

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de septiembre de 2017)

- **Tribunales Superiores de Justicia**

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Elección de un mismo periodo de vacaciones por dos trabajadores: si organizativamente no cabe, la empresa decide

Vacaciones. Modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo (MSCT) relativa a la concesión de vacaciones y permisos. Elección del periodo quincenal de vacaciones en caso de solicitud coincidente por dos trabajadores cuando organizativamente no cabe la superposición.

Ante la inexistencia de una regulación convencional que determine unas reglas de solución de conflicto, la comunicación a la plantilla de una circular que fija criterios organizativos para cuando exista coincidencia en el periodo solicitado de vacaciones, con el fin de conseguir la máxima igualdad entre sus empleados, es ajustada a derecho. Por tanto, el otorgamiento de preferencia en la solicitud de los periodos de disfrute de vacaciones a la mitad de la plantilla un año y, al resto, al siguiente, no es una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino legítima organización empresarial, fundada en razones organizativas, cuando así suceda. Es decir, si tal coincidencia no existe, los trabajadores podrán disfrutar los días solicitados sin limitación. **Efecto positivo de la cosa juzgada material de una sentencia firme: apreciación de oficio.** Lo decidido por una sentencia firme de un juzgado de lo Social en materia de vacaciones actúa, en el caso analizado, como condicionante del procedimiento actual (MSCT), desde el mismo momento en que las partes son las mismas, el objeto del pleito es también en parte el mismo (la posibilidad de elección del periodo quincenal de vacaciones coincidente con otro empleado) y las razones esgrimidas en ambos procedimientos también son coincidentes.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2016, rec. núm. 701/2016)

Licencias retribuidas para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. No puede hacerse uso de este permiso para acompañar a un hijo a consulta médica

Permisos retribuidos. Cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

No puede pedirse una licencia de este tipo para acompañar a un hijo a consulta médica, ya que la obligación de velar por los hijos y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad recogido en el artículo 110 del Código Civil constituyen una obligación de naturaleza privada y no pública y no se trata de un deber personal, al ser sustituible por delegación. En cualquier caso, la asistencia a la consulta médica puede hacerse por el padre y no necesariamente por la madre, al ser compartidas las atribuciones de la patria potestad. Por ello, debe ser en el ámbito de la empresa donde se regule, en el marco de un plan de igualdad para conciliar la vida laboral y familiar, un régimen de permisos no retribuidos para que el padre o la madre puedan atender a situaciones que exijan su presencia. No existe, por tanto, cobertura legal para esas faltas al trabajo, porque no constituye legalmente un deber público aquella atención a los hijos. En cambio, sí se incluirían dentro del supuesto controvertido las siguientes situaciones: el ejercicio del sufragio activo, la participación en una mesa electoral (como presidente, vocal, interventor o apoderado), la intervención como miembro de un jurado, la intervención como testigo en un juicio, la asistencia a juicio como demandante o el desempeño de un cargo político para el que se haya sido elegido, designado o nombrado.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2017, rec. núm. 1094/2017)

Días de libre disposición. No se puede disfrutar o compensar los no utilizados desde la fecha del despido declarado nulo hasta la readmisión del trabajador

Días de libre disposición establecidos en convenio colectivo. Derecho al disfrute o compensación de los no utilizados desde la fecha del despido declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales hasta la readmisión del trabajador.

La declaración de nulidad del despido recogida en el artículo 55.6 del ET prevé la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios *ex lege*, dada la evidencia empírica del perjuicio que supone la pérdida injustificada del sustento salarial. *En cambio, los días de libre disposición no se integran en el acervo contractual con la misma trascendencia y profundidad que el salario, de modo que aquellos deban ser restituidos* –con la consecuencia del disfrute añadido a los que pudieren corresponder en la actualidad– para compensar su falta de disfrute en el periodo en que se estuvo bajo los efectos del despido. A diferencia del salario y las vacaciones anuales, que gozan de protección reforzada al constituirse como mínimos de derecho necesario, los días de libre disposición no la tienen, pues no se prevé expresamente en la relación de permisos y licencias recogidos en el artículo 37 del ET, cabiendo en todo caso el reconocimiento en vía convencional. Por ello, su privación como consecuencia de un despido no determina *per se* la restitución de los días no disfrutados, a menos que en el convenio aplicable haya una previsión específica al respecto o pueda acreditarse la existencia de unos daños y perjuicios efectivos. En el supuesto analizado, ni está previsto en el convenio ni la actora ha acreditado haber sufrido perjuicios por su falta de disfrute, en la medida en que ha podido atender las necesidades o satisfacciones que, de haber existido prestación de servicios efectiva, le hubieran llevado a solicitar los días de permiso. El derecho que se reclama, como derecho al descanso, es un derecho recíproco al trabajo previo. Compensa una actividad laboral que aquí no ha existido y no es, desde luego, índice de insuficiencia indemnizatoria de la infracción de derechos fundamentales, en cuanto que la empresa demandada ha abonado más de dos años de salarios a la trabajadora con la correspondiente cotización, sin recibir contraprestación laboral de esta.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2016, rec. núm. 374/2016)

Permiso retribuido por hospitalización de familiares. Las recaídas no generan un nuevo derecho

Licencia retribuida por hospitalización de familiares (suegra).

Se agota con su disfrute, por lo que si el familiar vuelve a ingresar en el hospital al mes siguiente como consecuencia de una recaída derivada de la intervención a la que fue sometido, no puede hacerse de nuevo uso de idéntico permiso. No cabe la solicitud de un número indeterminado de permisos para acompañar al mismo familiar por la misma enfermedad. Agotado el permiso, se puede acudir a los días de libre disposición en los términos establecidos en el convenio colectivo de aplicación.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2016, rec. núm. 554/2016)

Los WhatsApp valen como prueba de una dimisión tácita

Dimisión tácita. Trabajadora que tras serle denegada la invalidez reclamada se niega a reincorporarse a su puesto de trabajo, alegando por WhatsApp que no está en condiciones de desempeñar actividad laboral alguna.

La dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito, si bien en tal caso la manifestación se ha de hacer por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención o alcance. En concreto, las conductas de abandono

.../...

.../...

de trabajo pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado extintivo, dependiendo de la inclinación por una u otra calificación del contexto, de la continuidad de la ausencia, de las motivaciones e impulsos que le animan y de otras circunstancias. En el supuesto analizado, las expresiones vertidas por la trabajadora a su jefa de área utilizando como cauce de comunicación la aplicación de mensajería WhatsApp, indicando textualmente «no me puedo incorporar», «haced lo que tengáis que hacer», «estoy en trámite con abogados» o «lo llevaré por la vía judicial», son lo suficientemente ilustrativas de no querer seguir en su actividad laboral, máxime cuando hizo caso omiso de todos los burofaxes remitidos por la empleadora instando su reincorporación con la advertencia de que causaría baja en la empresa, a los que no contestó, sin aportar siquiera justificación alguna de la imposibilidad de reingreso a la que estaba obligada.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2017, rec. núm. 273/2017)

Los trabajadores de ETT también tienen derecho a prestación por paternidad en periodo coincidente con vacaciones devengadas y no disfrutadas

Extinción de contrato de obra firmado con una empresa de trabajo temporal (ETT). Solicitud de prestación de paternidad por nacimiento de hijo en periodo correspondiente a vacaciones devengadas y no disfrutadas.

No puede negarse el derecho al trabajador alegándose una supuesta falta de alta o alta asimilada porque en el ámbito de la contratación de las ETT la remuneración y cotización lo sea por todas las retribuciones, incluyendo la parte proporcional correspondiente a las vacaciones. Que la cotización mensual incorpore la parte proporcional de las vacaciones que se van generando, aunque no se disfruten posteriormente, y que por ello no exista una liquidación complementaria de las que permita afirmar la situación de asimilación a la del alta con cotización que impera en el artículo 125.1 de la LGSS, no significa que en términos comparables deba darse un trato peyorativo a la contratación temporal interpuesta en relación con cualquier otra contratación, ya sea temporal, ordinaria o indefinida, cuando no existen razones objetivas o subjetivas que permitan justificar esa diferenciación no plausible.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2017, rec. núm. 367/2017)

Indemnización por IPT establecida como mejora voluntaria. No tiene derecho a percibirla quien se encuentra en excedencia en la fecha del hecho causante aunque se reincorpore antes de que le sea reconocida la IPT

Mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Indemnización por incapacidad permanente total (IPT) derivada de enfermedad común.

No tiene derecho a percibirla el trabajador que en la fecha del hecho causante está en situación de excedencia voluntaria, momento en que no le resulta aplicable el convenio colectivo de la empresa que contempla la mejora reclamada, resultando indiferente que antes de que se dictase la sentencia reconociéndole afecto de la IPT se hubiese reincorporado a su puesto de trabajo o que con base en dicha resolución judicial la demandada diera por extinguido su contrato. A la hora de determinar la responsabilidad en el pago de una mejora voluntaria derivada de una incapacidad permanente por enfermedad común, ha de estarse a la fecha del hecho causante de la prestación, que viene fijada con carácter general por la fecha del dictamen del EVI, salvo los casos en que las lesiones residuales padecidas por el beneficiario quedaran fijadas de manera definitiva, irreversible o invalidante con anterioridad.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 2228/2016)

La no reclamación de la pensión compensatoria no supone su extinción ni priva del acceso a la pensión de viudedad

Pensión de viudedad. Pensión compensatoria fijada en el convenio regulador que nunca se llegó a percibir ni fue pactada la fórmula de actualización de la misma.

La norma exige que la persona divorciada o separada sea acreedora de la pensión compensatoria, no que sea perceptora, ya que en muchos supuestos los acreedores de dicha pensión no son perceptores de la misma, como ocurre en los casos de insolvencia del cónyuge o cuando este se encuentra en paradero desconocido. El no haber reclamado el abono de la pensión compensatoria no supone la renuncia a la misma, sin que a esta pasividad pueda dársele otro alcance que el de la prescripción de los sucesivos periodos de pensión. No cabe entender que la acción ejecutiva para reclamar la pensión compensatoria correspondiente al periodo no prescrito esté caducada por no haberse interpuesto la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia de separación, ya que al tratarse de una pensión de carácter periódico, el plazo de caducidad ha de computarse a partir del devengo de cada mensualidad. Respecto a la actualización de la pensión de viudedad, al no haberse pactado una fórmula concreta en el convenio regulador, dada la equivalencia entre ambas pensiones, habrá de efectuarse ope legis conforme a las previsiones del IPC.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 4 de mayo de 2017, rec. núm. 195/2017)

Protección por cese de actividad de trabajadores autónomos. La situación de incapacidad temporal (IT) previa no cubre las supuestas pérdidas generadas por el negocio

Trabajadores autónomos. Consideración que debe tener la situación de IT previa al reconocimiento de la prestación por cese de actividad.

El subsidio no es un ingreso computable fiscalmente como renta de actividades económicas ya que, por definición, la prestación de IT es una renta sustitutiva del ejercicio de la actividad económica. Es precisamente en razón de que «no se puede desarrollar» la actividad económica que el ente gestor reconoce el subsidio, mientras que lo que la ley exige es que las pérdidas se generen con ocasión «del desarrollo de la actividad», nexo causal que no cabe extender al subsidio cuestionado; es más, durante la percepción del subsidio, es la propia normativa de la Seguridad Social la que exige el cese de la actividad, salvo que se declare que otra persona se queda a cargo del establecimiento, no estando prevista, en tal caso, la fijación de un paréntesis en el cómputo del tiempo que se haya de tomar en consideración para evaluar la marcha del negocio. En ausencia de precepto que precise la forma en que se ha de proceder para computar las pérdidas ocasionadas por la explotación del negocio, se ha de acudir para cubrir la laguna o vacío legal a la legislación fiscal y contable. Sin embargo, no puede extraerse del Plan General de Contabilidad de Pymes normas específicas para las personas físicas en las que se especifique qué ingresos y gastos deben incluirse, como vinculados con su actividad económica, y cuáles deben quedar fuera, por tratarse de materias estrictamente personales. De igual forma, si atendemos a la normativa fiscal, es evidente que las prestaciones sociales de los trabajadores autónomos, como pueden ser una pensión de invalidez o de jubilación o el subsidio de IT, no se computan como ingresos de la actividad económica, sino como rendimientos del trabajo de carácter personal, no contabilizándose su importe a la hora de determinar la existencia de pérdidas o beneficios de la actividad. Por tanto, el autónomo no debe computar su subsidio de IT o cualquier otra prestación de Seguridad Social sustitutiva de las rentas del trabajo como ingresos para determinar si tiene beneficios o pérdidas.

(STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 30 de marzo de 2017, rec. núm. 429/2017)