



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de julio de 2019)

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –GUÍA–

Pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: la doble proporcionalidad aplicada por la ley es doblemente inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad en la ley y el principio de no discriminación en su manifestación indirecta

Pensión de jubilación. Trabajo a tiempo parcial. Vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Cuestión interna de inconstitucionalidad.

La cuantía de la pensión de jubilación se determina en función de dos factores, la base reguladora y el periodo de cotización, el cual sirve a su vez para fijar un porcentaje sobre la base reguladora, con el que se obtiene el importe a cobrar. La base reguladora, tal como ha sido configurada legalmente, salvaguarda el principio de proporcionalidad entre trabajadores a tiempo completo y parcial. No ocurre así, sin embargo, con el cálculo del periodo de cotización. En los trabajadores a tiempo completo, el tiempo se computa por años y meses de cotización, sin practicar sobre ellos ningún coeficiente o fórmula reductora, sin embargo, en relación con los trabajadores a tiempo parcial, a los años y meses cotizados se les aplica un coeficiente de parcialidad, por el cual se asigna un porcentaje a cada periodo de trabajo a tiempo parcial respecto de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, incrementándose el valor resultante con un coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial. A ello se suman, en su caso, los días cotizados a tiempo completo. Con este método de cálculo el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo, faltando los requisitos de justificación objetiva y razonable exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, rompiéndose también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, se añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación, lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo. Se produce también una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres. El Tribunal Constitucional estima la cuestión interna de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «de jubilación y» del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en la medida en que, para calcular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, determina la aplicación del llamado coeficiente de parcialidad, de forma que, cuando el coeficiente de parcialidad es inferior al 67 por ciento, al no quedar compensado por la aplicación del coeficiente del 1,5, se reduce proporcionalmente la cuantía de la pensión por debajo de la base reguladora. Ese efecto reductor de la base reguladora para quienes tienen el tiempo mínimo de quince años que permite el acceso a la prestación constituye una discriminación indirecta



▶ por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del artículo 14 de la CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima de la LGSS de 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo. No obstante, el alcance de esa declaración de inconstitucionalidad y nulidad se modula estableciendo que habrá de preservarse la cosa juzgada, así como que, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la modulación de los efectos de nuestro pronunciamiento se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes. **Cuestión interna de inconstitucionalidad. Solicitud de inadmisión parcial de la cuestión por no superar el juicio de relevancia. Apreciación de discriminación indirecta aun cuando el demandante de amparo es un varón.** Esta cuestión no está constreñida por la demanda de amparo tanto porque la cuestión la planteó directamente la Sala Segunda del TC (ex art. 55.2 LOTC), como porque subsidiariamente cabría siempre su ampliación por la vía del artículo 39.2 LOTC. Señala asimismo el Tribunal que aunque el recurrente del proceso *a quo* no fuera una mujer, la norma cuestionada resultaba de aplicación universal a todos los trabajadores a tiempo parcial y, desde luego, le fue aplicada al demandante de amparo. Por tanto, es patente la relevancia que tiene el precepto que aquí se cuestiona para la resolución del recurso de amparo.

(STC de 3 de julio de 2019, cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 688/2019)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Bolsas o listas de empleo. ¿Qué ocurre cuando la empresa no respeta el orden de llamada?

Bolsas o listas de empleo. Incumplimiento por la empresa de la obligación de contratación al dar preferencia a otros trabajadores con peor puesto. Solicitud de indemnización de daños y perjuicios.

Comprende la cantidad correspondiente al salario dejado de percibir durante el tiempo en que el trabajador no fue contratado, sin que proceda detracer las cantidades percibidas durante dicho periodo en concepto de prestación por desempleo. Al privársele de la ocupación durante ese tiempo, ha experimentado un doble perjuicio: por un lado, se ha visto obligado a solicitar una prestación que de otra forma no habría tenido que pedir, consumiendo tiempo de tal prestación o subsidio, tiempo que verá restado del de otras a las que pudiera tener derecho en el futuro; y por otro, la percepción correspondiente durante ese tiempo por la situación de desempleo es cuantitativamente menor que la que le habría correspondido por el salario del que se vio privado por la conducta de la empresa. La deducción de tales prestaciones vendría a suponer que sería la empresa la verdadera beneficiaria de las mismas, al ver minorada de esta forma el importe indemnizatorio a cuyo pago fue condenada, a cargo, precisamente, de lo percibido por el trabajador como prestación de desempleo. Cuestión distinta es la del posible enriquecimiento injusto del trabajador, que habría percibido en concepto de indemnización el salario correspondiente a ese periodo y las prestaciones de desempleo que ya le han sido abonadas. En este caso, deben calificarse como indebidas esas prestaciones de desempleo al ser incompatibles con el trabajo –y, consiguientemente, con el salario correspondiente a esa actividad de la que indebidamente se le privó–, procediendo la correspondiente devolución, a cuyo fin deberá ponerse el hecho en conocimiento del correspondiente Servicio Público de Empleo.

(STS, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2019, rec. núm. 433/2018)

El Tribunal Supremo rectifica su doctrina, los ayuntamientos sin convenio propio no deben aplicar un convenio sectorial por cada actividad que realicen

Determinación del convenio colectivo aplicable. Reclamación de diferencias salariales por ser más beneficioso el convenio sectorial. Trabajador dedicado a labores de construcción que es contratado temporalmente por un ayuntamiento, que carece de convenio propio, al amparo de un programa de empleo joven aprobado por decreto autonómico.

El RDL 6/2014 de la Junta de Andalucía ni es fuente de la relación laboral, ni podría serlo, aunque tuviera tal vocación, que no la tiene, dada la reserva que a la legislación estatal confiere el artículo 149.7 de la CE. De igual forma, resulta claro que una Administración pública –que no tiene convenio colectivo u otro específicamente aplicable–, no puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio sectorial del que no ha formado parte ni está representada por las asociaciones empresariales firmantes del mismo. Las Administraciones públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los ayuntamientos están llamados a desempeñar, por lo que se entiende que las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades. Ninguna duda cabe de que la formalización por los ayuntamientos de un convenio colectivo propio es la herramienta jurídica más adecuada para dar solución a esta problemática, en tanto que permite regular unitariamente las relaciones laborales de todos sus empleados y de todas y cada una de las diferentes actividades que pudiere desarrollar en la prestación del servicio público. Igualmente, la ausencia de convenio colectivo podría ser solucionada mediante el recurso a los mecanismos previstos en el artículo 92 del ET, bien mediante la adhesión a otro convenio, bien mediante la extensión de otro convenio colectivo en vigor. En el caso analizado, ante la inexistencia de convenio colectivo propio, la solución es atender a los pactos que lleve la entidad pública a término dentro del respeto a la ley y a los mínimos de derecho necesario. Como respecto del salario pactó el abono de la cantidad prevista como subvencionable por tal concepto en las instrucciones de la Junta de Andalucía, que resultaba ser sensiblemente superior a lo previsto para el SMI vigente, a ella ha de estarse. Sala General. **Voto particular.**

(STS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2019, rec. núm. 4452/2 017).

El orden social de la jurisdicción es competente para conocer de las cuestiones litigiosas relacionadas con la prevención de riesgos laborales de jueces y magistrados

Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo. Litigios relacionados con la prevención de riesgos laborales de jueces y magistrados. Demanda de conflicto colectivo promovida por cuatro asociaciones judiciales, en la que se reclama la elaboración por el CGPJ, de modo general y abstracto, de las cargas máximas de trabajo de jueces y magistrados a efectos de salud laboral, con el fin de dar cumplimiento a la obligación establecida en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales.

La inactividad o falta de actuación del CGPJ en materia de prevención de riesgos laborales cuestionada en la demanda, tiene que ver con su condición de empresario y no con la de Administración pública, en alegado incumplimiento de la LPRL, lo que determina la competencia del orden social para conocer del asunto. La exclusión de la competencia del orden social solo procede cuando se combatan actuaciones del CGPJ efectuadas en el ejercicio de sus potestades y funciones que tengan la naturaleza de disposiciones de carácter general (reglamentos o acuerdos). Razones de coherencia son las que justifican el sistema competencial pleno y especializado sobre la materia de



►
 riesgos laborales estructurado en la LRJS a favor del orden jurisdiccional social, sin privilegios ni exclusiones por razón de la calidad o cargo de los afectados, tratando por igual a todos quienes están incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa de riesgos laborales, entre los que se encuentran quienes desempeñan la función judicial. Ello evita problemas de determinación competencial cuando en materia de riesgos laborales concurriera el juez o magistrado con otras personas integradas en el mismo centro de trabajo (especialmente fiscales, letrados de la Administración de Justicia, personal funcional o laboral, etc.), incluso en temas como el acoso (en postura activa o pasiva). Sala General. **Votos particulares.** (Vid. [SAN, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2018, núm. 25/2018](#), a la que se devuelven las presentes actuaciones para que, partiendo de tal competencia jurisdiccional, resuelva, con libertad de criterio, las cuestiones suscitadas oportunamente por las partes).

(STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2019, rec. núm. 123/2018)

AUDIENCIA NACIONAL -GUÍA-

Retraso de los trabajadores en el fichaje de entrada. La empresa puede efectuar descuentos directamente de sus nóminas mensuales

Conflicto colectivo. Sector de Contact Center. Práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales de los trabajadores los retrasos en el fichaje de entrada. Derecho de estos a que les sean abonadas las diferencias retributivas que en su perjuicio les haya podido ocasionar esta práctica. Improcedencia.

No existe un derecho del trabajador a que su jornada individual sea redistribuida una vez fijada por causa de retrasos injustificados, pues tal distribución irregular de la jornada es una facultad empresarial. Lo contrario implicaría hacer de peor condición al trabajador que previo aviso se ausenta unas horas del trabajo para disfrutar de un permiso no retribuido, al perder su derecho a la retribución con relación a aquel que sin causa justificativa alguna simplemente llega tarde a su puesto de trabajo. La práctica empresarial que se impugna en modo alguno supone la imposición de una multa de haber, ya que en virtud del carácter bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo cuando no existe una efectiva prestación de servicios por parte del trabajador no se devenga salario alguno, más allá de los supuestos previstos legal o convencionalmente [permisos retribuidos o vacaciones (arts. 37 y 38 ET), o falta de ocupación efectiva imputable al empleador (art. 30 ET)]. El hecho de que la empresa sancione con amonestaciones, suspensiones de empleo y sueldo, o bien con despidos, las ausencias y retrasos de los trabajadores, a la vez que detrae de sus salarios los que se hubieran devengado de haber existido una efectiva prestación de servicios, no supone una doble sanción, por cuanto que la detracción de salarios obedece al lógico desarrollo dinámico de un contrato de naturaleza bilateral y sinalagmática como es el de trabajo, sin que implique el ejercicio de potestad disciplinaria alguna, mientras que las sanciones antes mencionadas obedecen al legítimo ejercicio de la potestad disciplinaria prevista legal y convencionalmente.

(SAN, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2019, núm. 82/2019)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Permisos retribuidos que no se recogen en convenio colectivo y sí en el Estatuto de los Trabajadores. Se aplica este en virtud del principio de norma mínima

Permisos retribuidos. Adif. Licencia por fallecimiento de la abuela del cónyuge. Negativa de la empresa a su concesión al no contemplarse en la normativa convencional aplicable y ser esta globalmente más favorable que la norma estatutaria.

En el caso analizado, no se produce un conflicto entre dos normas, toda vez que el permiso por el fallecimiento de la abuela del cónyuge del actor no está incluido entre los permisos establecidos en el Convenio de Renfe y, en cambio, sí lo está en el artículo 37.3 b) del ET. De este modo, el principio a aplicar para dar respuesta a la cuestión controvertida no es el de norma más favorable sino el de norma mínima. No hay que olvidar que el artículo 37.3 del ET es una norma de derecho necesario relativo que admite mejora, pero no su empeoramiento, vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo. La operación jurídica que se lleva a cabo al implementar el principio de norma mínima consiste en un proceso de depuración de la norma convencional, eliminando de ella, uno por uno, todos los aspectos que no respeten los mínimos establecidos en la norma legal de derecho necesario relativo que ha establecido dichos mínimos. Dicho proceso de depuración puede realizarse en el momento previo al registro del convenio, cumpliendo diligentemente la Autoridad Laboral su deber de vigilancia y presentando la correspondiente demanda de oficio o, en un momento posterior, vía proceso colectivo de impugnación del convenio, si es que este se hubiera inscrito y publicado sin ser depurado; o incluso, indirectamente, a través de demandas individuales a raíz de la aplicación del convenio.

(STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2019, rec. núm. 92/2019)

No existe discriminación por no conceder el INSS prestación de paternidad derivada del alumbramiento sin vida a las 39 semanas de gestación

Prestación de paternidad. Inducción del parto por muerte fetal en útero a las 39 semanas de gestación.

Debe partirse de que la finalidad del permiso de maternidad y paternidad no es lo misma, ya que en el caso de la madre la finalidad es preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular y proteger su salud durante el embarazo, parto y puerperio, con un descanso obligatorio de seis semanas inmediatamente siguientes al alumbramiento; y en el caso del padre, este permiso está configurado para atender a la nueva realidad familiar que se produce en el seno familiar, al objeto de fomentar la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los hijos comunes. Dado que ambos permisos atienden a dos realidades diferentes, con finalidades distintas, no existe discriminación alguna por la negativa del INSS a conceder al actor el permiso de paternidad, por el hecho de que la madre sí disfrutase del permiso de maternidad, ya que también en este supuesto el mismo estaba orientado a la protección de su salud. Sin embargo, al no llegar a haber «nacimiento», no existió una realidad familiar en la que el padre tuviera que acometer las exigencias y mayores responsabilidades que genera el nuevo grupo familiar, sin que exista discriminación alguna por el hecho de que la madre disfrute del permiso de maternidad en este doloroso trance.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2019, rec. núm. 819/2018)

Jubilación y envejecimiento activo de trabajador autónomo. Para que la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcance el 100 % es precisa su inclusión en el RETA como persona física

RETA. Pensión de jubilación y envejecimiento activo. Solicitud de incremento de la pensión hasta el 100 % por compatibilidad plena con la actividad por cuenta propia y quedar acreditada la contratación de un trabajador.

Siendo el actor socio junto con su esposa de una sociedad irregular para seguir llevando a cabo la actividad de enseñanza de conducción de vehículos en una autoescuela, su alta en el RETA viene determinada en el caso por su condición de consejero, administrador o socio comunero de una entidad jurídica propia distinta a la del autónomo. Sin embargo, si hacemos una interpretación literal del artículo 214.2 de la LGSS llegamos a la conclusión de que los requisitos exigidos solo pueden ser acreditados por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, haya quedado incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del artículo 305.1 de la LGSS. Solo en estos supuestos el trabajador por cuenta ajena es contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación. Y es que el artículo 214.2 de la LGSS habla específicamente de que el pensionista realice un trabajo por cuenta propia y acredite tener contratado a un trabajador por cuenta ajena. No hay que olvidar que el espíritu de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, tiene por objeto favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, y este aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que este es persona física, ya que la persona jurídica no puede despedir a sus trabajadores como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa.

(STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2019, rec. núm. 101/2019)