

# Actualidad Jurisprudencial Octubre 2018

## SUMARIO

### **1.- Despido disciplinario. Trámite de audiencia a un afiliado a un Sindicato.**

*Sólo procede ante el delegado sindical de la respectiva sección sindical, cuando éste cumpla los requisitos de la LOLS.*

### **2.- Vacaciones que superan el mínimo legal e incapacidad temporal**

*Cuando una IT coincide con las vacaciones fijadas obligatoriamente en un periodo concreto.*

### **3.- Revisión de las causas del despido colectivo.**

*Las causas justificativas de un despido colectivo no pueden revisarse en pleitos individuales cuando haya existido acuerdo entre la empresa y los representantes legales, y siempre que el pacto no haya sido impugnado judicialmente.*

### **4.- Ultraactividad de Convenios Colectivos**

*La ultraactividad de los Convenios caduca al año con carácter general, y no procede aplicar el convenio anterior una vez pasado ese plazo.*

### **5.- Extinción art 50ET y Concurso**

*Competencia para conocer de la extinción de contratos de trabajo después de declarado el concurso.*

### **6.- Trabajo a tiempo parcial**

*Modificación del régimen de parcialidad, y abono del complemento de IT, en meses de 31 días.*

*\* Este Boletín se edita periódicamente por la Fundación para las Relaciones Laborales del Gobierno de Cantabria, a través del estudio y análisis previo de aquellas sentencias del orden social recientemente publicadas y que se consideran de relevancia jurídica o interés profesional.*

## DESPIDO DICIPLINARIO. TRÁMITE DE AUDIENCIA

*1.-. El trámite de audiencia sólo procede ante delegados sindicales que cumplen los requisitos establecidos en la LOLS*

**TS, Fecha 4-7-18, EDJ 563259**

**TS, Fecha 9-5-2018, EDJ 72647**

La sección sindical de CGT se encuentra constituida en una empresa con menos de 250 trabajadores, con un número de trece delegados a los que no se dio audiencia en el despido disciplinario de un afiliado.

El objeto del recurso de casación para unificación de doctrina es si la empresa que va a despedir disciplinariamente a ese trabajador afiliado al Sindicato, debe dar audiencia al delegado sindical a la que pertenece. Analiza el supuesto en los casos en los que el delegado sindical cumple las prerrogativas de la LOLS art. 10.1 y también en aquellos otros en los que los delegados no cumplen los requisitos legales y carecen de las prerrogativas legales señaladas.

En el caso concreto, la Sala IV opta por la primera opción y considera que sólo el delegado sindical que cumple los requisitos tiene derecho a ser oído en el marco de un despido de un afiliado, sin que tenga que ser considerado improcedente el despido, en caso contrario. El Tribunal Constitucional establece que no todos los delegados sindicales poseen los mismo derechos y facultades, puesto que la figura de delegado sindical no es contenido esencial de la libertad sindical.

La jurisprudencia del TS establece el alcance de la audiencia previa al despido; sólo cabe cuando existe el delegado sindical dentro de la sección sindical que cumple las exigencias legales de la LOLS. No existía doctrina unificada hasta este momento. La referencia al delegado sindical que ha de ser oído, tiene que tener en cuenta la definición legal que hace la LOLS, que es la que desarrolla el derecho fundamental a la libertad sindical. Sólo los delegados definidos en la LOLS han de ser oídos en el caso de despido disciplinario de sus afiliados. Si la norma hubiera querido ampliar el requisito de la audiencia a todo afiliado, no habría utilizado términos tan específicos como los de “secciones” y “ delegados sindicales”, por lo que no cabe hacer una interpretación extensiva de la norma. Aunque la demandante está afiliada a la CGT y hay sección sindical constituida en la empresa, no estamos en el supuesto del art. 10.3 LOLS, ya que la empresa demandada tiene menos de 250 trabajadores con lo que no existe la obligación empresarial de dar audiencia.

Por todo ello, en el supuesto que se analiza, el fallo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante.

**, Fecha 9-5-18, EDJ 72647**

## VACACIONES

### 1. Despido por transgresión buena fe contractual.

*2.-Vacaciones que superan el mínimo legal e incapacidad temporal.*

**TS, Fecha 4-7-18, EDJ 563259**

Existe un pacto en la empresa por el que además de los 30 días naturales recogidos en la norma convencional, se contemplan 7 días naturales durante Semana Santa y 9 durante Navidad. En ambos casos, con obligación de disfrutarlos de forma continuada.

Una trabajadora sufre un proceso de IT que se inicia poco antes de Navidad y se prolonga hasta los primeros días del año siguiente. Tras el alta solicita a la empresa el derecho a disfrutar los 9 días de vacaciones de Navidad. La empresa le deniega la solicitud alegando que el disfrute de estos días de vacaciones debe realizarse de manera continuada y en el periodo navideño, no en periodo distinto. La trabajadora reclama judicialmente, llegando hasta el TS, que trata de determinar el tratamiento que hay que dar a las vacaciones que superan el mínimo legal.

El TS recuerda que el periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, es el pactado en convenio colectivo o contrato individual. Esto supone que los días de vacaciones que superan al mínimo legal siguen teniendo la naturaleza de vacaciones anuales retribuidas con independencia de la distribución que tengan a lo largo del año. Es de aplicación a este supuesto la doctrina del TJUE sobre el solapamiento entre las vacaciones y la IT y el derecho a su posterior disfrute (TJUE 21-6-12, C78/11), ya incorporada a nuestra legislación (ET art 38.3), por lo que reconoce el derecho de la trabajadora a recuperar los días de vacaciones no disfrutados, aunque sea en periodo distinto al convenido en el pacto de empresa.

## DESPIDO COLECTIVO

*3.-Revisión de las causas justificativas de un despido colectivo.*

**TS, Fecha 2-7-18, EDJ 564725**

Las causas justificativas de un despido colectivo no pueden revisarse en pleitos individuales cuando haya existido acuerdo ente la empresa y los representantes legales, siempre y cuando ese acuerdo no haya sido cuestionado judicialmente por la autoridad laboral, por dichos representantes o por un sindicato con implantación suficiente en la empresa, ya que permitir lo contrario supondría negar la eficacia de lo pactado en la negociación colectiva, produciendo, el

hecho de que puedan discutirse, una enorme inseguridad jurídica debida a los innumerables procesos individuales que se pueden generar.

## CONVENIOS COLECTIVOS: ULTRAACTIVIDAD

### **STS de 5 de junio 2018, Rec. Unificación de Doctrina 364/2017.**

*4.- Si existe Convenio Colectivo de ámbito superior y aún no se ha firmado el Convenio Colectivo correspondiente, decae al año el Convenio cuya vigencia ha vencido.*

La cuestión que resuelve el TS en el recurso de casación unificadora consiste en determinar que ocurre cuando un Convenio Colectivo pierde su vigencia y no hay pacto colectivo que prevea solución alguna. En concreto, si se aplica o no la previsión contenida en el art. 86.3 del E.T. según la cuál transcurrido un año desde la denuncia del Convenio sin que se haya acordado uno nuevo o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia, y se aplicará, si lo hubiere, el Convenio Colectivo de ámbito superior que fuere de aplicación.

Analizando las dos sentencias contradictorias, entiende el Tribunal Supremo que en ambos casos el Convenio aplicable inicialmente había perdido su vigencia y en ambos casos existía un Convenio superior. Cada una resuelve la cuestión discutida de manera diferente, pues mientras la referencial considera que debe aplicarse el Convenio superior (TSJ País Vasco 1 de junio 2015, Rec. 821/15), la recurrida determina que deben continuar aplicándose las condiciones del Convenio cuya vigencia ha decaído (TSJ País Vasco 4 de octubre 2016, Rec. 1786/2016).

La regla de ultraactividad está concebida como norma disponible para la autonomía colectiva para conservar provisionalmente las cláusulas del Convenio anterior, mientras continúe la negociación del Convenio siguiente y durante un determinado tiempo que la ley considera razonable, pero no está para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del Convenio cuya vigencia ha terminado ni para perpetuarse eternamente.

No existiría una sucesión de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior si no una “*sustitutio in integrum*” del Convenio inferior por el superior. Aquel Convenio cuya vigencia ha terminado sufre una total desaparición del Ordenamiento Jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el Convenio de sector.

Se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en el Convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del Convenio a un año. Parece evidente que a la finalidad de evitar vacíos normativos responde el mandato legal de aplicación del Convenio superior que resultase de

aplicación. La solución legal implica tener que establecer si existe o no un Convenio de ámbito superior y de existir varios, cuál es precisamente el aplicable.

La doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, no existiendo además duda en el caso concreto sobre la existencia de Convenio de ámbito superior y que el existente resulta aplicable, por lo que se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud.

## EXTINCIÓN Y CONCURSO

Ssts

**STS 3314/2018, de 14 de septiembre 2018, Rec 2652/2017.**

*5.- Competencia para conocer de la extinción de contratos de trabajo después de declarado el concurso.*

Trabajadora que presenta demanda de conciliación previa por extinción voluntaria del contrato de trabajo el 25 de agosto de 2016 y la subsiguiente demanda el 7 de septiembre de 2016, siendo así que el 6 de octubre siguiente la empresa fue declarada en concurso por auto del Juzgado de lo Mercantil. Posteriormente, por auto de 12 de diciembre de 2016 el juez del concurso aprobó la extinción de los contratos de trabajo de la empresa, incluido el de la actora, fijando para ésta una indemnización de 20 días salario/año. (7.655,10€)

La sentencia del Juzgado entendía que es necesario que el vínculo contractual esté vivo en el momento de dictarse la decisión judicial en el procedimiento seguido al amparo del art. 50 del ET. Este criterio es revocado por la sentencia de suplicación, sosteniendo que la extinción colectiva no impide el enjuiciamiento de la acción individual de extinción del contrato si fue deducida antes de la solicitud del concurso, si bien retrotrae los efectos extintivos a la fecha en que, con arreglo al auto de lo mercantil, se puso fin a la relación laboral. Declara resulta la relación laboral con efectos al 12 de diciembre de 2016 y condena a la empresa a una indemnización de 14.832,92€.

Esta sentencia es recurrida en casación por el FOGASA alegando como único motivo que la sentencia recurrida incurre en la infracción del art. 50.1ET, en relación con el 64 de la Ley Concursal.

Esta cuestión ha sido ya abordada con anterioridad por el TS (STS de 9 febrero 2015), entendiéndose que es competente el Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajos después de declarado el concurso, incluso en el caso del

trabajador que, con anterioridad a dicha declaración, había presentado demanda ante el Juzgado de lo Social instando la extinción de su contrato al amparo del art 50ET, estando pendiente de resolver la citada pretensión.

Asimismo, el art. 64.10 de la Ley Concursal, al referirse expresamente a las acciones derivadas del art 50ET, no permite dudar del efecto de cosa juzgada que el auto del juez del concurso despliega sobre los procedimientos sociales que se hubieren suspendido por ser iniciados con posterioridad a la solicitud del concurso.

En este sentido, argumenta el Tribunal que debe darse idéntica solución en aras a la igualdad entre los diversos trabajadores del mismo empleador concursado evitando el posible fraude derivado de poder elegir ante una misma situación acciones distintas que pudieren llevar a resultados desiguales, entre otros, en cuanto a la fecha de la extinción, salarios, e indemnizaciones procedentes.

Finalmente, sentencia que aún cuando no se haya decretado la suspensión a que se refiere el art 64.10LC por tratarse de un procedimiento iniciado ante el juez de lo Social en momento anterior a instarse la declaración de concurso, resulta evidente que el juez de lo social no puede desconocer la trascendental circunstancia de que la relación laboral, sobre cuya continuidad debe decidir en su sentencia, ya no está viva porque la extinción de la misma ha tenido ya lugar por virtud de la resolución del juez competente para acordarla dentro del concurso, basándose en circunstancias que sirven para apreciar causas de características análogas a las que motivan la acción individual del trabajador.

Por todo ello, estima el recurso del Fogasa y casa y anula la sentencia recurrida.

## **TRABAJO A TIEMPO PARCIAL**

### **TS 19-7-18, EDJ 589840**

#### **6.- Modificación del régimen de parcialidad, y abono del complemento de IT, en meses de 31 días**

En este caso una empresa de contact center divide el salario anual que establece el convenio colectivo entre 360 días retribuyendo a los trabajadores una cantidad fija mensual con independencia de los días que tenga el mes.

La representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando el derecho de los trabajadores a percibir el complemento de IT durante todos los días en que el trabajador se encuentre en esta situación, dejando sin efecto la práctica empresarial de abonar solo 30 días. Así mismo, la representación sindical, también solicita que los trabajadores a tiempo parcial que vean

modificada su jornada, en un mes de 31 días, reciban su salario por los días efectivamente trabajados.

La Audiencia Nacional estima la demanda y la empresa recurre en casación, considerando que si realiza los abonos reclamados en los meses de 31 días, el trabajador percibiría una retribución superior a la establecida.

El TS entiende que los trabajadores tienen derecho a percibir el complemento de IT tal y como establece el convenio colectivo de aplicación. Por tanto, considera que la forma de proceder de la empresa no es correcta, y alcanza la misma conclusión en relación a los trabajadores a tiempo parcial que en un mes de 31 días ven modificado su coeficiente de parcialidad.

El TS afirma que, en ningún caso, la correcta aplicación genera que el trabajador perciba mayor importe en IT que si no lo estuviera. Siendo el error de la empresa, el tomar como divisor, en un mes de 31 días, para obtener el salario día en IT el de 30, cuando debe de ser 31.

Por tanto .el TS desestima el recurso y confirma sentencia de la Audiencia Nacional