

Actualidad Jurisprudencial Junio 2019

SUMARIO

1.- PRESTACIÓN RIESGO LACTANCIA

Riesgo Lactancia- Trabajo a Turnos

2.- HUELGA

Declaración de ilegalidad de huelga convocada por varios Sindicatos para las mismas fechas y los mismos motivos.

3.- IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO

Diferencias en el régimen de jornada de los trabajadores indefinidos a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial.

4.- PRESTACIONES DEL FOGASA

Nacimiento de las obligaciones del FOGASA

* 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/o que se consideran de relevancia jurídica o interés profesional.

PRESTACIÓN RIESGO LACTANCIA

1.- Derecho a prestación de riesgo durante la lactancia- trabajadora a turnos.

STS 244/2019 de 26 de marzo de 2019. Recurso unificación de doctrina 2170/2018

En este recurso trata de resolver si cabe reconocer el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural a una trabajadora que presta servicios como camillera en servicio de transporte urgente con ambulancia, en régimen de turnos semanales de dos días en turno de mañana de 9h a 21 h , dos en turno de noche de 21h a 9:00h, y cinco de descanso.

El Juzgado estima la demanda y reconoce el derecho a la trabajadora, pero la Sala de TSJ revoca la sentencia de la instancia argumentando que no ha quedado acreditada la concurrencia de algún factor de riesgo en el contexto de la prestación laboral sino que, muy al contrario, ha quedado probada la ausencia de cualquier producto que por inhalación o contacto pudiera ser calificado como tóxico o pernicioso para la lactancia. Incluso, queda probado que en el centro de trabajo existen instalaciones para que la trabajadora proceda a la extracción con tranquilidad, higiene e intimidad, y pueda guardarla debidamente conservada.

La trabajadora, por su parte, hace hincapié sobre el trabajo a turnos y la nocturnidad, manteniendo que estos turnos han de ser evitados para la lactancia, y recurre en casación denunciando la infracción de los art. 188LGSS Y 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Remite el TS a la doctrina del TJUE, según la cual, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora embarazada, en el marco del art. 7 de la Directiva 92/85, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que tal examen no se haya realizado, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por

maternidad a los efectos de esa Directiva y constituirá una discriminación directa por razón de sexo.

Asimismo, remite a la doctrina del Pleno en su STS de 26 de junio de 2018, que señala que la delimitación de la contingencia en el caso de lactancia natural no resulta fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se vea dificultado o impedido por el mero desempeño de la activada laboral, y desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias.. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición da contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.

Siguiendo estos criterios, el TS, apartándose de la doctrina anterior, estima el recurso de casación, ya que en el presente caso, aún cuando se ha demostrado que no existe para la demandante el riesgo de contacto con sustancias químicas que puedan afectar a la lactancia natural, sin embargo, no se ha llevado a cabo una evaluación del riesgo que comporta el trabajo a turnos que lleva a cabo la actora. Situación en la que habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia, la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario, y a partir de tal extremo, aplicar las previsiones del art. 26 LPRL y 188 LGSS.

Nada de esto ha sucedido en el presente caso, en el que, además, la empleadora ha incumplido el mandato del art. 26. 1 LPRL, conforme al cuál, *“la evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos, o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”*.

HUELGA

2.- Declaración de ilegalidad de huelga convocada por varios sindicatos en las mismas fechas y por los mismos motivos.

STS 328/2019 de 25 de abril de 2019. Recurso de casación 236/2017

En este procedimiento se pretende la declaración de ilegalidad de la huelga convocada por separado por los cinco sindicatos demandados en una empresa de servicios, y en la actividad de servicios a bordo de trenes y actividades conexas.

La pretensión se basa en que los motivos y objeto de las convocatorias de la huelga eran los mismos en los cinco casos, lo que, realmente, suponía un único proceso de huelga, pese a lo que se habían constituido cinco comités de huelga diferentes que contaban con 43 miembros en lugar los 12 que como máximo debe tener un comité de huelga.

La empresa entiende que esa composición resulta ineficaz para una negociación ágil, pues el número de negociadores por la parte social entorpece y dificulta la negociación, y alega que se ha hecho un uso abusivo y en fraude de ley del derecho de huelga, al convocar cinco diferentes con idéntico objeto, inicio y duración, lo que hace ilícitas las convocatorias.

Establece el TS que el derecho de los sindicatos a la huelga que les reconoce el art. 2-2-d) de la LOLS tiene carácter constitucional y no puede ser limitado en función de la mayor o menor representatividad del sindicato convocante porque todos los sindicatos tienen derecho a convocar y desconvocar una huelga cuando lo crean oportuno y no pueden ser obligados a una acción conjunta con otros sindicatos aunque tengan objetivos comunes, pues la política de cada uno es diferente y esa actuación conjunta que pretende la empresa puede acabar restringiendo la libertad de acción y la independencia que tienen todos los sindicatos, al obligar al minoritario a pasar por las decisiones de otros con más afiliados que pueden tener otros intereses.

Incide en que el derecho individual a la huelga tiene una manifestación colectiva en su ejercicio y puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito al que se extienda la huelga, y por ello, rechaza todas las alegaciones de ilicitud de varias convocatorias de huelga.

Ahora bien, respecto al comité de huelga, entiende el TS que la convocatoria simultánea de cinco huelgas por separado no puede fundar la constitución de un comité negociador por la parte social que sea cuantitativamente desmesurado y contrario al RDL 17/1977. De hecho, la postura adoptada por los cinco comités de huelga consistente en negociar los 43 miembros de los diferentes comités de empresa y negarse a nombrar un único comité negociador menos numeroso, puede calificarse de abusiva porque, al mantener que como existían cinco convocatorias de huelga cinco debían ser los comités de huelga, se olvidaba que las cinco convocatorias de huelga encubrían realmente una sola convocatoria por tener el mismo objeto y coincidir los paros con los mismos días en todas las convocatorias, así como que esa unidad de acción tácitamente reconocida, implicaba una perturbación de la negociación contraria a los principios que la debían regir y, conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 8-2 del RDL 17/1997, que implícitamente establecen la necesidad de que cuando existen varios comités de huelga, los miembros de los mismos deban nombrar a quienes los representen en la comisión que negociará con los representantes de la empresa la solución del conflicto existente.

Entiende el Tribunal que esta actuación es ilícita por abusiva, al ser contraria a la Ley y al espíritu que la informa, sin necesidad de tacharla de fraudulenta, y por tanto estos actos jurídicos contrarios han de ser sancionados con su anulación.

En conclusión y siguiendo estas consideraciones la sentencia califica de ilegal por abusiva de una huelga iniciada legalmente y que devino en ilegal, conforme al art. 11-d) del RDL 17/1977, por la conducta adoptada por los miembros del comité de huelga al negarse a constituir una composición negociadora con una composición más ajustada a las disposiciones de la norma reguladora, lo que impidió el desarrollo de una negociación que podría haber facilitado un acuerdo sobre el final de la huelga.

IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO

3.- Diferencias en la regulación de la distribución de la jornada entre los trabajadores indefinidos a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial

TS10-4-19, EDJ578174

El convenio colectivo de una empresa regula en uno de sus artículos el trabajo a turnos, estableciéndose, entre otros criterios el derecho a disfrutar de al menos de un domingo

libre de cada 4, así como a conocer los turnos del mes siguiente con 14 días de antelación y con dos días de antelación los cambios de turno. Dicha regulación viene referida exclusivamente a los trabajadores indefinidos a tiempo completo. Para los trabajadores a tiempo parcial, se remite a las disposiciones legales de aplicación.

Un sindicato presenta demanda de impugnación de convenio colectivo reclamando que se declare la nulidad del artículo en cuestión, al considerar que contraviene el derecho a la igualdad y a la no discriminación al aplicarse solo a los trabajadores indefinidos a tiempo completo. Concretamente entiende, que la regulación contenida en la cláusula convencional contraviene el art. 14CE, al aplicarse sólo a los trabajadores indefinidos y a tiempo completo, impidiendo que los trabajadores a tiempo parcial y los eventuales puedan disfrutar de condiciones tales como un domingo libre de cada cuatro, el acceso previo a la programación de turnos..etc. Asimismo, sostiene que el preaviso de los cambios de turno no se ajusta a lo que exige el citado art. 34.2 ET. Del mismo modo, se hace referencia al principio de no discriminación en las condiciones de empleo que establece la norma europea (Directiva 97/81CE).

El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida, considera que no existe vulneración del principio de igualdad ya que las diferencias en la regulación entre ambos tipos de contrataciones, derivan de la distinta naturaleza de la relación laboral, y en definitiva, a la mayor duración de la jornada de quienes están vinculados por un contrato a tiempo completo, del que se deriva el correspondiente sistema de descansos. Matiza la Sala, que esta consideración es independiente a aquellas situaciones individualizadas que pudieran darse y que estando perfectamente delimitadas, podrían suponer que un trabajador a tiempo parcial acabara hallándose, de facto, en una situación idéntica a otro trabajador a tiempo completo, en cuyo caso el análisis de la garantía antidiscriminatoria implicaría ceñirse a la situación personal y concreta.

PRESTACIONES DEL FOGASA

1.- Nacimiento de las obligaciones del FOGASA.

TS 12-4-19, EDJ 593821

En este caso un trabajador es despedido como consecuencia de despido colectivo, con efectos a 6 de mayo de 2012, anteriormente la empresa fue declarada en situación de

concurso voluntario con fecha 11 de abril de 2012. Impugnada la extinción del contrato ante la Jurisdicción Social, recayó Sentencia de 12 de Noviembre de 2012 que declaró la nulidad del despido y acordó la extinción del contrato del demandante en dicha fecha, condenando a la empresa al abono de 82.653,83 € en concepto de indemnización.

La Administración concursal expidió certificado reconociendo adeudar al trabajador la cantidad de 82.653,83 € en concepto de indemnización, y 9.986 en concepto de salarios pendientes (salarios de tramitación). El trabajador solicita las prestaciones de garantía en fecha 13.3.2013 y mediante resolución de 23.10.2013 el FOGASA reconoció al demandante la prestación de 18.173,35 € en concepto de indemnización, 5.974,80 € por salarios.

El trabajador presenta demanda reclamando las diferencias de indemnización que es estimada en suplicación al entender el TSJ que la legislación aplicable es la vigente en la fecha de la declaración de concurso. Posteriormente el FOGASA interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la regulación aplicable al alcance de la responsabilidad del FOGASA. En concreto, si, en caso de concurso de acreedores de la empresa, esa responsabilidad nace cuando se declara el concurso o, cuando se produjeron los despidos, o, por el contrario, cuando (posteriormente) se declara la nulidad del despido de los trabajadores, y más en este caso dado que en el momento de la declaración del concurso está en vigor la redacción del art. 33 ET (y preceptos concordantes) que establece un tope a sus prestaciones equivalente al triple del salario mínimo interprofesional, mientras que a la fecha de la declaración extintiva ya ha tenido lugar la modificación normativa en la que se establece un tope del doble del salario mínimo interprofesional.

El TS entiende que lo decisivo para determinar la regulación aplicable es identificar el momento en que nace la obligación que acaba asumiendo el FOGASA, como responsable subsidiario. El TS afirma que el hecho de que exista la declaración del concurso no conlleva la extinción de los contratos de trabajo, por lo que la declaración del concurso no genera ningún derecho indemnizatorio a favor del trabajador. Por tanto para que aparezca la responsabilidad del FOGASA, debe de mediar la extinción de los contratos y hasta que no se produzca la falta de pago de salarios o de indemnización, independientemente de que la empresa se encuentre en situación de concurso, el FOGASA no tiene ninguna obligación, por lo que la responsabilidad del FOGASA nace, en este caso, en el momento que se

produce la extinción de la relación laboral que da lugar a la indemnización por despido y a la existencia de los salarios de trámite.

Por otro lado, el régimen jurídico de la responsabilidad del Fogasa impide imponer una obligación de pago más allá de lo tasado legalmente, a la vista del momento en que nace su obligación de responder subsidiariamente.

Por todo ello el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el FOGASA, anulando la sentencia dictada por el TSJ en suplicación