



CIRCULAR LABORAL 5/2023

1 de febrero de 2023

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: FEBRERO 2023.

1. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

Las empresas tienen que proporcionar o costear las gafas graduadas cuando sean necesarias en trabajos con ordenador y la persona empleada justifica que tales dolencias visuales traen causa del trabajo.

Ha tenido mucho revuelo mediático esta reciente sentencia del TJUE. Inicialmente recordar que debemos huir de la *“cultura del titular”* pues muchas veces es engañosa, muy especialmente cuando la publicación de este tipo de noticias se efectúa en medios generalistas que, obviamente, solo buscan el mero impacto sin *“bajar”* al detalle.

Ya adelantemos que las empresas **NO** deben pagar gafas, o costear las mismas, a todos los trabajadores que presten sus servicios ante pantallas de visualización exclusivamente por tal hecho. Sólo procederá en aquellos acreditados casos en los que el trabajador pueda justificar que sus dolencias, agravación de problemas visuales, etc.... traen directa causa en sus prestaciones laborales a través de las citadas herramientas. Adicionalmente debemos recordar que éste no es un tema novedoso pues desde hace muchos años nuestros tribunales de lo social han venido conociendo este tipo de reclamaciones.

Dado que las sentencias del TJUE siempre son especialmente farragosas y de difícil lectura por su formalización y estructura, efectuaremos un resumen práctico de la misma:

1. Un trabajador rumano trabajó durante años frente a una pantalla junto con otros factores de riesgo, como la luz «visible discontinua», la falta de luz natural y la sobrecarga neuro psíquica. Ello le provocó un importante deterioro de su vista.

2. Siguiendo la recomendación de un médico especialista, tuvo que cambiar de gafas graduadas para corregir la disminución de su agudeza visual.
3. El sistema nacional de sanidad rumano no contemplaba el reembolso de la cantidad de 2.629 leus rumanos (RON) (aproximadamente 530 euros), correspondiente al coste de las graduadas, esto es, al coste de las lentes, de la montura y de la mano de obra. El trabajador solicitó a la Inspección General que le reembolsara dicha cantidad, solicitud que fue denegada.
4. Un tribunal rumano eleva cuestión prejudicial ante el TJUE. El órgano jurisdiccional remitente considera que, para pronunciarse sobre el litigio del que conoce, procede interpretar el concepto de “dispositivos correctores especiales” que figura en el artículo 9, apartado 3, de la Directiva 90/270, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, que no define tal concepto
5. Dicho órgano jurisdiccional considera que el mencionado concepto debe interpretarse en el sentido de que comprende las gafas graduadas, en la medida en que resulten necesarias para los trabajadores que sufren un deterioro de la vista como resultado de sus condiciones de trabajo.
6. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, además, si los dispositivos correctores especiales que menciona el citado artículo 9, apartado 3, se refieren a dispositivos utilizados exclusivamente en el lugar de trabajo o si también se refieren a dispositivos que pueden utilizarse fuera del lugar de trabajo.
7. ¿Y que dispone ese art. 9 de la Directiva 90/270? Pues dicho artículo, literalmente, viene a indicar lo siguiente:

Artículo 9 Protección de los ojos y de la vista de los trabajadores determina lo siguiente:

- a. *Los trabajadores se beneficiarán de un reconocimiento adecuado de los ojos y de la vista, realizado por una persona que posea la competencia necesaria:*
 - *antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización,*
 - *de forma periódica con posterioridad, y*
 - *cuando aparezcan trastornos de la vista que pudieran deberse al trabajo con una pantalla de visualización.*

- b. Cuando los resultados del reconocimiento a que se refiere el apartado 1 lo hiciesen necesario, los trabajadores se beneficiarán de un reconocimiento oftalmológico.*
- c. Deberán proporcionarse a los trabajadores dispositivos correctores especiales para el trabajo de que se trata, si los resultados del reconocimiento a que se refiere el apartado 1 o del reconocimiento a que se refiere el apartado 2 demuestran que son necesarios y no pueden utilizarse dispositivos correctores normales.*

8. ¿Y que determina al respecto el TJUE?

- a.** Pues que esos “*dispositivos correctores especiales*” comprenden las gafas graduadas que sirven específicamente para corregir y prevenir trastornos de la vista relacionados con un trabajo realizado con un equipo que incluye una pantalla de visualización. Por otro lado, estos “dispositivos” no se circunscriben a los dispositivos utilizados exclusivamente en el ámbito profesional.
- b.** A este respecto, el art. 9.3 de la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización debe interpretarse en el sentido de que los “dispositivos correctores especiales” previstos en esta disposición comprenden las gafas graduadas que sirven específicamente para corregir y prevenir trastornos de la vista relacionados con un trabajo realizado con un equipo que incluye una pantalla de visualización. Por otro lado, estos «dispositivos correctores especiales» no se circunscriben a los dispositivos utilizados exclusivamente en el ámbito profesional.
- c.** Por lo tanto, el art. 9 de la Directiva 90/270 debe interpretarse en el sentido de que la obligación del empresario de proporcionar a los trabajadores afectados un dispositivo corrector especial prevista en dicha disposición puede cumplirse, bien mediante la entrega directa de dicho dispositivo por parte del empresario, bien mediante el reembolso de los gastos que el trabajador haya tenido que efectuar. En este sentido, considera el TJUE que el reembolso por parte del empresario del coste de adquisición de un dispositivo corrector especial es conforme con el objetivo de la Directiva 90/270, puesto que garantiza un mayor nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Ahora bien, no cabe el abono al trabajador de un complemento salarial de carácter general.

En resumen, y ya para finalizar:

- Abono de gafas o cualquier complemento en este sentido no procede con carácter general simplemente por trabajar frente a pantallas de visualización.
- El trabajador debe acreditar dolencias visuales al respecto aportando el correspondiente certificado médico oficial de servicio de oftalmología de la SS en el cual se recomiende la utilización continuada de gafas y plantear solicitud al respecto a la empresa.
- En estos casos procederá una doble revisión por parte de la Mutua para verificar esas dolencias inicialmente apuntadas por el INSS.
- Si la Mutua confirma lo prescrito por la SS procedería asumir el gasto de esas lentes además de adoptar todas las medidas de seguridad y salud en el trabajo previstas en la LPR y, específicamente y por lo que respecta a esta actividad, en el **Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.**

TJUE, Sala Segunda, Sentencia 22 de diciembre de 2022. C-392/2021.

2. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

La orientación sexual no puede ser una razón para negarse a celebrar un contrato.

El Tribunal de Justicia ha dictado una sentencia donde interpreta la Directiva 200/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La petición de decisión prejudicial se presentó en el contexto de un litigio por la reclamación de una indemnización derivada de la negativa de una entidad a renovar un contrato de prestación de servicios debido, según el trabajador, en su orientación sexual.

Entre 2010 y 2017, un trabajador independiente realizó montajes audiovisuales, anuncios o avances para las emisiones de autopromoción de TP, una sociedad que explota una cadena de televisión pública de ámbito nacional en Polonia. Esa colaboración se basaba en una serie de contratos de prestación de servicios de corta duración celebrados de forma consecutiva por dicho trabajador con TP en el contexto de su actividad económica independiente.

En diciembre de 2017, ese trabajador independiente y su pareja publicaron en *YouTube* un vídeo musical navideño con objeto de promover la tolerancia hacia las parejas homosexuales. Poco después de la publicación de ese vídeo, los turnos de servicio de ese trabajador fueron anulados unilateralmente por TP y posteriormente no se celebró ningún nuevo contrato de prestación de servicios con él.

Considerándose víctima de una discriminación directa basada en su orientación sexual, el citado trabajador presentó una demanda de indemnización ante el Tribunal de Distrito de la ciudad de Varsovia (Polonia). Por un lado, el referido órgano jurisdiccional se pregunta si la situación controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Y, por otro lado, el órgano jurisdiccional nacional desea saber si la citada Directiva se opone a una normativa nacional que, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante, excluye de la protección contra la discriminación que debe conferirse con arreglo a dicha Directiva la negativa, basada en la orientación sexual de una persona, a celebrar o renovar un contrato con un trabajador independiente.

Mediante su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que el concepto de “condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional”, que delimita las actividades profesionales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, debe entenderse en sentido amplio, abarcando el acceso a cualquier actividad profesional, sean cuales fueren la naturaleza y las características de esta. Esa conclusión resulta no solo del tenor de la Directiva, sino que se ve confirmada también por sus objetivos.

A este respecto, el Tribunal de Justicia destaca que la Directiva tiene por objeto eliminar, por razones de interés social y público, todos los obstáculos basados en motivos discriminatorios para acceder a los medios de subsistencia y contribuir a la sociedad mediante el trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en cuya virtud este último se presta. No obstante, dado que aquellas actividades que consisten en un mero suministro de bienes o servicios a uno o varios destinatarios no están comprendidas en el ámbito de aplicación de esa Directiva, el Tribunal de Justicia precisa que para que las actividades profesionales lo estén, es necesario que sean reales y que se ejerzan en el marco de una relación jurídica caracterizada por una cierta estabilidad. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la actividad desarrollada por el demandante responde a este criterio.

Del mismo modo, en lo que se refiere al concepto de «condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración», en el sentido de la Directiva, el Tribunal de Justicia declara que ese concepto debe interpretarse también en sentido amplio, incluyendo las condiciones aplicables a cualquier forma de actividad por cuenta ajena y por cuenta propia, cualquiera que sea la forma jurídica en que se ejerza esa actividad. Además, por lo que respecta al concepto de «despido», el Tribunal de Justicia admite que una persona que ha ejercido una actividad independiente también puede verse obligada por quien la contrata a cesar en esa actividad y encontrarse por ello en una situación de vulnerabilidad comparable a la de un trabajador por cuenta ajena despedido. El Tribunal de Justicia concluye, sin perjuicio de la apreciación del órgano jurisdiccional remitente, que la decisión de no renovar el contrato debido a la orientación sexual del contratista está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente concluyera que hay discriminación, el Tribunal de Justicia considera que no puede justificarse por uno de los motivos contemplados en el artículo 2, apartado 5, de la Directiva, que establece una excepción al principio de prohibición de la discriminación. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que, pese a que la normativa polaca parece proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, más concretamente la libertad contractual, no es necesaria para garantizar esa libertad.

Según el Tribunal de Justicia, el hecho de que el legislador polaco haya previsto una serie de excepciones a la libertad de elegir a la otra parte contratante demuestra que él mismo consideró que establecer una discriminación no podía considerarse necesario para garantizar la libertad contractual en una sociedad democrática. Por último, el Tribunal de Justicia recuerda que admitir que la libertad para contratar permite negarse a contratar con una persona por razón de su orientación sexual supondría privar a la Directiva, y a la prohibición de toda discriminación basada en tal motivo, de su efecto útil.

TJUE, Sala Segunda, Sentencia 12 de enero 2023. Asunto C-356/2021.

3. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Un despido justificado con los datos del GPS de un coche de empresa no vulnera el derecho a la privacidad del trabajador.

El TEDH ha dictado una sentencia por la cual da la razón a una empresa portuguesa que despidió a un empleado en base a los datos del Sistema de Posicionamiento Global (GPS) instalado en el coche de empresa que utilizaba.

La compañía farmacéutica, que fue demandada por el trabajador cesado, seguía una política implantada desde el año 2002 por la cual los coches que cedían a los empleados tenían siempre activado un dispositivo GPS con la intención de calcular y verificar el kilometraje de modo tal que pudieran reembolsar los costos que hubieran representado sus viajes. Así, la compañía podía acceder a datos en tiempo real de geolocalización de los susodichos coches.

Los trabajadores que usaban estos coches fueron informados de la instalación de estos aparatos antes de que empezaran a conducir los correspondientes coches. Usaban una aplicación paralela con la que ingresaban los datos sobre sus actividades laborales, viajes hechos y planificados, visitas a clientes, ausencias y gastos. Además, los coches podían ser utilizados fuera del horario laboral, siempre y cuando los costos de estos viajes privados fueran asumidos por el propio empleado.

La empresa procedió a despedir disciplinariamente al denunciante en el 2014 al notar una discrepancia entre los datos ingresados en la aplicación y la información que proveía el GPS, lo que llevó a la conclusión de que había estado incrementando las distancias viajadas en capacidad de profesional para disimular los aparentes viajes personales en fines de semanas y fiestas y no hacer frente a los reembolsos que le hubieran correspondido. También establecieron, de acuerdo a las horas en los que el coche había estado viajando y el momento en el día en que se detenía, que no se estaban cumpliendo las ocho horas que correspondían a la jornada laboral debida. El trabajador, que trabajaba como representante médico de la empresa, alegó en su denuncia contra la misma que habían vulnerado su derecho a la privacidad al disponer de sus datos de geolocalización.

Finalmente, el TEDH no encontró tal vulneración en las acciones de la empresa, dado que el denunciante había sido informado previamente sobre el funcionamiento y finalidad del uso del GPS, que tenía un objetivo claro y razonable, llegando a firmarse un documento al respecto. Una de las consideraciones del tribunal fue la naturaleza de los datos, ya que se trataba de información de geolocalización y no de imágenes, correos electrónicos o archivos de computadora, como habían observado en casos anteriores definidos en la sentencia. Los empleados no tenían permitido apagar el GPS, que podía obtener información como el tiempo de uso del vehículo y la velocidad a la que se conducía, además de su ubicación precisa en todo momento, incluso cuando realizaba los viajes privados que se contemplaban como parte de su uso.

Sin embargo, el TEDH argumentó que en el momento de la despedida ya existían reglas para salvaguardar la privacidad de los usuarios de los coches, contra las cuales no hizo mención el denunciante. También tomaron en cuenta las conclusiones del Tribunal de Apelaciones portugués había definido que, si bien se prohibía el uso de instrumentos que supervisar remotamente el desempeño ni el cumplimiento del horario laboral, la geolocalización del vehículo de empresa y el análisis de las distancias viajadas no cae dentro de esa categoría.

Así, el tribunal desestimó la denuncia con cuatro votos a favor y tres en contra, votos particulares que indican que la compañía pudo haber tomado medidas que no supusieran un compromiso de la privacidad del empleado, como permitir que apagara el GPS.

TEDH. Sección 4ª. Sentencia de 13 de diciembre de 2022. Consulta nº 26968/16.

4. TRIBUNAL SUPREMO

Cuando el Convenio Colectivo es claro sobre una mejora voluntaria, no procede acudir al principio “*pro-operario*.”

No puede hacerse extensiva una interpretación del Convenio presumiendo la intención de quienes lo han negociado y en el caso, si no hay IT a cargo de la Seguridad Social, no puede devengarse la mejora a cargo de la empresa.

Una vez que el convenio colectivo identifica con claridad la base u objeto sobre el que debe actuar la empresa: *"el subsidio de Incapacidad Temporal aportado por la Seguridad Social"*. Siendo este el tenor, extrae la sentencia como consecuencia que no solo es que debe existir un subsidio de IT sino que además se indica quién debe sufragarlo. Por tanto, el Supremo rechaza que sea posible un eventual pago de la mejora voluntaria durante los días en que o no hay derecho a subsidio (los tres iniciales) o corre por cuenta del empresario (hasta el decimoquinto).

El principio de que las dudas sobre las mejoras voluntarias se deben resolver "pro operario", cede cuando el texto del Convenio colectivo de aplicación no es dudoso, y en el caso, el tenor literal de las cláusulas convencionales, - que es el primero de los criterios a seguir-, no deja lugar a dudas en cuanto a que la mejora se plantea como un complemento del subsidio de IT, de forma que si no existe cantidad que complementar y debe serlo a cargo de la Seguridad Social, no se puede obligar a la empresa a pago alguno.

Añade también la Sala que tampoco cabe equiparar la situación que existe cuando en un proceso de IT se aplica la regla del art. 173.1.II LGSS con la que ahora concurre: el subsidio no surge a cargo de la Seguridad Social en momento alguno. En el primer caso estamos ante un proceso de IT con derecho a que la Seguridad Social abone subsidio, con independencia de a partir de qué momento; en el segundo, el litigioso, eso no llega suceder.

No basta con que se esté ante una incapacidad temporal para que se active el deber retributivo, sino que resulta imprescindible la existencia de esa suspensión del contrato de trabajo; que exista derecho a percibir el subsidio correspondiente y que el subsidio lo abone la Seguridad Social.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sentencia 965/2022, de 20 de diciembre. Rec. nº 4131/2019.

5. TRIBUNAL SUPREMO

No existe un despido tácito por dar de baja al trabajador al agotarse el plazo máximo de incapacidad temporal (IT.)

Se interpone recurso de casación para dilucidar si se produjo un despido tácito cuando la empresa demandada cursó la baja de la actora en la Seguridad Social por agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal.

Posteriormente se reconoció a la trabajadora el derecho a percibir la pensión de incapacidad permanente total.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 14 de julio de 2021, recurso 1088/2021, revocó la sentencia de instancia, declarando que la trabajadora no había sido objeto de un despido tácito.

La trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina. El Tribunal Supremo lo desestima.

El Tribunal Supremo, realizando un amplio repaso por la jurisprudencia existente en torno al despido tácito, desestima el recurso de la trabajadora. Así, para que concurra el despido tácito la jurisprudencia exige que existan “... hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario ...” (entre las más recientes, sentencias del TS de 23 de septiembre de 2013, recurso 2043/2012; 29 de junio de 2017, recurso 2306/2016; y 30 de junio de 2017, recurso 3402/2015).

En resumen, se considera que existe un despido tácito cuando el empleador omite la comunicación extintiva escrita o verbal pero la finalización del contrato por voluntad unilateral del empresario se acredita por sus propios actos, siempre que sean suficientemente concluyentes.

En el caso concreto enjuiciado, la empresa cursó la baja en la Seguridad Social del trabajador cuando había finalizado el plazo máximo de la prestación de incapacidad temporal. Dicha baja respondió al cumplimiento de lo previsto en el art. 174 de la LGSS y en la disposición adicional quinta.2 del Real Decreto 1300/1995, al haberse extinguido el derecho al subsidio por el transcurso del plazo máximo, sin que existiera obligación de cotizar.

Por tanto, concluye el TS, al cursar la baja en la Seguridad Social, la empresa se limitó a cumplir los citados preceptos, lo que revela que no ha habido una conducta empresarial que revele inequívocamente su voluntad de poner fin a la relación contractual: no se ha probado la existencia de hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 20 diciembre de 2022.

6. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Indemnización por cese en el contrato fijo de obra: no cotiza el exceso sobre la cuantía legal, ex artículo 49.1 c) del TRET, cuando su importe ha sido pactado en el convenio sectorial

La Seguridad Social sostiene que solo procede excluir de la base de cotización el importe de la indemnización fijada en el artículo 49.1 c) del ET, al ser esta inferior a la indemnización prevista en el convenio colectivo del sector de referencia, por lo que resulta cotizable la diferencia entre una y la superior pactada.

No obstante, es el propio ET el que contiene una previsión especial respecto de la indemnización procedente por expiración de los contratos fijos de obra, lo cual es conforme con lo previsto en el artículo 147, apartado 1 del TRLGSS, que declara exentas de incluirse en la base de cotización las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET y en su normativa de desarrollo. El hecho de que la cuantía de la indemnización no se concrete en la disposición adicional tercera del Estatuto, sino que para ello se remita a lo dispuesto en el convenio colectivo sectorial, no permite entender que nos encontramos ante una indemnización convencional ajena a la norma legal, pues es la propia ley la que se remite al convenio sectorial para fijar la cantidad que obligatoriamente debe fijarse como indemnización en este tipo de contratos.

En definitiva, la indemnización pactada en convenio sectorial por extinción del contrato en supuestos de expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato en el contrato fijo de obra está exenta de cotización a los efectos del artículo 147.2 c) del TRLGSS, por la remisión expresa que la disposición adicional tercera del ET realiza al convenio sectorial para establecer dicha cuantía como obligatoria para este tipo de contratos.

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 27 de septiembre de 2022. Rec. núm. 3439/2020.

7. AUDIENCIA NACIONAL.

La normativa en materia de elección de los representantes de los trabajadores no admite el voto telemático

La Audiencia Nacional ha determinado que la legislación en materia de representantes de personal de trabajadores por cuenta ajena no admite la posibilidad de emitir el voto en forma telemática. De este modo se declara ilícito el sistema de voto telemático incluido en el acuerdo que promueve las elecciones en el ámbito del conflicto.

La sentencia venía a resolver el caso de una compañía en que se convocaron elecciones sindicales. Se llegó a un acuerdo de promoción de elecciones suscrito por los sindicatos SIE, ATYPE – CC, USO y ELA que representaban el 55, 47 por ciento de la representación social.

Dentro de los acuerdos que anexan al mismo, que se dicen alcanzados por los referidos sindicatos en el punto séptimo consta lo siguiente: “... se acuerda solicitar a la representación empresarial que establezca los medios necesarios para facilitar en todas las mesas electorales, un sistema de votación mixto, mediante votación presencial, que incluya el voto por correo, y mediante votación telemática, en la que se pueda ejercer el derecho al voto libre, personal, directo y secreto. Cada elector decidirá voluntariamente cuál de los medios desea utilizar en caso de que se utilice más de un sistema de votación.

En este sentido, y al objeto de cumplir los aspectos relacionados con el ejercicio del derecho al voto, se desarrollará un reglamento de funcionamiento en el que se definirán los aspectos fundamentales que debe cumplir el software utilizado para el sistema de votación telemática.»

CCOO, UGT y CGT impugnan ese acuerdo y específicamente la posibilidad de que los trabajadores puedan optar por el voto telemático en las citadas elecciones sindicales.

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia estima en parte la demanda de los sindicatos declarando ilícito el sistema de voto telemático.

En relación a si en nuestro ordenamiento jurídico resulta admisible el voto telemático en las elecciones a delegados de personal y miembros de comité de empresa, la respuesta de la Sala es negativa (no cabe su admisión) por las siguientes razones:

1. El ET sólo admite el voto en papel. La interpretación gramatical/literal del art. 75.2 del texto estatutario no admite otro tipo de voto que el emitido en papel impreso ya que señala al respecto: *“el voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas.”*
2. La Audiencia continúa indicando que una interpretación sociológica del precepto, esto es, adecuada a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada esta norma admita el voto telemático por las razones siguientes:
 - El actual texto refundido del ET data de octubre de 2015, momento en el que las comunicaciones telemáticas estaban suficientemente implantadas en la sociedad, por ello, consideramos que si el legislador hubiera querido admitir el voto telemático lo habría hecho así.
 - De hecho, cuando el legislador ha querido que en procesos electorales se admita el voto telemático así lo previsto expresamente, como lo ha hecho en normas anteriores y coetáneas al actual ET- así el art. 44 del TRLEBEP, o Capítulo VIII del Real Decreto 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía (arts. 19 y ss.)
 - Es más, de la más reciente legislación en materia de representación de trabajadores por cuenta ajena como es la contenida en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, se deduce una clara voluntad del legislador de excluir el voto telemático en las elecciones a representantes unitarios, pues de la lectura del art. 19.3 de dicha norma se deduce una clara opción por el voto presencial de las personas que trabajan a distancia.
3. Las normas que regulan el procedimiento electoral son normas de derecho necesario no pudiendo ser obviado por acuerdo de las partes afectadas.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 12 de diciembre de 2022.

8. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

La nulidad del pacto de no competencia por compensación insuficiente no exime a la persona trabajadora a retornar a la empresa los importes abonados específicamente.

El TSJ de Madrid determina que la nulidad del pacto de no competencia por no satisfacer la empresa una compensación económica adecuada, no supone que la trabajadora incumplidora del pacto no deba devolver la cantidad mensual que recibía por dicho concepto. Declarada nula la cláusula de no concurrencia, dicho emolumento se ha convertido en una contraprestación sin causa que el empleado debe devolver so pena de convertirse en un enriquecimiento injusto.

Concretamente el caso que se venía a conocer era el de una empleada de una clínica que abandona su puesto de trabajo y antes del año de no concurrencia post contractual que había pactado al inicio de su relación con su empleadora, empieza a prestar servicios en una sociedad de la directa competencia.

Se acredita que la trabajadora no ha sido compensada adecuadamente, dado que en los 12 últimos meses de la vigencia de la relación laboral percibió un total de 153.299,37, y sin embargo el "plus no competencia post contractual", que específicamente se recogía en sus nóminas, era de 19.111,83 €.

Por tanto, la cláusula es considerada nula, pero ello no impide que la trabajadora deba devolver lo que percibió. Todo ello en base a la teoría del enriquecimiento injusto porque al declararse nula la cláusula, la percepción se ha convertido en una contraprestación sin causa, y dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, la trabajadora está obligada a reintegrar las cantidades percibidas en tal concepto.

En resumen, si la cláusula es nula por compensación insuficiente decae la prohibición de trabajar en empresa concurrente, pero, en este caso, todos los importes percibidos a través de un concepto salarial específico deben ser retornados al empleador.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia 1044/2022 de 25 Nov. 2022, Rec. 576/2022.

9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS.

Validez de la notificación del despido al trabajador por correo electrónico

No se puede limitar la forma de acreditación solo a los recibos firmados por él o a otros medios de prueba que cuenten con análoga fehaciencia entendida como "prueba plena".

Aunque el trabajador despedido afirma que la primera noticia que tuvo de su despido fue al recibir un mensaje de texto de la Tesorería General de la Seguridad Social informándole que había sido dado de baja, esta afirmación se contradice con lo afirmado en su demanda en la que no concreta cual era la fecha de efectos de la baja que se le había comunicado por la Tesorería, y con la fecha en la que data los salarios adeudados por la empresa.

Por su parte, la empresa sí cumple con su carga probatoria en relación con la fecha en que comunica el despido mediante el envío de un mensaje de correo electrónico en el que, como documento adjunto, se acompañaba la comunicación de fin de contrato; ese correo electrónico era el medio habitual de comunicación entre las partes; y la fecha de su remisión coincide con la fecha en que se tramitó la baja en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Pivota el recurso sobre la acreditación del conocimiento por parte del trabajador, que puede hacerse por la empresa a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, y legalmente no se establece forma específica alguna de acreditar la recepción, cuestión sobre la que la Sala afirma que no se puede limitar la forma de acreditación, como pretende el trabajador, solo a los recibos firmados por él o a otros medios de prueba que cuenten con análoga fehaciencia entendida como "prueba plena", sino que puede acudir a otros medios de prueba como testificales e incluso prueba indiciaria.

Lo que exige la jurisprudencia es claridad y certeza sobre los hechos constitutivos de la caducidad, que los mismos se hayan considerado acreditados y no sean dudosos, pero no impone que la certeza del órgano de instancia se alcance solo a través de determinados medios probatorios.

En base a estas premisas, la Sala confirma la caducidad de la acción de despido que ya fue así fallada por el Juzgado de lo Social.

TSJ de Canarias. Sala de lo Social. Sentencia nº 741/2022, de 18 de noviembre. Rec. nº 388/2022

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

Las vacaciones no disfrutadas se pueden reclamar más allá del último año de trabajo.

El empresario tiene la obligación de velar porque sus empleados disfruten de las vacaciones anuales pagadas, y si no prueba que les instó a cogerlas -informándoles que se perderían en caso de no hacerlo-, no opera el instituto de la prescripción anual.

Realmente ésta siempre ha sido una cuestión sumamente polémica y que ha suscitado muchas dudas. Esta sentencia vuelve a instar múltiples dudas sobre las ya existentes. En puridad, ¿hasta cuándo se pueden reclamar o disfrutar las vacaciones atrasadas?

Con esta sentencia, basándose en el principio de que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede interpretarse de manera restrictiva, los magistrados reconocen el derecho de un trabajador a que le sean abonadas las vacaciones que no pudo disfrutar porque el empresario no le informó de que las perdería, y porque al estar suspendido su contrato de trabajo por un ERTE, en ningún caso podía haberlas disfrutado al haber sido despedido sin solución de continuidad tras levantarse el ERTE.

El artículo 38.1 del ET establece la obligatoriedad de la concesión de las vacaciones y su retribución en la misma forma y cuantía que si hubiera sido de trabajo efectivo de modo que si el trabajador no hace uso de sus vacaciones dentro del año natural, no sólo pierde el derecho a disfrutarlas en la anualidad siguiente, sino que tampoco le resulta posible percibir una remuneración dineraria a cambio de la falta de disfrute.

Se aplica en este asunto la doctrina del TJUE que permite reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas más allá del último año de trabajo, cuando el empresario no prueba haber actuado con la diligencia debida, velando de manera concreta y transparente porque sus empleados puedan disfrutar efectivamente de sus vacaciones anuales pagadas, al no haberle informado, - formalmente, puntualiza el Tribunal-, a hacerlo. Por una parte, cita la sentencia de 29 de noviembre de 2017, Asunto C-214/2016, que explica que el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias, que no son otras que la de abonarlas, porque de otro modo se estaría validando un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento sin

causa del empresario contrario a su obligación de preservar la salud del trabajador. Por otro lado, cita la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-684/16) en la que se insiste en el deber del empresario de velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas.

Se da la particular circunstancia en este asunto de que, además de no haber probado la empresa haber ofrecido oportunamente la posibilidad al trabajador de disfrutar las vacaciones, cuando el trabajador sale del ERTE en el que fue incluido, es despedido inmediatamente, lo que de facto privó de toda posibilidad del disfrute de las vacaciones. Por tanto, se dan los dos requisitos que permiten eludir el instituto de la prescripción anual: primero que es la empresa la culpable de que el empleado no pudo disfrutar sus vacaciones anuales (porque tenía su contrato suspendido por un ERTE); y segundo que no le informa de su posible pérdida ni le ofrece ninguna solución alternativa.

La sentencia del juzgado concedió la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas de 2020, pero niega las de 2019 con el argumento, - erróneo y ahora corregido por el TSJ-, de que el artículo 38 del ET impide que puedan sustituirse el disfrute de vacaciones por cantidad alguna, porque el trabajador no lo solicitó, cuando lo correcto es entender que pesa sobre el empresario el deber de ofrecerlas, informando expresamente que su falta de disfrute acarreará su pérdida.

Lo que el Tribunal Superior de Justicia expone es que cuando el empresario no cumple con este deber de informar, no opera el instituto de la prescripción del artículo 59 del ET, y queda abierta la vía a reclamar una compensación económica por vacaciones no disfrutadas, más allá del último año de trabajo.

Como la empresa demandada no ha acreditado (ni siquiera ha comparecido a juicio) que ofreció la posibilidad de disfrutar las vacaciones del 2019, es procedente ahora la condena a que se le compensen económicamente dichos días (y no solo las del último año 2020) mediante su abono en metálico, dado que ahora ya no cabe disfrutarlas por haber sido despedido.

TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 1020/2022, de 25 de noviembre. Rec. nº 1015/2022.

Departamento Laboral y de Seguridad Social.

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Jorge Barbat Soler

Email: jbarbat@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Raúl Sala Cuberta

Email: rsala@ortega-condomines.com