

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de febrero de 2017)

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL -GUÍA-

Derecho de huelga. Vulneración. Retransmisión de partido de Champions League en plena huelga general. Alegación por el sindicato demandante de que ha habido una sustitución interna de trabajadores al asumir los jefes de departamento el trabajo de sus subordinados, así como en relación con los medios técnicos, al ser utilizados unos que no eran los habituales.

Dado que ha quedado constatado, con valor de hecho probado, que los trabajadores que no secundaron la huelga ese día no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen siendo habitualmente, siendo funciones propias de su categoría, no cabe entender, por este lado, la concurrencia de una vulneración del derecho de huelga por esquirolaje interno. **Utilización de medios técnicos no habituales.** No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto, la prohibición prevista en el artículo 6.5 del RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos. **Voto particular.** (STC de 2 de febrero de 2017, rec. núm. 1168/2014).

TRIBUNAL SUPREMO -GUÍA-

Retribuciones variables (incentivo general de operaciones e incentivo de éxito comercial). Práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo durante el embarazo, a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos, provocando con ello que, tras la reincorporación, las trabajadoras afectadas no percibiesen esa partida salarial hasta el momento de abono de los periodos que, nuevamente, hubiesen comenzado a devengar.

Esta medida implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de las condiciones de trabajo, ya que penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la
.../...

.../...

plenitud del mismo. Esta prohibición de discriminación alcanzaría también a los progenitores varones, bien por adopción o acogimiento, bien por cesión del permiso de maternidad, por cuanto las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres. En cualquier caso, es un hecho indiscutiblemente notorio que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, por lo que, aun si se afirmara la neutralidad de la medida, en todo caso, la discriminación femenina se produciría por vía indirecta, por ser las mujeres las perjudicadas en un número mucho mayor que los hombres. En consecuencia, y para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es este un requisito que la situación de permiso hace imposible. (STS, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 283/2015).

Sucesión de contratistas. Deber de subrogación impuesto por convenio colectivo. Reducción del volumen de la contrata en el nuevo pliego de condiciones.

Si la antigua contratista puede disminuir la plantilla por causas objetivas cuando durante la ejecución de la contrata se reduce su volumen y cuando esa reducción opera en el pliego de condiciones de la nueva adjudicación, con mayor motivo puede la nueva contratista, que por imposición convencional se subroga en el personal de la antigua, hacer lo mismo en el supuesto de que la reducción de la contrata venga impuesta en el nuevo pliego de condiciones, minoración que no pudo hacer su predecesora al sobrevenir la reducción con la nueva adjudicación. (STS, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 1077/2015).

Cantidades debidas a los trabajadores en concepto de parte proporcional de paga extra e indemnización por despido. Reconocimiento de deuda en escritura pública y posterior impago de parte de aquella.

Solo en el caso de reconocimiento de deuda ante un servicio administrativo de mediación, arbitraje o conciliación, o en el de acta de conciliación en un proceso judicial, cabe entender que es posible, por vía de excepción, la interrupción de la prescripción frente al Fogasa, de modo que queda excluido cualquier otro supuesto, que pudo igualmente preverse en la norma y no se hizo, por lo que quedan fuera no solo los reconocimientos privados sino incluso los públicos que no tengan el carácter de alguno de los antes referenciados. Procede la condena de la empresa a su abono declarándose prescrita la responsabilidad del Fondo. (STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2016, rec. núm. 1800/2015).

Procedimiento de oficio. Demanda presentada por la Inspección de Trabajo (que trae causa de acta de infracción) solicitando que se determine la existencia de relación laboral. Aplicación del plazo de prescripción de un año del artículo 59.1 del ET.

Este plazo de prescripción de un año se refiere a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, y se asientan en el derecho laboral, en tanto que la acción ejercitada en el procedimiento de oficio por la Inspección de Trabajo sirve de presupuesto necesario para la aplicación de normas de la Seguridad Social, en cuyo campo será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador que ha quedado interrumpido con la admisión de la demanda, según el artículo 148 d) de la LRJS. La prescripción que en su caso pueda excepcionarse no será la prevista y regulada en el artículo 59.1 del ET, sino la que regula el artículo 21.1 c) de la LGSS, a cuyo tenor prescribe a los cuatro años la acción para imponer sanciones por incumplimiento de las normas de Seguridad Social. (STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2016, rec. núm. 1778/2015).

Pensión de viudedad. Cónyuges separados o divorciados. Beneficiaria que simultáneamente cumple los requisitos impuestos por el artículo 174.2 y la disposición transitoria decimoctava de la LGSS.

La disposición transitoria decimoctava de la LGSS es aplicable tanto a quienes en el periodo transitorio rompieron la relación matrimonial sin reconocimiento de pensión compensatoria, cuanto a los que siendo titulares de ella, también reúnen los requisitos impuestos por el artículo 174.2 de la LGSS, pues si bien la finalidad de la transitoria es permitir el acceso a la pensión a quienes –con determinados requisitos– no tienen reconocida compensatoria por causa de su separación o divorcio, no lo es menos que la finalidad de la reforma de la Ley 40/2007, origen de la transitoria, es retomar la situación de necesidad como base de la pensión de viudedad, por lo que es contrario a esa finalidad que se privilegie a quien aparentemente carece de necesidad (el importe de la pensión no tiene límite en la compensatoria) frente a quien en principio la acredita (tendría el límite de su compensatoria). Sala General. (STS, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2016, rec. núm. 1466/2015).

RETA. Derecho a la prestación de Maternidad. Situación asimilada al alta.

A efectos de la prestación de maternidad es situación asimilada al alta la de la trabajadora en los noventa días siguientes a la baja en el sistema, incluso tras la promulgación del RD 295/2009. También cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar esta al día siguiente de aquella. (STS, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2016, rec. núm. 602/2015).

Despido colectivo. Competencia funcional. Consideración por la demandante que, ante la suma de extinciones de contratos temporales que, a su entender, habían de considerarse celebrados en fraude de ley, la parte empleadora debió de haber acudido al trámite del despido colectivo y, no habiéndolo hecho, debería declararse la nulidad de todas las extinciones.

Para determinar si se sobrepasa el umbral numérico del artículo 51.1 del ET y comprobar si, efectivamente, se había alcanzado aquel, el órgano judicial no puede entrar a examinar si los contratos de trabajo afectados eran o no fraudulentos, pues es esta una cuestión previa –que no cabe en el marco impugnatorio del art. 124 LRJS– de la que habría de depender que estuviéramos o no ante un despido colectivo irregular (aquel que se produce al margen de que la empresa utilice el procedimiento del art. 51 ET) o de hecho (cuando la empleadora oculta su carácter colectivo). Por consiguiente, la competencia para conocer de la acción de impugnación de la terminación del contrato de trabajo corresponde al Juzgado de lo Social a través del cauce de los artículos 103 a 113 y 120 a 123 de la LRJS. Sala General. **Voto particular.** (STS, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2016, rec. núm. 10/2016).

Extinción de la relación laboral. Despido calificado de procedente al entender el juzgado que la ausencia del actor a su puesto de trabajo durante dos meses, tras ser dado de alta médica, aunque la hubiese impugnado, no se justifica por las dolencias que había padecido.

La incorporación por el trabajador en el recurso de casación para la unificación de doctrina de sentencia firme del Juzgado de lo Social revocando el alta médica, al considerar que era prematura por no tratarse de un proceso con secuelas definitivas sino susceptible de mejora, así como una posterior resolución del INSS reconociéndole en situación de incapacidad permanente total, implica que deba decretarse la nulidad de actuaciones aunque no haya existido infracción procesal, ya que puede producirse indefensión material del recurrente en virtud de una circunstancia sobrevenida que no le es imputable. Procede la nulidad de lo actuado desde que se dictó la sentencia de instancia a fin de que se dicte una nueva integrando los hechos probados con el contenido de los documentos incorporados. (STS, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2016, rec. núm. 3522/2014).

Ejecución definitiva de despido colectivo. Asunto Coca Cola. Recurso de casación contra el Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que, en síntesis, contiene cinco pronunciamientos distintos.

1. Declara la inadecuación del procedimiento respecto de varios trabajadores que discutían la regularidad de su readmisión por cuestiones individuales (salario, antigüedad, circunstancias personales o cuestiones acaecidas después de la constitución del título ejecutivo). Se estima parcialmente este motivo del recurso puesto que, por un lado, la ejecución colectiva de un despido colectivo impide el ejercicio de acciones individuales declarativas que, en el fondo, tienen la misma finalidad; y, por otro, la normativa vigente contiene instrumentos procesales para poder pronunciarse sobre estas cuestiones particulares en el seno de la ejecución colectiva, siempre que se refieran al hecho propio de la readmisión o a circunstancias básicas de la misma.
2. Declara el desistimiento de varios trabajadores por cuanto que los mismos han llegado a acuerdos transaccionales homologados por la sala ejecutante. Pronunciamiento firme por no combatido.
3. Declara la estimación parcial de la pretensión ejecutiva referida a los trabajadores cuya readmisión se produjo en centros distintos (alejados geográficamente) de aquellos en los que prestaban servicios y que fueron cerrados antes de la sentencia que estableció la nulidad del despido colectivo. Se declara que la readmisión fue irregular y, ante la imposibilidad de efectuarla en las mismas condiciones, se declaran extinguidos sus contratos de trabajo con derecho a la indemnización por despido y a los salarios de tramitación calculados a la fecha del auto. Se confirma: a) No procede la readmisión *in natura* al resultar imposible por estar los centros de origen cerrados, cierre ajeno al ejercicio del derecho de huelga y previo a la sentencia que declaró la nulidad del despido. b) No procede la indemnización adicional por no haberse solicitado y no acreditarse perjuicios específicos derivados de la readmisión irregular.
4. Declara la estimación de la ejecución relativa a seis trabajadoras que prestaban servicios en el centro de Valencia y fueron readmitidas en el centro de Martorell. Se declara la irregularidad de la readmisión y se ordena la readmisión en el centro de Valencia, con abono de salarios de tramitación hasta a la fecha del auto. Pronunciamiento que quedó firme al no ser impugnado en esta sede.
5. Declara la estimación parcial de la pretensión ejecutiva interpuesta por CC. OO. respecto de trabajadores del centro de Fuenlabrada. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estableció la regularidad de la readmisión, pero condenó a salarios de tramitación hasta la fecha del auto. Se confirma: a) La movilidad funcional que han sufrido los trabajadores con motivo de su readmisión se considera válida por cuanto que resulta plenamente adecuada a las previsiones del artículo 39 del ET y, por tanto, no constituye modificación sustancial de condiciones de trabajo. b) La readmisión regular no impide la aplicación de las facultades directivas del empresario siempre que se ejecuten dentro de los límites legales. No hay que olvidar que el centro de Fuenlabrada se reabrió como centro logístico y no como fábrica, habiéndose ofrecido la readmisión a todos los ejecutantes en los grupos profesionales y niveles retributivos previstos para sus antiguas categorías profesionales en el vigente convenio colectivo, respetándoles retribuciones, jornada y horarios, pero no sus funciones, puesto que el centro ya no es una fábrica, sino un almacén o centro de logística. Sala General. **Voto Particular.** (STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2017, rec. núm. 108/2016).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-**Sucesión de contratatas. Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de León. Previsión en dicha norma paccionada de que los salarios devengados y no pagados son de responsabilidad exclusiva de la contratista saliente. Contradicción con el régimen legal de garantías dispuesto en el artículo 44.3 del ET.**

El precepto convencional no puede derogar en modo alguno el sistema de responsabilidades empresariales establecido en el artículo 44 del ET, porque una cosa es que convencionalmente se establezcan unos requisitos para que produzca efecto la subrogación y otra muy distinta que por el incumplimiento de una de las empresas puedan verse disminuidos

.../...

.../...

los derechos de los trabajadores afectados por aquella, perdiendo las garantías salariales que les reconoce la norma estatutaria. Por ello, entiende la sala que ha de aplicarse el primer párrafo del núm. 3 del citado artículo 44, a cuyo tenor, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Y en este caso, dado que las cantidades reclamadas por la actora son anteriores a la transmisión, la responsabilidad debe ser solidaria de las dos empresas demandadas, procediendo la estimación del recurso en este sentido. Que estamos ante una sucesión empresarial se ve claramente como consecuencia de que concurre la transmisión de una contrata de mera actividad y la entrante se hace cargo de la plantilla, por lo que deviene de aplicación el artículo 44 mencionado. (STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2016, rec. núm. 1131/2016).

Sucesión de empresa. Noción. Compraventa de escuela infantil, incluido el fondo de comercio, donde la nueva propietaria cambia el modelo de explotación, pasando de estar enfocada a niños de 0 a 3 años a serlo para niños de 0 a 12 años, con una metodología basada en el idioma inglés.

La amplitud conceptual del artículo 44.1 del ET permite incluir dentro de su supuesto de hecho cualquier negocio jurídico de transmisión, compraventa, sociedad, donación, arrendamiento, reversión, dación en pago, venta judicial, contrata de servicios o concesión administrativa, etc., y hasta la pura continuación de hecho en la titularidad empresarial. Sin perjuicio de los efectos y consecuencias que en otros ámbitos jurisdiccionales pudieran atribuirse al pacto de exclusión de las consecuencias laborales de un negocio traslativo de la empresa, lo cierto y decisivo para apreciar la subrogación laboral no está en que el nuevo titular quiera o no continuar la actividad en los mismos y exactos términos que el anterior, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. (STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2016, rec. núm. 260/2016).

Incapacidad temporal (IT). Denegación de la prestación. Rotura de prótesis mamaria. Intervención en centro privado ante la negativa del sistema público de salud de proceder no únicamente a su retirada sino también a la reimplantación de otras nuevas.

Aun cuando el subsidio de IT no deba percibirse cuando la situación de la trabajadora causante de la baja proceda de una intervención de cirugía estética, sin constancia de enfermedad previa que la requiera, sí que se produce el devengo de dicho subsidio cuando la IT derive de intervenciones quirúrgicas realizadas para solventar complicaciones o riesgos para la salud derivados de la cirugía estética, como así sucede en el caso, pues no cabe duda de que la retirada de las prótesis mamarias fue el tratamiento prescrito por la sanidad pública inicialmente. Ello es independiente del hecho de que, por su conveniencia, además de la retirada se la hayan implantado otras nuevas, pues la causa originaria no fue la reimplantación. (STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2016, rec. núm. 2907/2015).

Subsidio para mayores de 52/55 años. Trabajadora que prestaba servicios en virtud de contrato de interinidad con cargo a vacante de naturaleza discontinua.

La demandante no es trabajadora fija discontinua, sino interina por vacante, ocupando una plaza de trabajo fijo discontinuo en tanto aquella no sea cubierta mediante el correspondiente proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Toda vez que su contrato es temporal, puede extinguirse válidamente una vez que la plaza sea cubierta por los procedimientos de selección correspondientes, por lo que no le es aplicable la exclusión del derecho al subsidio prevista para los trabajadores fijos discontinuos. (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2016, rec. núm. 208/2016).

JUZGADO DE LO SOCIAL -GUÍA-**Vulneración de derechos fundamentales. Acoso moral. Indemnización de daños y perjuicios. El Corte Inglés, S.A. Alegación de trato vejatorio y discriminatorio por parte de superior jerárquico. Consideración, por la Comisión instructora de investigación de situaciones de acoso, de inexistencia de acoso sexual o moral.**

En el supuesto de autos ha quedado acreditado el corte déspota del trato vertido a la trabajadora, al ser trasladada reiteradamente a desempeñar actividades consideradas penosas, y ser asimismo objeto de un continuo seguimiento en relación con su desenvolvimiento laboral, amparándose para ello en una acusación de robo que, curiosamente, en el acto del juicio la empresa ha silenciado. Procede la declaración de responsabilidad solidaria respecto de empresa y acosador, al quedar acreditado que aquella no ejerció procedimiento disciplinario alguno contra este, ante la conducta omisiva y, en cierto modo, permisiva de la situación. Para la apreciación de la pretensión de indemnización adicional se requiere un daño concreto, al margen de la vulneración de un derecho fundamental, el cual está objetivado en la enfermedad o alteración psíquica derivada del trastorno ansioso-depresivo reactivo a la situación laboral. La cuantía se fija en relación con los días impeditivos. (SJS n.º 3 de A Coruña de 23 de enero de 2017, núm. 23/2017).