

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de noviembre de 2015)

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

Vacaciones anuales retribuidas. Trabajadores a tiempo parcial. Incremento de jornada.

La cláusula 4, apartado 2, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE, y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que se incrementa la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular a posteriori, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador. Sin embargo, debe hacerse un nuevo cálculo para el periodo durante el cual la jornada laboral se haya incrementado. De igual forma, el cálculo de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho debe efectuarse de acuerdo con los mismos principios tanto si se trata de determinar la indemnización compensatoria por vacaciones anuales retribuidas devengadas y no disfrutadas, en el caso de que se extinga la relación laboral, como de determinar el resultado de los días de vacaciones anuales retribuidas a los que el trabajador tiene derecho, en caso de mantenerse la relación laboral. (STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-219/14).

Despido colectivo. Concepto de trabajadores habitualmente empleados. Concepto de despido y de extinciones del contrato de trabajo asimiladas al despido. Método de cálculo del número de trabajadores despididos.

El concepto de trabajador debe definirse según criterios objetivos que caracterizan la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas, siendo la característica esencial de aquella la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración. El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que a efectos de cálculo de los efectivos de un centro de trabajo, la naturaleza de la relación laboral no es pertinente, por ello los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores habitualmente empleados, en el sentido de este precepto, en el centro de trabajo de que se trate. Para acreditar la existencia de un despido colectivo que determine la aplicación de dicha directiva, la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto, según la cual es preciso que los despidos sean al menos, cinco debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto. La extinción derivada del hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de despido utilizado en aquel artículo. (STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14).

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–**Interpretación de convenios colectivos de ámbito sectorial. Construcción. Indemnización por fin de contrato de obra consistente en el 7 % de la retribución por todos los conceptos salariales del convenio devengados durante la vigencia del contrato. Responsabilidad del FOGASA. Improcedencia.**

La responsabilidad subsidiaria del Fondo no alcanza a la cuantía indemnizatoria prevista en convenio colectivo para la extinción por terminación de obra cuando esta excede de la máxima (12 días por año de servicio) establecida legalmente en el artículo 49.1 c) del ET. Que el empresario puede pactar y responsabilizarse de cualquier «supuesto» e «importe indemnizatorio» es evidente, pero ello no quiere decir que el FOGASA haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por aquel si no se establece claramente en la norma de garantía, y la redacción de esta (art. 33.2 ET) «en los casos que legalmente procedan» –cuando pudo perfectamente fijar la obligación de garantía hablando de los casos en que procediera legal o convencionalmente– no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan. Sala General. **Voto particular.** (STS, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2015, rec. núm. 1519/2013).

Air Nostrum. Solicitud de nulidad de la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) relativa a la inaplicación de condiciones del convenio colectivo entre la empresa y sus trabajadores pilotos. Alegada vulneración del deber de buena fe de la empresa durante el periodo de consultas concluido sin acuerdo, al estimarse que la propuesta empresarial considerada por la CCNCC no quedó identificada hasta el momento de la solicitud ante dicho órgano.

La posibilidad de intervenir en el trámite ante la CCNCC no elimina la necesidad de congruencia entre el periodo de consultas y este último procedimiento de solución final de la controversia, de manera que la pretensión empresarial sea la misma, la cual quedará delimitada por la causa invocada, las cláusulas del convenio colectivo cuya aplicación se persigue y las medidas propuestas, esto es, las nuevas condiciones de trabajo y su periodo de aplicación. El hecho de que la empresa haya promovido al inicio del periodo de consultas la inaplicación de condiciones de trabajo recogidas en determinados artículos del convenio, que ya no incluye en la solicitud ante la CCNCC, así como una reducción del 50 % de las retribuciones que pasaron al 40 %, no implica que dicho periodo no haya cumplido con su finalidad y la empresa quebrara la buena fe negocial. No constituye una propuesta empresarial nueva ni alteración del contenido de lo negociado la reducción por la empleadora de sus postulados iniciales, lo que, en suma, supondría el mantenimiento de la aplicabilidad de un mayor bloque de normas del convenio que el inicialmente perseguido. No se puede exigir a la empresa que mantenga, en perjuicio del banco social, la misma postura que planteó al inicio del periodo de consultas, sin tan siquiera permitir la evolución hacia postulados más flexibles. (STS, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2014, rec. núm. 212/2013).

Extinción de la relación laboral por incumplimiento del empresario. Responsabilidad del FOGASA en el pago de los salarios debidos por la empresa (reconocidos en acto de conciliación) cuando esta se encuentra en concurso.

Es preciso que el crédito del trabajador haya sido incluido en la lista de acreedores por la administración concursal, ya que la responsabilidad del FOGASA no nace automáticamente, sino que en todos los casos debe instruir el oportuno expediente de comprobación. Ello implica que el trabajador deba ser diligente en el reconocimiento de sus derechos, siendo lógico que notifique su crédito, oportunamente, al Fondo y a la administración concursal, así como que accione contra la decisión de esta última si le perjudica, pidiendo a los administradores concursales rectificación de la certificación emitida con la aportación de documentos que evidencien su error o promoviendo el oportuno incidente concursal contra su decisión, acciones que puede ejercitar mientras no prescriban. En el caso analizado, nada de esto hizo el recurrente, pese a la no inclusión de su crédito en la lista de acreedores, por lo que el Fondo no responde al no poder subrogarse en los derechos y acciones del trabajador. (STS, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2015, rec. núm. 3339/2013).

Accidente de trabajo en misión. Contagio de enfermedad en país extranjero.

Ha de calificarse como accidente de trabajo el fallecimiento a causa de legionelosis contraída por el trabajador cuando se hallaba en misión en Tailandia, aunque se desconozca el momento y lugar concretos en que la transmisión se produjo. No es de aplicar la presunción de accidente de trabajo prevista en el artículo 115.3 de la LGSS, sino que acreditada su producción con «ocasión» de su desplazamiento laboral, la cualidad profesional se impone por el artículo 115.1 de la LGSS. Es lo que se denomina ocasionalidad relevante, la cual se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa implica que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo, mientras que la positiva supone que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo han sido condición sin la cual no se habría producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquella. En el caso analizado, fue el desplazamiento por motivos laborales a Tailandia, cuyas condiciones climatológicas –alto grado de humedad y elevadas temperaturas– notoriamente favorecen la difusión de la bacteria legionella, lo que actuó como *conditio sine qua non* del contagio. **Voto particular.** (STS, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2015, rec. núm. 944/2014).

RETA. Incapacidad permanente total. Determinación de la fecha de efectos económicos cuando la declaración de incapacidad se hace por sentencia, dictada en proceso promovido por la trabajadora al efecto, habiéndose dictado previamente resolución administrativa declarando que no se encuentra afecta de invalidez permanente en ningún grado, permaneciendo la demandante de alta en el RETA, sin que conste acreditado la realización de trabajo efectivo.

Teniendo en cuenta que la trabajadora no provenía de una situación de incapacidad temporal, el hecho causante ha de considerarse producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI, al no haber acreditado el INSS la prestación de trabajos incompatibles durante el periodo reclamado posterior. En el caso analizado, era lógico que la trabajadora no se diera de baja en el RETA, pues debía mantenerse en tal situación, no solo a los efectos de la cobertura de la asistencia sanitaria e incapacidad temporal –si fuere el caso–, sino también a efectos de mantenerse en alta para lucrar en su día pensión de jubilación, o incluso para el reconocimiento de la prestación solicitada y en vía judicial reconocida. Obligar a la actora en tal situación a su baja en el RETA hubiera supuesto su apartamiento del sistema de Seguridad Social y, en definitiva, su desprotección. (STS, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2015, rec. núm. 2034/2014).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–**Sucesión de contratas. Subrogación convencional. Nueva contrata que ve reducida la jornada de los trabajadores adscritos en un 50 % por imponerlo así el pliego de condiciones.**

Ante esa contrata reducida, la nueva empresa debió subrogarse en el contrato de trabajo de la demandante no solo por las 9 horas, sino por las 18 que la trabajadora venía trabajando cuando se produjo el cambio, por imponerlo así el convenio colectivo aplicable. **Adecuación/inadecuación de procedimiento. Cosa juzgada. Existencia de una previa sentencia que estima la excepción de inadecuación de procedimiento seguido por la modalidad de modificación sustancial de condiciones de trabajo planteado por la trabajadora contra la contratista anterior, que ya desconoció la jornada de 18 horas semanales, señalando el Juzgado de lo Social que el proceso a seguir era el ordinario. Iniciación de nuevo proceso por la modalidad ordinaria.** La doctrina más reciente se inclina por reconocer eficacia de cosa juzgada a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, pero en el bien entendido de que si las sentencias procesales se pronuncian solo sobre la falta de un presupuesto procesal (en el caso inadecuación de procedimiento), a tal extremo se limita la producción de cosa juzgada. No se produce aquí el efecto negativo de la cosa juzgada, ya que no consta que la sentencia de que se trata sea firme, y aunque se parta de que sí lo sea, en ella en realidad no se desestima la demanda, sino que no se entra en el fondo del asunto por el óbice procesal, el cual aquí ha sido salvado por seguirse el ordinario. Se entiende que la modalidad procesal adecuada es la de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2015, rec. núm. 224/2015).

Licencias retribuidas. Fallecimiento o enfermedad grave de familiares. Concesión de permisos en relación con parientes por afinidad, sin mención expresa en el convenio colectivo de empresa.

La actuación empresarial mantenida durante varios años, consistente en ampliar a los conuñados el círculo de familiares con derecho a licencia, dio origen a una condición más beneficiosa que no se puede suprimir unilateralmente. Y ello aunque tal conducta no fuera expresa o consciente, sino tácita o por carencia del control debido, pues incumbía a la demandada constatar la rectitud de las solicitudes formuladas por los trabajadores, en las que se denominaba «cuñados» a quienes en realidad eran «conuñados». (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015, rec. núm. 1124/2015).

Baja voluntaria. Comunicación por mensajería on-line. Manifestación por parte de la trabajadora a la encargada de zona tras una discusión de que no quiere trabajar en la empresa, abandonando el centro de trabajo, reiterando ese mismo día por la tarde esa afirmación mediante Whatsapp.

La utilización de dicha vía es válida para comunicar la baja voluntaria, al revelar una voluntad terminante, clara e inequívoca de romper la relación laboral. Se declara la inexistencia de despido. (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 10 de junio de 2015, rec. núm. 817/2014).

Despido colectivo. Retracción empresarial de la decisión extintiva por haber sido declarado el trabajador en situación de incapacidad permanente total después de haberle comunicado su cese y abonado la indemnización y antes de la fecha de efectos del despido.

La empresa no puede requerir al trabajador la devolución de la indemnización, alegando que ha dejado sin efecto el despido y que cursaba su baja en la Seguridad Social por la incapacidad declarada, ya que para que esta sea causa de extinción es requisito imprescindible que la resolución que la emite sea definitiva e irrevocable. En este supuesto no ocurre así, puesto que se estableció la posibilidad de revisión a los dos años, de manera que esa resolución fijaba la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo, situación que no es incompatible con la indemnización por el despido colectivo acordado y que se había hecho efectiva. (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015, rec. núm. 1142/2015).

Accidente de trabajo in itinere. Trabajador que tras volver del trabajo es objeto de robo con violencia cuando se disponía a entrar en la puerta de acceso al patio que hay que cruzar para acceder a su vivienda.

En este caso, concurren todos los elementos requeridos por la jurisprudencia, puesto que cuando tuvo lugar el accidente, por una parte, el trabajador estaba accediendo pero sin introducirse en su totalidad a ese espacio personal y privado que, al margen del título jurídico, constituía su verdadero domicilio y, por otra, todavía no había finalizado el trayecto que normalmente le conducía desde el centro de trabajo a su vivienda habitual. (STSJ de Andalucía/Granada, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2015, rec. núm. 959/2015).

Jubilación anticipada. Trabajador que tras ser despedido en virtud de ERE, permanece un tiempo de alta en el RETA, régimen del que se da de baja por causas económicas, solicitando con posterioridad prestación por jubilación anticipada.

El solicitante cumple todos los requisitos previstos para poder acceder a la prestación solicitada, incluido el cese involuntario. Si los trabajadores autónomos cuentan con un sistema específico de protección por cese de actividad, cuya finalidad es cubrir «las situaciones de finalización de la actividad que derivan de una situación en todo caso involuntaria», considerándose como tal, entre otras, el cese por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos, es claro que el actor no tuvo su origen en su libre voluntad. (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2015, rec. núm. 1094/2015).

La protección por desempleo. Modalidad de pago único. Trabajadora que tras ver extinguido válidamente su contrato temporal por obra solicita el pago único de la prestación por desempleo, para al día siguiente integrarse como socia trabajadora en la misma empresa cooperativa. Inexistencia de fraude.

Permitiéndose la posibilidad, validez y adecuación en el ordenamiento laboral de acceder a la situación legal de desempleo tras una finalización contractual para con la misma empresa en la que se van a prestar unos nuevos servicios, casi sin solución de continuidad, nada obsta para que esa incorporación posterior sea en la misma empresarial de economía asociada como socio trabajador, siempre que el acceso al vínculo societario sea en actividades, funciones o servicios que incorporen un puesto de trabajo diferenciado, con aparentes tareas y responsabilidades diferenciadas que provoquen, práctica y jurídicamente, que pasemos de un contrato de trabajo ordinario a una contratación societaria y laboral propia de un socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado. (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2015, rec. núm. 1237/2015).

Reclamación, en proceso separado, de indemnización por daños morales ocasionados por un despido lesivo de derechos fundamentales, planteada tras la sentencia que declaró su nulidad. Procedencia.

Debe rechazarse la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por la empresa y la existencia de cosa juzgada negativa. Esta porque en el anterior litigio no se suscitó ni decidió la cuestión relativa a la procedencia de la indemnización por daño moral y aquella porque tal reclamación se puede encauzar de forma separada, incluso en plazo posterior al de impugnación del despido, por la vía del proceso especial de tutela de derechos fundamentales y no por el proceso ordinario, lo que en todo caso no genera indefensión. *Vid.* STS de 9 de mayo de 2011 (rec. núm. 4280/2010) y de 13 de junio de 2011 (rec. núm. 2590/2010). En lo referente a la ponderación económica del daño moral, se han de considerar dos criterios: la reparación *in integrum* y la finalidad contributiva de prevenir el daño. Para cumplir tales finalidades el tribunal ha acudido como criterio orientador a la sanción prevista en la LISOS por la comisión de infracción grave. (STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2015, rec. núm. 1136/2015).

Poder disciplinario del empresario. Imposición de sanción por falta muy grave. Apreciación por el juez de instancia que la falta cometida por el trabajador no estaba adecuadamente calificada, por lo que procede a la revocación total de la sanción, entendiéndose la empresa que la LRJS impone, en ese caso, la revocación parcial con autorización a la empresa para la imposición de una sanción correspondiente a falta grave.

El artículo 115.1 c) de la LRJS no impone al juez que autorice la imposición de una sanción adecuada en todo caso. La autorización para imponer una sanción inferior no puede ser automática, debe constar que se han cumplido las formalidades legales en su imposición o que no haya prescrito, pero eso requiere una actividad de la parte demandada, del empresario, que deberá alegar y probar que se puede imponer una sanción menor por darse todos los requisitos necesarios, sin que el juzgador pueda suplir su inactividad, que es lo que ocurre en este caso, en que la empresa se limita a defender la procedencia de la sanción por falta muy grave, sin que aporte elementos de que se puede imponer una inferior. El artículo 115.3 de la LRJS no permite recurso alguno contra las sentencias dictadas en procedimiento de sanciones, salvo en los casos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente, que obviamente no es el caso. Luego el recurso no debió ser admitido. (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2015, rec. núm. 945/2014).