



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de junio de 2021)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

Contrato fijo de obra: el artículo 24 del Convenio de la construcción entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos

Contratos de trabajo de duración determinada. Sucesión de contratos. Utilización abusiva en el sector de la construcción. Contrato fijo de obra. Concepto de razones objetivas que justifican la renovación de tales contratos. Transmisión de empresa. Subrogación en los contratos de trabajo producida en virtud de las estipulaciones de un convenio colectivo. Convenio colectivo general de la construcción, que limita los derechos y las obligaciones de los trabajadores subrogados a los derechos y obligaciones generados por el último contrato suscrito con la empresa saliente. Antigüedad. Trabajador que ha suscrito seis contratos de obra sucesivos, con un total que excede de 25 años, el último de los cuales lleva en vigor más de 7 años. Reconocimiento por la empresa cedente de una antigüedad ceñida al último contrato (1 de enero de 2014), obviando los anteriores. Contrato público de mantenimiento de redes de agua.

De la cláusula 5.1 del acuerdo marco contenido en la Directiva 1999/70 se desprende que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación para adoptar una o varias de las medidas enunciadas en la misma con objeto de prevenir el abuso en la utilización sucesiva de contrataciones de duración determinada (razones objetivas que justifiquen la renovación, duración máxima total de los sucesivos contratos y número máximo de sus renovaciones) o, incluso, medidas legales equivalentes. Dicha cláusula 5 del acuerdo marco no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación de este acuerdo marco. Así, este precepto no impone a los Estados miembros una obligación general de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Por su parte, el artículo 24.3 del convenio colectivo controvertido podría constituir una medida destinada a prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y, en concreto, a fijar una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada por cuanto limita a 3 años consecutivos la prestación de servicios para una misma empresa en distintos centros de trabajo dentro de la misma provincia, salvo que concurren determinadas condiciones. Incumbe al órgano jurisdiccional comprobar si esa medida constituye, en el caso de autos, una medida adecuada para prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en el sentido de dicha cláusula. No existe para este tipo de contratos, sin embargo, ninguna medida nacional que fije un número máximo de renovaciones. La observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente si la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender necesidades provisionales y si una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador en materia de personal. Ahora bien, el artículo 24 de dicho convenio colectivo permite la celebración de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra», limitando, en principio, la adscripción del trabajador de que se trate, por cada contrato celebrado, a una sola obra. Esta limitación de los contratos a una sola obra es, según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, la única medida prevista para este tipo de contratos que podría constituir una «razón objetiva» en el sentido





de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del acuerdo marco. Ahora bien, aun cuando adscribir a un trabajador a «una sola obra» puede constituir, dadas las características particulares del sector de la construcción, una «circunstancia específica y concreta que caracteriza una determinada actividad», en el sentido de la jurisprudencia comunitaria, procede señalar, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, que no cabe considerar que el artículo 24 del Convenio colectivo de la construcción permita justificar la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pues dicho artículo entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos. En efecto, en virtud del apartado 2 de dicho artículo, el contrato fijo de obra únicamente se limita «con carácter general» a una sola obra, de modo que esta disposición no excluye la posibilidad de celebrar un contrato de este tipo para varias obras. Por otro lado, el apartado 5 del mismo artículo permite celebrar diversos contratos de este tipo con la misma empresa para diferentes puestos de trabajo. Así, parece que, si bien la limitación del contrato a una sola obra que prevé el apartado 2 se aplica a cada contrato fijo de obra considerado por separado, con arreglo al apartado 5 pueden celebrarse diversos contratos de este tipo sucesivamente para diferentes obras. Por tanto, unas normas como las recogidas en el artículo 24, apartados 2 y 5, de dicho convenio colectivo, con arreglo a las cuales cada contratación individual limita, en principio, la adscripción del trabajador de que se trate a una sola obra, pero que permite renovar los contratos «fijos de obra» indefinidamente por el efecto acumulado de esos sucesivos contratos o la agregación de estos, ponen de manifiesto que dicho trabajador en realidad desempeña de modo permanente y estable tareas que forman parte de la actividad ordinaria de la entidad o de la empresa que lo emplea. Así, tal normativa no permite prevenir, en el sentido de la referida cláusula 5, apartado 1, los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Corresponde en particular al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, como sostienen las empresas cedente y cesionaria, se concede a los trabajadores de duración determinada empleados con contratos fijos de obra una indemnización por cese y, en caso afirmativo, si esta indemnización es adecuada para prevenir y, de ser necesario, sancionar tales abusos y puede calificarse de «medida legal equivalente», en el sentido de la citada cláusula 5, apartado 1. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha declarado que, para constituir una «medida legal equivalente», en el sentido de la cláusula 5 del acuerdo marco, la concesión de una indemnización debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Además, es necesario que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula. En definitiva, la normativa nacional no puede ser aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trata de un modo tal que la renovación de sucesivos contratos de duración determinada «fijos de obra» se considere justificada por «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho acuerdo marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables. **Subrogación.** La limitación del reconocimiento de los derechos del trabajador en el marco de su relación laboral con la empresa entrante a los generados por el último contrato que este haya celebrado con la empresa saliente implica precisamente mantener esos derechos con ocasión de la subrogación de personal, lo cual se corresponde con el objetivo perseguido por la Directiva 2001/23, consistente en garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las acordadas con el cedente. Además, esa disposición no limita solamente los derechos del trabajador subrogado, sino también sus obligaciones a aquellas derivadas del último contrato que hubiera suscrito con la empresa saliente. La Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, cuando se produce una subrogación de personal en el marco de contratos públicos, los derechos y obligaciones del trabajador subrogado que la empresa entrante está obligada a respetar se limitan exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por ese trabajador con la empresa saliente, siempre y cuando la aplicación de dicha normativa no tenga como efecto colocarlo en una posición menos favorable por el mero hecho de esa subrogación, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

(STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

La copia básica de los contratos que se entrega a la representación legal de los trabajadores (RLT) no tiene por qué contener el salario real. Son perfectamente válidas las expresiones «según pacto» o «según convenio» reproducidas del contrato original

Copia básica de los contratos de trabajo que entrega la empresa a la RLT. Contenido. Petición de que contenga el salario real pactado y que no sea válida la expresión «según pacto» o el salario mínimo del convenio colectivo, si este no es el real.

Señala el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que el empresario ha de entregar una copia. Por tanto, no está obligado a suministrar datos distintos de los que figuran en el documento original. Es más, si así lo hiciera no cumpliría el precepto. No sería cumplir el mandato el que en el contrato original se exprese que el salario será según convenio y, posteriormente, en la copia fijar la cantidad numérica que corresponde. De obrarse así es cuando se ocultaría al Comité la posibilidad de comprobar si se estaba obrando o no correctamente. El mandato legal excluye del deber de comunicar la copia básica, respecto a determinados contratos (los de alta dirección) y determinados datos (los estrictamente personales), pero en ningún punto amplía la obligación de suministrar al Comité datos que no figuran en el contrato original. Ciertamente que con el proceder de la empresa demandada estableciendo en los contratos originales que salario, jornada y vacaciones serán los de convenio acaba impidiendo al Comité valorar si las condiciones en las que se prestan los servicios corresponden o no con la legalidad vigente y, formando parte de ella, del propio convenio colectivo. Pero tal forma de proceder, posiblemente encuadrable en las infracciones recogidas hoy en el título IV del ET, no es objeto de este proceso. Como señala la sentencia recurrida, aquí se solicitaba que se declarase el derecho del Comité a que en la copia básica que se le entregue figuren determinados datos. Y, en la medida en que tales datos no figuran en los contratos originales, no es posible incluirla ahora como formando parte de la copia. De igual forma, no puede accederse a la estimación del recurso para que la RLT pueda conocer si se cumplen los parámetros de la relación salarial entre trabajadores hombres y mujeres, con apoyo en el Real Decreto-Ley 6/2019, ya que el sistema español de registro retributivo permite el acceso de la RLT a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas, y no solo en aquellas con al menos 50 personas trabajadoras como establece la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014. En el caso analizado, ningún elemento permite sostener que la parte demandada hubiera incumplido esa exigencia, ni que la demanda formulada se proyectara en modo alguno sobre la misma.

(STS, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2021, rec. núm. 189/2019)

El descuento de salario por la impuntualidad injustificada del trabajador en los fichajes de entrada no es una multa de haber

Atento Teleservicios España, SA. Sector de *contact center*. Práctica empresarial consistente en no abonar a los trabajadores la retribución correspondiente al tiempo en que no prestan servicios por los retrasos al incorporarse a sus puestos de trabajo.

El salario retribuye el trabajo efectivo o el tiempo de descanso computable como de trabajo (art. 26.1 ET). El artículo 30 del ET establece que el trabajador conservará el derecho a su salario si no presta servicios por causa imputable al empresario y no al trabajador. En el caso contrario, si la falta de prestación de servicios es imputable únicamente al trabajador, que al incorporarse a su puesto de trabajo se retrasa, sin causa justificada, no concurre la prestación de servicios laborales que conlleva el devengo de la retribución. Durante el tiempo en que el trabajador no presta servicios laborales, teniendo obligación de hacerlo, sin justificación alguna, el carácter sinalagmático del contrato de trabajo





supone que no se devenga salario, sin que ello suponga una multa de haber. En efecto, la multa de haber consiste en la detracción de salario devengado o al que el trabajador tiene derecho. En el supuesto enjuiciado, el trabajador no tiene derecho a percibir dicho salario porque no ha prestado servicios por causa imputable únicamente a él. El II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *contact center* tipifica como faltas leves, graves o muy graves las faltas reiteradas de puntualidad; y el artículo 54.2 a) del ET considera incumplimientos contractuales las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad al trabajo. Pero ello no supone que el empleador deba abonar el salario correspondiente al tiempo no trabajado debido a la impuntualidad del empleado. Si el trabajador incurre en varias faltas de puntualidad, causa un perjuicio a la compañía que tiene que prestar servicio en las franjas horarias pactadas con los clientes. Se trata de un incumplimiento contractual que, si es reiterado, justifica el ejercicio del poder disciplinario por el empleador. Además, sin que ello suponga una doble sanción, pues el empleador no está obligado a abonar el salario correspondiente al tiempo en que el trabajador no prestó servicios por causa imputable únicamente a él. Lo mismo sucede con el incumplimiento contractual consistente en la falta de asistencia injustificada al trabajo (art. 54.2 a) ET). El hecho de que el empleador sancione esa conducta del trabajador no supone que deba abonarle el salario correspondiente a los días de inasistencia injustificada, ya que el ejercicio del poder disciplinario no conlleva que se devengue la retribución indebida. El convenio colectivo sectorial establece que las ausencias justificadas al trabajo para acompañar a las consultas médicas a determinados familiares constituyen permisos no retribuidos, sin que se devengue retribución. Con mayor razón aún, no se devengará retribución alguna si la ausencia es injustificada. No hay que olvidar que, en el caso analizado, la prestación se realiza en unos turnos con unos horarios concretos, los retrasos injustificados de los trabajadores en su incorporación a sus puestos de trabajo pueden dar lugar a penalizaciones para la empresa, existen dificultades para compensar dichos retrasos con trabajo efectuado en un turno distinto y no se ha reconocido el derecho de los trabajadores de esa empresa a que, una vez fijado su horario, si se produce una falta de puntualidad injustificada imputable al empleado, pueda prestar servicios en otro momento para compensar su tardía incorporación. No se ha producido un descuento de salario efectivamente devengado por el trabajador. Se trata de un supuesto distinto de aquellos en los que la sala ha declarado la existencia de una multa de haber. En ellos, el trabajador había devengado el correspondiente salario, del que había sido privado como consecuencia de una sanción encubierta. En la presente litis no se ha devengado salario por el citado periodo de tiempo. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2021, rec. núm. 182/2019)

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. El Tribunal Supremo recuerda que la empresa no tiene por qué notificar al trabajador si la modificación es o no definitiva ni las causas por las que adopta dicha decisión

Servicio de transporte interurbano de viajeros por carretera. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Impugnación. Dies a quo del plazo de caducidad de 20 días. Empresa que notifica al demandante un nuevo cuadrante desde el día 15 de marzo de 2017, en el que se modifican los turnos, la jornada y el horario, que es reiterado mensualmente con el mismo sistema de trabajo.

Para que comience el cómputo del plazo de caducidad, el artículo 138.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) requiere que la decisión empresarial se haya notificado por escrito al trabajador, pero no requiere que dicha notificación cumpla los requisitos formales del artículo 41.3 del ET. La fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que, para las partes, se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. La cuestión reside en determinar si la actuación de la empresa constituye una verdadera notificación fehaciente de su decisión a los trabajadores que pueda considerarse suficiente para dar inicio al plazo de caducidad de la acción. En el caso analizado debe llegarse a la conclusión de que la notificación efectuada al trabajador fue suficiente para dar inicio





al plazo de caducidad de la acción, aunque no se le dieran a conocer las causas por las que la empresa adoptaba la modificación de los cuadrantes de trabajo, pues de nuevo hay que recordar que la demanda ha de presentarse en el plazo de caducidad de 20 días, aunque no se haya seguido el procedimiento del artículo 41 del ET (art. 138.1 LRJS). Por más que se afirme que el trabajador no tenía por qué conocer que la modificación de los cuadrantes de trabajo iba a ser definitiva, hay que recordar que tampoco el artículo 138.1 de la LRJS condiciona el comienzo del cómputo del plazo de caducidad de la acción a que se notifique al trabajador una modificación «definitiva» o no, sino que simplemente se exige la notificación de la decisión modificativa empresarial y en el presente caso la modificación le fue comunicada al trabajador.

(STS, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2021, rec. núm. 3325/2018)

Interinidad por vacante en el sector público. A falta de previsión normativa, una duración del contrato superior a 3 años debe considerarse injustificadamente larga, comportando el pase a la condición de indefinido no fijo

Junta de Andalucía. Interinidad por vacante que supera los 3 años de duración. Derecho a recibir indemnización derivada de la extinción del contrato. Aplicación Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE. Incidencia STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19. Consideración de indefinido no fijo por ausencia de justificación objetiva de la larga duración del contrato. Rectifica doctrina.

Aunque técnicamente el contrato de interinidad por vacante se extiende hasta que la plaza que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido y, mientras esto no ocurra, estaremos en presencia de un único contrato (en ningún caso de contratos sucesivos), salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante, esta visión no es coherente con la propia finalidad del acuerdo marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia. Por ello, teniendo en cuenta que, en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales están obligados a garantizar el resultado perseguido por el derecho de la Unión y que evitar el abuso en la contratación temporal constituye objetivo básico del mismo, la interpretación del contrato de interinidad debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. Desde tal perspectiva, aun cuando el contrato haya cumplido los requisitos legales, no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza, debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Como señala la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia en el derecho nacional de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Así, la suspensión de los procedimientos de cobertura de las plazas vacantes en los organismos del sector público –en aras de la estabilidad presupuestaria y del control del gasto– no puede considerarse dato decisivo para entender justificada la dilación en el tiempo de los procesos de convocatoria y cobertura de vacantes, que legitiman la concertación y el mantenimiento de los contratos de interinidad, máxime cuando, con la convocatoria y subsiguiente ocupación de plazas vacantes cubiertas por trabajadores interinos, el gasto no se incrementa porque ya existe, puesto que no se trata de plazas de nueva creación, sino de plazas que ya están cubiertas interinamente y que provocan el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva. Desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las normas presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo. Por tanto, aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del artículo 4.1 y 2 b) del Real





Decreto 2720/1998, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada –hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva– ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno solo durante un periodo inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo. Con carácter general no establece la legislación laboral un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica, a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto. Ocurre, sin embargo, que en multitud de ocasiones la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución. En tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo, de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. Para evitarlo, la STJUE de 3 de junio de 2021 citada nos indica la necesidad de realizar una interpretación conforme con el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE y, especialmente, nos compele a aplicar el derecho interno de suerte que se satisfaga el efecto útil de la misma, especialmente por lo que aquí interesa, del apartado 5 del citado acuerdo marco. En cumplimiento de tales exigencias, esta sala estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de 3 años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga. Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado acuerdo marco sobre contratación determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ese plazo de 3 años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, ese es el límite general que tienen los contratos para obra o servicio determinado (art. 15.1 a) ET); constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por otro lado, 3 años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 del EBEP. La indicación de tal plazo de 3 años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor. En el caso presente estamos ante un contrato de interinidad por vacante que se suscribió en noviembre de 2009 hasta su extinción el 30 de junio de 2017, extinción que fue consecuencia de la ocupación de la vacante que ocupaba la demandante por un trabajador fijo que fue seleccionado en el correspondiente concurso de traslados convocado por Resolución de la Junta de Andalucía de 12 de julio de 2016. Se comprueba, por tanto, que, por un lado, la entidad empleadora tardó más de 6 años en organizar y publicar un concurso para la cobertura de la plaza vacante que ocupaba la demandante; y, por otro, que se trataba de un mero concurso de traslado entre el personal que ya tenía la condición de fijo. Extremo este que ni estaba rodeado de complicación alguno, ni podía entenderse comprendido entre los paralizados por la normativa a que se ha hecho referencia ya que, difícilmente puede entenderse que un concurso de tal naturaleza –traslado– pueda suponer un incremento estructural del gasto público. No existe, por tanto, circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración durante tan amplio periodo de tiempo. El hecho de que la trabajadora en el momento de la extinción de su contrato tuviera la consideración de indefinida no fija, conduce a la aplicación de la doctrina según la cual la extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba implica el reconocimiento a su favor de una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, tal como lo declaró la sentencia recurrida. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2021, rec. núm. 3263/2019)

La cobertura del puesto de trabajo dejado por quien es adscrito temporalmente a otro puede hacerse mediante la modalidad de interinidad por sustitución

RTVE. Interinidad por sustitución. Trabajador sustituido que es adscrito temporalmente a otros puestos dentro de la empresa, sin que con el devenir del tiempo se haya suspendido su contrato ni este haya abandonado temporalmente la compañía. Solicitud por la trabajadora sustituta del carácter indefinido no fijo de la relación laboral por fraude de ley. Improcedencia.

Sobre el contrato de interinidad por sustitución, esta sala ha venido distinguiéndolo claramente del contrato de interinidad por vacante y ha mantenido como elementos configuradores de aquel la suspensión del contrato que viene manteniendo el trabajador sustituido y la necesidad de que se le reserve el puesto de trabajo. En el caso analizado, el trabajador sustituido participó y resultó seleccionado en una convocatoria interna para la cobertura de determinados puestos, mediante la figura de la adscripción temporal, manteniendo la reserva del puesto de trabajo. Tal adscripción del sustituido sufrió diferentes modificaciones que se recogieron en el respectivo contrato de interinidad. Siendo ello así, y centrándose el debate en si la cobertura del puesto de trabajo dejado por el trabajador adscrito temporalmente a otro puede hacerse mediante la contratación de interinidad por sustitución, entendemos que es admisible dicha figura, ya que en ese caso se cumple con la finalidad que pretende cubrir tal modalidad de contrato que no es otra que la de «sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo». Tanto en el caso de la sentencia recurrida como en la de contraste, existe un trabajador sustituido que ha dejado su puesto, con derecho a reserva del mismo. Y esa situación no es producto del devenir ordinario de la relación laboral y afecta al contenido de la propia relación que se estaba prestando, en tanto que cambia el puesto que es atendido en virtud del contrato, pero con reserva del mismo. Por ello, esa situación permite a la empresa cubrir esa ausencia mediante el contrato de interinidad por sustitución. Es cierto que esta sala ha dicho que el régimen jurídico del contrato de interinidad por sustitución debe operar en casos de suspensión de la relación laboral, en clara referencia a supuestos en los que existían suspensiones del propio ET, pero ni el ET ni el Real Decreto 2720/1998 reservan en exclusiva el contrato de interinidad a los casos de suspensión con reserva de trabajo, sino a todos aquellos en los que un trabajador deba ser sustituido por otro, como en este caso en el que el trabajador es adscrito a otro puesto con derecho de reserva del que ha dejado.

(STS, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2021, rec. núm. 2199/2019)

No es nulo el plan de igualdad firmado después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019 (8 de marzo de 2019) por el hecho de que el diagnóstico de situación fuese anterior a dicha fecha

Planes de igualdad. Obligación, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019, de elaborar un nuevo diagnóstico de situación previo a la firma. Empresa que inicia el proceso de negociación del plan de igualdad en 2015, bajo la vigencia del texto original de la Ley orgánica 3/2007 (LOI), manteniéndose así durante las diferentes reuniones celebradas a tal efecto y hasta la de 20 de marzo de 2019.

En el caso analizado se trata de decidir si, tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019, que da nueva redacción al artículo 46.2 de la LOI en lo relativo al diagnóstico de situación, existe obligación de redactar y presentar un nuevo diagnóstico de situación diferente al aportado por la empresa a la comisión negociadora el 29 de enero de 2019, hasta el punto de que su no actualización pudiese conllevar la consecuencia jurídica de anular y dejar sin efecto el plan de igualdad firmado con la RLT el 4 de junio siguiente. En este contexto, la empresa presentó a la comisión negociadora el 29 de enero de 2019 un diagnóstico de situación actualizado en esa fecha, cuya elaboración encarga a una consultora externa, respecto al que no se discute que cumple con las exigencias legales vigentes en aquel momento. Dicho diagnóstico se aporta con mucha antelación a la conclusión del proceso negociador y son varias las reuniones con la comisión negociadora que se celebran con posterioridad, por lo que no hay duda de que debe considerarse como un





diagnóstico negociado, desde el momento en el que en esas posteriores reuniones todas las partes dispusieron de la posibilidad de poner de manifiesto sus objeciones y alegaciones al respecto, siendo de hecho ratificado con la firma del acuerdo sobre el plan de igualdad finalmente alcanzado con la RLT. A lo que debemos añadir que tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019, ninguno de los sindicatos demandantes alegó en las posteriores reuniones la posible existencia de un déficit en los datos y en la información necesaria para elaborar el diagnóstico en relación con las materias enumeradas en el artículo 46.2 de la LOI. Si bien es verdad que este precepto menciona en su nueva redacción el registro de salarios que la norma incorpora al artículo 28.2 del ET, como uno de los elementos a tener en consideración en la elaboración del diagnóstico de situación, y que obviamente no existía en la fecha del diagnóstico presentado en aquel caso, no lo es menos que igualmente señala en el nuevo apartado 6 que incorpora al artículo 46 de la LOI que: «Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad [...]». Se evidencia con ello que el propio Real Decreto-Ley 6/2019, siendo plenamente consciente de la existencia de procesos de negociación de planes de igualdad que pudieren estar abiertos en la fecha de su entrada en vigor, no solo no incorpora ninguna norma transitoria respecto a los diagnósticos de situación que pudieren haberse negociado conforme a la legislación anterior, sino que, contrariamente, señala que reglamentariamente se desarrollará esta materia en el futuro, sin imponer, por lo tanto, la ineficacia de los que pudieren haberse elaborado hasta la fecha y cumplieren con los requisitos anteriormente exigibles. No hay en ese real decreto-ley ninguna previsión de la que se desprenda su aplicación retroactiva, mientras que, en sentido contrario, se remite a la elaboración de un ulterior reglamento. Este desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Norma que no es de aplicación al caso, puesto que es incluso posterior a la fecha de la propia sentencia recurrida, pero cuyas previsiones pueden valer para interpretar el alcance del Real Decreto-Ley 6/2019, en cuanto son reveladoras de la voluntad del legislador en esta materia. Voluntad que no es la de invalidar y dejar sin efecto los procesos de negociación y acuerdo en los planes de igualdad que pudieren haberse culminado con anterioridad a la promulgación de las distintas modificaciones legales que se han venido desencadenando, sino la de revisar y actualizar, en su caso, tales planes de igualdad en la medida en que resulte necesario para su correcta adecuación a la nueva normativa.

(STS, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2021, rec. núm. 32/2020)

Es posible el acrecimiento de la pensión de viudedad de la cónyuge del sujeto causante tras el fallecimiento de la otra beneficiaria, excónyuge por divorcio

Pensión de viudedad con beneficiarias concurrentes, falleciendo la excónyuge. Recuperación por la viuda del derecho a percibir la pensión íntegra («acrecimiento» impropio).

En el caso analizado, se discute si es posible que la pensión de la cónyuge supérstite se acrezca con el importe de la pensión de la cónyuge histórica (divorciada) cuando fallece esta. Para la resolución del caso hay que tener en cuenta que, tras extinguirse el derecho a percibir pensión de viudedad por parte de la primera esposa del causante, recupera toda su amplitud el derecho originario e íntegro de la viuda. No se trata de realizar un nuevo cálculo, ni de revisar los porcentajes de pensión que deba abonar el Instituto Nacional de la Seguridad Social ni, mucho menos, de aplicar normas sobrevenidas al hecho causante, sino de que cese el descuento o reparto que ha tenido sentido solo en tanto existía concurrencia de personas beneficiarias. Esta solución no inspira el deseo de evitar el enriquecimiento injusto de la entidad gestora, ni de alterar los requisitos para que surja el derecho al percibo de la pensión. Lo único que sucede es que desaparece la causa por la que su importe no era satisfecho íntegramente a la viuda. Y, eso sí, se dispensa una protección acorde con el carácter contributivo que posee la viudedad examinada, ya que es el causante quien cumplió los requisitos exigidos para que el sistema abonase una pensión de viudedad a su fallecimiento, con independencia de si era o no compartida. En puridad, por más que así lo hayan denominado a lo largo del procedimiento las partes





contendientes o las sentencias contrastadas y ello sea admisible por lo gráfico que resulta, no estamos ante un acrecimiento de pensión. Esta figura, conocida tanto en el ámbito del derecho sucesorio como en el de la protección por muerte y supervivencia de la Seguridad Social, implica que la pensión de quien fallece pasa a percibirla quien sobrevive. Sin embargo, en nuestro caso lo que sucede es que desaparece el motivo por el que la pensión no se percibía de manera íntegra por la cónyuge viuda. Cuando hay verdadero acrecimiento el derecho de quien se beneficia del mismo resulta incrementado respecto de lo que originariamente le corresponde. Por el contrario, en nuestro supuesto lo que sucede es que se restablece el derecho en su dimensión originaria. Ni hay nuevo hecho causante, ni se recalcula la pensión, ni se puede buscar un punto de conexión normativo diverso. La entidad gestora va a seguir abonando la misma pensión, cuyo carácter único venimos proclamando de manera continuada. Por eso no compartimos el argumento, en sentido contrario, conforme al cual si la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) establece el acrecimiento para determinados supuestos de orfandad y no lo hace para la viudedad es que se ha querido descartar. En el caso de la orfandad aumentada con la viudedad vacante, quien se beneficia de ello pasa a tener un derecho de importe superior al que corresponde a la situación protegida (la orfandad), mientras que ahora quien se beneficia de la interpretación que acogemos solo lucra la pensión que originariamente le correspondería de no haber concurrencia de beneficiarias. Por las razones expuestas debe entenderse que, en el supuesto de concurrencia de personas beneficiarias, al importe de pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge supérstite (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de pensión que (en razón de ese mismo parámetro) ha venido percibiendo el excónyuge a partir del momento en que se extingue este derecho. La solución expuesta no puede trasladarse ni al supuesto inverso (fallecimiento de la persona viuda y supervivencia del cónyuge histórico), ni a otros en los que hay concurrencia de diverso tipo (por ejemplo, entre excónyuges) o en los que son otras personas (huérfanos) a quienes el legislador desea que se destine el importe de la pensión extinguida, ni a cualesquiera otros diversos.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de junio de 2021, rec. núm. 3901/2018)

Incremento de la pensión de orfandad con la de viudedad no percibida por el progenitor vivo. A vueltas con la interpretación de la expresión «orfandad absoluta»

Pensión de orfandad. Solicitud de acrecimiento por huérfano de padre, sin que la madre tenga reconocida pensión de viudedad por no haber estado casada ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos del artículo 174.3 de la LGSS. Interpretación de la expresión orfandad absoluta.

De resolverse del modo pretendido por la actora, se vulneraría la norma que establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. De otra parte, se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de excónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa. Para evitar este trato diferente habría que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, lo que es manifiestamente contrario a la regulación actual que, de modo inequívoco, exige en todos los casos la orfandad absoluta. La trascendencia de esta innovación sería además muy amplia, pues incluiría todos los supuestos en que no se causa derecho a la pensión de viudedad por falta de cotización, ya que no se exigen periodos previos en la pensión de orfandad; se acrecería así, como regla general, aunque no existiera un derecho patrimonial del que pueda derivarse el acrecimiento. Además, de esta forma se produciría el establecimiento de una regulación alternativa contraria a la vigente por vía de sentencia que no podría justificarse en atención a la cobertura de una situación específica de necesidad, pues la falta de concesión de la pensión compensatoria puede deberse a que el excónyuge tenga recursos propios suficientes, lo que le permitiría atender al huérfano. Y si para evitar este efecto se estableciera un control de recursos, el





órgano judicial estaría asumiendo de nuevo una función reguladora que no le corresponde. Con toda probabilidad, *de lege ferenda*, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho –inexistencia de ambos progenitores–, como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho –cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad–, siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras («orfandad», según el DRAE, es «estado de huérfano» y a este término lo define en su primera acepción como «dicho de una persona de menor edad a quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre», señalando también en torno al adjetivo «absoluto/a» que equivale a «ilimitado» y a «entero, total, completo») apunta en el caso enjuiciado solo a una y primera orfandad absoluta, concepto cuya hermenéutica, incluso teniendo en cuenta los elementos a los que también se refiere el artículo 3.1 del Código Civil, no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dicha y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial con un Estado de derecho, se residencia en otro poder del Estado. Por tanto, para acrecer con la pensión de viudedad la prestación de orfandad, esta debe ser absoluta, en los términos del artículo 38 del Real Decreto 3158/1966, caracterizada por la ausencia de ambos progenitores salvo, excepcionalmente (orfandad absoluta asimilada o impropia), en supuestos de progenitor sobreviviente desconocido o maltratador.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2021, rec. núm. 4369/2018)

La sentencia que inaplica un artículo de un convenio, por minorar las condiciones del convenio marco, no tiene efecto de cosa juzgada sobre aquellos conceptos recogidos en dicho artículo no regulados en el convenio de ámbito superior

Sentencia firme que declara inaplicable el artículo 34 del Convenio colectivo del sector privado de residencias y centros de día para personas mayores de la Comunidad de Madrid por minorar las condiciones laborales del convenio marco. Efecto positivo de la cosa juzgada material cuando el precepto incluye un concepto (plus de transporte) que no se regula en el convenio marco ni se menciona en la citada sentencia.

La determinación de si concurre la cosa juzgada positiva exige interpretar el alcance de la primera sentencia. Esta resolvió un conflicto palmariamente ajeno al plus de transporte, por lo que no cabe aplicar el efecto positivo de cosa juzgada material a dicho complemento. En modo alguno ello implica que se vacíe de contenido la sentencia anterior, ni se vulnere el derecho a la invariabilidad de las sentencias firmes. El tribunal de instancia se ha limitado a precisar cuál es el contenido y alcance del pronunciamiento judicial previo y el alcance del efecto positivo de cosa juzgada material de la citada sentencia. El tenor literal del fallo de esa sentencia debe integrarse con los argumentos desarrollados en la resolución judicial, que sirven para precisar su alcance. El examen conjunto de la sentencia anterior revela, de forma clara y evidente, sin atisbo de duda, que la controversia no afectó al plus de transporte por lo que, al tratarse de un complemento que quedó imprejuizado, no puede invocarse el principio de invariabilidad de sentencias para privar a los trabajadores de ese derecho establecido en una norma colectiva pactada por los representantes de trabajadores y empresarios. No hay que olvidar que la causa de pedir del procedimiento anterior se centraba en la minoración retributiva causada por un convenio sectorial autonómico en relación con el convenio marco estatal, lo que excluye que afecte al plus de transporte. Por ende, la controversia atinente a este plus quedó imprejuizada en el pleito anterior, lo que impide que la empresa pueda privar de ese derecho a los trabajadores, sin que opere la cosa juzgada respecto de la sentencia dictada en un pleito que tuvo un objeto no coincidente con el actual. En el caso analizado, el convenio





marco estatal señalaba que tenía carácter de derecho mínimo necesario, respecto de los convenios de ámbito más reducido, un listado de materias que incluía la estructura retributiva y los salarios. El artículo 34 del convenio cuestionado regulaba cuatro percepciones salariales (salario base, gratificaciones extraordinarias, plus de nocturnidad y plus de antigüedad) y una percepción extrasalarial (plus de transporte). El hecho de que se inaplique dicho artículo por minorar las condiciones de trabajo no impide que los trabajadores puedan seguir devengando el plus de transporte, ya que este complemento, a diferencia de las otras percepciones salariales mencionadas, no minorra las condiciones establecidas en el convenio marco estatal.

(STS, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2021, rec. núm. 171/2019)