



## CIRCULAR LABORAL 23/2017

13 de diciembre de 2017

### **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: DICIEMBRE 2017.**

---

#### **1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

**Se considera discriminatorio que se reduzca el tiempo del paro a las mujeres que trabajan por horas.**

La resolución del TJUE que comentamos viene a contemplar y estudiar cómo se debe computar la cotización de los trabajadores a tiempo parcial que trabajan en horas y días alternos, pero que sin embargo cotizan por meses enteros, y sin embargo para determinar la duración del cobro del desempleo sólo se toman en cuenta los días efectivamente trabajados.

Es el caso de una limpiadora a tiempo parcial cuya jornada es de dos horas y media los lunes, miércoles y jueves, y cuatro horas un viernes de cada mes, que cuando solicitó el paro, pese a haber trabajado durante seis años consecutivos, vio reducido considerablemente el tiempo de duración de la prestación por cuanto a tenor de la normativa española, sólo se computan los días efectivamente trabajados.

Es conveniente distinguir a los trabajadores a tiempo parcial “vertical”, que son aquellos que concentran sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana, de aquellos otros que aun siendo también a tiempo parcial, trabajan todos los días laborables de la semana. Estos últimos son los considerados trabajadores “horizontales”.

En este sentido, teniendo en cuenta los datos estadísticos facilitados al TJUE por el propio Juzgado de lo Social de Barcelona que planteó la cuestión prejudicial, estamos ante un tipo de contratación mayoritariamente constituido por mujeres. Efectivamente, un 70% u 80% de los trabajadores a tiempo parcial tanto vertical como horizontal son del sexo femenino, por lo que esta limitación del tiempo de cotización perjudica de forma discriminatoria a este colectivo.

Es más, según el propio juzgador, estamos ante una doble penalización, pues si por un lado ya las prestaciones por desempleo son inferiores a las de los empleados a tiempo completo (en razón al menor tiempo de trabajo), por otro lado, también supone una merma en el lapso temporal en que tendrán derecho al cobro de estas prestaciones.

Aunque los Estados miembros tienen margen para adecuar sus políticas sociales a criterios internos, en ningún caso tienen una maniobrabilidad tan amplia como para perjudicar a un colectivo determinado cuando no hay razones de peso y objetivas. Por ello, una legislación como la española, concretamente el art. 3.4 del RD 625/1985, relativo a la protección por desempleo, que expresamente expone que: *“... Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada”*, no es adecuada para el Derecho de la Unión Europea.

No tiene sentido que una trabajadora que ha cotizado por todos los días de todos los meses del año, y que sus cotizaciones mensuales se han calculado basándose en el salario que recibe por un mes completo, sin embargo, vea reducido el tiempo en el que va a cobrar el desempleo porque a estos efectos únicamente se computan los días realmente trabajados. Hay discriminación sexista.

Por todo cuanto antecede, en realidad se debió reconocer a la trabajadora recurrente que tenía derecho a cobrar el paro durante 720 días, por haber cotizado ininterrumpidamente durante los últimos seis años, y no 420 días como dijo el SEPE. Ahora serán los Tribunales españoles los que tendrán que ajustar su decisión a este fallo europeo. Y no solo para el caso en cuestión, sino para muchos más que vienen detrás.

**TJUE, Sala Quinta, Sentencia 9 nov. 2017. Asunto C-98/2015.**

## **2. TRIBUNAL SUPREMO**

**Se rechaza la tarifa plana en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por los trabajadores fijos de empresas subrogadas.**

La reducción en las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida, conocida comúnmente como “tarifa plana”, no se aplica a los supuestos de subrogación respecto a los trabajadores que son contratados por la sucesora cuando ya estaban vinculados a la empresa anterior con carácter indefinido.

En estos casos no existe creación de empleo indefinido neto, porque la contratación indefinida efectuada afecta a trabajadores que ya estaban contratados con el mismo carácter indefinido en la anterior empresa, y carece de sentido aplicar la reducción en las cotizaciones empresariales por una circunstancia, la contratación indefinida, que no se da “ex novo” en la contratación, al venir impuesta en virtud de la subrogación entre empresas.

Para el Supremo, una interpretación razonable de la norma lleva a excluir de su ámbito de aplicación los supuestos en los que los contratos indefinidos no supongan un incremento total del nivel de empleo indefinido o, como bien entendió la sentencia recurrida, quedan excluidos los contratos que no suponen una creación neta de empleo estable.

Solo de este modo se cumple con la finalidad última de las medidas de dinamización del mercado de trabajo que se viene implantando en las últimas décadas, orientadas al fomento del empleo estable de trabajadores desempleados y a la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

Buena muestra de ello es el propio preámbulo del RDL 3/2014, que demuestra que no atiende sólo a la estabilización del mercado de trabajo, sino que persigue la creación de empleo en el contexto de crecimiento económico.

El Supremo confirma la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que denegó la solicitud de la empresa de la aplicación de la tarifa plana en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social porque los trabajadores sobre los que se pretendía su aplicación eran trabajadores subrogados que en la empresa anterior tenían contratos indefinidos, por lo que no se trataba de nuevas contrataciones indefinidas creadoras de empleo estable.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 1732/2017, 14 nov. Recurso 78/2017.**

### **3. TRIBUNAL SUPREMO**

**Es posible un segundo despido objetivo incluso después de siete días de haberse declarado improcedente el primero.**

Despedido un trabajador por causas económicas, fue declarado improcedente porque el empleador no le había indemnizado con la cantidad oportuna en atención a una supuesta falta de liquidez que no se acreditó judicialmente. La empresa optó por la readmisión y unos días después de la reincorporación, aunque transcurridos más de 7 días desde que se notificó la sentencia, comunica nuevamente al empleado la extinción de su contrato alegando nuevamente causas económicas.

El actor también consideró improcedente este segundo despido, pero tanto el Juzgado como el TSJ le denegaron su petición porque lo consideraron procedente. Entendió el juzgador de instancia que, aunque a tenor de lo establecido en el art. 110.4 de la LRJS no es posible que la empresa repita el despido justificándolo en los mismos hechos una vez que han transcurrido más de siete días desde la notificación de la sentencia, en este supuesto han acaecido nuevas circunstancias económicas negativas entre uno y otro despido (concretamente la situación concursal de la empresa) y así se han puesto de manifiesto en la segunda carta de despido.

Es decir, la razón fundamental por la que consideró la procedencia del nuevo despido era que la subsanación fuera de los siete días es válida porque, aunque la causa genérica era la misma (razones económicas), los escenarios eran distintos.

Ahora el Supremo, que también entiende procedente este despido, lo argumenta por razones distintas, y con ello sienta doctrina en este concreto aspecto procesal.

A priori, el art. 110.4 LRJS relativo a la subsanación de los defectos formales, no es aplicable a los despidos objetivos, sino a los improcedentes. Y como en esta materia se han dictado sentencias en uno u otro sentido, entiende el Alto Tribunal que ha de clarificar este asunto teniendo en cuenta que el sentido primordial del precepto no es obstaculizar el poder disciplinario del empleador únicamente por haber incurrido en deficiencias formales.

Por ello, cuando el despido objetivo fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido por las mismas causas económicas más allá del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia.

Las razones que ofrece son dos:

- De un lado porque en este tipo de extinciones objetivas no opera el mecanismo de la prescripción, de modo que, si persiste la causa legal justificativa, es viable el despido, máxime como en el caso ahora enjuiciado en el que la improcedencia del primer despido fue declarada por no haber indemnizado al trabajador (defecto formal) y no porque no concurriesen las causas económicas alegadas.
- Y de otro, porque es normal que entre uno y otro despido haya variado la situación económica empresarial, principalmente por la duración judicial de los procesos. Por ello, es muy probable que, en una situación de crisis económica duradera, estas nuevas circunstancias sigan justificando la existencia de la causa económica alegada y que ello se refleje así en la nueva carta de despido. Es un nuevo despido y no la subsanación del anterior.

En definitiva, cuando el Estatuto de los Trabajadores fija un plazo de 7 días para la realización de un nuevo despido, este plazo perentorio no debe operar en el ámbito de las extinciones por causas objetivas. No cabe alegar la existencia de cosa juzgada.

**Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 781/2017, 10 oct. Rec. 1507/2015.**

#### **4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS.**

**La monitorización del GPS de la Tablet de un vendedor es adecuada para probar que no trabajaba toda la jornada y que percibían dietas cuando comía en su casa.**

Confirma el TSJ la procedencia del despido disciplinario de un vendedor por transgresión de la buena fe contractual al pasar como dietas a la empresa gastos que en realidad no había realizado, y por trabajar menos tiempo que el que su jornada le obligaba.

La gravedad de tales incumplimientos descansa en que precisamente por trabajar en régimen de autonomía y flexibilidad, quebró gravemente la confianza que la empresa había depositado en él; máxime si se tiene en cuenta que además había sido amonestado previamente por la misma conducta.

No cuestionada la idoneidad y la proporcionalidad del medio de prueba utilizado por la empresa para probar los incumplimientos que imputa al trabajador, un sistema de geolocalización instalado en una Tablet, entregada por la empresa para la gestión de pedidos y control horario de sus trabajadores, fue gracias a este sistema como la empresa pudo comprobar los numerosísimos incumplimientos de las obligaciones asumidas por el trabajador.

El informe de la actividad, obtenido a través de los mapas de geo posicionamiento, revela un incumplimiento reiterado y sistemático de la jornada laboral, siendo habitual que a partir del medio día no desempeñara actividad laboral alguna, pese a lo cual pasaba dietas por comidas en distintos lugares, cuando el GPS ha demostrado que a esa hora se encontraba en su domicilio. Con este informe la empresa ha logrado probar que el rendimiento mensual descendió de forma progresiva pero alarmante, con una disminución del 7% en un primer momento, hasta llegar a un 26% en meses posteriores.

Aun siendo cierto que el trabajador despedido no tiene establecida una jornada, es el Convenio colectivo de aplicación el que da la pauta para su fijación al indicar que la jornada de los vendedores se realiza en horario comercial, horario que se desarrolla, salvo los sábados, en jornada de mañana y tarde. Y estando acreditado que el resto de los vendedores desarrollan una jornada diaria de 8 horas, el demandante ha venido desempeñando su jornada solo por la mañana, porque solo ocasionalmente realizó algún tipo de actividad desde su domicilio por la tarde; y fue precisamente al detectarse un descenso en su nivel de ventas cuando comenzó la investigación que culminó en la extinción de su contrato, extinción que el TSJ considera proporcional a la infracción cometida.

**TSJ Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 2191/2017, 3 oct. Recurso 1908/2017.**

## 5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

### **Grave machismo sexual de un trabajador hacia sus nuevas compañeras: la sentencia “del plátano” o “la regla de oro de la ética.”**

Excede de lo que socialmente se puede considerar una broma la reiterada conducta del trabajador que, junto con otro compañero, perseguían a una empleada de reciente incorporación a la empresa para que se sometiera a lo que ellos denominaban la “*prueba del plátano*”, prueba que habitualmente se realizaba con todas las trabajadoras “novatas” sin conocimiento de la empresa, y que consistía en que estas mujeres, mediante una representación sexual, debían pelar un plátano, metérselo en la boca y darle un mordisco delante de otros trabajadores y de los propios alumnos de un centro de discapacitados físicos y/o sensoriales.

Ante la negativa de la cuidadora a realizar la prueba, el trabajador ahora recurrente y su compañero, cada vez que se incorporaba a su puesto, le cantaban una canción con la letra “... *el único fruto del amor, es la banana, es la banana...*” y cuando pasaban a su lado intentaban rozarse con ella e incluso le daban golpecitos cuando pasaban con un carro, lo que justificaban en que ella, al no haber realizado la prueba, no formaba parte del equipo, generando una enorme tensión al ser continua la situación de persecución y burla, hasta el punto de intentar que realizara la prueba en presencia de sus alumnos discapacitados. Esta conducta fue también llevada a cabo con otra compañera.

La sentencia, que confirma la adecuación de la sanción de despido por obligar a sus compañeras a realizar conductas humillantes y de carácter sexual en presencia de alumnos, incluso va más allá, e invita al trabajador despedido a aplicar la regla de oro de la ética y a pensar si él hubiera consentido que su hija o su esposa hubieran sido sujetos pasivos de tal “broma”.

El TSJ es rotundo a la hora de afirmar que se está en presencia de una conducta de acoso por razón de sexo, de un mobbing entre compañeros que constituye causa suficiente de despido disciplinario, sin que sea posible que el convenio colectivo rebaje la gravedad de la falta laboral, de manera que no sea susceptible de despido y que así es como debe interpretarse el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personal con Discapacidad.

**TSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia 2145/2017, 6 jul. Recurso 2692/2016.**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social  
Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral  
Email: ortegaf@ortega-condomines.com*