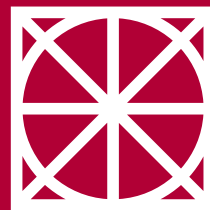


newsletter



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

JURÍDICO - LABORAL · Febrero 2021

#02

newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Febrero 2021

#02

Santiago Blanes Mompó
Socio Área Laboral



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

ÍNDICE

1. ¿Es necesario comunicar al trabajador la extinción de su contrato por IPT?.....	5
2. El plan de igualdad no puede negociarse a través de una comisión «ad hoc».....	5
3. Cuotas de Seguridad Social. ¿El cómputo de la prescripción se inicia en la fecha de devengo o en la de liquidación?	7
4. El TS declara que los permisos por nacimiento de hijo recogidos en los convenios colectivos ya no están vigentes.....	8
5. Excedencia voluntaria. ¿Hasta dónde alcanza el derecho preferente de reingreso?.....	9
6. ¿Es válida una dimisión presentada tras ser amenazado con adoptar acciones legales?	11
7. Plan de igualdad. ¿Puede negociarlo el comité de empresa resultante de unas elecciones impugnadas?.....	12
8. Empresa desaparecida y despido: El FOGASA puede anticipar la opción por la indemnización.....	13
9. ERTE COVID-19. La TGSS explica cómo presentar las declaraciones responsables	14
10. ¿Qué consecuencias tiene el despido de un enfermo de coronavirus?.....	16
11. No es discriminatorio denegar la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano.....	18
12. El TS limita los efectos económicos de la IT en caso de determinación de contingencia.....	19
13. ERTes fuerza mayor COVID-19: el TS confirma la validez del silencio administrativo positivo.....	20
14. Los datos del tacógrafo son válidos para probar el abono de las dietas a los conductores	21
15. Despido objetivo por finalización de una contrata: ¿es obligatorio recolocar al trabajador en otra similar?.....	22
16. La prohibición de concurrencia de convenios no opera en caso de ultraactividad	24
17. Se amplía el acceso al ingreso mínimo vital.....	25

18. Nueva regulación del complemento por maternidad	27
19. Personal socio-sanitario. El contagio por COVID-19 se equipara a enfermedad profesional	29
20. COVID-19. Se posibilita a los sanitarios jubilados compatibilizar jubilación y trabajo ...	30
21. ¿Es retribuido el permiso para acompañar a los hijos al médico?	32
22. Venta judicial de empresa en concurso. ¿Responde solidariamente la adjudicataria de las consecuencias del despido?	33

1. ¿Es necesario comunicar al trabajador la extinción de su contrato por IPT?

STSUD 3-2-21

Resumen

La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años, no requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, por lo que la ausencia de dicha comunicación escrita no constituye despido improcedente.

2. El plan de igualdad no puede negociarse a través de una comisión «ad hoc»

STS 26-1-21

Resumen

El TS considera que la negociación de los planes de igualdad debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa, y no es posible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión «ad hoc», que es una fórmula negociadora excepcional, habilitada por el legislador, cuando no hay representación legal.

Desarrollo

La empresa, que está integrada por cerca de 750 trabajadores distribuidos en varios centros de trabajo, cuenta con un plan de igualdad de enero de 2010.

Tras las elecciones sindicales, el comité de empresa de Sevilla y la sección sindical de uno de los sindicatos solicitan la negociación de un nuevo Plan de Igualdad, ya que la RLT no había participado en su elaboración en ningún momento, al haberse negociado con una comisión «ad hoc» formada por 5 trabajadores.

Tras una denuncia a la ITSS, la empresa accede a que la RLT participe en el seguimiento del plan y se constituye una comisión de seguimiento paritaria.

Finalmente, la representación sindical interpone demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare la nulidad del plan de igualdad. La Sala de lo social de la AN estima la demanda y declara la nulidad del plan por haber sido elaborado unilateralmente por la empresa en la empresa y sin la participación de la RLT. Asimismo, condena a la empresa a iniciar de forma inmediata la negociación de un nuevo plan. Disconforme, interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se debate consiste en determinar si es válido un plan de igualdad, cuando, al no existir representación legal de los trabajadores, se elabora unilateralmente por la empresa, previa constitución de una comisión «ad hoc».

Para resolver la cuestión el TS recuerda la normativa sobre la negociación de los planes de igualdad (ET art.85.1 y 2 y 87.1; LO 3/2007 art.45 y 46) y señala que la doctrina del TS ha venido sosteniendo que los planes deben ser negociados con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, que acrediten la legitimación exigida y únicamente contempla la opción de negociar o implantarlo unilateralmente cuando la negociación colectiva fracasa. También descarta que la negociación pueda encomendarse a una comisión «ad hoc», puesto que el Plan debe contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, lo que no permite sustituirlo por un acuerdo entre la empresa y una comisión de trabajadores creada ad hoc para su negociación.

Aplicando esta doctrina, el TS concluye que la negociación debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa y no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión «ad hoc», que es una fórmula negociadora excepcional, habilitada por el legislador, cuando no hay representación legal de los trabajadores, para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva. En el supuesto enjuiciado, la empresa suscribió el Plan de Igualdad con una comisión de 5 trabajadores, nombrados por la propia empresa, por lo que ni siquiera puede considerarse, una comisión «ad hoc», toda vez que las comisiones deben ser elegidas por los trabajadores de los centros sin representación, lo que no ha sucedido aquí.

Por último el TS recuerda que no es cierto que la doctrina del TS haya habilitado la imposición unilateral de un plan de igualdad por la empresa, puesto solo se ha admitido cuando han concurrido circunstancias excepcionales, como: el bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte; la negativa de la misma a negociar o la ausencia de cualquier tipo de representación. Ninguna de estas circunstancias concurre en el supuesto enjuiciado, puesto que sí había representantes en uno de los centros de trabajo y no consta que se les propusiera participar en la negociación del plan de igualdad, lo que revela claramente que la intención de la empresa fue la de imponer el plan unilateralmente, sin negociación alguna.

Port todo ello, el TS desestima el recurso de casación planteado y confirma la nulidad del plan de igualdad.

NOTA. EL RD 901/2020 ha descartado la utilización de las comisiones «ad hoc» para la negociación de los planes de igualdad, estableciendo que por parte de los trabajadores negociarán sus representantes legales y, en caso de carecer de RLT, los sindicatos que tengan la consideración de más representativos en el sector de que se trate (RD 901/2020 art.2 y 5).

3. Cuotas de Seguridad Social. ¿El cómputo de la prescripción se inicia en la fecha de devengo o en la de liquidación?

STS cont-adm 3-2-21

Resumen

El TS señala que el dies a quo del plazo de prescripción de las cuotas de la Seguridad Social no es el último día del mes de devengo, sino la fecha en que finalice el plazo de ingreso, es decir el último día del mes siguiente al de su devengo.

Desarrollo

Mediante Resolución de la TGSS se declara la responsabilidad solidaria de una empresa por las deudas por cotizaciones de seguridad social contraídas por sociedades integradas en el mismo grupo empresarial entre enero de 2009 y mayo de 2013 y que ascienden a 554.166,20 euros.

La empresa acude a la vía jurisdiccional solicitando, entre otras cuestiones, que se declare prescrita la deuda. La pretensión es desestimada por el Juzgado contencioso-administrativo, pero estimada en parte por el TSJ Andalucía que considera que, dado que el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de cuotas es de 4 años (LGSS art.24.1.a) y que el primer hecho interruptivo de la prescripción es una visita de inspección realizada el 19-2-2013, la deuda estaba prescrita con respecto a las cuotas del mes de enero de 2009.

La TGSS recurre en casación planteando la cuestión relativa a determinar si el término a quo del plazo de prescripción de las obligaciones de cotización con la Seguridad Social está constituido por la fecha del devengo de las cuotas o por la fecha de liquidación de las mismas.

Para la resolución de la cuestión resultan de aplicación las reglas recogidas por los art. 42.1 y 56.1 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004) que para el TS son claras e inequívocas: el plazo legal de 4 años de prescripción de las cuotas de la Seguridad Social se computa desde la fecha en que finalice el plazo de ingreso, es decir, dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo. El plazo de prescripción empieza a correr, por lo tanto, en el momento en que finaliza el período de pago, es decir, al terminar el mes siguiente a aquél en que se produjo el devengo de la cuota.

Además, conforme al art. 1969 del Código Civil el tiempo para la prescripción de las acciones se cuenta desde el día en que pueden ejercitarse, lo que significa que, si el período de pago voluntario no ha finalizado, la acción para exigirlo no puede aún ser ejercitada. La acción, por lo tanto, no puede nacer cuando aún no ha finalizado el tiempo en que el deudor puede cumplir espontáneamente.

En atención a estas consideraciones, el TS concluye que el dies a quo del plazo de prescripción de las cuotas de la Seguridad Social es la fecha en que finalice el plazo de ingreso de aquéllas. Por ello, estima el recurso de casación y considera no prescritas las cuotas devengadas en enero de 2009 porque la acción para reclamarlas no se inició hasta el 1-3-2009.

4. El TS declara que los permisos por nacimiento de hijo recogidos en los convenios colectivos ya no están vigentes

STSUD 27-1-21

Resumen

El TS declara que, tras la derogación del permiso por paternidad reconocido en el ET, los trabajadores no pueden disfrutar los 3 días de permiso recogidos, por esta misma causa, en el convenio colectivo aplicable en una empresa.

Desarrollo

El convenio colectivo de ámbito empresarial, aplicable desde el 1-1-2017, recogía en su art.30 el denominado permiso de paternidad, señalando que «además del permiso legalmente establecido, dispondrá de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto». En definitiva, mejoraba el derecho reconocido por el ET que, en la fecha de entrada en vigor del convenio colectivo, reconocía el derecho de los trabajadores a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, durante 2 días por nacimiento de hijo (ET art.37.3.b). Esta situación quedó modificada con la entrada en vigor del RDL 6/2019 que introdujo en esta cuestión dos novedades: suprimió el permiso de 2 días por nacimiento de hijo (ET art.37.3.b), y amplió la suspensión del contrato del progenitor distinto de la madre biológica a 16 semanas, siendo obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto (ET art.48.4.2º).

Tras estas modificaciones legislativas, la empresa considera que el art.30 del convenio colectivo que mejora el permiso legal por paternidad ya no está vigente. Disconforme con esta interpretación, la representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se reconozca el derecho de los trabajadores a seguir disfrutando los 3 días de permiso por paternidad previsto en el convenio colectivo. El TSJ desestimó la demanda por lo que la representación sindical interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar los efectos de la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, que reconocía el ET y la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores sobre la previsión del convenio colectivo de empresa.

Para el TS, la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo es una consecuencia directa de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de los dos progenitores: en ambos casos 16 semanas. Considera el TS que si adicionalmente se mantuviera el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, vinculado a la menor duración de la anterior suspensión del contrato por paternidad, se daría la paradoja de que el progenitor distinto de la madre biológica podría llegar a tener un periodo de tiempo de exoneración de la obligación de trabajar superior al de la propia madre biológica. Asimismo, la regulación actual del ET art.48.4 impone que, de las 16 semanas que corresponden al progenitor distinto de la madre biológica, 6 de ellas, se deben disfrutarse inmediatamente después del parto, dejando sin espacio al anterior permiso retribuido de dos días por nacimiento, que, además, es un permiso retribuido y no de una causa de suspensión del contrato de trabajo.

En el supuesto enjuiciado, el convenio colectivo hace referencia al permiso legalmente establecido, suprimido por la reforma legislativa tras la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores y establece que debe disfrutarse inmediatamente después del nacimiento del hijo. En cuanto que el ET art.48 dispone que de la suspensión de 16 semanas, 6 deben ser disfrutadas inmediatamente después del parto -tanto en el caso de la madre biológica como en el del otro progenitor- no hay ya espacio temporal para el disfrute previo del permiso retribuido de dos días por nacimiento. Para el TS que carece de sentido que este derecho sea disfrutado con posterioridad a la suspensión del contrato por nacimiento y, además, aplicando las reglas de interpretación de las normas y de los convenios colectivos, carece de sentido un permiso retribuido de tres días por nacimiento, tan alejado de dicho nacimiento.

Añade el TS que el hecho de que tras el RDL 6/2019 no se pueda seguir aplicando las previsiones del Convenio no significa que la empresa tenía que haber recurrido al procedimiento de MSCT (ET art.41) por tratarse de un convenio colectivo, pero tampoco debió acudir a un procedimiento de inaplicación del convenio colectivo. El permiso por nacimiento de hijo ha devenido inaplicable no por que la empresa esgrima las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino porque una norma sobrevenida (RDL 6/2019) ha hecho que un precepto del convenio colectivo

Por todo ello, se desestima el recurso planteado y se confirma la sentencia dictada por el TSJ País Vasco.

5. Excedencia voluntaria. ¿Hasta dónde alcanza el derecho preferente de reingreso?

STSUD 20-1-21

Resumen

Una vez solicitada por el excedente voluntario la reincorporación en la empresa, esta no puede ocupar puestos de trabajo de igual o similar categoría ni mediante nuevas contrataciones ni mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial en contratos indefinidos y a tiempo completo.

Por ello, se reconoce el derecho de reingreso de una trabajadora cuando queda acreditado que, después de solicitar la reincorporación, la empresa realizó múltiples contrataciones de duración determinada para realizar las funciones propias de su puesto de trabajo.

Desarrollo

El 30-1-2016, una redactora de RTVE reitera, tras varias solicitudes rechazadas, su solicitud de reincorporación desde la situación de excedencia voluntaria. La solicitud es nuevamente rechazada por considerar la empresa que su reincorporación debía seguir el orden de prelación

establecido en el procedimiento de cobertura de vacantes recogido en el convenio colectivo y según el cual tendrían preferencia quienes hubiesen solicitado traslado o se encontrasen afectados por un cambio de categoría o promoción profesional. Dado que desde 2015 no se ha producido ningún procedimiento de cobertura de vacantes, a juicio de la empresa, la trabajadora excedente no puede afirmar su derecho preferente.

No obstante, desde enero de 2015 la empresa suscribe 151 nuevos contratos temporales, todos ellos para la categoría en la que se encuentra incluida la trabajadora.

Por ello, la trabajadora presenta demanda solicitando que se reconozca su derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo.

Tras ver desestimada su demanda en suplicación, recurre la trabajadora en casación para unificación de doctrina.

Recuerda el TS que en la excedencia voluntaria no existe una obligación de la empresa de reservar el puesto para el trabajador excedente, pudiendo disponer de la plaza tanto con nuevas contrataciones, como mediante la reorganización de tareas, la amortización de las mismas o incluso la externalización de las funciones. Resulta lícito, por lo tanto, que la empresa disponga de la plaza en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo.

Ahora bien, la cuestión es distinta a partir del momento en que el excedente formula la solicitud de reingreso. Desde ese momento no resulta ya admisible que la empresa proceda a ocupar puestos de trabajo de igual o similar categoría no solo mediante la contratación de personas no vinculadas a la empresa, sino ni siquiera mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial en contratos indefinidos y a tiempo completo. Y esto último porque frente al derecho preferente del trabajador excedente no cabe oponer la transformación del empleo fijo en una contratación temporal y parcial (TS 12-2-15, EDJ 21845; 8-2-18, EDJ 185598). De este modo, prevalece el derecho preferente del excedente voluntario cuando, una vez solicitado el reingreso, queda evidenciado que la empresa necesita de personal de las mismas características.

Y esto es lo que ocurre en el caso analizado. La justificación de que la reincorporación no es posible si no se ha puesto en marcha procedimiento de cobertura alguno solo sirve si la causa de la falta de puesta en marcha del procedimiento de cobertura de vacantes es que no existían vacantes que cubrir. Pero en el caso analizado las funciones propias del puesto de la trabajadora han seguido estando necesitadas de cobertura después de que esta solicitara el reingreso, que se han cubierto a través de numerosos contratos de duración determinada, lo que revela una transformación del empleo.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina y reconoce el derecho de la trabajadora a su puesto de trabajo.

6. ¿Es válida una dimisión presentada tras ser amenazado con adoptar acciones legales?

STSUD 20-1-21.

Resumen

El TS declara que poner en conocimiento del trabajador la existencia de hechos graves, que pueden tener consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitarlas, no significa que se le esté coaccionando, ya que lo que se anuncia es un ejercicio correcto y no abusivo de un derecho (despido disciplinario o interposición de denuncia o querrela).

Desarrollo

Dos trabajadores, que prestaban servicios para un supermercado, en un momento de la jornada cogen un refresco y una bolsa de patatas, que consumen en el propio establecimiento y que abonan, cuando son sorprendidos por un inspector de la empresa.

Estas conductas contravienen las normas de la empresa que son conocidas y habían sido firmadas por los trabajadores. Al finalizar la jornada, la supervisora de la tienda se reúne con los trabajadores comunicándoles que se habían detectado llamativas pérdidas de existencias en el establecimiento y que la intención de la empresa era despedir a ambos por motivos disciplinarios y, eventualmente, emprender acciones penales.

Para evitar la adopción de estas medidas, los responsables del establecimiento conminan a la trabajadora a firmar la baja voluntaria y, tras 15 o 20 minutos de conversación, los trabajadores redactan un documento manifestando su voluntad de causar baja voluntaria en la empresa. Transcurridos 15 minutos desde la firma de la baja voluntaria, la trabajadora regresa a tienda retractándose de su decisión, lo que no es admitido por la empresa.

Los trabajadores presentan demanda de despido que es estimada en la instancia declarando la improcedencia de los despidos, pero desestimada en suplicación al considerar el TSJ que se trata de una baja voluntaria. En consecuencia, los trabajadores interponen recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en determinar si es válida una dimisión producida como consecuencia de la amenaza empresarial de adoptar medidas legales contra el trabajador

El TS recuerda que la persona trabajadora tiene la facultad de resolver por su propia y exclusiva decisión la relación contractual de trabajo, siempre y cuando exteriorice una manifestación inequívoca de esa voluntad extintiva, que surte efectos siempre y cuando no adolezca de alguno de los vicios del consentimiento (error, dolo, la violencia o intimidación) (ET art.49.1d).

Y para resolver el recurso recuerda que según su jurisprudencia, el hecho de que se ponga en conocimiento de la persona trabajadora la existencia de unos hechos graves, que podrían comportar una serie de consecuencias legales, laborales y penales, dándole la oportunidad de optar por el cese para evitar la adopción de las correspondientes medidas, no significa en absoluto que la empleadora se ejerza coacción sobre él, puesto que para que la conducta de la empresa previa a la toma de decisión pueda calificarse de amenaza o intimidación ca-

lificable como vicio del consentimiento, es preciso que la misma revista un matiz antijurídico o ilícito. Considera que esto no se produce cuando lo que se anuncia es el posible ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, como es el relativo a un posible despido disciplinario y la interposición de denuncia o querrela.

Respecto de la valoración de la retractación, el TS considera que, una vez comunicada, la dimisión con eficacia inmediata no es susceptible una retractación posterior. Señala que la excepción a la efectividad y validez de la retractación solo se ha aceptado en los supuestos de preaviso, siempre que la relación jurídica siga existiendo y no se irroge un perjuicio sustancial a terceros. Lo que no sucede en el supuesto enjuiciado en el que en ningún momento se ha plantado un plazo de dilación para el cese efectivo.

En definitiva, el TS desestima el recurso de casación de doctrina y confirma la sentencia dictada por el TSJ.

7. Plan de igualdad. ¿Puede negociarlo el comité de empresa resultante de unas elecciones impugnadas?

SAN 15-12-20

Resumen

El momento en que ha de existir y probarse la legitimación para negociar un plan de igualdad es cuando se constituye la mesa negociadora. La mera impugnación del proceso electoral no invalida el comité de empresa resultante, sino que se requiere el pronunciamiento del órgano competente.

Desarrollo

El 14-9-18 la empresa, con centros de trabajo en Barcelona, Madrid y Sevilla, informa a las secciones sindicales/representación unitaria de su intención de actualizar o sustituir el plan de igualdad. El 16-10-18 se constituye la mesa negociadora que el sindicato CSC impugna al considerar que no está válidamente elegida puesto que las elecciones a representantes de los trabajadores del Comité de empresa de Sevilla de 27-6-18 han sido impugnadas. En consecuencia, considera que el comité de empresa de Sevilla vigente debe ser el resultante de las elecciones anteriores.

No obstante, la comisión negociadora se reúne en 13 ocasiones sin la comparecencia de CSC, a pesar de ser convocado, y el 4-3-19 se aprueba el plan de igualdad. El sindicato CSC presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare la nulidad del plan de igualdad o, subsidiariamente, de algunos apartados del mismo por, entre otras cuestiones, falta de legitimidad de la comisión negociadora.

La AN recuerda que la elaboración de los planes de igualdad es una manifestación propia de la negociación colectiva, que debe realizarse necesariamente con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores (ET art.87, 88 y 89). Según doctrina del TS, el mo-

mento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones, esto es, la fecha de constitución de la mesa negociadora y no otra posterior, pues si se atendiese al resultado de posteriores elecciones -tratándose del banco social- se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación. El mero hecho de que el proceso electoral haya sido impugnado no le priva de eficacia -para lo que se requiere pronunciamiento del órgano competente- ni atribuye eficacia a la representación anterior ya que la prórroga del mandato representativo se produce tan solo si finalizado el período correspondiente todavía no se han promovido y celebrado nuevas elecciones (ET art.67.3). Si existen dudas respecto de la legitimidad del nuevo comité, sólo se puede actuar al respecto tras la resolución que declare nulo el proceso negociador o la elección derivada del mismo para iniciar un nuevo proceso negociador en orden a suscribir otro convenio, pero nunca resucitar a un comité que había perdido vigencia estando vigente ya el nuevo comité elegido.

El traslado de esta doctrina al supuesto enjuiciado, determina que, deba desestimarse la demanda relativa a la posible nulidad del plan de igualdad ante una hipotética nulidad del proceso electoral de 27-6-2018.

8. Empresa desaparecida y despido: El FOGASA puede anticipar la opción por la indemnización

STSUD 1-2-21

Resumen

El TS declara que cuando una empresa se encuentre en un proceso concursal, haya sido declarada insolvente o desaparecida, siendo imposible la readmisión, y no haya comparecido en juicio, el FOGASA puede anticipar la opción entre indemnizar o readmitir que corresponde al empresario, y por tanto, limitar el devengo de salarios de tramitación.

Desarrollo

El trabajador prestaba servicios para la empresa mediante contrato a tiempo parcial hasta que la empresa le notifica la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas. Aunque la empresa se encuentra cerrada y ya no desarrolla actividad alguna, el trabajador presenta demanda contra el despido, que es estimada, declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa, sin perjuicio de la responsabilidad del FOGASA, a abonar una indemnización calculada hasta la fecha de la sentencia. El FOGASA interpone recurso de suplicación, que es desestimado, por lo que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en determinar si el FOGASA puede ejercitar la opción en favor de la indemnización en el acto del juicio y si, en consecuencia, el importe de aquélla debe determinarse hasta la fecha del despido y no de la sentencia como se estableció en la sentencia recurrida.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que, según su doctrina, cuando el despido sea declarado improcedente, con opción entre indemnización y readmisión para el empresario, si se produce su incomparecencia al acto de juicio, el FGS debe asumir su posición.

La razón está en la necesidad de preservar la defensa del FOGASA, ya que su obligación legal le va a convertir en acreedor de los efectos de la declaración de improcedencia del despido. Asimismo, la LRJS autoriza al FOGASA a instar en un proceso lo que convenga en Derecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) No comparecencia de la empresa en el acto del juicio.
- b) Tratarse de empresas de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas y que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo imposible o de difícil realización la readmisión.
- c) Que el titular de la opción fuere el empresario, pues no se puede sustituir el derecho de opción de quien no lo tiene.
- d) Que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

Respecto de los salarios de tramitación, el TS considera que cuando la persona trabajadora ha obtenido sentencia favorable declarando la improcedencia de su despido tiene derecho a ellos desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción laboral, siempre que:

- a) La extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante.
- b) En el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material.

En el supuesto enjuiciado, la empresa no compareció al acto del juicio, el trabajador no ostentaba la condición de representante legal o sindical y el FOGASA adelantó la opción por la indemnización en el momento del juicio. Por ello, para el TS ninguna duda podía haber sobre la posibilidad de adelanto de la opción por parte del FGS.

Por todo ello, se estima el recurso de casación para unificación de doctrina, casando y anulando la sentencia recurrida.

9. ERTE COVID-19.

La TGSS explica cómo presentar las declaraciones responsables

BNR 2/2021

Resumen

Mediante el nuevo BNR 2/2021, la TGSS informa de cómo presentar las declaraciones responsables y la identificación de trabajadores afectados por los ERTE recogidos en el RDL 2/2021. Informa también, entre otras cuestiones, de la creación de nuevas liquidaciones de cuotas L90, de novedades en el servicio CASIA y de la nueva versión del fichero FIE.

Desarrollo

El nuevo BNR 2/2021 incluye información sobre las siguientes cuestiones.

1. Recoge la forma en que se debe presentar la declaración responsable y la identificación de los trabajadores afectados por los ERTE previstos en el RDL 2/2021. A estos efectos, se crean los siguientes nuevos CPC que estarán disponibles a partir del 26-2-2021:
 - CPC 074: ERTE por impedimento iniciados a partir del 1-2-2021.
 - CPC 075: ERTE por limitación iniciados a partir del 1-2-2021.
 - CPC 076: Tránsito de ERTE FM a ERTE ETOP entre e 1-2-2021 y el 31-5-2021 de empresas incluidas en sectores con elevada tasa de cobertura por ERTE y reducida tasa de recuperación de la actividad.
 - CPC 077: tránsito de ERTE FM a ERTE ETOP entre el 1-2-2021 y 31-5-2021 de empresas dependientes o que formen parte de la cadena de valor de empresas incluidas en sectores con elevada tasa de cobertura por ERTE y reducida tasa de recuperación de la actividad.

La renuncia expresa al ERTE debe comunicarse a través de la opción CPC 063, y la renuncia a las exenciones por reparto de dividendo a través de la opción CPC 064. La renuncia expresa a exenciones debe realizarse a nivel de empresa por lo que presentada la renuncia para un CCC se extienden sus efectos sobre todos los CCC vinculados.

2. Suspensión de la aplicación de los tipos de cotización por contingencias profesionales y por cese de actividad en el RETA a partir del período de liquidación de febrero de 2021.
3. Nuevas liquidaciones de cuotas L90 para los supuestos en que se detecten diferencias entre la base de cotización aplicada en las liquidaciones ordinarias y las que debería haberse incluido. Estas liquidaciones conllevan la generación automática de una reclamación de deuda con recargo del 20%, que se notifica acompañado del boletín de ingreso TC1/31 para que se realice el ingreso.
4. Se implementan dos novedades en el servicio CASIA:
 - Cierre automático de casos tipo Consulta y Error/Incidencia que pasarán al estado Cerrado-De oficio cuando hayan transcurrido 20 días naturales desde que se encuentren en estado Abierto-solicitada información sin que se haya aportado la información o documentación solicitada.
 - Nuevos trámites para la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos en el Sistema especial de empleados de hogar: cambio contrato efectos retroactivos y cambio nº horas/mes efectos retroactivos
5. Nueva versión del fichero INSS-Empresas (FIE) que se pondrá en funcionamiento el 8-3-2021 recogiendo novedades en los siguientes aspectos:
 - Segmento DIT. Datos de Incapacidad Temporal.
 - Segmento IT2: Datos de Incapacidad Temporal 2 mediante el que se comunican datos relativos al accidente de trabajo o enfermedad profesional.
 - Segmento ITD. IT pago directo en el que se comunicarán los expedientes de pago directo en los que la entidad responsable sea el INSS o el ISM.

- Segmento OIT. Otros datos de IT.
 - Segmento CIT. Continuación situación en IT.
 - Segmento DIP. Datos Incapacidad permanente.
 - Segmento DOP. Datos de otras prestaciones, en las que se introducen campos relativos a los coeficientes de parcialidad.
6. Se recuerda que la remisión del certificado de empresa mediante el sistema RED para las prestaciones por Nacimiento y cuidado de menor, no solo es obligatoria sino que es esencial para el reconocimiento automático a través del TUSS de la prestación.
 7. Se recuerda la posibilidad de que cualquier usuario de una autorización pueda descargar desde la página web las respuestas generadas para dicha autorización con independencia de quien fuera el destinatario inicial.
 8. A partir del período de recaudación de marzo de 2021, se modifica el cálculo de la fecha de plazo reglamentario de las liquidaciones L 03 aplicándose las condiciones de ingreso que tenía autorizado el CCC correspondiente en el momento en que se abonaron o debieron abonarse los atrasos (fecha de control).

10. ¿Qué consecuencias tiene el despido de un enfermo de coronavirus?

S Jdo Social Murcia 10-2-20

S Jdo Social Mataró nº1 1-2-21

Resumen

Dos juzgados de lo social han declarado la nulidad del despido de dos trabajadores enfermos de coronavirus producidos en los días siguientes a la declaración del primer estado de alarma, en los que había una situación de temor generalizado a contagios masivos. Consideran que el verdadero motivo del despido ha sido que los trabajadores eran sospechosos de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa, circunstancia que se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante.

Desarrollo

En el supuesto enjuiciado por el Juzgado de Mataró (Jdo social núm 1 1-2-2021), el trabajador prestaba servicios para la empresa mediante contrato de trabajo de obra o servicio determinado. El 25-2-2020 causa baja por IT por «infección de Covid 19» y el 27-2-2020 la empresa da de baja al trabajador en la Seguridad Social sin comunicación previa.

En el enjuiciado por el Juzgado de Murcia (Jdo Social núm 9 10-12-20) , se trata de una trabajadora que prestaba servicios para la empresa mediante contrato indefinido para un establecimiento de comercio de los considerados esenciales según la declaración de Estado de

alarma que el 19-4-2020 inicia un proceso de IT por posible contagio por COVID 19. EL 20-4-2020, la empresa le comunica su despido disciplinario, imputándole la comisión de faltas muy graves, mediante amonestaciones verbales. La ITSS levanto acta de infracción a la empresa concluyendo que se ha producido una lesión del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

En ambos supuestos los trabajadores presentan demanda de despido solicitando que se declare su nulidad por vulneración de los derechos fundamentales con base en la doctrina del TJUE según la cual la el concepto de enfermedad se asimila al de discapacidad cuando este produce una limitación duradera en la vida profesional (asunto Daoudi).

Ambos juzgados consideran que el verdadero motivo del despido no han sido la situación de IT, por la mayor o menor duración del proceso, si no que los trabajadores eran sospechosos de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa, circunstancia que se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo.

Hay que tener en cuenta el momento en que se produce el despido, acababa de declararse el estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado a contagios masivos. Lo relevante, en ambos casos, es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio.

Por todo ello, en ambas sentencias se concluye que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador e infringiendo la prohibición de discriminación y que el despido ha supuesto una barrera al impedir su recuperación y con ella la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones de los demás trabajadores. Ambos juzgados declaran la nulidad del despido y condenan a las empresas a la readmisión de los trabajadores con el abono de salarios de tramitación.

Ambos juzgados recuerdan que cuando una sentencia declara la existencia de vulneración, el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización adicional que, en su caso, puede corresponder a los trabajadores en función, tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Aunque se ha acreditado que las empresas acordaron la extinción de la relación laboral con vulneración de derechos fundamentales e infracción de prohibición de discriminación, resulta muy difícil o costoso para los trabajadores acreditar el importe del daño moral que se ha de resarcir.

A estos efectos, el TS ha avalado acudir al criterio prudencial de la LISOS en cuanto al importe de las sanciones establecidas en la misma para las infracciones. En los supuesto enjuiciados, la actuación de la empresa tiene correlación con la infracción muy grave tipificada en la LISOS 8.12 y el juzgador estima que ha de aplicarse en grado mínimo consistente en el abono de una indemnización de 6.250 euros en concepto de indemnización por daño moral, más el interés legal del dinero.

En ambos supuestos se estima la demanda, declarando la nulidad del despido con la consecuencia de la readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación y se condena a las empresas al abono de una indemnización adicional de 6.250 euros.

11. No es discriminatorio denegar la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano

STCo 25-1-21

Resumen

El TCo rechaza que sea discriminatorio denegar la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito gitano ya que la unión así celebrada no tiene validez civil y no puede equipararse a una pareja de hecho al no estar inscrita como tal.

Desarrollo

Una mujer presenta demanda de amparo ante el TCo frente a la sentencia del TS por la que se le deniega la pensión de viudedad después de haber fallecido su pareja con la que estaba unida en matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos.

La pareja convivió, al menos, durante los 15 años anteriores al matrimonio y tuvieron 5 hijos que aparecen inscritos en el libro de familia como hijos naturales de padres solteros.

El motivo por el que el TS deniega la pensión es la falta de acreditación de los requisitos exigidos para acceder a la viudedad pues no estaban unidos por matrimonio válido ni estaban inscritos como pareja de hecho.

Para el TCo, no concurre en el caso analizado una forma de discriminación directa de la etnia gitana, sino la consecuencia ordinaria de la decisión personal, libre y voluntaria de no acceder a alguna de las fórmulas de constitución en Derecho del vínculo que da derecho a la pensión de viudedad.

En efecto, los matrimonios celebrados conforme a los usos y costumbres gitanas no tienen en el ordenamiento español efectos de validez civil. Tampoco puede equipararse la unión conforme a los usos y costumbres gitanas con las uniones de hecho debidamente formalizadas pues la inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho o la formalización mediante escritura pública es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica.

No considera aplicable al caso, por no concurrir las mismas circunstancias, la sentencia del TEDH 8-12-09 que reconoció el derecho a la pensión a una mujer gitana teniendo en cuenta su buena fe y legítima confianza en los plenos efectos del matrimonio gitano dado que la administración así lo venía reconociendo en determinados documentos oficiales (libro de familia, reconocimiento de la condición de familia numerosa, el marido estaba afiliado a la Seguridad Social figurando a su cargo su mujer y sus hijos...).

La sentencia contiene un voto particular que considera que existe discriminación indirecta al denegar la prestación de viudedad a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní que no sean inscritas en los registros específicos.

12. El TS limita los efectos económicos de la IT en caso de determinación de contingencia

STSUD 13-1-21

Resumen

El TS reduce los efectos económicos derivados del cambio de contingencia de un proceso de IT a los 3 meses anteriores a su solicitud. De este modo, si la IT es inicialmente reconocida como derivada de contingencias comunes, únicamente se va a poder percibir desde el inicio la mayor cuantía derivada del reconocimiento de la contingencia profesional si la determinación de contingencia se solicita en los 3 primeros meses.

Desarrollo

Un trabajador inicia proceso de IT por enfermedad común el 4-11-2014 por infarto agudo de miocardio. El 30-4-2015 presenta solicitud de determinación de contingencia que es acogida en primera instancia mediante sentencia que declara que la IT deriva de accidente de trabajo y fija los efectos económicos de tal declaración en la fecha del hecho causante. Confirmada la sentencia en suplicación, recurre la MCSS en casación por unificación de doctrina alegando infracción del art.53.1 LGSS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si los efectos económicos del reconocimiento de la contingencia profesional se retrotraen a la fecha de inicio de la situación de IT o deben limitarse a los 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud de determinación de contingencia.

El art.53.1 LGSS establece que los efectos económicos del reconocimiento de las prestaciones se producen a partir de los 3 meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Como consecuencia de la aplicación de este precepto, los efectos económicos de las prestaciones de Seguridad Social se generan en la fecha del hecho causante si la solicitud se presenta en los 3 meses siguientes, pero si se presenta una vez transcurrido este plazo los efectos se retrotraen a los 3 meses anteriores.

No obstante, esta regla no es aplicable al reconocimiento de la prestación de IT ya que se rige por el principio de oficialidad, de manera que el abono de la prestación se hace efectivo de modo directo y automático una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación, lo que hace innecesaria la expresa presentación de solicitud.

Pero este principio quiebra cuando lo que se discute es la etiología de las dolencias de las que deriva la IT puesto que en estos casos sí es necesario que el trabajador presente una solicitud de determinación de contingencia para discutir la calificación de enfermedad común atribuida por el INSS y, además, debe aportar toda la prueba necesaria para acreditar la naturaleza profesional de las dolencias.

Por ello, el TS estima el recurso y determina que debe ser de aplicación el art.53.1 LGSS y limitar los efectos económicos derivados del reconocimiento de la contingencia profesional a los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud.

13. ERTes fuerza mayor COVID-19: el TS confirma la validez del silencio administrativo positivo

STS 25-1-21

Resumen

El TS confirma la validez de un ERTE por fuerza mayor solicitado durante el estado de alarma y que afecta a la totalidad de la plantilla, al entenderlo autorizada por silencio administrativo positivo, aun cuando posteriormente haya recaído resolución expresa reforzando la calificación y efectos del silencio. Considera que la empresa concesionaria de un servicio público no ha actuado fraudulentamente al solicitar la suspensión total de los contratos laborales, pues está totalmente imposibilitada para continuar su actividad.

Desarrollo

La empresa, cuya actividad es la de centros de educación infantil solicita a la autoridad laboral, la tramitación de un ERTE por fuerza mayor como consecuencia del COVID-19 (RDL 8/2020 art.22). Alega que a partir del 12-3-2020 la actividad docente quedó suspendida en la mayoría de las CCAA y que, como consecuencia del estado de alarma, se produjo la suspensión automática de los contratos públicos de servicios vigentes.

Asimismo, alega que la totalidad de los ingresos de la empresa provienen de la explotación de guarderías de titularidad pública a través de estos contratos públicos, que ni se han podido cobrar ni se pueden facturar los servicios al estar suspendidos. En principio el ERTE se aprueba por silencio administrativo, si bien con posterioridad recae resolución expresa constatando la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa como causa justificativa de la suspensión de la totalidad de los contratos de trabajo (187 personas).

Una de las representaciones sindicales plantea demanda de conflicto colectivo ante la sala de social de la AN solicitando que se declare nula o, en todo caso, injustificada la medida empresarial adoptada condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración, con reposición al personal a su situación jurídica previa a la aplicación, y en concreto, con reintegro de salarios dejados de abonar y realización cotizaciones no efectuadas respecto de la totalidad del personal afectado por la medida. La AN desestima la demanda y en consecuencia se plantea recurso de casación ante el TS.

Entre los motivos de recurso los recurrentes han alegado tanto la inexistencia de fuerza mayor como la validez de resolución presunta estimatoria. A tal efecto el TS recuerda que el RDL 8/2020 art.22 establece que el procedimiento debe iniciarse mediante solicitud de la empresa, acompañado un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa de la situación. En el supuesto enjuiciado la documentación fue aportada por la empresa y la empresa cumplió con las exigencias legales, por lo que nada impide que opere el silencio administrativo positivo. Señala que aunque en las medidas para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RD 8/2020) no se hace referencia al silencio positivo, en las medidas posteriores (RDL 9/2020) sí se hace remisión a la LPAC art.24, que como regla general, otorga sentido positivo, al silencio administrativo. Esto implica que

solicitud deba entenderse aprobada por silencio administrativo positivo en el supuesto de que no se dicte una resolución expresa en el plazo de 5 días (RDL 8/2020 art.22.2.c). En consecuencia, debe entenderse constatada la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo positivo, aunque, como en el supuesto enjuiciado, posteriormente, haya recaído resolución expresa, los que constata su existencia y refuerza la calificación y los efectos del silencio administrativo.

Por lo que se refiere a la apreciación de la fuerza mayor, el TS señala en cuanto que la solicitud de la empresa fue aprobada inicialmente por silencio administrativo positivo y posteriormente por resolución expresa, la existencia de fuerza mayor ya queda constatada. Se considera acreditada, al encontrarse en uno de los supuestos de hecho descritos en el RDL 8/2020 art.22, lo que determina pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19 y es causa justificativa de la suspensión de los 187 contratos de trabajo de los trabajadores de su plantilla. Los efectos se producen desde la entrada en vigor del estado de alarma y que, manteniéndose durante el tiempo que permanezca vigente en estado de alarma declarado por el gobierno y sus prórrogas. Por ello, se debe respetar el contenido de la resolución administrativa autorizadora en tanto en cuanto la misma no ha sido impugnada, anulada o se ha dictado resolución suspendiendo su ejecutividad.

También es objeto de recurso de casación se alega la infracción del RDL 8/2020 art.34 que establece medidas específicas en caso de contratación pública durante la crisis del COVID-19. Entre estas medidas prevé que los gastos laborales ocasionados por la suspensión de los servicios sean indemnizables por la administración. Aunque los recurrentes consideran que la aplicación de esta medida excluye la aplicación del ERTE, el TS interpreta que las empresas contratistas del Sector Público sí pueden hacer uso de los ERTE, y cuando afecte al personal adscrito a la prestación de ese servicio y también pueden instar los mecanismos indemnizatorios previstos en este artículo. En definitiva, considera que el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Por todo lo expuesto, el TS desestima el recurso de casación y se confirma sentencia de instancia que declaró ajustada a derecho la suspensión de los contratos de trabajo.

14. Los datos del tacógrafo son válidos para probar el abono de las dietas a los conductores

STS cont-adm 14-12-20

Resumen

Para que las dietas que las empresas de transporte abonan a sus empleados conductores queden excluidas de la base de cotización no se exige justificar la realidad de los gastos, siendo suficiente con justificar la realidad de los desplazamientos, pues los gastos son inherentes al desplazamiento.

Desarrollo

La TGSS levanta acta de liquidación a una empresa de transporte de mercancías por diferencias de cotización en los períodos de agosto 2012 a diciembre 2015. En ese período la empresa no incluyó en las bases de cotización de sus empleados conductores las cantidades satisfechas como dietas pero que a juicio de la TGSS deben entenderse como salario dado que la empresa no acreditó los gastos en que incurrieron sus trabajadores con motivo de los desplazamientos.

Frente a la desestimación del recurso alzada, la empresa presenta recurso contencioso administrativo. El TSJ Málaga lo estima parcialmente al considerar que no es necesario justificar la realidad de los gastos efectivamente soportados por los trabajadores, siendo suficiente con acreditar la realidad de los desplazamientos realizados.

La TGSS recurre en casación planteando la cuestión relativa a si las dietas abonadas por las empresas de transporte para compensar los gastos soportados por el conductor como consecuencia de los desplazamientos a los que le obliga el desarrollo de su puesto de trabajo, requieren o no prueba del gasto previo realizado para quedar excluidas de la base de cotización en el RGSS.

El TS parte de la presunción de que todo dinero que percibe un trabajador de su empresa es salario, debiendo integrar la base de cotización. Pero si lo abonado es para compensar o indemnizar al trabajador por los gastos de manutención y desplazamiento, ya no es salario sino dieta, por lo que queda excluido de la base de cotización. Corresponde a la empresa probar que lo abonado responde a ese concepto indemnizatorio o compensatorio. Para ello, la empresa debe justificar la realidad del viaje realizado por el conductor conforme a su actividad mercantil de transporte: su origen y destino, viaje de retorno, vehículo, conductor y, en su caso, días de viaje. Justificada la realidad del desplazamiento no puede negarse la realidad de las dietas pues los gastos de manutención y estancia son inherentes al desplazamiento.

No existe, por lo tanto, obligación de acreditar los gastos de manutención y estancia que no excedan de las cuantías excluidas de IRPF (RIRPF art.9.3.A) a las que el RD 2064/1995 art.23.2.a remite a efectos de su exclusión de la base de cotización. Cosa distinta es la obligación de justificar las cuantías que excedan de ese límite.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la TGSS.

15. Despido objetivo por finalización de una contrata: ¿es obligatorio recolocar al trabajador en otra similar?

STSUD 3-11-20

Resumen

La extinción de la contrata es una causa objetiva justificativa de la extinción del contrato. El TS declara que, aunque disponga de puestos similares en otras contrata, la empresa no está obligada a recolocar al trabajador afectado.

Desarrollo

Un trabajador prestaba servicios para la empresa como analista informático desarrollando diversos proyectos y desde el año 2010 para el Ayuntamiento de Madrid. En 2015 el Ayuntamiento da por finalizado el contrato con la empresa y esta extingue el contrato del trabajador con fundamento en causas productivas y organizativas. Días después, la empresa suscribe contratos mercantiles con otras empresas y entidades (AEAT, Ministerio de defensa, Agencia Española del Medicamento...).

El trabajador reclama contra el despido declarándose su nulidad tanto en la instancia como en suplicación. Consideran que la empresa debió haber acreditado que el puesto de trabajo del demandante quedaba vacío de contenido tras la finalización de la contrata ya que al poco tiempo de la comunicación del despido la empresa obtiene nuevos clientes. Considera que no puede considerarse que exista una amortización del puesto de trabajo pues dada la actividad de la empresa, siempre existe un tercero receptor de ese tipo de trabajo.

La cuestión que se debate consiste en determinar si resulta razonable aplicar la extinción del contrato de trabajo cuando la empresa mantiene su actividad a través de otras adjudicaciones.

El TS recuerda que, según su doctrina, la rescisión de una contrata puede tener virtualidad como causa productiva u organizativa, ya que la pérdida o disminución de encargos de actividad significa una reducción del volumen de producción contratada que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores. No obstante, también señala que pérdida de la contrata puede no ser suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo, debiendo analizarse las circunstancias concurrentes.

En el supuesto enjuiciado, la pérdida de uno de los clientes ha supuesto un descenso o alteración de las necesidades de la empresa, al que solo cabe hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la que atiende.

Respecto de la exigencia de que la empresa deba recolocar a los trabajadores, la doctrina del TS establece que dicha obligación no se desprende de la regulación legal (ET art.52.c). Considera que la existencia de puestos análogos en otras contratas suscritas por la misma empresa no desdice el hecho de que la situación con afectación en la actividad empresarial está ocasionada por causa ajena a su voluntad, teniendo, por tanto, una naturaleza objetiva que justifica la extinción del contrato.

Por todo ello, se estima el recurso para la unificación de doctrina revocando la sentencia de instancia y declarando la procedencia del despido objetivo.

16. La prohibición de concurrencia de convenios no opera en caso de ultraactividad

STS 13-1-21

Resumen

El TS declara que la prohibición de concurrencia recogida en el art.84.1 ET opera sobre el convenio colectivo mientras transcurre el plazo originariamente previsto como de vigencia. De este modo, el convenio colectivo estatal puede regular la estructura de la negociación colectiva en el sector y disponer su aplicación en el ámbito autonómico cuando finalice la vigencia inicial pactada del convenio autonómico aunque esté en situación de ultraactividad o haya sido prorrogado.

Desarrollo

El 31-7-14 se publica el XV convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares, con vigencia hasta el 31-3-18, incluyendo en su ámbito funcional la restauración colectiva. La vigencia temporal fue ampliada hasta el 31-3-2022 mediante acuerdo de la comisión negociadora de 28-9-16 que fue incluido en el texto consolidado del convenio publicado el 12-7-18.

El 22-3-16 se publica el convenio estatal de restauración colectiva, con vigencia pactada hasta el 31-12-18. Entre sus disposiciones regula la estructura de la negociación colectiva en el sector estableciendo que, salvo acuerdo expreso, el convenio se aplicará en cada territorio a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios autonómicos anteriores. Con respecto a las Islas Baleares fija como fecha de entrada en vigor el 1-4-2019.

La Federación española de asociaciones dedicadas a la restauración social (FEADRS) presenta demanda en impugnación del acuerdo de prórroga de la vigencia del convenio de hostelería de las Islas Baleares por invadir el ámbito reservado al CCol estatal de restauración colectiva. El TSJ Baleares estima parcialmente la demanda y declara que el XV convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares es inaplicable al sector de la restauración colectiva desde el 1-4-2018, considerando que la fecha de 1-4-2019 que el convenio colectivo estatal fija como de entrada en vigor en Baleares era un mero error. UGT recurre en casación alegando que las disposiciones del convenio colectivo estatal relativas a la extensión de su aplicación a ámbitos territoriales inferiores, vulnera el art.84.1 ET.

El artículo 84.1 ET regula las reglas de concurrencia de convenios sectoriales. Contiene una norma protectora del convenio vigente, de modo que no puede verse afectado por otro convenio mientras despliega su vigencia temporal ordinaria (salvo en los casos excepcionales que la norma admite: pacto en contrario y negociación de convenios de empresa). Pero la vigencia a que se refiere este artículo es la referida al ámbito temporal pactado, que no debe confundirse con la situación de ultraactividad. Por lo tanto, estas reglas no operan en las situaciones de ultraactividad del convenio. Una conclusión distinta supondría la «petrificación» de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes.

En el caso analizado, el convenio colectivo que rige en la restauración colectiva de las Islas Baleares en el momento de publicarse el de ámbito estatal para tal actividad, es el XV conve-

nio colectivo de Hostelería para las Islas Baleares. Cuando se reúne la comisión negociadora de este convenio para pactar su prórroga ya está vigente el convenio Estatal de Restauración Colectiva que, al amparo del art.83.2 ET, establece las reglas sobre la estructura de la negociación colectiva. Por lo tanto, la prohibición de concurrencia se aplica al convenio colectivo autonómico solo hasta el 31-3-18, mientras conserva su vigencia pactada. Además, no puede admitirse que la vigencia inicial ordinaria cubra también la ampliada en 4 años (hasta el 31-3-2022), porque el texto consolidado del XV convenio colectivo de hostelería de las Islas Baleares se asemeja mucho a lo que hubiera podido ser un nuevo convenio colectivo en el que se mantendría gran parte de su contenido. Siendo esto así este nuevo convenio no podría afectar a lo establecido en el vigente convenio colectivo estatal del sector de restauración colectiva sin vulnerar la prohibición del artículo 84.1 ET.

Por ello el TS desestima el recurso y declara la firmeza de la sentencia recurrida.

17. Se amplía el acceso al ingreso mínimo vital

RDL 3/2021, BOE 3-2-21

Resumen

Se modifica la regulación del IMV. Entre otras medidas, se facilita su acceso a las personas sin hogar, suprimiendo el límite de titulares por vivienda para las personas sin hogar o que residen en centros residenciales de carácter no permanente. Asimismo, para facilitar el acceso a la prestación, se introduce el concepto de unidad de convivencia independiente en los casos de mujeres víctimas de violencia de género, divorcio o separación, así como afectados por desahucio o inhabilitabilidad.

Desarrollo

El RD 3/2021 y con vigencia desde 4-3-2020, se introducen reformas en el ámbito de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital. Las modificaciones incluidas, entre otras, son las siguientes:

1. Se reconoce la condición de beneficiarias de la pensión a las personas que residan en establecimientos financiados con fondos privados. Con anterioridad, la protección solo se extendía a los establecimientos públicos.
2. Se elimina el límite de titulares del ingreso mínimo vital en una misma vivienda, con el fin de eliminar las barreras de acceso al mismo que han podido experimentar las personas usuarias de prestaciones de servicio residencial, así como de reconocer la realidad de personas en situación de vulnerabilidad que se agrupan en una misma vivienda con el fin exclusivo de compartir gastos.
3. Se incluyen determinados casos especiales de empadronamiento como son; el empadronamiento en establecimientos colectivos y el empadronamiento en infraviviendas y de personas sin domicilio.

4. Se establecen nuevas unidades de convivencia, al permitir que se configure: por el titular, por las personas unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho, y, en su caso, con sus descendientes menores de edad hasta el primer grado de consanguinidad, afinidad, adopción o en virtud de régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. En algunos supuestos se puede extender hasta el segundo grado.
5. Se establece la posibilidad de residir en un domicilio con personas con las que tuvieran vínculos propios de la unidad de convivencia, pero que esta convivencia se deba a una situación especial (tener el carácter de mujer víctima de violencia de género, haber iniciado los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, acompañada de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, o haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado inhabitable por causa de accidente o fuerza mayor).

Esta consideración de unidad convivencia independiente tendrá carácter temporal, salvo para las mujeres víctimas de violencia de género.

6. Se permite el acceso a la prestación a personas solas en situación de exclusión social que convivan con otras personas solas o unidades de convivencia y que no tengan vínculos de parentesco.
7. Se permite la participación de los servicios sociales, y transitoriamente, de entidades del tercer sector de acción social debidamente acreditadas -los mediadores sociales del ingreso mínimo vital- para poder certificar la existencia de determinadas situaciones particulares. La participación se limita a los 5 primeros años desde la entrada en vigor de la norma. Para su intervención, se establece la necesidad de obtener una certificación, obtenida mediante la inscripción en el registro de mediadores sociales del ingreso mínimo vital, creado por el RDL 3/2021.
8. Para el acceso a la prestación, se requiere un certificado de los servicios sociales con el fin de acreditar la residencia colectiva, el carácter no permanente de la prestación de servicio residencial, el domicilio real de una persona que alegue no vivir donde consta en el empadronamiento o la inexistencia de vínculos cuando en el mismo domicilio, a parte de los solicitantes de la prestación, residan otras personas. El mantenimiento de los informes debe hacerse con carácter anual.
9. Se establece que la notificación de la resolución sobre el IMV a personas sin domicilio sea efectuada en los servicios sociales del municipio o en su caso en la sede o centro de la entidad en los que las personas interesadas figuren empadronadas, así como la inclusión de la obligación de los ayuntamientos y las entidades del Tercer Sector de Acción Social de comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social los cambios de domicilio en los supuestos de personas sin domicilio en cuya sede se encuentren empadronados.
10. Se modifica la composición de la Comisión de seguimiento del Ingreso Mínimo Vital.

18. Nueva regulación del complemento por maternidad

RDL 3/2021, BOE 3-2-21

Resumen

Con vigencia desde el 4-2-2020 se establece una nueva regulación del llamado complemento por maternidad (LGSS art.60) que pasa a denominarse complemento para la reducción de la brecha de género. Establece un complemento por cada hijo o hija por la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en las pensiones contributivas de Seguridad Social de las mujeres. El complemento se reconoce a las mujeres y a los hombres que acrediten determinados requisitos. La cuantía para 2021 es de 27 euros mensuales por hijo en 14 pagas, con el límite de 4 hijos.

Desarrollo

Con vigencia desde el 4-2-2021 se publica el RDL 3/2021, en el que entre otras medidas, se establece una nueva regulación del llamado complemento por maternidad (LGSS art.60) que pasa a denominarse complemento para la reducción de la brecha de género. Establece un complemento por cada hijo o hija por la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en las pensiones contributivas de Seguridad Social de las mujeres. La norma establece que este complemento se mantenga mientras la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, supere al 5%. A tal efecto, se prevé que, en el marco del diálogo social, cada 5 años, se realice una evaluación de sus efectos.

Se financia mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social y, a todos los efectos, tiene la naturaleza jurídica de pensión pública contributiva. Los principales contenidos de la nueva regulación son los siguientes:

Beneficiarios

Pueden ser beneficiarios del complemento:

- e) Mujeres, beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de IP o de viudedad, que hayan tenido uno o más hijos o hijas. Se reconoce o mantiene el complemento siempre que sea reconocido en favor del otro progenitor. Cuando los dos progenitores sean mujer, se reconoce a la que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.
- f) Hombres, siempre que concurran alguno de los siguientes requisitos:
 - Haber causado una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.
 - Haber causado una pensión contributiva de jubilación o IP y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:
 - Hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31-12-1994: tener más de 120 días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores

a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

- Hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1-1-1995: que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15%, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.
- Cuando los dos progenitores hombres y se dan las condiciones en ambos, el complemento se reconoce al que perciba las pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.
- El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, debe cumplirse en cuando ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva.

Incompatibilidad

El reconocimiento del complemento al segundo progenitor extingue el complemento ya reconocido al primer progenitor. Los efectos económicos de la extinción se producen el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que se haya dictado dentro de los 6 meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause: transcurrido este plazo, los efectos se producen desde el primer día del séptimo mes. Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor debe darse audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

Los complementos reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social son incompatibles entre sí, se acona abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más periodos de alta.

Cuantía

El importe del complemento por hijo o hija debe fijarse a través de la LPGE. Su cuantía está limitada a 4 veces el importe mensual fijado por hijo o hija y se incrementada al comienzo de cada año en el porcentaje de incremento establecido para las pensiones contributivas. Para 2021, su importe mensual de de 27 euros mensuales por hijo (en 14 pagas, máximo 4 hijos) (RDL 3/2021 disp. adic. 1ª). Además, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- Cada hijo o hija únicamente da derecho al reconocimiento de un complemento. Se computan los hijos o hijas nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión.
- No se reconoce: cuando el padre o madre hubiera sido privado de la patria potestad; cuando el padre haya sido condenado por violencia contra la mujer, ejercida sobre la madre; o cuando el padre o la madre haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

- El complemento se satisface en 14 pagas en catorce pagas que se abonan junto a la pensión y su cuantía no se computa ni a efectos de aplicar del límite máximo de las pensiones ni de percibir el complemento por mínimos.
- Pensión causada por totalización de períodos de seguro a prorrata temporis en aplicación de normativa internacional: el importe será el resultado de aplicar a la cuantía establecida con carácter general, la prorrata aplicada a la pensión.
- Jubilación parcial: no se tiene derecho a este complemento hasta que se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

Nacimiento suspensión y extinción

El nacimiento, la suspensión y extinción del complemento coincide con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. Si en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, el abono del complemento se mantiene, quedando vinculado al de esta última.

Reglas transitorias

La norma prevé el mantenimiento del anterior complemento por maternidad por aportación demográfica. No obstante este es incompatible con el nuevo complemento que pudiera corresponderle, debiendo optar entre uno u otro. Si el otro progenitor lo solicita el nuevo complemento y le corresponde percibirlo, la cuantía mensual que reconocida se deduce del complemento por maternidad que se viniera percibiendo.

NOTA. También se modifica también la Ley de Clase Pasivas (RD 670/1987) con el fin de extender el complemento económico para la reducción de la brecha de género a los perceptores de una pensión en el Régimen de clases pasivas del Estado (RD 3/2021 art.2).

19. Personal socio-sanitario. El contagio por COVID-19 se equipara a enfermedad profesional

RDL 3/2021, BOE 3-2-21

Resumen

Se reconoce a los profesionales sanitarios y socio-sanitarios que contraigan el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión, las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional. Además, se extiende esta cobertura al personal sanitario que presta servicios en la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del INSS y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el ISM.

Desarrollo

Se reconoce a los profesionales sanitarios y socio-sanitarios que contraigan el COVID-19 en el ejercicio de su profesión, las mismas prestaciones que la Seguridad Social otorga a los afectados por una enfermedad profesional.

Para ello se deben reunir los siguientes requisitos:

- Prestar servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes;
- Contraer el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria.

A estos efectos, los servicios de prevención de riesgos laborales deben emitir un informe donde se haga constar que la actividad profesional conlleva la atención de enfermos contagiados por el virus SARS-CoV2.

Una vez acreditado el contagio se va a presumir en todo caso que este se ha producido por atender a personas contagiadas por la COVID-19.

Se extiende esta cobertura al personal sanitario que presta servicios en la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del INSS y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el ISM (RDL 3/2021 disp.adic.4ª).

La entidad responsable de las prestaciones va a ser la que cubra las contingencias profesionales en el momento de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad.

NOTA. Hasta ahora, las enfermedades padecidas por este personal como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión se consideraban derivadas de accidente de trabajo en aplicación de la disp.adic.4ª del RDL 28/2020 que ahora se entiende derogada.

20. COVID-19. Se posibilita a los sanitarios jubilados compatibilizar jubilación y trabajo

RDL 3/2021, BOE 3-2-21

Resumen

Como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, se permite que determinados trabajadores del ámbito sanitario y sociosanitario puedan compatibilizar el desempeño de su actividad durante la situación extraordinaria del Covid-19 con el cobro de la pensión de jubilación, manteniendo la condición de pensionista a todos los efectos.

Desarrollo

En la regulación del estado de alarma (RD 926/2020), que ha sido prorrogado hasta las 00:00 horas del 9-5-2021, prevé que las administraciones sanitarias competentes adopten las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia sanitaria. Entre estas medidas, se encuentra la posibilidad de que los profesionales sanitarios jubilados se incorporen a los servicios de salud. Para facilitar esta incorporación, mediante el RDL 3/2021 art.5, con vigencia desde el 4-2-2021, establece que los profesionales sanitarios jubilados (médicos, enfermeros y personal emérito) que se reincorporen al servicio activo mantengan la condición de pensionista a todos los efectos sin que se les aplique la normativa general sobre incompatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo. Los aspectos del régimen de compatibilidad durante el tiempo que permanezcan activos son los siguientes:

1. La compatibilidad alcanza a la pensión de jubilación, de cualquier modalidad, que estuvieran percibiendo al tiempo de la reincorporación, incluyendo, en su caso, el complemento a mínimos.
2. El beneficiario tiene la consideración de pensionista todos los efectos.
3. Durante la realización de este trabajo por cuenta ajena compatible con la pensión de jubilación, las CCAA o el INGESA (en Ceuta y Melilla) tienen las obligaciones generales relativas a las siguientes materias:
 - Afiliación, alta, baja, variación de datos (LGSS art. 16);
 - Obligación de cotización común (LGSS art. 18 y 19). No se les aplica la norma específica sobre cotización reducida en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo (LGSS art. 153).
4. Durante la realización del trabajo tienen la siguiente cobertura de Seguridad Social:
 - Están protegidos frente a todas las contingencias comunes y profesionales, siempre que reúnan los requisitos necesarios para causarlas.
 - Se aplica el régimen de limitación de las pensiones, incompatibilidades y el ejercicio del derecho de opción.
5. El subsidio por IT causado durante esta situación se extingue, además de las causas generales, por la finalización del trabajo por cuenta ajena.
6. Al finalizar el trabajo, las nuevas cotizaciones:
 - Pueden dar lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, que permanece inalterable;
 - También surten efectos para determinar el porcentaje aplicable a las jubilaciones anticipadas ya causadas, manteniendo la misma base reguladora;
 - No surten efecto con relación a los porcentajes adicionales establecidos por prolongación de la edad de jubilación (LGSS art.210.2).

21. ¿Es retribuido el permiso para acompañar a los hijos al médico?

STS 9-12-20

Resumen

El TS declara que acompañar a hijos y familiares a los servicios sanitarios no puede encuadrarse en el cumplimiento de un deber público personal e inexcusable. Aunque se trata de una prestación personalísima, no tiene carácter público por lo que el permiso no es retribuido.

Desarrollo

Tanto el convenio, la normativa interna, como el colectivo aplicable a una entidad bancaria establecen que el permiso para el acompañar a los servicios sanitarios a hijos menores de 14 años o a familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí mismos no es retribuido por, lo que se pueden establecer mecanismos de compensación horaria.

La representación sindical en la entidad bancaria interpone demanda de conflicto colectivo ante la AN en la que se solicita que se declare la nulidad de esta disposición por contravenir lo dispuesto el ET art.37.3d) y se declare el carácter de retribuido de este permiso. Se desestima el recurso y se interpone recurso de casación.

El TS recuerda que el ET art.37.3.d establece que el trabajador, previo aviso y justificación, puede ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Es decir, la existencia de este permiso se vincula a que el deber que deba cumplir la persona trabajadora sea: a) inexcusable; b) de carácter público; y c) de carácter personal.

Para el TS, los deberes surgidos de las obligaciones familiares y de cuidados -fruto de las relaciones de filiación (CC art.110) o del deber de alimentos entre parientes en sentido amplio (CC art.142)- a los que cabría ligar la actividad que genera el derecho al permiso aquí controvertido, no solo no obligan a su prestación personalísima e insustituible de los deudores de los mismos, sino que difícilmente pueden ser configuradas como obligaciones de carácter público. Por el contrario, pertenecen al ámbito privado y familiar y, por ello, estamos ante un permiso alejado por completo de la previsión específica del ET art.37.3.d).

Por ello, el TS concluye que ni el convenio aplicable no la práctica empresarial contraviene lo dispuesto en el ET y, por tanto, se confirma la sentencia de instancia.

22. Venta judicial de empresa en concurso. ¿Responde solidariamente la adjudicataria de las consecuencias del despido?

STSUD 11-12-2020

Resumen

Cuando se produce la adquisición de los bienes en concurso, aunque el juez del concurso haya declarado que no existe 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.

Desarrollo

Una trabajadora es despedida por causas objetivas el 26-10-14 sin percibir indemnización por despido por falta de liquidez de la empresa. Poco después, la empresa es declarada en concurso por auto del Juzgado de lo Mercantil de 20-11-14. El 29-7-15 el juez del concurso autoriza la venta de la unidad productiva en la que había prestado servicios la trabajadora, señalando que la adjudicataria no quedaba subrogada en las deudas laborales de la concursada que fueran anteriores a la enajenación de la unidad productiva.

La trabajadora presenta demanda que el juez de primera instancia estima declarando la improcedencia del despido y condenando a la empresa concursada al abono de la indemnización correspondiente. En suplicación, se declara la responsabilidad solidaria de la empresa adjudicataria mediante sentencia que esta recurre en casación para la unificación de doctrina.

Es doctrina reiterada del TS que las reglas de la sucesión de empresa (ET art.44) son perfectamente aplicables a las adjudicaciones de empresa adoptadas por el juez del concurso en el seno del trámite de liquidación, aun cuando en el auto del órgano judicial de lo mercantil se haga constar que no existe sucesión de empresa. El art. 44 ET es una norma de carácter imperativo, lo que implica que el fenómeno de la sucesión opera salvo que exista una disposición que disponga lo contrario, lo que no ocurre en relación con las empresas en situación de concurso.

En efecto, el art. 149.4 LCon establece que, cuando, como consecuencia de la enajenación una entidad económica mantenga su identidad entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 del ET.

El precepto tan solo autoriza al juez del concurso para excluir de la responsabilidad del adquirente la parte de salarios o indemnizaciones asumidas por el FOGASA, lo que evidencia

que no cabe eximir al mismo del cumplimiento de las demás obligaciones laborales que sigan pendientes en la fecha de la adjudicación.

Deben, por tanto, aplicarse las consecuencias del art.44 ET, que imponen al cedente y al cesionario la responsabilidad solidaria durante 3 años «de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas», lo que incluye a los trabajadores de la empresa cedente que mantengan créditos contra la misma, incluso aquellos en cuyos contratos de trabajo no se subroga la cesionaria por haberse extinguido previamente conforme a derecho.

Por ello, el TS desestima el recurso.



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

VALENCIA

Avenida de Aragón 30 (Edificio Europa) · Planta 1ª · 46021 Valencia

MADRID

Calle de Alfonso XII, 62 (Edificio Spaces Retiro) · Planta 2ª · 28014 Madrid

BARCELONA

Calle Tuset, 32, 4, 3 · 08006 Barcelona

Tel. +34 96 339 47 53 · Fax + 34 96 369 39 81

tomarial@tomarial.com · www.tomarial.com

