



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de mayo de 2018)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Sucesión de contratatas. No acarrea fraude de ley la celebración de un contrato por obra o servicio determinado para la prestación del servicio de portería

Despido. Inexistencia de fraude de ley. Prestación del servicio de portería y control de acceso en un edificio público a través de un contrato por obra o servicio determinado. Cese por fin de la contrata adjudicándose el servicio a una nueva contratista, sin que exista convenio colectivo que imponga la sucesión.

Aunque el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza –entre otras notas– porque la actividad a realizar por la empresa responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción; sin embargo, en el marco de las contratatas y de empresas auxiliares la vigente doctrina unificada admite la celebración de contrato para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata, aunque su celebración no esté expresamente prevista en el convenio colectivo, pero siempre que no medie fraude interpositorio. Aunque en tales casos es claro que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, a pesar de ello existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y esa resulta una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga este. No cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que este pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo. En el caso analizado no existió fraude alguno en la contratación, por lo que no puede hablarse de despido sino de válida terminación de la actividad contratada, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 c) del ET, con derecho al percibo de la indemnización prevista en el precepto.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de abril de 2018, rec. núm. 11/2016)

Trabajadores expatriados con contrato de movilidad internacional. Es salario el importe por alquiler de vivienda que abona la empresa

Despido objetivo. Trabajador expatriado con contrato de movilidad internacional que presenta reclamación de cantidad por diferencias en la indemnización al no considerar la empresa como salario el importe abonado en concepto de alquiler de vivienda en Canadá.

Cuando no existe desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato para la prestación de servicios en el lugar que constituye su objeto, es claro que lo abonado por ese concepto tiene carácter

.../...

.../...

salarial y no compensatorio de gastos por desplazamiento a los que no obliga el contrato. En el presente caso se pacta, desde el inicio de la prestación de servicios en Canadá, que la empresa asumiría el importe del alquiler de la vivienda del trabajador, lo que implica la retribución con una suma vinculada a un concepto de gasto que, con independencia del lugar en que se desarrolle el trabajo, corre a cargo del trabajador, ya que, sea cual sea el lugar en que la prestación de servicios se desenvuelva, es este el que tiene que soportar el coste de su vivienda sin repercusión alguna sobre la relación laboral. Por tanto, cuando el contrato de trabajo estipula que entre los emolumentos que percibirá el trabajador se incluye el importe del alquiler, está incrementándose claramente la retribución global por razón del contrato. No estamos ante un suplido por un desembolso extraordinario efectuado por el trabajador en razón de su trabajo, sino, por el contrario, ante el coste ordinario de la vida habitual de todo ciudadano. En el supuesto analizado, la empresa ha pasado a retribuir una suma que sería dedicada a vivienda por el trabajador, con lo que incrementa sin duda su retribución salarial. De igual forma, no se limita a suplir el gasto adicional, pues el trabajador no se halla temporalmente desplazado por razón del contrato, sino que necesariamente reside en la localización de destino fijada en el mismo. No cabe duda de que el alquiler de la vivienda constituye salario, bien porque la empresa incluya una cantidad en la retribución mensual destinada a ese concepto, bien como salario en especie cuando esta abone directamente la renta. Aquí el pacto al que las partes llegaron incluía una serie de partidas que necesariamente implicaban el monto total de la retribución que el trabajador percibiría por razón de su trabajo. Tanto si la retribución por vivienda consiste en el pago o reembolso de gastos de alquiler como en la cesión del uso de la misma, estamos ante modalidades retributivas que tienen en la jurisprudencia la misma consideración de retribución salarial.

(STS, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2018, rec. núm. 24/2017)

Permiso por lactancia. Si el convenio prevé la acumulación en jornadas completas, debe hacerse en atención a la hora de ausencia

Permiso por lactancia. Acumulación en jornadas completas prevista en el convenio colectivo de aplicación, aunque sin precisar los términos (con base en la hora de ausencia o en la media hora de reducción de jornada).

El derecho al permiso por lactancia se identifica en el artículo 37.4 del ET con la ausencia de una hora del centro de trabajo para cubrir esa finalidad. La lactancia del menor, ausentándose el trabajador del centro de trabajo, puede suplirse por otras fórmulas y así se ha previsto que pueda sustituirse por la reducción de jornada, en cuyo caso, se identifica esta con una duración concreta –media hora–. Tanto una u otra forma de ejercer el derecho son mínimos de derecho necesario relativo que el convenio colectivo debe respetar. A partir de ahí, el legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión «acumularlo», en clara referencia al derecho y no dice «acumularla» en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2018, rec. núm. 1286/2016)

Viudedad. Separación judicial y reanudación de la convivencia. A partir de la Ley 15/2015 la reconciliación requiere inscripción en el Registro Civil

Viudedad. Separación judicial y reanudación de la convivencia de los cónyuges. Presentación por ambos en el Decanato de los Juzgados de Zaragoza el 9 de febrero de 2015 de escrito manifestando que de común acuerdo decidían su reconciliación, siendo citados para ratificar su comunicación por el Juzgado de Familia el 5 de mayo siguiente, lo que no tuvo lugar al fallecer el marido el 3 de marzo de 2015.

La separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la produce, decreta *ex lege* unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica [art. 83 del Código Civil (CC)]. De aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal carece de efectos legales. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha. Para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación al órgano judicial, que exige el artículo 84 del CC. En el caso analizado, como la reconciliación se produjo y fue comunicada al Juzgado antes de la reforma del artículo 84 del CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, no era exigible su aprobación por el Juzgado, ni la inscripción en el Registro Civil de la resolución judicial aprobándola, pues bastaba con la comunicación al Juzgado de ese hecho, conforme a la antigua redacción del artículo 84, no pudiendo perjudicar la demora en los trámites judiciales para aprobarla a quien quedó viuda al mes de esa comunicación.

(STS, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2018, rec. núm. 1613/2016)

Acudir a un hospital público como paciente privado, sin aportar la tarjeta sanitaria europea, supone que el coste de la asistencia sanitaria se compute según tarifa privada hasta el límite cubierto en la póliza de seguro

Asistencia sanitaria. Reintegro de gastos médicos. Paciente comunitario. Coexistencia de la cobertura de la tarjeta sanitaria europea (TSE) con la cobertura de un seguro privado. Tarifa pública y tarifa privada. Paciente extranjero, nacional de un Estado miembro, atendido en virtud de un seguro voluntario de viaje y no por la TSE al declarar, a la entrada en el hospital público, que estaba en posesión de póliza privada, es decir, el título en que basó la prestación sanitaria no fue la referida tarjeta sino el seguro de viaje.

Dado que dicho paciente no presentó en ningún momento en el hospital la TSE, ni acudió al hospital como usuario de la red pública de la Seguridad Social, sino como un paciente privado, y desde el primer momento manifestó que tenía una póliza de seguro médico, en consecuencia, no cabe considerar que el paciente recibiera la prestación sanitaria en el ámbito del sistema de cobertura público europeo sino que, por el contrario, acudió al hospital como paciente privado, amparado por una póliza de seguro sanitario privada y recibió una prestación asistencial de dicha naturaleza, para cuyo cobro queda cubierto hasta el límite de la póliza (arts. 83 Ley General de Sanidad y 105 Ley Contrato de Seguro), debiendo abonar la aseguradora el coste de la asistencia según la tarifa privada. **Doctrina de los actos propios.** La aseguradora ha ido contra sus propios actos, puesto que reconoció la relación de aseguramiento, garantizó los pagos y llegó a pagar parcialmente la factura reclamada. Con tales actuaciones creó en la entidad gestora del Hospital de Denia una confianza en la cobertura económica de los servicios médicos prestados y la indujo a continuar prestandolos, sin que posteriormente pueda pretender negar aquella situación.

(STS, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2018, rec. núm. 2942/2015)

Acceso al recurso de suplicación. Determinación de la cuantía litigiosa. Reclamación que versa sobre prestaciones económicas periódicas

Recurso de suplicación. Determinación de la cuantía litigiosa en procesos en materia de desempleo en los que se debate el importe de la base reguladora.

Se ha de tomar en consideración el interés concreto reflejado en la demanda, en su vertiente económica, representado por las diferencias que resulten de restar el importe de la prestación reconocida en la vía administrativa de la postulada en la demanda en cómputo anual. A los fines enunciados no es dable tomar en consideración otras diferencias distintas de las previstas taxativamente en el artículo 192.4 de la LRJS, como los atrasos derivados de las posibles diferencias reclamadas a consecuencia del pretendido incremento de la prestación, las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables o los intereses o recargos por mora. El argumento relativo al efecto de cosa juzgada de la sentencia que establece el importe de la base reguladora de la prestación por desempleo respecto de las bases de cotización computables para la fijación de futuras prestaciones de Seguridad Social, como las de incapacidad permanente, jubilación o muerte y supervivencia, no justifica una solución distinta, al ser un efecto inherente a su firmeza que no puede servir de pretexto para contrariar la regla contenida en dicho artículo 192.4.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2018, rec. núm. 784/2016)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

Abono de la indemnización por despido con anterioridad a la conciliación: la AEAT podría considerar que no está exenta

Despido disciplinario. Reconocimiento de la improcedencia. Indemnización. Rentas exentas (art. 7 e) de la Ley 35/2006 del IRPF). Empresa que reconoce implícitamente la improcedencia del despido en la propia carta, llevando a cabo, mediante transferencia bancaria en días posteriores a aquel, el abono de las liquidaciones correspondientes e incluyendo la indemnización por despido minorada en la preceptiva retención (en el caso el 25,65%) como si de salario se tratara. Papeleta de conciliación en la que se reclama la diferencia retenida.

Ante esta situación la Sala confirma la sentencia de instancia, de tal forma que entiende que con este actuar la empresa reconoció la improcedencia del despido, ya que, de otro modo, no cabría la indemnización, efectuando la transferencia a la cuenta de la trabajadora. Es por ello que el hecho de no haber abonado íntegramente la empresa la cantidad reconocida como indemnización en la liquidación del finiquito, respondió a la retención que aquella debía ingresar en la AEAT, en cumplimiento de lo establecido en la ley y, por lo mismo, la indemnización es ajustada a derecho. En los supuestos de despido improcedente producidos a partir del 8 de julio de 2012, como es el caso, para aplicar la exención es preciso que se produzca conciliación o resolución judicial donde se cuestione la legalidad de la extinción y no únicamente se reclame la cuantía de la indemnización retenida.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2017, rec. núm. 2667/2017)

La huelga mixta con motivación política y laboral no es ilegal

Huelga convocada y celebrada en Cataluña el 8 de noviembre de 2017. Solicitud por el Foment del Treball Nacional (confederación de organizaciones empresariales que tienen actividad en Cataluña) de declaración como no ajustada a derecho por falta de preaviso y por no tener ninguna relación con reivindicaciones laborales. Solicitud de indemnización de 100.000 euros en concepto de daños y perjuicios. Improcedencia.

No solo no ha quedado probado que el preaviso se realizó fuera de plazo, sino que hay prueba de que el mismo se realizó por el sindicato Intersindical-CSC con los 10 días naturales exigidos por el artículo 4 del RDL 17/1977, a quien es parte actora en esta causa y a la Autoridad laboral. En cuanto a la legitimación del sindicato para convocar la huelga, no se exige la mayor representatividad que se prevé en los artículos 6 y 7 de la LOLS, sino que basta cierta implantación en el ámbito al que la huelga se extienda. Un 0,488 % de representatividad en la Comunidad Autónoma de Cataluña es suficiente a estos efectos, no pudiendo ser excluidos los sindicatos minoritarios en un determinado ámbito cuando la ley no lo hace. Respecto a la ilegalidad de la huelga por ser política, nos hallamos claramente ante una huelga mixta, que tiene unos motivos políticos: situación política en Cataluña en septiembre y octubre de 2017, aplicación del artículo 155 de la CE, cese del Gobierno de la Generalidad y dictado del RDL 15/2017, pero que están relacionados con otros claramente laborales, así por ejemplo: reducción de costes salariales y empobrecimiento, crisis económica y reforma laboral, políticas de salida de la crisis, afectación al tejido productivo de la fuga de empresas, etc. La huelga mixta con motivación política y laboral entra dentro del derecho fundamental de huelga. Por tanto, no es ilícita la huelga que tenga por finalidad protestar contra medidas que el poder legislativo, ejecutivo o judicial hayan adoptado o pretendan adoptar en el ámbito de las relaciones laborales, o con incidencia en las mismas. Tampoco puede estimarse que la huelga se efectuara en fraude de ley en el sentido de que persiguiera un resultado contrario al ordenamiento. Partiendo de que la carga de la prueba corresponde a quien alega el citado fraude, la demandante aduce actos anteriores a la huelga (las dos huelgas convocadas antes del 8 de noviembre) y coetáneos al día de la huelga (corte de carretera y vías férreas). Sin embargo, las huelgas anteriormente convocadas consta que también fueron mixtas, al tener como motivo el cese del estado de excepción de facto que se aplica en Cataluña (presencia de fuerzas armadas en la calle, registros de empresas de artes gráficas, vulneración de la libertad de prensa, etc.) y la reversión de las normas laborales que desde 2011 han ido laminando los derechos de los trabajadores. En cuanto a los hechos coetáneos al día de la huelga (corte de carreteras y de vías de trenes AVE), no se ha probado la vinculación entre esos hechos y el sindicato convocante, ni tampoco se ha logrado establecer prueba de la relación entre quienes supuestamente los organizaron y dicho sindicato. Son indicios de la inexistencia de fraude las declaraciones efectuadas en Cataluña Radio por miembros del sindicato Intersindical-CSC al recalcar los motivos laborales de la huelga y la negación de toda coordinación con los CDR, aunque hubieran reconocido que gente de base del sindicato participara en los mismos. En conclusión, no existe prueba de que la huelga fuera convocada en fraude de ley y con una finalidad exclusivamente política. Finalmente, no puede hablarse de abusividad de la huelga por convocarse en días sucesivos y luego desconvocarse determinadas fechas, ya que este tipo de huelga no forma parte del listado de huelgas abusivas del artículo 7.2 del RDL 17/1977, por lo que correspondía a la actora la prueba de los daños y su gravedad, prueba que en el caso de autos brilla por su ausencia, no existiendo tampoco prueba de que con dichas descon convocatorias se pretendiera provocar daños desproporcionados y graves a las empresas.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 2 de mayo de 2018, rec. núm. 50/2017)

Telefónica. Subcontratación de las tareas de mantenimiento y solución de averías. No puede asumir con sus propios recursos la actividad en caso de huelga en las empresas contratistas

Vulneración del derecho de huelga. Telefónica España, SAU. Asunción con sus propios recursos de las tareas desempeñadas por los trabajadores huelguistas de empresas contratistas (mantenimiento y resolución

.../...

.../...

de averías) que protestaban ante el nuevo contrato bucle de Telefónica que pretendía rebajar los precios de los servicios.

Los actos vulneradores del derecho de huelga pueden ser realizados por terceros empresarios distintos del titular de la empresa o centro de trabajo en cuyo ámbito se produce la huelga, si tales empresarios tienen una especial vinculación con aquel, como sucede en el caso, en el que los trabajadores de las empresas subcontratadas prestan servicios para Telefónica España, SAU, y tal vulneración se produce mediante los actos del empresario principal que sustituye a los trabajadores huelguistas pertenecientes a las empresas colaboradoras contratadas por Telefónica, en cuanto que parte de sus tareas o funciones son asumidas por parte de personal adscrito de modo directo a aquella, no tratándose de servicios mínimos. A ello no obsta el hecho de que exista una cláusula en los contratos que permita a la empresa principal asumir en cualquier momento y sin justificación alguna cualquiera de las actividades de las empresas colaboradoras, mediante la asunción por «recurso propio», pues dicha cláusula tiene virtualidad solo en supuestos en los que no existe vulneración de derechos fundamentales, pero no se puede utilizar para evitar que la huelga convocada consiga su finalidad, que es la de que los trabajadores puedan defender sus derechos laborales, y esto obliga tanto a la empresa empleadora como a la principal. No es explicación razonable la que alega Telefónica en cuanto a que debe atender las obligaciones legales que tiene con el Estado, que podría incluso sancionarle por su incumplimiento, pues esas alegaciones no pueden justificar la vulneración del derecho de huelga llevada a cabo por la empresa principal. No cabe alegar por la recurrente la inexistencia de relación laboral con los trabajadores huelguistas para apelar a la falta de responsabilidad en el ejercicio de su derecho de huelga pues, dado que el ejercicio del citado derecho se ha de proyectar de manera principal sobre la actividad de la empresa principal, cualquier actuación que pudiera desarrollar para neutralizar el ejercicio del derecho de huelga vulneraría este derecho. Se confirma la sanción impuesta a Telefónica de 25.000 euros.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2018, rec. núm. 99/2018)