



CIRCULAR LABORAL 16/2018

5 de noviembre de 2018

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: NOVIEMBRE 2018.

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No es discriminatorio que el permiso de paternidad tenga una duración inferior que aquél de maternidad.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha sentenciado que *«la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, que se refiere a la protección integral de las madres. De ahí, que las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre.»*

Con esta argumentación el Tribunal ha desestimado el recurso de amparo presentado por un padre de familia y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que denegó que el permiso de paternidad fuera equiparable al de maternidad, esto es, con una duración de 16 semanas. Según los hechos probados, el demandante de amparo disfrutó del permiso laboral por paternidad durante 13 días y percibió la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social con motivo del nacimiento de su hijo el 20 de septiembre de 2015, en virtud de la legislación vigente a la fecha del hecho causante.

La sentencia, que analiza de forma detallada la jurisprudencia constitucional, explica que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre. En efecto, en el caso de la madre la *«finalidad primordial»* que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio.

Se trata, pues, de una exigencia derivada del artículo 39.2 de la Constitución de preservar la salud de la mujer trabajadora durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio, como también ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es más, añade el fallo, se trata de una exigencia avalada por los *«compromisos internacionales asumidos por España al ratificar los acuerdos y convenios sobre derechos humanos que obligan a adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, a fin de proteger la salud de la mujer»*. En cambio, *«el establecimiento de un permiso de paternidad no viene impuesto hasta la fecha por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país ni por el Derecho de la Unión Europea.»*

Distinto es el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres. Inicialmente con una duración de 13, que fue la disfrutada por el recurrente en amparo, y sucesivamente ampliada a cuatro semanas y luego a cinco semanas. Su finalidad no es otra que la de *«favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral»*.

La sentencia subraya que *«siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley, la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social»*.

Cuestión distinta es que el legislador, atendiendo a las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento pueda ampliar la duración del permiso de paternidad como actualmente lo ha hecho, cuya duración es de cinco semanas. Pero ello, no significa que la regulación legal precedente y actual, que establece una duración del permiso y la prestación por paternidad inferior a la del permiso y la prestación por maternidad, sea por ello contraria al derecho de igualdad ante la ley, concluye el fallo.

Es relevante destacar que la sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quién considera que el Tribunal en su análisis ha permanecido ajeno a una realidad mucho más compleja de la que se contiene en la sentencia, y que proporcionaba una ocasión excepcional para analizar el impacto negativo que tienen parte de esas medidas garantistas del fenómeno de la maternidad, en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral.

Sentencia del TC de 17 de octubre de 2018. Rec. 4344/2017.

2. TRIBUNAL SUPREMO

Los contratos temporales vinculados a una contrata sucesivamente novada pierden su autonomía y sustantividad.

Cuando una contrata se viene prorrogando durante 14 años, no se puede defender la delimitación temporal del vínculo respecto a los trabajadores temporales, porque se está haciendo un abuso de la temporalidad.

En supuestos como este, la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja al convertirse en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, la empresa necesariamente ha incorporado ya a su habitual quehacer.

En la sentencia se plantea la cuestión de si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata, mantiene esa naturaleza cuando, ante la prologada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota. Más bien, lo que ocurre es que el extenso periodo de tiempo que dura se incorpora de facto al quehacer habitual de la empresa.

Admitida desde antiguo la contratación temporal en los casos de contratas de obras o servicios, el recurso a esta modalidad temporal solo se justifica cuando existe una limitación temporal conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, como un límite temporal previsible. Eso debiera impedir que, al amparo de esa consolidada doctrina, se considere posible que aparezcan indefinidamente como temporales quienes están adscritos a una empresa que trabaja para otra principal a virtud de un negocio jurídico renovado de forma sucesiva. Se trata de un resultado opuesto a la naturaleza de un contrato de trabajo legalmente colocado entre los que poseen «*duración determinada*».

Un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a una contrata, pierde esta naturaleza temporal cuando, ante la prologada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota. Y cuando una contrata se nova sucesivamente, mantener a los trabajadores con un contrato temporal constituye un abuso de derecho que deslegitima lo inicialmente válido, haciendo improcedente el despido porque el contrato, inicialmente temporal, devino indefinido y la extinción por fin de obra es una ficción.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 783/2018, 19 Julio. Rec. 823/2017

3. TRIBUNAL SUPREMO

Las cestas o regalos de navidad: ¿son condición más beneficiosa o mera liberalidad de las empresas?

Ahora que se acerca, un año más, el período navideño, volvemos a destacar este recurrente asunto. Así, la cuestión de si la cesta de Navidad es un derecho adquirido o no, no puede resolverse con un criterio de generalidad, sino que debe analizarse en cada caso concreto si concurren los parámetros que configuran la condición más beneficiosa, frente a la posibilidad de que sea una simple liberalidad empresarial, no vinculante en años sucesivos.

Son tan difusos los límites entre la condición más beneficiosa y los actos de mera liberalidad empresarial, que deben analizarse las particulares circunstancias concurrentes en cada supuesto.

La condición más beneficiosa ha venido siendo perfilada por la jurisprudencia como un inicial ofrecimiento unilateral del empresario, que una vez aceptado, se incorpora a los respectivos contratos de trabajo, exigiéndose también una consolidación de su disfrute en el tiempo. Pero el elemento principal para poder catalogarlo como condición más beneficiosa es sin duda que exista una voluntad empresarial de incorporarla al nexo contractual, lo que excluye las situaciones de mera tolerancia.

Pone el Supremo el acento en que por el carácter tácito de la condición más beneficiosa, la mejor forma de demostrar su existencia es la permanencia continuada en el tiempo de su disfrute.

En el caso, son variados los indicios que muestran que no se trataba de una «*generosidad empresarial*»:

- El obsequio de Navidad se entregó durante 11 años consecutivos, manteniéndose incluso en tiempos de crisis.
- Se ha ido entregando a todos los empleados, incluso a los nuevos que se han ido incorporando año tras año, llegando a la cifra de 5.000.
- Destacable es también que el coste del gasto de la cesta ha venido oscilando para la empresa entre los 42. 000 euros hasta los 89.000 euros, suma muy importante que también sirve para descartar la idea de una mera y simple liberalidad.
- Unido a la elevada cuantía del gasto, destaca también el Supremo el importante esfuerzo logístico y organizativo que implica el encargo y distribución de tan elevado número de cestas, extremo éste que también se valora para descartar que se trate de una liberalidad.

Parece ser entonces que en este caso sí concurren las notas definitorias de la entrega de la cesta de Navidad como condición más beneficiosa, y son irrelevantes otras cuestiones como la variación de la fecha de entrega entre unos años y otros, o incluso que cambie el valor de la cesta entre unos años y otros, puesto que un año antes de que se suprimiera, la empresa regaló solamente un panetone por valor de cuatro euros, pero siguió haciéndolo.

Los trabajadores no se han aquietado en ningún momento ante la situación, porque reaccionan cuando el empresario sustituye la cesta por un coctel a todos los empleados.

Por ello, como se estima que estamos ante una condición más beneficiosa, no podía la empresa suprimirla por decisión unilateral, porque estaba obligada a alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores o tramitar una modificación sustancial de condiciones de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 41 ET.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 761/2018, 12 Julio. Rec. 146/2017

4. AUDIENCIA NACIONAL

El permiso por hospitalización de familiares requiere que el causante pernocte en el centro hospitalario

El Sindicato presentó a la Comisión Paritaria del III Convenio Colectivo de Correos una comunicación de solicitud previa a la vía judicial de conflicto colectivo, para la interpretación del concepto de permiso retribuido por hospitalización o intervención de familiar, en virtud del cual este derecho al permiso retribuido no requiere que el mismo permanezca al menos una noche ingresado. La Comisión Paritaria no ha contestado a la comunicación lo que pone en manos de la Audiencia Nacional la tarea de interpretar el alcance del concepto de hospitalización o intervención de un familiar en cuanto a la necesidad de pernoctación para poder ser acreedor el familiar del permiso retribuido.

La duda a resolver es si el permiso de tres días por hospitalización de familiares requiere que el causante del mismo pernocte en el centro hospitalario- como se sostiene por la empresa- o si basta para poderse disfrutar del permiso con la mera atención hospitalaria.

Recuerda la sentencia que la norma convencional supone una mejora en beneficio de los trabajadores del permiso contemplado en el art. 37. 3 b) del E.T. y como tal debe operar como un mínimo de derecho necesario relativo.

Si se parte de una interpretación gramatical de la norma, la hospitalización según la RAE, significa internar un enfermo en un hospital, internamiento que excede de lo que sería una visita programada y puntual a un centro hospitalario, implicando un cierto sometimiento por parte del paciente al régimen de vida del centro.

También apoya esta tesis de la necesidad de internamiento, que el RD 1030/2006 que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud indica que la hospitalización exige el internamiento y además, que este internamiento precisa de pernoctación.

Para la Audiencia Nacional, las normas citadas son esclarecedoras de cara a la hora conocer la voluntad del legislador,- interpretación finalista o teleológica, pues las intervenciones quirúrgicas pueden desarrollarse bien en hospital de día- sin pernoctación- o bien en régimen de internamiento- con pernoctación-, lo cual es un dato relevante a la hora de interpretar el art. 37.3 b) del E.T , por cuanto que exige en casos intervenciones quirúrgicas que requieran de reposo domiciliario del pariente causante del permiso de la hospitalización, de lo que cabe concluir que cuando el legislador habla de hospitalización se refiere a pernoctación en un hospital, siendo la intervención quirúrgica la única atención prestada en centro hospitalario que genera el permiso sin necesidad de pernoctación.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 128/2018, 26 Julio. Rec. 150/2018

5. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Se admite la extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba, aunque su contrato temporal fuese fraudulento.

La trabajadora estaba contratada a través de una ETT por contrato temporal para obra o servicio determinado para la limpieza y envasado de calamares y comunicó a la empresa que estaba embarazada de 19 semanas. Por ello la empresa la pasó al día siguiente desde la línea de producción a la línea de envasado por considerarse más liviana.

Días después es despedida por no superar el período de prueba y demanda a la empresa por considerar que su despido es nulo porque responde a su embarazo.

Si bien las actividades realizadas eran las habituales y normales de la empresa, lo que convierte al contrato temporal en fraudulento por no concurrir la causa de la temporalidad, no estamos ante un despido nulo.

La consecuencia de ser el contrato temporal fraudulento es la de la nulidad de la cláusula de temporalidad, pero como el resto del contrato de trabajo es válido en lo demás, también lo es la cláusula del período de prueba.

No cabe confundir la nulidad del contrato de trabajo, con la nulidad de la cláusula de temporalidad del contrato.

El TS ha declarado en relación al período de prueba que tiene su causa en la necesidad de conocimiento mutuo entre los contratantes y en pro del desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes, lo que justifica la atribución de la facultad resolutoria y de desistimiento unilateral libremente concedida a las dos partes, sin alegación de causa y por apreciación personal y subjetiva del resultado. Por ello, para cesar a un trabajador durante el período de prueba la empresa no precisa alegar, y menos acreditar, motivo alguno, y el período de prueba, fijado por escrito, es válido, aunque no lo fuese el contrato temporal suscrito.

Salvado lo anterior, confirma el TSJ la legalidad del despido por no superar la trabajadora el período de prueba. Hacía su trabajo con gran lentitud, respecto a otras embarazadas que cubrieron el mismo puesto, obligando a reforzar la línea en la que trabajaba, lo que motivó quejas de compañeras y encargadas, y eso tratándose de un trabajo liviano y muy sencillo al que precisamente se destinaba a las trabajadoras embarazadas.

Ningún viso de discriminación puede apreciarse en este caso. Llegaron a ser hasta 21 las mujeres embarazadas que pasaron por la empresa sin que ninguna de ellas fuese despedida, lo que enerva cualquier posible indicio de discriminación y hace que el cese por no superar el período de prueba deba considerarse totalmente legal.

TSJ Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 26 Julio 2018. Rec. 1301/2018

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