



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 28 de febrero de 2021)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

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

#### Utilización abusiva de contratos temporales en el sector público: las prórrogas automáticas del contrato inicial se consideran contratos sucesivos, aun impuestas legalmente

Contrato de trabajo de duración determinada en el sector público. Utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de trabajo. Contratos sucesivos o primer contrato prorrogado. Prohibición constitucional absoluta de convertir contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Normativa nacional interpretada en el sentido de que las prórrogas automáticas de los contratos de trabajo de que se trata no están comprendidas en el concepto de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada al no celebrarse por escrito un nuevo contrato sino la prórroga de uno existente.

La cláusula 5 del acuerdo marco tiene como finalidad imponer límites a la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos. No obstante, del tenor de esta cláusula y de reiterada jurisprudencia se desprende que dicha cláusula solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos de duración determinada, de modo que un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de esta clase no está incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula 5.1 del acuerdo marco. Si bien la cláusula 5.2 deja, en principio, a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la tarea de determinar en qué condiciones las relaciones laborales de duración determinada se consideran sucesivas, procede, no obstante, recordar que ese margen de apreciación no es ilimitado, hasta el punto de poner en peligro el efecto útil del acuerdo marco. La modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que sucede a la anterior, comprendida en la cláusula 5 del acuerdo. Ni siquiera una intervención legislativa que permitiera una prórroga unilateral o la utilización, con carácter general y abstracto, de sucesivos contratos, se ajustaría a las exigencias de dicha cláusula. En el caso de autos, dado que la prórroga automática por vía legislativa puede asimilarse a una renovación y, por ello, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto, contratos como los controvertidos en el litigio principal pueden efectivamente calificarse de sucesivos, en el sentido de la cláusula 5 del acuerdo marco. Esta consideración queda corroborada por el hecho de que, en el asunto principal, por una parte, no se observó ninguna interrupción entre el primer contrato de trabajo y los contratos de trabajo que siguieron sobre la base de las prórrogas automáticas previstas en actos legislativos y, por otra parte, cada uno de los demandantes siguió trabajando de manera ininterrumpida para su empleador respectivo, en el marco del mismo tipo de funciones y en las mismas condiciones de trabajo,



► con excepción de la relativa a la duración de la relación laboral. Cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de una interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público.

(STJUE de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18)

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –GUÍA–

### Pensión de viudedad: el matrimonio por el rito gitano no genera un vínculo matrimonial válido en derecho

Pensión de viudedad. Supuesta vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de raza/etnia. Mujer casada por el rito gitano que convivió con su pareja 15 años antes del óbito y tuvieron 5 hijos. Inexistencia de inscripción como pareja de hecho al entender el Pleno del Tribunal Supremo ([Sentencia de 25 de enero de 2018, rec. 2401/2016](#)) que el libro de familia es un documento público que acredita el matrimonio y la filiación (matrimonial, no matrimonial y adoptiva), pero no la existencia de pareja de hecho.

Entiende el TC que la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio con efectos de validez civil. Así, la denegación de la prestación viene dada por la inexistencia de un vínculo matrimonial válido en derecho y por la falta de formalización de una pareja de hecho de acuerdo con lo prescrito en la ley, al carecer las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana de su consideración de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico. A ello se unió que tampoco se constituyó la unión de convivencia conforme la ley exige para acceder a dicha prestación. No concurre en el presente caso una forma de discriminación directa de la etnia gitana, sino la consecuencia ordinaria de la propia decisión personal, libre y voluntaria de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en derecho para establecer el vínculo. La doctrina aquí sentada no es contraria a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España, pues entiende que, en el presente caso, ambos miembros de la pareja eran conscientes de que su matrimonio no era válido conforme al derecho vigente y porque su unión como convivientes tampoco estaba formalizada. **Voto particular.**

(STC, Sala Segunda, de 25 de enero de 2021, rec. de amparo 1343/2018)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

## No es lícito que la empresa pacte de manera individual y masiva, sin respetar lo establecido en convenio, el calendario de vacaciones. La negociación colectiva que exige el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es insoslayable

Vacaciones. Calendario fijado por la empresa (tras finalizar el periodo de consultas sin acuerdo con la representación legal de los trabajadores –RLT– ex art. 41 ET) que no respeta lo previsto en el convenio colectivo sectorial de aplicación, pero que se ajusta, sin embargo, a las peticiones efectuadas a título individual por la gran mayoría de los trabajadores, sin causar perjuicio a quienes voluntariamente hayan querido someterse al calendario fijado en el convenio colectivo.

Solo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el artículo 41 del ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue, de manera que la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del ET, teniendo en cuenta que la decisión de modificación de condiciones de trabajo puede imponerla finalmente la empresa, en defecto de acuerdo con la RLT, mientras que la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo. La posibilidad de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la RLT legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre –como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del art. 83 ET en su caso, y, finalmente, a la correspondiente Comisión consultiva de convenios– puede acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral. Y entre las materias que deben considerarse dentro de las previsiones del artículo 82.3 del ET, ninguna duda cabe que ha de incluirse el régimen de disfrute de las vacaciones. En el caso analizado, la empresa pretende dar prevalencia a los acuerdos individuales en masa sobre la negociación colectiva, lo que significaría una infracción del derecho de libertad sindical en su manifestación de derecho a la negociación colectiva, en tanto que supone la promoción de pactos individuales en masa con la finalidad de eludir la insoslayable negociación colectiva que el artículo 82.3 del ET exige como condición indispensable para que la empresa pueda dejar de aplicar cualquiera de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo; supuesto en el que ni tan siquiera se concede al empresario la posibilidad de imponer unilateralmente la medida sobre la que no ha conseguido alcanzar un acuerdo con la RLT durante el periodo de consultas. El hecho de que tales acuerdos no hayan estado viciados en su manifestación de voluntad individual no puede en ningún caso ser justificación para negar otro ámbito de actuación como el que ostenta y tiene legalmente reconocida la RLT a la que ahora se le ha privado de actuar en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores que representa.

(STS, Sala de lo Social, de 13 de enero de 2021, rec. 104/2019)

## El TS confirma que el permiso de 3 días por nacimiento de hijo (paternidad) recogido en convenio no puede sumarse a las 16 semanas de suspensión fijadas en el ET

Ferrocarriles Vascos, SA. Supresión por el Real Decreto-Ley 6/2019 del permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo que reconocía el artículo 37.3 b) del ET. Efectos sobre la regulación del convenio aplicable que establece el derecho a 3 días de permiso por paternidad.





La supresión del permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo, que reconocía el artículo 37.3 b) del ET, y la equiparación de la duración de la suspensión de contrato de trabajo de ambos progenitores hacen inaplicable el precepto del convenio colectivo de empresa que mejoraba la previsión legal sobre aquel permiso. La equiparación legal de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores (de la madre biológica y del progenitor distinto a ella), en ambos casos de 16 semanas, tiene lugar cuando la norma que decide esa equiparación (RDL 6/2019, que modifica el ET) dispone igualmente eliminar del ET el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo, hasta entonces previsto en el artículo 37.3 b) del ET y que la redacción vigente del precepto legal no reconoce ya. No es difícil extraer la conclusión de que la supresión del permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo es consecuencia directa de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo, precisamente por «nacimiento», de los dos progenitores: en ambos casos 16 semanas. Si adicionalmente se mantuviera el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo, tan vinculado a la menor duración de la anterior suspensión del contrato por paternidad, y que nació y fue siempre una alternativa a la suspensión del contrato por maternidad (o a su menor duración), se daría la paradoja de que el progenitor distinto de la madre biológica podría llegar a tener un periodo de tiempo de exoneración de la obligación de trabajar superior al de la propia madre biológica. Por otro lado, la redacción vigente del artículo 48.4 del ET impone que, de las 16 semanas de suspensión del contrato a las que tiene derecho el progenitor distinto de la madre biológica, también sean obligatorias, al igual que en el caso de esta última, las 6 semanas ininterrumpidas «inmediatamente posteriores al parto». Esta preceptiva inmediatez al momento posterior al parto de la suspensión del contrato por la causa de nacimiento deja sin espacio al anterior permiso retribuido de 2 días por nacimiento que, además de tratarse de un permiso retribuido y no de una causa de suspensión del contrato de trabajo, tenía que disfrutarse, asimismo, de forma inmediatamente posterior al parto. En el caso analizado, los recursos defienden que la expresión que emplea el artículo 30 del convenio («desde la fecha en que se produzca el parto») permite interpretar que el permiso retribuido de 2 días por nacimiento puede disfrutarse con posterioridad a la suspensión del contrato por causa de nacimiento. Pero esta interpretación no puede compartirse. Las reglas de interpretación de los convenios colectivos llevan a descartar que tenga sentido un permiso retribuido de 3 días por nacimiento tan alejado en el tiempo. Desde el mismo momento en que se creó la causa de suspensión del contrato por paternidad, se estableció que esa suspensión comenzaba «desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente (...)». El permiso retribuido era primero y la suspensión del contrato venía después y no al contrario. Y nótese que la regulación legal del permiso de paternidad utilizaba la palabra «desde», al igual que lo hace el último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa, sobre la que tanto insisten los recursos de casación. No existe vulneración del derecho a la negociación colectiva, ya que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario. Finalmente, el hecho de que tras el Real Decreto-Ley 6/2019 no se pueda seguir aplicando el último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa no significa que esta tenía que haber recurrido al artículo 41 del ET, lo que no resulta posible, como prescribe el apartado 6 del precepto, por tratarse de un convenio del título III del ET. Y tampoco la empresa tendría que haber recurrido a la inaplicación del convenio colectivo regulada en el artículo 82.3 del ET. El último párrafo del artículo 30 del convenio colectivo de empresa deviene inaplicable, no porque la empresa esgrima las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que menciona el artículo 82.3 del ET, y cuya concurrencia permite inaplicar un convenio colectivo, sino porque una norma sobrevenida (la modificación de los arts. 37.3 b) y 48.4 ET por el RDL 6/2019) hace que aquel último párrafo del artículo 30 del convenio haya perdido sus originarios finalidad y alcance o, en los términos de la sentencia recurrida, su «sentido y utilidad».

(STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2021, rec. 188/2019)

## Invitar al trabajador a que firme la baja voluntaria tras exponerle la empresa hechos que podrían dar lugar al despido o al ejercicio de acciones penales no implica que exista coacción, amenazas o intimidación

DIA, SA. Extinción de la relación laboral. Dimisión. Firma de documento de baja voluntaria en el mismo momento en que los demandantes son advertidos de la apreciación por la empresa de incumplimientos contractuales. Inexistencia de vicio del consentimiento.

El artículo 49.1 d) del ET establece la dimisión del trabajador, como causa de extinción del contrato de trabajo, sin otras exigencias de forma que la necesidad de preavisar con la antelación que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar. Por consiguiente, es obvio que la persona trabajadora tiene la facultad de resolver por su propia y exclusiva decisión la relación contractual de trabajo, siempre y cuando exteriorice una manifestación inequívoca de esa voluntad extintiva, la cual surtirá efectos mientras no adolezca de alguno de los vicios del consentimiento que, de acuerdo con el artículo 1.265 del Código Civil (CC), son causa de su nulidad –error, dolo, violencia o intimidación–. El hecho de que se ponga en conocimiento del trabajador la existencia de unos hechos graves, que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitar la adopción de las correspondientes medidas, no significa en absoluto que se ejerza coacción sobre él por parte de la empleadora, puesto que, para que la conducta de la empresa previa a la toma de decisión pueda calificarse de amenaza o intimidación encuadrable en el artículo 1.267 del CC, es preciso que la misma revista un matiz antijurídico o ilícito, y no hay tal cuando lo que se hace es anunciar el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, como es el relativo a un posible despido disciplinario y la interposición de denuncia o querrela. Nos encontramos ante la advertencia por parte de la empresa de actos que pudieran alcanzar la calificación de ilicitud, y si bien esa advertencia y la metodología empleada para llevarla a cabo pudiera ser generadora de situaciones de tensión, no cabe calificarla de causa cercenadora de la libre voluntad de la otra parte, la cual puede comprender los hechos y negar o aceptar sus consecuencias. El reproche que puedan merecer las formas no alcanza a la ilicitud de las mismas, ni vicia la manifestación de voluntad de la parte demandante.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2021, rec. 2093/2018)

## Dies a quo del plazo de prescripción de las cuotas de la Seguridad Social: ¿en la fecha de devengo o en la fecha de liquidación?

Deudas por cuotas a la Seguridad Social. Prescripción. *Dies a quo*. Determinación de si el término *a quo* del plazo de prescripción de las obligaciones de cotización para con la Seguridad Social está constituido por la fecha del devengo de las cuotas o por la fecha de liquidación de las mismas. Cuotas objeto de derivación de responsabilidad por el plazo de enero de 2009 a mayo de 2013. Primera reclamación (visita de inspección) en febrero de 2013. Se discute si enero de 2009 puede ser objeto de reclamación o la acción para reclamar su abono ha prescrito.

El plazo legal de 4 años de prescripción de las cuotas de la Seguridad Social se computa desde la fecha en que finalice el plazo de ingreso, y no desde el momento en que se produce el devengo de la deuda. Claramente acertada es la alegación del artículo 1.969 del CC, pues no cabe hablar de *actio nata* cuando aún no ha finalizado el tiempo en que el deudor puede cumplir espontáneamente. De ello se deduce que, dada la actual regulación reglamentaria sobre el periodo de pago, durante el mes siguiente a aquel en que se produjo el devengo de la cuota no comienza a correr el plazo de prescripción. Por tanto, en el caso, las deudas del mes de enero de 2009 no están prescritas.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de febrero de 2021, rec. 4110/2019)

## Incapacidad permanente total (IPT) derivada de accidente de trabajo. El cambio de contingencia mediante sentencia impone el reintegro de lo indebidamente percibido, pese a la ejecutividad inmediata de la resolución administrativa inicial

Reintegro de prestaciones indebidas. Beneficiario al que se reconoce inicialmente en situación de IPT derivada de accidente de trabajo, determinándose con posterioridad mediante sentencia, previa resolución en expediente de revisión dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que tal situación deriva de enfermedad común.

Aunque la percepción indebida de la prestación no es imputable al beneficiario, sino a un error de la entidad gestora que inicialmente calificó como accidente de trabajo la contingencia determinante de la IPT, siendo así que derivaba de enfermedad común, tal circunstancia no enerva la obligación del beneficiario de reintegro, tal y como resulta del artículo 55.3 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), que establece dicha obligación «incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora». No se opone a dicha conclusión que las resoluciones dictadas por los directores provinciales del INSS sean inmediatamente ejecutivas, ya que la ejecutividad inmediata de una resolución supone que no hay que esperar a que alcance firmeza para instar su ejecución, pero en absoluto significa que no quepa su revisión. De alcanzarse otra interpretación quedaría vacío de contenido dicho artículo 55, ya que desde que se dicta una resolución por la entidad gestora hasta que pueda instar su revisión suele transcurrir un determinado lapso de tiempo, estando fijado el plazo de prescripción en 4 años, ex artículo 55.3 de la LGSS y 146.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), lo que supone que se pueden revisar resoluciones administrativas dictadas hasta hace 4 años, aun cuando se predica su carácter inmediatamente ejecutivo. Únicamente no procede el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas en el supuesto de ejecución provisional de la sentencia condenatoria al pago de prestaciones periódicas de Seguridad Social, cuando la sentencia favorable al beneficiario fuera revocada, ya que en estos supuestos el artículo 294.2 de la LRJS dispone que el beneficiario no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las devengadas durante la tramitación del recurso. Por último, hay que señalar que no procede la aplicación del artículo 71 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, ya que contempla la obligación de reintegro de la mutua o de la empresa. Tal precepto señala que: «en los casos en que, como consecuencia de sentencia firme, se anule o reduzca la responsabilidad de la mutua o de la empresa declarada por resolución administrativa, estas tendrán derecho a que se les devuelva la totalidad o la parte alícuota, respectivamente, de la prestación o del capital ingresado, más el recargo, el interés de demora, en su caso, y el interés legal que procedan, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar restitución alguna».

(STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2021, rec. 1891/2018)

### AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

## La empresa no está obligada a facilitar a la RLT, con el fin de que envíe comunicados sindicales, los correos creados por los empleados para el teletrabajo a causa de la COVID-19

Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Sector de *contact center*. Pre-tensión de que se declare nula la práctica empresarial de no facilitar al sindicato demandante los correos electrónicos creados por los trabajadores por indicación de la empleadora para el teletrabajo, acordado de





manera excepcional debido a la COVID-19, con el fin de enviar comunicados sindicales, y se reconozca el derecho de los representantes de los trabajadores a repartir comunicados e información sindical por medio de dichos correos electrónicos.

En el caso analizado, con motivo de la pandemia, los trabajadores han colaborado con la compañía creando una cuenta en Gmail en la que pueden acceder a chats y conectar con los compañeros, realizar formación virtual, así como recibir el acuerdo de teletrabajo. En este contexto, la empresa no tiene obligación de facilitar a la CGT la cuenta de correo electrónico de todos y cada uno de los empleados de la empresa creada en una situación excepcional y con carácter de temporalidad para el teletrabajo, ya que no se trata de correos corporativos y, por tanto, atendería al derecho a la protección de datos de carácter personal. No hay que olvidar que el convenio colectivo de aplicación impone a las empresas poner a disposición de la representación unitaria de los trabajadores, y de cada una de las secciones sindicales legalmente constituidas, un tablón de anuncios en cada centro de trabajo –plataformas externas o internas– que les permita exponer en lugar idóneo, de fácil visibilidad y acceso, propaganda y comunicados de tipo sindical y laboral. Y que fuera de dichos tabloneros queda prohibida la fijación de los citados comunicados y propaganda. Es el convenio, o, en su caso, los acuerdos entre empresa y la RLT, los instrumentos para instaurar y concretar el uso sindical del correo electrónico donde se fijen reglas claras y transparentes que deben regir la utilización de los medios puestos a disposición de los trabajadores por la empresa. Es significativo, además, que la empresa ofreció en el acto de conciliación el compromiso de generar un tablón virtual a través de la intranet, lo que fue rehusado por la CGT. Finalmente, el hecho de que el artículo 19 del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, establezca el deber de suministrar a la RLT los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia, no es de aplicación al supuesto enjuiciado, porque su ámbito de aplicación se limita a los supuestos en que se desarrolle el trabajo a distancia con carácter regular.

(SAN, Sala de lo Social, de 30 de diciembre de 2020, núm. 130/2020)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### La apertura de la hostelería en el País Vasco no implica, en este momento, un riesgo cierto y grave para la salud pública

Sector de hostelería del País Vasco. Medidas cautelares. COVID-19. Solicitud de que los establecimientos hosteleros y de restauración puedan permanecer abiertos, aunque la tasa de incidencia por cada 100.000 habitantes en los últimos 14 días sea superior a 500, suspendiéndose a tal efecto la vigencia del inciso relativo a las reglas de reapertura del apartado 9.1 del anexo del Decreto 44/2020, de 10 de diciembre. *Periculum in mora*.

Ciertamente, el cierre de las actividades hosteleras, algunas con carácter definitivo, genera un grave quebranto económico de muy difícil reparación, de manera que una posible indemnización futura, de producirse, no restablecería la situación fáctica actual. De otro lado, tampoco cabe desconocer la situación pandémica en la que nos encontramos y la alta incidencia de la COVID-19 en el momento actual, lo que exige medidas que dificulten su expansión. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la incidencia mínima del virus se produjo el 27 de diciembre de 2020, iniciándose después una escalada que nos ha llevado a la situación actual que, al parecer, se encuentra en una ligera bajada.





Lo cierto es que, para esa fecha, con importantes limitaciones, la hostelería llevaba abierta 15 días. No es un periodo muy amplio, pero sí supera los 10 días de aislamiento actualmente exigidos para positivos y contactos de positivos, y los 14 días de incidencia acumulada, sin que tal incidencia se elevase lo más mínimo. Tampoco puede desconocerse que días antes de la escalada del nivel de contagios se adoptaron diversas medidas en relación, fundamentalmente, con la movilidad y, sobre todo, comenzaron a producirse encuentros de familiares y amigos en espacios privados con motivo de las celebraciones navideñas. Tales encuentros, según una parte importante de los epidemiólogos, pueden producir en torno al 80% de los contagios. Por ello, la primera conclusión a la que ha de llegarse es que no aparece con claridad la influencia de la apertura de los establecimientos hosteleros con el elevado nivel de incidencia del virus tras la celebración de la Navidad. Por otra parte, tal apertura queda sometida a importantes medidas de corrección de la actividad que permiten minimizar los riesgos de su desarrollo para la salud pública. Dichas medidas, recogidas por la propia Administración demandada cuando la incidencia es inferior a 500 sobre 100.000 habitantes, limitan de forma importante la actividad en cuanto a horarios, aforos, distancia entre mesas, ocupación de mesas, prohibición de uso de la barra o consumo de pie. Ha de indicarse que, durante el mes de diciembre, se han considerado medidas adecuadas, al no aparecer en dicho mes subida de contagios con la hostelería abierta en estas condiciones. En definitiva, la conjugación de los intereses en conflicto hace que la sala entienda que la apertura de la actividad hostelera, en las condiciones antedichas, no aparece en este momento como un elemento de riesgo cierto y grave para la salud pública por lo que se accederá a la medida cautelar en estos términos.

(ATSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de febrero de 2021, rec. 94/2021)

## JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

### COVID-19. No caben vacaciones en periodos de confinamiento estricto ante la imposibilidad de su disfrute

**Vacaciones. Fecha de disfrute. COVID-19. Fuerza mayor. Vacaciones solicitadas y concedidas antes de la declaración del estado de alarma. Denegación por la empresa de la solicitud de anulación de dicho periodo de disfrute, lo que supuso la inasistencia al puesto de trabajo. Alegación de la trabajadora de que el confinamiento impidió el disfrute de sus vacaciones.**

La pandemia de la COVID-19 constituye un supuesto de fuerza mayor en toda regla al tratarse de un acontecimiento imprevisto e inevitable, aunque se hubiere podido prever. La presente epidemia ha de ser incluida en la definición que contempla el artículo 1.575, párrafo 2.º, del CC, básicamente equivalente a una peste de corte medieval, esto es, una enfermedad vírica que se transmite entre seres humanos con apenas control y que afecta a la práctica totalidad de los ciudadanos. Además, si un trabajador no se ve perjudicado por un supuesto que podría ser calificado como caso fortuito (como la incapacidad temporal –IT–), parece lógico y razonable que, si se ve afectado por una causa de fuerza mayor que condicione de modo directo sus vacaciones, conserve su derecho a disfrutar estas, precisamente porque este acontecimiento imprevisto y, aunque previsible, inevitable, habría impedido su legítimo derecho a disfrutar sus vacaciones debidamente autorizadas por la empleadora. Procede anular el periodo de vacaciones del 13 al 17 de abril de 2020 y reconocer un nuevo periodo, del 28 de septiembre al 2 de octubre, al considerar que nunca se disfrutó vacaciones por el estado de alarma.

(SJS núm. 3 de Santander de 16 de septiembre de 2020, núm. 283/2020)

## COVID-19. No procedía conceder vacaciones con ocasión del permiso retribuido recuperable

Vacaciones. Fecha de disfrute. COVID-19. Fuerza mayor. Vacaciones solicitadas y concedidas antes de la declaración del estado de alarma. Pretensión del trabajador de que se anule el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 5 de abril de 2020, pasando a disfrutarse entre los días 9 y 15 de diciembre de 2020.

La pandemia de la COVID-19 reviste la consideración de supuesto de fuerza mayor en su condición de acontecimiento imprevisto e inevitable, aunque hubiera sido posible su previsión. Por primera vez en los últimos 100 años se ha generado una pandemia, provocada por el virus SARS-CoV-2, origen del estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio). Dentro del estado de alarma tuvo lugar un confinamiento generalizado y estricto de la población, que afectó directamente a la trabajadora, con salidas únicamente para emergencias como comprar comida, farmacia y trabajo. Resulta de aplicación el artículo 1.575, párrafo 2., del CC, al tratarse de una enfermedad vírica transmisible entre seres humanos con apenas control y que afecta a la práctica totalidad de los ciudadanos. Procede la aplicación analógica del artículo 38.3 del ET, en cuanto al trabajador que inicia situación de IT, de tal forma que conserva su derecho a disfrutar sus vacaciones. Por tanto, procede la anulación del periodo de vacaciones concedido por la empresa, acogiendo la solicitud formulada por la trabajadora, dándose la circunstancia de que no están justificadas las razones organizativas en que aquella justifica la denegación, pues, precisamente, en dicho periodo se concedió un permiso retribuido recuperable.

(SJS núm. 1 de Melilla de 3 de noviembre de 2020, núm. 149/2020)