



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de junio de 2022)

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

En la elección de cargos sindicales, a pesar de su carácter político y el método de selección, mediante elecciones, es aplicable la Directiva antidiscriminatoria

Prohibición de discriminación por razón de edad. Cargo de presidente electo de un sindicato. Derecho de las organizaciones de trabajadores y empresarios a elegir libremente a sus representantes. Estatuto de dicha organización que dispone que únicamente podrán ser elegidos como presidente aquellos miembros que aún no hayan alcanzado, en la fecha de la elección, la edad de 60 o 61 años. Alegación por la organización de trabajadores de que sus funciones consistían en ejercer acciones políticas.

Del uso conjunto de los términos «empleo», «actividad por cuenta propia» y «ejercicio profesional» se desprende que el artículo 3.1 a) de la Directiva 2000/78 cubre las condiciones de acceso a toda actividad profesional, cualquiera que sea su naturaleza y características. Así, además del hecho de que dicha disposición se refiere expresamente a las actividades por cuenta propia, de los términos «empleo» y «ejercicio profesional», entendido en su sentido habitual, se desprende igualmente que el legislador de la Unión no pretendió limitar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 a los puestos ocupados por un «trabajador», en el sentido del artículo 45 del TFUE, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es una persona que realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución. Procede recordar que la Directiva 2000/78 fue adoptada sobre la base del artículo 13 de la CE, actualmente, tras su modificación, artículo 19.1 del TFUE, que confiere a la Unión competencia para adoptar las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación basada, en particular, en la edad. Con ello, esta directiva concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación establecido actualmente en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En consecuencia, la Directiva 2000/78 no es un acto de derecho derivado de la Unión como los basados, en particular, en el artículo 153 del TFUE, apartado 2, que pretenden proteger únicamente a los trabajadores como parte más débil de una relación laboral, sino que tiene por objeto eliminar, por razones de interés social y público, todos los obstáculos basados en motivos discriminatorios para el acceso a los medios de subsistencia y a la capacidad de contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta. Por consiguiente, en la medida en que el cargo de presidente de la Federación HK/Privat constituye una actividad profesional real y efectiva, en particular en la medida en que se trata de una actividad a tiempo completo remunerada por un sueldo mensual, la cuestión de si las condiciones de acceso a tal cargo están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no depende de si ese presidente puede calificarse o no de trabajador en el sentido antedicho. Ante la alegación de que se trata de un cargo político, entiende el tribunal que la Directiva 2000/78 no excluye de su ámbito de aplicación las condiciones de acceso a un empleo o a un trabajo cuando el titular del puesto de que se trate haya sido elegido. Expresamente señala que la directiva referida no excluye de su ámbito de aplicación a los cargos de carácter político. Las condiciones de acceso, en el sentido del artículo 3.1 a) de la Directiva 2000/78, al cargo de presidente de una organización de trabajadores están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta directiva, pues





las limitaciones al ejercicio de la libertad de asociación respetan su contenido esencial, están justificadas y respetan el principio de proporcionalidad. Se declara, en definitiva, que un límite de edad establecido en los estatutos de una organización de trabajadores para poder optar al cargo de presidente de esa organización está incluido en el ámbito de aplicación de dicha directiva.

(STJUE, Sala Segunda, de 2 de junio de 2022, asunto C-587/20)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

El Tribunal Supremo defiende la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea, también la revisada, pero remite a un examen particularizado de sus prescripciones para la determinación de su alcance

Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Periodo de prueba legal de 1 año. Desistimiento empresarial vigente dicho periodo de prueba. Determinación de si el desistimiento debe ser preavisado con 15 días de antelación a su efectiva operatividad, con base en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea (CSE). Pretensión de indemnización equivalente a los salarios devengados durante tal periodo. Desistimiento comunicado al cuarto mes del inicio de la prestación laboral, estando prevista como duración máxima del periodo de prueba ordinario en el convenio colectivo de aplicación, para trabajadores de su misma categoría, el periodo de 2 meses.

Nuestra legislación no dispone expresamente que el desistimiento durante el periodo de prueba comporte ni una indemnización, ni la necesidad de observar un plazo de preaviso. Ahora bien, todo lo anterior es del todo válido cuando estamos ante un genuino periodo de prueba y ante un desistimiento empresarial ajustado a esa caracterización. Si su establecimiento y duración obedecen a fines de política legislativa, como es el previsto en el contrato de apoyo al emprendimiento, esa construcción quiebra por la base, al menos en su aspecto dogmático. Hay que tener presente que estamos ante una empresa que activa el desistimiento (de la demandante y otras veintisiete personas de la misma empresa) por causas inherentes a sus problemas de viabilidad, no por razones de orden individual o asociadas al desagrado con la forma de prestar su actividad la trabajadora, es decir, se activó ante la imposibilidad empresarial de consolidar los empleos creados. **Aplicación del plazo de preaviso propio del despido por causas objetivas.** Puesto que el contrato de trabajo no finaliza por motivo inherente a la persona cesada y se está utilizando el desistimiento empresarial por razones análogas a las que justifican el despido objetivo, el silencio de la Ley 3/2021 bien podría considerarse compatible con la aplicación analógica de esta figura, la cual contempla un plazo de preaviso de 15 días para la comunicación de una extinción contractual por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. En esta modalidad contractual, cuando la terminación del periodo de prueba invocada por la empresa tiene lugar transcurrido el plazo máximo que, en condiciones ordinarias, sería posible, debe entenderse que el desistimiento se basa en esa funcionalidad alternativa a la clásica. **Incidencia de la Carta Social Europea.** La jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional. El análisis de convencionalidad es un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas. Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de derecho privado como es el contrato de trabajo. Entiende la sala que, más bien, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una





de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada o la utilización de un concepto indeterminado para aludir al plazo de preaviso («plazo razonable de aviso», ex art. 4.4 CSE) deben ser superadas. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada. En definitiva, el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En este caso debe observarse el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1 c) del ET por varias razones: analogía con el despido objetivo; concordancia con el plazo de preaviso «razonable» contemplado en la CSE; cumplimiento de buena fe de los derechos y obligaciones contractuales; ajenez del contrato de trabajo (exigencia de equilibrio). La doctrina que ahora se acuña no afecta al desistimiento durante el periodo de prueba ordinario, con duración acorde a su finalidad paradigmática. Tampoco a los supuestos en que, pese a haberse celebrado un contrato de apoyo a emprendedores, el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración.

(STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2022, rec. núm. 471/2020)

Cese simultáneo del jubilado parcial y del relevista por despido colectivo que no afecta a toda la plantilla. Subsiste la obligación empresarial de contratar a otro relevista cuando la empleadora continúa con su actividad

Jubilación parcial y contrato de relevo. Cese simultáneo del jubilado parcial y del relevista por despido colectivo. Responsabilidad empresarial.

A menos que estemos en presencia de un despido colectivo de la totalidad de los trabajadores de la empresa, en cuyo caso el jubilado parcial cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extingue tiene derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde la finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, la resolución del contrato del relevista y del relevado (por despido colectivo) cuando la empleadora continúa con su actividad y mantiene la vigencia de los contratos de trabajo de una parte de su personal implica la subsistencia de la obligación empresarial de contratar a otro relevista mientras el jubilado parcial perciba la pensión de jubilación. En caso de no hacerlo, se activa la cláusula de responsabilidad empresarial recogida en la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, lo que implica el deber de abono a la entidad gestora del importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la mencionada jubilación ordinaria o anticipada.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2022, rec. núm. 139/2019)

Desistimiento empresarial durante el periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores. Es exigible el preaviso de 15 días contemplado en el artículo 53.1 c) del ET, debiendo ser su incumplimiento cubierto con la indemnización correspondiente

Extinción del contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba por voluntad del empleador. Derecho a indemnización por falta de preaviso.

Aunque el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores no tiene encaje en el artículo 49.1 b) del ET, sí puede entenderse que tiene cierto parentesco con la extinción del contrato por





causas objetivas. El artículo 53.1 c) del ET prescribe que en toda extinción por ese motivo debe existir un plazo de preaviso de 15 días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo, con independencia de cuánto haya durado la previa prestación de servicios. Puesto que el contrato de trabajo no finaliza por motivo inherente a la persona cesada y se está utilizando el desistimiento empresarial por razones análogas a las que justifican el despido objetivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), el silencio de la Ley 3/2021 bien podría considerarse compatible con la aplicación analógica de esta figura (art. 4.1 CC). Además, el principio de buena fe en las prestaciones recíprocas quedaría mal parado si el empleador conociera la existencia de problemas que convertirían en inviables los puestos de trabajo generados al amparo de un contrato de apoyo a emprendedores y, estando exento de aplicar las reglas propias del despido por circunstancias objetivas, ni siquiera advirtiera a su empleada con cierta antelación de su próximo cese. Aceptar que el periodo de prueba juega como mecanismo de adecuación de plantillas sin los equilibrios propios del despido por causas objetivas u otras medidas de reestructuración empresarial es una decisión legislativa legítima. Ahora bien, en la medida en que el diseño normativo lo permita, la propia nota de ajenidad inherente a la relación laboral (art. 1.1 ET) pide que exista cierta contraprestación o equilibrio. La observancia de un plazo de preaviso, inmediatamente anterior al cese material, o su equivalente monetario, aparece como un contrapeso adecuado. Por último, hay que recordar que, en el momento de producirse la terminación del contrato de la recurrente, el artículo 4.4 de la Carta Social Europea (CSE) reconocía el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo y que el ejercicio de tal derecho debía asegurarse mediante convenios colectivos. Pues bien, como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada, lo que constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento (art. 9.1 CE). De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores (que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1 c) del ET.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2022, rec. núm. 1170/2021)

Insolvencia empresarial. La mera sucesión de contratos con solución de continuidad no permite acumular las deudas salariales e indemnizatorias para con ello aplicar un solo límite en la responsabilidad del Fogasa

Fogasa. Deudas salariales de la empresa, correspondientes a diferentes contratos suscritos con ella, con solución de continuidad. Límites sobre los que debe determinarse la responsabilidad del Fogasa.

Se aplican de forma independiente y no conjunta respecto de cada uno de los contratos de trabajo suscritos con solución de continuidad entre las partes, salvo que se denuncie y constate una situación de fraude. No hay que olvidar que la protección de los créditos laborales, en casos de insolvencia del empleador, se produce por razón del contrato de trabajo, respondiendo el organismo de garantía no solo de los salarios que durante el mismo se devengan y no se abonan sino, incluso, de la indemnización legal por fin de ese contrato y que a su término también resulte impagada. Es por ello que los términos del artículo 33.1 del ET, en coherencia con su apartado 2, no pueden llevar a entender que la protección que se ha querido dar en esos casos de insolvencia empresarial a los trabajadores se ha fijado atendiendo solo a los sujetos implicados y dentro de los límites legales, siendo irrelevante que los créditos –salariales o indemnizatorios– traigan causa de distintas relaciones jurídicas. Las razones que pueden esgrimirse para justificar la acumulación de dichos créditos y así operar un solo límite se amparan en conductas que pudieran ser corregidas por la vía del fraude de ley que podría advertirse en quien quisiera obtener mayor cuantía a cargo del fondo articulando variadas contrataciones laborales.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2022, rec. núm. 683/2019)

No deben tramitarse como despido colectivo los ceses por extinción de la personalidad jurídica de la empresa cuando la plantilla no supera los cinco trabajadores

Despido colectivo. Despido objetivo. Extinción de la personalidad jurídica de la empresa. Remisión legal a los trámites del despido colectivo. Empresa de menos de cinco trabajadores. Entidad con un único trabajador que ve extinguida su personalidad jurídica en virtud de una norma autonómica, por tratarse de una corporación de derecho público. Cámaras agrarias de la comunidad autónoma de Andalucía. Cámara Agraria Local de Úbeda. Sentencia de suplicación que declara la nulidad del despido objetivo al entender que, a pesar de tratarse de un único trabajador, deberían haberse seguido los trámites del despido colectivo, con base en lo dispuesto en el artículo 49.1 g) del ET.

De la conjunta integración de los preceptos 49.1 g), 51.1 y 52 c) se desprende, sin mayor esfuerzo, que la extinción de los contratos de trabajo que venga motivada por la extinción de la personalidad jurídica de la empresa debe ajustarse a los trámites del artículo 51 del ET. Pero eso no quiere decir que haya de seguirse necesariamente, en cualquier caso y circunstancia, el procedimiento previsto para los despidos colectivos en dicho artículo 51. El propio precepto legal define con toda precisión el concepto de despido colectivo, y especifica los trámites a los que debe ajustarse la extinción de los contratos de trabajo en función de esa circunstancia. Como despido colectivo identifica dos concretas y distintas situaciones jurídicas. Aquella en la que el número de extinciones contractuales supera los umbrales que fija el propio precepto legal, computados en la forma en la que se señala en el mismo. Y aquella otra en la que la extinción de contratos se extiende a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco. Si la extinción del contrato de trabajo se sustenta en alguna de las causas del artículo 51, pero el despido no puede calificarse como colectivo por no encontrarse en ninguno de estos dos supuestos, resulta entonces de aplicación el artículo 52 c) del ET, con las formalidades que impone el artículo 53 del ET. Por tanto, los trámites habrán de ser los del despido colectivo, cuando así deba calificarse conforme a lo dispuesto en ese mismo precepto legal, pero también pueden ser los de los despidos objetivos individuales del artículo 52 c) del ET, si las extinciones de contratos de trabajo no alcanzan los umbrales de aquel precepto, tal y como cabalmente sucede en los supuestos de extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla que no superan los cinco trabajadores. No se pretende establecer con ello una excepción al sistema previsto con carácter general en materia de despidos colectivos e individuales por causas objetivas, de lo que pudiere deducirse la obligación de seguir en estos casos la vía del despido colectivo, aunque el número de extinciones contractuales no alcance los umbrales que a tal efecto contempla el artículo 51. No hay ninguna razón lógica y mínimamente coherente que pudiere conducir a tal resultado

(STS, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2022, rec. núm. 334/2021)

Alta dirección. Cese por desistimiento. Es posible compensar lo abonado por omisión del preaviso con la indemnización por despido improcedente fijada en la sentencia que declaró la relación laboral como común

Relación laboral especial de alta dirección. Desistimiento. Indemnización sustitutoria de la omisión de preaviso. Compensación con la indemnización por despido improcedente fijada en la sentencia que, examinando la impugnación de aquel desistimiento, declaró que la relación laboral entre las partes era común.

Es válido que la empresa recurrente haga las oportunas deducciones, por tratarse de deudas en las que concurren los requisitos establecidos en el artículo 1.196 del CC. Más aún cuando la segunda deuda nace por mandato judicial que califica la relación como común y convierte en erróneo el pago realizado por la empresa con ocasión de la extinción de la relación que creía era de alta dirección. En nuestro caso y a la vista de lo dispuesto en el artículo 26.5 del





ET, la regla de la compensación de los salarios a que dicho precepto se refiere, aunque planteado desde el ángulo de la percepción de salarios superiores procedentes de la aplicación de otras normas –compensación o no acumulación; y absorción o neutralización de los incrementos posteriores–, tiene valor en cuanto que laten en el precepto los principios de compensación contenidos en el artículo 1.195 del CC; y no puede operar la compensación si no consta claramente que el trabajador sea deudor y que su deuda esté vencida, sea líquida y exigible. En el caso de este recurso no hay una verdadera controversia acerca de la existencia de la deuda; no hay discrepancia sobre su existencia ni sobre su cuantía. No se impugna en el recurso tanto la realidad de la deuda sobre la que opera el descuento, como la procedencia de poder efectuarlo. Lo que solicita la recurrente es el derecho de la empresa a poder efectuar la oportuna compensación, algo a lo que tiene derecho, ya que ha abonado la deuda nacida del error sufrido al calificar la relación laboral y viene obligada por sentencia a abonar, por el mismo concepto extintivo, la cantidad correspondiente a la declaración de improcedencia del despido. El percibo de las dos indemnizaciones supondría, además, un enriquecimiento injusto por parte del trabajador, ya que ingresaría, por un lado, las cantidades derivadas de la extinción de una relación laboral especial inexistente y, por otro, las derivadas de la extinción de una relación laboral común así calificada por sentencia, firme en este punto.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2022, rec. núm. 1738/2019)

Reconocimiento a los hombres del complemento por maternidad (ex art. 60 LGSS –redacción original–). Produce efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión

Pensionista de jubilación. Fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social.

Recientemente, las Sentencias del Pleno de la Sala Social del Tribunal Supremo de fecha 17 de febrero de 2022, recursos 2872/2021 y 3379/2021, han argumentado que la fecha de efectos del complemento de maternidad debía fijarse en el momento del acaecimiento del hecho causante –efectos *ex tunc*–, al no haber establecido la STJUE, asunto C-450/18 (que declaraba que la norma por la que se reconocía solo a las mujeres se oponía a la Directiva 79/7/CEE), ninguna limitación temporal. Sin embargo, en ambos litigios las sentencias recurridas habían fijado los efectos del complemento de maternidad con una retroacción de 3 meses desde la fecha de la solicitud revisora. Y solamente había recurrido en casación unificadora el INSS, solicitando que los efectos se fijaran en la fecha de publicación de la sentencia en el Diario Oficial de la Unión Europea, lo que impedía reconocer los efectos retro trayéndolos a un punto temporal anterior al declarado en fase de suplicación. Por ello, el TS se limitó a confirmar la sentencia de instancia. En el presente litigio, el Pleno de la Sala Cuarta ha resuelto, desestimando el recurso del INSS y confirmando la sentencia recurrida, que cuando los hombres tengan derecho a percibir el complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social, dicho complemento producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos legales exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS. Y ello de conformidad con las sentencias citadas, por aplicación de los principios de interpretación conforme al derecho de la Unión, de cooperación leal y de efecto útil, teniendo en cuenta que, en el supuesto litigioso, era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que provocó la demora en la reclamación. Sala general.

(STS, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2022, rec. núm. 3192/2021)

El Tribunal Supremo recuerda que los trabajadores menores de 30 años que prestan servicios para sus padres en virtud de un contrato de trabajo y que no conviven con ellos tienen derecho a la prestación por desempleo

La protección por desempleo. Trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre, afiliado al RETA, en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo.

Aunque la disposición adicional décima de la Ley 20/2007 precisa que los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos, advierte que, en este caso, quedarán excluidos de la cobertura de desempleo. Consiguientemente, no concurrirá dicha exclusión a los hijos menores de 30 años que no convivan con sus padres. La tesis contraria provocaría un trato discriminatorio entre los hijos menores y mayores de 30 años del trabajador autónomo, toda vez que los mayores disfrutarían de la cobertura de desempleo y los menores no. Por esa razón, se estima que la edad no constituye una razón objetiva que justifique el trato diferenciado, mientras que la convivencia sí lo es, puesto que dicha circunstancia permite considerar la concurrencia de indicios de dependencia económica. Debe destacarse que, si bien el artículo 1.3 e) del ET excluía de su ámbito los trabajos familiares, se admitía la excepción de que estaban incluidos en el ET, si se demuestra la condición de asalariado de quienes lo llevan a cabo, considerándose familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. Pues bien, la disposición adicional décima de la Ley 20/2007 se ha limitado a destruir la presunción *iuris tantum* de no laboralidad de la relación existente entre el hijo y el trabajador autónomo que le contrata cuando convive con él, pero en nada ha alterado la situación contemplada en el artículo 1.3 e) del ET respecto a la existencia de relación laboral, tanto en los supuestos de convivencia si se demuestra la condición de asalariado del familiar, como en los supuestos de no convivencia, en los que no existe la presunción de que dicha relación es la de «trabajos familiares». Por lo tanto, un hijo no conviviente, cuando haya sido contratado laboralmente por su progenitor, no está excluido del ámbito de aplicación del ET.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2022, rec. núm. 499/2020)

Persona extranjera, casada con otra de nacionalidad española, que regresa a su país. Puede capitalizar la prestación por desempleo siempre que asuma el compromiso de no retornar a España en el plazo de 3 años

Capitalización del desempleo por extranjero retornado. Ecuatoriano casado con española. Determinación de si puede suscribir válidamente el compromiso de no retornar a España en el plazo de 3 años, requisito fijado por el Real Decreto-Ley 4/2008, pese a ostentar el derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, tal y como reconoce el Real Decreto 240/2007.

Lo que exige el bloque normativo sobre capitalización por desempleo es «asumir el compromiso de retornar a su país de origen y el de no retornar a España en el plazo de 3 años para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena». Ello no implica que estemos ante una prohibición normativa de regresar a España, sino ante la voluntaria renuncia (temporal) a ejercer un derecho. Si el sujeto no opta por la capitalización del desempleo tampoco debe asumir este singular deber. El «compromiso», precisamente, deriva de que el solicitante de la capitalización del desempleo acepta el gravamen de referencia. No es que el Real Decreto-Ley 4/2008 lo imponga de manera automática y consecutiva, sino que lo establece como condición. La utilización del mismo término «compromiso», para aludir a la aceptación de que se vuelve al país de procedencia y, al tiempo, se desiste de desarrollar actividad productiva en España indica que estamos en presencia de una manifestación de voluntad unilateral y recepticia, ni más ni menos. El cumplimiento de este requisito no supone abdicación del derecho a la libre circulación que se posee como cónyuge





de nacional comunitaria. Primero, porque se trata de una situación temporal. Segundo, porque es algo reversible, con independencia de las consecuencias que deriven de su desconocimiento. Hay que tener en cuenta que el cónyuge (ecuatoriano en nuestro caso) de ciudadana española accede a importantes beneficios específicos por esa condición, plasmados en las previsiones del Real Decreto 240/2007. Ahora bien, eso no lo convierte en nacional de España u otro país de los equiparados a efectos de la exclusión del beneficio litigioso. Los beneficiarios de la posible capitalización son los extranjeros nacionales de países que, en cada momento, tengan suscrito con España convenio bilateral en materia de Seguridad Social. No aparece exclusión alguna referida a su condición familiar o a cualquier otra circunstancia. En cualquier caso, los dos bloques normativos mencionados no deben relacionarse de manera excluyente. Más bien se trata de previsiones complementarias y alternativas. Es decir, que el beneficiario de la prestación por desempleo sea extranjero y posea los beneficios propios de su condición conyugal de una española le concede opciones o posibilidades adicionales, pero no le restringe las que son inherentes a su condición de persona extranjera. Quien está en condiciones de capitalizar el desempleo y regresar a su país de origen tiene el derecho a hacerlo, que no la obligación. El ejercicio del derecho específico (percibir la prestación en estas condiciones) comporta una restricción del genérico (circular y desarrollar actividades en España), pero la misma forma parte de la propia institución, es aceptada libremente y, además, puede revocarse afrontando las consecuencias de ello. La incompatibilidad, por tanto, significa que no pueden disfrutarse al mismo tiempo las dos condiciones, pero es el sujeto afectado quien debe optar libremente por una de ellas. Acceder a la condición de cónyuge de española no significa perder los beneficios inherentes a la propia nacionalidad, sino obtener un estatuto adicional de posibilidades. De esta interacción surge una consecuencia lógica: si quien asume, voluntariamente, la obligación de permanecer 3 años en su país de origen decide incumplirla, podrá activar los derechos específicos de cónyuge de persona comunitaria, pero estará obligado a devolver la prestación capitalizada. De cuanto acabamos de exponer deriva la siguiente conclusión: la persona que ostenta una nacionalidad extranjera, aunque esté casada con otra de nacionalidad española y amparada por el Real Decreto 2407/2007, tiene derecho a capitalizar la prestación por desempleo en las condiciones previstas por el Real Decreto-Ley 4/2008.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2022, rec. núm. 851/2019)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

Reducción de la jornada máxima anual en contratos a tiempo completo, ¿reducción refleja y proporcional en la de los contratos a tiempo parcial o incremento de su retribución en función de dicho coeficiente?

Conflicto colectivo. Contratos a tiempo parcial. Convenio colectivo que prevé la reducción de la jornada máxima anual para los trabajadores a tiempo completo, manteniendo su salario, pero que, a diferencia del anterior, no contempla esta medida para los trabajadores a tiempo parcial. Pretensión de que se haga extensiva su aplicación a los contratados a tiempo parcial mediante la disminución del número de horas pactado en el contrato, atendiendo al coeficiente que las mismas representan sobre la jornada máxima anual, es decir, debiendo mantenerse el porcentaje contratado, sin que a ello obste el hecho de que en el contrato se haya establecido la jornada en un número concreto de horas al año. II Convenio colectivo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental concertados con el Servicio Catalán de Salud.

Entiende la sala que concurre en el caso una discriminación directa, pues si la razón de ser de la progresiva reducción de jornada prevista en el artículo 19 del convenio es que, manteniéndose la retribución (debidamente actualizada, en





su caso), los trabajadores experimenten una mejora en sus condiciones de trabajo, si ello no se aplica a los trabajadores a tiempo parcial en la misma medida o proporción que a los trabajadores a tiempo completo, se estará generando a aquellos una desigualdad carente de toda justificación. No desconoce la sala el diferente criterio seguido por la Sala de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia, que entienden que debe estarse a si el convenio establece alguna precisión en materia de jornada para los trabajadores a tiempo parcial, sin que en otro caso pueda el empresario introducir una reducción unilateral en la jornada. Pero esta interpretación quiebra en su propia base cuando se tiene en cuenta que, si por consecuencia de la rebaja de la jornada anual, los trabajadores a tiempo parcial dejasen de cumplir la condición establecida en el artículo 12.1 del ET (desempeñar una jornada inferior a la de un contratado a tiempo completo), aunque el convenio colectivo omitiese toda previsión, el empresario tendría que realizar la reducción de la jornada a tiempo parcial para que el trabajador pudiera seguir manteniendo esa condición. La propia sentencia recurrida argumenta, en el mismo sentido, que una intensa reducción de la jornada en convenio podría acarrear una novación contractual, convirtiendo automáticamente los contratos a tiempo parcial en otros a tiempo completo, teniendo en cuenta que los contratos a tiempo parcial aportados por la empresa estipulan jornadas de 1.600,05 horas anuales, muy cercanas a las máximas que prevé el convenio colectivo (1.620 horas anuales) para los trabajadores a tiempo completo. **Reajuste del precio/hora para los trabajadores a tiempo parcial.** La empresa no acredita haber aplicado esa fórmula en los años precedentes a 2021, y tampoco en ese año, evidenciando que en la práctica está otorgando un trato peyorativo a los trabajadores a tiempo parcial sin justificación ni compensación alguna. Por tanto, lo que se reconoce es el derecho de los trabajadores de la empresa demandada con contrato a tiempo parcial a que se les reduzca en proporción la jornada anual que deben trabajar en 2021, calculando las horas a trabajar con aplicación de su coeficiente de jornada a la nueva jornada anual máxima de convenio. **Voto particular.** No ha existido voluntad por parte de los negociadores de repercutir sobre los contratos a tiempo parcial dicha minoración, reduciendo proporcionalmente la jornada parcial contratada, sino que lo que se pacta es el mantenimiento de la totalidad de las horas contratadas; en la práctica ello comporta que los trabajadores a tiempo parcial, contratados para prestar servicios 1.600,05 horas al año, hasta el 30 de diciembre de 2020 estaban realizando un 98 % de la jornada completa de 1.634 horas, y, a partir del 31 de diciembre de 2020, dado que la jornada anual completa aplicable pasa a ser de 1.620 horas, manteniendo la jornada contratada de 1.600,05 horas, ven incrementado su porcentaje de dedicación proporcionalmente a la reducción de la jornada completa anual, y realizan el 98,8 % de la jornada completa, lo que redundará en el incremento proporcional de su retribución. Debe mantenerse el número de horas pactado, según se deduce de la previsión convencional, dado que en el anterior convenio colectivo (I CC SISCAT) sí se preveía que se tendría en cuenta el porcentaje de la jornada a tiempo completo; y en el actual convenio (II CC SISCAT) no se incluye previsión alguna en dicho sentido, siendo patente la voluntad de los negociadores, por tanto, en este sentido. Procede una superior retribución para el colectivo afectado.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2022, rec. núm. 6851/2021)

Accidente *in itinere*. Vehículo que es arrollado por un tren. No implica *per se* una imprudencia temeraria cruzar un paso a nivel sin barreras de camino al trabajo con el semáforo en fase roja

Incapacidad temporal. Determinación de la contingencia. Accidente *in itinere*. Trabajador que en su trayecto al trabajo cruza un paso a nivel sin barreras sin respetar las luces intermitentes de color rojo y las señales acústicas, tanto de la vía como del propio tren, siendo arrollado por el convoy. Imprudencia temeraria.

La imprudencia temeraria requiere plena conciencia del grave riesgo y omisión querida de las pautas más elementales para evitar la producción del daño, no siendo equiparable a la falta de toma de conciencia de la gravedad del riesgo la minusvaloración de este o el error en el modo adecuado de evitarlo, cuando el accidentado llega a





esas valoraciones en contra del parecer habitual del común de las personas. Aunque de los datos expuestos, recogidos en el atestado policial, podría inferirse que el proceder del trabajador constituyó una imprudencia grave, del mismo no se deriva ese desprecio del instinto de conservación y clara consciencia y patente menosprecio del riesgo que permitiría calificar la imprudencia de temeraria, puesto que aquel riesgo se hallaba conectado con el trabajo. Además, tampoco sabemos si ese paso a nivel sin barreras que atravesaba era su trayecto ordinario al trabajo y su decisión de hacerlo con la luz roja fue debido a la confianza adquirida en su diario proceder, o si la causa o razón de ser de dicha conducta vino motivada por la voluntad de llegar antes a su puesto de trabajo, con un desafortunado y equivocado cálculo del riesgo que asumía y que condujo al fatal desenlace, o si más simplemente se trató de una pura negligencia. Por tanto, la mera infracción de los reglamentos, en concreto cruzar un paso a nivel sin barreras en su trayecto hacia el centro de trabajo circulando por un camino vecinal con el semáforo en fase roja, que es el único dato acreditado, no determina *per se* una imprudencia temeraria.

(STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2022, rec. núm. 245/2022)