



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

( Del 16 al 30 de septiembre de 2020)

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –GUÍA–

#### Denegación del permiso por hospitalización ante el parto de una hermana de la trabajadora: recepción por la jurisprudencia constitucional de la discriminación refleja

Derecho a la igualdad y no discriminación. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: denegación de permiso de trabajo solicitado para atender a una familiar hospitalizada (hermana) por parto. Personal estatutario. Enfermera del Servicio Vasco de Salud (SVS). Denegación por entender que el parto no está incluido en los supuestos contemplados de licencia por hospitalización.

La Administración sanitaria autonómica lleva a cabo una interpretación del artículo 47.1 c) del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del SVS que implica un trato de la mujer hospitalizada por razón de alumbramiento que es diferente del que se otorga al hombre hospitalizado. Trato desigual que se fundamenta en un hecho biológico, el parto, directamente asociado al embarazo y la maternidad y que, por tanto, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Su aplicación en estos términos supone una diferenciación que implica un trato menos favorable tanto para las mujeres hospitalizadas como para los empleados y empleadas del SVS que solicitan la licencia por hospitalización de mujeres de su familia. No puede entenderse que la diferencia de trato está justificada por el mero hecho de que existan otras licencias para los casos de alumbramiento. Con independencia de esas otras licencias, en esta la única razón por la que se excluye su aplicación a los familiares de la madre es que bajo el concepto de hospitalización se cubren todos los supuestos en los que una persona debe ser ingresada en un hospital, excepto aquel en el que la hospitalización tenga como causa el alumbramiento de la mujer que necesita esa ayuda. En este caso, la lesión del artículo 14 de la Constitución española (CE), por discriminación por razón de sexo, no encaja fácilmente en las categorías de discriminación directa o indirecta. La interpretación y aplicación del artículo 47.1 c) del Acuerdo regulador no puede categorizarse como una discriminación indirecta, pues no se está ante una interpretación o criterio formulado de manera neutra, ni aparentemente neutra, pero que perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres. Se trata, por el contrario, de una interpretación que se fundamenta en un motivo directamente relacionado con el embarazo y la maternidad y que, en principio, implica una discriminación directa de la mujer hospitalizada. Ahora bien, aquí la característica o condición que conlleva la discriminación directa por razón de sexo (el alumbramiento) no se sitúa en la persona que solicita acogerse a la licencia como medida, sino que la discriminación tiene lugar por razón del sexo de su familiar hospitalizado. Así, la recurrente no es discriminada por razón de su condición como mujer, sino por razón de la condición de mujer de su hermana hospitalizada. En definitiva, las personas trabajadoras del SVS sufren las consecuencias de una discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 de la CE, de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto.

(STC de 29 de junio de 2020, núm. 71/2020)

## TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

### **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Una reducción salarial del 5 % no es suficiente para entender que concurre un perjuicio que justifique la rescisión por voluntad del trabajador**

**Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT).** Acuerdo con la representación de las personas trabajadoras en el que se establece una reducción salarial del 5 % y el retraso en el pago de las nóminas al día 10 del mes siguiente al del devengo, así como diversas cláusulas de recuperación salarial y una mejora en la indemnización por despido objetivo. Empresa que se reserva la facultad de valorar si las posibles solicitudes de extinción contractual tienen encaje en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

En el presente caso, no se discute si la minoración retributiva pactada constituye o no una MSCT, puesto que la empresa ha canalizado a través del procedimiento específicamente previsto al efecto ese cambio, lo que se discute es si el trabajador, en todo caso, tiene derecho a extinguir el contrato y a ser indemnizada en los términos del artículo 41.3 del ET, sin activar la modalidad procesal para impugnar esas alteraciones contractuales, sino un procedimiento de carácter ordinario. Si quien legisla hubiera querido que toda MSCT comportara el derecho a que las personas afectadas pudieran extinguir su contrato al amparo del artículo 41.3 del ET y acceder a la situación legal de desempleo, debiera haber redactado el artículo 41.3 del ET en otros términos. Porque en él no hay automatismo, sino supeditación de la facultad tipificada a que concurra una circunstancia adicional a la de haberse introducido un cambio relevante en las condiciones de empleo. Que el sujeto afectado resultase perjudicado significa que lo uno (introducción de una MSCT que afecta a la remuneración) no comporta lo otro (perjuicio). La realidad ha mostrado casos de alteración del sistema remunerador (por ejemplo, método para satisfacer comisiones) carentes de consecuencias desfavorables para determinadas personas trabajadoras. Aunque cuando hablamos de una rebaja retributiva la existencia de perjuicio resulta difícil de negar, lo que ha hecho nuestra doctrina es identificar esas desfavorables consecuencias (desde la perspectiva del art. 41.3) con las de cierta enjundia. No hay duda de que la norma legal contiene una construcción algo paradójica, pues no somete al régimen de la MSCT cualquier cambio remunerativo, sino solo aquellos que poseen relevancia, trascendencia. Sin embargo, considera que no basta esa importancia para que surja el perjuicio que abre las puertas a la extinción. Nuestra doctrina ha intentado otorgar sentido y coherencia a esa regulación, extrayendo las consecuencias lógicas de las reglas sobre carga probatoria (quien insta la resolución y afirma su perjuicio es quien debe acreditarlo, porque carecemos de una presunción legal de lesividad de la MSCT) y situando en un impreciso listón porcentual en torno al 5/7 % el límite de lo que se considera constitutivo de perjuicio. Corresponde, en su caso, a quien legisla introducir las innovaciones que considere adecuadas cuando desee alterar el expuesto esquema. En el caso analizado, la minoración viene acompañada de varias circunstancias que atenúan su perjuicio: 1.º Solo afecta a la parte fija de la remuneración. 2.º Hay cláusulas de recuperación relacionadas con la marcha de la empresa. 3.º Hay reglas sobre renegociación de la rebaja salarial para la hipótesis de descenso de los impuestos a cargo de la empresa. 4.º En caso de despidos objetivos, la indemnización legal se mejora y calcula sobre el salario sin reducción. Debe estimarse el recurso interpuesto por la empresa, pues quien insta la extinción de su contrato tras una MSCT que afecta a la cuantía retributiva ha de acreditar que sufre un perjuicio, sin que una rebaja en torno al 5 %, con ciertas compensaciones y posibilidades de reversión, pueda considerarse bastante al efecto.

(STS, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2020, rec. núm. 822/2018)

## **Incapacidad permanente total. La genérica declaración del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en la resolución que establece que puede ser revisada por agravación o mejoría no implica que dicha situación no sea irreversible**

Incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo (IPT). Resolución del INSS reconocedora de la situación en la que se hace constar expresamente que dicha calificación puede ser revisada por agravación o mejoría después de 2 años. Efectos sobre el derecho a percibir indemnización que, por dicha contingencia, se reconoce en el convenio colectivo de aplicación.

En el caso analizado se supone que la declaración de la situación de IPT es previsiblemente definitiva, sin que quepa entender que la misma no es irreversible, tal y como ha entendido la sentencia recurrida. Así, en el supuesto de que el INSS hubiera entendido que la situación de la persona trabajadora fuera a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría, tenía que haberlo hecho constar en la propia resolución administrativa en la que declaró a dicha persona trabajadora en situación de IPT. Si en la resolución del INSS no se contiene dicha previsión, la declaración de IPT es causa de extinción del contrato de trabajo, tal y como resulta del artículo 49.1 e) del ET. No empece tal conclusión que en la resolución del INSS se hiciera constar que la calificación podría ser revisada por agravación o mejoría después de 2 años, ya que dicha previsión necesariamente ha de figurar en la resolución, tal y como establece el artículo 200.2 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). No desconoce la sala el contenido de su [Sentencia de 4 de febrero de 2016, rec. 2281/2014](#), sin embargo, tal supuesto es diferente del ahora examinado. En efecto, en la sentencia citada consta que en las respectivas resoluciones el INSS advirtió que su resolución implicaba la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo por un periodo de 2 años, circunstancia que no concurre en el asunto examinado.

(STS, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2020, rec. núm. 1117/2018)

## **Pensión de jubilación. Responsabilidad empresarial por falta de cotización al existir dudas sobre la naturaleza de la relación laboral. La buena fe de la empresa no le exime de responder de forma proporcional**

Pensión de jubilación. Responsabilidad empresarial por falta de cotización durante un largo periodo de tiempo en el que las partes mantuvieron una relación de prestación de servicios (perito tasador de vehículos en empresa de seguros) durante la que el trabajador estuvo de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), hasta que por sentencia firme se declaró la laboralidad de la prestación, momento en el que la empresa abonó las cotizaciones no prescritas.

Nuestra jurisprudencia viene señalando, respecto de la atribución de responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones, que el descubierto que origine la responsabilidad de la empresa por falta de cotización debe ser de tal magnitud que impida la cobertura del periodo de cotización exigido al trabajador para causar derecho a la protección; si hay descubiertos, pero estos no influyen en el periodo previo de carencia, no habrá responsabilidad empresarial con independencia de la gravedad que pudieran tener tales descubiertos, salvo que el incumplimiento de la cotización, aun no influyendo en el periodo de carencia, determine una menor cuantía de la prestación, en cuyo caso se aplicará el principio de proporcionalidad con declaración de responsabilidad a la empresa de forma proporcional a la incidencia de la falta de cotización; todo ello, sin perjuicio de la obligación empresarial de efectuar el pago de las cuotas atrasadas. En casos muy concretos, si la incidencia de la falta de cotización sobre el periodo de carencia es realmente escasa, se aplica un criterio de proporcionalidad en lugar de declarar responsable totalmente a la empresa. En el supuesto objeto de controversia, debe aplicarse dicho principio de proporcionalidad, dado que la empresa cotizó el periodo no prescrito, una vez se declaró que la relación que unía a las partes tenía naturaleza laboral. Con ello queda acreditada





la inexistencia de voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación. No obstante, a pesar de ello, la falta de cotización se proyectó no sobre el periodo de carencia y los requisitos de acceso a la prestación, sino sobre la cuantía de la base reguladora que, sin las cotizaciones no efectuadas, era mucho menor y proyectaba una pensión inferior a la que al trabajador le hubiera correspondido; lo que hace que sea razonable el reparto de responsabilidad en el pago de la pensión durante todo el tiempo en el que se lucre la misma, máxime cuando la aludida falta de cotización obedeció a las dudas sobre la naturaleza de la relación laboral.

(STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2020, rec. núm. 737/2018)

## **Jubilación flexible. No puede compatibilizarse dicha situación con una actividad por cuenta propia que requiera el encuadramiento en el RETA**

**Jubilación flexible. Trabajador que siendo socio mayoritario y teniendo el control de la sociedad actúa como empresario en el contrato de trabajo a tiempo parcial aportado, dándose de alta en el régimen general de la Seguridad Social. Posterior resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social en la que se señala la incompatibilidad de la actividad desarrollada, procediendo a tramitar su alta en el RETA.**

La jubilación flexible solo es compatible con el trabajo por cuenta ajena. Cuando el artículo 5 del Real Decreto 1132/2002 habla de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, se está refiriendo, si hacemos una interpretación terminológica y sistemática de los artículos 4 y 5 de dicha norma, a la necesidad de que exista un contrato celebrado entre empresa y persona trabajadora, y no al trabajo por cuenta propia, porque no cabe el alta parcial en el régimen especial que encuadra a estas personas trabajadoras, ya que la actividad profesional de una persona autónoma, por su propia naturaleza, no está sometida en principio a límites temporales, en conexión, a su vez, con el alta única colegida también de los artículos 41 y 46 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprobó el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2020, rec. núm. 2094/2018)

## **Jubilado parcial con jornada concentrada a tiempo completo y retribución mensual. La suspensión colectiva de contratos en un periodo distinto, después de realizada la actividad laboral, no da derecho a prestación por desempleo**

**La protección por desempleo. Trabajador en situación de jubilación parcial anticipada que concentra su actividad en un periodo temporal a jornada completa, abonando la empresa el salario todos los meses del año. Acuerdo de suspensión colectiva de contratos de trabajo durante un periodo (45 días) posterior al de realización por el trabajador de la actividad laboral, sin que la empresa le abone retribución.**

No ha habido en el caso analizado ningún cese de la prestación de servicios, ya que la actividad laboral correspondiente al año en cuestión ya la había realizado el trabajador íntegramente. Por consiguiente, no concurre el requisito de la prestación por desempleo exigido por el artículo 203.2 de la LGSS de 1994 consistente en el cese de la actividad de la persona trabajadora. De igual forma, no se ha producido una suspensión de la relación laboral, porque la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET). En definitiva, el trabajador ha desarrollado su actividad íntegra en los meses de junio a septiembre de 2014. La empresa se ha beneficiado de dicha prestación de servicios, pero no le ha abonado el salario correspondiente a los 45 días de suspensión entre noviembre y diciembre, sin que concurren los requisitos legales del artículo 203.2 de la LGSS de 1994.

(STS, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2020, rec. núm. 941/2018)

## La notificación del acto de despido por una Administración pública sin indicar vía y plazo de impugnación suspende el plazo de caducidad, sin que este se reanude por interponer el trabajador reclamación previa administrativa

Notificación del acto de despido efectuado por una Administración pública sin indicar si es definitivo, plazo para impugnarlo y órgano competente a tal fin. Efectos que tiene sobre la caducidad de la acción la presentación por el trabajador de reclamación previa sin que la misma sea exigible.

A la vista de la actual regulación, debe entenderse que la notificación de la comunicación de despido emitida por una Administración pública está bajo las previsiones del artículo 69.1, párrafo segundo, de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), por lo que aquel acto deberá contener la condición de decisión impugnabile directamente ante la vía judicial laboral en el plazo de 20 días, o la que pudiera proceder, así como órgano y plazo que a tal efecto estuviera establecido. No hay que olvidar que este precepto se inicia imponiendo una regla general de agotamiento de la vía previa administrativa –en los casos que proceda– sin distinción alguna en orden a la acción que se formula, por lo que no pueden entenderse excluidas las acciones por despido u otras que se sometan a plazo de caducidad, y menos cuando el artículo 69.3 se refiere a dichas acciones y, a la hora de fijar el plazo de interponer la demanda, indica, entre otras situaciones, que comenzará a computar el plazo desde que se entienda agotada la vía administrativa. En el caso analizado, la Administración demandada no ha dado cumplimiento a las previsiones del artículo 69.1, párrafo segundo, de la LRJS, por lo que debe entenderse (ante la notificación defectuosa u omisiva) que el plazo de caducidad de la acción de despido estaba suspendido, tal y como se desprende del artículo 69.1, párrafo tercero, de la LRJS. Partiendo de este efecto suspensivo, el siguiente razonamiento que nos queda es el de determinar cuándo se reanuda el cómputo del plazo de caducidad, al haber el trabajador dado el paso de interponer una reclamación previa. No hay que olvidar que, en principio, ante una notificación defectuosa, el plazo de caducidad no se inicia hasta que la persona trabajadora actúa mediante actos que vengan a poner de manifiesto que conoce no solo el contenido de la decisión, sino cómo actuar frente a ella. Sin embargo, también hay que tener presente que la reclamación previa se trata de una figura ya desaparecida, alegal y, por eso mismo, inhábil para reanudar el plazo de caducidad. Por tanto, al no haberse indicado el modo de combatir la decisión de despedir, se mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que la persona afectada interponga cualquier recurso que proceda, no cumpliendo este requisito la desaparecida vía de reclamación previa.

(STS, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2020, rec. núm. 1338/2018)

## Subsidio por desempleo. Revisión de actos declarativos de derechos. El Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) no está sujeto al plazo de prescripción de 1 año en el caso de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario

Subsidio por desempleo. Revisión por el SPEE en perjuicio del beneficiario la con fundamento en que esta ocultó que había existido una contratación laboral simulada que afloró la Inspección de Trabajo. Determinación de si la pretendida revisión está sujeto al plazo de 1 año desde la resolución reconocedora del derecho o puede efectuarse después de transcurrido el mismo.

El modo en el que está construido el artículo 146 de la LRJS puede generar la duda referida a la revisión de actos declarativos de derechos por parte del SPEE. Cabe, por un lado, entender que toda revisión en materia de prestaciones por desempleo debe realizarse dentro del plazo máximo de 1 año. Asimismo, es posible interpretar que el plazo de 1 año no rige cuando se trata de revisar errores o se constate que los beneficiarios han incurrido en inexactitudes u omisiones al presentar los datos que han dado lugar al reconocimiento del derecho. La sala considera al respecto que el SPEE está facultado para revisar sus propios actos, sin necesidad de acudir a la vía judicial, cuando se haga con fundamento en que el beneficiario los propició al dejar de aportar datos relevantes o hacerlo con inexactitudes. Esta conclusión deriva



► de la interpretación literal de la norma: la primera excepción (que no somete a plazo la revisión) omite cualquier indicación temática respecto del contenido del acto revisado. Por tanto, debe entenderse que se trata de cualquiera de los comprendidos en el artículo 146 de la LRJS: «prestaciones de Seguridad Social», como reza la rúbrica del capítulo en que se inserta. Como la regla no se ha circunscrito a alguna de ellas y el desempleo forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social (arts. 41 CE y 42.1 c) LGSS), la previsión también se extiende a la gestión del SPEE. Con más fuerza, si cabe, la conclusión deriva de la interpretación sistemática de la norma. Primero el artículo 146 sienta una regla general (prohibición de autotutela); luego abre una excepción (la que nos interesa referida a errores o inexactitudes) y posteriormente añade otra sujeta a plazo (en materia de desempleo). La última excepción ya no se refiere solo a revisar actos cuando la causa deriva de la propia conducta del beneficiario, sino en todo supuesto. La aplicación de la anterior doctrina al caso que examinamos debe comportar la desestimación del recurso, pues en el presente supuesto la revisión llevada a cabo por el SPEE se ha basado en la flagrante omisión o inexactitud del beneficiario que ocultó que parte de la ocupación cotizada que daba lugar a la prestación en realidad no había existido al tratarse de una contratación laboral simulada. Lo que determina que el organismo gestor de la prestación de desempleo actuó dentro de las posibilidades que le otorga el artículo 146 de la LRJS en la interpretación que hemos reseñado.

(STS, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2020, rec. núm. 209/2018)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### Conversión de contrato de trabajo a tiempo parcial en contrato a tiempo completo: la novación en vía judicial por existencia de vacante supone abonar también la diferencia salarial

**Contratos de trabajo a tiempo completo y contratos de trabajo a tiempo parcial. Conversión o novación. Trabajadora, representante sindical, que novó su contrato pasando de tiempo completo a tiempo parcial y solicita volver a un contrato a tiempo completo. Falta de información de la existencia de plazas vacantes a tiempo completo. Reclamación de cantidad por daños materiales y vulneración de derechos fundamentales.**

La persona trabajadora que hubiera acordado voluntariamente la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial carece de preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de su mismo grupo profesional o categoría equivalente, sin perjuicio de su derecho a que se le informe sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes en la empresa, de manera que pueda solicitar aquella conversión. Dispone la norma que cuando la persona trabajadora nova su contrato y pasa de tiempo completo a tiempo parcial y solicita volver a un contrato a tiempo completo, la empresa no está obligada a su contratación ni a concederle ninguna preferencia, sino que tan solo debe tomarla en consideración en la medida de lo posible y, en su caso, notificar por escrito y de forma motivada la denegación. En el caso, no obstante, ha quedado acreditado que la empresa denegó la novación con base en una motivación falsa, puesto que se limitó a manifestar que no se necesitaban servicios a tiempo completo y, sin embargo, los 18 nuevos contratos a tiempo completo suscritos durante el periodo de noviembre de 2017 a enero de 2018 desmienten la realidad de tal contestación, por lo que se confirma la sentencia de instancia que declaró el derecho de la trabajadora a la novación de su contrato para pasar nuevamente a un contrato a tiempo completo. **Indemnización por daños morales y materiales.** Se condena al abono de la diferencia de salario que habría percibido por trabajar a tiempo completo durante el periodo correspondiente y a una indemnización de 6.300 euros por daños morales ante la violación de su derecho fundamental a la libertad sindical.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2019, rec. núm. 6819/2018)

## La disolución de una sociedad de capital por mero acuerdo de la junta general no es causa válida para extinguir los contratos al amparo del artículo 49.1 g) del ET

Despido improcedente. Extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratante (art. 49.1 g) ET) basada en simple acuerdo de disolución social adoptado por la junta de accionistas sin que se acredite el concurso de causa económica que la justifique.

Cuando la disolución de una sociedad está amparada en el artículo 368 de la Ley de sociedades de capital (LSC), y viene motivada exclusivamente por la decisión mayoritaria de los socios en junta general de accionistas y no por cualquiera de las causas legales de disolución del artículo 362 del mismo cuerpo normativo (causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial), la extinción contractual basada exclusivamente en el artículo 49.1 g) del ET carece de cobertura legal, pues en tales supuestos la extinción de la personalidad jurídica de la empresa responde a la mera conveniencia o interés de la sociedad o de sus accionistas, siendo precisa para la validez de las extinciones de las relaciones laborales en estos casos que las mismas encuentren justificación causal en alguna de las causas objetivas vinculadas con el funcionamiento de la empresa que establece el artículo 51 del ET, a diferencia de lo que acontece cuando la disolución de la sociedad responde a la presencia de cualquiera de las causas objetivas que relacionan los artículos 360 (disolución de pleno derecho) y 363 de la LSC (cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social, conclusión de la empresa que constituya su objeto, imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, etc.), ninguna de las cuales concurre en el caso enjuiciado. Es decir, para que pueda aplicarse plenamente la causa extintiva consistente en la extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratante es necesario que la disolución de la sociedad responda a criterios legales objetivos y no a la mera conveniencia de la propia entidad o de sus socios como fórmula de extinción contractual *ad nutum*.

(STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2020, rec. núm. 38/2020)