



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de junio de 2019)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

El Tribunal Supremo confirma que es tiempo de trabajo la asistencia voluntaria fuera de la jornada laboral a eventos de empresa organizados con carácter comercial

Altadis, SA, Tabacalera, SLU e Imperial Tobacco. Tiempo de trabajo. Actividades desempeñadas fuera de jornada consistentes en asistencia a eventos y competiciones deportivas organizadas por la empresa con carácter comercial.

El trabajador tiene derecho a que se programe el inicio de la siguiente jornada de trabajo no en el horario habitual, sino 12 horas después de haber finalizado las actividades relacionadas con el evento especial, y a que se consideren las horas dedicadas a dichas actividades como jornada laboral. El concepto de «jornada de trabajo», que es el término utilizado por el artículo 34.1 del ET, equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad. En el plano jurisprudencial, «la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio» y, en términos del artículo 34.5 del ET, es el tiempo en que el trabajador «se encuentra en su puesto de trabajo». La postura jurisprudencial española es acorde con lo que dispone la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, cuyo artículo 2.1 define el tiempo de trabajo como «todo periodo durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Es importante destacar que el tiempo de descanso es definido por oposición como «todo periodo que no sea tiempo de trabajo» (art. 2.2 de la directiva), de ahí que el TJUE haya calificado como tiempo de trabajo cualquiera que se destine a estar a disposición del empresario, sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desempeñada durante el mismo. En consecuencia, ninguna duda cabe de que la asistencia a los eventos calificados como actividades «comerciales especiales fuera de la jornada», tales como presentaciones de revistas y competiciones deportivas, forma parte del tiempo de trabajo y, por consiguiente, ha de regirse por los límites establecidos en el artículo 34.3 del ET.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de marzo de 2019, rec. núm. 30/2018)

Los contratos de obra extinguidos por disminución del volumen de la contrata deben computarse, con independencia de lo que establezca el convenio, para la determinación de los umbrales del artículo 51 del ET

Sector de *contact center*. Konecta BTO, SL. Despido colectivo. Competencia objetiva. Determinación de si existe o no despido colectivo de facto por superación de los umbrales numéricos a propósito de la extinción de contratos por obra o servicio por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata.

No puede negarse que el convenio colectivo de aplicación no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata, al margen de lo dispuesto





en el ET, ni que en el artículo 49 del mismo se regule ninguna causa nueva de extinción de las que señala, sino que tal situación tiene encaje en lo dispuesto en los artículos 51 o 52 c) del ET. El artículo 17 del convenio colectivo de *contact center* no regula, ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET; por lo tanto, hemos de acudir al artículo 51 del mismo para determinar si estamos o no ante un despido colectivo. Y la conclusión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, no puede ser otra que la de determinar que nos encontramos ante un despido colectivo de facto, pues en el cómputo para la determinación de los umbrales a que se refiere el artículo 51 del ET están incluidos los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidas solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término. En el caso, superándose los umbrales previstos en el artículo 51 del ET, nos encontramos ante un despido colectivo, cuyo conocimiento es competencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Y siendo la competencia objetiva la única cuestión que debe abordar esta sala, la estimación de este motivo de recurso veta el examen de otras cuestiones relativas al fondo del asunto, que corresponderá a la sala de procedencia resolver. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 165/2018)

El reglamento de funcionamiento del comité de empresa no tiene naturaleza normativa ni se impone al comité elegido con posterioridad

Profesores de Religión de centros públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid. Posibilidad que ostenta el nuevo comité de empresa constituido tras elecciones sindicales de modificar el reglamento de funcionamiento interno anterior.

El reglamento de funcionamiento del comité de empresa constituye una herramienta –que carece de naturaleza normativa– cuya elaboración corresponde a los miembros integrantes del comité, en el seno de este y con arreglo a las reglas de participación que son la esencia de su mandato representativo. Nada indica la ley acerca del contenido mínimo de tal reglamento, limitándose a establecer dos requisitos: a) el respeto a lo dispuesto por la propia ley –lo que ha de entenderse una remisión a las características de órgano colegiado, integrado de forma proporcional a los resultados electorales–; y b) la remisión de copia del mismo a la autoridad laboral, para su registro, y a la empresa. De lo que no cabe duda es de la directa vinculación del reglamento con cada comité de empresa. Tal es el tenor literal del artículo 66.2 del ET cuando indica que es el propio comité el que elabora su reglamento de procedimiento. Ello excluye la perpetuación de instrumentos anteriores, adoptados por comités anteriores, salvo que de forma clara el comité entrante asuma como propio un reglamento previo. Por consiguiente, no es admisible que se persiga la nulidad del nuevo reglamento con base en el incumplimiento de una regla que se hallaba en un texto no aplicable al nuevo comité. Por otro lado, no quebranta disposición legal alguna el hecho de que el nuevo reglamento aprobado reconozca al presidente del comité voto de calidad, ya que nada obsta a que se puedan dar situaciones en que la presencia de los miembros del comité no sea impar y, en último caso, fuera necesario dirimir un empate en una determinada votación.

(STS, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2019, rec. núm. 21/2018)

Es ilegal, por abusiva, la huelga que se convoca en la empresa, con el mismo objeto y para los mismos días, por 5 sindicatos diferentes, al quedar comprometida la negociación

Huelga. Convocatoria por separado por 5 sindicatos con el mismo objeto y en fechas coincidentes, constituyéndose 5 comités de huelga diferentes con 43 miembros, en lugar de los 12 que, como máximo, debe tener un comité de huelga.

Aunque cada sindicato tiene derecho a convocar y desconvocar la huelga, solo o por separado, resulta abusivo pretender que la negociación se lleve a cabo simultáneamente con 5 comités de huelga, o con uno compuesto por 43 miembros, sin posibilidad alguna de minorar el número de componentes de la comisión negociadora, lo que es desproporcionado, dado lo dispuesto en el artículo 5 del RDL 17/1977 y en el artículo 87.1 del ET sobre la composición de la comisión negociadora de los convenios empresa. No hay que olvidar que el derecho de huelga se reconoce por el artículo 28.2 de la CE a los trabajadores para la defensa de sus intereses, lo que comporta la apertura de una negociación en la que se debe perseguir la obtención de un acuerdo que le ponga fin. Si ese es el objetivo perseguido, no resulta que sea fácil de lograr si en la negociación abierta intervienen directamente en defensa de unas posiciones 43 personas pertenecientes a diferentes sindicatos y con distintas estrategias que podrían acabar provocando el que la construcción del acuerdo se convirtiera en la de una nueva torre de Babel. Esta actuación es ilícita por abusiva, al ser contraria a la ley y al espíritu que la informa, sin necesidad de tacharla de fraudulenta. Sala General (*Vid. SAN de 18 de julio de 2017, núm. 115/2017*, casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2019, rec. núm. 236/2017)

La concesión de la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión, como madre reagrupada, no implica el derecho automático a la asistencia sanitaria en España

Seguridad Social. Derecho a la asistencia sanitaria de una persona de nacionalidad cubana que ha sido reagrupada por su hija, ciudadana española, cuando aquella tiene concedida la tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión, al amparo de lo previsto en el RD 240/2007.

La sentencia recurrida sostiene que reúne los requisitos del artículo 2.1 b).3 del RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. La sala considera, sin embargo, que la concesión de la tarjeta indicada no supone la existencia automática del derecho, sino que la dinámica de este está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión relativo a que el reagrupante disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia y de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España, tal y como se desprende del artículo 7.1 b) y 2 del RD 240/2007. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria, al estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa. Sala General. **Voto particular.** El demandante, como extranjero titular de una autorización para residir en territorio español y mientras esta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica, cabe entender que mantiene los presupuestos para su concesión, y que, por la remisión ex artículo 12 de la Ley orgánica 4/2000 («Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria»), ostenta la condición de asegurado con derecho a asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

(STS, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2019, rec. núm. 1068/2018)

Variación sustancial de demanda por despido. ¿Qué ocurre cuando transcurre un importante lapso de tiempo entre la presentación del escrito de ampliación y la celebración del juicio oral?

Proceso laboral. Variación sustancial de demanda por despido. Escrito de ampliación, presentado 2 meses antes de la celebración del juicio oral, en el que a los hechos de la demanda se añade el texto de una conversación que tuvo lugar antes del cese y por cuya causa se alega por primera vez vulneración de derecho fundamental por discriminación política, solicitándose la calificación de nulidad de la extinción y una indemnización por daños.

Ni es dable causar indefensión a la parte demandada desconociendo el carácter de variación sustancial de los nuevos contenidos del petitum ni lo es causar indefensión a la parte actora identificando la variación sustancial producida con la que tiene lugar en el acto del juicio, vedándole toda posible eficacia cuando el acontecer histórico procesal acredita una presentación del escrito de ampliación el 29 de enero de 2016 y la celebración del juicio oral el 2 de marzo de ese mismo año, permitiendo al órgano de instancia dar traslado a la parte demandada al igual que se había hecho con la demanda original y la documentación que la pudiera acompañar, sin reservar su noticia para el momento del juicio oral. El principio de tutela judicial efectiva identificado como derecho fundamental en el artículo 24 de la CE debe conducir la resolución del litigio a la estimación del recurso, pues efectivamente nos hallamos ante una variación sustancial, si bien con una distinta consecuencia, la de retrotraer la nulidad de actuaciones al momento de presentación del escrito de ampliación, a fin de que por el Juzgado de lo Social se acuerde su traslado a la parte demandada y la celebración de nuevo juicio, sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS. La solución así adoptada no supone extralimitación respecto al debate establecido por el recurso u observado por la sentencia de contraste cuya doctrina es de aplicación, ya que la sala dispone de libertad para, una vez adoptado un criterio con arreglo a una de las doctrinas contrapuestas, adoptar la solución que más se ajuste a derecho y que puede no estar contemplada en una de las sentencias que integran la contradicción.

(STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2019, rec. núm. 1504/2017)

Acceso al recurso de suplicación. Determinación de la cuantía litigiosa que constituye el objeto del proceso cuando se reclaman diferencias respecto de una pensión reconocida en vía administrativa

Recurso de suplicación. Determinación de la cuantía litigiosa que constituye el objeto del proceso. Presentación de jubilación reconocida por el INSS en vía administrativa. Trabajador que reclama una superior pensión.

La cuantía a efectos del recurso de suplicación debe calcularse conforme a la diferencia en cómputo anual entre la suma de la pensión reconocida por el INSS en vía administrativa y la reclamada en la demanda, que no entre esta última y la resultante de la sentencia de instancia que estima parcialmente la pretensión formulada por el trabajador. Recurso de casación para la unificación de doctrina. En una materia como la presente, no es necesario invocar sentencia de contraste, pues la cuestión del acceso a suplicación por razón de la cuantía puede ser examinada de oficio por la sala, aunque no concurra la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación.

(STS, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2019, rec. núm. 1291/2017)

AUDIENCIA NACIONAL -GUÍA-

Aunque así lo establezca el convenio, el permiso por fallecimiento de familiares no puede iniciarse el mismo día en que se produce el hecho causante

Conflicto colectivo. Permiso por fallecimiento de familiares. Sector de *contact center*. Convenio que señala como día de inicio del disfrute el del hecho causante.

La finalidad de los permisos retribuidos, regulados en el artículo 28.1 d) y e) del II Convenio colectivo de *contact center*, es que los trabajadores atiendan el estado de necesidad provocado por el fallecimiento de los familiares que conforman su entorno afectivo más cercano, para lo cual, se les reconoce determinados días de permiso retribuido, lo que significa que esos días tienen derecho a ausentarse del trabajo con derecho a retribución. Dicha finalidad no se alcanzaría si se resta el día del hecho causante, cuando el fallecimiento del familiar se produce durante la jornada laboral y, con más motivo, si cabe, si el fallecimiento se produce una vez concluida dicha jornada. Es cierto y no escapa a la sala que el convenio activa el derecho desde que ocurra el hecho causante; lo que puede suceder cuando el trabajador esté prestando servicios o cuando haya concluido su servicio, pero no es menos cierto que, siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar desde uno determinado (en el que ocurra el hecho causante), a tenor con lo dispuesto en el artículo 5.1 del CC, quedará excluido del cómputo, el cual deberá empezar al día siguiente. Lo relevante es que los trabajadores dispongan efectivamente de la totalidad de los días pactados que los negociadores consideraron ajustados a la gravedad de los estados de necesidad protegidos, sin que quepa neutralizar el día del hecho causante, porque dicha interpretación impide que el permiso retribuido alcance plenamente los objetivos y finalidades por las que se pactó y hace de peor condición, ante el mismo estado de necesidad, a los trabajadores a quienes se les produce el hecho causante durante el trabajo, o después del trabajo, con respecto a los demás, sin que concurran razones solventes para que disfruten de un menor número de días de permiso por las mismas causas.

(SAN, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2019, núm. 68/2019)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

Reclamación de horas extraordinarias en empresas que no llevan un registro diario de la jornada. Cabe probando que el horario de trabajo habitual determina una jornada semanal superior a la máxima aplicable

Horas extraordinarias. Acreditación de su realización cuando la empresa no lleva un registro diario de la jornada. Trabajador encargado de la apertura y cierre de la ferretería en la que trabajaba.

La prueba testifical, aunque no es tan contundente como la documental, es perfectamente válida y eficaz, sobre todo cuando la empresa, al no llevar ningún control horario, ha privado al demandante de acreditar sus alegaciones por medio de otros medios de prueba más sólidos, no pudiéndose entender, en ningún caso, que la omisión de tal registro horario pueda proporcionar al empleador especiales ventajas procesales obligando a los trabajadores a una prueba exorbitante sobre las horas extraordinarias. Cuando se alega que el propio horario diario y número de días de trabajo determina la superación de la jornada máxima prevista convencional o legalmente, entonces el





empleado que pretende reclamar horas extras lo que tiene que hacer es, primero, defender de forma clara en su demanda ese horario habitual (que determina la realización de una jornada normal por encima de la máxima permitida) y el periodo en que lo realizó, y luego en juicio probar que efectivamente realizaba ese horario y jornada de forma habitual en el periodo reclamado, pues, una vez probado que la jornada de trabajo que se venía realizando de forma habitual supera la máxima establecida en convenio colectivo o en el ET, entonces la determinación de cuantas horas extras se han efectuado se convierte en una simple operación aritmética, consistente en multiplicar el número de horas realizadas en exceso de jornada (por día, por semana o por mes, según la forma de cómputo empleada) por el periodo de tiempo a que se extiende la reclamación. Incumbiendo luego a la empresa, acreditado ese horario habitual por encima de la jornada, probar que, pese al mismo, en realidad no se hacían horas extras, o las mismas no son debidas, aportando, por ejemplo, registro de jornada diaria, acreditando que al demandante se le compensó el exceso de horas trabajadas con descansos o que simplemente no trabajó en todo o parte de ese periodo, o que las horas extraordinarias fueron pagadas.

(STSJ de Canarias/Tenerife, de 31 de enero de 2019, rec. núm. 654/2018)

La adhesión voluntaria a un plan de prejubilación en el seno de un ERE no impide el acceso a la prestación de desempleo

Banca Cívica, SA. Adhesión voluntaria a un plan de prejubilación en el seno de un despido colectivo. Derecho a percibir prestación por desempleo. Procedencia.

En el régimen actual de los despidos colectivos, se viene admitiendo una práctica en virtud de la cual los trabajadores afectados pueden determinarse por el empresario previa aceptación de aquellos a cambio de acogerse a determinadas contrapartidas previstas en un plan social. En estos casos, se entiende que el contrato se extingue por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador o el mutuo acuerdo de las partes, en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva (art. 51 del ET), de manera que, aunque la opción por la prejubilación sea voluntaria, el cese no lo es. En este contexto, el hecho de que a partir de la extinción de la relación laboral se fije a favor del trabajador prejubilado la garantía de una indemnización a percibir de modo fraccionado mediante una renta mensual (aparte del resarcimiento del coste del convenio especial con la Seguridad Social y las aportaciones al plan de pensiones), ello no puede privarle de la prestación de desempleo por alta que aquella resulte (3.520,29 euros mensuales), dado su carácter indemnizatorio y no salarial. Aunque difícilmente pueda entenderse que un trabajador en las condiciones de la actora necesite la prestación por desempleo, lo cierto es que el legislador no ha previsto la posibilidad de limitar el acceso al desempleo por la cuantía de las rentas que se perciben. En el caso analizado, la solicitud extemporánea de la prestación, transcurridos 3 años desde la extinción del contrato, implica su total pérdida.

(STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2019, rec. núm. 4223/2017)