



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 de julio al 31 de agosto de 2019)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato

Sucesión de empresa en la Administración. Pliego de cláusulas administrativas. Obligatoriedad de subrogación del personal existente. Administración pública (universidad) que cambia su criterio y en el siguiente concurso no incluye en el nuevo pliego de condiciones la obligación de subrogación del personal existente al momento en que finaliza el anterior expediente y entra en vigor el nuevo.

El principal argumento empleado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para rechazar la posibilidad de que los pliegos de contratación impongan la subrogación es, sin duda, el que parte de considerar que dicha obligación solo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa previsto en el artículo 44 del ET –en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los términos previstos en dicho precepto–, en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el convenio colectivo que resulte aplicable. No cabe, para los órganos administrativos encargados de interpretar y controlar la legalidad de los pliegos de condiciones, que estos incorporen cláusulas subrogatorias fuera de estos supuestos. La razón para llegar a esta conclusión es que una cláusula de estas características excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, –Administración contratante y adjudicatario–, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de este destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del estatus de trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley o por convenio colectivo podrán los pliegos recoger tal exigencia.

(STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 18 de junio de 2019, rec. núm. 702/2016)

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Son nulos los acuerdos individuales promovidos en masa con la finalidad de eludir la negociación colectiva durante el periodo de consultas

Liberbank, S.A. y Banco Castilla-La Mancha. Modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo que se materializa mediante acuerdos individuales suscritos con el personal directivo que afectan al sistema de remuneración y a la cuantía del salario (la empresa convierte una retribución fija en variable durante un espacio temporal concreto).





La impugnación de la decisión empresarial debe realizarse por el procedimiento de conflicto colectivo, ya que los pactos iban dirigidos a un número de trabajadores que cubre los umbrales del artículo 41 del ET. La promoción de acuerdos individuales en masa con la finalidad de eludir la negociación colectiva durante el periodo de consultas es vulneradora de la libertad sindical, por lo que dichos acuerdos son nulos radicalmente. La obligación de seguir un periodo de consultas en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, además de una previsión directa que establece el artículo 41.4 del ET, es concreción directa de la previsión general contenida en el artículo 64.5 del ET, según la cual los representantes de los trabajadores tendrán derecho a ser informados y consultados, entre otras cuestiones, sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Por su parte, el hecho de que aquellos acuerdos no hayan estado viciados en su manifestación de voluntad individual no puede ser justificación para negar otro ámbito de actuación como el que ostentan y tienen legalmente reconocido los representantes legales de los trabajadores, a los que se le ha privado de actuar en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores que representan. En cualquier caso, las previsiones del convenio colectivo no pueden verse modificadas por decisiones unilaterales del empresario ni por la autonomía individual, en tanto que ello implica eludir el derecho de negociación colectiva. Procede indemnizar a los sindicatos demandantes con 5.000 euros por daño moral.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2019, rec. núm. 98/2018)

Contrato de interinidad por vacante de 15 años de duración. Limitar el debate en la instancia a la aplicación o no del artículo 70 del EBEP impide que el tribunal de oficio pueda apreciar abuso de la contratación temporal

Fraude en la contratación temporal. Agencia Madrileña de Atención Social. Trabajadora con contrato de interinidad por vacante desde el año 2001 que es cesada por cobertura de la plaza en el año 2016. Solicitud de reconocimiento de la condición de trabajadora indefinida no fija por el transcurso del plazo de tres años del artículo 70 del EBEP. Improcedencia.

El artículo 70 del EBEP impone obligaciones a las Administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido solo a la ejecución de la oferta de empleo público. Conforme sostiene la sala, ese plazo no puede entenderse como una garantía inamovible, por cuanto serán las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero también su prolongación (supuestos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial). En el caso analizado, no se aprecia irregularidad alguna en el proceder de la Administración, porque, aparte de que por Orden de 8 de enero de 2008 se actualizó la oferta de empleo público de los años 1998 a 2004, lo que evidencia que no hubo inactividad de la Administración, las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones limitando los gastos públicos que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y convocatorias de empleo público. De igual forma, como el fraude o el abuso de la contratación temporal no se alegaron en la sentencia recurrida, son cuestiones que no puede plantearse de oficio la sala so pena de incurrir en incongruencia *extra-petita*. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2019, rec. núm. 2357/2018)

El Supremo confirma que no se puede utilizar el mecanismo previsto en el artículo 82.3 del ET para aplazar la fecha de abono de la paga de navidad así como la del salario pactado

Inaplicación del convenio colectivo. Unipost, S.A. Desplazamiento de la fecha de abono de la paga de Navidad desde el 15 de diciembre de 2016 al 30 de enero de 2018, así como fraccionamiento del pago de las nóminas mensuales en dos partes equivalentes al 50 % de su cuantía, con desplazamiento de su abono.

No hay posibilidad de descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente la norma. El sistema de remuneración está conformado por los criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos, pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir «la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos». Por tanto, el aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad así como del abono del salario pactado, no son materias susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración, motivo por el cual no caben dentro del mecanismo previsto en el artículo 82.3 del ET. La percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida no puede tener encaje en dicho precepto, ya que se encuentra dentro de los derechos básicos de la relación de trabajo que el artículo 4.2 f) del ET reconoce a los trabajadores, cuya liquidación y pago no podrá exceder de un mes (art. 29 ET). Por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, el artículo 31 del ET concreta que una de las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador es con ocasión de la fiesta de Navidad, pudiendo ser prorrateadas las pagas en 12 mensualidades, preceptos acordes con el mandato contenido en el artículo 12 del convenio núm. 95 de la OIT.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2019, rec. núm. 157/2017)

Tras la entrada en vigor de la LRJS la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está reservada exclusivamente a la impugnación de convenios estatutarios y a los laudos sustitutivos de estos

Adecuación/Inadecuación de procedimiento. Modalidades procesales de impugnación de convenios colectivos y de conflicto colectivo. Acuerdo extraestatutario vinculado con el Convenio Colectivo General para Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo que fija un sistema de participación en primas propio y alternativo al convenio.

La modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos está reservada exclusivamente, tras la Ley 36/2011 (LRJS), a la impugnación de los convenios colectivos de eficacia general y de los laudos sustitutivos de estos. Por tanto, se declara que la modalidad de conflicto colectivo es la idónea para conocer de la pretensión relativa a la nulidad parcial del Acuerdo extraestatutario y los eventuales efectos derivados de la misma. *Doble escala salarial. Fijación de un doble sistema retributivo en atención a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, antes del 1 de enero de 1997 o a partir del 1 de enero de 1997, cuantitativamente mayor para los primeros, sin que las diferencias se reduzcan con el tiempo ni existan fórmulas compensatorias para reducir la desigualdad ni para asegurar la desaparición progresiva de la diferencia.* A pesar de su naturaleza extraestatutaria, el cuestionado Acuerdo no es dable configurarlo como un mero pacto establecido en el marco de la autonomía privada en sentido estricto, ya que debe vincularse necesariamente con el precepto del convenio colectivo estatutario del que deriva (contenido en su artículo 39.2), y en el que se establece un sistema de participación de trabajadores sin establecer desigualdad alguna en atención a la fecha de ingreso, posibilitando el ajuste del sistema a las empresas concretas, como es el caso. La doble escala salarial debe ser, por tanto, anulada con la consecuencia de equiparación retributiva. No se aplica la doctrina del TJUE contenida en Sentencia de 14 de febrero de 2019 (Asunto C-154/18, Keegan) dado que nuestra jurisprudencia constitucional y



▶ ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa y tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida STJUE, la cual entendió que la fecha de incorporación en la empresa es un elemento objetivo y neutro. **Sala General** (Vid. SAN de 7 de septiembre de 2017, núm. 123/2017, en actuaciones seguidas en virtud de demanda de conflicto colectivo).

(STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2019, rec. núm. 10/2018)

No es posible fundar un motivo de casación para la unificación de doctrina en una cuestión que la parte recurrente en suplicación no planteó, aunque lo hubiera hecho la parte contraria, también recurrente

Proceso laboral. Ampliación del recurso de suplicación en fase de recurso de casación para la unificación de doctrina.

El recurso de suplicación, al igual que el de casación, en sus diferentes modalidades, está condicionado por los motivos que las partes formulen, cuyos planteamientos deben ser claros y precisos, sin que en las distintas instancias procesales a las que se acuda se puedan formular pretensiones modificativas en sus planteamientos, de forma que el Tribunal que los resuelva solo dará respuesta a los motivos que cada parte y respecto de ella se hayan planteado. Si la parte que recurre ha centrado su recurso de suplicación en un determinado extremo de la sentencia recurrida que le resultaba perjudicial y no en otro, que también podría perjudicarlo, debemos entender que en ese momento ha precluido todo su derecho para combatir la sentencia en aquello con lo que se aquietó, de forma que no puede alterar en un momento posterior lo que dejó sin impugnar y pudo serle favorable. Y ello, aunque una de las partes, y en su propio beneficio, haya recurrido el mismo planteamiento, del que no puede aprovecharse la parte contraria. En ese sentido, esta sala ya vino a decir que «no puede una vez transcurrido el plazo preclusivo para recurrir aprovechar la oportunidad del recurso interpuesto adecuadamente por otra parte para efectuar el suyo propio, tanto más cuanto los pronunciamientos de la sentencia impugnada independientes de los oportunamente recurridos habrían devenido firmes y no sería competente el tribunal que conociera del recurso para revisar tales extremos, que, además, resultarían inmodificables por la mera aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius*». **Cesión ilegal de trabajadores. Contratas y subcontratas. Extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas en el marco de un despido colectivo ante la pérdida de la contrata.** *Empresa principal que se reserva la facultad de rechazar a cualquier trabajador de la contratista sin necesidad de justificar el motivo, que planifica los horarios y rutas y se lo comunica a los conductores directamente, sin intervención de la contratista, a través de terminales situados en los centros de trabajo de aquella, a donde se dirijan los conductores para conectar las PDAs que previamente les habían sido suministradas. No consta tampoco que existiera algún responsable de la contratista que ordenara, dirigiera o coordinara la actividad de sus trabajadores, proviniendo dichas órdenes directamente de la principal.* Consta acreditado que las facultades de organización y dirección empresarial las ejerce la empresa principal, sin que se oponga a tal conclusión el hecho de que la contratista concediera las vacaciones, ejerciera la facultad disciplinaria y les formara en materia de prevención de riesgos laborales, ya que dichas facultades resultan muy escasas en comparación con las ejercidas por la mercantil que ocupaba el lugar de empresa principal, que afectaban a la esencia del contrato de trabajo. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 2019, rec. núm. 4082/2016).

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

Editoriales que entregan a sus trabajadores revistas en formato papel. No pueden unilateralmente dejar de concederlas a cambio de una suscripción digital sin acudir a una MSCT

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT). Hearst España, S.L. Empresa dedicada a la edición de revistas tanto en su versión impresa como digital que desde los inicios de su actividad ha puesto a disposición de sus trabajadores ejemplares impresos de todas las publicaciones de marca propia. Decisión de dejar de entregar las publicaciones en papel posibilitando a los trabajadores el acceso a algunas de ellas pero en formato digital, con base en el ahorro, la eficiencia y la mejora del medioambiente.

La decisión empresarial constituye una MSCT, ya que con independencia del interés empresarial en que la plantilla conociera o no el contenido de las publicaciones del grupo, sus suplementos y alguno de sus regalos promocionales, lo cierto es que los trabajadores de la empresa por su condición de tales hasta la fecha de la comunicación que se impugna tenían derecho a acceder a todas las publicaciones de la demandada en papel, pudiendo incluso llevárselas a su domicilio y compartirlas con sus familiares. Tal derecho suponía una ventaja económica en el caso de que al trabajador le interesasen la totalidad de las publicaciones, lo que suponía 1.075 euros anuales, que es el precio de venta al público anual, de la totalidad de las publicaciones disponibles. De igual forma, el cambio por una suscripción a una plataforma digital supone la minoración de la ventaja que traía consigo la situación anterior, ya que no se podía acceder a la totalidad de las publicaciones y para poder efectuar la lectura desde el domicilio, el trabajador debía adquirir un dispositivo electrónico –móvil, tablet u ordenador– y disponer de una conexión a internet, mientras que antes bastaba con el traslado material del ejemplar en papel desde el puesto de trabajo al domicilio. Por tanto, la decisión que se impugna supone un empeoramiento de las condiciones económicas de la plantilla, con independencia de que la medida sea más o menos razonable en términos económicos o medioambientales, encontrándonos ante una MSCT que debería haberse adoptado con arreglo a los trámites del artículo 41.4 del ET. Ello implica que deba considerarse nula, con condena a la empresa a la reposición de las condiciones laborales iniciales.

(SAN, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2019, núm. 92/2019)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Fijación por la empresa de objetivos no previstos en convenio. ¿Deben ajustarse en los meses en que se producen ausencias al trabajo?

Conflicto colectivo. Lindorff España, S.L.U. Empresa dedicada a la actividad de recobro de deudas. Fijación de un sistema de incentivos no previsto en el convenio colectivo que permite a los trabajadores cobrar determinadas cantidades en función de los objetivos de cobros establecidos mensualmente. Falta de ajuste del objetivo en determinados casos de ausencia al trabajo.

Cuando el empleado trabaja menos días u horas por disfrutar de vacaciones, de permisos retribuidos o por una situación de huelga, debe alcanzar el objetivo completo del mes con el trabajo prestado efectivamente en las horas y días trabajados, de manera que si no consigue recuperar el objetivo no realizado en las horas no trabajadas, se produce



►

una penalización salarial, al no redundar ese mayor esfuerzo invertido en las horas trabajadas en una mayor retribución. Aunque primar la mayor dedicación que supone no ejercer determinados derechos no atenta contra ningún principio básico o fundamental (ausencias por pequeñas enfermedades, licencias por mudanza o traslado de domicilio), en ocasiones ha de ser considerado antijurídico, sobre todo cuando la prima tenga por objeto disuadir del ejercicio de derechos fundamentales, o bien cuando se trate de incentivar el que el trabajador no ejerza determinados derechos que son al mismo tiempo un deber, como ocurre cuando se trata de medidas de salud laboral. Por ello, es preciso hacer un análisis diferenciado para cada uno de los permisos, de manera que se pueda deducir si el ajuste proporcional del objetivo mensual ha de ser considerado obligatorio. Esto ocurre así en los siguientes supuestos: a) En el caso de la huelga, por cuanto imponer la pérdida de la prima de productividad en términos que superen la estricta proporcionalidad vulnera tal derecho; b) En el caso de las vacaciones, por cuanto imponer que el trabajador deba compensar el objetivo no realizado durante los días de vacaciones recuperándolo en los días restantes de trabajo supone una vulneración de tal derecho, al incentivar el que el trabajador no tome los descansos legalmente obligados, que tienen no solamente la condición de derecho, sino incluso la de deber como forma de protección de la salud laboral. Este mismo criterio sería aplicable a los trabajos en días de descanso semanal y los que sean compensación por la falta de disfrute de los mismos; c) En el caso de permisos vinculados a la conciliación de trabajo y vida familiar, especialmente por el cuidado de hijos y de ascendientes (nacimiento de hijo/a, accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica de familiares y acompañamiento a consulta médica de hijos/as menores); d) En el caso de permisos indispensables para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Por el contrario, no existe ilegalidad en la falta de ajuste proporcional, por no existir causa para ello, en el caso de los permisos por matrimonio, fallecimiento de familiares, traslado del domicilio habitual, matrimonio de familiar y asistencia a consultas médicas.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de enero de 2019, rec. núm. 2071/2018)

Accidente *in itinere*. Lo es el que ocurre al caer la trabajadora por las escaleras del colegio donde acababa de dejar a su hija 20 minutos antes de incorporarse a su trabajo

Calificación de la IT: común o profesional. *Accidente in itinere*. Trabajadora que sufre un esguince de tobillo al caer por las escaleras en el colegio donde acababa de dejar a su hija veinte minutos antes de incorporarse a su trabajo.

Teniendo en cuenta que la habitualidad de determinadas actuaciones en la rutina del traslado diario al centro de trabajo es un elemento sustancial a tener en cuenta en la valoración del accidente *in itinere*, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo parte de una interpretación más flexible de los estrictos requisitos exigidos en otros tiempos que conecta con la nueva realidad social del tiempo en que vivimos, dando prioridad a la conciliación de la vida laboral y familiar, por lo que el accidente sufrido por la actora, que se encargaba diariamente de llevar a su hija al colegio inmediatamente antes de comenzar su jornada laboral, debe calificarse necesariamente como accidente de trabajo, estimando su derecho a las diferencias derivadas de la prestación.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2018, rec. núm. 271/2018)

Jubilación activa: la compatibilidad del trabajo por cuenta propia con el percibo del 100 % de la pensión de jubilación cabe tanto si la contratación del trabajador se efectuó como autónomo societario como si lo hizo como persona física





Jubilación activa. RETA. Compatibilidad del trabajo por cuenta propia con el percibo del 100 % de la pensión. Obligación de tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena. Contratación del trabajador por una sociedad respecto de la que el trabajador autónomo ostenta su control efectivo en los términos del artículo 305 TRLGSS.

Para la Sala de Suplicación vale la contratación a través de la sociedad respecto de la cual el autónomo tiene su control efectivo, siempre que se mantenga el nivel de empleo, y esa interpretación no solo es acorde con la letra de la norma sino que también es la que mejor se ajusta a la finalidad de la política de envejecimiento activo, respetando a la vez la finalidad de mantenimiento del nivel de empleo en la empresa. Otra interpretación diferente supone acogerse a un formalismo, como es la existencia de una sociedad mercantil interpuesta, cuando en la realidad de las cosas trabajadores autónomos como el que aquí demanda ostentan el control efectivo de dicha sociedad mercantil. De esta manera, el jubilado que tenga derecho a la compatibilidad de un 50 % de su pensión de jubilación con la realización de un trabajo autónomo (esta sería una exclusiva medida de envejecimiento activo) puede alcanzar el 100 % de la compatibilidad si tiene contratado cuando menos a un trabajador por cuenta ajena (esta sería una medida mixta de profundización en la política de envejecimiento activo combinándola con una medida de política de empleo). En el supuesto de que sea un jubilado que inicia su actividad como autónomo, le obliga cuando menos a contratar a un trabajador, y, en el supuesto de que sea un jubilado que ya era autónomo y continúa la actividad como tal le obliga a mantener el nivel de empleo, por simple lógica con la medida de política de empleo que inspira la reforma legal, sin que se pueda sostener que se le obliga a contratar a un nuevo trabajador porque ello, aunque supondría atribuir una mayor intensidad a la medida de política de empleo, sería crear una exigencia que no contempla el artículo 214 TRLGSS. Por tanto, dada la literalidad de la norma, quien contrata tanto puede ser un autónomo individual como puede ser un autónomo societario con el efectivo control de la sociedad empleadora. **Voto particular.** La medida no puede ser de aplicación a los pensionistas de jubilación en el RETA por su condición de socios ya que en estos supuestos la inclusión en dicho régimen viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de la del trabajador autónomo. Requiere, por el contrario, que el pensionista de jubilación se encuadre como persona física en el RETA.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2019, rec. núm. 398/2019)

Cooperativas instrumentales de facturación y encuadramiento adecuado de sus afiliados en el RETA

RETA. Encuadramiento. Empresa que bajo la forma de cooperativa de trabajo asociado tiene como objeto de su actividad únicamente la facturación del trabajo por cuenta propia desarrollado por otros a cambio de una comisión. Alta de oficio en el RETA de dichos trabajadores por parte de la TGSS, si bien inicialmente se habían dado de alta en el Régimen General por ser esta la forma prevista en los estatutos de la cooperativa. Cobro efectivo del trabajo desempeñado por parte del trabajador. Alegación de los trabajadores en el sentido de que no deben ser considerados como trabajadores autónomos al no alcanzar sus ingresos el SMI en el año natural.

El nivel de retribuciones es un mero indicador (no determinante), y no es el único, pues hay otros factores que pueden confirmar la habitualidad, tales como el reconocimiento expreso o tácito del propio sujeto afectado. Tal criterio retributivo tiene sentido y utilidad cuando se dispone el alta de oficio respecto de quien no está dado de alta en el sistema en régimen alguno y donde la carga de la prueba la tiene la Administración actuante que podrá considerar indicador relevante al nivel de ingresos. En cambio, tal criterio retributivo no es preciso cuando el propio sujeto afectado de forma





expresa cuenta con alta voluntaria y conforme en otro régimen distinto, como es el Régimen General, lo que encierra su admisión de que su labor es estable y habitual, y merecedora de protección social (ello sin perjuicio de que tal alta en el Régimen General no sea la procedente, sino como es el caso, en el RETA). En suma, la superación del umbral del salario mínimo percibido en el año natural es un indicador de habitualidad pero es irrelevante cuando la actividad desarrollada con ese carácter consta por actos propios concluyentes y por activa intervención ofreciendo sus servicios en el mercado.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de mayo de 2019, rec. núm. 139/2018)

La Sala del País Vasco matiza al Supremo: el Orden Social no es el competente ante las reclamaciones por incumplimiento de la normativa de prevención entre funcionarios

Acoso laboral. Delimitación de competencias entre el Orden Social y el Contencioso Administrativo. Departamento de Educación del Gobierno Vasco. Pretensión sustentada en esencia en el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Situación conflictiva entre una profesora y el cuadro directivo del colegio en el que impartía clases y en el que existía plan de prevención de riesgos laborales, con protocolo de actuación en caso de acoso laboral y una guía de resolución de conflictos.

Si bien según destaca el Tribunal Supremo el artículo 2 e) LRJS atribuye la competencia a la jurisdicción social cuando se trata de controlar judicialmente el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluida la repercusión de los daños por ese concepto, el Tribunal Superior, en Pleno no jurisdiccional, ha adoptado acuerdo expreso de la incompetencia de esta jurisdicción social para conocer de la pretensión de funcionaria pública –la actora- contra otras funcionarias, por más que se accione vía procedimiento ordinario (y no de tutela de derechos fundamentales) frente a la Administración pública por razón del incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, de forma que la demanda frente a la recurrente –también funcionaria- no es competencia de esta jurisdicción y sí de la jurisdicción contencioso administrativa. Sí es competente el Orden Social para conocer de la demanda frente al Departamento de Educación por haberse actuado en procedimiento ordinario. Entiende la Sala que el Departamento de Educación tuvo un comportamiento pasivo y no adoptó medida alguna, pues no cabe colocar a los trabajadores y al empleador en un mismo plano en materia preventiva, sin que pueda exonerarse la empleadora de sus obligaciones en esta materia por el hecho de contar con instrumentos válidos para evitar o gestionar este tipo de situaciones cuando la realidad demuestra que no se utilizaron adecuadamente. Se impone una indemnización de 10.000 euros por daños morales. **Voto particular.** Resulta absurdo distinguir dos conductas distintas cuando lo evidente es que los hechos son los mismos, puesto que la Administración solo puede actuar frente a la demandante a través del quehacer de las concretas personas físicas de sus funcionarios. La competencia le correspondería en todo caso al Orden Contencioso. Conviene, asimismo, llamar la atención sobre el peligroso precedente de la Sala que abre la puerta a que toda incapacidad temporal debida a estrés laboral deba ser generosamente indemnizada imputando la culpa de aquel a la parte empleadora o a los superiores jerárquicos, aun cuando una y otros se desenvuelvan en el normal ejercicio de sus competencias.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2019, rec. núm. 350/2019)