

# Revista

## Septiembre 2018

### CONTENIDO

#### Noticias

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera de aplicación el art. 44 ET, a todos los efectos, a las sucesiones de empresa convencionales en contratas basadas fundamentalmente en la mano de obra.

El Tribunal Supremo dictamina que las causas del despido colectivo pactado no pueden revisarse en pleitos individuales

### TEMA DEL MES

Los planes de igualdad empresarial

Rocío Fernández  
Abogada

### C. JURISPRUDENCIA

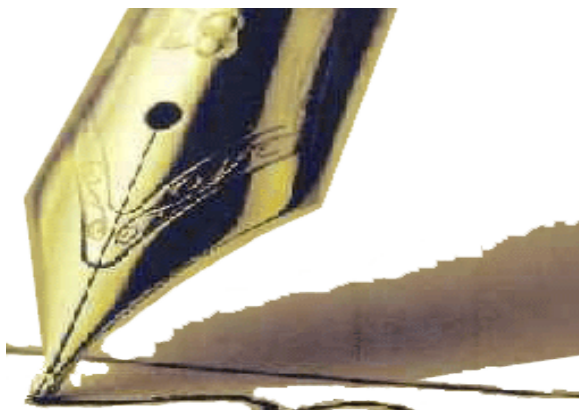
La Audiencia Nacional establece que el permiso retribuido por hospitalización de parientes siempre requiere pernocta.

Nuria Martínez Beneyto  
Abogada

### SENTENCIAS DEL MES

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018. Repartidores a domicilio de plataformas digitales.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 12 de junio de 2018. Validez del despido por SMS.



## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA CONSIDERA DE APLICACIÓN EL ART. 44 ET, A TODOS LOS EFECTOS, A LAS SUCESIONES DE EMPRESA CONVENCIONALES EN CONTRATOS BASADOS FUNDAMENTALMENTE EN LA MANO DE OBRA

La regulación del Estatuto de los Trabajadores en materia de sucesión de empresa se implantó hace 17 años, y sin embargo, estamos muy alejados de dilucidar algunos aspectos básicos referidos tanto a las consecuencias jurídicas del proceso sucesorio, como a la propia delimitación de las situaciones que dan lugar a esas consecuencias y la adecuación de todo ello al Derecho de la Unión Europea. En efecto, el redactado actual del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores sobre sucesión de empresa tiene su origen en la Ley 12/2001, de 9 de julio, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico las reformas contenidas en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad.

No obstante, a pesar de los años transcurridos, no son pocas las cuestiones controvertidas que aún quedan por resolver, referentes tanto al supuesto de hecho como a la consecuencia jurídica del fenómeno sucesorio. Así, a modo de ejemplo: - Sobre la determinación del convenio colectivo aplicable –y, en concreto, la cláusula de subrogación convencional prevista– en supuestos de empresas multi-servicios y en los que pueda ponerse en duda la doctrina de unidad de empresa y unidad de convenio, como ya ha sucedido en el ámbito de los centros especiales de empleo. - O la adecuación a derecho comunitario de la habitual configuración por parte de los convenios colectivos del supuesto de subrogación en actividades que se fundamentan en mano de obra, exonerándose de responsabilidad a la empresa entrante por deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión. Pues bien, a raíz de dos cuestiones prejudiciales

planteadas por el TSJ de Galicia, hace poco tiempo hemos conocido la opinión del TJUE con relación a si el supuesto de subrogación convencional entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y sobre la adecuación a derecho comunitario de la antedicha cláusula de exoneración de responsabilidad de la empresa entrante. Los hechos más significativos del caso de autos son los siguientes: - Una empresa de vigilancia fue la adjudicataria del servicio de vigilancia de un Museo en Santiago de Compostela hasta octubre de 2012, momento que en que dicho servicio se adjudicó a otra empresa de vigilancia. - El trabajador, que había trabajado como vigilante para la primera empresa, pasó a estar contratado por la segunda, a quien reclamó las diferencias salariales y de prestaciones sociales complementarias devengadas durante los años 2010 a 2012. - Ambas empresas se negaron al pago de la cantidad. La empresa entrante

te entendió que no se trataba de una sucesión de empresas con base en el artículo 44 ET, sino que resultaba de aplicación el artículo 14 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad, que obliga a la nueva adjudicataria a subrogarse en los derechos y obligaciones de la sociedad cedente derivados de los contratos de trabajo a partir de la fecha de adjudicación, exonerándola de las deudas generadas con anterioridad a la misma. El Tribunal resuelve que sí aplica la Directiva al supuesto en que un arrendatario de servicios ha resuelto un contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones y, a efectos de la ejecución de esta prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución del servicio. En este sentido, el TJUE recuerda que en los sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una “entidad económica” y la misma puede mantener su

identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario continúe con la actividad y se haga cargo de una parte esencial del personal. Una actividad de vigilancia de un museo, que no exige el uso de materiales específicos, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en mano de obra y, por consiguiente, a falta de otros factores de producción, constituir una unidad económica. En relación con la segunda cuestión, el TJUE se declara incompetente para resolverla, siendo una cuestión que compete a los Tribunales nacionales resolver. La relevancia de este pronunciamiento no debe pasar desapercibida, puesto que debemos tener en cuenta lo siguiente: a) La mayoría de los convenios colectivos sectoriales en actividades fundamentadas básicamente en la mano de obra configuran el supuesto de subrogación convencional delimitando subjetivamente los trabajadores a los que se aplica y previendo que la empresa entrante no asume las deudas que la saliente tuviese con dichos trabajadores con anterioridad a la consumación del supuesto sucesorio; b) El criterio consolidado del Tribunal Supremo en más de 40 senten-

cias dictadas desde la “inicial o primaria” que en Sala General dictó en 2016, en las que concluye de manera indubitada que cuando la subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable, no se ha producido una sucesión de empresa por sucesión de plantillas que produzca los efectos jurídicos del artículo 44 ET y que, por tanto, es el convenio colectivo el que configura el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, validando tales cláusulas de exoneración de responsabilidad. Siendo así, una sentencia del TJUE que considerase que dicha “regulación tipo” de la subrogación convencional en España es contraria a derecho comunitario, debiendo ser aplicable lo dispuesto en el artículo 44 ET, tendría no sólo un impacto en la doctrina casacional sino, sobre todo, en las “reglas del juego” de las que se han dotado un número de sectores productivos, socioeconómicamente hablando –nada desdeñable. Así las cosas, habrá que esperar a un futuro pronunciamiento del Tribunal Supremo en la materia, dado que tras este pronunciamiento del TJUE, ambos tribunales mantienen criterios frontalmente opuestos.

## EL TRIBUNAL SUPREMO DICTAMINA QUE LAS CAUSAS DEL DESPIDO COLECTIVO PACTADO NO PUEDEN REVISARSE EN PLEITOS INDIVIDUALES

El TS ha dictado una sentencia que establece que en los pleitos individuales derivados de un despido colectivo no pueden revisarse las causas justificativas del mismo, cuando haya existido acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, y siempre que el pacto no haya sido impugnado judicialmente por dichos representantes o por un sindicato con implantación suficiente en la empresa. En el caso concreto, la sentencia desestima el recurso de varios empleados de una empresa, que fue objeto en 2013 de un despido colectivo por causas productivas y organizativas, cuyo periodo de consultas terminó con acuerdo con los representantes de los trabajadores, ofreciendo una indemnización de 33 días de salario por cada año trabajado. A continuación, la escuela fue cerrada. Ante el asunto planteado, y al existir sentencias contradictorias por parte de TSJ, el TS fija doctrina sobre si es posible o no en los pleitos individua-

les revisar las causas justificativas del despido colectivo, cuando ha existido acuerdo entre empresas y representantes de los trabajadores. Para los magistrados, la aceptación de la concurrencia de las causas legales que justifican el despido colectivo “entra dentro del marco que corresponde a la negociación colectiva y no supone invadir el ámbito de derechos individuales indisponibles del trabajador”. Además, ante la posibilidad de que esos acuerdos pudieran haberse adoptado en trasgresión de las normas legales que regulan el despido colectivo, y encubran actuaciones fraudulentas en perjuicio de los trabajadores, queda abierta la posibilidad de su impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, en los mismos términos previstos para las demás situaciones de crisis empresarial, como la reducción de jornada, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, o el descuelgue. Sin embargo, cuando no haya

ninguna tacha formal del acuerdo, ni tan siquiera se alegue su carácter fraudulento por la concurrencia de vicios que pudieren determinar su nulidad, “se estaría negando la eficacia de lo pactado como resultado de la negociación colectiva y convirtiendo en papel mojado el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, si se admite que en cada uno de los pleitos individuales pudiere revisarse la concurrencia de las causas justificativas del despido que fueron aceptadas por la representación sindical, lo que es tanto como desincentivar la consecución de tales acuerdos que constituye el objeto esencial del periodo de consultas”. Según la sentencia “va contra el más elemental sentido común que se admita la posibilidad de cuestionar en pleitos individuales la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que fueron aceptadas por la representación de los trabajadores, y que no han sido luego

cuestionadas colectivamente ni por la autoridad laboral, ni por ningún otro de los sujetos legitimados para instar el procedimiento colectivo”. Asimismo, el TS subraya “la enorme inseguridad jurídica y la distorsión que podría generar la existencia de los innumerables procesos individuales, en los que se estuviere discutiendo la concurrencia de la causa de un mismo despido colectivo de una misma empresa, que, además, acabó con acuerdo”. La sentencia explica que la defensa y protección del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores es la herramienta más adecuada para la resolución de estas situaciones de crisis, “y la paralela prevalencia del proceso colectivo sobre el individual en la resolución de las discrepancias sobre aquellos aspectos que inciden por igual en todos los trabajadores afectados, llevan a considerar que todo el sistema descansa en la consideración de que en el proceso individual únicamente cabe abordar las cuestiones estrictamente individuales atinentes singularmente a cada uno de los trabajadores demandantes”. Añade que “uno de los pilares sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar

y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, no solo para pacificar en la medida de lo posible las relaciones laborales, sino también para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo. Otro elemento a tener en consideración, dice la Sala, es el de evitar la litigiosidad y saturación de los órganos judiciales y favorecer el principio de celeridad y de seguridad jurídica, contra la eventualidad de que pudieren suscitarse multitud de pleitos individuales en los que pudiere discutirse la concurrencia de la causa de despido, alcanzando resultados contradictorios con la desigualdad de trato e inseguridad jurídica que ello supone, y pese a la existencia de un acuerdo en sentido contrario con la representación de los trabajadores. La sentencia cuenta con un voto particular firmado por 5 de los 11 magistrados que formaron el Pleno, que discrepan de la mayoría y consideran que sí cabe examinar en los procedimientos individuales la existencia de la causa justificativa de la medida aunque el despido colectivo haya finalizado con acuerdo.

En primer término, alegan que la exclusión de esa posibilidad carece de previsión expresa en la ley. Añaden que ante un conflicto jurídico, resulta extraño al Estado de Derecho que los acuerdos, decisiones o conductas queden sin posibilidad de traslación ante un órgano jurisdiccional. “Puesto que el legislador ha descrito los hechos legitimadores del despido por causas económicas o similares resulta disfuncional que se impida el examen de la interpretación que hayan asumido quienes han pactado sobre el tema”, indican. Asimismo, indican que el resultado a que aboca la sentencia del Pleno (impedir la revisión judicial de la concurrencia de la causa del despido) podría comportar una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva. Los cinco magistrados discrepantes no entienden las razones por las que un convenio colectivo (que posee eficacia normativa y general) puede ser tanto impugnado frontalmente cuanto cuestionado en los eventuales litigios individuales donde deba aplicarse, y la singular modalidad de acuerdo colectivo “resulte inmune al cuestionamiento individual”.

Autor:: Poder Judicial



## TEMA DEL MES

### LOS PLANES DE IGUALDAD EMPRESARIAL

Todas las empresas están obligadas por ley a respetar la igualdad y evitar la discriminación por razón de sexo: La igualdad de trato y oportunidades es un derecho reconocido en la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Sin embargo, es patente la dificultad de implantar la paridad real puesto que, pese a existir una ley orgánica a este respecto, la situación está lejana a la famosa paridad.

Las medidas de igualdad surgen con el propósito de erradicar los obstáculos que imposibilitan que las mujeres y los hombres ejerzan sus derechos y libertades de forma igualitaria, y ha venido motivada por el reconocimiento de la existencia de una discriminación cuyo origen es el sexo. Ésta ha determinado que la pertenencia a uno u otro sexo haya condicionado la vida tanto de mujeres como de hombres, de manera que en las sociedades los hombres han ostentado el poder mientras que las mujeres

han tenido una situación de inferioridad; siendo que, lamentablemente, el solo hecho de ser mujer la coloca en un grado de inferioridad en relación a aquel. Siguiendo esta línea, la Inspección de Trabajo ha fijado, como uno de los objetivos fundamentales de su Plan Estratégico Nacional 2018-2020, asegurar el cumplimiento de las normas en materia de igualdad y no discriminación. Para ello, las empresas tienen la libertad de emplear las herramientas que consideren más oportunas, salvo en tres supuestos, en los que deben hacerlo a través de la elaboración e implantación de un plan de igualdad. Los planes de igualdad estudian y diseñan la estrategia para implementar la cultura de igualdad, no discriminación y paridad en la organización. Su objetivo es reunir los elementos necesarios para hacer de la igualdad una realidad y conseguir la promoción de mujeres y hombres bajo dicha premisa. El plan de igualdad facilita el desarrollo de

las medidas porque determina cómo realizarlas, en qué marco se implantan y de quién es la responsabilidad de su realización. Se convierte en un plan de acción que debe garantizar la implantación de las medidas y la obtención de resultados.

Estos planes serán obligatorios para las empresas con más de 250 personas en plantilla, así como cuando así se lo exija el convenio colectivo de aplicación, independientemente de su tamaño. Asimismo, estarán obligadas aquellas empresas a las que, ante un incumplimiento en materia de igualdad, la autoridad laboral haya acordado en el procedimiento sancionador sustituir la sanción por la elaboración del plan. Para las empresas que no están en estos supuestos, la realización del plan de igualdad es voluntaria y es considerada una medida de responsabilidad social de la empresa.

Las compañías que, estando obligadas por ley a hacerlo, no elaboren o no apliquen estos planes, incurrirán en una in-

fracción muy grave sancionada con multas de entre 6.251 y 187.515 euros. Es más, cualquier incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad constituye una falta grave que se castiga con multas de entre 626 y 6.250 euros. En el caso de infracciones muy graves, puede haber sanciones accesorias como pérdida de ayudas, bonificaciones u otros beneficios. Pero, contar con un plan de igualdad no solo sirve para evitar multas: la igualdad entre mujeres y hombres es además un criterio de calidad que mejora el funcionamiento de las empresas y permite aprovechar el potencial de su plantilla. Así, primeramente, la empresa optimiza los recursos humanos, de modo que la actividad laboral se adjudica en función de la capacidad de la persona, dejando a un lado los prejuicios. El mejor aprovechamiento de las capacidades del personal tiene efectos positivos sobre la motivación y satisfacción de las personas en plantilla, en la retención de talento y en la mejora del clima laboral. En segundo lugar, la empresa puede dar publicidad tanto del plan como de las medidas de igualdad adoptadas, que repercute en una imagen externa positiva y, por

tanto, en un mayor reconocimiento público. Esto permite que cualquier compañía pueda obtener un reconocimiento público, como el distintivo Igualdad en la Empresa. Ésta se trata de una marca de excelencia que reconoce a las empresas y otras entidades que destaquen en el desarrollo de políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Además, la nueva ley de contratación pública incluye como condición para la adjudicación de contratos públicos la incorporación de este tipo de planes. Sin embargo, dentro de las empresas que cumplen con su obligación aparece otro problema: los planes no son eficientes porque están mal hechos. Y es que, la gran mayoría de empresas no saben que tienen que negociarlos con los representantes de los trabajadores o se limitan a recoger cláusulas declarativas en vez de medidas concretas, lo que implica un cumplimiento meramente formal. Y es que, la ausencia de discriminaciones directas no asegura la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. La escasa presencia de mujeres, en general, o en algunos puestos de trabajo o en niveles de responsabilidad puede sugerir algún

tipo de discriminación por razón de sexo que es necesario estudiar y erradicar, incluso en los casos en los que no se ha tenido una intención directa de causar ese resultado. Suele ser frecuente que en empresas con mayor número de trabajadoras haya mayoría de hombres en los mandos intermedios o en la dirección, también es común que una empresa abone los salarios establecidos en el convenio colectivo pero establezca complementos y pluses que favorezcan actividades realizadas mayoritariamente por hombres. Ambos casos son susceptibles de ser enmendados a través de un uso adecuado y efectivo del plan de igualdad.

Rocío Fernández

Abogada

## COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

### LA AUDIENCIA NACIONAL ESTABLECE QUE EL PERMISO RETRIBUIDO POR HOSPITALIZACIÓN DE PARIENTES SIEMPRE REQUIERE PERNOCTA.

En el ámbito del derecho laboral, podemos decir que existe una materia especialmente sensible tanto para los trabajadores como para la empresa como es los permisos retribuidos regulados en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, lo regulado en la norma, tiene naturaleza de mínimo de derecho necesario, por lo que puede mejorarse por Convenio Colectivo, ampliándolos, introduciendo situaciones nuevas o mejorando las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, en cuando a cuestiones importantes del día a día, de la gestión de las mismas, de la interpretación de la norma, determinación del momento de inicio, etc., poco o nada se suele establecer y son los tribunales los que en su función de fuente del derecho, con su interpretación, intentan llenar el vacío le-

gal que tanto los legisladores como los negociadores de los convenios colectivos dejan.

De ahí, que toda interpretación de la norma que se haga en sede judicial, permitirá una mejor aplicación del artículo 37 evitando controversia entre empresa y trabajador.

El artículo 37.3 del Estatuto de los trabajadores, recoge que “El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente, estableciendo en su apartado b); Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador ne-

cesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.”

Pues bien, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la sentencia 128/2018, de 26 de julio de 2018, determina el alcance del concepto tan amplio y tan ambiguo como es el de “hospitalización”.

No debemos olvidar, como ya hemos apuntado, 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. Dicho esto hay que tener en cuenta que en el caso que se resuelve en la sentencia aludida, el Convenio Colectivo de Correos, como la mayoría de convenios, establece un permiso de 3 días y no de 2, pero lo relevante en el caso que nos ocupa, no es tanto los días sino la interpretación que



del término “hospitalización” se realiza por la Audiencia Nacional,

La sentencia llega tras presentarse por parte de un sindicato una demanda sobre conflicto colectivo, impugnando el convenio colectivo de aplicación, entendiendo que la interpretación del concepto de permiso retribuido por hospitalización, alegando que la exigencia por parte de la empresa de que la hospitalización suponga la pernoctación en el hospital del familiar supone una interpretación restrictiva del derecho y contrario a la ley.

Así las cosas, para determinar si la “hospitalización” debe o no ir acompañada de pernoctación, la Audiencia hace en primer lugar una interpretación gramatical de la norma.

La hospitalización según la RAE, significa: “acción y efecto de hospitalizar” hospitalizar implica “internar un enfermo en un hospital o clínica” lo que evidentemente 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.

En segundo lugar, basa la conclusión que alcanzara, en el RD 1030/2006 que establece que la atención sanitaria especializada, comprende la hospitalización en régimen de internamiento, exige el internamiento y además, este internamiento precisa de pernoctación, según el punto 3 del Anexo de la norma referida.

De tal modo que tanto la propia interpretación de la RAE del término, como la del Real Decreto comentado, resultan esenciales a la hora de conocer la voluntad del legislador, ya que las intervenciones quirúrgicas pueden desarrollarse bien en hospital de día- sin pernoctación- o bien en régimen de internamiento- con pernoctación-, lo cual nos sirve de base para entender el alcance del art. 37.3 b) del E.T. debiendo concluir que cuando el legislador está hablando 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.

De este modo la sentencia de la Audiencia Nacional, concluye que para poder disfrutar del permiso de 3 días por hospitalización de familiares, es necesario que el familiar causante del mismo pernocte en el centro hospitalario, estimando de ese modo las pretensiones de la empresa y desestimando la demanda interpuesta por el sindicato, concluyendo que es lícita la política de la empresa que impone como requisito la pernocta del familiar en el hospital.

Nuria Martínez Beneyto

Abogada

## SENTENCIAS DEL MES

### SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N° 39 DE MADRID, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018

#### ¿SON TRABAJADORES AUTÓNOMOS LOS REPARTIDORES A DOMICILIO VINCULADOS A PLATAFORMAS DIGITALES?

El Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid entiende que la prestación de servicios desarrollada por el repartidor no puede calificarse como relación laboral, al no concurrir en la misma las notas definitorias de tal relación (salvo la de la voluntariedad) y singularmente las de ajenidad y dependencia.

Además, ha quedado probado que los dos contratos suscritos poseían un contenido amplio, detallado y preciso sobre las obligaciones asumidas por cada una de las partes así como sobre la forma de prestación del servicio, señalándose concretamente que: el repartidor es el que organiza su trabajo (sin estar sujeto a jornada ni a horario), tiene el dominio completo de su actividad, pudiendo elegir la franja horaria en la que desea trabajar; asume el riesgo y ventura de cada pedido y responde del mismo frente al cliente, así como de los posibles daños ocasionados durante el transporte, careciendo la empresa de poder disciplinario como consecuencia de esta capacidad de auto-organización del trabajador.

En cuanto a su retribución, depende de la cantidad de recados que realice y del buen fin de los mismos, ejerciendo la plataforma digital únicamente de intermediario sin asumir ninguna responsabilidad frente al cliente o el repartidor; la realización de los recados se hace siguiendo las pautas del propio cliente (no las de la plataforma digital, que solo pone a disposición los recados); las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) las pone el repartidor, mientras que el precio de los servicios es el establecido en las tarifas adjuntadas al contrato y son abonadas por la plataforma digital contra entrega de la factura que se confecciona con periodicidad quincenal.

Finalmente, el trabajador no tiene que justificar sus ausencias, solo comunicarlas a la empresa, pudiendo decidir aquél los días de descanso así como interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año para descansar. La realidad material de la relación demostrada difiere considerablemente de una relación laboral, sin que concurren sus principales características, ajustándose

perfectamente a las condiciones definitorias del trabajo en régimen de TRADE. Si no existe relación laboral, no nacen las acciones derivadas de ella y singularmente las de despido (expreso o presunto) y resolución indemnizada del contrato de trabajo.

Actualmente, existen dos pronunciamientos de Juzgados de lo Social contradictorios en la materia, es decir, en uno se reconoce la laboralidad de la relación que une al repartidor con la plataforma, y en la otra, se entiende que realmente se trata de una prestación de servicios mercantil.

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO, DE 12 DE JUNIO DE 2018**

### **¿ES VÁLIDO EL DESPIDO DE UNA EMPLEADA DE HOGAR A TRAVÉS DE UN SMS?**

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que es necesario que una empresaria manifieste al tiempo que anunciaba el cese de una empleada del hogar por SMS la causa motivadora de la extinción y ponga a disposición de la trabajadora de forma inmediata y en metálico la indemnización que le correspondía por el desistimiento unilateral.

La sentencia, de 12 de junio de 2018, determina que “como no se practica ninguna de estas formalidades, y a tenor de los mismos términos que utiliza el reglamento, debemos configurar el acto resolutorio dentro del instituto del despido”. Y añade que la comunicación remitida, “si tuviese valor como tal, ya que fue por un simple SMS, hubiera requerido que expresase la manifestación de ampararse en la facultad de extinción unilateral”.

Los mensajes remitidos a la trabajadora son claros en la extinción de su relación laboral e incluso se le cita para la recogida de todos sus enseres. La comunicación al tiempo del cese no es ni tan siquiera una manifestación de desistimiento, pues se trata de una simple “liquidación que tampoco intenta formalizar”.

Por ello, explica el TSJV, “no ha existido una declaración de desistimiento, sino de extinción de la relación laboral que, ante su parquedad y poca claridad, debe configurarse de despido”. Dado que la readmisión es imposible por la especialidad de la relación laboral y el embarazo de la empleada de hogar, desconocido por la empleadora, procede por tanto, la indemnización de 33 días por año de servicio y los salarios de tramitación desde fecha despido a fecha de sentencia.

En conclusión, se fija la indemnización de la trabajadora por el tiempo trabajado, en la percepción de salarios de tramitación por despido nulo, y la indemnización por reparación del perjuicio al derecho fundamental.

NAVARRO & ASOCIADOS ESTÁ FORMADA POR MÁS DE 30 PROFESIONALES QUE CUBREN DISTINTAS ÁREAS ECONÓMICAS Y LEGALES DE EMPRESAS DE TODOS LOS SECTORES.

Las oficinas del Bufete Navarro & Asociados están localizadas en:

VALENCIA

Gran Vía Marqués del Turia 13  
46005 VALENCIA  
Telf. 963 517 119  
Fax. 963 528 729  
www.bnaya.es

MADRID

Castelló, 82, 6º Izda  
28006 MADRID  
Telf. 915 599 112  
Fax. 915 417 084  
www.bnaya.es

BARCELONA

Balmes 176, Entlo. 1a  
08006 BARCELONA  
Telf. 931 621 448  
Fax. 931 621 446  
www.bnaya.es

BILBAO

Henao, 11, 1ª Planta  
48009 BILBAO  
Telf. 944 243 426  
Fax. 944 243 552  
www.bnaya.es

Coordinador de la Newsletter

Daniel Miñana Torres, Navarro&Asociados  
info@bnaya.es

Dirección de la Newsletter

Bufete Navarro&Asociados Abogados  
www.bnaya.es



**NAVARRO & ASOCIADOS**  
Abogados

**SI NO DESEA RECIBIR LA PRESENTE PUBLICACIÓN MENSUAL, ROGAMOS LO COMUNIQUE A LA SIGUIENTE DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: info@bnaya.es**

**ASIMISMO SI EXISTE ALGUIEN EN SU EMPRESA QUE NO LA RECIBE, Y DESEA QUE SE LA ENVIEMOS, PUEDE COMUNICARLO IGUALMENTE A ESA MISMA DIRECCIÓN DE E-MAIL.**