



CIRCULAR LABORAL 24/2022

2 de noviembre de 2022

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: NOVIEMBRE 2022.**

---

### **1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

#### **Amparo constitucional a una empresa a la que se le declaró ilícita una grabación que probaba la conducta infractora del trabajador despedido.**

El Tribunal Constitucional otorga amparo a una empresa y reconoce que se ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en un caso en el que el despido de un trabajador se basó en grabaciones obtenidas por un sistema de videovigilancia.

El gerente de la empresa revisó las imágenes grabadas al haber apreciado el día anterior que, en la zona interior del mostrador de atención al público donde prestaba servicios el trabajador despedido, se encontraba una bolsa con el signo identificativo de una empresa de la competencia, conteniendo en su interior un producto de su propia empresa. Cuando, al final de la jornada del día siguiente, observó que la bolsa no se encontraba en ese lugar, y ante lo irregular de la situación, comprobó la grabación de ese día, advirtiendo la conducta determinante del despido.

Las cámaras de vigilancia no tenían como finalidad controlar el trabajo realizado por sus trabajadores ni se instalaron como consecuencia de posibles incumplimientos de estos, sino que estaban expuestas dentro del local a plena vista de todos, con advertencia de su existencia a través del cartel informativo colocado en el exterior del local, por lo que no se puede decir que el trabajador no tuviera conocimiento de su existencia, máxime cuando un compañero de trabajo ya había sido despedido tras verificarse por las cámaras de videovigilancia una serie de conductas, lo que permite afirmar que no se trata de un supuesto de grabaciones ocultas.

La cuestión con alcance constitucional se centra en que el TSJ pese a admitir que por las circunstancias concurrentes estaría justificada la aplicación del supuesto de excepcionalidad, -el deber de información de la existencia de sistemas de grabación puede suprimirse por la actuación ilícita del trabajador-, confiere una especial relevancia al hecho de que la empresa hubiera utilizado este sistema para proceder al despido sin haber regularizado el sistema de videovigilancia, omisión de la que se extrae como consecuencia que la utilización de las imágenes vulneró el derecho a la intimidad del trabajador, y el despido debe calificarse como improcedente.

El TC valora que las grabaciones fueron un medio de prueba propuesto y admitido en tiempo y forma por el juzgado a quo; los hechos que por las grabaciones quedaron registrados acreditaban directamente la conducta del trabajador que determinó su despido de la empresa, por lo que resultaba una prueba decisiva (constitucionalmente pertinente) porque el derecho a la utilización de la prueba pertinente incluye el derecho a su efectiva valoración en sentencia; el órgano judicial no puede fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos precisamente por causa de aquella exclusión indebida del medio de prueba, lo que precisamente aquí sucedió.

Está entonces ausente un verdadero motivo jurídico para reputar ilícita la grabación porque el trabajador, con mucha antigüedad en la empresa, conocía y era consciente de la existencia de las cámaras y de su eventual utilización para fines laborales disciplinarios, y si bien ello no excluye de forma automática y determinante la responsabilidad de la empresa en el incumplimiento de su deber de información, tampoco tiene el efecto de la invalidez de la utilización de las imágenes en los casos de conducta ilícita flagrante, porque la mayor o menor flagrancia de la conducta no depende de la existencia o no de un hecho acreditado con anterioridad a través de esa misma medida.

El TC entiende que no se ha producido vulneración de la normativa sobre protección de datos de carácter personal porque la empresa sí había colocado el correspondiente distintivo en lugar visible, ajustado a las previsiones legales en materia de protección de datos. Las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó flagrante, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta, como era la irregularidad manifiesta de guardar un producto de la empresa dentro de una bolsa con el logotipo de una empresa de la competencia, en un lugar no habilitado a tal efecto, del que desapareció al día siguiente.

Fue válida la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por el trabajador.

Tampoco existió vulneración del derecho a la intimidad del trabajador. Las cámaras no estaban instaladas en lugares de descanso, ocio o de carácter reservado, en los que existiera una expectativa razonable de privacidad, sino que estaban instaladas en zonas de trabajo abiertas a la atención al público; no estaban instaladas de forma subrepticia, sino que estaban ubicadas en lugares visibles, tanto para los trabajadores del establecimiento como para el

público, y lo más importante, las cámaras no fueron utilizadas con carácter generalizado o indefinido, o para realizar una investigación de carácter prospectivo, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada el día anterior. El grado de intromisión en la esfera de la intimidad del trabajador, en términos de espacio y tiempo, no resultó desequilibrado frente a los derechos e intereses de la empresa en la detección y sanción de las conductas atentatorias contra la buena fe contractual.

**Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia nº 119/2022, de 29 de septiembre. Rec. nº 7211/2021.**

## **2. TRIBUNAL JUSTICIA UNION EUROPEA (TJUE.)**

**Una empresa puede prohibir llevar el velo islámico si la política es general y aplicable a cualquier signo religioso, espiritual o filosófico.**

El TJUE ha establecido que es lícita la política interna de una empresa que prohíba llevar cualquier signo visible de convicciones religiosas, filosóficas o espirituales. El Tribunal aclara que esta política no constituye una discriminación directa siempre que se aplique de manera general e indiferenciada a todos los trabajadores.

Según el TJUE, procede considerar que la religión y las convicciones constituyen un mismo y único criterio de discriminación, so pena de menoscabar el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido en el Derecho de la Unión, más concretamente en la Directiva 2000/78.

El caso que juzga el Tribunal deriva de un procedimiento que enfrenta a una mujer de confesión musulmana que lleva el pañuelo islámico, y, por otro, una sociedad. Dicho litigio versa sobre la falta de toma consideración de la candidatura espontánea a un período de prácticas presentada por la mujer tras haber manifestado ésta, durante una entrevista, que se negaba a retirar su pañuelo para ajustarse a la política de neutralidad imperante en esa sociedad y recogida en el reglamento laboral interno de esta.

Algunas semanas más tarde, la demandante volvió a solicitar un trabajo en prácticas en esa sociedad proponiendo cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado, posibilidad que le fue denegada porque en las instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, sombreros o pañuelos. Así pues, esa persona denunció una discriminación

El Tribunal de lo Laboral de Bruselas planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si los términos «religión o convicciones» que figuran en la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación deben interpretarse como dos caras de un mismo criterio protegido o, por el contrario, como dos criterios distintos.

Además, pregunta al TJUE si la prohibición de llevar un signo o una prenda con connotaciones de carácter religioso, recogida en el reglamento laboral interno de la empresa, constituye una discriminación directa por motivos de religión.

El TJUE sentencia lo siguiente: el artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que los términos «religión o convicciones» que figuran en dicho artículo constituyen un mismo y único motivo de discriminación que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales.

A este respecto, recuerda que de su jurisprudencia resulta que el motivo de discriminación basado en «la religión o las convicciones» debe distinguirse del basado en «opiniones políticas o de cualquier otro tipo».

Haciendo referencia expresa a las sentencias G4S Secure Solutions 2 y Wabe y MH Müller Handel, el TJUE señala que una disposición de un reglamento laboral interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido del Derecho de la Unión, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada.

En efecto, dado que toda persona puede profesar una religión o tener convicciones religiosas, filosóficas o espirituales, tal norma, siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones.

El TJUE precisa que una norma interna como la imperante en esa empresa puede constituir, sin embargo, una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al Tribunal de lo Laboral de Bruselas, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

Finalmente, el TJUE «recuerda» que una diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

Asimismo, recuerda al mismo tiempo que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este demostrar.

**Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 13 de octubre de 2022.)**

### 3. TRIBUNAL SUPREMO.

#### **El Tribunal Supremo descarta la nulidad automática del despido acordado sin causa válida durante la pandemia.**

El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha estimado el recurso frente a la sentencia del TSJ del País Vasco que optaba por la nulidad de los despidos, al entender que estaban prohibidos e incurrían en fraude.

El problema surge porque el Real Decreto-Ley 9/2020, apostando por el ERTE como solución a los problemas empresariales asociados a la pandemia, dispuso que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. Se trata de la frecuentemente mal identificada como *“prohibición de despedir”*.

La sentencia concluye que el despido desconociendo lo previsto en tal norma no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela). Se argumenta a tal efecto lo siguiente:

1. Ni la referida norma contiene una verdadera prohibición, ni las consecuencias de que haya un despido fraudulento comportan su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa (como sucede en el caso de elusión del mecanismo del despido colectivo). Del mismo modo, tampoco el acudimiento al ERTE aparece como una verdadera obligación.
2. La calificación del despido como nulo se descarta porque las previsiones sobre el tema (tanto del ET cuanto de la LRJS) ignoran el supuesto de fraude (salvo en despidos “por goteo” que eluden el procedimiento de la extinción colectiva).
3. Cuando aparezca una extinción del contrato de trabajo acordada por la empresa y carezca de causa válida hay que calificarla con arreglo a la legislación laboral vigente, tanto por la especialidad de este sector del ordenamiento cuanto por la propia remisión del artículo 6.3 del Código Civil (calificando como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas “salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”).

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno). Sentencia nº 841/2022 de 19 de octubre de 2022. Rec. nº 2206/2021**

#### 4. TRIBUNAL SUPREMO.

**Es laboral y no mercantil el contrato de auxiliar de seguros cuya actividad principal consiste en el cobro domiciliario de recibos: concurrencia de dependencia y ajenidad.**

Pese al nombre que se le ha dado al contrato vigente entre las partes, la relación no es mercantil, ya que no tiene por objeto una actividad de mediación entre los tomadores de seguros y las entidades aseguradoras, sino que el trabajo concertado es, con carácter principal, el relativo al cobro de recibos, aunque con carácter complementario se desarrollen otras tareas (aclaración de dudas, gestión de incidencias en pólizas vigentes y suscripción de otros productos con los mismos clientes -es decir, con los afectados por el cobro-, sus familiares o vecinos).

No se trata de una actividad de mediación de seguros que con carácter instrumental atiende a tareas de cobro, sino de una actividad fundamental de cobro que se completa con otras labores secundarias, entre las que ocasionalmente puede darse la suscripción de algún producto en el círculo de los afectados por el cobro y otras personas relacionadas con ellos. Concurren, por tanto, las notas de dependencia y ajenidad. Ajenidad porque es la empresa aseguradora la que, mediante una cesión anticipada, se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo a cambio de una retribución, reembolsando los gastos derivados de su desempeño. Además, no es el actor quien asume el riesgo de la actividad, ya que este se limita a recoger los recibos en la sede empresarial, visitar a los clientes para cobrarles y entregar a la empresa lo cobrado y los recibos que resultasen no pagados. También resulta apreciable la dependencia porque, aunque no exista jornada ni horario, es la empresa la que encarga mensualmente el trabajo dentro de la zona que asigna al trabajador, mediante la entrega de los recibos que la entidad pone al cobro. Además, existe una inspectora a quien el trabajador reporta regularmente las posibles incidencias de su trabajo, correspondiendo al responsable de la empresa emitir instrucciones a través de reuniones periódicas a las que debía asistir el trabajador en las que indicaba la forma en que había que realizar el seguimiento a los clientes.

En esas condiciones, rigen plenamente las exigencias que se derivan de los artículos 1.1 y 8.1 del ET, de suerte que la relación hay que calificarla de laboral cuando los requisitos inherentes a la misma aparecen, como ocurre en este caso, con claridad y nitidez.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 28 de septiembre de 2022. Rec. nº 930/2019.**

## 5. TRIBUNAL SUPREMO.

**Demanda sobre clasificación profesional por incorrecto encuadramiento inicial. Al tratarse de una obligación de tracto único, su impugnación está sometida al plazo de prescripción de un año desde la fecha de la contratación.**

El encuadramiento es propiamente un acto formal, mediante el que ambas partes asignan al trabajador al grupo profesional correspondiente y determinan el contenido de la prestación laboral objeto del contrato, que podrá comportar la realización de todas las funciones propias del grupo profesional o solamente algunas de ellas. De este modo, el encuadramiento se formaliza mediante la suscripción del correspondiente contrato de trabajo en la fecha convenida.

En el caso analizado, el trabajador fue contratado como auxiliar administrativo, pero desde el inicio de la relación laboral (en 1997) viene realizando las funciones propias de la categoría superior de oficial administrativo, cuyo reconocimiento reclama, así como el abono de las diferencias salariales correspondientes al periodo abril 2017-marzo 2018.

La reclamación de la parte actora, dirigida a un pretendido correcto encuadramiento de su actividad laboral dentro de los grupos profesionales definidos en el convenio de aplicación, se refiere al cumplimiento de una obligación de tracto único (y no de tracto sucesivo), en cuanto que el encuadramiento se produce de una vez y en un momento concreto, coincidente con la formalización del contrato, sin perjuicio de que, una vez efectuado, la actividad laboral se inserte en una relación de tracto sucesivo y sin perjuicio de posibles modificaciones ulteriores, por ejemplo a través de la promoción profesional. Como tal obligación -y correspondiente derecho- de tracto único, el plazo de prescripción para reclamar es de un año desde la fecha de la contratación, por aplicación del artículo 59.2 del ET.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2022. Rec. nº 1738/2020.**

## 6. TRIBUNAL SUPREMO.

**No cabe reducir el importe del plus de asistencia y puntualidad a los trabajadores con reducción de jornada por guarda legal.**

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si, en los casos de reducción de jornada por guarda legal ( artículo 36.7 ET), procede aplicar la disminución proporcional del complemento salarial de asistencia y puntualidad que perciben las personas trabajadoras de la empresa.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona 354/2027 estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la parte actora y declaró la nulidad de la práctica empresarial de una compañía de aminorar los conceptos salariales de asistencia y puntualidad en el caso de trabajadores con reducción de jornada por guarda legal. La sentencia declaró el derecho de los trabajadores en reducción de jornada por guarda legal ( artículo 37.6 ET) a percibir en su integridad los conceptos salariales citados de asistencia y puntualidad regulados en el artículo 18 del convenio colectivo aplicable.

La empresa interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, siendo estimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña.

El TS casa la sentencia del TSJ y ratifica la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social (no cabe reducción del importe del complemento de asistencia y puntualidad). Razona el Tribunal Supremo que la redacción del convenio es clara y así las cosas, se comprueba fácilmente que el complemento de asistencia y puntualidad no depende en modo alguno del tiempo trabajado, ni de la mayor o menor jornada realizada por la persona trabajadora. Tal y como está configurado en convenio, el complemento se adquiere si no se falta al trabajo y si no se llega tarde ni se sale antes de la hora establecida. No es, por tanto, razona el TS, un complemento que dependa del número de horas realizadas, por lo que carece de sentido reducir su cuantía en función de si la persona trabajadora tiene jornada reducida por guarda legal.

El complemento tiene la finalidad de incentivar la asistencia y el cumplimiento del horario. Y este es el único parámetro que exige el precepto convencional, de manera que el complemento se adquiere si no se falta al trabajo, o no se llega tarde ni se sale antes de la hora, por lo que se tiene derecho a él, precisamente, valga la redundancia, si, sea cual sea la duración de su jornada, la persona trabajadora no falta al trabajo ni llega tarde ni sale antes. El único requisito que se exige es no faltar al trabajo, de manera que, si se asiste al trabajo, durante la jornada que cada persona trabajadora tenga, se adquiere la prima de asistencia.

En el caso concreto planteado, no tiene justificación que un complemento que incentiva la asistencia y el cumplimiento del horario se percibe en menor cuantía por tener una jornada reducida. Si la persona trabajadora con menor jornada asiste al trabajo y cumple con su horario tiene derecho a la integridad del complemento de asistencia y puntualidad, pues dicho complemento retribuye que cada persona trabajadora asista al trabajo y cumpla su horario.

Y una persona trabajadora con jornada reducida que asista al trabajo y cumpla su horario debe tener lógicamente el derecho a percibir un complemento que incentiva, precisamente, el cumplimiento de la jornada y del horario.

Además, razona el TS hay que abordar también la cuestión aplicando la perspectiva de género. La evidencia empírica acredita, todavía hoy, que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercen el derecho a la reducción de jornada por guarda legal reconocido en el artículo 37.6 ET (reducción de jornada por guarda legal). De ello cabe inferir que la interpretación del complemento convencional de asistencia y puntualidad en los casos de reducción de jornada por guarda legal tiene relevancia contemplada desde las normas sobre discriminación. En consecuencia, también la perspectiva de género a la que hace referencia el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y que esta Sala Cuarta viene aplicando con reiteración, conduce a estimar el recurso (no cabe reducir el importe del plus a los trabajadores con reducción de jornada por guarda legal).

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 4 de octubre de 2022.**

## 7. AUDIENCIA NACIONAL.

**Grupo de empresa laboral o “patológico”: no lo configura la mera existencia de un sistema de “cash pooling” o préstamos participativos entre las sociedades que lo componen.**

La Sala, recordando consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido, recuerda que el mero hecho de tener centralizados determinados servicios en un grupo mercantil que son retribuidos entre las sociedades a precio de mercado, o las prácticas financieras como un sistema de “cash pooling” o préstamos participativos no evidencia la existencia de un grupo laboral de empresas.

La AN, en una sentencia relativa a un despido colectivo con acuerdo en la que, entre otros extremos, descarta la existencia de grupo laboral de empresas. En la sentencia, impugnan el despido colectivo los dos sindicatos que no firmaron el acuerdo.

Razona la AN que no se produce vulneración del derecho a la libertad sindical, si tras haberse alcanzado un preacuerdo, las partes proclives al mismo se reúnen para redactar el texto definitivo del acuerdo sin la presencia de las representaciones sindicales contrarias al mismo. Tampoco se vulnera por el mero hecho de que la asamblea para consultar el acuerdo a la plantilla se organiza solo por los sindicatos firmantes del acuerdo sino consta que se impidió a los no firmantes exponer sus tesis contrarias al mismo o participar en la asamblea, ni por el hecho de afectar a los representantes de los trabajadores cuando se extingue la unidad de la empresa a la que representan.

Y sobre la existencia de grupo de empresas a efectos laborales alegado por el sindicato recurrente, deja claro la AN que el mero hecho de tener centralizados determinados servicios en un grupo mercantil que son retribuidos entre las sociedades a precio de mercado, o las prácticas financieras como un sistema de “cash pooling” o préstamos participativos no evidencia la existencia de un grupo laboral de empresas.

Concretamente, la AN establece que examinadas las relaciones de las distintas sociedades demandadas más allá de una dirección unitaria, cuyo ejercicio no puede reputarse abusivo, no existe dato alguno del que pueda inferirse que la totalidad de las empresas demandadas constituyan un grupo laboral de empresas. Contrariamente, a lo que se alega por los dos sindicatos, no puede hablarse en el presente caso ni de unidad de caja, ni de confusión patrimonial, alegaciones estas que carecen de cualquier sustento probatorio y que se desvanecen ante lo que efectivamente se constata en la pericial practicada en el acto del juicio por parte de las empresas de donde, como consta en el hecho probado primero de la presente resolución se deduce:

1. Que cada compañía dispone de sus propios recursos (instalaciones, equipamiento, plantilla, etc.), lo cual tiene su reflejo en el activo de cada sociedad;
2. Que cada sociedad dispone de su propia contabilidad, que es auditada de forma individual por auditores externos estando, perfectamente delimitado cuál es el Patrimonio Neto de cada sociedad de forma independiente, estando todas las operaciones intragrupo perfectamente identificadas, ya que los servicios que desde la matriz se prestan a las distintas sociedades se facturan a precios de mercado, quedando el gasto correspondiente a cada sociedad contabilizado en su propia cuenta de resultados.

Además, si bien han existido condonaciones de deudas, su motivación obedece a causas justificadas en un contexto económico de dificultades como el vivido durante los últimos 2 años por la pandemia, contando a los efectos con el visto bueno de los auditores externos encargados de llevar a cabo el proceso de auditoría, lo cual se contrapone con el uso abusivo de la dirección unitaria, pues las condonaciones- en perjuicio de la matriz- lo son para garantizar la viabilidad de las sociedades;

3. Que en relación a las líneas de crédito y los préstamos participativos, existe un absoluto control individual y desde cada sociedad de los saldos que aporta o recibe cada una de las sociedades del grupo, teniendo el correspondiente soporte documental y el correspondiente reflejo contable, ya que cada sociedad registra en su activo/pasivo los saldos reales mantenidos al cierre de cada ejercicio, se devengan intereses de mercado y son objeto de una revisión anual por parte de los auditores externos.
4. Y que desde una de las sociedades se factura al resto de sociedades participadas las cantidades correspondientes por la prestación de servicios generales, quedando de esta forma el gasto registrado de forma individualizada en cada una de las sociedades, exactamente de la misma forma en la que lo harían si cada una de ellas subcontratase esos mismos servicios a otro proveedor ajeno al grupo mercantil.

5. Además, las mismas sociedades que han promovido el despido colectivo que ahora se impugna han venido promoviendo en dicho ámbito diversas medidas colectivas de flexibilidad interna y externa, sin que en ninguna de las mismas se haya cuestionado judicialmente que otras sociedades debiesen integrarse en el grupo laboral y que, en todo caso, ni el sindicato ELA ni el sindicato USO explican por qué el grupo laboral únicamente debe integrarse con (A) y (B) y no con el resto de las más de 50 sociedades que integran el grupo mercantil.

Por todo ello, se descarta la existencia de grupo laboral de empresas.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 4 de octubre de 2022.**

## **8. AUDIENCIA NACIONAL.**

**Días de asuntos propios regulados en convenio. Salvo pacto en contrario, la empresa no puede establecer su disfrute en proporción al tiempo en que la relación laboral esté suspendida por IT.**

Los días de asuntos propios que puedan pactarse en convenio colectivo tienen por finalidad facilitar a los trabajadores, que tienen ocupado todos los días laborables con la jornada de trabajo, tiempo para gestiones personales que no puedan efectuarse durante el descanso semanal.

Por otro lado, del art. 169 de la LGSS se deduce que la situación de IT es aquella en la que se encuentra un trabajador a raíz de un accidente o enfermedad que recibe tratamiento médico de la Seguridad Social y que le impide la realización de trabajo. Y resulta evidente que, en muchos casos, la situación impeditiva para el trabajo que implica la IT resulta igualmente impeditiva para realizar las gestiones que se tienden a facilitar con la licencia por asuntos propios, de ahí que se considere que el reconocimiento del disfrute proporcional que hace la empresa a los trabajadores que han causado baja por IT resulte contraria a la finalidad de la licencia.

El hecho de que el convenio disponga su disfrute en proporción al tiempo de servicio transcurrido entre la fecha de ingreso en la empresa y el 31 de diciembre del mismo año, no implica que deba aplicarse a los trabajadores que estaban de alta en la compañía el día 1 de enero de cada año y durante el mismo causen baja por IT, ya que una vez que cursan el alta no ingresan en la empresa, sino que se reincorporan a la prestación de servicios. En cualquier caso, no cabe identificar estar al servicio de la empresa con prestar servicios efectivos para la empresa, pues esta última obligación no existe durante los periodos de IT en los que se encuentra suspendido el contrato de trabajo y cesa la obligación de retribuir. Esta Sala ya ha señalado que los trabajadores que vean suspendido su contrato por causa de un ERTE tienen

derecho al disfrute del permiso por asuntos propios en la misma extensión que la que les correspondería en el caso de haber existido una efectiva prestación de servicios, razonamientos estos que son perfectamente extensibles a otros supuestos de suspensión contractual como es la IT.

**Audiencia Nacional, Sentencia nº 118/2022, de 15 de septiembre de 2022.**

## **9. AUDIENCIA NACIONAL.**

### **Aplicación del mismo criterio de la retribución ordinaria del TS (seis meses) en materia de vacaciones al complemento de IT.**

El Supremo viene estableciendo de forma recurrente en su doctrina jurisprudencial que debe entenderse como ocasional el devengo de un complemento en aquellos casos en que se produce en menos de seis meses de entre los 11 anteriores a las vacaciones -criterio de la retribución ordinaria o media-.

Siguiendo este criterio, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional aplica el mismo al complemento de incapacidad temporal. De esta forma, estima parcialmente la demanda interpuesta por el sindicato y declara que el complemento de IT a cargo de la empresa establecido en el art. 40 del convenio colectivo, debe integrar las partidas retributivas de nocturnidad y de trabajo en sábado, domingos y festivos pero sólo para aquellos trabajadores que las hubieran venido percibiendo en al menos seis de los once meses anteriores a la situación de IT. En el caso que venimos a comentar, la empresa se opone a la demanda indicando que el complemento de IT ya integra los de especial responsabilidad, polivalencia, peligrosidad, penosidad y quebranto de moneda, siendo sólo controvertido el plus de nocturnidad y el trabajo en fines de semana y festivos porque no se perciben con habitualidad sino que conforme el convenio colectivo existe rotación en su realización. Invoca las STS de 15-5-04 y 26-09-02 y lo que debe entenderse como retribución ordinaria, siendo éste u concepto distinto del complemento que se abona por maternidad.

A tenor de todo lo anterior, se solicita que se interprete el art. 40.1 del convenio colectivo de aplicación a las partes en el que se establece a cargo del empresario un complemento en situaciones de IT que alcance hasta el 100% de la retribución ordinaria del trabajador. Y más concretamente la controversia se centra en que el sindicato considera que los complementos de nocturnidad y de trabajo en sábados, domingos y festivos deberían incluirse para su determinación, lo que se niega por la empresa por considerar que se trata de complementos circunstanciales. En tal sentido invoca el art. 12 del convenio que, con carácter general, no establece fijeza sino rotación en trabajos de noche o en esos días.

La Audiencia estima en parte la demanda del sindicato y sentencia que el complemento de IT a cargo de la empresa establecido en el art. 40 del convenio colectivo, debe integrar las partidas retributivas de nocturnidad y de trabajo en sábado, domingos y festivos pero sólo para aquellos trabajadores que las hubieran venido percibiendo en al menos seis de los once meses anteriores a la situación de IT. Recuerda la Sala que el Supremo se ha pronunciado sobre la retribución ordinaria o media en cuanto a las vacaciones. Continúa razonando que para fijar con mayor precisión qué deba entenderse por retribución ordinaria, resulta plausible que atendamos a otros supuestos semejantes en los que este mismo tipo de controversia se ha suscitado. Se refiere la Sala a los litigios en los que se ha discutido la retribución a percibir por los trabajadores en el periodo de vacaciones. Del elenco de resoluciones dictadas al respecto por el TS, una de las más recientes es la de 10-11-2020.

Indica la Audiencia que para adoptar una conclusión al respecto el TS emplea entonces como dato relevante a favor de su inclusión la nota de habitualidad, SSTS 496/2016, 8 de junio de 2016 y 497/2016, 8 de junio de 2016, Pleno, Rec. 112/2015 y 207/2015 que, a falta de la deseable especificación en la negociación colectiva, la concreta en el dato de si el complemento controvertido se ha percibido en menos de seis meses de los once anteriores ( SSTS 223/2018, 28 febrero 2018, Rec. 16/2017, y 320/2019, Rec. 62/2018).

Y a esta misma conclusión, zanja la Sala, se llega en el presente caso admitiendo que el complemento de IT a cargo de la empresa establecido en el art. 40 del convenio colectivo, debe integrar las partidas retributivas de nocturnidad y de trabajo en sábado, domingos y festivos, sólo para aquellos trabajadores que las hubieran venido percibiendo en al menos seis de los once meses anteriores a la situación de IT.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 8 de septiembre de 2022.**

## 10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS.

**Llegar siempre tarde al trabajo no es motivo de despido si la empresa ha sido tolerante (176 faltas de puntualidad en un período de apenas 6 meses): la figura del denominado “despido sorpresivo.”**

Sentencia sumamente mediática estos días por su temática y hasta “escandalosa” para algunos, pero cuyo fallo es totalmente adecuado a derecho y del todo correcto.

Pese a que la oftalmóloga durante dos años llegó tarde a la clínica prácticamente todos los días, tanto a la hora de entrada como saliendo antes a la salida, el Tribunal Superior de Justicia asturiano considera que el despido fue una medida sancionadora desproporcionada y confirma su improcedencia.

En la empresa, con una plantilla reducida, está implantado un sistema de registro o de fichaje, por lo que el empleador estaba en condiciones de conocer en todo momento las faltas de puntualidad, pero pese a ello, lo vino tolerando porque nunca antes de la entrega de la carta de despido hizo amonestación alguna. Como en todo despido, la valoración de la medida extintiva para declarar la procedencia o la improcedencia no solo debe hacerse mediante un juicio de tipificación de la falta que se atribuye, sino que es también exigible un juicio de valor sobre la gravedad de la falta y sobre la culpabilidad de la trabajadora y, sobre todo, un análisis de proporcionalidad.

La regla general es que cuando la conducta imputada aparece tipificada y calificada como falta muy grave en el convenio colectivo de aplicación, se viene considerando que el despido es una respuesta proporcionada, pues da cuenta de la gravedad del incumplimiento.

En este asunto las faltas de puntualidad fueron contabilizadas en 176 en un periodo de seis meses. En el convenio de aplicación (el de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Consultas, Asistencia y Análisis Clínicos del Principado de Asturias), en lo que a las faltas de puntualidad se refiere se prevé como falta muy grave, más de diez faltas injustificadas de puntualidad dentro de un plazo de tres meses o de veinte en el plazo de seis meses, y la reincidencia en falta grave dentro de un semestre si medió sanción por escrito.

Sin embargo no hubo previa sanción por escrito. El despido se comunica sin advertencia, requerimiento o comunicación previa por falta de puntualidad y el convenio no autoriza a sancionar con despido faltas leves ni faltas graves, como tampoco a elevar a muy grave la falta grave reiterada que no haya sido antes sancionada.

La empresa envió un correo a la plantilla con las "Normas del Centro" y nada dijo sobre incumplimientos horarios, ni siquiera una llamada de atención sobre el particular, asunto que tampoco se mencionó en varias de las reuniones celebradas.

Para la Sala, este proceder es una reacción inesperada y desconectada de la actitud tolerante, - cuando menos pasiva, puntualiza-, que hasta entonces había mantenido y que revela que la empresa no consideraba relevante el comportamiento de la trabajadora, lo que convierte el despido en una respuesta desmedida, pues la empresa pasa de tolerar el proceder de la trabajadora a extinguir el contrato de trabajo, sin pasar si quiera por las fases previas de sanción por falta leve o por falta grave. Apunta también la sentencia que no hay prueba de perjuicio concreto para la empresa o para otros trabajadores, y que el perjuicio que se alega en la carta de despido es del todo genérico.

**TSJ Asturias. Sala de lo Social. Sentencia nº 1715/2022, de 28 de julio. Rec. nº 647/2022.**

## 11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### Cláusulas de rendimiento mínimo: validez de las mismas. Casos y supuestos.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid declara válida y ajustada a derecho la extinción del contrato de un trabajador por no haber alcanzado éste el rendimiento mínimo pactado en una de las cláusulas. Todo ello bajo la fórmula del artículo 49.1.b) ET (*“extinción por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”*), y no del despido disciplinario (*“disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”* recogido en el art. 54.2.d) ET).

En el caso analizado, un trabajador del sector de *contact center* pacta en su contrato de trabajo una cláusula de válida extinción del mismo, al amparo del art. 49.1.b), en relación con la autonomía de la voluntad establecida en el art. 3.1.c), ambos del ET, *“en caso de que el trabajador, en dos meses consecutivos o en tres meses dentro de un periodo de cinco, no alcance el 60% de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores de la plataforma a la que esté adscrita el Trabajador”*.

El Juzgado de lo Social da por acreditado que el trabajador en cuestión, durante 5 meses alternativos, no alcanza en dos meses el promedio del 60% de la producción que realizan los compañeros de la Plataforma en la que presta servicios y, por tanto, estima procedente la extinción del contrato al amparo del art. 49.1.b) ET.

Se interpone Recurso de Suplicación por el trabajador, entendiéndose que se trata de un despido improcedente, fundamentando infracción del art. 49.1.b) ET, al entender que existe abuso de derecho en cuanto a la aplicación de la extinción por incumplimiento del rendimiento mínimo pactado pues al haber transcurrido 7 años desde que se firmó dicha cláusula la manera de operar de los teleoperadores y el producto a vender ha variado radicalmente y, por tanto, no es aplicable en el momento de la extinción; además, se alega indefensión al no proporcionar la carta información suficiente. Por último, solicita el recurrente que debe acreditarse que el bajo rendimiento es voluntario y continuado, según el art. 54.2.e) ET.

La Sala del TSJ, con base en STS de 3 de julio de 2020 y de 14 de febrero de 2011, desestima el recurso y el motivo con base en lo siguiente:

- Hay que distinguir entre la resolución por incumplimiento del pacto de rendimientos mínimos por el art. 49.1.b) ET y el despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento (en este último caso se requerirá existencia de elementos comparativos y pruebas exculpatorias o justificativas).

- Las cláusulas contractuales de rendimiento mínimo son válidas y no abusivas si en su ejercicio se respetan los límites normales o ajustados a los principios de buena fe.
- En el caso enjuiciado, no estamos ante un despido disciplinario por un bajo rendimiento continuado y voluntario del trabajador, sino ante la extinción por incumplimiento de una cláusula de rendimiento mínimo pactado entre las partes; por tanto, si la empresa hace valer la extinción por el art. 49.1.b) ET, al no alcanzar el rendimiento mínimo y no el bajo rendimiento del art. 54.2.e) ET, vuelve ineficaces las exigencias probatorias de la conducta del trabajador que exigiría el art. 54.2.e) ET (acreditar la voluntariedad y continuidad en el bajo rendimiento), siempre que la facultad de extinción se ejercite por el empresario con arreglo a los principios de buena fe, de forma que la carta contenga elementos suficientes para que el trabajador tenga la convicción de que hubo un incumplimiento contractual por su parte (art. 1.124 CC).
- Por último, y en cuanto a la vaguedad de la carta alegada por el trabajador y consecuente indefensión, indica la Sala que no hay tal pues, además de no tener que indicar ni acreditar la empresa que el rendimiento mínimo no alcanzado es voluntario y continuado (no se trata de un bajo rendimiento del 54.2.e) ET), en la carta se concretó el resultado medio de la Plataforma, que es lo acordado en contrato.

En definitiva, como recuerda la Sala del TSJ, es posible recurrir a este tipo de cláusulas siempre que no supongan abuso de derecho, siendo que, en este caso, no se ha entendido que lo hubiera.

**TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 442/2022, de 14 de julio de 2022. Rec. nº 236/2022.**

## **12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.**

**Es nulo el despido al día siguiente de pedir la reducción de jornada, aunque la empresa no recogiese el burofax.**

En este asunto, no se duda a la hora de declarar la nulidad del despido, comunicado inmediatamente después de conocer la empresa la intención del trabajador de pedir su reducción de jornada por cuidado de hijo menor de edad.

La empresa alega que no conocía este dato, pero ante la falta de prueba, se acude a la prueba de presunciones.

En la carta de despido se alude como causa de la extinción a una supuesta y genérica disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo, pero la realidad es que la extinción del contrato es una represalia por la petición del trabajador de reducción de jornada.

El juego de fechas entre la comunicación del trabajador, en petición de su derecho, y la comunicación extintiva no deja lugar a dudas. El trabajador envía un burofax a la empresa solicitando reducción de jornada por cuidado de hijo y pese a haber sido varios los intentos de entrega por parte del servicio de correos, y pese a que efectivamente el burofax es finalmente entregado en fecha posterior a la carta de despido, ésta es remitida justo al día siguiente a la fecha del burofax del trabajador.

Llama la atención de la Sala que no pudiera haber ninguna persona de la empresa para poder recibir el burofax remitido por el trabajador y sin embargo ese mismo día sí envían el burofax de despido. ¿No se puede recibir, pero sí enviar? Es también un importante indicio que en la carta de despido no se realizan imputaciones concretas sino que solo se indica de forma genérica una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, falta de concreción que refuerza la fuerte conexión temporal entre la solicitud de reducción de jornada, aunque no fuese recepcionada por la empresa al día siguiente, - porque no lo fue por causa no imputable al trabajador-, y el envío de la carta de despido sin concretar imputación y tratando de encubrir la represalia por el ejercicio de los derechos del trabajador.

**TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 479/2022, de 21 de julio. Rec. nº 335/2022.**

### **13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA (Sala de Sevilla.)**

**De los contratos fijos discontinuos: disparidad entre la duración estimada de la actividad y la posibilidad de que la duración efectiva pueda no coincidir con aquélla.**

Interesantes razonamientos jurídicos de esta Sentencia que en relación a los contratos fijos discontinuos y su período de actividad viene a establecer que se debe partir de que la relación jurídica que une al actor con la demandada es la de fijo-discontinuo, y no es indefinido ordinario a jornada completa, ni a tiempo parcial.

Y esto es importante, por cuanto que siendo pacífica la calificación jurídica del contrato de trabajo suscrito por las partes, se debe indicar que es la naturaleza cíclica y la actividad homogénea, desarrollada durante ciclos temporales separados, pero, reiterados en el tiempo, lo que determina tal calificación jurídica de la relación laboral como fijo discontinuo.

De esta manera, la causa de la naturaleza del contrato del actor deriva de las necesidades normales y permanentes de la empresa -de ahí la condición de fijeza-, que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, pero sin alcanzar la totalidad de la jornada anual.

Teniendo en cuenta las anteriores premisas, la redacción del art. 16 del ET (tanto antes como después de la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre) prevé que la duración del periodo de actividad de la contratación se fije de manera estimada, pero

no existe vínculo alguno de una duración concreta, que es lo que sucede en el caso del actor, donde se fija una duración estimada de cuatro meses pero que en la cláusula adicional, firmada por el mismo trabajador, añade que la duración efectiva podrá variar, lo que ha sido razonado por la Juzgadora de Instancia de forma acertada, y que esta Sala comparte, por ser conforme con la esencia del contrato fijo-discontinuo, donde la duración del trabajo efectivo para el que es llamado el trabajador, está íntimamente unida con la duración de la actividad de la empresa.

Es decir, existiendo razonabilidad y justificación objetiva los períodos de prestación de servicios pueden superar aquellos especificados en el propio contrato atendiendo a las necesidades organizativas y productivas. Obviamente, sin excesos ni ampliaciones innecesarias y/o no justificables.

**TSJ de Andalucía (Sevilla). Sentencia de 30 de junio de 2022. Rec. nº 2316/2020.**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social.*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*  
*Email: [ortegaf@ortega-condomines.com](mailto:ortegaf@ortega-condomines.com)*

*Persona de contacto: Jorge Barbat Soler*  
*Email: [jbarbat@ortega-condomines.com](mailto:jbarbat@ortega-condomines.com)*

*Persona de contacto: Raül Sala Cuberta*  
*Email: [rsala@ortega-condomines.com](mailto:rsala@ortega-condomines.com)*