



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de marzo de 2019)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

Caso De Diego Porras. El Supremo da carpetazo al asunto afirmando que la válida finalización del contrato de interinidad por sustitución no da derecho a indemnización

Ministerio de Defensa. Suscripción de contrato de interinidad por sustitución. Cese ajustado a derecho del sustituto, a los 7 años, tras la reincorporación del titular de la plaza, liberado sindical, como consecuencia de medidas de recorte de su número. Derecho a indemnización. Improcedencia.

Para resolver la cuestión, debe partirse de lo establecido por la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17), dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sala. En aquella sentencia, se señala que la finalización del contrato de interinidad debida a la reincorporación de la trabajadora sustituida se produce en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del ET. Además, con acierto, parte de que la indemnización del artículo 53.1 b) del ET se reconoce en caso de despido objetivo con independencia de la duración determinada o indefinida del contrato de trabajo. En definitiva, el Tribunal de la Unión niega que quepa considerar contraria a la Directiva 1999/70/CE la norma que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no dé lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas, ya que no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. Negada la posibilidad de acudir a la indemnización de 20 días, tampoco cabe otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, con arreglo a los 12 días que el artículo 49.1 c) del ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas, ya que, aunque *a priori* pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que, en el caso de la interinidad por sustitución, el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 de la CE). Nada de ello concurre en las otras modalidades del artículo 15.1 del ET. Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo no tiene aquí sentido, puesto que el empleo permanece en todo caso, al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse. Finalmente, al no suscitarse la cuestión de la eventual calificación de la relación laboral entre las partes como una relación que hubiera de haberse considerado como indefinida, no se dan los elementos que obliguen a responder a la Sala cuestiones relacionadas con la larga duración de los contratos temporales. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2019, núm. 207/2019).

Reclamación de cantidad por realización de funciones de grupo superior. Procede aunque el puesto de trabajo cuyas funciones se ejecutan no esté previsto en la plantilla de la empresa demandada

Reclamación de cantidad por realización de funciones de grupo superior en empresa pública. Negativa empresarial al corresponder las funciones desempeñadas a plazas inexistentes en la plantilla.

El derecho del trabajador a que se le abonen las diferencias retributivas por las funciones superiores desempeñadas no puede condicionarse a este criterio de la empresa. Ello por tres razones: la primera, la literalidad del artículo 39.3 del ET, según el cual, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente las funciones que efectivamente realice, precepto de orden público que se ha aplicado incluso en supuestos en los que el trabajador no ostentaba el título exigido convencionalmente para obtener el reconocimiento de la categoría. Además, el artículo 39.4 del ET establece que el derecho a las retribuciones de los trabajos de categoría superior se adquiere en principio por el desempeño de las mismos, no pudiendo quedar sin efecto porque formalmente la atribución de las correspondientes funciones se haya realizado por órgano administrativo que no tenga competencia en materia de personal, pues, de lo contrario, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa cuando se encarga un trabajo que se realiza por el trabajador, cumpliendo las órdenes de sus superiores, y luego no se retribuye, alegando que su encomienda se ha efectuado de forma irregular. La segunda razón conecta con la obligación de la entidad demandada de adecuar en todo momento la configuración de la plantilla a la situación real que se produce en la empresa. No resulta de recibo que la desidia de la entidad demandada que no efectúa tal adecuación y que solo a ella le corresponde se torne en un impedimento para la aplicación del artículo 39.3 del ET, obligando al trabajador a efectuar dos reclamaciones distintas, una primera, para obtener el derecho a que se modifique la plantilla y, otra posterior, para reclamar las diferencias salariales. Por último, no puede admitirse la obligación de reclamar la creación del puesto, pues, además de ser una imposición no establecida legalmente, conduciría a la instauración de un auténtico fraude, cual sería la cobertura de una necesidad de trabajo a través de la contratación de un trabajador menos cualificado para cubrir una plaza inferior, pero para realizar funciones de nivel superior, con una retribución menor.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2019, rec. núm. 3123/2017).

Salarios de tramitación. Si la sentencia que los establece ha sido objeto de aclaración, se extienden hasta la fecha de la notificación del auto resolutorio

Despido improcedente. Empresa que no ejercita en plazo su opción por la readmisión. Salarios de tramitación.

Si la sentencia que los establece ha sido objeto de aclaración, se extienden hasta la fecha de la notificación del auto resolutorio, ya que el auto de aclaración de una sentencia no es más que una prolongación de la misma, la subsanación de una omisión o de un defecto de expresión o de un error material y, por ello, forma unidad indisoluble con la sentencia que aclara, la cual no puede considerarse, en puridad, correctamente emitida hasta que dicha aclaración ha sido satisfecha. Ello puede ocurrir incluso si la aclaración es denegada, siempre que no se haya demandado la misma con voluntad dilatoria, es decir, que no concurra un fraude procesal, lo que constituiría una justificada excepción, entre otras posibles, a la citada regla general. [Vid. STSJ del País Vasco, de 27 de septiembre de 2016, rec. núm. 1738/2016 (NSJ056809), casada y revocada en parte por esta sentencia, en el único sentido de fijar los salarios dejados de percibir desde el 5 de diciembre de 2015 hasta la fecha de la notificación del auto de aclaración de la sentencia de instancia de 18 de mayo de 2016, manteniendo inalterados los restantes pronunciamientos que contiene].

(STS, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2018, rec. núm. 3902/2016).

Mejoras voluntarias impuestas por convenio colectivo. Las empresas deben estar atentas para que el alcance temporal de la póliza suscrita cubra el supuesto de hecho, so pena de que se declare su responsabilidad directa

Mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Indemnización establecida en convenio colectivo en caso de incapacidad permanente derivada de accidente. Determinación de la entidad responsable del pago cuando la primera póliza de seguros suscrita por la empresa no referencia su cobertura a la fecha del accidente, sino al momento en que se dicta la resolución administrativa o judicial que reconoce la incapacidad, señalando la segunda póliza (suscrita años después, una vez rescindida la primera póliza) que la cobertura queda condicionada al hecho de que la incapacidad permanente lo sea como consecuencia de un accidente ocurrido durante el periodo de cobertura. Trabajador que sufre un accidente estando vigente la póliza con la primera de las aseguradoras, mientras que la declaración de incapacidad permanente tiene lugar bajo la vigencia de la segunda.

Cuando en las pólizas mencionadas se regula de manera clara y sin dejar duda sobre la intención de los contratantes una mejora voluntaria como la señalada, determinándose de manera específica el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango. Y a tal solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección (como ocurre con la primera póliza), lo cierto es que esta es la regla que han establecido las partes, y tal opción no vulnera ninguna norma imperativa, no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad, ni tampoco supone, en general, la infracción de alguno de los otros límites de la autonomía de la voluntad a que se refiere el artículo 1.255 del Código Civil, especialmente teniendo en cuenta que se trata además de una materia esencialmente disponible como la relativa a las mejoras voluntarias. En el caso analizado, se declara la responsabilidad directa de la propia empresa (debiendo abonar 36.554,53 euros), ya que el efecto combinado de cada una de las pólizas deja fuera de cobertura el supuesto del trabajador demandante, en tanto que en sus condiciones particulares se ha pactado de forma expresa, clara e indubitada que la cobertura del aseguramiento lo es para las situaciones en las que la declaración de incapacidad permanente se produce durante la vigencia del contrato de seguro. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2019, rec. núm. 3326/2016).

Extranjero no comunitario en situación irregular: no cabe sustituir la sanción de expulsión por la de multa

Extranjería. Expulsión. Nacional de Marruecos que solicita la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa alegando infracción del principio de proporcionalidad al imponer la sanción más grave.

Se ha de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones contempladas legalmente. El examen de la concurrencia de tales excepciones y supuestos de no devolución no puede plantearse como criterio de motivación y proporcionalidad para determinar la aplicación alternativa de la sanción de expulsión o la pecuniaria, lo que resultaría contrario al derecho comunitario, sino que operan, al margen de la decisión de retorno, como tales excepciones a la procedencia de la expulsión, cuando se aprecia su concurrencia en el procedimiento correspondiente. En tal caso, no se dictará ninguna decisión de retorno y, de haberse dictado, se revocará o suspenderá. **Improcedencia de la imposición de las sanciones de multa y expulsión.** Se ha de imponer, bien una sanción de multa o bien, la expulsión, siendo ambas

.../...

.../...

medidas excluyentes entre sí, de manera que no cabe invocar y valorar las concretas circunstancias concurrentes en el interesado para proceder a sustituir la expulsión procedente e imponer como alternativa la sanción de multa. Cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero este no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, se impone, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, al transporte físico del interesado fuera del Estado. Tanto del deber de lealtad de los Estados miembros de la Unión Europea como de las exigencias de eficacia se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros de proceder a la expulsión debe cumplirse lo antes posible. Aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Samir Zaizoune).

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de enero de 2019, rec. núm. 4856/2017).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

El principio hermenéutico favor muliere obliga a integrar en la interpretación el parámetro de la igualdad de género

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Trabajadora en incapacidad temporal con reducción de jornada por cuidado de hijo. Alegación empresarial de que la trabajadora adopta conductas que impiden o retrasan la recuperación necesaria para la reanudación de la actividad laboral, amparándose para ello en los informes de un detective privado.

No puede obviarse que la despedida es una mujer y que el hecho por el que se la despide es una actividad presuntamente incompatible con la IT, consistente en llevar a sus tres hijos a la playa en el mes de julio, padeciendo una conjuntivitis vírica. El principio hermenéutico *favor muliere* ha recibido su positivización en el artículo 4 de la LOIMH. Ello obliga al intérprete a integrar en la interpretación el parámetro de la igualdad de género de forma que, si de una interpretación se derivan varias opciones, habrá de optar a la más favorable al principio de igualdad. No se puede considerar que la conducta que se le imputa sea grave y culpable, desde el momento en que la misma se lleva a cabo en un contexto de conciliación de la vida personal y familiar y, por tanto, en ejercicio del derecho fundamental a la igualdad de género. Por otro lado, no existe prueba alguna de que la trabajadora infringiera las prescripciones médicas sobre su recuperación. Es más, pasó los controles de la mutua. Por tanto, una interpretación constitucional de la buena fe no puede suponer que se considere como incumplimiento contractual grave de la misma la realización de actividades que entrañen el ejercicio de derechos fundamentales. En este sentido, el TC ya se ha pronunciado relacionando la conciliación de la vida familiar y laboral con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. No hay, en consecuencia, transgresión de la buena fe objetiva, pero tampoco subjetiva, porque en dicha conducta no se aprecia un *animus nocendi* respecto de los intereses de la empresa y porque la vida privada y familiar no puede convertirse en el campo de exigencias contractuales, pues ello supondría sostener un concepto constitucionalmente inadmisibles de la buena fe, como así sostuvo el TC en su STC 192/2003. Se confirma la declaración de nulidad del despido.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2018, rec. núm. 6987/2017).

Es nulo por discriminatorio el despido de una trabajadora que por sufrir una enfermedad de larga duración no puede desempeñar su actividad profesional en igualdad de condiciones

Despido objetivo por causas económicas y organizativas. Trabajadora que sufre cáncer de mama y ha estado largos periodos en situación de incapacidad temporal, aunque no en el momento del cese. Consideración de la enfermedad asimilada a discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores.

Si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En el presente caso, consta acreditado que a la trabajadora se le detectó en 2009 un cáncer de mama que ha motivado diversas y sucesivas situaciones de incapacidad temporal para su tratamiento y diversas secuelas derivadas del mismo. Esta situación encaja en el concepto de discapacidad, tal como se ha entendido por la doctrina emanada tanto del TJUE como del TS, en aquellos supuestos en que una enfermedad produce importantes afectaciones tanto de carácter físico como psíquico, que ha requerido un largo tratamiento con resultado incierto y que ha impedido la participación de la trabajadora en el decurso ordinario de su quehacer profesional y laboral en las mismas condiciones que el resto de sus compañeros de trabajo. Procede la declaración de nulidad del despido y el abono de una indemnización de 6.251,00 euros por vulneración de los derechos fundamentales, al no desvirtuar la empresa los indicios aportados por la trabajadora de estar siendo tratada desfavorablemente por razón de su larga enfermedad.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2018, rec. núm. 1371/2018).

Despido nulo de trabajadora embarazada: no siempre que hay vulneración de derechos fundamentales, el tribunal concede indemnización

Sucesión de contratos temporales. Contratos de obra. Falta de autonomía y sustantividad. Maternidad. Despido nulo. Investigadora en el Centro Nacional de Investigaciones Oncológicas (CNIO). Existencia de varios contratos y empleadores para hacer la misma actividad bajo la dirección de la misma persona y centro de trabajo durante nueve años ininterrumpidamente.

La Sala entiende que se ha utilizado fraudulentamente la contratación de obra y servicio determinado para parcelar una actividad habitual, continua y permanente de la empresa demandada. En consecuencia, la relación laboral tiene que ser declarada de carácter indefinido por haberse suscrito en fraude de ley. Como consecuencia de la tutela antidiscriminatoria prevista en el artículo 55.5 del TRET, se declara el despido como nulo con la consecuencia de la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la del día en que se produzca la readmisión, sin que haya lugar a la indemnización de los 6.000 € solicitados por vulneración de derechos fundamentales, pues se ha reconocido la referida nulidad del despido.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2018, rec. núm. 426/2018).

JUZGADO DE LO SOCIAL -GUÍA-

Zara. Cierre y apertura de nuevas tiendas. Discriminación de las trabajadoras con reducción de jornada

Zara España, SA. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Cierre de uno de los centros de Almería (sin presentar prueba alguna que acredite la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) con ofrecimiento a las trabajadoras con reducción de jornada de la posibilidad de quedarse en otra tienda de la ciudad, modificando su concreción horaria a fin de que trabajaran los fines de semana, siendo la alternativa el traslado a la localidad de Roquetas de Mar (distante 25 km) en las mismas condiciones que tenían.

La explicación ofrecida por la empresa, consistente en afirmar que el mayor volumen de ventas se concentra en los fines de semana, no justifica por sí sola que las actoras no pudieran prestar sus servicios en el otro centro disponible en la ciudad de Almería, ya que lo habitual en las tiendas que se hallan ubicadas en centros comerciales de las grandes ciudades es que las ventas aumenten de una forma considerable los fines de semana, sin que pueda obviarse que la tienda en donde trabajaban las actoras antes de que cerrara también se encontraba dentro de un centro comercial y donde han sido trasladadas ocurre lo mismo. Nos encontramos, por tanto, ante una decisión empresarial motivada solo por el hecho de que las demandantes tenían reducida su jornada por cuidado de hijos menores de edad con una concreción horaria determinada, pues solo trabajaban los viernes por la mañana y un sábado al mes, y como a la empresa le interesaba que tuvieran una mayor disponibilidad horaria los fines de semana y las actoras no quisieron aceptar la propuesta de la entidad demandada, esta decidió, a diferencia de las otras trabajadoras que sí habían transigido con la petición empresarial, trasladarlas a un centro de trabajo que dista 25 km del anterior, lo cual dificulta el ejercicio de su derecho a la conciliación personal, familiar y laboral. Esta actitud ha de considerarse discriminatoria por razón de sexo y circunstancias personales en relación con los otros trabajadores a los que sí se les ha permitido quedarse en la ciudad de Almería por no tener reducción de jornada o por modificar su concreción horaria, e incluso es vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la CE a través de la llamada garantía de indemnidad, que prohíbe el ejercicio de cualquier represalia por parte de la empresa contra sus trabajadores por el legítimo ejercicio de sus derechos. Por todo ello, procede declarar nula la decisión empresarial, al vulnerar los derechos fundamentales de las trabajadoras, con condena a la reposición de las actoras en las condiciones laborales que tenían con anterioridad al cambio de centro de trabajo, lo que implica la reincorporación a la otra tienda de Almería, así como al abono a cada una de ellas de una cantidad de 6.250 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios morales.

(SJS n.º 3 de Almería, de 30 de enero de 2019, núm. 45/2019).