



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de noviembre de 2017)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Es nula la cláusula contractual que anuda la terminación del contrato de obra a la reducción del volumen de la contrata

Extinción de la relación laboral. Contrato de obra o servicio. Inclusión de cláusula en la que se contempla su terminación por reducción del volumen de trabajo de la empresa cliente.

La condición o cláusula resolutoria que las partes han pactado carece de validez, puesto que viene a desplazar la regulación específicamente establecida para el supuesto de problemas organizativos, técnicos o productivos (principio de tipicidad prioritaria). La introducción en el contrato de esa causa resolutoria colisiona con el artículo 49 del ET y no supone sino la elusión del régimen jurídico propio del despido (objetivo o colectivo) por causas organizativas o productivas (formalidades, indemnización, cómputo a efectos de despido colectivo, causalidad, etc.). En el supuesto analizado, la empresa ha dado por terminada la vinculación con su trabajadora invocando la reducción del volumen de actividad, entendiendo que así lo permite la cláusula pactada al amparo del artículo 49.1 c) del ET. La nulidad de la cláusula convierte en ilegal la decisión, lo que se traduce en la existencia de un atípico despido improcedente. A la misma conclusión se accede si se piensa que concurre causa válida para la terminación del contrato por circunstancias objetivas cuando no se han cubierto sus exigencias formales (carta de despido, preaviso, puesta a disposición de la indemnización, traslado de la carta a la representación de los trabajadores).

(STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2017, rec. núm. 2954/2015)

Contratas y subcontratas. Reasunción por la Administración pública de un servicio externalizado. En la actividad de cocina y restauración sí existe sucesión de empresa

Contratas y subcontratas. Reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa. Reversión que implica que la actividad pase a desarrollarse directamente por el citado ministerio con su propio personal y con las instalaciones, equipos e instrumentos entregados a la contratista para la realización del encargo y devueltos tras su finalización.

El hecho de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la Administración que descentraliza y las entregue a la empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o el servicio encomendado no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE. En el supuesto analizado, estamos en presencia de una actividad externalizada, primero, y recuperada, después, que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacen

.../...

.../...

falta –son absolutamente imprescindibles– unas instalaciones que tengan un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales es imposible la realización del servicio encomendado. Los frigoríficos, congeladores, las cocinas, los hornos y los utensilios de una cocina industrial se revelan como elementos materiales de importancia capital para la realización de la actividad contratada, teniendo un valor que, en absoluto, puede considerarse ni desdeñable ni marginal en la actividad de que se trata. Junto al elemento subjetivo –resulta evidente que se ha producido un **cambio en la titularidad de la utilización de los medios de producción** afectos al servicio contratado–, resulta palmaria la concurrencia del elemento objetivo, pues ha existido en la operación de reversión del servicio contratado la entrega de los elementos patrimoniales que resultan inevitables para la continuidad de la actividad, lo que revela la transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada actividad económica que mantiene su identidad tras la reasunción del servicio por parte del Ministerio de Defensa. No hay duda, por tanto, de la existencia de un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Conjunción de elementos que determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 del ET. Por tanto, que el Ministerio de Defensa no se haya hecho cargo de los trabajadores adscritos a la contrata, implica que estemos en presencia de un despido improcedente. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2017, rec. núm. 2612/2016)

Indemnización por daño moral ligada a la lesión de un derecho fundamental. No es necesario acreditar los perjuicios concretos

Despido nulo. Cese de trabajador que se adopta como represalia por haber testificado en contra de la empresa en pleito de conflicto colectivo. Solicitud de indemnización por daño moral (de manera poco detallada en la demanda) anudada a la lesión de un derecho fundamental. Procedencia.

La exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. En el momento en que la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Concretada en el supuesto objeto de controversia la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño puede determinarse prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, debiendo ser esta fijada de manera suficiente para resarcir a la víctima y para restablecerla, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. En este punto, la valoración realizada por el órgano de instancia posee especial cualificación, siendo admisible la aplicación analógica de los baremos sancionadores contenidos en la LISOS, graduando los hechos ilícitos en función de todas las circunstancias concurrentes. En cualquier caso, el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, etc.). Aquí se parte de que ha existido vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2017, rec. núm. 2497/2015)

El artículo 110.4 de la LRJS no es de aplicación a los despidos objetivos

Despido objetivo. Declaración de improcedencia por no acreditarse la falta de liquidez que justificaría no poner a disposición del trabajador la indemnización legal. Opción empresarial por la readmisión. Nuevo despido efectuado transcurrido el plazo de 7 días recogido en el artículo 110.4 de la LRJS.

Desde el punto y hora en que el defecto de forma es el causante del pronunciamiento judicial de improcedencia y de que en cuanto tal obsta –debería obstar, cuando menos– el examen de la cuestión de fondo y que en todo caso ha de dejarla imprejuzgada en el fallo, esta ausencia del efecto de cosa juzgada sobre la existencia de la causa legitimadora de la extinción contractual acordada por fuerza lleva a entender que la previsión temporal –los siete días– del artículo 110.4 de la LJS no puede significar la prohibición de despedir por las mismas causas una vez transcurrido dicho periodo. Así las cosas, excluida la producción de cosa juzgada por el hecho de que el nuevo despido se realice más allá de los siete días fijados por la norma, no parece ofrecer duda alguna la inoperancia del precepto en el ámbito de las extinciones por causas objetivas. Básicamente por dos razones: en primer término, porque en tales extinciones no opera el mecanismo de la prescripción (trasfondo causal de la norma), siendo así que mientras persista la causa legal justificativa es viable la adopción de la medida extintiva y no opera decadencia de derecho alguna; y en segundo lugar, el periodo de tiempo que media entre el primer despido y el segundo inevitablemente ha de ser significativo –es de lamentar, pero los procesos por despido tienen duración superior a la deseable–, con lo que muy probablemente se hayan producido variaciones en la situación de la empresa que puedan incidir en la existencia de la causa económica alegada y que por expresa prescripción legal –art. 53.1 a) ET– han de tener cumplida indicación en la nueva carta de despido.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2017, rec. núm. 1507/2015)

Posibilidad de nombramiento por las secciones sindicales de delegado sindical cuando la empresa tenga más de 150 trabajadores: requisitos

Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad (art. 63). Mejora de la regulación establecida en la LOLS al prever la posibilidad de nombramiento de delegado sindical cuando la empresa tenga más de 150 trabajadores.

El derecho del convenio se refiere a cada sección sindical, por lo que si el sindicato optó por constituir secciones sindicales de centro (también podía haberse organizado a nivel de empresa o agrupación de centros), cada sección así constituida tendrá derecho al delegado sindical siempre que en la empresa se supere el número de trabajadores previsto en el convenio y se cumplan las demás exigencias legales y convencionales (tener presencia en el comité de empresa y haber tenido el 10 % de los votos en las elecciones a comité de empresa). Del hecho de que el convenio establezca claramente que la escala de referencia respecto del número de trabajadores se refiere a la empresa en su conjunto, no puede deducirse que solo será posible acceder a la mejora que la norma convencional establece cuando la sección sindical que pretende el nombramiento del delegado sindical se hubiera constituido a nivel de empresa. Tal entendimiento llevaría al absurdo de que en el sector habría dos tipos de secciones sindicales con derechos diferentes: las que se hubieran constituido a nivel de empresa, que tendrían derecho al delegado sindical siempre que en la empresa hubiera 150 trabajadores, y las que se hubieran constituido en otro ámbito (centro o zona geográfica), que, a pesar de que en la empresa hubiera 150 trabajadores, solo tendrían derecho al delegado sindical cuando su centro ocupase 250 trabajadores. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2017, rec. núm. 100/2016)

Reducción de jornada por causas económicas. Impugnación de oficio por la autoridad laboral. Plazo de caducidad

Procedimiento de oficio. Impugnación por la autoridad laboral –a petición del SEPE– de la decisión empresarial de reducción de jornada al 50 % durante 6 meses de un empleado, en empresa que ocupa a tres trabajadores, al considerar que tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones de desempleo. Plazo de caducidad. Fijación del *dies a quo*.

Ante la ausencia de legislación específica que regule este asunto debe entenderse, en virtud de una interpretación adecuada y sistemática del régimen de impugnación de los procesos colectivos de flexibilidad interna o de despido colectivo, que el ejercicio de la acción por la autoridad laboral está sujeta al mismo plazo de caducidad de 20 días señalado con carácter general para cualquier tipo de acción destinada a contrarrestar este tipo de medidas del empresario (sean unilaterales o adoptadas tras pacto). No obstante, no hay que olvidar que la interposición de la demanda de oficio no surge de una decisión unilateral de la propia autoridad laboral, sino que nace del necesario informe previo de la entidad gestora de las prestaciones de desempleo, si aprecia que la medida pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones. Atendida esta específica interconexión que condiciona la actuación de la autoridad laboral a la previa intimación por parte del SEPE y siguiendo la máxima de que el *dies a quo* solo puede fijarse en el momento en que quien ejercita la acción pudo ejercitarla, habrá de exigirse también que la entidad gestora de desempleo haga uso de tal facultad dentro de idéntico plazo, contado a partir del momento en que pudo hacerlo. Ello significa que el SEPE cuenta también con 20 días desde que dispone de toda la información necesaria para decidir si solicita a la autoridad laboral que presente la demanda de oficio, lo que solo es factible con posterioridad al momento en el que recibe el informe de la Inspección de Trabajo. En aplicación de este criterio, se entiende que en el caso objeto de controversia la acción no ha caducado. Por otro lado, no hay que olvidar que la empresa tan solo contaba con dos trabajadores en el año 2014 cuando aplica por primera vez una reducción de jornada, y a los pocos meses de expirar el periodo de duración de esta medida contrata a un tercer trabajador (que se da la circunstancia de que es el hijo del empresario) para volver a plantear pocos meses después una nueva reducción de jornada. Con estos datos, no parece necesario un especial esfuerzo dialéctico para constatar que lo pretendido por la empresa no es otra cosa que repercutir sobre los fondos públicos de las prestaciones de desempleo una parte del salario del trabajador cuya jornada reduce, para mantener en cambio las retribuciones del hijo del empresario que incorpora a su plantilla en plena crisis.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2017, rec. núm. 5/2017).

Impugnación de sanción impuesta al amparo de la LISOS a un beneficiario de prestación de desempleo. Acceso al recurso de suplicación

Sanción en materia de desempleo impuesta a un beneficiario de la Seguridad Social en aplicación de la LISOS. Determinación de los supuestos en que se permite el acceso a la suplicación de las sentencias dictadas en instancia.

La restricción que se establece en el artículo 191.3 g) de la LRJS sobre la recurribilidad en suplicación de las sentencias de instancia, limitada a la cuantía de 18.000 euros, únicamente afecta a las que se impongan en materia laboral, no de Seguridad Social. En el caso analizado, el acceso al recurso únicamente vendrá limitado por la cuantía general de 3.000 euros, calculada en la manera prevista en el artículo 192.4 de la LRJS y referida al contenido económico del acto sancionador que se pretende anular. Aunque en este precepto no se contiene regla alguna relativa al ámbito de aplicación del recurso de suplicación, ni sobre el acceso al mismo, la realidad es que reafirma el tratamiento diferenciado que hace la LRJS de la impugnación de los actos administrativos en materia laboral y, por otro lado, de los que hacen referencia al ámbito de la Seguridad Social, por lo que no cabe extender el restrictivo ámbito limitador del acceso al

.../...

.../...

recurso de suplicación que se recoge en el artículo 191.3 g) de la LRJS más allá de los supuestos que literalmente en el mismo se contienen, esto es, a las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, no de Seguridad Social. Adoptar la solución contraria determinaría en la práctica la irrecurribilidad de todas las sanciones de extinción de las prestaciones impuestas a los beneficiarios en materia de desempleo –dado su importe mensual y su duración–, tanto en contributivas como en materia de subsidio para mayores de 52 años. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2017, rec. núm. 66/2016)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

El poder de dirección del empresario no alcanza a los trayectos de ida y vuelta del domicilio

El poder disciplinario del empresario. Sanción impuesta al trabajador por acudir al centro de trabajo conduciendo su vehículo particular, al haber sido considerado en reconocimiento médico como apto con limitaciones, entre ellas la de conducir vehículos a motor. Posibilidad de sufrir accidente *in itinere*.

La conducta imputada al trabajador de acudir al trabajo conduciendo su coche no aparece recogida como falta sancionable en el convenio colectivo aplicable. Es por ello que la empresa le traslada la orden directa de no acudir o volver del trabajo conduciendo, orden que la empresa considera que desobedece el trabajador. Se considera por la sala que la misma no es legítima, ya que se refiere a actuaciones del trabajador que se encuentran fuera del ámbito laboral. Al tratarse de la vida del trabajador ajena al ámbito laboral, el poder de dirección de la empresa no le alcanza, por lo que se declara la improcedencia de la sanción.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 26 de junio de 2017, rec. núm. 635/2017)

Puede ser discriminatoria la negativa a contratar a una mujer embarazada aunque directamente la actividad la sitúe en riesgo susceptible de prestación

Protección por riesgo durante el embarazo. Fraude de ley. Recogida de aceitunas. Trabajadora que es contratada en la semana 22 de gestación, siendo que la situación de riesgo en la actividad se inicia en la semana 18. Denegación de la solicitud presentada en la semana 24, al entender la mutua que el riesgo ya existía con anterioridad a la contratación.

No cabe aceptar la alegación de dicha entidad que aducía que ningún empresario en su sano juicio, conociendo esta circunstancia, contrataría a una trabajadora para coger aceitunas, pues señala la sala que el no contratar a una determinada persona por su embarazo, que es propio de uno de los sexos, podría dar lugar a una discriminación por esta razón, lo que podría constituir una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, contratación de la que posteriormente arrancarían el presunto fraude denunciado, especialmente de una trabajadora que ya había sido contratada en otras ocasiones por la empresa. Respecto del fraude alegado, que constituye el nudo gordiano de la cuestión que nos ocupa, tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al juez de Instancia, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción (art. 97.2), que no podrá ser revisada en el recurso extraordinario de suplicación. En consecuencia, debe ser mantenida por la sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el juzgador *a quo*.

(STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 6 de abril de 2017, rec. núm. 36/2017)

Jubilación parcial. La norma no exige que la antigüedad en la empresa sea en su totalidad a jornada completa

Jubilación parcial. Requisitos. Trabajador cuya relación laboral con la empresa durante más de 30 años ha sido a tiempo parcial, trabajando a tiempo completo únicamente durante el año anterior a la fecha del hecho causante.

El actor cumple con todos los requisitos exigidos, ya que era un trabajador a tiempo completo en el momento de la solicitud de la jubilación, tenía una antigüedad superior a los 6 años y reunía un periodo de cotización de más de 30 años. Legalmente no se exige que el requisito de antigüedad en la empresa y la vida laboral se reúnan en virtud de una prestación de servicios a jornada completa. No puede hablarse tampoco de fraude, ya que este no puede suponerse, sino que ha de acreditarse, no pudiendo instituirse de la larga relación laboral del trabajador con la empresa.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2017, rec. núm. 389/2017)

Ejecución de sentencia. Para volver a despedir, primero hay que readmitir

Ejecución de sentencias firmes de despido. Opción empresarial por la readmisión y notificación de un nuevo despido, disciplinario, el mismo día fijado para la reincorporación, no impugnado por el trabajador. Incidente de readmisión irregular.

El hecho de que el trabajador no impugnara el segundo despido no es óbice para entrar a conocer la regularidad o no de la readmisión que se debía producir la mañana de ese mismo día, por tanto, antes del nuevo despido. La tutela judicial efectiva que obtuvo el trabajador con el pronunciamiento favorable en sentencia por despido declarado improcedente alcanza también a su ejecución, por lo que, dado que no llegó a producirse la readmisión del trabajador, se confirma la irregularidad de la misma.

(STSJ de Castilla-León/Valladolid, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2017, rec. núm. 690/2017)