



CIRCULAR LABORAL 11/2023

2 de marzo de 2023

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: MARZO 2023.

1. TRIBUNAL SUPREMO

Registro de jornada: ¿es lícito un sistema de registro que se basa en la declaración unilateral de la persona trabajadora – incluida la firma física -?

La cuestión controvertida la plantea el sindicato recurrente, quien considera ilegal el pacto convencional que considera lícito el sistema de registro de jornada basado en la declaración unilateral de la persona trabajadora.

La Sala se pronuncia estableciendo que el sistema de registro de jornada será lícito siempre que cumpla tres requisitos: objetividad, fiabilidad y accesibilidad.

En relación a lo anterior el Alto Tribunal indica, de forma literal, que es difícil imaginar un sistema de registro horario que no exija al trabajador la realización de una determinada acción al inicio y finalización de su jornada, en el momento de tomarse un tiempo para el descanso o las comidas, al entrar o salir del centro de trabajo, en fin, para dejar constancia de cualquier posible interrupción de la actividad laboral que no deba calificarse como tiempo efectivo de trabajo según las normas legales o convencionales aplicables. Ya consista esta actuación en accionar alguna clase de dispositivo mecánico o informatizado, usar tarjetas de fichaje, marcar unas claves, acceder con sus huellas dactilares, o cualquier otro mecanismo o herramienta que pudiera ser utilizada a tal efecto.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 85/2023, de 18 de enero de 2023. Pleno.

2. TRIBUNAL SUPREMO

El despido colectivo puede fijar indemnizaciones inferiores para los mayores de 60 años.

Es totalmente lógico y no es discriminatorio ya que los trabajadores de menor edad están más alejados de la pensión de jubilación y es bastante improbable que las ayudas o prestaciones de seguridad social les alcancen hasta ese momento.

No solo no es discriminatorio, sino que el Supremo califica de razonable y proporcionado que se contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de Seguridad Social.

Por el contrario, a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto. Ellos están todavía alejados de la pensión jubilación y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión.

Expone la Sala que las normas referentes a la indemnización mínima en los supuestos de despido colectivo no son de derecho necesario absoluto, sino que cabe la posibilidad de acuerdo siempre que sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente prevista.

Pues bien, en el caso, está objetivamente justificado el diferente importe de la indemnización en función de la distinta edad de los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen con el despido colectivo. La edad es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados.

No se trata de una decisión unilateral de la empresa, sino de un acuerdo colectivo entre la empleadora y los representantes de los trabajadores con facultades legales para ello, fruto de la autonomía individual en el marco de una empresa privada que no adolece de ninguna tacha de ilegalidad.

Destaca también que, con independencia de su edad, las indemnizaciones pactadas para todos los trabajadores mejoran el mínimo legal aplicable y contemplan, incluso, diversos factores de corrección favorables a quienes perciben un menor salario, y el acuerdo contiene además diferentes medidas para favorecer posteriores ofertas de empleo y de cobertura preferente de vacantes en todas las empresas codemandadas.

El sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad es razonable, resultando objetivamente justificado que el acuerdo para distribuir los costes de la cuantía total de la suma indemnizatoria alcanzada con la empresa favorezca en mayor medida al colectivo que se encuentra más alejado del momento de la jubilación.

Así se pronunció el TC en su sentencia 66/2015, de 13 de abril que, al resolver un supuesto similar, avaló que fueran incluidos en la relación de despido los trabajadores que se encontraran en una edad más próxima a la jubilación sin que con ello se incurriera en discriminación por razón de edad en los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Tribunal Supremo. Sala de lo social. Sentencia 62/2023, de 24 de enero. Rec. nº 2785/2021.

3. TRIBUNAL SUPREMO

La práctica habitual de la empresa de abonar las nóminas con días de retraso no impide poder pedir la extinción indemnizada del contrato vía art. 50 ET.

El Tribunal Supremo, revocando la sentencia dictada en su día por el TSJ de Madrid, ha sentenciado que el hecho de que la práctica habitual de una empresa sea la de retrasarse en el pago de las nóminas no impide poder pedir la extinción indemnizada del contrato vía art. 50 ET. Deja muy claro el Supremo en su sentencia que no resulta exigible al trabajador que asuma y se adapte al retraso en el pago de sus nóminas sólo porque dicho retraso se reitere en el tiempo de manera previsible, siendo indiferente que la empresa tenga dificultades económicas.

Concretamente, la sentencia resuelve el caso de una empresa que venía abonando desde hacía tiempo con retraso las nóminas (una media de retraso de 10 días). Un trabajador solicitó la extinción indemnizada del contrato al amparo del art. 50.1.b) del ET.

Tanto el Juzgado de instancia como el TSJ de Madrid desestimaron la demanda al entender que era una práctica habitual, que permitía al trabajador planificarse (al ser un retraso previsible) y que, por tanto, no se justificaba la solicitud de extinción indemnizada del contrato.

En concreto, durante el período de abril de 2019 a marzo de 2020 el trabajador ha percibido la retribución con retraso. El promedio de retraso es de 10,5 días. El abono del salario de abril de 2019 se efectuó en dos pagos, el 20 de mayo y 31 de mayo de 2019.

Por parte del trabajador se interpone recurso de casación para determinar si el retraso en el pago del salario tiene la gravedad suficiente para justificar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo ex art. 50.1.b) ET.

El Alto Tribunal, en su sentencia realiza un repaso por la jurisprudencia existente en la materia (extinción del contrato por retrasos en el pago de la nómina) y determina que, durante un año el empleador no ha cumplido el deber esencial establecido en los artículos 4.2 f) y 29.1 ET, como es la liquidación y el pago del salario puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbre, lapso que se evidencia de suficiente gravedad en sí mismo -no es esporádico sino reiterado en el tiempo-, y que finalmente ha abocado a un abono fraccionado con un mayor retraso en el caso del salario correspondiente al mes de abril de 2019, abundando en dicha gravedad.

Además, el empleador no tiene la facultad unilateral de modular o condicionar el cumplimiento de la obligación de abono puntual del salario, con cita del art. 1256 del Código Civil, *“ni la reiteración de la insatisfacción de la obligación puede resultar en una modificación de la misma”*.

Deja muy claro el TS en su sentencia que una cosa es que la acción de reclamación hubiera podido estar sometida a una eventual prescripción -si la conducta incumplidora no persistía ya en el momento de la demanda- y otra distinta deducir de ella un consentimiento tácito de los trabajadores respecto al percibo de sus salarios con constantes retrasos.

La facultad de optar por la tutela que regula el art. 50.1 b) ET no se halla sometida a ninguna otra condición de la reclamación previa del cumplimiento de la obligación de pago del salario. Y en todo caso, no resulta exigible al trabajador que asuma y se adapte al retraso sólo porque este se reitere en el tiempo de manera previsible.

Finalmente, «recuerda» el TS, cabe rememorar aquellos pronunciamientos en los que hemos negado que la situación de concurso de la empresa o la acreditación de sus dificultades económicas enerven la acción frente a su incumplimiento. Así lo refería la sentencia de contraste y otras posteriores: SSTs/4ª de 3 diciembre 2012 (RCUD 612/2012), 20 mayo 2013 (RCUD 1037/2012) y 3 diciembre 2013 (RCUD 141/2013), relacionadas en la de 10.09.2020.

Por todo ello, se estima el recurso interpuesto por el trabajador, coincidiendo con el criterio del Ministerio Fiscal. Se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social para estimar la demanda, declarando extinguido el contrato de trabajo y condenando a la empresa al abono de la indemnización prevista para el despido improcedente

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 10 de enero de 2023.

4. TRIBUNAL SUPREMO

Es legítimo modificar el uso del comedor de empresa los viernes si se ha suprimido la jornada partida ese día.

Como solo hay 22 trabajadores que se quedan los viernes al comedor, se les dejan platos preparados, pero no hay menú caliente. Es una mínima alteración que está totalmente justificada y no constituye vulneración del convenio de empresa que solo habla del “derecho a usar los comedores”.

No toda modificación de las circunstancias laborales supone un incumplimiento del convenio. En el caso, el convenio de la empresa Bridgestone impone garantizar a todos los trabajadores el derecho a usar los comedores, pero nada dice sobre cuál debe ser el contenido concreto y específico de esa obligación ni el alcance y extensión de los servicios de comedor que la empresa está obligada a poner a disposición de sus trabajadores. La norma convencional se remite a lo que pueda pactarse en cada momento sobre el precio que han de pagar los trabajadores por los servicios de comida, sin mayores precisiones.

Lo que la empresa ha decidido de forma unilateral es la supresión del servicio de comida los viernes en atención a que se ha instaurado la jornada continuada ese día. Son muy pocos trabajadores los que se quedan después de comer en la sede (concretamente 22). Por tanto, se trata de una modificación menor que por sí sola no supone un incumplimiento del convenio porque en puridad no se ha suprimido exactamente el servicio de oferta de comida los viernes, sino que tan solo lo ha modificado. Así, se ha quitado el personal del comedor los viernes de tal manera que no ofrece ese día un menú caliente, pero los trabajadores pueden encargar un menú que deben recoger ese día por la mañana en horario de 9.45 a 10.15, -teniendo la consideración de tiempo de trabajo el empleado con esa finalidad-, y mantienen la posibilidad de utilizar los restantes servicios del comedor hasta las 14.30 horas (mesas, máquinas expendedoras...).

Como se ve, no se suprime la posibilidad de adquirir comidas y bebidas en el comedor, sino que tan solo se reduce la oferta y mayor disponibilidad horaria de ese servicio un solo día a la semana, garantizando en todo caso que los trabajadores que quieran utilizarlo en viernes puedan encargar anticipadamente la comida.

Esta modificación solo supone un cierto perjuicio para los 22 trabajadores que siguen trabajando el viernes por la tarde, pero no puede calificarse como un incumplimiento de lo pactado en el convenio colectivo ni que haya que tramitarse un procedimiento de descuelgue o de modificación sustancial de las condiciones laborales. En el primer caso porque el convenio no impone ninguna obligación específica sobre la forma en la que ha de desenvolverse el servicio de comedor, ni contempla el exacto alcance y contenido de las prestaciones que la empresa ha de ofrecer a los trabajadores. En el segundo porque estamos ante una alteración menor y de escasa relevancia que no altera de manera relevante su contenido.

Y por último, es especialmente relevante que no se trata de una decisión infundada, caprichosa y arbitraria del empresario, sino que encuentra justificación en el hecho de que la implantación de la jornada continua de trabajo los viernes ha provocado que tan solo queden 22 empleados que prestan servicios por la tarde, lo que convierte en singularmente gravoso y manifiestamente desproporcionado el mantenimiento de las prestaciones del comedor en las mismas condiciones de los demás días de la semana en los que toda la plantilla trabaja de tarde.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 994/2022, de 21 dic. Rec. 2485/2019.

5. TRIBUNAL SUPREMO

Prestación por maternidad tras adoptar al hijo biológico del cónyuge, que ya la había disfrutado.

El menor puede generar dos prestaciones sucesivas. La convivencia previa entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a cobrar la pensión ya que la adoptante actúa como madre “de facto” del niño.

El Supremo unifica doctrina y declara que, durante la vigencia de las normas anteriores a las reformas de 2019, la adoptante del hijo biológico de su cónyuge sí tiene derecho a la prestación asociada a tal acontecimiento, aunque el padre biológico ya la hubiera disfrutado hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento, fruto de gestación subrogada.

La particularidad del caso es que el hijo biológico del esposo de la solicitante nace por gestación subrogada, y desde el mismo momento del nacimiento, ambos cónyuges conviven con él. La esposa desempeña, de facto y desde entonces, las labores y la responsabilidad de una madre. Pero no es hasta que la madre biológica presta su consentimiento para la adopción cuando se formaliza ésta por Auto del Juzgado de Primera Instancia y para entonces, el INSS ya había reconocido al padre biológico (pareja de la demandante) una prestación por maternidad.

Pero lo verdaderamente relevante para el Supremo es que la adoptante actúa como madre de facto desde el mismo momento del nacimiento, pero al no haber sido gestante ni poder obtener la adopción, si se le negara la prestación, se vería privada del tiempo de suspensión subsidiada con el efecto de penalizar la conducta asociada al papel de quien ejerce como madre del menor adoptado, pese a no haberlo llevado en su seno.

Si procede la suspensión del contrato de trabajo y prestación de maternidad en supuestos de adopción, igual solución debe darse en los supuestos de maternidad subrogada, de modo que el solo hecho de que el padre biológico del adoptado hubiera disfrutado del permiso de maternidad, no puede impedir que ahora lo haga la adoptante.

El menor sí puede generar dos prestaciones sucesivas. Así lo reconoce el Informe de Fiscalía cuando afirma que no impide reconocer la prestación a la madre adoptante solo el hecho de que el padre biológico hubiera disfrutado con anterioridad del permiso de maternidad, y esa es la clave, que "se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente y la adopción como madre", sin que el legislador haya dispuesto "que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción".

Aunque el sujeto causante sea el mismo, se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia, procede reconocer el derecho a la prestación a la adoptante, porque aunque la actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite estos supuestos, pero no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral.

En suma, debe prevalecer la protección del menor dando una interpretación más acorde con la protección de la familia pues, en caso contrario, muchos casos de adopción en los que conviven previamente adoptante y adoptado no tendrían amparo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 997/2022, de 21 dic. Rec. 3763/2019.

6. AUDIENCIA NACIONAL

Sancionada una empresa por presentar reiteradamente documentación deficiente a la Inspección de Trabajo

Fueron hasta 12 los requerimientos remitidos y en 10 de ellos se apreciaron defectos de aportación, la documentación era imposible de cotejar de forma eficiente por la Inspectora actuante.

No es la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor el único parámetro a tomar en consideración para valorar la sanción a imponer, y en el caso, se valora especialmente la reiteración en el incumplimiento de los requerimientos efectuados a la empresa, constantes a lo largo de toda la actividad inspectora, la cifra de negocios de la empresa, dedicada a la prestación de servicios de seguridad con trabajadores presentes en todo el territorio nacional y el importantísimo volumen de la plantilla, entre otros aspectos.

Se entregó a la Inspección un volumen ingente de documentos consistentes en nóminas, documentos elaborados por la propia empresa de lo que parece ser las fechas de desplazamientos de determinados trabajadores y lo abonado en su caso por los mismos, declaraciones juradas por las cantidades percibidas en concepto de dietas y desplazamientos,

listados confeccionados por la empresa sobre determinados trabajadores y las retribuciones percibidas y facturas de alojamiento, pero por la forma en que se aportó no se cubre siquiera el mínimo exigido para cumplir con el deber de colaboración con la Inspección.

A título de ejemplo, fueron hasta 12 los requerimientos remitidos y en 10 de ellos se apreciaron defectos de aportación; la documentación era imposible de cotejar de forma eficiente por la Inspectora actuante, provocando incluso la intervención de un grupo de expertos de la Unidad de Cálculo de la Dirección Especial para tratar informáticamente y de una manera ordenada los datos aportados por la empresa, sin una garantía precisa de que el cruce de todos los datos haya sido completo y eficaz; y en otros casos, ni siquiera se ofreció por la empresa la información requerida.

El envío de una documentación, en formato no adecuado, sin orden ni posibilidad alguna de cotejar los datos con una mínima diligencia fue lo que provocó un retraso evidente de las actuaciones comprobatorias y obstaculizó un adecuado cumplimiento de la labor de inspección, hasta el punto de haber sido la propia Inspección la que en ocasiones ha confeccionado el documento requerido en el formato adecuado (Excel), facilitando la labor de la empresa, produciéndose así una inversión de las posiciones.

Esta actuación empresarial ha impedido conocer de forma fidedigna la realidad de los hechos investigados, y que afectaban a abono de complemento variable en vacaciones, horas extraordinarias y diferencias de cotización derivadas del abono de las horas trabajadas en festivo por debajo de convenio, produciendo un evidente perjuicio, no sólo a los trabajadores afectados sino a la propia Administración, al incumplirse las obligaciones derivadas de las normas legales y convencionales en materia de cotización.

Para la Audiencia, la sanción es del todo justificada porque no se sanciona la reincidencia, ni se aplica agravante alguna, sino que la sanción responde a la reprochable conducta empresarial de remitir de forma incompleta e inadecuada la documentación necesaria para dar cumplimiento efectivo y expedito a la labor inspectora, que se corroboró hasta en diez ocasiones distintas, lo que produjo un retraso y una obstaculización evidente.

La empresa perturbó, retrasó e impidió reiteradamente el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, siendo imposible la cuantificación de la deuda a la Seguridad Social, a pesar de las numerosas actuaciones practicadas y requerimientos reiterados formulados por la funcionaria actuante, lo que sin duda justifica la imposición de la sanción de 120.000 euros, plenamente incardinable en el art. 50.4.b) de la LISOS infracción muy grave por la reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 171/2022, 23 Dic. Rec. 323/2022

7. AUDIENCIA NACIONAL

Es tiempo de trabajo efectivo el dedicado a trasladarse al domicilio del primer cliente y desde el último para volver al domicilio del trabajador que no tiene centro de trabajo físico -mantenimiento o servicio de atención al cliente.-

Manteniendo la Sala el criterio ya reiterado del Tribunal Supremo, por todas Sentencias de 19 de noviembre de 2019 (Rec. 1249/2017) o 7 de julio de 2020 (Rec. 208/2018) y el asunto Tyco del TJUE – ambas resoluciones comentadas en anteriores circulares – se determina que debe considerarse como tiempo de trabajo el dedicado a trasladarse desde el domicilio particular al del primer cliente y desde el último de vuelta a casa.

Por lo que respecta al inicial período la Sala mantiene que los trabajadores prestan servicios en los domicilios de los clientes, que son de la empresa, y se desplazan al inicio de la jornada desde su domicilio particular al domicilio en el que deban realizar su trabajo. Para ello utilizan bien el vehículo proporcionado por la empresa, bien su vehículo particular, visten el uniforme de la empresa y portan las herramientas necesarias para llevar a cabo el trabajo encomendado. No consta además que exista un centro de trabajo fijo para los trabajadores afectados por el conflicto. Si ello es así, el tiempo de desplazamiento entre el domicilio particular y el del primer cliente es tiempo de trabajo, por ser consustancial a los servicios encomendados, pues estos se prestan no en un centro de trabajo fijo sino en los distintos domicilios designados por la empresa a los que de ningún modo puede acudir si el trabajador no se sirve de un tiempo de desplazamiento previo en el que ya se encuentra a disposición de la empresa, no existiendo duda alguna que pueda refutar tal conclusión.

En relación a la finalización de la jornada la resolución que comentamos mantiene que el tiempo de retorno desde el último domicilio en el que se prestan servicios hasta el particular del trabajador también debe considerarse tiempo de trabajo, pudiendo la empresa instaurar métodos de control de los trayectos y tiempos empleados para realizar los mismos a efectos de evitar situaciones abusivas, o incluso permitir anticipar el retorno del trabajador a su domicilio para que el mismo coincida con la hora de finalización de la jornada, estipulando libremente la cuantía y la forma de abono de dichos periodos así como el exceso que pudiera producirse, caso de concurrir circunstancias imprevistas que demorasen el retorno al domicilio particular.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 23 de enero de 2023. Rec. nº 333/2022.

8. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sobre las indemnizaciones adicionales a la legalmente tasada en caso de que esta se considera “insuficiente y no adecuada.” Empieza -o continúa- el lío y la inseguridad jurídica

...

La presente sentencia ahonda en la doctrina apuntalada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en la que se reconoce la posibilidad de percibir indemnización adicional a la legalmente tasada del despido cuando se considere la misma irrisoria y carente de función disuasoria.

En el presente caso la Sala establece las bases de la responsabilidad empresarial en los siguientes términos: la decisión extintiva ciertamente no es acausal, pues se basa en causas económicas y productivas, eso sí de carácter meramente coyuntural como se dijo, pero revela en todo caso un excesivo ejercicio del derecho a despedir, porque supuso excluir a la actora del ERTE iniciado pocos días después, lo que, de no haber sido así, hubiera posibilitado que la misma, además de conservar su puesto de trabajo, se hubiera acogido a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RD 8/2020.

Deniega la indemnización por daños morales que reclamaba la parte actora al justificar que no estamos en el caso ante un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, que conlleva necesariamente la existencia de, al menos, unos daños morales para el trabajador que ha sufrido dicha vulneración, daños morales que no exigen la cumplida acreditación de unos determinados y concretos daños y perjuicios, sino que se producen automáticamente y que serán fijados en su cuantía prudencialmente por el juez o tribunal siempre y cuando hayan sido reclamados por el actor en su demanda.

Pero, por el contrario, sí condena a la empresa al abono del lucro cesante por la cantidad equivalente a la Prestación por Desempleo no percibida de 3.493,3 euros por parte de la demandante. A este respecto justifica dicha condena indicando que es indudable que la actora, de no haber actuado la empresa de manera abusiva, amparada en el mínimo coste que suponía su despido por su escasa antigüedad en la empresa, tenía una expectativa cierta y real de haber sido incluida en el inminente ERTE tramitado por fuerza mayor, con lo que se habría podido acoger a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RDL 8/2020, con reconocimiento de la prestación aun careciendo de las cotizaciones mínimas necesarias para ello.

TSJ Cataluña. Sentencia nº 469/2023, de 30 de enero de 2023. Rec. nº 6219/2022

9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS.

Diferencias entre acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral.

Interesante es la diferenciación que el Tribunal asturiano hace entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. Considera acoso sexual *"cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo"*; siendo el acoso por razón de sexo *"cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo"*.

La diferencia fundamental entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo reside en que aquel se caracteriza por su naturaleza sexual, es decir, por la relación o apelación de índole sexual dirigido a la persona acosada, sin necesidad de que concurra un ánimo lúbrico o de satisfacción carnal del agresor, siendo encuadrables en el precepto las conductas de contenido sexual que no pretendan otra cosa que molestar. La principal característica del acoso sexual es que es indeseado por parte de la persona objeto de este, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. Lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

Sobre esta delimitación conceptual, resuelve la Sala que, en el caso, la trabajadora sufrió acoso sexual.

Era auxiliar de cocina en la planta inferior del local, donde están los aseos, un pequeño vestuario, un almacén y la cocina, en la que únicamente trabajaba ella, y fue víctima de una conducta mantenida en el tiempo para que accediese a las pretensiones del demandado de carácter sexual; no mediante insinuaciones más o menos veladas, sino mediante requerimientos directos y expresos a pesar de las reiteradas manifestaciones en contra de ella.

Es cierto que la trabajadora nunca mostró un enfado manifiesto, expresiones terminantes de dar por concluida la conversación, o dejar la zona de trabajo para subir a la planta superior donde se encontraban los camareros, pero ello no excluye la situación de acoso sexual.

Los comentarios excedían de lo que puede ser una broma basada en una relación de confianza, pues debe valorarse que se daban en el contexto de una relación de superioridad empresario-trabajador, y de una situación de dependencia de económica, porque el marido de la trabajadora estaba sin trabajo y tenían tres hijas, por lo que era de todo necesario mantener el trabajo.

Las manifestaciones eran del todo inadecuadas, improcedentes y fuera de lugar, además de ofensivas y atentatorias contra la dignidad de la trabajadora, especialmente en una relación de superioridad por jerarquía empresarial, estando plenamente justificado que la trabajadora decidiese extinguir la relación laboral por grave incumplimiento empresarial.

Y aunque no se haya acreditado que la baja por "trastorno adaptativo agudo", debido a "crisis de ansiedad en relación con problema en el trabajo. Refiere "malos modos continuos desde hace tiempo", - según consta en la asistencia médica-, unos días antes de tomar su decisión extintiva, haya sido debida a la situación vivida, si es un fuerte indicio de la intensidad de la conducta del demandado.

En cuanto a la indemnización, la Sala eleva de 20.000 a 60.000 euros por el extenso tiempo que duró la conducta, por su significación y por la intensidad de las manifestaciones vertidas, sobre todo porque, aunque el demandado insiste en que siempre fue una broma basada en la confianza y que la trabajadora nunca se opuso a ello frontalmente, ello fue por la relación de superioridad y por su situación de necesidad económica.

TSJ Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 2479/2022, 29 Nov. Rec. 2216/2022.

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

La empresa puede plantear la caducidad del despido en suplicación, aunque no lo hiciera en la instancia.

Esta circunstancia puede apreciarse de oficio y debe estimarse si se prueba el exceso en el transcurso del plazo. No es una cuestión nueva y, por tanto, no se basa en el principio de justicia rogada.

Si un determinado tema puede ser examinado por los Tribunales, de oficio, con respecto a él no rige este principio de justicia rogada, al contrario, se está ante una excepción al mismo y por ello, falta el fundamento esencial para poder apreciar la existencia de cuestión nueva.

Por ello los magistrados han declarado la caducidad de la acción de despido porque, pese a que no se alegara en la instancia, doctrina del Supremo admite la posibilidad de su alegación en sede de suplicación al no considerar que se trate de una "cuestión nueva" precisamente por ser una excepción apreciable de oficio, y sin que con ello se vulnere el principio de justicia rogada.

Y no cabe duda de que la caducidad de la acción es apreciable de oficio, aun sin haber sido alegada de contrario, siempre que en los autos se acrediten, con claridad y certeza, los hechos a partir de los cuales se pueda deducir que la demanda ha sido presentada fuera del plazo marcado legalmente.

Existe un determinado tipo de materias respecto a las que no es aplicable el principio de justicia rogada, las cuales constituyen verdaderas excepciones al mismo, pues el Juez o Tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes.

Se trata de lo que se conocen como materias de derecho necesario que afectan de forma especialmente relevante al orden público del proceso, y que obliga al Juez o Tribunal a velar específicamente por la observancia y cumplimiento de este, siendo una de ellas el instituto de la caducidad de la acción.

Además, apunta la sentencia que, tratándose de una excepción apreciable de oficio, la carga de alegación y prueba por la parte actora de cuantas circunstancias hayan podido suspender el plazo de caducidad no depende en absoluto de que la empresa haya alegado la caducidad, sino que es exigible desde el preciso momento en que se constate que entre el despido y la presentación de la demanda impugnándolo han transcurrido más de 20 días hábiles.

Pues bien, en el caso, la demanda se presentó al trigésimo sexto día hábil (o trigésimo quinto si se descuenta el día en que se intentó la conciliación, que en cualquier caso se celebró cuando la acción ya había caducado), por lo que la acción de despido estaba fatalmente caducada al presentarse la demanda judicial.

La Sala incluso va más allá y destaca que la caducidad de la acción era evidente, porque aunque no se supiera la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, sí se sabe cuándo se intentó y, legalmente, el plazo de caducidad solo quedó suspendido el día de presentación de la papeleta y los quince siguientes, en total dieciséis días (o diecisiete si también se excluyera del cómputo el día de intento de conciliación), por lo que, si entre el despido y la presentación de la demanda transcurrieron 53 días hábiles, con el descuento de 17 días seguiría siendo evidente que la demanda se ha presentado vencido con creces el plazo del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores.

TSJ Canarias. Sala de lo Social. Sentencia 742/2022, de 18 noviembre. Rec. nº 402/2022.

11. JUZGADO DE LO SOCIAL DE MADRID

La naturaleza del vínculo que une a los trabajadores del servicio de mensajería de Amazon es laboral

Contrato de trabajo y trabajo por cuenta propia. Procedimiento de oficio. Repartidores de Amazon. Aplicación Amazon Flex. Colaboradores independientes. Acta de liquidación levantada por falta de alta en el Régimen General y falta de cotización. App propiedad de la empresa que organiza la actividad, determinando las zonas geográficas y las franjas horarias de reparto, efectuando la planificación e incentivando la conexión en determinados horarios y zonas geográficas. Dicha App evalúa asimismo el trabajo de los repartidores, el cual es personalísimo.

Conforme a lo expuesto, en el presente caso, es la empresa la que asume la competencia para adoptar la totalidad de decisiones del servicio, fijando sus condiciones de ejecución y retribución, y las circunstancias de día, hora y tiempo invertido en la ejecución; es la empresa la que fija el precio del servicio prestado y quien elabora y emite los modelos de facturación; es la que asume el riesgo, pues si uno o varios paquetes no se pueden entregar, el paquete retorna a su centro y lo vuelve a incluir en un nuevo bloque sin que ello afecte a la retribución del colaborador; concurre la ajenidad de los frutos por cuanto es la referida empresa quien se apropia de un modo directo del resultado de la prestación de trabajo, que redundará en su beneficio; concurre la ajenidad en los medios, comparando la importancia económica de la infraestructura creada por la empresa y la propia App y los medios proporcionados por el colaborador (su teléfono, y el vehículo o bicicleta en el que hiciera el transporte).

De este modo, se trata de una empresa que desarrolla no sólo la actividad de logística y operador del transporte, sino que presta el servicio de recadería y mensajería, fijando las condiciones de dicho servicio que presta a otra empresa del Grupo (la que se encarga de la venta), permitiendo que esos productos lleguen al comprador; la empresa es la titular de los activos esenciales para realizar esa actividad sirviéndose de repartidores que carecen de organización empresarial propia y autónoma, y que prestan su servicio insertados en la organización del servicio de aquella, sometidos a la dirección y organización de la App, quedando sometidos a valoraciones de la calidad y fiabilidad, es decir, al control de la empresa a través de los mecanismos instaurados por la App, careciendo el repartidor de capacidad para organizar su prestación del trabajo, quedando en todo caso sometido a los criterios organizativos de la empresa.

Concurren, en definitiva, los elementos de dependencia y ajenidad, que determinan calificar las relaciones jurídicas analizadas y a las que se refiere el acta de liquidación, como relaciones laborales comunes, lo que supone estimar la demanda de oficio declarando que las personas reflejadas en el listado mantuvieron una relación laboral en los períodos que abarca el acta de liquidación.

Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid. Sentencia nº 31/2023, de 2 de febrero de 2023.

12. JUZGADO DE LO SOCIAL DE BARCELONA.

Primera condena -que tengamos conocimiento- con perspectiva de género: traslado forzoso del director de un restaurante que acosaba sexualmente a su empleada. Actuación continuada absolutamente execrable por parte del citado director con pasividad e inacción por parte de la empresa.

El juez condena con perspectiva de género e impone una indemnización solidaria al acosador y a la empresa por falta de vigilancia e infracción del deber de seguridad. Además, como el restaurante tiene otros centros de trabajo, se ordena el traslado con el fin de evitar cualquier discriminación a la denunciante.

En una muy ejemplarizante sentencia, diríamos que incluso punitiva de “aviso a navegantes” en este muy delicado y grave ámbito, se condena a la empresa por infracción de su deber de vigilancia y su deber de seguridad al no detectar el acoso sexual que venía sufriendo la trabajadora, y declara su responsabilidad directa aun cuando no participó en los hechos y con independencia de la reacción que adopte la empresa frente al autor de los hechos. Aunque la mercantil desconozca los hechos debe declararse su responsabilidad, porque el empresario está obligado a proteger a sus trabajadores de cualquier conducta constitutiva de acoso sexual en el marco de la relación laboral, adoptando medidas preventivas y cuando se ha producido la conducta, repararla.

De hecho, en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa ninguna medida de prevención o detección existe contra el acoso discriminatorio.

La trabajadora, camarera en un restaurante, sufrió acoso sexual por parte del director del restaurante, su superior jerárquico, que quería mantener a toda costa una relación sexual con ella y como se negaba, tocó sus partes íntimas en varias ocasiones. En este sentido el juzgador expresa que en el ámbito laboral basta un solo comportamiento, sin ser necesario reiteración, para que se considere acoso sexual.

Y juzgando con perspectiva de género, falla la sentencia que la empleada sufrió también acoso por razón de sexo. El director se dirigía a ella de forma despectiva por ser etíope, haciendo comentarios acerca de su cabello y llamándola “*negrita*”, pero lo más relevante es que tras un momento tenso en el que ella tiró unos cubiertos al suelo, el superior la sancionó poniéndola “*de cara a la pared*” a la vista de clientes y demás trabajadores durante más de 20 minutos. Ante estos hechos, el Juzgado no duda a la hora de calificarlos como acoso por razón de sexo, una discriminación directa a la trabajadora por el hecho de ser mujer que atenta a su dignidad y la humilla.

Considera el Juzgado que tenerla de cara a la pared expuesta a las miradas de sus compañeros de trabajo y de los clientes, supone una actitud que no puede permitirse pues perpetua el papel de mujer sumisa que no puede contradecir, ni siquiera con un pequeño y puntual ruido, lo que le ordena un hombre, al que no se puede desobedecer.

En otra ocasión, la prohibió comer hasta las 7 de la tarde por sufrir un retraso en la entrada, cuando la costumbre es que si alguien se retrasa en la entrada en lugar de tener una hora para comer, tome algo rápido en 10/15 minutos.

Si un trabajador no obedece una orden hay un sistema de sanciones previstos tanto en el Convenio Colectivo como en el ET para solucionarlo o evitarlo, pero lo que no puede aceptarse es que un superior jerárquico “*castigue*” a una empleada porque “*sea rebelde con él*”, tal y como manifiesto en la vista el director condenado. Éste tenía a su cargo 22 trabajadores, hombres y mujeres y a ninguno de ellos lo ha sometido a dicha sanción ni lo ha tenido sin comer hasta las 7 de la tarde. Tampoco ningún otro jefe ha empleado estos métodos, totalmente incalificables y discriminatorios.

Los reiterados comentarios acerca de su físico fueron también totalmente inapropiados en el ámbito laboral, o el no facilitarle el cambio de horario como se ha hecho con otras personas. Los hechos padecidos por la trabajadora se integran en la perspectiva de género a los efectos de la impartición de justicia cuando en la controversia se aprecian relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, y aun cuando las partes no lo hayan solicitado expresamente.

Además de ordenar el cese de la conducta y de indemnizar a la trabajadora con 10.000 € por el daño moral sufrido (que deben pagar conjuntamente el acosador y la empresa), el Juzgado ordena a trasladar al director a otro centro de trabajo para evitar cualquier tipo de discriminación de la trabajadora.

Juzgado de lo Social nº 12 Barcelona, Sentencia 463/2022, 23 Dic. Rec. 844/2022

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: Raül Sala Cuberta
Email: rsala@ortega-condomines.com*