

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de noviembre de 2016)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

Medicamentos. Venta mediante correspondencia, por farmacias establecidas en otros Estados miembros, de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica. Libre circulación de mercancías.

Los artículos 34 y 36 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que dispone la fijación de precios uniformes para la venta por parte de las farmacias de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido de dicho artículo, ya que esta normativa afecta más a la venta de medicamentos sujetos a receta médica por parte de farmacias establecidas en otros Estados miembros que a la venta de tales medicamentos por farmacias establecidas en el territorio nacional, y no puede estar justificada por razones de protección de la salud y vida de las personas, que exige, en particular, que los medicamentos se vendan a precios razonables. (STJUE de 19 de octubre de 2016, asunto C-148/15).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL -GUÍA-

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): inadmisión del recurso de suplicación basada en una interpretación de la ley procesal que reduce las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales (STC 257/2000). Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la que se alega, además, vulneración de derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la garantía de indemnidad y a la libertad sindical. Modalidad procesal adecuada. Procedencia del recurso de suplicación (art. 138.6 en relación con el art. 184 LRJS).

Aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que (configuración legal) ha sido prevista la suplicación por la norma *en todo caso* contra sentencias dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas [art. 191.3 f) LRJS], no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental. Lo contrario supondría un resultado absurdo. En cuanto al derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, el canon de constitucionalidad que opera no coincide con un control de corrección jurídica en la interpretación de la norma, pues los derechos y garantías previstos en el artículo 24 de la CE (también el de acceso a los recursos) no garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, ya que no

.../...

.../...

existe un derecho al acierto judicial, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes. Así, la interpretación de los requisitos procesales y supuestos en que, conforme a la ley, proceden los recursos corresponde a los tribunales ordinarios, no debiendo el Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la vía de amparo más que cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, *intuitu personae* o incurriendo en error patente. No se trata, por tanto, de interpretar las normas procesales en juego, sino de ver si la interpretación dada en el caso es compatible con el derecho fundamental. No hay que olvidar que, en definitiva, y con excepción del derecho a la revisión en materia penal, el derecho a los recursos tiene su fuente en la configuración legal, sin que exista un imperativo o mandato constitucional de una segunda instancia; tampoco –y este es un dato relevante– cuando en el objeto del litigio tenga protagonismo central la posible vulneración de derechos fundamentales. (STC de 19 de septiembre de 2016, núm. 149/2016).

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Cambio en la remuneración de dietas sin seguir el procedimiento legal de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El carácter extrasalarial de la dieta no excluye la aplicación del artículo 41 del ET cuando se introduzcan cambios importantes, ya que la lista recogida en dicho artículo es ejemplificativa y no exhaustiva, de suerte que no incorpora todas las modificaciones que pueden ser sustanciales ni atribuye el carácter de sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas. Que se perciban cuantías superiores a las del convenio no excluye el carácter sustancial de la modificación. La total preterición del procedimiento del artículo 41 del ET comporta la nulidad de los cambios introducidos. (STS, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2016, rec. núm. 246/2015).

Profesores de religión católica. Falta de llamamiento sin motivar para prestar servicios un nuevo curso (2012-2013) de quien fue objeto de un despido nulo por violación de derechos fundamentales tras once años pleiteando.

Teniendo en cuenta que los efectos de la nulidad del despido del que había sido objeto la actora se producían *ex tunc*, desde el día del despido anulado, resultaba de aplicación la disposición adicional única del Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, que establece que los profesores de religión no pertenecientes a los cuerpos de funcionarios docentes que a la entrada en vigor del presente real decreto estuviesen contratados pasarán automáticamente a tener una relación laboral por tiempo indefinido. La existencia del procedimiento anterior durante once años, proceso en el que se consideraron vulnerados derechos como el de igualdad y no discriminación, libertad religiosa, intimidad y otros, constituía un indicio suficiente de la continuidad en la violación de los derechos fundamentales, máxime cuando el nuevo despido se produjo, prácticamente, sin solución de continuidad, lo que constituía, igualmente, un síntoma de una represalia contraria al principio de tutela judicial efectiva. Por ello, la falta de llamamiento para el curso escolar 2012-2013 es constitutiva de un despido nulo por violación de derechos fundamentales. (STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2016, rec. núm. 1278/2015).

Extinción de la relación laboral por incumplimiento del empresario. Impago de salarios [art. 50.1 b) ET]. Demanda presentada con anterioridad a la declaración de concurso. Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil acordando la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa, entre los que se encontraban los actores, sin que haya recaído resolución del Juzgado de lo Social sobre la extinción de los contratos solicitada.

No procede que el juez de lo social dicte auto acordando la suspensión de la tramitación del proceso y el archivo provisional del mismo hasta que sea firme el auto del juzgado de lo mercantil, ya que los juicios declarativos en que el deudor

.../...

.../...

sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. No hay que olvidar que el artículo 64.10 de la Ley Concursal prevé la suspensión de los procesos individuales en los que se ejerciten acciones resolutorias del contrato, al amparo del artículo 50.1 b) del ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia de la empresa, únicamente cuando dichos procesos sean posteriores a la solicitud del concurso. (STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2016, rec. núm. 3792/2014).

Despido por causas objetivas. Puesta a disposición de la indemnización. Error excusable. Trabajador que además de la remuneración fija, cada mes de marzo viene percibiendo un bonus por objetivos correspondiente al año anterior.

Que exista relativa distancia entre el periodo de devengo (de enero a diciembre) y el momento de abono (marzo del año siguiente) comporta cierta complejidad a la hora de determinar qué retribución variable es la que ha de tomarse en cuenta: la devengada el año antepenúltimo y que se abonó en el anterior o la del ejercicio previo que no llegó a nacer debido a pérdidas de la empresa. En el supuesto analizado, es comprensible la posición empresarial de no integrar en el salario/día a efectos de indemnización lo abonado como bonus en 2012 y que se había devengado durante 2011, ya que cuando comunica la empresa el despido al trabajador han transcurrido 24 días del año 2013, evalúa la situación económica del ejercicio anterior y prevé que durante el mismo no habrá abono de incentivos. En suma: no está excluyendo el bonus del cálculo de la indemnización sino aplicando el importe cero que atribuye al mismo. No hay que olvidar la complejidad jurídica derivada del modo en que se devenga y abona el incentivo; en especial, por el momento en que se lleva a cabo el despido: ya vencida holgadamente la anualidad de devengo, pero sin que llegue todavía el momento del pago; también por la diferente marcha económica de la empresa durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores al despido (los de 2011 y 2012). El error excusable no deja sin efecto la obligación empresarial de pagar la indemnización en la cuantía correcta. Debe tenerse en cuenta el importe del bonus abonado en marzo de 2012 en el monto del salario/día a efectos indemnizatorios. (STS, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2016, rec. núm. 2990/2014).

Impugnación de convenio colectivo de empresa publicado en el boletín oficial de una comunidad autónoma, cuando aquella desarrolla su actividad y presta servicios en otras zonas del territorio nacional.

No puede calificarse de convenio de empresa, sino de ámbito inferior a la misma. Por esta razón, carece de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 del ET, lo que implica que deba analizarse el eventual conflicto de concurrencia con el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal. El resultado del análisis concluirá la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico aquellos preceptos del convenio impugnado que resulten incompatibles con la regulación de ámbito superior. (STS, Sala de lo Social, de 22 de septiembre de 2016, rec. núm. 248/2015).

RETA. Porcentaje de limitación que determina el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial (IPP).

Teniendo en cuenta que la norma legal habilitante (disposición adicional trigésima cuarta LGSS) remite a las condiciones que reglamentariamente se establezcan respecto al derecho a percibir prestaciones derivadas de contingencias profesionales por parte de las personas integradas en el RETA, la delimitación del concepto de IPP que el Real Decreto 1273/2003 lleva a cabo encuentra cobertura en esa previsión y debe reputarse válida, puesto que determina cuáles son los requisitos para acceder a ella. De esta forma, para acceder a la IPP por contingencia profesional en el RETA se requiere una disminución del rendimiento normal no inferior al 50 %, conforme al artículo 4.2 del Real Decreto 1273/2003, que prevalece sobre la exigida por el artículo 137.3 de la LGSS (no inferior al 33 %). No hay que olvidar que quienes vienen integrados en el RETA no están protegidos en caso de IPP derivada de contingencia común, por lo que la previsión del Real Decreto 1273/2003 posee el carácter de mejora o ampliación que aleja la sospecha de regla *ultra vires* o restrictiva. (STS, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 2367/2015).

Ejecución de sentencias de despido. Solicitud efectuada dos años después del cese. Despacho de la correspondiente ejecución por auto que es recurrido en reposición por el Fogasa, recurso que es estimado, declarándose prescrita la acción ejecutiva mediante auto.

El auto que aprecia prescripción de la acción ejecutiva y niega el despacho de la ejecución es recurrible en suplicación, habida cuenta de que la ejecución en cuestión procede de un proceso de despido cuya sentencia es recurrible en suplicación. Cuestión de competencia apreciable de oficio ante la inexistencia de la contradicción invocada. (STS, Sala de lo Social, de 22 de septiembre de 2016, rec. núm. 1119/2015).

Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo. Reclamación al Fogasa del pago de intereses legales por demora en el cumplimiento de la obligación, aceptada por silencio administrativo, de abono de cantidades en concepto de indemnización y salarios.

La jurisdicción laboral es competente para conocer de la cuestión, ya que la carga adicionalmente impuesta de la que hablamos solamente puede ser debatida ante la jurisdicción que deba conocer de la obligación principal. La accesoriadad de la obligación de pago de intereses, ya que no puede existir en ausencia de una obligación principal, determina que el régimen legal de la primera deba ser el de la segunda. La equiparación de la actuación del Fondo a cualquier otra de los órganos de la Administración pública causando un daño en el administrado que deba ser reparado como forma de funcionamiento anormal de los servicios públicos prescinde de que en tales supuestos la reparación no es accesoria de la prestación atendida, sino que surge de manera autónoma de la culpa en la que el sujeto responsable ha podido incurrir, de suerte que nos hallaríamos en presencia de tres elementos, la prestación que es en sí misma el cumplimiento de la obligación contraída, la actuación dañosa y la compensación que de esta deriva. Por el contrario, en el pago de intereses tan solo nos hallamos ante una obligación pecuniaria cuyo incumplimiento, por impuntual, lleva consigo la puesta en marcha de la accesoriadad, es decir, el pago de intereses. **Voto particular.** (STS, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2016, rec. núm. 3027/2015).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-**Despido disciplinario. Probado maltrato verbal, sexista y discriminatorio hacia compañeros. Código ético de la empresa que establece un procedimiento de audiencia previa al despido que es omitido.**

Aunque este tipo de normativas unilaterales (semejantes a las antiguas reglamentaciones de trabajo) no tienen valor normativo ni están vigentes, si la empresa en la carta de despido refiere la aplicación del código e integra su actuación en el mismo, como elemento referencial de imputación, procede examinar el procedimiento que en él se instaura. En el supuesto analizado, el incumplimiento formal por la empresa del código ético al no dar audiencia previa al trabajador antes de acordar su cese (con el fin de que pudiera explicar sus acciones), implica ir en contra del principio de vinculación de los actos propios, omisión que convierte en improcedente el despido. (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2016, rec. núm. 512/2016).

Extinción del contrato por causas objetivas. Ineptitud sobrevenida. Trabajador con enfermedad congénita que es declarado no apto en los reconocimientos médicos periódicos realizados por la empresa para las últimas funciones que viene desempeñando (operario de edificación) y que son distintas a las del puesto de trabajo para el que fue contratado originariamente (gruista).

Los tres mecanismos relacionados con el estado psicofísico permanente del trabajador (prestacional, preventivo y sustantivo laboral) no operan coordinadamente, pues la declaración de incapacidad permanente afecta a la categoría o profesión, mientras que la adaptación o cambio que prevé la normativa de prevención de riesgos laborales se refiere solo

.../...

.../...

al puesto y la movilidad funcional ordinaria o la extinción por ineptitud se refieren también al puesto y solo excepcionalmente (respecto a la movilidad) a la categoría. En el caso, la empresa, sin acreditar la causa que motiva el cambio de funciones, destina al trabajador a puesto para el que le declara no apto, ocasionándole un significativo y trascendental perjuicio, pues llega a provocar la extinción de su contrato de trabajo. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales modula la aplicación del artículo 52 a) del ET, y así, en una interpretación sistemática e integradora, se ha de entender que para el correcto ejercicio de la facultad resolutoria basada en ineptitud sobrevenida, la empresa ha de demostrar no solamente la concurrencia de la ineptitud con los requisitos requeridos, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador. Con independencia de que se le haya denegado al trabajador la prestación de incapacidad permanente, puesto que lo que se ventila en ella es la capacidad laboral de la categoría, no la del puesto, es necesario tomar en consideración los aspectos preventivo y sustantivo-laboral conjuntamente, pues no toda merma permite la extinción contractual, sino solo la que alcanza la relevancia suficiente, afectando al conjunto del trabajo y no solo a alguno de sus aspectos y sin que la declaración de no apto del Servicio de Prevención implique necesariamente la procedencia de la medida extintiva, debiendo poder valorarse qué tareas puede realizar y cuáles no, así como qué porcentaje de la jornada representan esas tareas para las que no resulta apto. (STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2016, rec. núm. 1309/2016).

Proceso laboral. Seguridad Social. Recargo de prestaciones. Nulidad de actuaciones por la falta de reclamación administrativa previa. Estimación.

Por mandato legal, para poder formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social es necesario que los interesados reclamen previamente ante la entidad gestora de las mismas, salvo en los supuestos de impugnación de altas médicas por superación del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal. La norma es de *ius cogens*, no siendo necesario para producir la nulidad de actuaciones, ante su omisión, el que tal hecho produzca indefensión, siendo un requisito procesal de obligado cumplimiento. La oposición llevada a cabo en vía administrativa o judicial tampoco libera de tal obligación, como requisito previo *sine qua non* procedimental, a tal tipo de demandas. **Voto particular.** (STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 16 de mayo de 2016, rec. núm. 843/2015).