de la presunción del artículo 115.3 de la LGSS, por lo que no concurriendo ninguna circunstancia que permita desvirtuar los efectos que se derivan de dicha presunción, sin que pueda valorarse como tal el hábito tabáquico que supone otro factor de riesgo, hay que concluir que su fallecimiento se debe atribuir a la contingencia de accidente de trabajo.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2018, rec. núm. 4123/2015)

## Es accidente laboral el desprendimiento de retina que acontece mientras el trabajador se encuentra prestando servicios frente a la pantalla del ordenador

**Incapacidad temporal. Determinación de la contingencia. Desprendimiento de retina que se manifiesta súbitamente mientras la trabajadora está desempeñando sus servicios laborales delante del ordenador.**

El hecho de que se trate de una lesión súbita que aparece en tiempo y lugar de trabajo conduce necesariamente a la aplicación del artículo 115.3 de la LGSS, en cuya virtud se presume que estamos en presencia de un accidente de trabajo. Más aún si se tiene en cuenta que no cabe excluir el factor trabajo en el desencadenamiento de patologías oculares, en concreto, el desprendimiento de retina, sin perjuicio de que, estadísticamente, existan otras causas productoras más frecuentes. Establecida la presunción, corresponde a quien pretende destruirla acreditar la falta de conexión causal entre trabajo y lesión, acreditación que no se ha producido en este caso, habida cuenta de que no puede considerarse como tal el argumento de que no existen casos en la literatura médica que conecten trabajo ante pantallas de ordenador con desprendimiento de retina. En primer lugar, porque, aunque la tarea realizada cuando se produjo el fatal evento tuvo lugar ante una pantalla, la presunción legal se refiere al tiempo y lugar de trabajo y no a los instrumentos que se utilicen y, en segundo lugar, porque la destrucción de la presunción hubiera exigido la acreditación de una radical incompatibilidad entre el trabajo y la lesión que en este caso no se ha producido.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de junio de 2018, rec. núm. 3144/2016)

## La madre divorciada que tiene la guardia y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave no puede seguir disfrutando de la prestación otorgada para su cuidado si el otro progenitor causa baja en la Seguridad Social

**Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Madre divorciada que tiene la guarda y custodia de su hija. Derecho a seguir disfrutando de la prestación cuando el otro progenitor causa baja en la Seguridad Social. Improcedencia.**

El artículo 135 quáter de la LGSS condiciona el acceso a la prestación a que ambos progenitores trabajen y estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social, sin establecer diferencias entre progenitores

.../...

.../...

casados (separados legalmente o no), divorciados y no casados (convivientes o no). Esta norma presupone que si uno de los progenitores no trabaja está en condiciones de prestar a su hijo la atención que requiere por su enfermedad, sin distinguir a estos efectos si, en caso de separación o divorcio, el que cuida al menor enfermo es el que tiene asignada su custodia. También en esos supuestos es requisito de la prestación que ambos progenitores trabajen. Ello significa que ni la ruptura de la convivencia entre los progenitores ni la disolución del matrimonio alteran las responsabilidades sobre los hijos, que siguen teniendo carácter conjunto, aunque la guardia y custodia la ejerza uno de ellos. Entre el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad, a ejercitar conjuntamente por los dos progenitores, se encuentra el de velar por los hijos, que comprende el de procurar que reciban los cuidados sanitarios adecuados, de forma que puedan disfrutar del mejor estado de salud posible durante la infancia y el resto de su vida. Por otra parte, si acudimos al criterio de la realidad social, la tendencia creciente es que ambos progenitores, pese a haber roto su convivencia, compartan de manera efectiva el cuidado de los hijos comunes, en especial cuando padecen una enfermedad grave.

(STS, Sala de lo Social, de 12 de junio de 2018, rec. núm. 1470/2017)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### La declaración de no apto de un trabajador efectuada por un servicio de prevención no es causa automática para que opere el artículo 52 a) del ET

**Despido objetivo. Ineptitud sobrevenida. Cese del trabajador con posterioridad a su declaración como no apto por los servicios médicos de prevención.**

La declaración de no apto por el servicio de prevención, propio o ajeno, no excusa al empleador de justificar la concurrencia de los requisitos legales del despido por ineptitud sobrevenida, para lo cual puede valerse de cualquiera de los medios de prueba admisibles en derecho, por ejemplo, citando a juicio al facultativo que suscribió el informe declarando no apto al trabajador para que explique cuáles son las concretas dolencias que le aquejan y por qué no puede desempeñar sus funciones. De lo contrario, si la declaración de no aptitud del servicio de prevención vinculase el despido por ineptitud sobrevenida, bastaría con que un servicio de prevención propio de la empresa declarase dicha falta de aptitud para que el empleador pudiera extinguir la relación laboral sin posibilidad de defensa por parte del trabajador, lo que le situaría en una situación de indefensión proscrita por la Constitución.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2018, rec. núm. 45/2018)

### Competencia territorial: cuando el trabajador presta servicios como transportista puede acudir al foro de su propio domicilio sin necesidad de haberlo hecho realmente en esa circunscripción

**Competencia territorial de los órganos del orden social. Transporte por carretera. Apreciación en instancia de la excepción opuesta por la empresa al alegar que su domicilio, como demandada, está en Valencia, siendo este además el lugar desde el que parte el trabajador para realizar su trabajo.**

Siendo la actividad de la empresa la de transporte de mercancías por carretera, tal actividad se desarrolla a lo largo y ancho de la geografía española. Partiendo de ese contexto, ha de interpretarse la norma que se contiene en el párrafo

.../...

.../...

segundo del número 1 del artículo 10 de la LRJS en el sentido de que el legislador no exige que los servicios hayan de ser prestados efectivamente en todos y cada uno de los lugares que integran las distintas circunscripciones territoriales, sino que basta que se presten, sin especificación o concreción de una de ellas en particular, para que nazca el derecho del accionante actor al fuero alternativo de su domicilio. Es decir, el legislador ha querido que una vez que los servicios de la empresa se presten en distintas circunscripciones, ello basta para poder plantear la acción el demandante en el primero de los fueros competenciales, es decir, el de su propio domicilio, sin necesidad de que efectiva y realmente los servicios empresariales sean prestados en la circunscripción de ese domicilio.

(STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2017, rec. núm. 281/2017)

## JUZGADO DE LO SOCIAL -GUÍA-

### Los contratos de interinidad de más de tres años de duración se consideran indefinidos

**Contrato de interinidad. Extinción del contrato con la Administración. Cese por cobertura reglamentaria de la plaza. Despido o finalización regular del contrato. Indemnización. Normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto. Trabajadora interina que es cesada a los 8 años y 10 meses desde la concertación de su contrato.**

Dos circunstancias ha de tener en cuenta el juez nacional, según indica la STJUE 677/16: la imprevisibilidad de la duración del contrato de interinidad y la duración inusualmente larga del mismo. Al respecto señala el magistrado de instancia que en ningún caso, aplicando la normativa nacional, puede desprenderse argumento alguno que por razón de la imprevisibilidad de la fecha concreta de su extinción al momento de suscribirse el contrato de interinidad, conduzca a calificar el vínculo como fijo y no como temporal. Debe entonces analizarse el otro dato relevante, la duración excesivamente larga, desprendiéndose de la STJUE que debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya extensión no puede precisarse de forma determinada al momento de suscribirlos. Teniendo en cuenta el principio de interpretación conforme, concretamente la cláusula 5.<sup>a</sup> del Anexo de la Directiva 1999/70/CE, se impone la interpretación en favor de que los contratos de interinidad para cobertura de vacante no puedan excederse del plazo de tres años establecido en el artículo 70 del Estatuto básico del empleado público para la ejecución del proceso de selección, abarcando desde su concertación y hasta que efectivamente se cubra conforme al procedimiento reglado. No puede aceptarse que por vía convencional (convenio colectivo aplicable) se articule un procedimiento para cobertura de la oferta de empleo público ajeno a la norma legal (art. 70 del EBEP) y que suponga una ampliación del plazo allí establecido. En el supuesto de que se produzca la meritada extinción en aquel plazo de tres años, encajaría en las previsiones del artículo 49.1 c) del ET y no habría lugar a indemnización en favor de la trabajadora. Ahora bien, en caso contrario, la recalificación como indefinido no fija de su relación conduce a una extinción con causa en cobertura reglamentaria de la plaza, pero extemporánea, donde, en definitiva, dicha extinción podría ser asimilable a las que el legislador considera como por circunstancias objetivas, con las mismas consecuencias indemnizatorias pero sin que constituya en realidad un despido.

(SJS núm. 33 de Madrid, de 28 de junio de 2018, núm. 260/2018)

## Los administradores en sociedades de capital también pueden ser responsables solidarios por las deudas laborales

Ejecución de sentencias. Demanda incidental de extensión de responsabilidad. Sociedades de capital. Responsabilidad solidaria del administrador. Falta de convocatoria de la junta general pese a las importantes pérdidas de la empresa. Trabajadores que reclaman la referida responsabilidad por las deudas salariales. Delimitación de competencias entre el Orden Social y el Civil. Derecho al ejercicio de la acción ante el Orden Social, mismo que el competente para conocer por la acción declarativa de sus créditos salariales.

Habiéndose planteado cuestión prejudicial ante el TJUE por una eventual infracción de la normativa comunitaria por parte de la jurisprudencia del TS en esta materia, al determinar la necesidad de duplicar las reclamaciones jurisdiccionales, recayó sentencia de aquel órgano en el [Asunto C-243/16](#) en el sentido de no considerar que la jurisprudencia del TS infrinja los preceptos comunitarios, de tal forma que los trabajadores, en una situación como la descrita, han de ejercitar las dos acciones ante distintos Órdenes jurisdiccionales, el Social y el Civil. Sin embargo, entiende el magistrado que teniendo en cuenta el artículo 6.1 del CEDH y su jurisprudencia (que reconoce el derecho a un proceso equitativo sin dilaciones indebidas) y considerando la triple lesión que se acarrea por la necesidad del ejercicio duplicado (dilación en el tiempo careciendo de base legal, sacrificio de la preferencia del crédito laboral e incremento –como mínimo doblar– de gastos de procedimiento) debe concluirse en buena lógica jurídica que los órganos de la jurisdicción social son competentes para resolver la eventual declaración de responsabilidad del demandado incidental con fundamento en los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital. **Responsabilidad solidaria.** Ahora bien, es preciso destacar que los presupuestos legales para que pueda declararse la responsabilidad solidaria de los administradores son, a partir del tenor literal del artículo 367 de la LSC: la existencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en el artículo 363 de la LSC (en el caso, un año de inactividad); la omisión de los administradores consistente en no convocar la junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas; el transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución; la imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y, por último, la existencia de un crédito contra la sociedad. A estos requisitos, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS ha agregado dos exigencias adicionales: la inexistencia de causa justificadora de la omisión y la buena fe en el ejercicio de la acción. Dado que entre la constitución de las ejecutorias (diciembre de 2013) y la consideración de cese en la actividad de la compañía como causa de disolución de la misma se produce transcurrido más de un año (a finales de 2014), procede estimar la extensión de responsabilidad al administrador demandado incidental con fundamento en el artículo 367 de la LSC y declarar su responsabilidad solidaria en las deudas derivadas de las ejecutorias de las que dimana el presente procedimiento de apremio.

(SJS núm. 30 de Barcelona, de 14 de mayo de 2018, núm. 75/2018)