



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de octubre de 2021)

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL -GUÍA-

Incapacidad permanente y trabajadores a tiempo parcial: se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la reducción adicional de la base reguladora mediante el coeficiente de parcialidad

Principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo. Nulidad parcial del precepto legal que regula las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común de los trabajadores contratados a tiempo parcial (STC 91/2019). Coeficiente de parcialidad. Aplicación del coeficiente de parcialidad, que no toma en cuenta la totalidad del periodo de alta en la Seguridad Social, como acontece con los trabajadores a tiempo completo.

Lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un «coeficiente de parcialidad», que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que, además, afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras. Si la obligación de cotizar y con ello su repercusión contributiva en el sistema de previsión social se mantiene desde el principio y durante toda la vida laboral del trabajador a tiempo completo o parcial, resulta contrario a los propios principios de dicho sistema que se desconozca en parte el tiempo de cotización solo para este último colectivo de trabajadores, restándosele del periodo real de cotización para fijar la cuantía de su pensión. En suma, falta el primero de los requisitos exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, su justificación objetiva y razonable.

Vulneración del derecho de igualdad ante la ley que provoca además una discriminación indirecta por razón de sexo. El porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres, lo que permite confirmar la conclusión de que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino. **Inconstitucionalidad y nulidad.** La declaración de inconstitucionalidad debe entenderse limitada a la aplicación del llamado coeficiente de parcialidad en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común causadas por trabajadores a tiempo parcial; de modo que la determinación de esas pensiones habrá de realizarse sin tomar en cuenta el referido coeficiente de parcialidad ni la reducción derivada del mismo. Se declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común» del párrafo primero del artículo 248.3 de la LGSS. **Modulación del alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad.** No solo se preserva la cosa juzgada, sino que, además, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, la modulación de los efectos se entenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes.

(STC, Sala Primera, de 13 de septiembre de 2021, núm. 155/2021)



TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

La prohibición de concurrencia de convenios no alcanza los supuestos en los que el convenio anterior ha perdido su vigencia ordinaria y se encuentra en situación de ultraactividad

Concurrencia de convenios. Validez de un convenio de empresa que establece una jornada de trabajo superior a la establecida en el convenio sectorial anterior que, al tiempo de la firma del convenio de empresa, se encuentra en situación de ultraactividad por aplicación de las normas sobre vigencia establecidas en el propio convenio.

El artículo 84.1 del ET establece la denominada regla de prohibición de concurrencia de convenios conforme a la cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto». La base de la mencionada regla es la existencia de dos convenios distintos, válidamente celebrados que pueden resultar de aplicación en un ámbito concreto, por lo que normativamente se establece una preferencia aplicativa al convenio vigente con anterioridad en el tiempo. Una reiterada doctrina de la sala parte de la base de que lo que en dicho precepto se establece no es una previsión de nulidad del convenio que nace a la luz cuando se hallan vigentes otros convenios, sino que, partiendo de su validez inicial, lo que realmente dispone el legislador es que no podrá ser aplicado en aquellos lugares o ámbitos en los que ya se estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento. Es lo que se conoce como ineficacia aplicativa frente a nulidad. En tales casos, los dos convenios permanecen vigentes y válidos, pero solo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquel pierda la vigencia pactada. El efecto de la prohibición de concurrencia, por tanto, no es la nulidad del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de su inaplicación mientras esté vigente el anterior. En cuanto al alcance temporal de la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos que proclama como regla general el artículo 84.1 del ET, se extiende durante la vigencia del convenio preexistente. Expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al periodo posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 del ET. En el supuesto que analizamos, el convenio preexistente concluyó su vigencia ordinaria, tras haber sido denunciado, el 31 de diciembre de 2014, y el convenio de empresa inició su vigencia el 1 de enero de 2015, estando prevista su finalización el 31 de diciembre de 2018, sin que conste que a la fecha de la sentencia de instancia –el 15 de septiembre de 2016– (1 año y 9 meses después de finalizar la vigencia ordinaria del convenio sectorial) se hubiese llegado a un acuerdo sobre el mismo.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2021, rec. núm. 4815/2018)

El cauce del artículo 124 de la LRJS no es adecuado cuando se pretende obtener la nulidad de un despido colectivo con base en la ilegalidad de contratos temporales que la empresa ha extinguido al amparo del artículo 49.1 c) del ET

Despido colectivo. Falta de competencia objetiva.

No procede la acción de despido colectivo cuando ella precisa de un examen de las concretas circunstancias de los contratos temporales extinguidos y a los que se pretende calificar de fraudulentos y, por ende, computar a efectos de los umbrales necesarios para aplicar el artículo 51 del ET. En el caso que se articula en la demanda, la determinación



de que existe un despido colectivo exige tomar en consideración las extinciones llevadas a cabo en el periodo de 90 días por causas no inherentes a la persona del trabajador, entre las que se quieren incluir las extinciones de contratos temporales que debieron calificarse de indefinidos o en los que no concurriera la causa de extinción que invocaba la empresa. En definitiva, el cauce del artículo 124 de la LRJS no es adecuado cuando se pretende obtener la nulidad de un despido colectivo con base en la ilegalidad de contratos temporales que la empresa ha extinguido al amparo del artículo 49.1 c) del ET. En definitiva, ese debate es ajeno al proceso de despido colectivo y propio de la impugnación individual o plural de los despidos ante el juzgado de lo social, en la que los propios trabajadores, individualmente considerados, podrán hacer valer ese fraude de ley cuya consecuencia sería la nulidad del despido por no haberse adoptado en el marco de uno colectivo. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2021, rec. núm. 80/2021)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

La jubilación activa del empleador no permite que al pasar posteriormente a la jubilación plena se puedan extinguir por su causa los contratos de trabajo

Extinción del contrato de trabajo. Jubilación del empresario. Jubilación plena de la empresaria más de 6 años después de haberse acogido a una situación de jubilación activa. Mantenimiento de la actividad empresarial y del vínculo con la trabajadora durante todo ese tiempo.

La extinción del contrato de trabajo por causa de jubilación exige no solo que haya tenido lugar la jubilación del empresario, sino, además, que se haya producido como consecuencia de tal jubilación el cierre o cese de la actividad de la empresa. Esto es así, por cuanto que esta causa no justifica por sí sola la extinción de los contratos de trabajo, dado que tal justificación requiere que la misma ocasione, a su vez, el cese del negocio. Si este continúa después de la jubilación, bien sea por haber sido transmitido a otra persona o entidad, bien por nombrar el jubilado a un gerente o encargado que lo dirija o explote, conservando él la propiedad del mismo, bien por seguir llevando él la dirección de la empresa, es obvio que no pueden ser válidamente extinguidos los contratos de trabajo. No cabe pretender acogerse a esta posibilidad extintiva, transcurridos más de 6 años desde el inicio de la jubilación activa por pasar a la situación de jubilación plena, la cual, en definitiva, no es sino una variante de la situación de jubilación que ya le había sido legalmente reconocida. Tal nueva posibilidad extintiva no viene contemplada ni en precepto estatutario, ni en la normativa de seguridad social ni, además, parece razonable que esa extinción contractual, tan favorable para la empleadora como desfavorable para la persona trabajadora, quede al arbitrio de la primera en cuanto al momento de ejercitar tal posibilidad, más allá de un pequeño plazo razonable. El cese se califica como despido improcedente.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2021, rec. núm. 1751/2020)

Despedir, como política de empresa, por el hecho de caer a menudo en situación de IT implica vulneración del derecho a la integridad física y, por ende, la nulidad del cese

Despido disciplinario, como política de empresa, de quien cae a menudo en situación de IT. Trabajadora que sufre una patología crónica en su espalda que no puede calificarse como grave en relación con su profesión,





de naturaleza eminentemente sedentaria y liviana, que le lleva a estar de baja durante periodos cortos de entre 2 y 11 días.

Hay que tener en cuenta que no nos hallamos ante un supuesto de discriminación por discapacidad, en tanto que la enfermedad analizada en el presente caso no «comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad 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» ni tampoco «una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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». En efecto, la despedida ninguna diferencia –ni siquiera dificultad– tuvo en el desempeño de su trabajo que implicase un trato distinto y diferenciado del que recibían las demás personas del centro de trabajo, y ni siquiera se puede llegar a afirmar que tuviera dificultades excepcionales para el desarrollo del mismo, máxime una vez ha sido reconocido por la sentencia que su trabajo no era el de teleoperadora sino de gestora. La actuación de la empresa constituye una vulneración del derecho a la integridad física (ex art. 15 CE), puesto que una «política de empresa» tendente a despedir a quien ha estado a menudo en situación de IT es un factor de segregación de quienes se vean en la necesidad de situarse en tal estado, en la medida en que es una amenaza genérica y –a la vez– directa, claramente disuasoria para las personas trabajadoras de hacer uso del derecho fundamental a proteger su propia integridad física. Con esa práctica concurre una afectación negativa a la salud de los trabajadores, en la medida en que siendo ello público las personas que están enfermas difícilmente cogerán una baja por IT, porque corren el riesgo de ser despedidas. Es por ello que una actuación empresarial que de responder a un hecho aislado (se despide a alguien que está de baja por enfermedad, por tal razón sin mayor extensión ni explicación) no implica vulneración de derecho fundamental, cuando se convierte en «política de empresa» y se practica con carácter general se convierte obviamente en un ataque directo al derecho de las personas trabajadoras reconocido por la citada previsión constitucional, que –además– tiene su expresión directa para el mundo del trabajo en el artículo 4.2 d) del ET. La actitud de la empresa consistente en despedir por no aceptar el mantenimiento del contrato de las personas que estén, hayan estado o puedan estar enfermas implica, como hemos señalado, vulneración del derecho a la integridad física, lo que trae como consecuencia la nulidad del cese de acuerdo con las previsiones del artículo 55.5 del ET y, en el caso, la condena al bono de una indemnización por daños de 18.177,05 euros. **Voto particular.**

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2021, rec. núm. 2943/2021)

No puede revisarse la pensión de jubilación reconocida en el RETA a quien no se hallaba al corriente en el pago de las cuotas sin que la entidad gestora efectuara la invitación al pago

RETA. Jubilación. Prestación reconocida por error a quien no se encontraba en el momento del hecho causante al corriente en el pago de las cuotas, sin que haya procedido la entidad gestora a la invitación al pago. Solicitud de suspensión del abono de la pensión, así como el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

El artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 debe entenderse, en lo que se refiere a la invitación al pago, como un precepto que otorga una facultad de configuración jurídica en orden a condicionar el reconocimiento de la prestación al abono de las cuotas debidas. Pero si la gestora competente no ejercita esta facultad en el momento oportuno –es decir, antes





de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación-, ya no podrá condicionar en el futuro ese reconocimiento o, en nuestro caso, pedir la revisión por el cauce del artículo 146.1 de la LRJS para que el solicitante se ponga al corriente en el abono de las cuotas. Por ello, al no haber procedido a cursar la invitación en tiempo oportuno, la prestación debe entenderse que fue reconocida como ajustada a derecho y no puede revisarse.

(STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2021, rec. núm. 28/2021)

Nulidad de la prueba, improcedencia del despido: el acceso indebido al bolso de la trabajadora no queda subsanado por la constatación posterior del hurto por la policía local

Derecho a la intimidad. Despido disciplinario. Prueba ilícita. Prueba autónoma. Nulidad o improcedencia del despido. Empleado de sucursal bancaria que, movido por sospechas, abre y fotografía el interior del bolso de una compañera, sin su consentimiento y estando la misma ausente, encontrando el dinero cuya falta previamente había denunciado la propia trabajadora al hacer el arqueo de la caja. Posterior personación de la policía local en la sucursal, ante la cual la trabajadora sí muestra el interior de su bolso, donde aparece parte del dinero sustraído, confesando también dónde escondía el resto.

El hecho de que la ilícita intromisión se produjera por otro trabajador, que dio cuenta a la directora de la sucursal, y no por la empresa, no altera en nada ni la naturaleza de la acción, ni sus efectos, al ser aprovechados luego sus resultados por la empleadora. El dato de que la vulneración originaria del derecho sustantivo fuera cometida por un particular no altera en absoluto el canon de constitucionalidad aplicable desde la óptica del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de suerte que la exclusión de los elementos probatorios obtenidos ha de ser el punto de partida o regla general. Siendo ilícita la prueba obtenida, y patente su conexión con la tutela pretendida en el proceso, no se debió admitir en el acto del juicio, postergándose la convicción asociada, que no queda amparada por otro medio de prueba alternativo, de modo que solo podían utilizarse los resultados probatorios no contaminados por la prueba ilícita, aplicando la doctrina de la *conditio sine qua non*, es decir, entendiéndose que no hay causalidad solo si, prescindiendo de la convicción derivada de la prueba ilícita, se hubiera podido obtener una prueba autónoma no contaminada. **Prueba autónoma.** La actuación policial se vio condicionada de manera directa por la toma ilícita de la fotografía del interior del bolso de la demandante y, por ello, no puede aprovecharse como una prueba autónoma. Solo por la compulsión derivada de la exhibición de la fotografía ilícitamente obtenida se produjo la posterior cadena de acontecimientos, incluyendo la presencia de la policía local, la exhibición del bolso por la propia trabajadora y el señalamiento por ella misma del lugar donde se encontraban el resto de las monedas. En consecuencia, los restantes medios de prueba no pueden ser considerados al derivar todos ellos en su conjunto de una prueba ilícita. **Despido improcedente.** La forma en que se produjo el descubrimiento de los hechos, el requerimiento de la directora de la sucursal y la presencia de la policía local carecen de autonomía y virtualidad para justificar la nulidad del despido en modo alguno, aun habiéndose producido de forma indebida en lo que se refiere al aprovechamiento de una prueba irregularmente obtenida. La reacción posterior es consecuente y estrictamente referida al descubrimiento de la realización por parte de la trabajadora de una irregularidad, sin que en tal reacción pueda objetivarse ninguna conducta que pueda calificarse como de atentatoria a la integridad física o moral, trato inhumano o degradante o amedrantamiento, fuera de la compulsión (por la policía) para que se exhibiera el bolso o se dijese dónde estaba el resto de las monedas. La exclusión de la prueba ilícita es ya garantía bastante para la trabajadora en orden a la protección de sus derechos fundamentales, pero, fuera de esto, no puede pretenderse una especie de blindaje de la interesada frente a las consecuencias de sus actos.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2020, rec. núm. 1111/2020)

La nulidad de la prueba implica la nulidad del despido salvo cuando exista otro medio de prueba hábil, debiendo examinarse en este caso su calificación como procedente o improcedente

Despido disciplinario. Derecho a la protección de datos. Derecho a la intimidad. Nulidad de la prueba. Nulidad del despido. Trabajador que agrede a un compañero, siendo grabada su acción por cámara de video-vigilancia que carecía de dispositivo informativo, a lo que se unía una falta de comunicación de la finalidad de control laboral de la misma sin que existiera una sospecha previa de incumplimiento.

El fundamento de la calificación de nulidad de un despido en supuestos como el presente radica en la circunstancia de que el método utilizado por la empresa para conseguir la acreditación de que el trabajador ha incurrido en incumplimientos laborales sancionables con despido ha supuesto una vulneración de sus derechos fundamentales, y la reparación de dicha vulneración no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en consecuencia, considerar el despido nulo, en la medida en que, si la prueba ilícita no hubiera existido, no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación. Ahora bien, este criterio mantiene la calificación de nulidad del despido cuando la prueba declarada ilícita es el único medio por el que la empresa ha tenido conocimiento de los hechos en los que justifica el despido, y el único por el que se acreditan dichos hechos. Sin embargo, en este caso no puede considerarse que la declaración como ilícita de la prueba video-gráfica aportada por la parte empresa determine la calificación de nulidad del despido, pues no es este el único medio de prueba por el que la misma tuvo conocimiento de los hechos que imputa al trabajador para justificar el despido, ni el único aportado para acreditar los mismos, constando que se aportó prueba documental y testifical, por lo que en este caso el efecto que despliega la prueba ilícita es desechar la misma, no tenerla en cuenta, y examinar la calificación del despido a la luz del resto de pruebas, debiendo valorarse si merece la calificación de procedente o improcedente. En el presente supuesto, al haber quedado probada la agresión física, se declara la procedencia del despido.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2020, rec. núm. 2065/2020)

Incidente de no readmisión. El ejercicio de la acción de ejecución correspondiente a los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del cese y la de notificación de la sentencia está sometido al plazo de prescripción de 1 año

Ejecución de sentencias firmes de despido. Incidente de no readmisión frente al incumplimiento empresarial que se insta pasado el plazo de 3 meses del artículo 279.2 de la LRJS.

En las sentencias de despido improcedente se contienen dos condenas distintas, una referida a una obligación de hacer, que es la readmisión del trabajador cuando, como en el caso que nos ocupa, la empresa no ejercita la opción legal que se le concede en ella, y otra de abono de una cantidad concreta, líquida, que son los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido y la de notificación de la sentencia. En esta situación se exige que la ejecución de la parte correspondiente a la obligación de hacer, la readmisión, si se entiende incumplida, se lleve a cabo en la forma prevenida en la ley, esto es, a través de la solicitud del incidente de no readmisión, devengándose salarios de tramitación distintos de los inicialmente fijados en la sentencia. Solo para estos y para la propia acción de ejecución referida a la readmisión, la ley establece la forma y plazos en los que esa acción ejecutiva ha de plantearse, limitándose esos salarios de tramitación cuando se ejercita dicha acción dentro de los 3 meses siguientes a la firmeza de la sentencia, entendiéndose esta producida por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término para interponerlos, con independencia a estos efectos





de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada. Pues bien, una vez realizado el cómputo de los 3 meses en la forma indicada, desde la firmeza de la sentencia de despido que se intenta ejecutar, la prescripción especial que en él se contiene únicamente podrá proyectarse sobre el eventual incumplimiento de la obligación de hacer que se dice incumplida, esto es, la readmisión, de manera que todo lo que se refiera al percibo de la indemnización que se corresponda con la ausencia de tal readmisión estará prescrito si se pide más allá de los 3 meses, como ocurre en este caso, y no se haya acreditado la interrupción de ese plazo de prescripción. Pero los salarios de tramitación correspondientes al despido, esto es, los contenidos en el fallo de la sentencia y que comprenden los habidos desde la fecha del despido hasta los de la notificación de la sentencia, constituyen una cantidad concreta, susceptible de ejecución independiente, de manera que para el ejercicio de la acción de ejecución a ellos referida se habrá de estar, en todo caso, al plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de reclamar la entrega de sumas de dinero, es decir, al plazo de 1 año. Por ello, conforme a la doctrina unificada, solamente está prescrito por el transcurso de 3 meses desde la notificación de la sentencia aquello que tiene que ver con la acción ejercitada –incidente de no readmisión–, a saber: la conversión de la obligación de readmitir en indemnización.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 25 de junio de 2021, rec. núm. 413/2021)