



CIRCULAR LABORAL 22/2023

3 de mayo de 2023

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: MAYO 2023.

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exigir a un sindicato la retractación de un comunicado crítico con la gestión vulnera la libertad de expresión inherente a la libertad sindical.

El emisor de la exigencia de retractación tenía atribuidas las funciones de organización, dirección y la potestad sancionadora de los trabajadores, lo que sin duda tuvo un importante calado tanto en el sindicato como en los trabajadores.

Para el Tribunal Constitucional, el mero anuncio del hecho de causar un perjuicio que supone la privación del disfrute del uso de la vivienda del faro de Mazarrón al conjunto de los trabajadores, condicionándolo a la retractación del comunicado emitido por el sindicato Comisiones Obreras en el legítimo ejercicio de sus facultades de representación y reivindicación, -se trataba de manifestaciones críticas efectuadas por el sindicato en relación a la gestión de la Autoridad Portuaria de Cartagena-, supone por sí solo una vulneración de su derecho a la libertad de expresión, inherente y no escindible al derecho fundamental de libertad sindical.

Analiza la sentencia como se produjeron los hechos y afirma que la represalia anunciada a los trabajadores, en la medida en que pudo percibirse por los receptores del mensaje como un perjuicio real y verosímil, constituye una injerencia en los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la libertad de expresión porque tiene la entidad suficiente para cercenarlos.

Se hizo llegar al Sindicato un mensaje que encerraba una exigencia directa de retractación en las manifestaciones críticas con la gestión de la Autoridad Portuaria de Cartagena, y para dotar a esta exigencia de una mayor intensidad, el presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena anunció, también de forma directa, la causación de un perjuicio a los trabajadores; además, y de manera indirecta, el mensaje pudo ser interpretado como un intento de control futuro o una limitación de potenciales críticas por parte de los sindicatos.

Para el TC, esta actuación del presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena fue disuasoria e impeditiva de la efectividad promocional del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la libertad sindical porque el emisor del comunicado es el Presidente de la Autoridad Portuaria y como tal, tiene atribuidas, entre otras, las funciones de organización, dirección y control de Puertos del Estado y sus servicios y también tiene atribuida la potestad sancionadora de los trabajadores, lo que sin duda tuvo un importante calado tanto en el sindicato como en los trabajadores.

Destaca la sentencia que la difusión del mensaje se realizó a toda la plantilla de trabajadores, por escrito y por los canales ordinarios de comunicación, mediante la utilización del correo corporativo de la empresa, con lo que se dotó al mensaje de publicidad y repercusión con un implícito efecto de presión al sindicato.

Además, el comunicado de la Autoridad Portuaria se mantuvo en el tiempo, puesto que el segundo comunicado remitido desde el departamento de recursos humanos de la empresa, que informaba de la puesta a disposición de la vivienda fue enviado a los trabajadores, transcurridos prácticamente dos meses desde el comunicado inicial, y este segundo comunicado, solo fue enviado tras la presentación de la demanda judicial por parte de la organización sindical pero sin contener una rectificación formal del comunicado inicial del presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena, sino una mera puesta en conocimiento de los empleados de la habilitación para el uso de la vivienda del faro de Mazarrón.

Añade el TC que aunque el comunicado no llegó a tener consecuencias prácticas para los trabajadores ni con carácter general para el sindicato, no debe confundirse el derecho de los trabajadores a disfrutar de la vivienda del faro con el derecho a la libertad sindical, y que la continuidad en la actividad sindical por parte de CCOO no es óbice para apreciar la vulneración de los derechos afectados; la postura del sindicato, consistente en no retractarse y continuar con su actividad sindical, amparada en sus derechos constitucionales, únicamente refleja la falta de acatamiento de la exigencia del presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena.

El derecho a la libertad de expresión del que son titulares los sindicatos no es el genérico derecho del que son titulares todos los ciudadanos, sino el derecho a la libertad de expresión sobre materias de interés laboral o sindical como instrumento del ejercicio de la función representativa sindical, -recuerda la Sala-

No obstante estimar el amparo solicitado, en cuanto a la decisión adoptada por el Juzgado de lo Social en cuanto a la fijación de una indemnización por los daños ocasionados a la imagen del sindicato ante los trabajadores del Puerto, derivados de la lesión de los derechos fundamentales, se acuerda retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la sentencia que ahora se anula.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 22/2023 de 27 de marzo. Rec. nº 6005/2021.

2. TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo recuerda que los puestos de trabajo temporales no son adecuados para el reingreso de los excedentes voluntarios cuya relación laboral es de carácter fijo o indefinido.

Cuando el ET establece en su art. 46.5 ET que el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, apunta a una simetría o, cuanto menos, equivalencia, entre la plaza ocupada por el trabajador antes de su excedencia y la que pudiese estar vacante para atender su derecho de reingreso preferente. Esto es, si la relación laboral del trabajador excedente es de naturaleza indefinida, también debe ostentar ese mismo carácter la plaza vacante que se quiere hacer valer para el reingreso.

El equilibrio de las prestaciones propio de los negocios jurídicos onerosos comporta que en la materia de que tratamos sea defendible una paridad derecho/deber, que se traduce -en la actualización del derecho al reingreso- en que el trabajador excedente solo puede exigir como plaza vacante aquella que por fuerza habría de aceptar si le fuese ofertada y que a la vez el empresario necesariamente hubiera de ofrecerle (desde el momento en que el empleado solicite temporáneamente su reincorporación, claro está). Lo que a todas luces resulta impredicable en el supuesto de autos, de contrato temporal para obra y jornada reducida, inofertable a excedente con contrato de duración indefinida y jornada a tiempo completo. Lo contrario iría en contra de la dinámica del contrato de trabajo, ya que su posible cambio de naturaleza -de indefinido a temporal- e incluso en la prestación (de jornada completa a tiempo parcial) comportaría una novación que -como todo negocio jurídico- hubiera requerido el consentimiento bilateral, sin que ninguna de las partes pueda imponérsela a la otra.

Si se interpretara el artículo 46.5 del ET en el sentido de que por plaza vacante debería considerarse también las de carácter temporal, las consecuencias jurídicas derivadas del rechazo del trabajador podrían valorarse como una dimisión y consecuente extinción de la relación laboral por su voluntad unilateral. Distinto sería si el propio convenio colectivo contemplara esa situación y estableciera las reglas que debieran regir en la materia, regulando los posibles derechos y obligaciones de las partes en orden a la cobertura de puestos de trabajo temporales y el reingreso del excedente. Podría incluso admitirse un posible pacto individual entre la empresa y el trabajador.

Pero en defecto de previsión convencional y ante la ausencia de cualquier acuerdo individual, no hay previsión legal que imponga a la empresa la obligación de ofrecer al excedente el reintegro en una plaza temporal, por lo que no concurre causa de ilicitud alguna que justifique la condena al pago de los salarios en tal periodo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 25 de enero de 2023. Rec. nº 4756/2019.

3. TRIBUNAL SUPREMO

El Alto Tribunal reitera que, en caso de contratos temporales fraudulentos, la antigüedad computa desde el primer día de la relación.

El debate litigioso del presente caso radica en determinar cuál es la antigüedad de la trabajadora en una compañía. Los hechos relevantes son los siguientes:

- La trabajadora suscribió 60 contratos eventuales con la empresa durante el periodo temporal desde el 2 de octubre de 1999 al 21 de marzo de 2016.
- En todos ellos consta que tienen como objeto *“atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas...”*, sin especificar un objeto concreto.
- Estas relaciones laborales tuvieron duraciones variables, con soluciones de continuidad en los términos que constan en el hecho probado segundo.
- Desde el 15 de julio de 2016 hasta la actualidad ha prestado servicios como trabajadora fija a tiempo completo.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife 1316/2019, de 20 diciembre (Rec. nº 448/2019) argumenta que la trabajadora formalizó múltiples contratos temporales eventuales en los que no se identificó, ni se ha probado, la concurrencia de las causas que justificaran la contratación temporal.

Sostiene la sentencia que no es necesaria la exigencia de una secuencia temporal regular en todos y cada uno de los contratos, pues el convenio no lo requiere, de manera que no puede excluirse la modalidad contractual de fijo discontinuo por el hecho de que la secuencia no sea regular, por lo que revoca la sentencia desestimatoria de instancia y declara el derecho de la trabajadora a que se le reconozca su condición de trabajadora indefinida con antigüedad a todos los efectos en la empresa desde el 1 de octubre de 1999.

El TS recuerda que hay reiterada jurisprudencia en la materia (TS 1007/2020, de 17 noviembre (rcud 40/2019) y 1027/2020, de 25 noviembre (rcud 777/2019), en las que se citan las sentencias del TS 158/2016, de 24 de febrero (rcud 2493/2014); 636/2016, de 7 julio (rcud 615/2015); y 783/2016, de 28 septiembre (rcud 3936/2014).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial, establecida respecto de trabajadores de la misma empresa que habían suscrito contratos temporales similares a los enjuiciados en esta litis, obliga a concluir que, antes de suscribir el último contrato de trabajo, en virtud del cual el actor ha prestado servicios sin solución de continuidad desde el 13 de enero de 2011, ese trabajador tuvo la condición de trabajador fijo discontinuo porque no se identificaron en los sucesivos contratos, ni se acreditaron las circunstancias que justificaban la suscripción de contratos temporales. La doctrina jurisprudencial sostiene que la posible exigencia de regularidad temporal no debe predicarse de todos y cada uno de los contratos, sin que la extravagancia de alguno de ellos deba comportar la exclusión de la modalidad contractual atribuible a toda la larga cadena de contratos en beneficio de quien negocia fraudulentamente y en perjuicio de quien es defraudado en sus derechos laborales.

En este litigio existió una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad. La extravagancia de algunos de dichos contratos no excluye la naturaleza fija discontinua de la relación del trabajador hasta que suscribió el contrato fijo continuo en fecha 15 de julio de 2016. Por ello, la antigüedad del accionante debe computarse desde la suscripción del primer contrato temporal.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 14 de marzo de 2023.

4. TRIBUNAL SUPREMO

Premio por permanencia de 25 años en la empresa reconocido en acuerdo colectivo no estatutario. Una vez finalizada la duración del mismo no genera contractualización ni condición más beneficiosa para los trabajadores.

Los pactos de eficacia limitada no se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral, al no estar incluidos en el artículo 3.1 del ET, lo que comporta una serie de consecuencias derivadas de trascendencia jurídica, entre otras, el que por su contenido de carácter exclusivamente obligacional no gozan del efecto de ultraactividad propio de las cláusulas normativas de los convenios colectivos estatutarios ex artículo 86.2 y 3 del ET, dejando de surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración.

En el caso analizado, la finalización de la vigencia del pacto extraestatutario existente sobre el plus salarial denominado "*bodas de plata*", establecido con una vigencia concreta conforme al cual todos los trabajadores de la empresa que cumplan 25 años de antigüedad en la misma tendrán derecho a percibir una paga compuesta de sueldo base, antigüedad y plus de convenio como premio de permanencia, en un pago único y por una sola vez, no ha generado una condición más beneficiosa que trascienda de la vigencia del pacto.

Ese beneficio no debe entenderse incorporado a los contratos de trabajo individuales y es inexigible una vez finalizada su vigencia, por lo que la decisión empresarial de actuar en concordancia con esa pérdida de virtualidad no supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el artículo 41 del ET.

En definitiva, nos encontramos ante un derecho, en trance de adquisición, que no ha quedado incorporado al contrato, por lo que no resulta exigible.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 29 de marzo de 2023. Rec. núm. 2576/2019.

5. TRIBUNAL SUPREMO

Cálculo de los salarios de tramitación a cargo del Estado cuando el despedido ha trabajado durante ese periodo por un sueldo inferior.

Si la sentencia se ha dictado más de 90 días hábiles desde que se interpuso la demanda y en ese periodo el despedido ha encontrado otro empleo, aunque con un salario menor, el Estado debe abonar la diferencia entre lo percibido en el otro empleo y los salarios de tramitación fijados en sentencia en el mismo periodo.

Como punto de partida se ha de decir que el derecho del empresario a reclamar al Estado el reintegro de los salarios de tramitación cuando resulte responsable por la demora en la declaración de improcedencia del despido, se traslada al trabajador en los casos de insolvencia empresarial como sucede en este asunto en que es el trabajador despedido el que los reclama.

En la medida en que los salarios de tramitación tienen naturaleza reparadora de la falta de ingresos del trabajador durante la tramitación del proceso judicial, resuelve el Supremo que cuando durante este tiempo el despedido trabaja para otra empresa, debe valorarse si ha habido perjuicio económico o no. Porque si ha percibido un salario igual o superior al que percibía antes, no habrá resarcimiento. Pero puede haber un resarcimiento parcial si durante ese tiempo ha cobrado menos que lo dictaminado en sentencia. Es decir, su derecho a los salarios de tramitación no desaparece por completo por el hecho de haber estado trabajando con remuneración, sino que persiste en la diferencia entre lo que hubiera percibido según lo establecido en la sentencia de despido y lo que realmente percibió en el otro empleo durante el período temporal al que se contrae la responsabilidad del Estado.

Dicho de otro modo, un trabajador cuyo despido fue declarado improcedente y la sentencia condenó a la empresa al pago de salarios de tramitación, sí tiene derecho a percibir del Estado los salarios que exceden de los 90 días desde que se interpuso la demanda y ha recaído sentencia, aunque durante ese tiempo haya estado trabajando en otro empleo, siempre y cuando el salario percibido fuese menor que lo que le correspondía en la primera empresa.

Abunda en esta tesis que el art. 118.2 LRJS circunscribe el objeto del proceso en la determinación de la cuantía a satisfacer por la Administración, y por su parte, el artículo 56 ET concreta que lo debido por tal concepto es una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Para la Sala, la expresión "los salarios pagados al trabajador" debe entenderse como limitativa de la responsabilidad del Estado que sólo alcanza al abono de los salarios de trámite pagados por el empresario para resarcir al trabajador de los daños causados por la superación de los plazos de trámite previstos en la Ley, pero no respecto a aquellos períodos que coincidan con el tiempo trabajado y retribuido por otras empresas.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 187/2023 de 14 de marzo. Rec. nº 141/2020

6. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo reitera que es nulo el despido colectivo en el que, tras el periodo de consultas concluido sin acuerdo, la empresa no comunica su decisión final a la comisión ad hoc del artículo 41 del ET.

La comunicación de la decisión final de despido colectivo por el empresario a la RLT, exigida por el artículo 51.2 del ET, se erige en presupuesto constitutivo de la extinción, de modo que si no hay comunicación no hay despido.

Se trata de un auténtico presupuesto para la validez del procedimiento, de un requisito esencial. La comunicación es lógicamente posterior a la finalización del periodo de consultas y en ella el empresario pone en conocimiento de la RLT la decisión final adoptada y sus condiciones (que se actualizan respecto de las ofrecidas, en su caso, y debatidas en el periodo de consultas).

La finalidad de la comunicación de la decisión final empresarial a los representantes de los trabajadores es distinta de la que tiene la comunicación de dicha decisión a la autoridad laboral, por lo que esta última comunicación no hace innecesaria la primera. La comunicación por el empresario de su decisión final a la RLT no solo constituye el presupuesto de la decisión extintiva sino que también es presupuesto constitutivo para el ejercicio de otras acciones, a las que dota de seguridad jurídica, empezando porque solo tras la comunicación de aquella decisión final el empresario puede notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados y solo tras aquella comunicación empieza el cómputo del plazo para impugnar el despido por parte de los sujetos colectivos legitimados.

En definitiva, la omisión de la exigencia de comunicar a la RLT la decisión de despido colectivo no es un mero incumplimiento de un deber informativo, sino un requisito esencial para la efectividad primero del despido colectivo, después de los despidos individuales, dotando a la regulación procesal del despido colectivo, en cuanto al ejercicio de dichas acciones, tanto para los trabajadores como para la empresa, de la necesaria e imprescindible seguridad jurídica, al tiempo que facilita el control judicial de las mismas. El hecho de que el periodo de consultas se haya llevado a cabo con la comisión prevista en el artículo 41.4 del ET no exime al empresario de comunicarle la decisión final, pues ambas finalidades se cumplen por igual cuando se ha negociado con la RLT y cuando se ha negociado con la comisión del artículo 41.4 del ET, que está legitimada activamente para impugnar judicialmente el despido colectivo, por lo que el empleador no está exento de cumplir ese requisito. La consecuencia de que el empresario incumpla su obligación de comunicar la decisión final es la nulidad del despido colectivo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 15 de febrero de 2023. Rec. nº 224/2022.

7. TRIBUNAL SUPREMO

Extinción del contrato al amparo del art. 50 ET (impagos de salario reiterados): es preceptivo para la viabilidad de la acción que la relación laboral se mantenga viva durante todo el procedimiento sin posibilidad de que el trabajador “se vaya” a otra empresa.

Como es sabido, en caso de impago o retraso continuado en el pago del salario, el trabajador puede solicitar la extinción indemnizada del contrato vía art. 50.1 b) ET. Ahora bien, mientras se tramita el procedimiento la relación laboral tiene que continuar «viva» y hay que seguir yendo al trabajo (salvo excepciones). Por tanto, si el trabajador comunica su baja voluntaria y se marcha a trabajar a otra empresa, no cabe accionar la vía del art. 50 del ET.

Específicamente en el presente caso que resuelve el Alto Tribunal, una empresa adeudaba a un empleado las nóminas de los meses de enero a mayo de 2018 por importe cada una de ellas de 4.166,66-euros, más 500 euros/mes del bonus y junio (15 días) de 2018 por importe de 2.083,00 euros, más 250 euros de bonus y 6.280 euros en concepto de diferencia salarial del salario garantizado correspondiente a 2017.

En junio de 2018 el trabajador causó baja voluntaria en la empresa demandada y posteriormente instó reclamación de extinción indemnizada del contrato por la vía del art. 50 ET.

La cuestión a resolver por el Supremo es la de decidir si puede estimarse la demanda de extinción de la relación laboral formulada por el trabajador al amparo del art. 50 ET, como consecuencia del impago de salarios, cuando el contrato de trabajo ya se encontraba extinguido a la fecha del juicio oral por baja voluntaria del trabajador en la empresa.

La sentencia del Juzgado de lo Social acoge la demanda en lo que se refiere a la reclamación de salarios adeudados por la empresa, pero rechaza la acción extintiva, porque la relación laboral no estaba vigente a la fecha de la sentencia al haber sido previamente extinguida por decisión del propio trabajador.

El TS desestima el recurso del trabajador. Se indica que, aunque en los dos supuestos en comparación concurre el hecho de que los trabajadores cesan voluntariamente para pasar a prestar servicios por cuenta de otra empresa antes de la fecha de la sentencia, esa es en realidad la única coincidencia, siendo sustancialmente muy diferentes todas las demás circunstancias a considerar a tal efecto en orden a valorar la verdadera y real gravedad de los perjuicios a tener en cuenta.

Deja claro el TS que desde luego no es irrelevante el hecho de que la profesión de la trabajadora en la sentencia de contraste fuese la de camarera y en la recurrida la de director de operaciones, por la mayor facilidad de colocación y búsqueda de un nuevo empleo de la que objetivamente dispone en este caso el demandante, en otra importante diferencia que no podemos dejar de destacar la posibilidad que la ley procesal concede de activar una medida cautelar como mecanismo para evitar o mitigar la gravedad de las consecuencias derivadas de la continuidad de la relación laboral en este tipo de situaciones, obliga a valorar en sus justos términos esa decisión del trabajador de dar por extinguida la relación laboral sin esperar al dictado de la sentencia constitutiva que pueda declararlo.

Como bien dice en este extremo la sentencia recurrida, el demandante no es que comunicase a su empleadora que dejaba de prestar servicios efectivos ante los incumplimientos contractuales denunciados y sin que ello comportará causar baja voluntaria al servicio de la misma, sino que extinguió de manera definitiva la relación laboral para incorporarse a otra nueva empresa.

Por todas estas razones, debemos apreciar la existencia de una causa de inadmisión que, en este trámite procesal, se convierte en causa de desestimación. Se desestima el recurso interpuesto por el trabajador.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 22 de marzo de 2023.

8. TRIBUNAL SUPREMO

Los convenios colectivos que en materia de jubilación parcial remiten de manera genérica a la normativa legal para su concesión no generan un derecho perfecto que sea exigible frente al empleador.

Es requisito constitutivo para acceder a la jubilación parcial, a tenor con lo dispuesto en el artículo 215.2 de la LGSS, en relación con el artículo 12.6 y 7 del ET, que la empresa lo convenga así con el trabajador y formalice, a continuación, un contrato de relevo.

Ahora bien, la empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo si no conviene a sus intereses, como tampoco puede imponer esa fórmula de renovación de su plantilla. Cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente, sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo) no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes del contrato de trabajo.

Es preciso, por tanto, que la regulación convencional sea inequívoca, lo que ocurre cuando el acuerdo no solo habla del derecho del trabajador a jubilarse parcialmente y continuar prestando servicios a tiempo parcial, sino que añade que el empleador queda obligado a aceptar la propuesta que se le realice.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 29 de marzo de 2023. Rec. nº. 2322/2020.

9. TRIBUNAL SUPREMO

El Supremo acoge la tesis subjetiva para todas las pensiones de incapacidad permanente.

No hay razones que justifiquen que el reconocimiento de la pensión de gran invalidez por deficiencia visual deba tener un tratamiento jurídico distinto que el resto de las pensiones de incapacidad permanente, sino que se debe aplicar la tesis subjetiva a todas ellas.

Tras haberse pronunciado en la misma fecha el Supremo declarando que a efectos de Gran Invalidez no basta la sola presencia de una enfermedad sino que es necesario un análisis individualizado de las circunstancias específicas que pongan de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprende los actos más esenciales de la vida, se precisa la asistencia de una persona, y aclarando que ante una misma dolencia, no todos los sujetos que la presentan se desenvuelvan de igual forma en este ámbito personal, dicta ahora sentencia en la que mantiene esta nueva tesis subjetiva pero desestima el recurso de casación al apreciar que no existe la contradicción exigida como requisito de admisión.

Explica que, en la medida en que el reconocimiento de la pensión de gran invalidez depende de las circunstancias concretas del solicitante de la pensión, no es suficiente con que la pérdida de la agudeza visual o la disminución del campo visual sean semejantes en ambas resoluciones.

En cuanto al fondo, reitera lo dicho en la sentencia 199/2023, dictada en el recurso 3980/2019 en cuanto a que, para la GI, una enfermedad, -como en el caso la ceguera-, no puede ser objetivada sin atender a la situación real del sujeto.

Y trasladada esta doctrina al supuesto particular que ahora se resuelve, indica la Sala que en el caso, no hay razones que justifiquen que el reconocimiento de la pensión de gran invalidez por deficiencia visual deba tener un tratamiento jurídico distinto que el resto de pensiones de incapacidad permanente, sino que se debe aplicar la tesis subjetiva a todas las pensiones de incapacidad permanente de modo que el reconocimiento de la pensión dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo valorar de forma individual las concretas patologías y limitaciones anatómicas o funcionales de cada sujeto.

La doctrina jurisprudencial que acogió la tesis objetiva en materia de discapacidad visual, si bien ha proporcionado seguridad jurídica, puede conducir a que se deniegue la pensión de gran invalidez en supuestos en los que el solicitante necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida y al revés, -añade la sentencia-

La agudeza visual y la disminución del campo visual del solicitante de la pensión deben tenerse en cuenta de cara al reconocimiento de la gran invalidez, pero también exige que se acredite si el solicitante de la pensión, por sus condiciones personales, efectivamente puede realizar los actos más esenciales de la vida sin ayuda de terceros, lo que deberá determinarse en cada caso concreto.

Al igual que en la referida sentencia 199/2023, en el actual caso, se trata de una vendedora de cupones con antecedentes de retinosis pigmentaria, linfedema, miopatía difusa grado medio y neuropatía sensitiva leve en probable relación con tratamiento quimioterápico, con una agudeza visual bilateral de 0,1, y el TSJ deniega la IG argumentando que la agudeza visual no es inferior a 0,1 por lo que no es tributaria de la pensión de gran invalidez.

El Supremo rechaza el recurso por falta de contradicción, pero al mismo tiempo aprovecha para rectificar su doctrina en cuanto a la evolución a una teoría subjetiva de valoración de la incapacidad atendiendo a las particulares capacidades del sujeto en cuanto a su autonomía personal, frente a la tesis objetiva que se basaba únicamente en el padecimiento de una determinada enfermedad.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 200/2023, de 16 de marzo. Rec. Nº 1766/2020.

10. AUDIENCIA NACIONAL

Registro retributivo: ¿qué datos deben constar? Concretamente las medias y las medianas de los distintos conceptos salariales de cada puesto de trabajo, aun cuando sean ocupados por una sola persona o por un grupo del mismo sexo.

La práctica empresarial que se denuncia en la que se mutilan datos respecto de determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo o por ser identificable la retribución que se percibe, conculca la legislación vigente, pues priva tanto al registro como a la auditoría retributiva de elementos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia salarial.

La Audiencia viene a recordar que el hecho de que un puesto de trabajo esté únicamente ocupado por personas de un sexo, no implica que no existan otros cuyos cometidos puedan ser considerados de igual valor que puedan ser ocupados por personas de ambos sexos o solo de otro, y que el concepto de trabajo de igual valor no es concepto que deba determinar unilateralmente la empresa, ni un tercero, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado y, por ende, susceptible de ser objeto de consideración tanto por la parte social, como por la empresa, y en último caso objeto de determinación en sede judicial.

En cualquier caso, el cumplimiento de la obligación que se reclama no conculca la normativa nacional y europea en materia de protección de datos por el hecho de que solo exista una persona en un puesto de trabajo determinado y, por esta circunstancia, resulte sencillo para el receptor de los datos, identificar la retribución que percibe esa persona en concreto. No hay que olvidar que la comunicación de los datos relativos a la identidad y a la retribución de una persona física implica el tratamiento de datos de carácter personal, y que el tratamiento de los mismos puede ser lícito, aun cuando no medie consentimiento del interesado cuando el mismo sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño o sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.

En el supuesto de autos, la obligación legal no es otra que la que se deriva del artículo 28.2 del ET, que impone al empresario la obligación de llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Existiendo una finalidad legítima cual es garantizar la aplicación en el seno de la empresa del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y evitar que se produzca cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, debe decaer el derecho individual del titular de los datos, estando obligada la RLT a guardar sigilo respecto de los datos proporcionados.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 23 de febrero de 2023. Rec. nº 23/2023.

11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Se condena a un sindicato a pagar un total de 375.000€ por vulnerar el derecho de huelga de los abogados de su propio gabinete jurídico.

Se estima por parte del TSJ la existencia de una vulneración del derecho de huelga por parte del sindicato CCOO y la correspondiente indemnización por daños morales a favor de las personas integrantes de los servicios jurídicos, abogados y graduados sociales de su gabinete jurídico.

Se declaró probado en el procedimiento que el sindicato conminaba y exigía a sus trabajadores (abogados y graduados sociales) que retornaran a sus puestos de trabajo en base al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de los afiliados, de tal forma que acudieran a los señalamientos o solicitaran la suspensión de los procedimientos.

En el Orden Social se dilucida en exclusiva la vulneración de derechos fundamentales en el marco de las relaciones de trabajo. A este respecto la Sala estima la nulidad radical del citado requerimiento remitido unilateralmente por el sindicato a sus empleados. Entiende la Sala que dicho requerimiento vulnera el derecho de huelga al ser considerado una orden empresarial para la reanudación del trabajo y no una mera indicación de servicios mínimos que, por lo demás, no puede la empresa fijar unilateralmente.

La totalidad de los asuntos jurídicos, por hipótesis, están sometidos a señalamientos y plazos, de modo que dudosamente cabe postergar asunto alguno y atender solo a los sometidos al transcurso del tiempo. De todo ello se ha de concluir que, en lo relativo a las obligaciones derivadas de la prestación laboral en relación con los encargos de servicios concernidos, dada su trascendente finalidad, en la que entran en juego derechos de terceros, como alegó la demandada, los trabajadores demandantes se vieron conminados a asumir tareas que, en ejercicio legítimo de su derecho de huelga pudieran, cuando menos, no haber sido realizadas en todo o en parte, siendo precisamente dicha no realización el modo en que se ejerce legalmente el derecho de huelga. Las vulneraciones aducidas del derecho de libertad sindical, dignidad e integridad moral no pueden ser deslindadas del derecho de huelga, sino que devienen ínsitas e inescindibles de la vulneración del derecho de huelga denunciado con carácter principal.

Por lo que respecta a la indemnización por daños morales. Dado que se trata de una vulneración del derecho de huelga (una por cada uno de los trabajadores afectados) y que debe resarcirse íntegramente todo el daño, se ha de indemnizar a cada uno de los sujetos pasivos del derecho lesionado, resultando útil, como parámetro orientativo adecuado, el de la infracción muy grave del artículo 8 de la LISOS, teniendo en cuenta las quince vulneraciones del derecho de huelga que se han producido. La conducta del sindicato tiene un matiz agravante, al afectar al derecho de huelga de trabajadores con funciones estratégicas, mediando la fijación de unos servicios -no mínimos- y una actuación contumaz de dejar vaciado de contenido el ejercicio del derecho. De tal manera, para que los perjuicios sean indemnizados no solo proporcionada sino disuasoriamente, habida cuenta de la particular naturaleza jurídica de la empresa demandada, se establece la cuantía de 25.000€ para cada uno de los trabajadores a cargo del sindicato. Importe total equivalente a 375.000€.

STSJ de Galicia. Sala de lo Social. Sentencia de 27 de marzo de 2023. Rec. núm. 7/2023.

12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

La inexistencia de registro de jornada de tipo alguno presume acreditada la jornada completa y no parcial.

Fueron el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto , y la posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, las normas que introdujeron la obligación de registro horario en el trabajo a tiempo parcial, modificando el art. 12 ET al disponer que la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias. Este precepto obliga también al empresario a conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un periodo mínimo de cuatro años y establece expresamente que, en caso de incumplimiento de las obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

Y es precisamente aplicando esta última presunción, como el Juzgado de instancia resuelve y ahora la Sala confirma, que es la empresa quien, en defecto de registro de jornada, debe acreditar la jornada parcial, prueba que no se cumple solo porque la trabajadora realizase teletrabajo o porque su horario de trabajo fuera flexible.

Ante la ausencia de registros horarios, la jornada de trabajo se presume realizada completa.

Explica la sentencia que el juego de la carga probatoria impide considerar que quien trabaja a tiempo parcial sea quien debe probar que la jornada tiene carácter completo ante el incumplimiento empresarial de la obligación de registro, porque la norma dispone precisamente lo contrario.

E igual regla de presunción se aplica a quienes teletrabajan o lo hacen en horario flexible. El empresario no puede excluir de la aplicación de dicha presunción legal a una categoría de trabajadores, cuando la norma no lo hace, con lo cual la prueba en contrario debe ser individualizada para cada caso concreto.

Por todo ello se confirma la condena a la empresa a abonar a la trabajadora demandante la cantidad reclamada por diferencias salariales porque en defecto de registro de jornada - obligación que es a cargo de la empresa-, se presume, salvo prueba en contrario, la prestación de servicios a jornada completa.

TSJ Galicia. Sala de lo Social. Sentencia nº 651/2023, de 6 de febrero de 2023. Rec. nº 1560/2022.

13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Intercambiar correos electrónicos con otra empresa durante una baja, por una oferta de trabajo, no supone deslealtad.

El trabajador a los cinco meses de estar de baja fue despedido por transgredir la buena fe contractual y por abuso de la confianza al desarrollar actividades incompatibles con su situación de incapacidad temporal, suponiendo para su empresa competencia desleal.

No obstante, para la Sala, escribir una oferta de trabajo y hablar sobre un proyecto laboral durante una baja no es, en absoluto, motivo de despido. En el fallo de la sentencia que comentamos el TSJ su fallo razona que el empleado no prestó ningún servicio a otra empresa, y por lo tanto, el mero hecho de estudiar una oferta de empleo por correo no supone una deslealtad con sus actuales jefes merecedora de la máxima sanción del ámbito laboral.

El Tribunal viene a indicar que cualquier persona, incluidos los trabajadores que se encuentran de baja temporal, está en su derecho de estudiar qué posibilidades de mejora laboral tiene en su entorno. Solo sería posible despedir a un empleado por realizar actividades incompatibles durante la baja médica en dos situaciones. La primera, cuando realice actividades incompatibles con su situación de baja porque demuestren que ya está curado; y la segunda, cuando la actividad perjudique su proceso de curación. Pero ninguna de las dos se da en el presente supuesto. De forma que participar en un grupo de correos no supone una actividad laboral. Sus labores en la oficina explican los jueces, no se reducen a enviar emails. Participar en una conversación, sobre un proyecto laboral, no perjudica su diagnóstico de agorafobia, que consiste en el miedo a determinados espacios. Enviar correos es compatible con esta condición.

Por otro lado, tampoco se aprecia competencia desleal. En la presentación del “power point” que se envió por correo únicamente aparecía como director comercial de un proyecto hotelero que podía, o no, materializarse.

En palabras textuales de la sentencia, *“puede que a la empresa le contrariara que, justamente durante la IT, el trabajador aprovechara para explorar su salida de la empresa con colocación en otro establecimiento hotelero, pero no hay en ello acto de competencia desleal sino mera prospección de alternativas laborales futuras”*.

TSJ de Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 1098/2023 de 16 de febrero de 2023. Rec. nº 4894/2022.

14. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Gestación subrogada y prestación de paternidad: el dies a quo para el cómputo de plazos es la firmeza de la sentencia de filiación.

Nacido el menor en Ucrania por gestación subrogada y denegada la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular de Kiev lo que llevó a la empleadora a rechazar el permiso de paternidad, el padre el menor inicia el proceso de filiación que finalizó mediante sentencia que adquiere firmeza en fecha no acreditada pero conforme a la cual se expiden exhortos para la inscripción registral de la filiación declarada.

A efectos del permiso de paternidad, el nacimiento del menor no sirve como causa de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad pues en el caso, solo la resolución judicial que declaró la filiación, con la consiguiente inscripción en el Registro Civil, permitió el reconocimiento con eficacia jurídica de vínculo paternofilial y, por ello, el disfrute de los derechos inherentes a tal condición.

El TSJ resuelve por analogía una situación no prevista en la norma pero asimilable a la adopción y tal y como se regula en el art. 48.5 del ET, y sitúa el cómputo de las semanas de disfrute del permiso "*inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento*", - en el caso, la sentencia firme que declaró la filiación-, tesis acorde con las previsiones del art. 2.2 del RD 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que equipara a la adopción y al acogimiento preadoptivo, otras instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los mismos y cualquiera que sea su denominación.

Esta asimilación ha sido reconocida por el propio Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 16.11.2016, R.cud. 3146/2014, al admitir la aplicación analógica de la normativa a los casos de gestación subrogada en función del superior interés al cuidado y protección del menor, al entenderse que, en este tipo de casos, el subsidio no atiende a la recuperación de la madre gestante tras el parto sino, principalmente, a la integración del recién nacido en la familia que lo recibe.

Por ello, solo desde la constancia de la firmeza de la sentencia sobre filiación es cuando la entidad gestora debía hacer valer el dies a quo para el cómputo del plazo de efectos económicos de la prestación y que debe situarse en la fecha del libramiento de un testimonio al padre y la expedición de exhortos al Registro Civil Central y al Registro Civil de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev y partiendo de esta fecha la solicitud debe entenderse formulada en plazo y reconocerse la prestación.

TSJ Castilla y León, Sala de lo Social, Sentencia 95/2023, 9 Feb. Rec. 698/2022.

15. JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 DE VIGO

Niegan el teletrabajo total a la madre porque el padre puede recoger a su hijo en el colegio.

La obligación de cuidar a los hijos incumbe a ambos progenitores y el padre es autónomo de un pequeño comercio que cierra a la hora de la comida y puede quedarse con el menor hasta que llegue la madre.

Es sabido que el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral no es absoluto y en el caso, el Juzgado vigués analiza las particularidades del núcleo familiar de la trabajadora y rechaza su solicitud de teletrabajo el 100% de su jornada.

El artículo 34.8 del ET si bien reconoce el derecho a adaptaciones de la jornada en pro del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, también indica que las adaptaciones deben ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso, la trabajadora es teleoperadora y solicita el teletrabajo total después de que fuera asignada a una campaña en la que, por su casuística, debía ser presencial. No obstante, se le indicó que podría pasar a teletrabajo a medio/largo plazo una vez desempeñara su trabajo de forma autónoma y con datos productivos, ofreciéndole mientras tanto teletrabajar un día a la semana a su elección.

Valorando tanto las necesidades de la trabajadora, - que tiene dos hijos de 2 y 8 años y alega problemas para ir a recoger a uno de ellos al colegio y que se quedaría solo en casa-, como las de la empresa, el Juzgado expone que es obligación de ambos progenitores la de cuidar a los hijos y la pareja de la trabajadora tiene un negocio en el que ejerce como zapatero autónomo, con un local cuya apertura al público se presupone de 9:30 a 13:30 y de 15:30 a 19:30, o bien con media hora de retraso como ocurre con prácticamente todos los negocios que no tienen jornada continua (pequeños comerciantes), por lo que con este horario el padre puede ir a recoger al hijo al colegio y quedarse con él hasta las 15:30 horas en que llegaría la madre.

Aunque la trabajadora alega que el padre en ocasiones tiene compromisos laborales, visto el tipo de negocio que regenta no parece que tales compromisos sean habituales, sino más bien ocasionales, y dado que la empresa ofreció a la trabajadora teletrabajar un día a la semana, podría aprovechar ese día para dar cobertura a las necesidades ocasionales de su pareja y atender compromisos fuera del horario habitual de apertura del negocio, sin que el Juzgado considere necesario teletrabajar al 100%.

Por el contrario, es totalmente lógico que la trabajadora acuda presencialmente al trabajo en la nueva campaña porque es normal que en los primeros días precise ayuda de sus compañeros más experimentados o de los coordinadores, y no podría recibirla si está en casa.

Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo. Sentencia nº 80/2023 de 2 de marzo. Autos nº 44/2023

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