



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de febrero de 2018)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

#### Los tribunales nacionales, en caso de fraude, pueden no tener en cuenta los certificados E101 y A1 de los trabajadores desplazados

Seguridad Social. Desplazamiento de trabajadores. Empresa del sector de la construcción que apenas contaba con personal propio y subcontractaba todas sus contrataciones a empresas búlgaras, que desplazaban trabajadores a Bélgica. Acreditación de la afiliación al Sistema de Seguridad Social búlgaro mediante los certificados E101 y A1. Solicitud motivada por las autoridades belgas de revisión de oficio o de retirada de los certificados controvertidos a la institución búlgara competente, en el marco de una investigación judicial, ante la constatación de que las empresas búlgaras no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria.

El principio de cooperación leal exige que la institución expedidora proceda a una apreciación correcta de los hechos pertinentes y garantice la exactitud de las menciones que figuran en el certificado. Dicho certificado establece una presunción de conformidad a Derecho y, en principio, es vinculante para la institución competente del Estado miembro de acogida, dando lugar a que se entienda que el trabajador desplazado ya está sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado donde está establecida la empresa que lo emplea y, por consiguiente, la institución de ese Estado no puede someter al trabajador en cuestión a su propio régimen de Seguridad Social. La institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado debe proceder a un examen diligente de la aplicación de su propio régimen de Seguridad Social. Sin embargo, estas consideraciones no deben llevar a que los justiciables puedan alegar fraudulenta o abusivamente las normas de la Unión Europea. Esto constituye un principio general del Derecho de la Unión Europea. De este modo, si la institución que expide el certificado se abstiene de llevar a cabo la revisión de oficio en un plazo razonable, los elementos que constituyen el fraude deben poder invocarse en un procedimiento judicial destinado a que el juez del Estado miembro de acogida no tenga en cuenta los certificados siempre que se respeten las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo. También le incumbe al juez nacional determinar si las personas sospechosas de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta pueden incurrir en responsabilidad sobre la base del Derecho nacional aplicable.

(STJUE de 6 de febrero de 2018, asunto C-359/16)

## TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

### Matrimonio gitano. Para generar pensión de viudedad es preciso cumplir el requisito de inscripción en el registro de parejas de hecho

**Pensión de viudedad. Pareja unida por el rito gitano con convivencia ininterrumpida de 40 años, 5 hijos en común y con libro de familia en el que ambos progenitores constan como solteros.**

No es aplicable al caso la doctrina del Tribunal de Estrasburgo recogida en la Sentencia de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz), ya que no se reclama de buena fe la comprensible confianza en los plenos efectos del matrimonio gitano, sino que lo que se pretende es equiparar la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de pareja de hecho. Hay que tener en cuenta que el requisito de inscripción o documentación pública de la pareja de hecho es de naturaleza constitutiva y si el legislador limitó la virtualidad constitutiva a tales medios, la respetabilidad atribuible a la unión por el rito gitano no justifica hacer una equiparación que la ley –siquiera de forma implícita– no consiente respecto de ningún medio probatorio. Claramente, la regulación contenida en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica, no consagrando el principio de igualdad un derecho subjetivo al trato normativo desigual. Admitir la solución pretendida en el presente caso comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas –tan respetables como las culturales– no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita y a los que –no infrecuentemente– se les ha negado la prestación de viudedad. En último término, no cabe olvidar las múltiples minorías étnicas y culturales existentes en nuestro país, cuya posible vulnerabilidad –similar a la del colectivo gitano, en mayor o menor grado– ciertamente puede obligar a alguna interpretación normativa tendente a su protección conforme a los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural (matrimonio, familia, comportamiento social...), so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de aquella –la ley–. Sala General. **Voto particular.** Partiendo del fuerte arraigo de sus tradiciones y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, cabe afirmar que a partir de la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura –y acreditada indubitadamente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante–, ninguna duda cabe de que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito. Por ello, exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, en un requisito innecesario y meramente formal en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada «ley gitana» les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza. En cualquier caso, la Sala siempre pudo haber abierto la reflexión sobre el alcance de la aplicación de la Directiva europea 2000/43/CE y haber acordado la suspensión de las actuaciones para plantear cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el sentido de determinar si la exigencia del precepto legal ocasiona una desventaja no justificada para los ciudadanos de etnia gitana que cumplen con los ritos matrimoniales propios de su cultura.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2018, rec. núm. 2401/2016).

## AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

### Permiso por matrimonio. En ausencia de regulación convencional no puede extenderse a los nuevos modelos de convivencia familiar

Permiso por matrimonio. Convenio colectivo que no hace extensivo dicho permiso a los/as trabajadores/as que constituyan parejas de hecho o a los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género distintos al de las uniones matrimoniales.

La diferencia de trato legislativo entre las personas unidas en matrimonio y quienes conviven maritalmente de hecho, sin que nada les impida contraer matrimonio, es compatible con el principio de igualdad, y ello porque se trata de realidades no equivalentes. Aunque determinadas leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho dispongan que nadie podrá ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga este su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión afectiva y sexual de dos personas, sean del mismo o distinto sexo, las partes negociadoras del convenio, sin ignorar las citadas leyes y directrices, pueden expresar su voluntad de manera consensuada, sin que resulte discriminatorio ni vulnerador del principio de igualdad de trato, contemplando exclusivamente un permiso retribuido para quienes perteneciendo a la plantilla de la empresa contraigan matrimonio.

(SAN, Sala de lo Social, de 8 de enero de 2018, núm. 2/2018)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### La previsión del Convenio Colectivo Estatal de Hostelería que limita la subrogación de la contratista entrante en casos de parentesco vulnera el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET)

Sucesión de empresa. Sucesión de contratistas. Subrogación convencional. Acuerdo laboral estatal de hostelería. Nulidad de la cláusula. Servicio de bar/cafetería en una residencia militar. Negativa de la empresa contratista entrante a asumir a una trabajadora alegando la excepción prevista expresamente en el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería (ex art. 61.2), que prevé la imposibilidad de subrogación, entre otros, de los trabajadores fijos o fijos discontinuos que tengan una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con cualquiera de los titulares de la contratista saliente. Despido objetivo llevado a cabo posteriormente por esta última contratista ante la negativa de la entrante a hacerse cargo de la trabajadora.

El convenio colectivo estatal en materia de hostelería vulnera el artículo 44 del ET, que no establece ningún tipo de limitación en los casos de sucesión de empresa, como el que aquí nos ocupa, de tal manera que no habiéndose alegado y menos constando ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 55.5 del ET, debe declararse el despido improcedente. La decisión de la empresa cesionaria de no subrogarse en el contrato de trabajo es contraria a derecho, en base al principio de jerarquía normativa, al tratarse de un acuerdo o convenio contrario a la ley. Del despido improcedente ha de responder la empresa que ha continuado la actividad, que es la que se negó a subrogarse en la relación laboral, siendo ineficaz el despido objetivo acordado, pues ya se había producido el efectuado por la empresa sucesora con su negativa.

(STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2017, rec. núm. 39/2017)

## No se puede despedir por competencia desleal basada en concurrencia de la actividad externa del trabajador con la de otra empresa del grupo si este es mercantil

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe y abuso de confianza. Despido por competencia desleal basada en concurrencia de la actividad externa del trabajador con la actividad de otra empresa del grupo, pero sin existir concurrencia con la actividad concreta de su propia empleadora.

Aunque la actividad de *catering* imputada al trabajador sí es realizada por otra empresa del grupo dentro de la cual está englobada su empleadora, el deber de lealtad de esta no puede llegar hasta el límite de imponerle al actor limitaciones a la actividad externa que este desarrolla sobre la base de que esa actividad no es acorde con los intereses de otra empresa del grupo a la que aquella pertenece. Dado que el grupo de empresas no lo es a efectos laborales, sino únicamente con carácter mercantil, la mera pertenencia a ese grupo no permitiría extender la responsabilidad que pudiera corresponder a la empleadora por deudas laborales de su trabajador al resto de empresas del grupo. Si estas se encuentran exentas de responsabilidad frente a él, también él lo está frente a ellas, sin tener que ver condicionada su actividad privada en función de los intereses de una empresa que no son los de su empleadora, por lo que el despido es improcedente.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2017, rec. núm. 644/2017)

## Despido procedente: la solicitud de una reducción de jornada por guarda legal de una hija recién nacida no convalida la retractación de un acuerdo de desplazamiento previo

Extinción de la relación laboral. Transgresión de buena fe. Trabajador que es despedido tras retractarse de su decisión de no realizar el desplazamiento internacional temporal al que se había comprometido, solicitando una reducción de jornada por guarda legal en los días posteriores a la aceptación. Despido procedente.

La propuesta de traslado fue inicialmente aceptada por el trabajador, lo que motivó la adopción de determinadas decisiones y asunción de gastos por parte de la empleadora, de forma que la sobrevenida retractación del trabajador días antes del viaje dejó sin margen de maniobra a la empresa, lo que minó la confianza de la misma, siendo esto incompatible con el mantenimiento de la relación laboral.

(STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala de lo Social, de 7 de junio de 2017, rec. núm. 2217/2016)

## Interinidad por vacante. Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza. No procede indemnización si se suscribe, sin solución de continuidad, un nuevo contrato con la Administración

Extinción del contrato con la Administración. Contrato de interinidad por vacante. Extinción del contrato de la trabajadora por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba, siendo considerada la relación como indefinida no fija al superarse el límite temporal máximo de tres años, con suscripción al día siguiente de nuevo contrato de interinidad por distinta vacante.

Partiendo de la doctrina de la [Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14](#), si bien correspondería a la actora una indemnización por haberse extinguido la relación laboral con la Administración, dado que este tipo de indemnización es consecuencia inherente a la finalización del contrato temporal, entendiéndola como

.../...

.../...

pérdida de un puesto de trabajo, en el caso de la actora esta pérdida no ha tenido lugar, ya que la relación laboral se mantiene, aunque lo sea ahora para la cobertura de otra vacante, por lo que no procede al pago de una indemnización. Si bien un trabajador temporal ha de tener iguales condiciones que un trabajador indefinido, no puede reconocérsele una ventaja superior a la de este, porque ello iría en contra de la finalidad de la Directiva 1999/70/CE, que es la de equiparar pero no la de primar a los trabajadores temporales.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2017, rec. núm. 426/2017)

## El nombramiento de un funcionario en comisión de servicios no es causa reglamentariamente establecida para la extinción del contrato de interinidad

**Extinción del contrato con la Administración. Interinidad por vacante. Extinción del contrato de interinidad de la actora al llegar la jubilación definitiva del trabajador sustituido y cubrirse el puesto mediante comisión de servicios de otra funcionaria.**

Si la terminación del contrato depende de que la plaza vacante para la que fue contratado el interino se cubra de manera definitiva mediante el correspondiente proceso de selección o promoción, es indudable que la Administración no procedió con criterios objetivos al tratar de cubrir la referida vacante sin haberla incluido en la convocatoria del proceso selectivo convocado al efecto, por lo que es completamente lógico que no quepa aceptar que el interino deba cesar por la conclusión de un proceso de selección en el que no se ha incluido su especialidad ni su plaza y en el que ni siquiera pudo participar. La cobertura de la plaza con carácter provisional por un procedimiento ajeno al proceso selectivo convocado que, sin embargo, se aprovecha con la finalidad de dar por concluido el contrato de interinidad no puede admitirse como equivalente a la cobertura definitiva de la plaza por los procedimientos reglamentarios, lo que supone que la plaza como tal, aunque cubierta de manera efectiva, sigue estando vacante y, en consecuencia, la trabajadora ha sido ilegalmente cesada, constituyendo un despido improcedente.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2017, rec. núm. 500/2017)

## Accidente *in itinere*. Es laboral el accidente de circulación que se produce camino del centro de trabajo tras visitar a un familiar en el hospital

**Accidente *in itinere*. Accidente de circulación que se produce cuando la trabajadora se dirigía al trabajo no desde su domicilio habitual, sino procedente del hospital, donde se encontraba acompañando a un familiar.**

La doctrina mayoritaria considera que lo esencial no es salir del domicilio o volver a él, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, sino que lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo, debiendo ponerse el acento en la inexcusable finalidad laboral del desplazamiento realizado por el trabajador. Dado que el accidente se produjo en un horario apropiado, teniendo en cuenta la hora de inicio de la jornada (las 22 horas) y luego de cumplir la trabajadora con el imperativo moral de ingresar en urgencias a su abuela, se entiende que concurren los requisitos teleológico, topográfico y mecánico, siendo lo relevante que la trabajadora se dirigía a su puesto de trabajo.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2017, rec. núm. 596/2017)

## A pesar del INSS, la pensión de viudedad acrece la de orfandad cuando el excónyuge supérstite ha sido condenado por un delito de maltrato no habitual

**Pensión de orfandad. Incremento de su cuantía. Violencia de género.**

El delito de maltrato no habitual en el ámbito familiar, ex artículo 153 del Código Penal, debe estar comprendido entre aquellos susceptibles de producir en su autor una restricción de los derechos que pudieran corresponderle en materia de pensión de viudedad y, consiguientemente, el incremento de la cantidad correspondiente a la pensión de orfandad que pudiera atribuirse al huérfano o a los huérfanos con derecho al percibo de la misma. El incremento de la pensión de orfandad no es sino una renta social sustitutoria de la prestación que falta en la unidad familiar, en este caso la pensión de viudedad, prevista para cubrir las necesidades del menor, y debe reconocerse en interés de una de las partes especialmente protegida a través de la Ley Orgánica de Violencia de Género. Su modo de cálculo es significativamente idéntico al de la pensión de viudedad, compensando al huérfano o huérfanos en tal situación familiar con una prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir el cónyuge supérstite. El hecho de que la redacción literal del precepto se refiera a un «delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones» no puede llevar a interpretar que deban entenderse incluidas en las previsiones del precepto todas las formas dolosas de homicidio y no las de lesiones. La norma no solo tiene como finalidad impedir el percibo de una prestación por parte de aquel que maltrató al causante de la misma, sino también persigue proteger a una víctima indirecta de la violencia de género, como es el hijo o la hija huérfanos.

(STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2017, rec. núm. 25/2017)

## Acceso a la jubilación anticipada de los trabajadores del Sistema Especial Agrario: interpretación extensiva de la cotización exigida

**Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. Jubilación anticipada. Denegación por la entidad gestora al interpretar que es exigible haber cotizado al menos seis años en el sistema especial sin tener en cuenta, a estos efectos de periodo de carencia cualificada, las cotizaciones anteriores.**

Dado que la idea de integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena era la de asimilar la protección y las normas de cotización entre tales trabajadores con los del régimen general, introduciéndose una equiparación de las cotizaciones anteriores al nuevo sistema especial, no parece admisible pretender que la norma deja un vacío temporal sin derecho a la jubilación anticipada hasta que hubiera transcurrido un tiempo desde la implantación del nuevo sistema que hiciera posible cumplir la exigencia de seis años, por lo que procede estimar la solicitud de jubilación anticipada del actor, al cumplirse el resto de requisitos.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 23 de octubre de 2017, rec. núm. 892/2017)