



CIRCULAR LABORAL 29/2023

3 julio de 2023

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: JULIO 2023.**

---

### **1. TRIBUNAL SUPREMO**

#### **A vueltas con la utilización de informes de detectives en procedimientos disciplinarios: límites a esa medida y posible vulneración del derecho a la intimidad del trabajador.**

La presente sentencia estudia el caso de un trabajador en situación de incapacidad temporal (por cervicalgia). El mismo desarrolla actividades particulares incompatibles con sus dolencias. La clave es determinar la validez, o no, como prueba del informe de detective privado que incluye fotografías del trabajador en el jardín de su domicilio donde queda constancia de la realización de labores de esfuerzo (albañilería, recogida de escombros, realización de un cercado de metal, pintado de un tejado, preparación de la tierra para un huerto y otras análogas).

Si bien el Alto Tribunal, recordando su consolidada doctrina al efecto, estima como válida la utilización de detectives privados en este tipo de actuaciones cuando la empresa tiene indicios de actuaciones irregulares por parte del trabajador, viene a indicar que esta posibilidad no es ilimitada y debe guardar determinadas garantías. A este respecto el artículo 48 de la Ley 5/2014 concibe el domicilio como un ámbito inmune a las labores de investigación de los detectives privados con vistas a la obtención y aportación de pruebas.

También lo son "*otros lugares reservados*" que el precepto no define específicamente. Parece razonable deducir que también el jardín del domicilio del trabajador es un lugar en el que solo puede entrarse con el consentimiento de este, titular del domicilio, o, salvo supuestos de flagrante delito, mediante resolución judicial - artículo 18.2 CE -. En efecto, se trata de un ámbito

en el que se ejerce la vida íntima, personal y familiar y que puede permanecer ajeno a las intromisiones de terceros en contra de la voluntad de su titular. Es un espacio en el que este también tiene una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor que en el espacio edificado distinto del jardín.

Y, de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto, el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados - artículos 48.1 a) y 48.3 de la Ley 5/2014 -, que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita del consentimiento de su titular. Por lo demás, no consta que, en el presente supuesto, el jardín del trabajador fuera visible para cualquiera que pudiera pasar por su proximidad, ni que no hubiera muros, setos o vallas de cualquier naturaleza que dificultaran la visibilidad desde el exterior.

Se confirma la sentencia dictada en suplicación que declaró la improcedencia del despido al considerar que el informe del detective vulneraba el derecho a la intimidad.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 25 de mayo de 2023. Rec. nº 2339/2022.**

## **2. TRIBUNAL SUPREMO**

**Excedencia por cuidado de hijo. Solicitud de reingreso una vez transcurrido el primer año y antes de precluir el plazo máximo de 3. El derecho es incondicional y no está determinado por la existencia de vacantes.**

La excedencia por cuidado de hijo garantiza un derecho incondicionado a la reincorporación en el mismo puesto de trabajo durante su primer año de duración, mientras que durante los dos siguientes garantiza en todo caso el derecho de reingreso en la empresa en cualquier puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, con independencia de que pudieren o no existir vacantes en ese momento.

Existe pues siempre reserva del puesto de trabajo, siendo incondicionado el reingreso en los dos casos. Hasta el punto de que los efectos jurídicos de la excedencia por cuidado de hijos son en realidad los propios de la excedencia forzosa, por más que el art. 46 del ET no la incluya específicamente dentro de esa modalidad.

La eventual negativa de la empresa al reingreso solo puede calificarse como despido cuando efectivamente suponga una manifestación de voluntad de dar por extinguida definitivamente la relación laboral (si el empresario se niega rotunda e incondicionadamente al reingreso), pero no en los casos en los que la respuesta a la petición del trabajador sea únicamente la de negar el

derecho al reingreso sin cuestionar la vigencia y el mantenimiento de la relación laboral (si el empresario pospone la reincorporación demorándola injustificadamente). De lo que se deriva que el procedimiento judicial oportuno debe ajustarse a la naturaleza jurídica de esa actuación empresarial, mediante el ejercicio de la acción de despido en el primer caso, y a través de la acción declarativa del derecho al reingreso en el segundo.

En el supuesto analizado, aunque es contraria a derecho la actuación de la empresa que rechaza esa solicitud por no existir ninguna vacante adecuada para el reingreso, cuando estaba legalmente obligada a reincorporar necesariamente al trabajador en un puesto de trabajo en esos términos, esa respuesta no comporta en modo alguno dar por extinguida definitivamente la relación laboral y no supone por ende un despido. No existe pues motivo para desestimar la demanda si la acción correctamente articulada en la misma es la de ejercitar el derecho al reingreso, que no la de despido.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 26 de abril de 2023. Rec. nº 292/2020.**

### **3. TRIBUNAL SUPREMO (PLENO)**

**Subrogación convencional en el contrato de jubilado parcial. El cese del relevista en la empleadora originaria sin que ninguna de las dos empresas contrate uno nuevo las hace responsables solidarias en el pago/devolución de la prestación.**

En la subrogación convencional la nueva empleadora conoce perfectamente la naturaleza jurídica y circunstancias concretas de cada uno de los contratos de trabajo en los que se subroga, asume el deber de garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones laborales y de seguridad social que forman parte del cúmulo de deberes indisolublemente aparejadas a esos contratos, y debe prevenir las consecuencias jurídicas que se derivan de la subrogación en la relación laboral de los jubilados parciales que pasan a integrarse en su plantilla.

La subrogación en la relación laboral del jubilado parcial conlleva el sometimiento de la nueva empleadora a la totalidad del régimen jurídico que regula esa figura, los beneficios y ventajas asociados a la naturaleza de ese tipo de contrato, pero también de las obligaciones vinculadas a tan singular modalidad contractual, entre ellas, las que impone la disposición adicional segunda del RD 1131/2002. Por ello, cuando el contrato del relevista se extingue sin que su empresa lo hubiere sustituido, la empleadora del jubilado parcial no queda exenta del cumplimiento de la obligación que impone dicha disposición adicional, la de contratar a un nuevo relevista hasta la fecha de jubilación definitiva del relevado.

Es verdad que puede enfrentarse a ciertas dificultades prácticas para conocer el hecho de que la empleadora del relevista pudiere haber extinguido su contrato. Pero en modo alguno se trata de una circunstancia extraña, imprevisible, insólita o anómala en el contexto de la subrogación en el contrato del trabajador jubilado parcial, hasta el punto de que la exima de cualquier responsabilidad. No hay que olvidar que las peculiaridades asociadas a ese tipo de contratos de trabajo son de sobra conocidas por las empresas que operan en aquellos sectores en los que los convenios colectivos imponen la subrogación empresarial por asunción de contratos. En defecto de esas posibles reglas convencionales, nada impide que la empresa que se subroga en el contrato del jubilado parcial requiera esa clase de información a la empleadora del relevista, ante la frecuente eventualidad de que en el futuro extinga su contrato de trabajo, lo que parece, sin duda, una cautela elemental en el diligente actuar de cualquier empresa que se subroga en el contrato de un jubilado parcial y conoce perfectamente la obligación de que exista un contrato de relevo hasta la fecha de acceso definitivo a la jubilación.

La falta de previsión no puede eximir de la responsabilidad que a tal efecto impone la tan citada disposición adicional segunda del RD 1131/2002. No obstante es preciso añadir que si la relación laboral del relevista es indisociable de la del jubilado parcial hasta el momento en el que esta última finaliza, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la de extender solidariamente esa misma responsabilidad a la empresa del relevista que se ha venido beneficiando de su contratación y que da por extinguida la relación laboral sin respetar la normativa legal que justifica tan peculiar causa de contratación en la propia existencia de la relación laboral del relevado.

De la misma forma que la empresa que se subroga en el contrato del jubilado parcial queda vinculada por la eventual extinción del contrato del relevista, la empleadora de este último sigue igualmente vinculada por el régimen jurídico que regula y sirve de fundamento a esa peculiar modalidad de contratación, por lo que, de extinguirlo sin sustitución antes de la fecha en la que el jubilado parcial accede a la jubilación total, debe asumir solidariamente las responsabilidades derivadas de ese incumplimiento previstas en aquella disposición adicional segunda del RD 1131/2002, en tanto que su actuación supone asimismo el incumplimiento de aquellos objetivos de mantenimiento del empleo sin merma de los ingresos de seguridad social que justifican la propia existencia de ese tipo de contrato de trabajo. La responsabilidad de ambas empresas aparece de esta forma como indivisible y de imposible individualización, lo que da lugar a una situación jurídica de solidaridad impropia, la cual surge cuando no es posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 19 de abril de 2023. Rec. nº 414/2020.**

#### 4. TRIBUNAL SUPREMO

##### **Cabe el despido por ineptitud sobrevenida tras la subrogación en una concesión administrativa.**

La empresa demandada es adjudicataria de la concesión administrativa para la prestación del servicio público de gestión integral de centros de acogida temporal a familias con menores y/o mujeres solas y migrantes en situación de vulnerabilidad o emergencia social, del que es titular el Ayuntamiento de Madrid, y en tal condición sustituyó a la anterior concesionaria, subrogándose en la relación laboral de todos los trabajadores.

Al tiempo de la subrogación la empresa saliente no facilitó a la entrante la titulación de los empleados, sino tan solo el listado y sus nóminas, lo que motivó que, una vez operada la subrogación, la mercantil comprueba que el trabajador demandante, - Gobernante/Técnico de integración social-, no está en posesión de la titulación profesional de técnico de integración social, auxiliar de servicios sociales o similar, exigida para desempeñar esas funciones. Intentó mantenerlo en su puesto de trabajo y por ello elevó consulta al Ayuntamiento y desde el consistorio le informaron de la imposibilidad de mantener al trabajador en el desempeño de esas específicas tareas por falta de titulación, pese a tener una experiencia de cinco años en el puesto.

Esta falta de titulación es para el Supremo causa de ineptitud sobrevenida motivadora de un despido objetivo, aunque el trabajador viniera desarrollando desde hace cinco años sus funciones con total normalidad, porque no puede prevalecer la experiencia profesional como prueba de que reúne las capacidades y conocimientos profesionales necesarios para el desempeño del puesto de trabajo, frente a la validez y eficacia de la exigencia legal de titulación.

Puntualiza la Sala que no se trata de que el trabajador haya sufrido una disminución de su capacidad laboral que le haga perder la aptitud para el desempeño del puesto de trabajo, sino de que ahora rige una exigencia de una titulación profesional de la que carece, desconocida por la empresa y que anteriormente era inexistente.

Por ello, partiendo de esta matización, consideran los magistrados que la nueva concesionaria sí cumplió fielmente con la obligación de subrogación que le imponía el convenio colectivo, integrando en su plantilla a los trabajadores, pero con la particularidad de que puede despedir válidamente al que no reúne la titulación exigida por la concesión.

No existe el menor indicio de fraude en la actuación empresarial, sino al contrario, pues ya hemos dicho que la nueva empleadora intentó por todos los medios conseguir del Ayuntamiento la autorización para mantener al trabajador en su puesto de trabajo pese a no disponer de la

titulación exigida para su desempeño, invocando precisamente su constatada experiencia profesional adquirida en los cinco años de ejercicio de la actividad, pero no fue aceptado por la Administración al no admitir que la trayectoria profesional pueda suplir la carencia del título, por lo que el despido objetivo ha sido procedente.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 306/2023, de 25 de abril. Rec. nº 1931/2022.**

## 5. TRIBUNAL SUPREMO

**La incomparecencia de la empresa al juicio no determina la improcedencia del despido si está acreditado su cierre.**

Al Juez y al FOGASA les constan acreditados el cese de la actividad, así como la disolución y la liquidación empresarial, por lo que no tiene sentido declarar la improcedencia del despido por el solo hecho de no comparecer al llamamiento judicial.

En este asunto, el contrato fue extinguido por la empresa al amparo del artículo 49.1 ET, por cese de la actividad, disolución y liquidación, y en la carta ya mencionaba que la Junta General de Socios había acordado por unanimidad el cese de la actividad. Además, hacía referencia a los efectos que había causado la crisis sanitaria derivada del Covid-19 y el cierre de las actividades que son propias de la empresa durante más de la mitad de tres meses del curso escolar, así como la indeterminación de la situación para la apertura del próximo año escolar, circunstancias todas ellas que hacían inviable la continuidad empresarial.

La trabajadora fue incluida en un expediente de regulación de empleo y, después, interpuso demanda judicial contra el despido. Ahora la Sala de lo Social del Tribunal Supremo declara que la incomparecencia de la empresa al acto del juicio no necesariamente tiene como efecto la declaración de improcedencia, porque es posible que pese a la incomparecencia pueda quedar probada la justificación de la extinción del contrato de trabajo.

El FOGASA intervino en el acto del juicio, manifestando que la empresa se encontraba cerrada y que no era posible la readmisión por carecer de actividad alguna.

Ante estas circunstancias, la extinción de la personalidad jurídica del contratante está expresamente prevista como causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 49.1 g) ET, y es una causa extintiva autónoma, con la particularidad de que la remisión que el artículo 49.1 g) ET hace al artículo 51 ET lo es al procedimiento, no a la causa (pues, insistimos, la causa del artículo 49.1 g) ET es autónoma respecto de las del artículo 51 ET).

Los efectos de la incomparecencia de la empresa deben analizarse caso por caso y en este específico asunto se concluye que la incomparecencia empresarial no debe necesariamente llevar a los tribunales a declarar la improcedencia de la extinción contractual ya que se tiene la convicción de que concurrían las causas alegadas por la empresa en el momento del despido y también subsistían en el momento del juicio: cese de la actividad, disolución y liquidación de la empresa.



**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 366/2023, de 18 de mayo. Rec. nº 2154/2022.**

## **6. TRIBUNAL SUPREMO**

**Despidos colectivos y sus umbrales: ¿cómo se deben computar si nos referimos a una empresa o a un grupo de empresas laboral? Los denominados “*elementos homogéneos*.”**

Por lo que respecta a los umbrales previstos en el art. 51 ET en relación con el número de trabajadores que computan a la hora de tener que realizar un ERE, han de tomarse elementos homogéneos en relación con la plantilla y el número de extinciones a computar, ya sea de la empresa o ya del grupo laboral de empresas. Lo que no procede es “mezclar”. Es decir, o se toma en consideración la empresa en la que prestan servicio los trabajadores despedidos o se toma como referencia el grupo de empresas.

Ello lo establece el Alto Tribunal en una sentencia en la que revoca parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de declarar la improcedencia de la extinción del contrato por causas objetivas y deja sin efecto la nulidad de la medida extintiva declarada previamente por los órganos jurisdiccionales inferiores.

Y esto es así puesto que, en el caso concreto enjuiciado, ni tomando como referencia la empresa ni haciéndolo con el grupo de empresa se superan los umbrales que obligan a recurrir al despido colectivo.

Más concretamente, lo que se venía a discutir en el presente caso – casación para la unificación de doctrina – se centraba en determinar si la extinción del contrato de la parte actora, por la vía del art. 52 c) del ET, debió articularse por la vía del despido colectivo, al haberse superado los umbrales del art. 51 ET.

El empleado que impugnó su despido objetivo solicitó la nulidad de la medida al entender que la empresa incumplió su obligación de realizar un despido colectivo (ERE). Concretamente partía de un número total de trabajadores en la empresa a fecha del despido de 283. En el período de los 90 días previos al despido objeto del juicio la empresa había ejecutado otras 29 extinciones.

En primera instancia, se estima parcialmente la demanda interpuesta por el trabajador y se declara la nulidad del despido y posteriormente el TSJ ratifica la sentencia del Juzgado de lo Social. Recurre la empresa ante el TS invocando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sede de Málaga), de 9 de junio de 2005, Recurso 848/2005.

El Alto Tribunal estima parcialmente el recurso de la empresa, al revocar la nulidad de la medida y declarar su improcedencia, entendiendo que en el presente caso simplemente se está ante una mera operación aritmética que debe realizarse partiendo de conceptos o unidades equivalentes u homogéneas, como ha resuelto la sentencia de contraste, y no como los que ha aplicado la sentencia recurrida.

Por lo tanto, aunque se parte, pues no se cuestiona, de la existencia de un grupo de empresas laboral el TS establece cómo se debe proceder a estos efectos:

1. Si se toma como criterio base para los cálculos la empresa:
  - a. Si la empresa del demandante a la que afectan las causas invocadas como objetivas, tenía a la fecha del despido una plantilla de 283 trabajadores, no superior a 300, las extinciones que en ella se operaron en los 90 días anteriores al despido, como términos de referencia a los que han acudido las partes y las sentencias de instancia y suplicación, fueron 20, de las que la sentencia recurrida, y aquí no se ha cuestionado, redujo como computables a 17, evidencia que no se superó el 10% que exige el art. 51.1 b) del ET.
  
2. Si se toma como criterio base para los cálculos el grupo de empresas:
  - a. El resultado sería el mismo de tomarse como referencia el conjunto de empresas o el grupo laboral, porque en ese caso habría que tomar como datos la plantillas de las dos entidades mercantiles y las extinciones operadas en todas ellas, por lo que tendríamos lo siguiente: la plantilla conjunta supera los 300 trabajadores (283 + 196); en cuanto a las extinciones operadas, según la sentencia recurrida eran *“... 31 extinciones le restamos las dos que acabamos de reseñar en cuanto que se trata de finalización de contratos de trabajo temporales, resulta un total computable de 29 extinciones”*.

Ahora bien, los contratos temporales que excluyó no son dos sino que, según la revisión fáctica que admitió la sala, eran tres, de forma que las extinciones de las empresas que eran computables son un total de 28 (17 en la empresa del demandante y 11 en la codemandada); todo ello pone de manifiesto que si se acude al grupo laboral de empresa tampoco se superaría el número de 30 que fija el art. 51.1 c) del ET.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 30 de mayo de 2023.**

## **7. TRIBUNAL SUPREMO**

**Todas las secciones sindicales deben formar parte de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de empresa siempre que su número, por excesivo, no lo impida.**

Se entiende vulnerada la libertad sindical del sindicato USO al impedir su presencia en la comisión negociadora, pese a disponer de implantación en los órganos de representación, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:



- La LOLS reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria el derecho a negociar convenios colectivos, en los términos previstos legalmente;
- El Estatuto de los Trabajadores permite que negocien convenios de empresa (o ámbito inferior) "las secciones sindicales si las hubiere", condicionándolo a que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. En la división empresarial de Repsol Química ha quedado acreditado que existen varias secciones sindicales con audiencia electoral, que la USO es una de ellas, y que entre todas poseen la mayoría de cuantas personas han sido elegidas por la plantilla;
- El legislador ha prescrito que *"todo sindicato [...] que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora"* y que el reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados en proporción a su representatividad. Siendo la USO sindicato legitimado y estando en juego su derecho fundamental a la acción sindical la restricción que comporta el que no acceda a la comisión negociadora habría de estar especialmente justificada (por ejemplo, por la existencia de un número excesivo de sindicatos legitimados); a pesar de que en el pasado esta Sala ha legitimado una situación como la presente (en base a la libertad para fijar el número de integrantes de la comisión y aplicación pura de la proporcionalidad), sin embargo, a la vista de los argumentos ahora desplegados y del enfoque asumido por el recurrente, entendemos que esa doctrina debe ceder ante la ya adelantada: no existiendo fuerte obstáculo para ello, hay que combinar esas dos premisas de modo que se posibilite el ejercicio del derecho a negociar a todo sujeto colectivo a quien se lo haya reconocido el legislador;
- El papel del Tribunal no es el de indicar cómo deben realizarse las operaciones de proporcionalidad (o no) o de establecer el número de personas que integran cada representación (que puede ser dispar). Hemos de limitarnos a comprobar si se ha incumplido alguna exigencia inderogable y a exigir que se restablezca, con la mínima intrusión posible pues ya hemos visto que caben múltiples formulas en esta materia (incluso la atribución de puestos en número idéntico, dado que el voto de cada sección está ponderado);
- La doctrina constitucional admite que una sección legitimada para intervenir en la negociación quede sin representación cuando ello pueda ser impracticable por las limitaciones numéricas. En nuestro caso, puesto que no existe un número de secciones sindicales legitimadas para negociar que convierta en especialmente disfuncional la presencia de todas en la comisión negociadora y la USO es una de ellas, la estimación del recurso resulta obligada. Esa misma jurisprudencia rechaza que la sección o secciones con mayoría de la representación unitaria puedan excluir válidamente a las restantes. Tal es, justamente, lo que aquí acaece. Considera la Sala que se ha vulnerado la libertad sindical

de USO al impedirle formar parte de la Comisión negociadora del XV Convenio Colectivo de Repsol Química pese a contar con presencia en los órganos de representación unitaria. No existe una especial dificultad por el número de secciones sindicales y su presencia tampoco obstruye o restringe el derecho de las restantes secciones, dado que ha de ponderarse el voto de todas ellas. Se reconoce una indemnización por daños morales de 626€.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 12 de abril de 2023. Rec. nº 4/2021.**

## **8. TRIBUNAL SUPREMO**

### **El correo electrónico tiene naturaleza jurídica de prueba documental a efectos de revisión de los hechos probados en suplicación**

El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación).

Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo.

En consecuencia, debe atribuirse la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos, lo que no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique, si ha sido autenticado, en su caso y si goza de litemo suficiencia.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 9 de mayo de 2023. Rec. nº 1222/2020.**

## **9. AUDIENCIA NACIONAL**

### **Convenio Colectivo de Marcas de Restauración Moderna (CCEMRM): reconocimiento de un nuevo subsector dentro de la rama de Hostelería o como la negociación colectiva “es móvil.”**

Los sindicatos autonómicos actuantes contra los firmantes del convenio sectorial de referencia venían a alegar una pretendida infracción de la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, falta de objetividad en la delimitación de su ámbito funcional y ejercicio antisocial y fraudulento de la negociación colectiva, al entender que se intentaba soslayar la reforma del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores que eliminó la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa en materia de salarios, fijando unas retribuciones inferiores a las marcadas en los convenios colectivos preexistentes.

A este respecto, la definición del ámbito funcional que realiza dicho convenio no puede desvincularse del V Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería (V ALEH), dado que se ha incluido en el mismo la actividad definida como cadenas de restauración moderna, actividad ésta que no se encontraba recogida en el predecesor IV ALEH. Asimismo, dado su carácter de Acuerdo Marco, refuerza su papel de convenio de estructura del sector previendo la eventual apertura de nuevos ámbitos subsectoriales estatales, adecuados y articulados según el ALEH. Teniendo esto presente, se señala por la Sala que no es cierto que en la delimitación del ámbito funcional el CCEMRM carezca de los necesarios elementos objetivos para su determinación. Por el contrario, advierte que la denominación de la norma convencional pudiera infundir a confusión: Convenio colectivo sectorial de Marcas de Restauración Moderna.

No es sin embargo el concepto jurídico de marca sobre el que pivota la definición de su ámbito funcional, sino que constituye un elemento adicional que permite, junto con otros aspectos claramente objetivos y concluyentes, fijar el ámbito de aplicación de la norma. En concreto: son empresas o grupos de empresas, en el sentido expresado en el artículo 42 del Código de Comercio; han de prestar servicios de restauración, ofreciendo productos singulares de comidas y bebidas, consumidos preferentemente en los propios establecimientos, realizados con modernos sistemas y técnicas de producción y explotación; deben contar con idéntica imagen de marca y producto; deben estar presentes en al menos cuatro Comunidades Autónomas y emplear al menos a mil trabajadores.

Por lo que respecta a la alegada por los demandantes concurrencia con la actividad regulada por los convenios colectivos sectoriales de Hostelería vigentes, la Sala de la Audiencia viene a desestimar dicha alegación por cuanto el propio ALEH faculta la posibilidad de negociar a través de convenios colectivos subsectoriales estatales específicos. Asimismo, de los 52 convenios colectivos sectoriales existentes, únicamente 13 permanecían en vigor a la fecha de aprobación del CCEMRM, 18 habían perdido ya vigencia y únicamente consta acreditado que se incluyen las cadenas de restauración moderna dentro de su ámbito funcional en los convenios de Hostelería de Madrid, Palencia y Huelva. En estos supuestos de concurrencia, de ámbito sectorial más genérico y territorial inferior al estatal, se aplicarán en los citados territorios el CCEMRM al finalizar la vigencia expresa de los mismos.

En relación a la pretendida existencia de un posible fraude de ley ante la fijación de condiciones salariales perjudiciales en relación con las previstas en los CC sectoriales de ámbito inferior, ello se deniega por el Tribunal al no quedar acreditado que dicha imposición desventajosa de condiciones salariales para los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación sea extensiva a todos los convenios sectoriales vigentes, con independencia de los dos concretos casos presentados ante la Sala, correspondientes a los CC sectoriales de A Coruña y Vizcaya. A ello se suma la inclusión en su articulado de una garantía *ad personam* para aquellas condiciones que venían siendo aplicadas con anterioridad a los trabajadores y que resulten más beneficiosas que las instauradas por la nueva norma convencional, respetándose la cuantía global de los conceptos retributivos que se venían percibiendo, alejando así la intención de los negociadores del objetivo fraudulento que se afirma.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 60/2023, de 18 de mayo. Rec. nº 69/2023.**

## **10. AUDIENCIA NACIONAL.**

**Fuerza mayor. Solicitud de suspensión de contratos por sufrir la empresa un ciberataque. No puede denegarse por la Autoridad Laboral bajo el pretexto de que no se trata de un acontecimiento imprevisible e inevitable.**

Evidentemente los ataques informáticos no pueden ser considerados acontecimientos imprevisibles, pues su existencia está a la orden del día, pero el artículo 1105 del CC no aprecia la fuerza mayor en la concurrencia de imprevisión e inevitabilidad, sino que la califica como la consistente en aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

Por tanto, lo que debe analizarse es si el previsible ataque informático resultaba inevitable. La evitabilidad o inevitabilidad de un suceso, al igual que acontece con los accidentes de trabajo, no impone la consecución necesaria de un resultado, en este caso que el ataque informático sea siempre neutralizado (como tampoco la legislación impone la obligación de que no se produzca un accidente laboral), sino que se hayan adoptado todas las medidas preventivas disponibles para su neutralización. Y en el presente caso la prueba practicada es demostrativa de que la empresa contaba con toda una serie de medios para atajar estos ataques, en lo racionalmente posible y conforme a los conocimientos técnicos normalizados. Así, a nivel organizativo, cuenta con un entramado de políticas, normas y procedimientos de seguridad que establecen las pautas para actuar de forma segura en torno a la información. Existen, asimismo, controles que regulan la seguridad en la operativa diaria sobre los sistemas de información, que comprenden la asignación nominativa de usuarios con exigencia de contraseñas complejas para su login; revisión periódica de los permisos y privilegios de los usuarios, con énfasis en aquellos usuarios administradores; segmentación de redes destinadas a servicios diferenciados; gestión de conexiones remotas seguras; programa antivirus actualizado (Kaspersky) en todos los equipos, gestionado de forma centralizada; realización periódica de copias de seguridad y almacenamiento en lugares seguros.

En este contexto, no se aprecia una conducta defectuosa en sus obligaciones preventivas en materia de seguridad informática, por lo que debemos concluir que pese a las adecuadas medidas que se adoptaron por la compañía el ataque tuvo lugar. Ataque que resultó ser de la suficiente sofisticación, al punto de no haberse podido aún acreditar pese a los informes técnicos y del UCO cuál fue el mecanismo de entrada del virus en la intranet de la empresa.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 67/2023 de 26 de mayo de 2023. Rec. nº 14/2022.**

## 11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **A vueltas con el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT: ¿es necesaria siempre audiencia previa al trabajador en procedimientos de despido? El debate está servido.**

Empiezan a dictarse las primeras sentencias que contradicen el criterio establecido por la Sala de lo Social del TSJ de Baleares en relación a este asunto en su sentencia del pasado 13 de febrero de 2023.

En el presente caso de Autos las conclusiones a las que se llega por parte de la Sala Social del TSJ de Madrid son de un interés innegable porque considera que la ausencia del trámite de audiencia no conlleva necesariamente la improcedencia, pero, sin embargo, no le resta valor o consecuencia jurídico-económica, realizando una nueva ponderación a los requisitos impuestos desde la normativa internacional.

Concretamente la Sala viene a indicar que la omisión del trámite de defensa del trabajador en el procedimiento previo de despido, en aplicación del artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, es decir, conceder la posibilidad de que plantee alegaciones antes de que la empresa tome su decisión final al respecto, no es un requisito a cuyo incumplimiento la Ley española anude la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando se trate de una exigencia formal impuesta directamente en un convenio colectivo.

Por lo tanto, si el despido es declarado procedente y no se ha dado al interesado esa audiencia previa, salvo en los casos indicados en el párrafo anterior, no procede mutar tal declaración a aquella de improcedencia por defectos formales en la comunicación.

Únicamente esa omisión tendría efectos en el caso de que finalmente el despido sea declarado improcedente al no haberse acreditado por parte de la Empresa los hechos alegados para justificar la medida extintiva. Concretamente, esa omisión de la audiencia previa por el empresario, cuando sea contraria al artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, constituye el incumplimiento de una obligación y por tanto es de aplicación el artículo 1101 del Código Civil que viene a indicar, de forma literal, que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, por lo que el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento. Es decir, adicionalmente a la indemnización por despido tasada en el Estatuto de los Trabajadores, podría solicitar otra indemnización adicional por esos daños y perjuicios generados al no darle audiencia previa y que podrían haberse evitado.

Específicamente de ello resulta que si el despido después es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa, de manera que el despido se podría haber evitado si se hubiera escuchado al trabajador a tiempo y considerado sus razones, aparece un daño indemnizable.

Dados los distintos criterios de las Salas de lo Social de los diversos TSJ, hay incluso sentencias anteriores de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha, de 20 de marzo de 2012, del TSJ de Cataluña de 16 de enero de 2014 o del TSJ de Asturias de 18 de junio de 2019, que estimaron ya en su día que salvo las excepciones apuntadas anteriormente no cabe o no es obligatoria esa audiencia previa, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, “deberá poner orden” en esta nueva polémica que únicamente genera una evidente, otra más, inseguridad jurídica a las partes en un procedimiento.

**TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 425/2023, de 28 de abril. Rec. nº 1436/2022.**

## 12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

**¿Cómo se calcula la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos?  
Respuesta: sin incluir en el cómputo del período de servicios los períodos de inactividad.**

El art. 56.1 del ET fija la indemnización por despido improcedente en *“treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año”*. Esta indemnización se calcula con dos variables -el salario diario y los años de servicio prorrateados por meses -y una constante- los días indemnizatorios -. La variable relativa a los años de servicio no puede incluir los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo porque en ellos no realiza dicha prestación de servicios. Conforme al tenor literal de la norma, esos periodos no deben computarse a efectos indemnizatorios. La indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los periodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad.

El Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 - asuntos C-439/18 y C-472/18 -, argumenta que *“ya se repercute en el importe anual de los trienios percibidos por los trabajadores en cuestión una reducción proporcionada de los derechos de los trabajadores a un componente de la retribución, conforme al principio de prorrata temporis, que refleja los periodos efectivamente trabajados y la fidelidad del trabajador que aquellos recompensan.”*

Por lo tanto, en la forma de calcular la indemnización por despido de este colectivo considerando exclusivamente los períodos realmente trabajados, no se causa discriminación a los trabajadores fijos discontinuos. Un trabajador fijo discontinuo percibirá la misma indemnización por despido que un trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios laborales durante un lapso

temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo discontinuo y que perciba el mismo salario regulador del despido. En ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados con esta finalidad. Además, el trabajador que presta servicios a tiempo completo carece de las oportunidades de pluriempleo que tiene el trabajador fijo discontinuo, lo que justifica el régimen indemnizatorio de este último.

En definitiva, la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos no se calcula sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa sino con base en los periodos de actividad, en los que el trabajador haya prestado efectivamente servicios.

**TSJ de Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia de 2 de marzo de 2023. Rec. nº 6103/2022.**

---

*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*