



**NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL OCTUBRE 2019**

## Novedades que merecen su atención octubre 2019

### ÍNDICE

1. El despido objetivo por absentismo justificado no vulnera la Constitución (\*\*\*\*)
2. El TJUE considera discriminatorio el método de cálculo de la antigüedad de los fijos discontinuos (\*\*\*\*)
3. El TS establece qué debe entenderse por "trabajos exclusivos de oficina"
4. El TS reconoce el derecho a prótesis de última generación en caso de AT (\*\*\*\*)
5. ¿Cómo se compensa el trabajo en festivo?
6. Visita de la Inspección. ¿Cuándo se obstruye la labor inspectora? (\*\*\*\*)
7. Es discriminatorio no adjudicar la vacante a una mujer por estar en situación de maternidad (\*\*\*\*)
8. El TEDH rectifica: grabar con cámaras ocultas no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores (\*\*\*\*)
9. Adquisición de empresa en concurso. ¿La deuda con los trabajadores se hereda? (\*\*\*\*)
10. ¿Puede prohibir el empresario disfrutar las vacaciones en determinadas fechas?
11. Empleados de hogar. ¿Qué efectos produce la declaración de nulidad de su despido?
12. El alta médica produce efectos desde su notificación, no desde la fecha de resolución
13. Incumplir las normas de prevención de riesgos no es causa de despido si la empresa lo tolera
14. Riders de plataformas colaborativas. Primera sentencia de un TSJ que los considera TRADE (\*\*\*\*)
15. Despido disciplinario. ¿Cómo se acreditan las faltas de asistencia al trabajo?
16. La reducción del volumen de una contrata puede operar como causa de extinción del contrato de obra o servicio (\*\*\*\*)

17. El TSJ Valladolid rectifica a la TGSS en su interpretación de los requisitos del contrato de relevo (\*\*\*\*)
18. No es posible compensar la subida del SMI a 900 € con pluses extrasalariales, aunque el convenio lo permita
19. Un TSJ considera que existe convivencia, a efectos de la pensión de viudedad, en una pareja que cohabita los fines de semana, festivos y vacaciones (\*\*\*\*)
20. Sustituir trabajadores por bots no justifica un despido objetivo

## Breve reseña

### 1. El despido objetivo por absentismo justificado no vulnera la Constitución

El TCo declara que el despido por absentismo justificado no vulnera ni el derecho al trabajo ni el derecho a la salud, en tanto que no puede ser adoptado en el caso de enfermedades graves o de larga duración. Se considera que en la aplicación de esta causa de despido se mantiene un equilibrio entre los intereses de la empresa –mantener la productividad- y del trabajador.

STCo 16-10-19, cuestión nº 2690/2019.

### 2. El TJUE considera discriminatorio el método de cálculo de la antigüedad de los fijos discontinuos

El TJUE considera discriminatoria una normativa y una práctica empresarial conforme a las cuales a efectos de calcular la antigüedad requerida para que un trabajador fijo discontinuo pueda percibir un trienio solo se computan los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose los períodos de inactividad, mientras que esta regla no se aplica en el caso de trabajadores a tiempo completo.

TJUE auto 15-10-19, C-439/18 y C-472/18.

### 3. El TS establece qué debe entenderse por "trabajos exclusivos de oficina"

El TS declara que como trabajo exclusivo de oficina debe entenderse el que se realiza de forma habitual en la oficina de la empresa, es decir más de la mitad de la jornada en cómputo mensual. Asimismo, considera que los trabajos de oficina no son solo los meramente administrativos, ya que también se incluyen los que se realizan, habitualmente, en la sede física de la oficina empresarial.

STS cont-adm 3-6-19.

### 4. El TS reconoce el derecho a prótesis de última generación en caso de AT

Se reconoce a un trabajador accidentado que había sufrido la amputación de una mano en un AT el derecho a una prótesis mioeléctrica de última generación, en vez de a una convencional que es la prevista en los

supuestos de asistencia sanitaria ordinaria.

El TS aplica el principio de reparación íntegra de las secuelas, procedente tanto del Convenio OIT nº 17 como de las previsiones de la LGSS sobre AT.

STSUD 10-10-19.

## **5. ¿Cómo se compensa el trabajo en festivo?**

Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas y organizativas, no sea posible el disfrute de un festivo, debe compensarse bien con una retribución equivalente al 1,5% del precio de la hora ordinaria o bien con un descanso por tiempo equivalente, salvo que el convenio colectivo lo mejore. La excepcionalidad en la ejecución de estos trabajos no se refiere a que el trabajo sea imprevisible o sobrevenido sino a que, por razones técnicas u organizativas, no sea posible el disfrute de los festivos laborales

SAN 23-9-19.

## **6. Visita de la Inspección. ¿Cuándo se obstruye la labor inspectora?**

Se consideran obstrucción a la labor inspectora las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan que los inspectores de trabajo o los subinspectores de empleo realicen sus funciones.

Colaborar y entregar la documentación solicitada en una comparecencia posterior no impide apreciar la existencia de esta infracción.

SAN 23-9-19.

## **7. Es discriminatorio no adjudicar la vacante a una mujer por estar en situación de maternidad**

El TCo declara que el INE vulneró el derecho a la no discriminación por razón de sexo porque no adjudicó la plaza vacante a la mujer que obtuvo el primer puesto en el proceso selectivo por no poder incorporarse inmediatamente al estar en situación de maternidad.

STCo 108/2019.

## **8. El TEDH rectifica: grabar con cámaras ocultas no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores**

La Gran Sala del TEDH rectifica y declara que no se vulneró el derecho a la intimidad de las 5 cajeras de supermercado que fueron despedidas tras haber sido grabadas por cámaras ocultas cometiendo hurtos en la empresa, al ser una medida proporcionada al fin perseguido. Se exime, de esta manera, a España de la obligación de indemnizar a las trabajadoras con 4.000 euros por daño moral y otros 500 euros por costas.

STEDH Gran Sala 17-10-19, López Ribalda y otros.

## **9. Adquisición de empresa en concurso. ¿La deuda con los trabajadores se hereda?**

Cuando se produce la adquisición de los bienes en concurso y aunque el juez del concurso haya declarado que no hay sucesión de empresa, la adjudicataria no puede ser exonerada de deudas salariales e indemnizatorias de los trabajadores cuyo contrato se encontraba extinguido en el momento de la adjudicación.

La declaración del juez del concurso no puede servir para eludir la responsabilidad del adquirente, al tratarse el ET art. 44 de una norma imperativa.

STSUD 11-9-19.

## **10. ¿Puede prohibir el empresario disfrutar las vacaciones en determinadas fechas?**

Como regla general, las fechas de disfrute de las vacaciones se deben determinar mediante acuerdo individual, siempre con respeto de lo pactado en el convenio colectivo. De esta manera, si el convenio colectivo no lo establece, el empresario no puede excluir de forma unilateral determinados períodos para el descanso.

STSJ Galicia 21-6-19.

## **11. Empleados de hogar. ¿Qué efectos produce la declaración de nulidad de su despido?**

Con relación a los empleados de hogar, el TSJ Cataluña declara que, por aplicación subsidiaria del ET y al no estar prevista la declaración de nulidad de la extinción en esta relación especial, las consecuencias de esta declaración son tanto la condena al pago de la indemnización por despido improcedente como el abono de los salarios de tramitación, no estando prevista la readmisión.

STSJ Cataluña 22-7-19.

**12. El alta médica produce efectos desde su notificación, no desde la fecha de resolución**

Se analizan los efectos que produce la notificación al trabajador del alta médica en fecha posterior a la resolución que la reconoce en dos sentencias referidas, una a la reincorporación al trabajo, y la otra a los ingresos a que el trabajador tiene derecho en ese período. En ambos casos se concluye que los efectos del alta médica se producen a partir de la fecha de notificación y no desde la de resolución, de modo que el trabajador debe reincorporarse al día siguiente a la notificación y hasta entonces sigue percibiendo la prestación de IT a cargo de la mutua.

SSTSJ Valladolid 6-9-19 y TSJ Madrid 29-7-19.

**13. Incumplir las normas de prevención de riesgos no es causa de despido si la empresa lo tolera**

El incumplimiento de las normas de seguridad es causa de despido disciplinario. No obstante, si el responsable de la empresa observa el incumplimiento y en vez de evitarlo se limita a sacar fotografías del hecho, la empresa no puede pretender que constituya causa de despido.

STSJ Valladolid 26-7-19.

**14. Riders de plataformas colaborativas. Primera sentencia de un TSJ que los considera TRADE**

En la segunda sentencia que se dicta en suplicación sobre la naturaleza de la relación que une a los repartidores de GLOVO con la plataforma de reparto, el TSJ Madrid considera que no es laboral sino típica de una relación de TRADE. La sentencia contiene un voto particular favorable a considerar la relación como laboral en línea con el TSJ Asturias que dictó la primera sentencia en suplicación sobre esta cuestión.

STSJ Madrid 19-9-19, Rec. 195/2019

**15. Despido disciplinario. ¿Cómo se acreditan las faltas de asistencia al trabajo?**

Aunque en el sistema de registro horario implantado por la empresa constaban inasistencias al trabajo, se acredita por otros medios que las ausencias no se han producido y que el trabajador sí asistió al trabajo en las fechas indicadas. Al tratarse de un sistema defectuoso no puede

aceptarse como medio de prueba.

STSJ Madrid 12-7-19.

**16. La reducción del volumen de una contrata puede operar como causa de extinción del contrato de obra o servicio**

La AN rechaza que deba declararse la nulidad del artículo 17 del convenio colectivo de contact-center que vincula la extinción de los contratos de obra o servicio determinado a la duración de la contrata a la que están adscritos. No es aplicable la última sentencia dictada al respecto por el TS, pues no justifica el cambio de doctrina en relación con sus pronunciamientos anteriores y no constituye jurisprudencia.

SAN 16-9-19.

**17. El TSJ Valladolid rectifica a la TGSS en su interpretación de los requisitos del contrato de relevo**

El TSJ Valladolid, en contra del criterio de la Administración, declara que el requisito de correspondencia entre las bases de cotización del jubilado con la de los trabajadores relevistas contratados a tiempo parcial, debe calcularse disminuyendo la base de cotización en proporción a la jornada de trabajo efectivamente realizada. Considera que el criterio mantenido por la DGOSS es contrario a la Ley.

STSJ Valladolid 6-9-19.

**18. No es posible compensar la subida del SMI a 900 € con pluses extrasalariales, aunque el convenio lo permita**

Aunque lo establezca el convenio colectivo, no es posible compensar y absorber los pluses de transporte y vestuario con la subida del salario mínimo a 900 €. El ET y el RD del SMI solo contemplan la compensación y absorción entre conceptos salariales pero no la permiten entre conceptos salariales y pluses extrasalariales.

SSAN 12-9-19 y 16-9-19.

**19. Un TSJ considera que existe convivencia, a efectos de la pensión de viudedad, en una pareja que cohabita los fines de semana, festivos y vacaciones**

Convivir maritalmente no significa que los esposos deban permanecer juntos todos los días, ni siquiera que tengan que pernoctar de forma

permanente en el domicilio familiar, máxime cuando la razón de que no sea así sea la decisión de la causante de dedicarse al cuidado de su padre anciano y enfermo.

STSJ Madrid 5-7-19, EDJ 672463.

**20. Sustituir trabajadores por bots no justifica un despido objetivo**

El JS declara la improcedencia del despido objetivo de una trabajadora que es sustituida por un bot capaz de realizar las labores de 2,5 trabajadores. Considera que cuando la automatización supone sustituir a los trabajadores en sus tareas hasta desplazar a la masa laboral del mercado, por la mera competitividad de la empresa, la empresa no puede acogerse a un tipo de despido privilegiado que establece para el trabajador una indemnización inferior a la ordinaria.

SJS Las Palmas nº 10 23-9-19.

---

## Cuestiones que se desarrollan más extensamente

### El despido objetivo por absentismo justificado no vulnera la Constitución

STCo 16-10-19, cuestión nº 2690/2019.

Una trabajadora es despedida por causas objetivas. En la carta de despido la empresa alega la comisión de faltas de asistencia, aun justificadas al trabajo.

En particular se indica que durante 2 meses continuos, que suponen 40 días de trabajo, la trabajadora se había ausentado del trabajo durante 9 días, superando lo el 20% de las ausencias. Además, en los 12 meses anteriores las ausencias superaban el 5% de las jornadas hábiles.

Disconforme, la trabajadora presenta demanda contra el despido solicitando que se declare su nulidad por vulneración de sus derechos fundamentales.

Aunque el juzgado de lo social considera acreditadas las causas, considera que la regulación que permite a una empresa extinguir una relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica (ET art. 52.d) puede ser contraria a los derechos a la integridad física (Const art.15) , al trabajo (Const art.35.1) y a la protección a la salud (Const art.43.1). En consecuencia, plantea cuestión de inconstitucionalidad ante el TCo.

El Juzgado de los social considera que esta causa de despido puede condicionar el comportamiento de los trabajadores en perjuicio de sus derechos; pues ante el temor de perder su empleo, el trabajador puede sentirse obligado a acudir a trabajar pese a encontrarse enfermo, asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso podría complicar la evolución de su enfermedad.

Para resolver la cuestión, el TCo recuerda que la finalidad del ET art.52 d) es proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo (Const. art. 38), para lo cual exime al empresario de la obligación de mantener una relación laboral que se ha vuelto gravosa para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto. Además, el TCo añade que el TJUE ha interpretado la normativa europea en el sentido de que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efecto, al tratarse de una medida de política de empleo.

Respecto de la vulneración de los derechos fundamentales, señala lo siguiente:

1. Derecho a la integridad física (Const art.15). Este derecho protege a todas las personas, incluidos los trabajadores, frente a las actuaciones materiales contra el cuerpo humano que supongan un peligro grave y cierto para la salud, o producidas sin el consentimiento del afectado y sin el deber jurídico de soportarlo. En el supuesto enjuiciado, el TCo considera difícil encontrar una conexión entre este derecho y esta causa de despido, que no es el la

enfermedad del trabajador, sino el absentismo laboral. Además, el ET art. 52d) excluye de su cómputo las de bajas médicas prolongadas y los derivadas de enfermedades graves, sin duda atendiendo a que en estos casos puede existir un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados.

2. Derecho a la protección de la salud (ET art.43.1). Este derecho requiere que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios. En el supuesto enjuiciado, el TCo considera que, aunque esta norma en algún caso puede condicionar la actuación del trabajador, no desprotege la salud de los trabajadores. Sólo regula la posibilidad de extinguir el contrato por absentismo pero en ningún modo incide en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores.

3. Derecho al trabajo (ET art.35.1). En su vertiente individual el contenido de este derecho se concreta en la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedido sin justa causa. Si embargo, en el supuesto enjuiciado la norma no solo contiene el elemento de causalidad, sino que, además, dota a esta causa de objetividad y certidumbre. Además, el TCo considera que este derecho está limitado por el derecho a la libertad de empresa y por el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Considera que la regulación del ET responde al objetivo legítimo de paliar el gravamen económico que las ausencias al trabajo suponen para las empresas.

Por todo ello, el TCo considera que la norma controvertida no vulnera ninguno de los derechos fundamentales y desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Nota. La sentencia tiene contiene tres votos particulares que discrepan con el parecer mayoritario de la Sala, y consideran que se han vulnerado derechos constitucionales.

### **El TJUE considera discriminatorio el método de cálculo de la antigüedad de los fijos discontinuos**

TJUE auto 15-10-19, C-439/18 y C-472/18.

Dos trabajadoras contratadas como fijas discontinuas por la AEAT para la realización de la campaña anual del IRPF solicitan que se reconozca su antigüedad a los efectos del derecho a percibir trienios y de promoción económica y profesional. La AEAT deniega la solicitud debido a que el convenio colectivo aplicable excluía, para el cálculo de la antigüedad, los períodos no trabajados.

El JS desestima la demanda presentada por las trabajadoras al considerar correcto el método aplicado por la AEAT para el cálculo de la antigüedad. Las trabajadoras recurren la sentencia ante el TSJ Galicia con la pretensión de que se compute para el cálculo de la antigüedad, no solo los días efectivamente trabajados, sino la totalidad del tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral. El TSJ Galicia, considerando que esta forma de cálculo puede ser

discriminatoria, suspende el procedimiento y plantea al TJUE una cuestión prejudicial preguntando, en esencia, si resulta contrario al derecho de la UE la disposición contenida en un convenio y la práctica empresarial conforme a las cuales en el caso de trabajadores fijos discontinuos solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir el complemento retributivo por trienios, los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose los períodos en los que no se ha trabajado, mientras que esta práctica y normativa no se aplican en el caso de los trabajadores a tiempo completo.

El TJUE resuelve la cuestión mediante auto motivado.

Analiza la cuestión a la luz de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Dir.1997/81/CE) que se opone, por lo que respecta a las condiciones de empleo (entre las que se encuentra la retribución), a que se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial.

Conforme a la normativa controvertida la duración que se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios coincide, en el caso de los trabajadores a tiempo completo, con la duración de la relación laboral. En cambio, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, la antigüedad se calcula atendiendo solamente a la duración de los períodos efectivamente trabajados, teniendo en cuenta la reducción de las horas de trabajo. Así, un trabajador a tiempo completo adquiere el derecho a un trienio al cabo de un período de empleo de 3 años consecutivos, aunque en ese período se incluyan períodos de inactividad como vacaciones o IT. En cambio, un trabajador fijo discontinuo que trabaja 4 meses en el año, adquiere el derecho al trienio al cabo de 9 años por el simple motivo de trabajar a tiempo parcial. Se trata, por lo tanto, de una diferencia de trato basada únicamente en el trabajo a tiempo parcial.

Conforme a jurisprudencia de la UE, cuando la diferencia de trato esté justificada puede aplicarse el principio de pro rata temporis. Pero este principio no es aplicable a la fecha de adquisición del derecho a un componente de la retribución, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador y esta se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha duración.

Concluye, por lo tanto, que el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a completo implica que, a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio, la duración de la antigüedad del trabajador a tiempo parcial se calcule como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados. Además, señala que el importe de los trienios que perciben los trabajadores fijos discontinuos ya queda proporcionado anualmente conforme al principio pro rata temporis, pues únicamente se retribuyen en los períodos de actividad.

Considera, además, que esta medida constituye una discriminación indirecta por razón de sexo pues afecta negativamente a las mujeres, como muestran los

datos de la última encuesta de población activa de los que se desprende que las mujeres ocupan el 75% de los trabajos a tiempo parcial.

NOTA:

1) El TJUE puede decidir resolver mediante auto motivado, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, cuando se trate de una cuestión prejudicial idéntica a otra sobre la que ya haya resuelto, cuando la respuesta a la cuestión se pueda deducir claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta no suscite ninguna duda razonable (Rgto Procedimiento del TJUE art.99) .

2) El TS ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión relativa al reconocimiento de trienios a los trabajadores fijos discontinuos, resolviendo en cada caso en función del contenido del convenio colectivo aplicable.

### **El TS reconoce el derecho a prótesis de última generación en caso de AT**

STSUD 10-10-19.

El trabajador sufre un accidente laboral a consecuencia del cual se produce una amputación traumática de mano derecha a nivel radiocarpiano, siendo declarado en situación de IPT. A petición del trabajador, la Mutua, que asegura las contingencias, le autoriza a la colocación de una prótesis convencional no mioeléctrica que solo permite la función de pinza con un único modo de prensión por medio de los dedos pulgar, índice y medio.

En la ortopedia se le recomienda la colocación de una prótesis biónica que permite realizar el agarre con todos los dedos de la mano, ganando una gran funcionalidad en el uso de la misma en su vida diaria. A pesar de la denegación de la Mutua, el trabajador adquiere esta prótesis abonando su coste. No obstante, presenta demanda sobre prestaciones.

Mientras el juzgado de lo social, sostiene que la prestación sanitaria en supuestos de accidente de trabajo debe dirigirse a la reparación íntegra del daño, y estima la demanda, el TSJ considera que se ha infringido la normativa sobre prestación ortoprotésica que no prevé la dispensación de este tipo de prótesis, al no existir diferencia en función de la contingencia (AT o enfermedad común) de la que proviene la prestación; y estima el recurso de la Mutua.

Disconforme, el trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

Por tanto, La cuestión debatida consiste en determinar si en la implantación de una prótesis de un trabajador accidentado debe regir el principio de reparación íntegra del daño o si hay que estar a las específicas previsiones reglamentarias sobre acción protectora del Sistema Nacional de Salud.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que su doctrina sobre el alcance de la asistencia sanitaria derivada de AT/EP, en particular respecto de la prestación

ortoprotésica, establece que en las contingencias profesionales rige el principio de reparación íntegra del daño y que, a diferencia de en las contingencias comunes, la prestación debe prestarse de la manera más completa y comprender el suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarios.

Aunque esta doctrina se basa en una norma ya derogada (RD 2766/1967), para el TS se trata de una regla muy característica y está prevista en los Convenios de la OIT (nº 17 ratificado por España y por tanto aplicable y el nº 121).

Además, añade que ninguna de las normas que con posterioridad han regulado la asistencia sanitaria, en general o bajo la específica modalidad de prestación ortoprotésica, ha adoptado una previsión clara y contraria a esta doctrina. En este sentido, en la normas actualmente vigentes (RD 1192/2012 y RDL 16/2012) se omite cualquier referencia a las contingencias profesionales.

Asimismo, se considera que también debe tenerse en cuenta la diferente financiación de la asistencia sanitaria en función de la contingencia que la desencadena (a cargo de la Mutua o entidad aseguradora, a cargo del SPS) y con la propia responsabilidad empresarial objetiva y automática.

Por todo ello, el TS declara que la doctrina correcta es la que establece que en la prestación de asistencia sanitaria por AT debe presidir el derecho a la reparación íntegra del daño; que no equivale proclamar un deber de gasto incontrolado, estando sujeto a las posibilidades razonables, pero sin estarlo a las restricciones del catálogo de las prestaciones sanitarias por contingencias comunes.

Por todo ello, se estima el recurso para la unificación de doctrina planteado, casando y anulando la sentencia dictada por el TSJ.

### **Visita de la Inspección. ¿Cuándo se obstruye la labor inspectora?**

SAN 23-9-19.

Durante una visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a una empresa –residencia de ancianos- la subinspectora Laboral de Empleo y Seguridad Social, que es atendida por el gerente de la empresa, solicita entrevistarse con los trabajadores que prestan servicios como subcontratados pertenecientes a empresas ajenas. Durante estas entrevistas, y a pesar de indicarle que no debía interferir en la declaración de los trabajadores ni interrumpir la labor inspectora, el gerente lo hace constantemente. Tras finalizar estas entrevistas, la subinspectora pregunta al gerente si hay más trabajadores en la misma situación; el gerente, a pesar de responder que sí y ofrecerse a conducir a la subinspectora al lugar dónde podría encontrarlos, la dirige a la salida de las instalaciones impidiéndole el acceso al centro. Un mes más tarde, el representante de la empresa comparece ante la ITSS entregando toda la documentación solicitada, y esta levanta acta de infracción por obstrucción muy grave, imponiendo una sanción de 62.503,00 euros.

En su informe, la funcionaria actuante hace constar que comunicado el incidente a Jefatura de la ITSS, se valoró volver al centro de trabajo acompañada de las Fuerzas de Seguridad, pero se descartó la opción por la naturaleza del establecimiento.

Disconforme, la empresa presenta alegaciones en la que niega los hechos. Finalmente, se confirma la sanción impuesta y la empresa interpone demanda de impugnación de sanción, siendo competente la sala de lo social de la AN. Para resolver la cuestión la sala recuerda que los hechos plasmados en un acta de infracción que gozan de presunción de certeza. Esto supone que los hechos constatados directamente por los funcionarios de la ITSS se consideran probados salvo que la presunción haya quedado desvirtuada.

En el supuesto enjuiciado la empresa no ha conseguido demostrar que los hechos reflejados en el acta no se ajustan a la realidad. Para la Sala, en nada suaviza la obstrucción el que, posteriormente y a requerimiento y citación por parte de la Subinspectora, la empresa haya aportado toda la documentación solicitada. Considera que la visita cumple una finalidad específica que no pudo ser cumplida más que parcialmente debido a la actitud del gerente, y que no queda subsanada por la entrega de documentación posterior. Tampoco cabe atender a las hipótesis sobre si la subinspectora podría haber entrevistado a trabajadores de camino hacia o desde las dependencias a las que se dirigía, pues, en el caso de haberse cruzado con alguien, el orden de las identificaciones forma parte de sus decisiones estratégicas. Asimismo, el que la Subinspectora no acudiera a las fuerzas policiales para volver a entrar en el centro sólo indica que decidió no hacer uso de la potestad -no obligación- que le asistía en tal sentido, sin que por ello pueda deducirse la inexistencia de la obstrucción denunciada en el acta.

Concluye la AN, por tanto, que estos hechos desvelan una actitud obstruccionista intencionada, con incumplimiento de reiteradas advertencias y afectación a un número significativo de trabajadores, sin que la empresa haya conseguido desvirtuar ninguno hechos reflejados en el acta

Por todo ello, se desestima la demanda y se declara que la sanción, impuesta es ajustada a derecho y proporcionada.

### **Es discriminatorio no adjudicar la vacante a una mujer por estar en situación de maternidad**

STCo 108/2019.

En el proceso selectivo para la cobertura de una plaza de técnico superior del INE mediante contrato de interinidad quedó en primer lugar una mujer que había dado a luz el 25-7-15.

Por ello, el 4-8-15 la mujer comunica al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo manifestando expresamente que no renuncia a la plaza. Solicita, además, la reserva de la plaza hasta el momento en que se pudiera incorporar y que no se adjudique la plaza a otra persona. El INE rechaza la solicitud y, alegando la

urgencia e inmediatez con que debía cubrirse la plaza, adjudica la plaza a la persona que obtuvo la segunda mejor puntuación: una mujer que tras tomar posesión de la plaza, solicitó reducción de jornada por guarda legal.

La mujer presenta demanda solicitando que se declare vulnerado el principio de prohibición de discriminación por razón de sexo y que se proceda a su contratación con abono de las retribuciones correspondientes, a ingresar las cotizaciones a la Seguridad Social y al pago de una indemnización por daños morales (Const. art.14).

La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia mediante sentencia que el TSJ C. Valenciana revoca al entender que la decisión no se produjo por razones de sexo sino a la vista de la urgencia e inmediatez con que debía cubrirse la plaza. Considera que fue la propia trabajadora la que incumplió el deber de incorporarse a la plaza solicitada desde la que podía haber pedido la baja por maternidad.

Inadmitido el recurso de casación para la unificación de doctrina, la trabajadora recurre en amparo ante el TCo al entender que debió ser el INE quien buscara una solución no discriminatoria a la situación derivada de la maternidad, como por ejemplo su contratación y reconocimiento sucesivo de sus derechos de maternidad.

El TCo comienza su análisis señalando que la pretensión de la trabajadora no puede decaer por no haberse formalizado previamente la relación laboral, pues en caso contrario quedarían al margen de tutela la prohibición de discriminación en el acceso al empleo o en la continuidad de la carrera profesional por la maternidad.

Entrando en el fondo del asunto, el TCo considera que la actuación del INE ocasionó una discriminación directa para la mujer en estado de maternidad pues fue perjudicada por esta causa al haberse impedido su derecho a acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo.

El INE tenía la obligación de adoptar medidas o fórmulas flexibles que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso de la mujer trabajadora al empleo público ofreciendo medidas alternativas a la situación derivada de la maternidad cuando esta comunicó su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz. Sin embargo, el INE le hizo creer que esa situación impedía la cobertura inmediata del servicio, en vez de favorecer cualquier alternativa viable que la garantizara de forma compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Aclara el TCo que no puede aducirse que la discriminación causada no tuviera finalidad lesiva sino que estuvo justificada por razones de servicio y urgencia de cobertura de la plaza. Para apreciar la existencia de discriminación, basta con que quede probado que el derecho protegido estuvo en la base del perjuicio laboral sufrido por la mujer trabajadora. En el caso analizado, el perjuicio es patente ya que la mujer no pudo acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, siendo indiferente que quedase o no acreditada la motivación discriminatoria ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva, y objetivamente el perjuicio se produjo en razón de la maternidad.

También es irrelevante que se contratara a otra mujer a la que se le reconoció la reducción de jornada por cuidado de hijo. Y ello porque la prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, sino solo que se produzca un perjuicio del derecho protegido.

En atención a estas consideraciones, el TCo concluye que la actuación del INE ocasionó una discriminación directa por razón de sexo al impedir el derecho de la demandante a acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre.

Por ello, anula la sentencia del TSJ C. Valenciana que revocó la sentencia de instancia. De este modo, el INE deberá abonar a la demandante 12.791 euros por las retribuciones que le hubieran correspondido así como una indemnización de 25.000 euros por daño moral.

### **El TEDH rectifica: grabar con cámaras ocultas no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores**

STEDH Gran Sala 17-10-19, López Ribalda y otros.

La Gran Sala del TEDH ha resuelto el recurso planteado por el Gobierno de España frente a la sentencia de 9-1-2018 por la que el mismo tribunal le condenaba a indemnizar con 4.000 euros por daño moral a 5 trabajadoras despedidas tras haber sido grabadas robando en el supermercado en el que trabajaban.

En aquella sentencia, el TEDH consideraba que los tribunales españoles no garantizaron la protección efectiva del derecho de las trabajadoras al respeto de la vida privada y familiar (CEDH art.8) al declarar procedente su despido tras haber sido grabadas con cámaras ocultas.

Las trabajadoras despedidas prestaban servicios como cajeras en una cadena de supermercados. Al detectar irregularidades entre los niveles de stock del supermercado y las ventas, el empleador instaló cámaras de seguridad; unas visibles, para registrar posibles robos de los clientes, y otras ocultas situadas en las cajas registradoras. La empresa comunicó a los trabajadores la instalación de las cámaras visibles, pero no de las cámaras ocultas.

Estas cámaras captaron a varias trabajadoras apropiándose de productos sin pagarlos, y ayudando a otros compañeros y a clientes a obtener los productos sin abonarlos. La empresa se reunió con las trabajadoras implicadas y procedió a su despido disciplinario. En esta reunión, la empresa les ofreció un acuerdo por el que, a cambio de su renuncia a iniciar acciones penales, las trabajadoras se comprometían a no impugnar el despido. Aunque una parte de las trabajadoras firmó el acuerdo, todas reclamaron judicialmente el despido, siendo en todos los casos declarada judicialmente su procedencia tanto en primera instancia como en suplicación. En todas las instancias se admitió la prueba de video vigilancia al entenderla obtenida legalmente.

Inadmitido el recurso de casación ante el TS y el de amparo ante el TCo, las trabajadoras presentaron demanda ante el TEDH por considerar que el despido estaba basado en una videovigilancia efectuada sin respetar su derecho a la intimidad (CEDH art.8), y que la admisión como prueba de las grabaciones obtenidas vulneraba el derecho a un juicio justo (CEDH art.6). El TEDH estimó la demanda en el primer punto pero no en el segundo.

Ahora la Gran Sala del TEDH rectifica y considera que no hubo vulneración del derecho a la intimidad y que los tribunales españoles realizaron una ponderación adecuada entre el derecho de los recurrentes a su vida privada y el interés del empresario en proteger su patrimonio. Para llegar a esta conclusión, analiza si la medida era proporcionada para los fines perseguidos trasladando al asunto aquí enjuiciado los criterios utilizados en el asunto *Barbulescu* para analizar la validez del control de los medios informáticos:

a) Grado de intromisión del empresario. El TEDH considera que la invasión de la vida privada de las demandantes no fue de gravedad elevada ya que la instalación de las cámaras ocultas se limitó a las zonas de las cajas, donde el grado de intimidad que el empleado puede alcanzar es reducida. Además, la vigilancia duró solo 10 días y las grabaciones fueron vistas por un número reducido de personas.

b) La concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la medida. En el caso analizado la medida estaba justificada en fines legítimos pues existían fundadas sospechas de que se estaban cometiendo robos.

c) La existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo. El TEDH considera que ninguna otra medida hubiera permitido alcanzar el objetivo perseguido, que no era otro que descubrir a los responsables de las pérdidas de productos.

d) El destino dado por la empresa al resultado del control. El empleador no utilizó las grabaciones para fines diferentes al objetivo perseguido.

Respecto del argumento de las demandantes de la falta de información previa sobre la existencia de las cámaras ocultas, el TEDH considera que esta ausencia se justifica por las razonables sospechas de que se estaban cometiendo graves irregularidades y en la amplitud de las faltas constatadas al estarse cometiendo por varios empleados. Por ello, concluye que los tribunales españoles no sobrepasaron su margen de apreciación y que no hubo vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar (CEDH art.8) al declarar procedente su despido tras haber sido grabadas con cámaras ocultas.

Respecto de la vulneración del derecho a un juicio justo (CEDH art.6), el TEDH rechaza su existencia. Las grabaciones no fueron los únicos medios de prueba que los tribunales españoles tuvieron en cuenta para alcanzar su conclusión pues también se practicó la prueba testifical.

Nota:

La sentencia, contra la que no cabe recurso, contiene un voto particular.

## **Adquisición de empresa en concurso. ¿La deuda con los trabajadores se hereda?**

STSUD 11-9-19.

Los trabajadores habían prestado servicios para dos empresas hasta que fueron declaradas en concurso de acreedores, tras lo cual el juez del concurso aceptó la extinción de las relaciones laborales en la forma acordada por la administración concursal y por los representantes de los trabajadores, con las correspondientes indemnizaciones, aunque únicamente se abonaron las cantidades garantizada del FOGASA.

Con posterioridad, y como parte del plan de liquidación de la empresa, el juez del concurso autoriza la venta como unidad productiva del conjunto de activos, bienes muebles e inmuebles de la empresa, enajenándolo como un todo. En su declaración, el juez del concurso establece que la adquisición de la unidad productiva no implicará ni sucesión de empresa, ni responsabilidad por deudas laborales. Los bienes son adquiridos por otra empresa del sector que contrata a una parte de los trabajadores de la empresa en concurso, ocupando, además, el mismo inmueble que una de las sociedades concursadas.

El resto de los trabajadores interpone demanda de reclamación de cantidad, además de contra la administración concursal, contra la empresa adquirente de los bienes, solicitando el abono de las cantidades (indemnización y salario) no percibidas tras la extinción de su contrato de trabajo.

Tanto el juzgado como el TSJ consideran que, al tratarse de la misma actividad, los mismos medios materiales, mismo inmueble y en parte la misma plantilla, existe una sucesión empresarial y condenan a la nueva adquirente al abonar las cantidades no recibidas. Disconforme, la nueva empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión que se debate consiste en determinar si el juez del concurso tiene competencia para declarar la existencia o no de sucesión empresarial, es decir si la legislación concursal debe prevalecer sobre la regulación laboral y, en todo caso, si se aprecia subrogación respecto de las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo si cuando la nueva empresa inició su actividad, ya las relaciones laborales ya se habían extinguido.

Para resolver la cuestión el TS, aplicando su doctrina, recuerda que las disposiciones de la LCon sobre sucesión de empresa son también aplicables en los supuestos de transmisión de una unidad productiva pasando al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada; subrogándose el adquirente en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte.

Efectivamente, cuando la LCon regula el plan de liquidación (LCon art.148.4), se remite al procedimiento de modificación, suspensión o extinción de los contratos en el seno de un procedimiento concursal (LCon art.64) y esta remisión no sería

necesaria si solo se estuviese refiriendo a la realización de los bienes y derechos del concurso si no se entendiese que hay sucesión de empresa.

Añade el TS que, aunque la LCon establece que la transmisión de los bienes no lleva aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa (salvo acuerdo o disposición legal), y en los supuestos de sucesión de empresa el juez del concurso solo puede acordar que el nuevo adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que hayan sido asumidas por el FOGASA.

Por todo ello, el TS concluye que en el supuesto enjuiciado se ha producido una sucesión de empresa por el ET art.44, que tiene carácter imperativo, debe aplicarse en su totalidad y en todo caso. Esto supone que ni es posible exonerar de responsabilidad a la adjudicataria de las deudas salariales e indemnizatorias de los trabajadores cuyos contratos se encuentren extinguidos en el momento de la adjudicación y que, por tanto, no pudieron ser subrogados; ni tampoco lo resulta posible eludir la apreciación de sucesión empresarial ni siquiera mediante la declaración del juez del concurso.

Esto supone la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado y la confirmación de la sentencia de instancia.

Nota. Aunque no es aplicable a este supuesto, desde el 27-5-2015 la L Con art.146.bis regula las especialidades de la transmisión de unidades productivas, a la que resulta aplicable la doctrina establecida por el TS en la sentencia arriba referida.

## **Riders de plataformas colaborativas. Primera sentencia de un TSJ que los considera TRADE**

STSJ Madrid 19-9-19, Rec. 195/2019.

Un repartidor de Glovo presenta, frente a la plataforma de reparto, 3 demandas sucesivas: de despido tácito, en primer lugar; de extinción indemnizada del contrato por falta de ocupación efectiva, en segundo lugar, y finalmente, de despido expreso.

El JS Madrid nº39 desestima las 3 demandas tramitadas de forma acumulada, siendo la nota común en todas ellas la petición de reconocimiento de laboralidad de la relación existente entre las partes. Frente a la calificación del trabajador como TRADE, recurre el trabajador en suplicación al considerar que su relación con la empresa reúne las características propias de un contrato de trabajo (remuneración, ajenidad y dependencia).

El TSJ Madrid, tras recordar la facultad privativa de los tribunales de instancia de interpretar los contratos y demás negocios jurídicos, comparte la interpretación efectuada por el JS Madrid. Considera que en el trabajador concurren las notas características de TRADE, lo que se evidencia en las siguientes circunstancias.

1. Libertad de elección de la franja horaria en la que deseaba trabajar. Dentro de ese período el trabajador podía no activar la posición autoasignación, lo que significa que desea no estar disponible.
2. Libertad para aceptar los pedidos que desea realizar, pudiendo rechazarlos incluso una vez iniciada su ejecución.
3. Libertad para elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo este quien establece las características del producto y la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre el repartidor y el cliente.
4. Realización personal de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales exigidos para llevarla a cabo: una moto y un teléfono móvil.
5. La afiliación al RETA.
6. La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo.
7. No existencia de pacto de exclusividad, con respeto de los límites que marca la propia definición de TRADE.
8. No necesidad de justificar las ausencias bastando su mera comunicación.
9. Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio, cobrándolo solo si el cliente terminaba satisfecho, y asunción frente al cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto durante el transporte.

A partir de estas notas, el TSJ Madrid concluye que el repartidor organizaba con total autonomía su propia actividad sin sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial.

La prestación personal de la actividad y el carácter retribuido de la misma excluyen la concurrencia de las notas más destacadas de una relación laboral: dependencia y ajenidad. Por ello, el TSJ Madrid desestima el recurso.

Nota:

- 1) La sentencia contiene voto particular que, compartiendo los razonamientos y solución del TSJ Asturias 25-7-19, EDJ 658130, se muestra favorable a que se declare la naturaleza laboral de la relación del repartidor de Glovo.
- 2) La sentencia es recurrible en casación para la unificación de doctrina.

## La reducción del volumen de una contrata puede operar como causa de extinción del contrato de obra o servicio

SAN 16-9-19.

El Convenio colectivo de contact-center prevé en su artículo 17 la extinción del contrato de obra en caso de que concluya o se reduzca el volumen de la contrata a la que está adscrito. A juicio del sindicato CGT este precepto establece una causa de extinción del contrato distinta de las previstas para los contratos de duración determinada (ET art.49.1), por lo que presenta demanda de impugnación de convenio colectivo solicitando que se declare la nulidad del citado artículo. Aunque la cuestión ya había sido analizada por el TS, que avaló la legalidad de un precepto similar contenido en el precedente II Convenio colectivo de telemarketing (TS 16-3-05, EDJ 40753), CGT considera que esa doctrina ha quedado desbordada por la nueva doctrina del TS 4-4-19 y del TJUE 11-4-19.

La impugnación se funda en dos razones que la AN pasa a analizar:

1. El precepto configura una causa de extinción del contrato para obra o servicio determinado no prevista legalmente (ET art.15 y 49), que lleva a obviar las previsiones del despido colectivo (ET art.51) cuando se superan los umbrales previstos. La AN desestima la cuestión en base a las siguientes razones:

- La sentencia del TS 16-3-05 referido a un precepto con idéntica redacción, señaló que el convenio colectivo no está estableciendo una causa extralegal de finalización del contrato, sino que simplemente está atendiendo a los avatares que a lo largo de la duración contractual pueden surgir en orden al aumento o disminución de las necesidades de personal. Aunque esta sentencia no produce efectos de cosa juzgada, pues se trataba de la impugnación de un convenio colectivo anterior en el tiempo, obliga a seguir lo dispuesto en ella en la resolución de la presente demanda.
- La Sala de lo Social del TS ha venido considerando, no solo la posibilidad de vincular el objeto del contrato de obra a la ejecución de una determinada contrata y que opere como causa legal de extinción del contrato temporal la finalidad de la misma, sino que en estos casos, la ejecución parcial de parte de la contrata o la reducción de los servicios contratados, puede también tener virtualidad extintiva de parte de los contratos para obra o servicios determinado vinculados a la misma cuando expresamente se prevé en el convenio colectivo aplicable (TS 18-12-12, EDJ 216848)
- Respecto de la sentencia alegada por CGT (TS 4-4-2019), que rechazó que el convenio colectivo pueda regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por la disminución o reducción del volumen de la contrata al margen del ET, la AN señala que no constituye jurisprudencia pues no es doctrina reiterada y es contradictoria con lo que la misma Sala había venido sosteniendo en resoluciones anteriores; además, tampoco se justifica el cambio de criterio. Por otro lado, la citada sentencia no hace ninguna referencia a la posible ilegalidad del precepto.

2. Se establece una diferencia de trato injustificada entre trabajadores fijos y temporales en cuanto a la indemnización que perciben por la extinción de su contrato de trabajo, por una misma causa. La AN rechaza la alegación con arreglo a la doctrina jurisprudencial interna (TS 9-1-19) y comunitaria (TJUE 11-4-19, C-29/18, C-30/18 y C-44/18), que señalan que no se produce un trato desfavorable en el supuesto de la resolución de una contrata que trae como consecuencia, por una parte, la finalización de los contratos de trabajo por obra o servicio vinculados a la misma y, por otra parte, da lugar a un despido colectivo basado en una causa objetiva, de los trabajadores fijos de la empresa con derecho a una indemnización muy superior a la prevista para aquellos. Ello es así porque el trabajador que celebra un contrato temporal para obra o servicio determinado al amparo de un precepto como el que se impugna es consciente desde el momento de la firma, de que puede extinguirse no solo por la finalización de la contrata, sino también por la disminución del volumen de la misma.

En atención a estas circunstancias, la AN desestima la demanda.

### **El TSJ Valladolid rectifica a la TGSS en su interpretación de los requisitos del contrato de relevo**

STSJ Valladolid 6-9-19.

La trabajadora presenta solicitud de jubilación parcial y, en consecuencia, la entidad para la que presta servicios formaliza con ella un contrato de trabajo a tiempo parcial del 50% y simultáneamente, con un tercero un contrato de relevo a tiempo parcial en el mismo porcentaje. El INSS considera que no se ha cumplido el requisito de correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial de al menos el 65% y deniega la solicitud (LGSS art.215.2 e). La Entidad Gestora basa su negativa en un criterio interpretativo de la DGOSS, publicado en el Boletín Noticias Red 1/2018.

Disconforme, la trabajadora presenta reclamación previa y posterior demanda de Seguridad Social que es estimada por lo que interpone recurso de suplicación ante el TSJ Valladolid en el que, entre otras, la cuestión que se plantea consiste en determinar cómo debe interpretarse el requisito de correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del relevado.

El TSJ recuerda que, aunque la normativa reguladora de la jubilación parcial no exige que el puesto de trabajo del relevista y del relevado sea el mismo, sí exige que exista una correspondencia entre sus bases de cotización, de esta forma establece que la base del relevista no puede ser inferior al 65% del promedio de las correspondientes a los 6 últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Esto supone que el TSJ deba pronunciarse sobre cómo debe interpretarse este concepto "promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial".

El INSS interpreta que se refiere a la íntegra base de cotización del relevado en esos 6 últimos meses y, en cuanto el relevado es por definición un trabajador a

tiempo completo que se transforma en trabajador a tiempo parcial con motivo de su jubilación, las bases de cotización de los últimos 6 meses lo son a tiempo completo.

El TSJ considera que, en cuanto que el relevado es normalmente un trabajador a tiempo parcial, si se aplicara el criterio del INSS resultaría que para una jornada reducida (incluso del 25%) las bases de cotización del relevista deberían ser superiores al 65% de las que tuviera el relevado a tiempo completo, suponiendo en este supuesto (contrato de relevo por el 25% de jornada) que el salario del relevista (en proporción a la jornada) debiera ser como mínimo un 260% del que tenía el relevado; y en el mejor de los casos (contrato de relevo del 50% de jornada) habría de ser como mínimo del 130%.

Además, el TSJ entiende que, en la elaboración de la norma, la finalidad del legislador no era obligar a que el relevista tuviera un salario superior al relevado, como se desprende de la interpretación adoptada por el INSS, sino que su salario en ningún caso estuviera por debajo del 65% del que tenía el trabajador relevado; y lógicamente la comparación debe hacerse en términos de homogeneidad, en proporción a la parcialidad de la jornada del relevista. A juicio de la Sala, esta interpretación de la norma, que es que se había realizado hasta el criterio del INSS, es la que recoge la lógica de la norma y la intención del legislador y debe mantenerse en cuanto que la norma aplicable se ha mantenido desde entonces.

Por ello, el TSJ concluye que la reinterpretación de este requisito adoptada por la administración constituye una modificación de la norma legal mediante una mera instrucción administrativa, que carece de toda base legislativa y es contraria a su interpretación lógica, finalista e histórica.

En cuanto en el supuesto enjuiciado no se cuestiona que en este caso se cumpla el requisito del 65% de la base de cotización del trabajador relevado, calculada en proporción a la parcialidad de la jornada del relevista, se estima el recurso y se reconoce el derecho de la trabajadora a la jubilación parcial de en los términos pretendidos en su demanda.

### **Un TSJ considera que existe convivencia, a efectos de la pensión de viudedad, en una pareja que cohabita los fines de semana, festivos y vacaciones**

STSJ Madrid 5-7-19, EDJ 672463.

Una mujer, diagnosticada de cáncer de mama en julio de 2012, contrae matrimonio el 4-10-14. La mujer se turnaba con su hermana para atender personalmente a su padre, que precisaba asistencia por su edad y salud, razón por la cual pernoctaba en su domicilio de lunes a viernes. Los fines de semana, vacaciones y puentes cohabitaba con su marido, en el domicilio propiedad de este. Tras el fallecimiento de la mujer, el 2-9-2015, el viudo solicita pensión de viudedad, pero el INSS reconoce la prestación temporal de viudedad con una duración de 2 años. El viudo impugna la resolución del INSS solicitando que se le reconozca la pensión de viudedad con carácter permanente.

El JS nº 17 de Madrid, desestima la demanda pues, habiendo fallecido la mujer debido a una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, no se acredita el requisito de 1 año de duración del matrimonio o un período de convivencia que, sumado al matrimonio, supere los 2 años de duración.

Tampoco reúne el requisito alternativo de tener hijos en común.

El viudo recurre en suplicación al considerar acreditado que antes del fallecimiento de su esposa, mantuvo una convivencia con ella que superó el período de 2 años, primero prematrimonial y después matrimonial. Alega que la relación sentimental se inició en 1995 y que iniciaron los trámites para contraer matrimonio civil que fue autorizado por el Registro Civil el 26-3-2014; aunque no se celebró hasta el 4-10-2014. Además, el hecho de que la mujer pernoctara en casa de su padre los días de labor, se debía al delicado estado de salud de su padre, de cuyo cuidado se encargaba personalmente turnándose en estas labores con su hermana.

El TSJ Madrid, al contrario de lo que entendió la sentencia de instancia, considera que la fallecida no convivía con su padre, sino que compartía con él el lugar y tiempo necesarios para dispensarle la atención y cuidados personales que precisaba debido a su edad y delicada salud.

Por esta razón, se dedicó personalmente a su atención y cuidado, turnándose con su hermana en estas labores, de modo que por regla general la causante permaneció con su progenitor y pernoctó en su domicilio los días de labor de la semana, mientras que su hermana hizo otro tanto los fines de semana, festivos, puentes y vacaciones, siendo entonces cuando los cónyuges se reunían.

Por otro lado, convivir maritalmente entraña mantener una relación estable de afectividad análoga a la conyugal. Esto, a la luz de la realidad social actual, no significa que los esposos deban permanecer juntos todos los días, ni siquiera que tengan que pernoctar de forma permanente en el domicilio familiar, máxime cuando la razón de que no fuera así fuera la decisión de la causante de dedicarse al cuidado de su padre anciano y enfermo.

En suma, si ambos cónyuges mantuvieron una relación sentimental desde 1995 que persistió en el tiempo hasta el fallecimiento de la esposa, conviviendo por regla general en el domicilio del marido siempre que lo permitían los cuidados que la causante prestó a su progenitor enfermo, no hay duda de que concurre el presupuesto determinante del plazo de convivencia de dos años exigido legalmente.

Por ello, el TSJ Madrid estima el recurso y declara el derecho del viudo a percibir la pensión vitalicia de viudedad con efectos económicos desde que dejó de percibir la prestación temporal de viudedad.

