



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 20 de julio de 2017)

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

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

#### La prohibición de pilotar con 65 años en vuelos de transporte comercial de pasajeros, carga o correo se ajusta al derecho de la Unión

Igualdad de trato. Discriminación por razón de edad. Prohibición a los titulares de una licencia de piloto que hayan cumplido 65 años de actuar al mando de una aeronave dedicada al transporte aéreo comercial.

A pesar de que el límite de edad controvertido establece una diferencia de trato por razón de la edad, no obstante, la misma está justificada en virtud del objetivo de garantizar la seguridad de la navegación aérea. Dicho límite únicamente se aplica al transporte aéreo comercial cuando se transporten pasajeros, correo o carga, no así si su intervención como piloto en vuelos lo es en vacío o de traslado, todo ello en el marco de la actividad comercial de una compañía aérea. Tampoco afecta a dicho límite el ejercicio de funciones de instructor/examinador a bordo de una aeronave, siempre y cuando no forme parte de la tripulación de vuelo. Desde la perspectiva de la libertad profesional, se declara que el límite de edad, a pesar de ser una medida restrictiva, no vulnera el principio de proporcionalidad.

(STJUE de 5 de julio de 2017, asunto C-190/16)

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

#### Responsabilidad del FOGASA por insolvencia empresarial. En los contratos a tiempo parcial el límite del duplo del SMI se reduce en igual porcentaje que la jornada laboral pactada

Responsabilidad del FOGASA por insolvencia empresarial. Trabajadores con contrato a tiempo parcial.

Se computa el salario real, siempre que no exceda del doble del SMI. En cualquier caso, cuando el salario real sea inferior al duplo del SMI, no puede incrementarse el salario computable hasta el tope máximo, pues se quebraría la garantía reconocida y se daría más de lo garantizado, convirtiéndose la insolvencia de la empresa en un premio o plus a favor del trabajador. Cuando el legislador dice SMI, se está refiriendo al que corresponde a una jornada completa, de manera que cuando se trabaja a tiempo parcial, el SMI que corresponde con arreglo a la norma debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada de trabajo.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2017, rec. núm. 2667/2015)

## La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA

**FOGASA. Responsabilidad por indemnización tras despido, en empresa concursada, que tiene lugar mediante auto del Juzgado de lo Mercantil. Legislación aplicable para determinar la responsabilidad del Fondo.**

La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA, ya que, en su caso, el derecho al cobro de la indemnización por despido solo surge en el momento en que se dicta auto (extinguendo los contratos de trabajo) por el juez de lo Mercantil. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el artículo 33 del ET de las obligaciones no satisfechas por aquella. Una cosa es que la acción que se pueda dirigir contra el Fondo surja en el momento en que se produce la insolvencia de la empresa, principal obligada al pago, y otra bien distinta es determinar si existe realmente el crédito o precisar el momento en que ha podido existir el título en el que se apoya la pretensión de abono frente al Fondo. En el supuesto analizado, cuando se declara el concurso está en vigor la redacción del artículo 33 del ET (y preceptos concordantes) que establece un tope a sus prestaciones equivalente al triple del SMI, mientras que al acordarse posteriormente la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores ya ha desplegado sus efectos el Real Decreto-Ley 20/2012 que rebaja ese techo al doble del SMI, norma que a la postre es la que resulta aplicable.

(STS, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2017, rec. núm. 1849/2016)

## Enfermeros. Jornada. Es tiempo efectivo de trabajo los 15/20 minutos que invierten en los cambios de turno para transmitirse la información necesaria sobre la situación de los pacientes

**Conflicto colectivo. Agencia Pública Empresarial Sanitaria Hospital de Poniente. Jornada de trabajo de los enfermeros.**

En su concepción jurídico-laboral estricta el concepto de jornada de trabajo, 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. Conforme a esta doctrina, no cabe duda de que el tiempo de 15/20 minutos que dedican los enfermeros a transmitirse información sobre los pacientes para garantizar la continuidad asistencial de los mismos entre un turno y otro ha de considerarse tiempo efectivo de trabajo y computarse dentro de su jornada ordinaria, en tanto que se trata de obvia actividad profesional (transmitir información médico/sanitaria de los pacientes), resulta de absoluta necesidad –que no ya mera conveniencia– para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno. Así lo impone también la Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2017, rec. núm. 170/2016)

## Es posible el cierre total del centro de trabajo y que no exista despido colectivo

**Despido colectivo y sus límites. Unidad de cómputo para determinar la superación o no de los umbrales del artículo 51.1 del ET. Extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de quienes prestan servicios en un centro de una empresa que cuenta con más de 20.000 trabajadores, cuando esa extinción afecta únicamente a los 12 empleados de dicho centro.**

En virtud de la aplicación del principio de interpretación conforme al derecho de la Unión (Directiva 98/59/CE) del artículo 51 del ET, los umbrales numéricos recogidos en dicho artículo deben ponerse en relación no solo con la totalidad

.../...

.../...

de la empresa, sino con cada uno de los centros de trabajo aisladamente considerados, siempre que individualmente estos empleen a más de 20 trabajadores. Este requisito cuantitativo es consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la Directiva, sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos. En el caso, no puede hablarse de un despido colectivo llevado a cabo fuera de los cauces que exigen los artículos 51 del ET y 124 de la LRJS, al no superarse los umbrales numéricos establecidos en la primera norma –30 trabajadores– ni tampoco en la Directiva 98/59/CE (art. 1), al no alcanzar el número de despidos la cifra de 20. El hecho de que se haya procedido al cierre del centro de trabajo con la consiguiente extinción de todos los contratos de trabajo de quienes allí prestaban sus servicios (más de cinco), no supone tampoco que se esté en presencia de un despido colectivo, puesto que el artículo 51.1 del ET se refiere en estos casos a la «cesación total de la actividad empresarial», no del centro, concepto propio de derecho interno, que por vía del artículo 5 de la Directiva 98/59/CE mejora las previsiones de esta. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2017, rec. núm. 196/2016)

## Para acceder a la llamada jubilación activa es preciso haber cumplido la edad de jubilación y haber alcanzado la pensión con un porcentaje de la base reguladora del 100 %

**Jubilación activa. Compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.**

Para poder acceder a la llamada jubilación activa compatibilizando pensión y trabajo es preciso haber cumplido la edad de jubilación y haber accedido a la pensión con un porcentaje de la base reguladora del 100 %. No es posible alcanzar el porcentaje del 100 % cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación. La solución que pretende el recurrente es contraria al espíritu de la norma que persigue mejorar a quienes acreditando el máximo periodo de cotización se jubilan y siguen trabajando, pero no a quienes no reúnen el máximo periodo de seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación, cotizaciones que son de menor cuantía, al ser solo por incapacidad temporal y contingencias profesionales (art. 4 RDL 5/2013), lo que permitiría alcanzar el porcentaje del 100 % de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación, circunstancia que implicaría discriminar favorablemente a quien cotizó menos, lo que carece de justificación alguna.

(STS, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2017, rec. núm. 2268/2015)

## Pensión de viudedad. No tiene el carácter de pensión compensatoria la abonada en la modalidad de pago único

**Viudedad. Cónyuge divorciado que percibió pensión compensatoria mediante un único pago.**

La calificación de la pensión como compensatoria para tener acceso a la pensión de viudedad debe hacerse con criterio finalista, esto es, en atención a la dependencia económica del causante que tuviese el beneficiario al tiempo del fallecimiento de aquel, situación de dependencia cuyo reconocimiento no depende del nombre de la pensión cobrada, sino de su naturaleza. La pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquel percibiera en el momento y a causa del fallecimiento del causante a cargo de este. Lo que la ley de seguridad social tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente, con independencia de cuál sea la situación económica del propio beneficiario. El reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende

.../...

.../...

la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge superviviente. Como la actora al tiempo del fallecimiento del causante no tenía ninguna dependencia económica de él, no puede entenderse que ese hecho supusiese una pérdida económica para ella, una minoración de unos ingresos que ya no tenía porque las obligaciones que tenía con ella el causante se liquidaron en el convenio regulador. El artículo 174.2 de la LGSS se remite a la pensión compensatoria fijada con arreglo al artículo 97 del Código Civil y que queda «extinguida a la muerte del causante». De la literalidad del precepto se deriva que se refiere a una pensión que se paga de manera periódica, significado propio del término pensión, y no a una «prestación única», supuesto que no contempla el citado artículo 174.2, cual corrobora su tenor literal, al decir que debe tratarse de una pensión que se extinga a la muerte del causante, lo que no acaece con la prestación de pago único que se extingue con su pago antes de producirse el óbito del causante. Lo que hace el artículo 99 del Código Civil es permitir sustituir el pago de la pensión periódica por un pago único que, realmente, asegura, mediante la constitución de una renta vitalicia con el capital entregado, o de un usufructo, etc., el pago de la pensión convenida, no solo mientras viva el causante, sino, también, con posterioridad a su fallecimiento. Por ello, en los supuestos de «pago único» la muerte del causante no supone una merma de ingresos para quien tuvo vínculo matrimonial con él, sin que, por ende, sea viable que el sobreviviente cause la pensión de viudedad, cual corrobora una interpretación sistemática del artículo 174.2 de la LGSS, al disponer que la pensión de viudedad no puede ser superior a la compensatoria, mandato de imposible aplicación en los supuestos de pago único, como el presente, al faltar el elemento comparativo que la Ley establece, lo que corrobora que el legislador solo se refiere a la pensión compensatoria de pago periódico que se extingue a la muerte del causante.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de junio de 2017, rec. núm. 1177/2016)

## Prestaciones en favor de familiares. No cabe el cumplimiento diferido de los requisitos que en la fecha del hecho causante no concurren

Prestaciones en favor de familiares. Requisitos exigibles.

Han de concurrir necesariamente en la fecha del hecho causante, que es aquella en que se actualiza la contingencia, es decir, cuando tiene lugar el fallecimiento del generador de las prestaciones, de tal manera que resulta absolutamente irrelevante que tales requisitos pudieran haber tenido existencia previa o que pudieran alcanzarse en data posterior al referido momento. En el caso, no existe derecho alguno en la fecha de fallecimiento del causante, al no tener la demandante los 45 años exigibles, sin que quepa repetir la reclamación al cumplir la edad requerida. No puede hablarse de imprescriptibilidad como facultad de adquirir el derecho a la prestación por el cumplimiento diferido de los requisitos que en la fecha del hecho causante no concurren.

(STS, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2017, rec. núm. 2637/2015)

## Incapacidad permanente total reconocida por sentencia. Alegación por el INSS en trámite de ejecución que el actor estaba de alta en el RETA. No cabe descuento alguno

Ejecución de sentencia que reconoce una incapacidad permanente total. Alegación en trámite de ejecución por el INSS que el actor estaba de alta en el RETA y que procede el descuento de la prestación por el periodo en el que el demandante estuvo en activo.

Establecidas por sentencia firme tanto la declaración de la situación invalidante como el derecho al percibo de la correspondiente pensión, sin que por el organismo recurrente se alegase, durante la tramitación del proceso, ninguna circunstancia impeditiva o condicionante de tales declaraciones, estas constituyen título ejecutivo que resulta inmodificable una

.../...

.../...

vez firme y que, como ordena el artículo 241.1 de la LRJS, debe llevarse a cabo en los propios términos establecidos en el mismo, por lo que no caben minoraciones ni descuentos respecto de lo allí establecido. Conforme al principio de justicia rogada el órgano judicial solo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, regla que se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin que quepa posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2017, rec. núm. 3743/2015)

## AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

### Permiso retribuido por enfermedad. ¿Son válidos los justificantes de reposo domiciliario?

Permiso retribuido por enfermedad e incapacidad temporal (IT) de muy corta duración. Justificación de la ausencia al trabajo.

Cuando existe un periodo de enfermedad no superior a tres días no es necesario que el trabajador sea declarado en situación de baja médica o IT, por lo que deben aceptarse como justificante los documentos de ausencia o reposo emitidos por los facultativos del Servicio Público de Salud o mutua, según la respectiva contingencia. No cabe, por tanto, exigir la declaración de baja médica o incapacidad temporal para entender justificadas dichas ausencias y poder disfrutar del permiso o licencia retribuida. El permiso retribuido por enfermedad recogido en los convenios colectivos no tiene la misma naturaleza jurídica que la IT y, por tanto, no resulta de aplicación en orden a su justificación la normativa contenida en la Orden ESS 1187/2015, de 15 de junio. Por más que pudieran coincidir parcialmente las situaciones que dan lugar al permiso retribuido examinado y a la IT, no son idénticas, ya que para acceder al permiso basta que concurra una enfermedad, mientras que para que nazca la IT es necesario, además, que se reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, exigencia no requerida en el permiso.

(SAN, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2017, rec. núm. 88/2017)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### La lesión padecida por un médico mientras asistía a un congreso de su especialidad es accidente de trabajo en misión

Accidente de trabajo en misión. Médico que durante una de las sesiones del congreso al que asistía sufre un golpe en el brazo ocasionándose una fractura. Solicitud de que la baja médica se tramite como derivada de accidente de trabajo. Procedencia.

Para que pueda entenderse la existencia de un accidente en misión y, en consecuencia, extender la cobertura de la presunción de laboralidad, es preciso: el desplazamiento del trabajador para cumplir la misión y la realización de una actividad concreta encomendada por el empresario, o que se realice para el buen funcionamiento de la empresa, que puede ser ajena a la actividad habitual que tiene atribuida en virtud del contrato de trabajo. En el supuesto analizado,

.../...

.../...

la licencia otorgada por el superior jerárquico se expide para acudir a un congreso directamente relacionado con la especialidad médica del trabajador, es decir, como actividad formativa directamente relacionada con su puesto de trabajo, aunque sea ajena a la actividad habitual, siendo además retribuida. Si ello lo ponemos en relación con el derecho a la formación como parte del contrato de trabajo, se puede entender que este supuesto concreto puede dar lugar a la excepcionalidad y extensión del término «con ocasión» del artículo 156 de la LGSS y, por ende, declarar la contingencia como accidente de trabajo.

(STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2017, rec. núm. 708/2016)

## **Jubilación flexible. La realización de un trabajo compatible con la pensión en porcentaje inferior al 15 % de la jornada ordinaria del sector tiene consecuencias negativas para el trabajador**

**Jubilación flexible. Perceptor de prestación de jubilación que suscribe contrato de obra o servicio determinado a tiempo parcial por un 12,5 % de la jornada prevista en el convenio.**

Está permitido que quien esté jubilado pueda realizar trabajos ocasionales de escasa cuantía que, en todo caso, no tienen por qué suponer consecuencias económicas negativas, pero cuando el contrato de trabajo a tiempo parcial sea en proporción inferior al 15 % de la jornada ordinaria del sector, la entidad gestora está legitimada para entender que el descuento a realizar en el abono de la prestación por el desempeño de dicho trabajo debe ser el 15 %, al ser este el límite mínimo que establece la ley para la compatibilidad, y no solo, en este caso, el 12,5 % de la pensión de jubilación percibida por el actor.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2016, rec. núm. 5576/2016)

## **El recargo de prestaciones y la protección de los autónomos ante los accidentes de trabajo: hay mucho dinero en juego**

**RETA. Recargo de prestaciones. Socio trabajador de una cooperativa que figura de alta como autónomo y que sufre un accidente en el centro de trabajo de la empresa principal, mientras presta servicios en el marco de un encargo con una contratista de la principal. Caída en altura sin que queden probadas las causas, bien por deficiencias en la barandilla, en su instalación o, incluso, por ausencia de la misma en ese momento. Responsabilidad de las contratistas de la cooperativa.**

Procede el reconocimiento del recargo de prestaciones. Si bien no es posible imponer el recargo a la cooperativa, sí lo es a las empresas que hayan incumplido el deber de coordinación, si se prestan los servicios en el centro de trabajo de una tercera empresa (la principal) que debía coordinar las actividades. El recargo no puede imponerse cuando un trabajador autónomo presta servicios bajo su propia organización, en la medida en que debería imponérsele a él mismo como responsable y a la vez beneficiario, pero no ocurre lo mismo cuando el accidente tiene lugar por falta de coordinación de actividades empresariales, en que el trabajador formalmente autónomo presta servicios para una tercera empresa, y sobre todo cuando lo hace en las mismas condiciones que otros trabajadores de esta. No puede entenderse que la exclusión en el RETA del recargo se extienda a estos supuestos de responsabilidad atribuible a terceras empresas contratistas, puesto que además de constituir un incentivo para el fraude en la contratación de verdaderos o falsos autónomos, la igualdad de supuestos de hecho ha de llevar a la misma conclusión legal, en la medida en que la condición o no de autónomo del trabajador en nada afecta a la obligación legal por parte de la empresa contratista

.../...

.../...

de aplicar todas las normas de seguridad, de forma que afirmar que en estos supuestos no existe empresario infractor por el hecho de que el trabajador contratado sea un autónomo, o esté afiliado al RETA en virtud de una decisión de la asamblea de la cooperativa, ha de entenderse que viola el conjunto de los preceptos de prevención afectados. Por otro lado, la ley procesal impone a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo el deber de probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. En el caso, ante la ausencia de coordinación de actividades de la empresa principal con respecto a las subcontratistas, a la que legalmente viene obligada, procede la imposición del recargo a dicha empresa, no así a las dos restantes, contratista y cooperativa, al no demostrarse incumplimiento de medidas de seguridad con repercusión en el accidente por parte de las mismas. **Voto particular.**

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2016, rec. núm. 1020/2016)