

Presentación del número 3/2021 de la Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)

El Equipo de Dirección

El número 3/2021 de la Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL) recoge el comentario de un total de diez sentencias dictadas por diferentes órganos (TC, Sala de lo Civil del TS, Sala de lo Social del TS, Sala de lo Social de TSJ) sobre temática muy diversa.

El número arranca con el comentario de **Eduardo Rojo Torrecilla** a la STC núm. 1/2021, de 25 de enero, que desestima el recurso de amparo núm. 1343/2018, interpuesto frente a la STS-SOC (Pleno) núm. 58/2018, de 25 de enero. El TC no aprecia discriminación directa ni indirecta por razón de raza al denegar la pensión de viudedad si no existe matrimonio reconocido por el ordenamiento jurídico español. El matrimonio celebrado por el rito gitano no tiene validez a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, y tampoco cabe reconocer la pensión por la existencia de pareja de hecho porque, aun habiendo convivencia *more uxorio*, falta el requisito constitutivo de la inscripción de la pareja en la forma legalmente establecida. La sentencia cuenta con un voto particular.

El **Director de la RJL** escudriña la STS-CIV núm. 112/2021, de 2 de marzo, sobre concurso de acreedores. La cuestión consiste en determinar la clasificación de un crédito esgrimido frente a la administración concursal de la empresa contratista. El TS dictamina que cuando la empresa contratista es declarada en concurso, el crédito de la principal que afronta la responsabilidad laboral del artículo 42 del ET debe calificarse atendiendo a su naturaleza originaria.

María Emilia Casas Baamonde profundiza en la relevante STS-SOC núm. 72/2021, de 20 de enero, sobre delimitación de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios y de la consiguiente jurisdicción competente para conocer la cuestión litigiosa relativa a la presunta vulneración de derechos fundamentales y a la conducta constitutiva de acoso imputada por el trabajador recurrente a la entidad sindical empleadora. El TS declara que la prestación de funciones sindicales a los sindicatos, por personas afiliadas y no afiliadas, puede encauzarse a través del contrato de trabajo si concurren las notas de laboralidad del artículo 1 del ET, con especial atención a la dependencia. El TS concluye que en el caso ahora enjuiciado existe contrato de trabajo entre el trabajador y el sindicato empleador al que está afiliado.

Faustino Cavas Martínez comenta la STS-SOC (Pleno) núm. 83/2021, de 25 de enero, en materia de expediente temporal de regulación de empleo (ERTE) por fuerza mayor vinculada a la COVID-19, ex artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020. El TS concluye que las empresas contratistas del sector público pueden presentar un ERTE por fuerza mayor vinculada a la Covid-19 y solicitar, si procede, el restablecimiento del

equilibrio económico del contrato. Además, la constatación por la autoridad laboral de la fuerza mayor vinculada a la COVID-19 puede operar por silencio administrativo, es decir, cuando la autoridad laboral no dicta resolución expresa sobre tal extremo en el plazo de 5 días desde la fecha de presentación de la solicitud por la empresa.

Belén García Romero ahonda en la STS-SOC núm. 161/2021, de 5 de febrero, que tiene por objeto clarificar si puede causar derecho a la excedencia por cuidado de familiares el hijo de la persona trabajadora que tiene 9 años de edad y necesita ayuda escolar para superar el curso académico. El TS sigue una interpretación sistemática y finalista del artículo 46.3.párrafo 2º del ET para concluir que no procede el reconocimiento del referido derecho.

Pilar Rivas Vallejo realiza un profuso estudio de la STS-SOC núm. 163/2021, de 8 de febrero, cuya cuestión de fondo pone en relación las medidas tecnológicas de vigilancia y control de los trabajadores con el derecho de estos a la intimidad personal (digital). El TS dictamina que geolocalizar a los trabajadores de reparto de comida a domicilio a través de sus propios teléfonos móviles conculca su derecho a la protección de datos personales, aun cuando la medida responda a un fin legítimo relacionado con la tendencia comercial de la competencia.

Juan Martínez Moya aborda la STS-SOC núm. 178/2021, de 10 de febrero, sobre la procedencia del recurso de suplicación frente a sentencias dictadas en procesos de impugnación de sanciones impuestas al trabajador por el empresario cuando la sanción ha recibido la calificación judicial de muy grave [artículos 115.3 y 191.2.a) Ley 36/2011]. El TS recuerda que el control judicial del poder disciplinario del empresario va referido a la calificación de la falta, no así a la sanción disciplinaria prevista legal o convencionalmente.

José Luis Monereo Pérez examina la STS-SOC núm. 502/2021, de 18 de febrero, sobre tutela de los derechos fundamentales ante la ausencia de medidas de prevención de riesgos laborales para los trabajadores (funcionarios de la Ertzaintza) expuestos en su trabajo al riesgo de contagio de la COVID-19. El TS recuerda que la jurisdicción social es la competente para conocer la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en materia de prevención de riesgos laborales respecto a todos sus empleados públicos, ya sean personal laboral, personal funcional o personal estatutario de los servicios públicos de salud [artículo 2.e) Ley 36/2011]. El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, que estimó parcialmente la demanda del sindicato policial interpuesta contra la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco en materia de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales, declaración su obligación de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios de protección frente a la COVID-19. Existe el derecho del trabajador y el correlativo deber del empleador de disponer de los medios suficientes.

Joaquín García Murcia expone la STS-SOC núm. 272/2021, de 4 de marzo, sobre impugnación, por discriminación por razón de género, del artículo 38 del Convenio Colectivo estatal de sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (BOE núm. 21, de 25 enero 2017). El TS recuerda que es obligado el uso de la vía previa establecida en el convenio colectivo antes de interponer la demanda judicial. En relación con la cuestión de fondo planteada, el TS considera que el precepto convencional no incurre en discriminación por razón de género al señalar que "las labores de carga y descarga que exijan subirse a camiones y buques, serán realizadas por el personal que con cargo a su clasificación profesional corresponda". El TS argumenta que la referida cláusula convencional no es discriminatoria por razón de género porque no excluye a las mujeres, sin perjuicio de la obligación de adaptar el sistema de clasificación profesional al funcionamiento actual de las empresas y de que éste deba respetar lo dispuesto en el artículo 22.3 ET.

María Areta Martínez cierra el número con el estudio de la STSJ de Aragón-SOC núm. 8/201, de 18 de enero, sobre extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (artículo 50.1 ET). La Sala señala que la modificación

sustancial de la jornada laboral del trabajador fijo discontinuo no justifica la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, ex artículo 50.1.a) del ET, porque, aunque ha sido adoptada por la empresa sin observar lo dispuesto en el artículo 41 del ET, no ha ocasionado menoscabo de su dignidad. En el caso ahora enjuiciado, la Sala declara que el llamamiento tardío no constituye despido improcedente porque el trabajador fijo terminó aceptando el ofrecimiento e incorporándose al puesto, lo cual trae consigo el restablecimiento contractual y la inexistencia de despido. Finalmente, la Sala recuerda la doctrina del TS, según la cual, el artículo 50.1 del ET conforma una lista abierta de incumplimientos empresariales graves del empresario que justifican la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.