



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de septiembre de 2019)

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

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

#### El concepto de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo no equivale al de discapacidad

Igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Discriminación por motivos de discapacidad. Despido objetivo. Trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo según la normativa nacional. Criterios de despido basados en baja productividad, menor polivalencia en puestos de trabajo de la empresa y elevado absentismo. Posible incardinación de la condición de trabajador especialmente sensible en el concepto de discapacidad. Adopción de ajustes razonables. Trabajadora a la que se le diagnosticó una epicondilitis, lesión que le fue calificada como enfermedad profesional y a raíz de la cual se la destinó a puestos de trabajo con menor requerimiento físico, no obstante lo cual continuó con los mismos padecimientos, siendo calificada, tras reconocimientos médicos, como «apta con limitaciones».

Pretensión de nulidad del despido. El mero hecho de ostentar la condición de especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, la cual no permite al trabajador desempeñar determinados puestos al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, no significa que de por sí esa persona tenga una discapacidad, pues los requisitos exigidos en la normativa nacional (ex art. 25 LPRL) no son idénticos a los fijados por el TJUE para la discapacidad, entendida esta como limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que al interactuar con diversas barreras pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el estado de salud de la trabajadora implicaba una limitación subsumible en el concepto de discapacidad. La adopción de aquellos criterios de selección para despedir a un trabajador con discapacidad puede suponer una diferencia de trato basada indirectamente en la discapacidad, pero para que sean discriminatorios el empresario debe haberse abstenido de adoptar las medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo, salvo que dichos ajustes no fuesen razonables por suponer una carga excesiva para la empresa. Por tanto, la denegación de aquellos ajustes razonables supone un motivo de discriminación indirecta, correspondiendo al juzgado remitente verificar si esas adaptaciones fueron suficientes. En cambio, si entendiera que las medidas fueron adecuadas, no procedería considerar que el despido basado en tales criterios constituye una discriminación indirecta, pues la directiva no obliga a contratar, ascender o mantener a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate una vez realizados los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

(STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18)

## TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

### El Tribunal Supremo corrige a la Audiencia Nacional: los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado sí son titulares del derecho de libertad sindical

Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

Tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección, al igual que los sindicatos legalmente constituidos tienen derecho al libre ejercicio de la actividad sindical en las cooperativas de trabajo asociado donde tengan afiliados socios trabajadores de las mismas. Es cierto que la Ley de Cooperativas califica la relación de estas con sus socios trabajadores como una relación societaria. Pero ello no puede ocultar y esconder que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la cooperativa que se personifica en su consejo rector. Y, desde esta perspectiva, no cabe duda de que tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios. La amplitud del derecho de libertad sindical no admite restricciones en aquellos supuestos, como el examinado, en donde hay una prestación de trabajo subordinada, aunque las notas de dependencia y, especialmente, la de ajenidad, ofrezcan un perfil menos intenso que el de la relación laboral típica o común. En el caso analizado, la cooperativa vulnera el derecho del sindicato demandante al publicar en su página web una serie de comunicados que implican un acentuado nivel de desprestigio de la actividad sindical, atribuyéndole intenciones diferentes a las de defensa de los derechos de los socios trabajadores y encaminadas a hacerles perder sus puestos de trabajo. Procede el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y el abono de una indemnización de 30.000 euros por daños morales (*Vid. SAN de 17 de noviembre de 2017, núm. 166/2017, casada y anulada por esta sentencia*).

(STS, Sala de lo Social, de 8 de mayo de 2019, rec. núm. 42/2018)

### Es compensable la indemnización recibida por fin de contrato temporal cuyas irregularidades motivan la improcedencia del cese

Sucesión de contratos temporales. Indemnización por fin de contrato de obra o servicio. Posibilidad de compensación con la que posteriormente se reconoce por despido improcedente en virtud de irregularidades cometidas por la empresa (haber empleado al trabajador en otras obras).

No se descuenta de la indemnización por despido improcedente las indemnizaciones de cada uno de los contratos temporales salvo la correspondiente al último. Ello es así por cuanto que la ruptura final del vínculo entre las partes no tiene como causa la extinción regular de dicho contrato temporal, sino un despido improcedente, que tiene fijada una superior indemnización, tal y como resulta del artículo 56 del ET, en cuyo cómputo resulta integrado el periodo de la prestación de servicios correspondiente al mismo contrato, por lo que si se mantuviese el derecho a percibir la indemnización por la finalización de este último –la correspondiente a un contrato temporal–, se estaría reconociendo a favor del trabajador una indemnización duplicada, con lo que se produciría un enriquecimiento injusto del citado trabajador. Del mismo acto no puede nacer el derecho a dos indemnizaciones reparadoras del mismo daño.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2019, rec. núm. 1802/2017)

## AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

### Una empresa no puede cambiar el convenio sectorial de aplicación al amparo del artículo 41 del ET porque entienda que es más adecuado otro por su ámbito funcional, sin concurrencia de causa alguna

Modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo. Sustitución por la empresa del convenio colectivo sectorial que desde siempre y pacíficamente venía aplicando a sus trabajadores por considerar que resultaba de aplicación otro convenio, acudiendo al procedimiento previsto en el artículo 41.4 del ET, que terminó con acuerdo.

En el caso examinado, la empresa en ningún momento alegó la concurrencia de causa alguna, limitándose a aportar un informe técnico elaborado por un economista sobre análisis de los procesos organizativos y productivos de la compañía que concluyó determinando cuál era el convenio colectivo que mejor se adaptaba a la empresa de acuerdo con su ámbito funcional, lo que excedía de sus competencias. Ello implica que el acuerdo colectivo en que se insertó la medida, luego comunicada a los trabajadores, se suscribió en fraude de ley, habida cuenta que una decisión tan drástica como es el cambio del convenio colectivo que se venía aplicando pacíficamente a otro no aparece justificada, basándose en una mera conveniencia empresarial que tal vez en términos de rentabilidad pudiera ser adecuada para la compañía, pero sin que ello se justifique en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por tanto, si la empresa entiende que debe aplicar una normativa convencional diferente a la actual, pretendiendo adecuar la estructura de las nóminas a los conceptos previstos en otro convenio colectivo, así como el encuadramiento en las categorías y niveles de dicho convenio (incluyendo jornada anual y salario), la vía no es sustituir el convenio por lo que se acuerde con la parte social en el procedimiento del artículo 41.4 del ET, ya que ello busca omitir la aplicación de la norma convencional, sustituyéndola por lo que se acuerde con la parte social. Hay que tener en cuenta también que los trabajadores no pueden disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo, de manera que tampoco les es posible renunciar al convenio que se les venía aplicando para someterse a otro, ya que los convenios colectivos obligan a los trabajadores y a los empresarios todo el tiempo de su vigencia. En este contexto, se reitera la concurrencia de fraude de ley en la actuación empresarial y la declaración de nulidad de la medida impugnada, sin que proceda analizar si por la actividad de la empresa le sería aplicable el convenio colectivo que pretende.

(SAN, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2019, núm. 98/2019)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### La incorrecta valoración del grado de discapacidad conforme a lo previsto en el Real Decreto 1971/1999 no es una causa de revisión por agravación

Revisión por agravación del grado de discapacidad. Sentencia que reconoce al demandante un grado superior al reconocido administrativamente sin que concurren los requisitos recogidos en el artículo 11 del Real Decreto 1971/1999 (transcurso de 2 años desde el reconocimiento del grado de discapacidad que se pretende revisar, error de diagnóstico o cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de tal grado).





En el caso analizado, el juzgado de lo social, obviando la regulación establecida para la revisión, que se limita a supuestos concretos, estima lo que podría entenderse como una impugnación del grado de discapacidad que en su día le fue reconocido al actor, considerando que el mismo lo fue incorrectamente al amparo de las normas previstas en el Real Decreto 1971/1999, correspondiéndole uno superior. Este proceder implica incurrir en incongruencia, lo que determina la revocación de la resolución de instancia.

(STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2019, rec. núm. 259/2019)

## Incapacidad temporal. Plazo para justificar la eventual inasistencia a reconocimiento médico

**Extinción de subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia a reconocimiento médico.**

El plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones previsto en el artículo 9 del Real Decreto 625/2014 se computa desde la fecha del reconocimiento médico, no desde que se reciba la resolución de suspensión cautelar de la prestación, por lo que, constando que la demandante estaba oportunamente citada al reconocimiento, la falta de recepción de la comunicación de suspensión no determina que a la demandante se le haya extinguido el subsidio sin darle audiencia.

(STSJ de Canarias/Tenerife, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2019, rec. núm. 1073/2018)

## Prestación por riesgo durante el embarazo. Cuando la indebida denegación por la mutua le cuesta una sanción de 120.000 euros

**Prestación por riesgo durante el embarazo. ATS/DUE que presta sus servicios en una ambulancia. Indebida denegación por la mutua. Ejercicio por la actora de tutela resarcitoria por vulneración de un derecho fundamental.**

En el caso analizado, existen indicios suficientes de discriminación, al existir otras trabajadoras comparables con la actora a quienes sí se reconoció por la mutua la prestación, sin que esta haya acreditado la existencia de causa objetiva y razonable que justificara la decisión adoptada. Procede el abono de indemnización por vulneración de un derecho fundamental, tomándose como referencia para la cuantificación el montante establecido por la LISOS en relación con las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales (no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia). En atención a las circunstancias concurrentes y como compensadora del daño moral causado, procede condenar a la mutua al abono de 120.000 euros (y no a la cantidad de 187.515 fijada por el juzgado de lo Social), ya que la actividad desempeñada no es especialmente peligrosa, en ningún momento vinculó la trabajadora su petición a la pérdida del feto y no consta un elevado número de trabajadores afectados ni la existencia de advertencias o requerimientos previos en relación con esta cuestión. No procede decretar la nulidad de actuaciones por existencia de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el interés de la empresa fue meramente reflejo, habida cuenta de que en todo momento actuó de acuerdo con lo pretendido por la trabajadora emitiendo los informes y certificados requeridos, sin que tampoco pueda apreciarse la existencia de responsabilidad prestacional por una infracción que nadie ha alegado.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2019, rec. núm. 4479/2018)