

# NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

---

Septiembre 2022



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## ÍNDICE

1. ¿Prescribe el derecho al disfrute de las vacaciones si el trabajador no las solicita? .	4
2. Si hay retribución irregular, el TS excluye el tiempo en ERTE del cálculo de la indemnización por despido.....	5
3. Discriminación salarial por razón de sexo: ¿cómo se determinan los trabajos de igual valor?	6
4. Novedades en el Ingreso Mínimo Vital.....	8
5. El trabajador puede reclamar la antigüedad real en la empresa aunque haya pactado una inferior .....	10
6. Fecha de la notificación o de la resolución: ¿cuándo se extingue el subsidio por IT?	11
7. Enfermedad profesional. ¿Cómo responden las sucesivas empleadoras de la indemnización por daños y perjuicios? .....	13
8. Cambios en la forma de abonar los productos adquiridos en el economato de la empresa: ¿es una modificación sustancial?.....	14
9. ¿Es lícito anular el llamamiento a una embarazada que inicia la baja el día de la incorporación?.....	16
10. Política empresarial sobre uso de dispositivos digitales: ¿puede imponerse unilateralmente? .....	17
11. ¿Cómo debe notificarse la carta de despido si el trabajador rechaza su entrega? ...	19
12. ¿Cuándo es válida la prueba de videovigilancia para justificar el despido de un empleado de hogar?.....	20
13. Las empresas no pueden requerir la puesta a disposición del e-mail personal de sus trabajadores .....	22
14. Contrato de relevo. ¿Se extingue por la denegación de la pensión de jubilación parcial al trabajador sustituido? .....	23
15. ¿Qué actividades pueden realizarse durante una baja por IT? .....	24
16. El TS extiende la imposibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada a los fijos discontinuos que prestan servicios en fechas inciertas .....	28
17. Despido nulo. El período transcurrido hasta la readmisión también devenga vacaciones .....	29
18. Mejoras en las condiciones de trabajo y la protección de los empleados de hogar	31
RDL 16/2022, BOE 8-9-22 .....	31

19.	Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Medidas laborales.....	34
20.	Nueva regulación de los contratos para el personal investigador .....	36
21.	El TCo reitera que las causas de un ERE pactado pueden revisarse en el pleito individual.....	39
22.	El TS declara enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano en el sector de ayuda a domicilio .....	40
23.	La empresa debe mantener los puestos de trabajo de los empleados subcontractados aunque tenga personal propio.....	42

## 1. ¿Prescribe el derecho al disfrute de las vacaciones si el trabajador no las solicita?

**STJUE 22-9-22**

### **Resumen**

El empresario no puede invocar la prescripción del derecho del trabajador al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas si no le da la posibilidad de ejercerlo de manera efectiva. Lo contrario implicaría validar un enriquecimiento injusto del empresario.

### **Disfrute del derecho a las vacaciones**

Tras la extinción de su relación laboral, el trabajador reclama una compensación económica por los 101 días de vacaciones anuales retribuidas acumuladas en los 5 años anteriores que no había podido disfrutar. El tribunal de apelación alemán reconoció el derecho reclamado al considerar que ni estaba extinguido ni prescrito pues el empleador no había contribuido a que el trabajador pudiera disfrutar de sus vacaciones.

Recurrida la sentencia en casación, el TS de lo laboral alemán presenta ante el TJUE cuestión prejudicial planteando la cuestión relativa a si es contrario al derecho de la UE la prescripción del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por el transcurso del plazo de 3 años previsto en la legislación alemana, cuando el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva.

El TJUE ya ha señalado que una normativa nacional puede disponer la pérdida del derecho a las vacaciones anuales retribuidas al término del período de devengo o del período de prórroga siempre que el trabajador haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercer el derecho (TJUE 6-11-18, C-619/16). Pero el cometido de velar por el ejercicio efectivo del derecho no debe recaer por completo en el trabajador permitiendo al empresario liberarse de cumplir sus propias obligaciones alegando la falta de solicitud por parte del trabajador. Admitir que el empresario pueda invocar la prescripción de los derechos del trabajador sin haberle dado la posibilidad de ejercerlos de manera efectiva implicaría validar un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento injusto del empresario.

Por ello, el TJUE declara contrario al derecho de la UE una normativa nacional con arreglo a la cual el derecho a vacaciones anuales retribuidas prescribe al término de un plazo cuando el empresario no ha posibilitado ejercer tal derecho de forma efectiva.

## **2. Si hay retribución irregular, el TS excluye el tiempo en ERTE del cálculo de la indemnización por despido.**

**STSUD 7-7-22**

### **Resumen**

El TS ha declarado que, en el cálculo de la indemnización por despido cuando existen conceptos salariales regulares, pero intermitentes o irregulares, deben excluirse del periodo de un año los espacios temporales en los que el contrato estaba suspendido. En el supuesto enjuiciado, se excluye el periodo en que el trabajador tenía suspendido su contrato por haber sido incluido en un ERTE COVID.

### **Indemnización por despido cuando existen conceptos salariales irregulares.**

El trabajador ha prestado servicios para la empresa desde noviembre de 2005 hasta su despido. Desde marzo de 2014 a junio de 2018 estuvo en situación de excedencia voluntaria, reincorporándose a la empresa el 1-7-2018. Desde abril a julio de 2020, fecha en la que se produjo su despido disciplinario, el trabajador permaneció en situación de regulación temporal del empleo (ERTE). Durante el año anterior a la situación de ERTE, el trabajador percibió determinadas cantidades por la realización de horas extraordinarias.

El trabajador presenta demanda de despido que es declarado improcedente en la instancia condenando a la empresa al abono de la correspondiente indemnización. La empresa recurre en suplicación ante el TSJ, que rebaja la cuantía indemnizatoria y el salario regulador en caso de readmisión. Mientras la sentencia de instancia ha computado las horas extraordinarias realizadas entre el mayo de 2019 y abril de 2020- momento en que inicia el ERTE-, el TSJ únicamente toma en consideración las horas realizadas en el año anterior al despido (julio 2020).

La cuestión que se debate consiste en determinar si en el cálculo de la indemnización por despido improcedente debe tenerse en cuenta el promedio de horas extraordinarias realizadas todo el año anterior al despido cuando dentro de él ha existió situación de suspensión del contrato por ERTE Covid.

El TS recuerda que su doctrina establece que el salario regulador de indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo que existan circunstancias especiales, incluyendo dentro de estas, los conceptos salariales no fijos. Respecto de los espacios temporales que deben tomarse en consideración, señala que el periodo de tiempo en el que el contrato ha estado suspendido, sin actividad y sin

retribución, no puede integrar el promedio a tomar en consideración para la determinación del salario regulador del despido, cuando afecta a percepciones retributivas que, siendo computables, no son fijas.

Esto supone que para el cálculo de la indemnización por despido las cantidades que se deben tomar en consideración son las que se estaban percibiendo al momento del despido y cuando se trata de conceptos salariales regulares pero intermitentes, o irregulares, la referencia temporal es la de un año inmediato anterior a la extinción, como forma de ajustar, en ese caso, un promedio de la retribución irregular. El TS considera que, para obtener este promedio, no es posible tomar en consideración los espacios temporales en los que el contrato estaba suspendido ya que los ingresos del trabajador se han visto afectados por incidir en su desarrollo una situación de paréntesis en su prestación de servicios y percepción de la retribución.

La aplicación de esta doctrina sobre cálculo de la indemnización por despido, supone en el supuesto enjuiciado, que del año anterior al despido (del 1 de julio de 2019 a 1 de julio de 2020) deba excluirse el tiempo que el trabajador permaneció en ERTE (de abril a julio de 2020).

Por todo ello, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, casando y anulando la sentencia dictada en suplicación, confirmando la de la instancia.

### **3. Discriminación salarial por razón de sexo: ¿cómo se determinan los trabajos de igual valor?**

**STSJ Illes Balears 8-3-22**

#### **Resumen**

Para estimar que se ha producido una vulneración del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres es necesario acreditar que los trabajos a comparar son iguales o de igual valor, en atención a la formación, responsabilidad y funciones encomendadas.

#### **Trabajos de igual valor y discriminación salarial**

La trabajadora, que presta servicios como secretaria para el Consello regulador de la denominación de origen Valdeorras, interpone demanda en materia de vulneración de derechos fundamentales en la que alega la existencia de una discriminación salarial por razón de sexo.

Indica que las funciones del director técnico hombre son de igual valor o equivalentes, en cuanto a dedicación, responsabilidad y formación, a las correspondientes a su puesto de trabajo, y que el director técnico percibe un salario considerablemente superior (9.381,60 €/año más). Añade que su salario es incluso inferior que el de resto de los técnicos, cuyas responsabilidades son de menor entidad que las suyas.

La sentencia de instancia desestima la demanda, resolución que es confirmada ahora en sede de suplicación.

En primer lugar, la Sala descarta las modificaciones de hechos probados que pretende la recurrente. Recuerda la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación y repasa los supuestos o circunstancias que justificarían una revisión de los hechos declarados probados, pero esta revisión, en ningún caso, puede suponer una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En cuanto al fondo del asunto, señala que, tal y como estableció la sentencia del TJUE 3-6-21, asunto C-624/19, el principio de igualdad de retribución y la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor contenido en el art.157 TFUE es directamente aplicable a los conflictos entre particulares, con independencia que se trate del mismo puesto de trabajo o de un trabajo de igual valor.

Y para determinar si un trabajo tiene el mismo valor que otro es necesario valorar un conjunto de factores, como la naturaleza del propio trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, sin que sea suficiente con la inclusión en la misma categoría del convenio colectivo de aplicación.

Y, en el caso de autos, el TSJ aprecia que el trabajo de los técnicos no tiene comparación con el de la trabajadora, ya que requiere formación y conocimientos específicos. Además, el director técnico, que también acredita mayor antigüedad, desempeña sus funciones con plena disponibilidad horaria, incluidos los fines de semana, mientras que la trabajadora tiene un horario de lunes a viernes.

Por ello, el TSJ Galicia concluye que no se ha acreditado que exista una diferencia retributiva discriminatoria por razón de sexo, sino que la diferencia salarial está justificada por el diferente contenido de la prestación laboral (diferentes funciones y responsabilidades).

## 4. Novedades en el Ingreso Mínimo Vital

**RD 789/2022, BOE 28-9-22**

### **Resumen**

Con vigencia a partir del 1-1-2023 se regula la posibilidad de compatibilizar el Ingreso Mínimo Vital con ingresos procedentes de las rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia.

### **Incentivo al empleo de los perceptores del IMV**

Con vigencia a partir del 1-1-2023, se publica el RD 789/2022 con el objeto regular la compatibilidad de la percepción del ingreso mínimo vital con los incrementos de ingresos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia. La finalidad es evitar que su percepción desincentive la participación en el mercado laboral. El contenido principal de la norma es el siguiente:

1. Los beneficiarios de la situación de compatibilidad son: las personas beneficiarias individuales del IMV o las personas integrantes de la unidad de convivencia que incrementen sus ingresos procedentes del trabajo o los rendimientos netos de la actividad económica por cuenta propia respecto del año que se tuvo en cuenta para el cómputo de sus ingresos, siempre hayan sido beneficiarias del IMV en el año anterior a la aplicación de la revisión y el 1 de enero del ejercicio en el que se vaya a realizar la revisión se mantenga el derecho a la percepción del IMV.

2. La compatibilidad se establece aplicando una renta exenta calculada aplicando un porcentaje (tramos del Anexo III) a los ingresos y rentas que se toman en consideración para determinar la situación de vulnerabilidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia. Para la el cálculo de esta renta exenta deben tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Ingresos y rentas computables:

– Se toman en consideración los incrementos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia producidos en los dos ejercicios fiscales previos al año de la revisión del IMV.

– Los datos necesarios para calcular los incrementos procedentes de rentas de trabajo o de la actividad económica, se comunican a la entidad gestora por la AEAT o, en su caso, por las Haciendas Forales.

– Los rendimientos computados son los siguientes:

Rendimientos del trabajo	Rendimiento neto.
Rendimientos de actividades económicas en estimación directa	Rendimiento neto.
Rendimientos de actividades económicas en estimación objetiva (excepto agrícola, ganadera y forestal)	Rendimiento neto previo.
Rendimientos de actividades agrícola, ganaderas y forestales en estimación objetiva	Rendimiento neto minorado.
Régimen de atribución de rentas de actividades económicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>– método de estimación directa: el rendimiento neto;</li> <li>– método de estimación objetiva: actividades agrícolas, forestales y ganaderas: el rendimiento neto minorado; resto de los supuestos: rendimiento neto previo.</li> </ul>
Prestaciones del sistema de la Seguridad Social sustitutivas del trabajo exentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas:	<ul style="list-style-type: none"> <li>– nacimiento y cuidado del menor;</li> <li>– cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave;</li> <li>– corresponsabilidad en el cuidado del lactante; y</li> <li>– prestaciones por desempleo cuando se perciban en la modalidad de pago único.</li> </ul>

b) Importe de la renta exenta: el que resulte de aplicar al incremento de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia los tramos previstos en el anexo III. Estos tramos pueden modificarse mediante orden del MIMSS.

3. La exención se aplica de oficio por el INSS, de acuerdo con la información facilitada por le AEAT o las Haciendas Forales, a partir de la primera revisión anual de la cuantía de la prestación, siempre y cuando las personas hayan sido beneficiarias del IMV en el año anterior a la aplicación de la revisión.

4. La exención tiene una periodicidad anual y se hace efectiva en el momento de la revisión y actualización del IMV.

5. Para la determinación de la cuantía mensual, se aclara que la ayuda a la infancia como parte del IMV. Asimismo, establece que se mantienen los complementos de discapacidad, monoparentalidad y ayuda para la infancia hasta el 31 de diciembre del ejercicio en curso, aunque durante el mismo dejen de concurrir los motivos que dieron lugar a su concesión.

6. Además, se modifica el RD 148/1983, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas. En aplicación de la LGSS art.116, que no deben iniciarse el procedimiento especial de reintegro cuando el importe total de la deuda sea inferior a la cantidad determinada como insuficiente (3% del IPREM y 20% IPREM en caso de derivación de responsabilidad por causa de muerte – OM TAS/1562/2005 art.7-) para la cobertura del coste que su exacción y recaudación. En todo caso, puede acordarse la acumulación de las deudas que no excedan de dicho límite al objeto de superar esta cantidad. En todo caso, la entidad gestora puede acordar la acumulación de las deudas que no excedan de dicho límite al objeto de superar la citada cantidad, o la de tales deudas con otras de importe superior, siempre que todas ellas correspondan a la misma persona deudora.

## **5. El trabajador puede reclamar la antigüedad real en la empresa aunque haya pactado una inferior**

**STSJ Illes Balears 8-3-22**

### **Resumen**

Son nulos los acuerdos que supongan una renuncia a derechos reconocidos por disposiciones legales o convencionales, por ello el trabajador puede reclamar la antigüedad real en la empresa a pesar de haber alcanzado un acuerdo para fijar otra posterior, sin que sea contrario a la doctrina de los actos propios.

## **Acuerdo de modificación de la antigüedad**

La trabajadora inició su relación laboral el 1-5-2000, suscribiendo desde entonces sucesivos contratos temporales hasta que el 4-11-2003 se produjo la novación del contrato a indefinido. El 10-12-2015, la trabajadora es subrogada por otra empresa con la que, el 2-4-2018, suscribe un acuerdo para fijar la antigüedad en el 4-11-2003. Un año después, la trabajadora presenta demanda solicitando que se reconozca su antigüedad desde el inicio de la relación laboral, esto es desde el 1-5-2000.

La sentencia de instancia estima la demanda por lo que la empresa recurre en suplicación denunciando la infracción de la doctrina de los actos propios. La cuestión que se plantea consiste en determinar si cabe ejercitar la acción declarativa de reconocimiento de antigüedad, a pesar del acuerdo de modificación contractual alcanzado entre las partes.

El TSJ Illes Balears señala al respecto que la acción cuestionada puede ejercitarse mientras la relación laboral está viva e incluso una vez extinguida si existe interés legítimo digno de tutela. Por ello, no aprecia ninguna actuación de la demandante contra sus propios actos pues nada le impide solicitar judicialmente una antigüedad anterior acorde con la realidad de los hechos. Lo contrario supondría una renuncia de la trabajadora a sus derechos laborales prohibida por el 3.5 ET, que indica que son nulos e ineficaces todos aquellos acuerdos o pactos que supongan una renuncia a derechos reconocidos por disposiciones legales o convencionales.

Por ello, el TSJ Illes Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada.

## **6. Fecha de la notificación o de la resolución: ¿cuándo se extingue el subsidio por IT?**

**STSUD 12-7-22**

### **Resumen**

El TS reitera que el subsidio de IT debe subsistir hasta la notificación de la resolución, porque es a partir de ese momento es cuando el trabajador cuando debe incorporarse a su puesto de trabajo y tiene derecho a percibir el correspondiente salario. Señala que la demora en la notificación de la resolución administrativa en la que se declara el alta médica no pueda perjudicar al beneficiario de la prestación.

## **Fecha de efectos del alta de la IT**

La trabajadora inicia un proceso de IT que finaliza con la denegación de la prestación de IP. La resolución denegatoria es de fecha 1-4-2019, que se notifica el 8-4-2022. La trabajadora inicia procedimiento para reclamar las diferencias entre cantidades percibidas entre la fecha de la resolución administrativa denegatoria y su notificación (442,16 euros). Desestimada la solicitud, plantea demanda de Seguridad Social, que es estimada en la instancia y confirmada en suplicación. El INSS plantea recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste si la extinción del subsidio por incapacidad temporal (IT) acaece cuando el INSS dicta la resolución administrativa de alta médica o cuando se notifica.

EL TS parte de declarar que, a pesar de la escasa cuantía del recurso, este se admitido por considerar que se trata de un supuesto de afectación general, al constatar la existencia de un alto nivel de litigiosidad que evidencia el carácter notorio de la afectación general, pese a que la misma no hubiere sido alegada y probada por ninguno de los litigantes.

Respecto de la cuestión controvertida, el TS recuerda que la doctrina del TS, a partir de la L 40/2007 , establece que el abono de la prestación debe mantenerse hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa. Señala que el subsidio de IT debe subsistir hasta esa notificación porque sólo a partir de ese momento el trabajador debe incorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, sólo entonces tendrá derecho a lucrar el correspondiente salario. De ahí que la mayor o menor demora en la notificación de la resolución administrativa en la que se declara el alta médica no pueda perjudicar al beneficiario de la prestación.

Este criterio ha sido confirmado por el TS (TS 6-4-2022, EDJ 538096), señalando que esta interpretación es la que se deduce de la LGSS art.170.2, al disponer que cuando el INSS dicta una resolución acordando el alta médica, la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación cesa el día en el que se dicte dicha resolución, abonándose el subsidio directamente por la entidad gestora o la MSCC durante el periodo que transcurra entre la fecha de la resolución y su notificación al interesado. Igualmente, las empresas que colaboran en la gestión de la prestación económica están obligadas al pago directo del subsidio correspondiente este periodo. Con lo que ya se contempla específicamente que el abono del subsidio ha de prolongarse hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución de la entidad gestora.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación planteado confirmando la sentencia recurrida.

## **7. Enfermedad profesional. ¿Cómo responden las sucesivas empleadoras de la indemnización por daños y perjuicios?**

**STSUD 21-7-22**

### **Resumen**

Cuando el trabajador ha prestado servicios sometido al riesgo de adquirir una enfermedad profesional sucesivamente en diferentes empresas, la responsabilidad por los daños y perjuicios es mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas, y no solidaria.

### **¿Responsabilidad solidaria o mancomunada?**

Tras ser declarado en situación de incapacidad permanente absoluta debido a enfermedad profesional (neumoconiosis), el trabajador demanda a las empresas para las que había trabajado sometido al riesgo de adquirir la enfermedad reclamando una indemnización por daños y perjuicios.

El TSJ Galicia condena solidariamente a las empresas a abonar al trabajador una indemnización por daños y perjuicios de 52.000 euros. Revoca, de esta manera, la declaración de responsabilidad mancomunada dictada en la sentencia de instancia al considerar imposible determinar el grado de imputación de responsabilidad que pudiera corresponder a cada una de las empleadoras.

Las empresas condenadas recurren en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a si la condena a las empleadoras a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la enfermedad profesional debe ser mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas o, por el contrario, solidaria.

El TS señala que la solidaridad debe declararse cuando no sea posible individualizar la responsabilidad de cada empresa interviniente en la producción del daño. Pero cuando el trabajador ha prestado servicios de forma sucesiva en las empresas causantes del daño, sí resulta posible individualizar la responsabilidad de cada una de ellas en función del tiempo en que para cada una de ellas se materializó esa sucesiva prestación de servicios por parte

del trabajador. De esta manera, el TS extiende a la indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional la doctrina que atribuye a las distintas mutuas que han asegurado el riesgo, la responsabilidad derivada de las prestaciones por enfermedad profesional reconocidas al trabajador en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los diferentes riesgos. Considera que también la responsabilidad indemnizatoria debe estar en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo en cada una de las empresas, lo que significa que dicha responsabilidad se individualiza para cada empresa en función del tiempo que el trabajador prestó servicios para cada una de ellas.

La misma conclusión se alcanza del análisis de los art.1137 a 1139 del CC conforme a los cuales la responsabilidad solidaria se impone cuando, interviniendo una pluralidad de agentes en la producción del daño, no resulte factible individualizar la contribución de cada uno, deviniendo imposible deslindar las responsabilidades concretas o no es posible una fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño. Pero en el caso analizado sí resulta posible la individualización porque se sabe el tiempo que el trabajador afectado prestó servicios en cada empresa condenada.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y revoca el pronunciamiento sobre la responsabilidad solidaria de las empresas condenadas sustituyéndolo por la responsabilidad mancomunada en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de las empresas condenadas.

## **8. Cambios en la forma de abonar los productos adquiridos en el economato de la empresa: ¿es una modificación sustancial?**

**SAN 30-6-22**

### **Resumen**

A pesar de su escasa cuantía individualmente considerada, la AN declara que la retirada unilateral de la posibilidad del pago diferido a través de descuento en nómina de los productos adquiridos en el economato de la empresa es una modificación sustancial que debió negociarse con los representantes de los trabajadores.

## **Modificación sustancial de una condición de trabajo**

En los centros de trabajo de una empresa perteneciente al sector alimentario están a disposición de los trabajadores economatos en los que los trabajadores pueden adquirir a precios reducidos los productos que la demandada elabora. Los productos podían ser abonados en el momento de la compra, por tarjeta bancaria o en efectivo, o bien pueden diferir su pago al momento del percibo de la nómina, descontándose del salario a percibir.

Mediante una comunicación interna, la empresa notifica a los trabajadores que esta última forma de pago iba a quedar eliminada, alegando razones organizativas. En la citada notificación únicamente se mantienen como medio de pago el efectivo y la tarjeta bancaria. Hasta ese momento, el 36% de los pagos se habían realizado a través de descuentos en nómina. Disconforme con la decisión de la empresa, uno de los sindicatos interpone demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare que dicha decisión constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por tanto debió haberse tramitado a través del procedimiento del ET art.41. Considera que se trata de una condición de trabajo pues la adquisición de productos a precios reducidos es una consecuencia del contrato de trabajo

Por tanto, la cuestión a dilucidar consiste en determinar si la decisión empresarial es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o una alteración accesoria incluida dentro del poder organizativa del empresario.

La AN recuerda que para determinar si una modificación es o no sustancial no pueden fijarse criterios genéricos, si no que debe acudir a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En el supuesto enjuiciado, una parte significativa, el 36% de las compras, se realiza mediante descuento en nómina, ascendiendo su cuantía anual asciende a una suma no despreciable 812.790 euros de los que la empresa no puede disponer al momento de la venta de los productos y que se difiere al momento posterior de cobro de la nómina; la cuantía mensual diferida por cada trabajador va desde los 24 a los 8 euros mensuales. Además, la medida adoptada tiene carácter definitivo, afecta a un número relevante de trabajadores y acrece a disponibilidad de tesorería empresarial. Por tanto, la AN concluye que sí se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aun cuando para cada trabajador individualizado pudiera considerarse que la cuantía de diferir el pago de las compras a fecha de cobro de la nómina no presente una especial relevancia.

Por todo ello, se estima la demanda declarando nula la decisión empresarial adoptada.

## 9. ¿Es lícito anular el llamamiento a una embarazada que inicia la baja el día de la incorporación?

**STS cont-adm 16-6-22**

### **Resumen**

El TS dictamina que es discriminatorio no contratar a una mujer que causa baja por razón de embarazo el día que debía incorporarse para cubrir una vacante temporal atendiendo a un llamamiento de la bolsa de trabajo del servicio extremeño de salud.

### **Aplicación del principio de igualdad en los llamamientos a embarazadas para cubrir vacantes temporales**

La actora, técnico especialista de radiodiagnóstico, formaba parte de la bolsa de trabajo del Servicio Extremeño de Salud para la selección de personal temporal en dicha categoría profesional. El 23-6-2020 acepta la oferta de nombramiento temporal realizada por teléfono para prestar servicio los meses de julio, agosto y septiembre de 2020. Cuando aceptó la oferta se encontraba embarazada de 33 semanas.

El 2-7-2020, fecha de inicio de la prestación de servicios, no se incorporó al puesto y causó baja por IT. El SES dejó sin efecto la oferta de trabajo y anuló el llamamiento.

Disconforme con esta actuación de la administración, presentó solicitud para que fuese dejada sin efecto la anulación de su llamamiento, lo que fue denegado por resolución del gerente del área de salud, decisión confirmada en alzada por silencio administrativo y, posteriormente, en sede judicial tanto en la instancia como en apelación. Considera la Sala que la contratación no se materializó, ya que la apelante se dio de baja el mismo día en el que iba a tomar posesión del puesto ofertado, por lo que no se llegó a perfeccionar el nombramiento.

Recurrida en casación, la Sala estima el recurso al considerar que la anulación del llamamiento y, en consecuencia, la no formalización del contrato de trabajo a una mujer que no se incorpora al puesto, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por IT por una patología derivada de embarazo es contraria al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

El TS recuerda, en primer lugar, que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de modo que la no contratación de la mujer embarazada por el SES resulta contraria al principio de igualdad

consagrado en el art.14 CE. Añade que, precisamente, son los poderes públicos los que deben promover no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva, impidiendo que la maternidad sitúe a la mujer en una situación de desventaja.

En segundo lugar, considera que, en contra de lo sostenido por las sentencias de instancia y apelación y de lo que afirma la Administración en su escrito de oposición, no puede aceptarse que la medida contenida en el pacto por el que se regulan los procedimientos de selección de personal temporal -que prevé diferir la contratación al momento del alta, si persiste la necesidad-, garantice el principio de igualdad y no discriminación ya que la trabajadora en ningún caso podría llegar a incorporarse dentro del período de tiempo a que hubiese alcanzado nombramiento temporal.

Por ello estima el recurso y declara la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia y el derecho de la actora a todas las consecuencias administrativas y profesionales derivadas de la anulación de los actos impugnados.

## **10. Política empresarial sobre uso de dispositivos digitales: ¿puede imponerse unilateralmente?**

**SAN 22-7-22**

### **Resumen**

La AN revoca la política de uso impuesta de los dispositivos digitales al haber sido impuesta por la empresa sin la participación de la RLT. Equipara su participación a la consulta a que hace referencia el ET art.64.5 y 6.

### **Consulta y participación de los trabajadores**

Tras una sucesión de empresa, la nueva compañía comunica a los trabajadores subrogados la nueva política empresarial sobre uso del correo electrónico, Internet y almacenamiento de información en los discos duros de los equipos puestos a disposición de la plantilla en la empresa, así como la conexión a ordenadores de la oficina cuando se teletrabaja para poder vigilar en tiempo real qué se hace en cada momento. Dicha política notificada individualmente, por escrito o, en caso de teletrabajadores, por correo electrónico, a cada uno de los trabajadores.

Una de las representaciones sindicales considera que la empresa la ha impuesto unilateralmente, por lo que interpone demanda de conflicto colectivo ante la sala de lo social de la AN en la que solicita que se dicte sentencia en la que se revoque íntegramente la nueva política y se declare la necesidad de iniciar un periodo de negociación que exige la LOPD art.87.3.

Por tanto, la cuestión que debe resolver la consiste en determinar si la notificación efectuada por la empresa relativa al uso de equipos informáticos y correos corporativos vulnera o no la LOPD art.87.3.

Para resolverla, la AN recuerda que la LOPD art.87 que regula el derecho de los trabajadores a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales, establece que corresponde al empleador, con la participación de los representantes legales de los de los trabajadores, establecer los criterios de utilización de los dispositivos digitales, respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente (LOPD art.87.3)

Partiendo de lo anterior, la AN entiende que al haber sido impuesta de modo unilateral por la empresa, sin que conste participación alguna de la RLT al efecto, la instrucción notificada a la plantilla debe revocarse. Considera que, si bien corresponde al empleador fijar los criterios de uso de los dispositivos digitales, para adoptar la decisión correspondiente debe haber participado la RLT, esto es, equivalente a la consulta a que hace referencia el ET art. 64 en sus apartados 5 y 6. Igualmente, señala que es irrelevante que en los contratos de trabajo se advierta a los trabajadores que solo cabe efectuar un uso privado de los dispositivos digitales, pues para adoptar tal decisión el empleador no puede obviar a la RLT.

Por todo ello, se estima la demanda.

## 11. ¿Cómo debe notificarse la carta de despido si el trabajador rechaza su entrega?

**STSJ Valladolid 15-7-22**

### **Resumen**

No puede imponerse a la empresa otra forma de notificación de la carta de despido si el trabajador se niega a recibirla en presencia de testigos y así lo hace constar la empleadora.

### **Rechazo de la carta de despido**

La empresa comunica al trabajador su despido por grave transgresión de la buena fe contractual, por haber desarrollado durante su baja por IT trabajos manifiestamente incompatibles con su recuperación. El trabajador se niega a recoger la carta de despido y a firmarla, por lo que la empresa le remite burofax 4 días después.

El trabajador presenta demanda de despido solicitando que se declare su improcedencia por no haber sido notificada la carta de despido, sin que pueda ser subsanada posteriormente mediante burofax.

El TSJ Valladolid resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador frente a la sentencia desestimatoria en primera instancia, aplicando la doctrina elaborada por el TS.

Según esta, la negativa del trabajador a recibir la carta de despido excusa a la empresa de intentar otro tipo de notificación. Añade el TSJ Valladolid que no cabe imaginar una forma más segura y eficaz de notificar la carta de despido que la entrega personal al despedido, no pudiéndose imponer a la empresa otra forma distinta si éste se niega a recibir la carta en presencia de testigos y así lo hace constar la empleadora. El hecho de que, pocos días después, la empresa remita burofax no tiene por objeto, como sostiene el trabajador, subsanar la notificación defectuosa o inexistente, sino facilitar su derecho de defensa.

El TSJ Valladolid considera, por lo tanto, cumplido el requisito formal de notificación por escrito (ET art.55.1), por lo que desestima el recurso.

## 12. ¿Cuándo es válida la prueba de videovigilancia para justificar el despido de un empleado de hogar?

**STSUD 22-7-22**

### **Resumen**

El TS declara la admisión de la prueba de videovigilancia para probar el incumplimiento de una empleada de hogar, a pesar de no haberse colocado el distintivo exigido por la AEPD. Considera que esto hubiera frustrado la posibilidad de acreditar y probar el incumplimiento sobre el que existían fundadas sospechas y que causó el despido.

### **Validez de prueba de videovigilancia**

La trabajadora, empleada de hogar, presta servicios como cuidadora de una persona dependiente que padece una tetraplejia que le obliga a desplazarse en silla de ruedas. El 10-7-2019 el marido de la empleadora interpone una denuncia ante la policía, indicando que le habían sido sustraídos de una caja fuerte de su domicilio, situada en un cajón simulado, 30.000 euros en efectivo y varias joyas. Días más tarde, amplía la denuncia, señalando que el 27-6-2019 había colocado una cámara apuntando en la caja fuerte y había grabado a la empleada intentando abrir la caja fuerte con una llave, sin conseguirlo, al haber introducido el denunciante un código. El 2-8-2019 despide disciplinariamente a la empleada por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza.

Disconforme, la empleada interpone demanda contra el despido que es declarado procedente por el juzgado de lo social e improcedente en suplicación, al no tener en cuenta la prueba de vigilancia aportada por la empleadora, por no haberse informado a la trabajadora, siquiera a través de un cartel informativo, de la colocación de la cámara (LOPD art.89).

La cuestión que se plantea consiste en determinar si la prueba de videovigilancia aportada por la empleadora para justificar el despido de la empleada de hogar debió ser tomada en consideración.

Para su resolución, el TS recuerda tanto la regulación legal (LOPD art.89) como la jurisprudencia del TEDH (López Ribalda I y II) sobre vigilancia encubierta y concluye que la prueba debió haber sido admitida y estima el recurso por las siguientes razones:

1. La vigilancia encubierta se justifica por la cuantía de la cantidad sustraída en el domicilio. Además, la cámara únicamente enfocaba al armario en el que estaba instalada la caja

fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar. Asimismo, señalarse la gran vulnerabilidad de la empleadora por su situación de grave dependencia.

2. Dejar sin efecto la prueba de videovigilancia imposibilitaría a la empleadora probar el incumplimiento grave incumplimiento acaecido y su autoría por medios distintos de la videovigilancia. Es decir, la prueba de videovigilancia no solo era idónea, sino que, además, era necesaria.

3. La protección de los intereses privados puede justificar la ausencia de información previa y la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada puede excluir que el incumplimiento del deber de información previa suponga una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos. Atendidas las circunstancias concurrentes, se entiende que la medida de videovigilancia era proporcionada.

4. Puede aplicarse la excepción doméstica (RGPD art.2.2c) que dispone que el Rgto no se aplica al tratamiento de datos personales efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente domésticas. Aunque esta excepción debe estar desconectada de la actividad profesional, entiende que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en el supuesto enjuiciado era difícilmente practicable la colocación del distintivo o dispositivo informativo (AEPD Instr.1/2006) pues, con toda probabilidad, hubiera frustrado la posibilidad de acreditar el incumplimiento, sobre el que existían fundadas sospechas, y la posibilidad de acreditar la autoría de dicho incumplimiento.

5. Se trata de un sistema de videovigilancia instalado ad hoc por la existencia de fundadas sospechas en el que las obligaciones pueden excepcionalmente modularse en supuestos tan especiales como el supuesto enjuiciado. Un sistema de videovigilancia permanente, sobre el que habría que proporcionar la información previa, podría estar difícilmente justificado y resultar desproporcionado.

6. El que la ausencia de información no deba suponer la nulidad de la prueba de videovigilancia no supone que la empresa no pueda ser declarada responsable de un posible incumplimiento de la legislación de protección de datos con las posibles consecuencias administrativas o civiles, o de otra naturaleza, que ello pueda conllevar.

## **13. Las empresas no pueden requerir la puesta a disposición del e-mail personal de sus trabajadores**

**SAN 27-6-22**

### **Resumen**

La AN considera ilícita la práctica empresarial consistente en exigir a los trabajadores que prestan servicios en régimen de teletrabajo que faciliten su cuenta de correo electrónico particular para completar la operativa de gestión de actividad y recursos humanos.

### **Puesta a disposición del e-mail personal**

Las organizaciones sindicales CCOO y CGT interponen demanda de conflicto colectivo contra la multinacional del sector de contact center GSS en la que solicitan que se declaren contrarias a derecho tanto la exigencia empresarial de poner a su disposición el correo electrónico personal para completar la operativa de gestión de actividad y recursos humanos, como las cláusulas de los contratos de teletrabajo que imponen dicha obligación.

La AN rechaza, en primer lugar, la alegación empresarial de que el correo electrónico no resulta necesario para la ejecución de la actividad propia de los teleoperadores que, en todo caso, pueden acceder a la información de la empresa a través del portal del empleado. Por contra, la Sala considera acreditado que el uso del correo electrónico sí es necesario para la práctica, entre otros, de los siguientes trámites: actualizar la contraseña del portal del empleado; solicitar permisos, vacaciones, días libres, etc...; justificantes de bajas, médicos y de permisos; solicitar excedencias y/o reducciones de jornada.

Partiendo de este dato, la Sala estima la demanda en base a las siguientes consideraciones:

1.- Que la ajenidad propia del contrato de trabajo implica que es el empleador el que tiene que proporcionar al trabajador los medios necesarios para el desenvolvimiento de su relación laboral.

2.- Que ya la sentencia del TS 21-9-15, EDJ 177359 -que confirma la sentencia de la AN 28-1-14, EDJ 5469-, consideró contrario a la entonces vigente normativa nacional y europea en materia de protección de datos que el trabajador se viese obligado a proporcionar su correo y su número de teléfono personal a la empresa, razonando que si los mismos resultan esenciales para el desenvolvimiento del contrato tanto uno como otro deben ser proporcionados por la empresa al trabajador.

3.- Que la normativa laboral común es plenamente aplicable al trabajo a distancia impuesto como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, estando obligadas las empresas, en todo caso, a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario (L 10/2021 disp.trans.3ª).

Por todo ello la Sala estima la demanda y concluye que, siendo necesario que el trabajador disponga de una cuenta de e-mail, es el empresario el que está obligado a proporcionarla, sin que sea excusa a tal fin el coste del mismo, o el riesgo de un ciber ataque.

Asimismo, reconoce el derecho de los teletrabajadores a contar con una cuenta de correo electrónico corporativo en cuanto medio necesario garantizar el derecho de las organizaciones sindicales a difundir información sindical a sus afiliados.

## **14. Contrato de relevo. ¿Se extingue por la denegación de la pensión de jubilación parcial al trabajador sustituido?**

**STSUD Pleno 22-7-22**

### **Resumen**

Si el contrato de relevo no condiciona su subsistencia a la concesión de la pensión de jubilación anticipada al trabajador relevado, la denegación de esta no conlleva necesariamente y de forma automática la extinción del contrato. Únicamente si esta circunstancia genera un exceso de plantilla podrá la empresa extinguir el contrato de relevo, que se llevará a cabo por los trámites del despido objetivo.

### **Denegación de jubilación parcial y extinción del contrato de relevo**

Tras denegar el INSS la jubilación parcial anticipada a un trabajador de la empresa, esta extingue el contrato de relevo celebrado para sustituirle sin abonar al relevista indemnización alguna.

El trabajador despedido presenta demanda de despido que es desestimada tanto en primera instancia como en suplicación, argumentando los tribunales que la imposibilidad de mantener el contrato del relevista arranca en la falta de un requisito esencial para su mantenimiento, como es la jubilación parcial del trabajador relevista.

Recorre entonces en casación para la unificación de doctrina, planteando la cuestión relativa a determinar si la extinción del contrato de relevo porque el INSS ha denegado la jubilación parcial anticipada al trabajador sustituido debe realizarse mediante el despido objetivo.

El TS resuelve en Pleno la cuestión recordando que el contrato de relevo se celebró a tiempo indefinido para sustituir al trabajador que se iba a jubilar anticipadamente, pero no condicionó la subsistencia de la relación laboral a la efectiva concesión de la pensión de jubilación anticipada al trabajador relevado. Por ello, la denegación de la pensión de jubilación anticipada no conlleva necesariamente y de forma automática la extinción del contrato del trabajador relevista pues la empresa puede necesitar la prestación de servicios a tiempo completo de ambos trabajadores. Si no es así, se genera un exceso de plantilla para la empresa, por lo que deberá extinguir el contrato de relevo por los trámites del despido objetivo.

No habiendo cumplido la empresa con los requisitos formales del despido objetivo, el TS declara la improcedencia del despido debiendo optar la empresa entre la readmisión y la indemnización de 33 días de salario por año de servicio.

## **15. ¿Qué actividades pueden realizarse durante una baja por IT?**

**STSJ Canarias Sta Cruz de Tenerife 8-6-22**

**STSJ Madrid 22-6-22**

**STSJ Madrid 13-7-22**

### **Resumen**

Varios TSJs se han pronunciado sobre la compatibilidad de la realización de determinadas actividades durante la situación de IT. Reiteran como incompatibles y por tanto, como causa de despido, aquellas que impliquen un perjuicio para su curación; o que las actividades realizadas evidencien la existencia de aptitud para el trabajo, por requerir los mismos esfuerzos que las tareas propias del puesto. También se analiza el contenido del informe de detectives privados.

## **Actividades incompatibles con la IT**

A continuación, se analizan supuestos analizados recientemente por algunos Tribunales Superiores de Justicia en los que actividades realizadas durante la situación de IT son causa de despido:

### **Supuesto nº.1. Trabajos que evidencian su capacidad para trabajar. Limpiadora que presta servicios de empleada de hogar durante la situación de IT (TSJ Madrid 13-7-22)**

La trabajadora, que prestaba servicios como limpiadora a tiempo a parcial, inicia un proceso de IT desde el 5-5-2021 con una duración estimada de 148 días. La empresa contrata los servicios de un detective privado que comprueba que acude de modo regular a prestar servicios como empleada de hogar en varios domicilios, en horario coincidente con su jornada laboral habitual. Como consecuencia de esta situación, la empresa inicia expediente disciplinario que finaliza con el despido disciplinario del trabajador por considerar producida una transgresión de la buena fe contractual.

Tanto el Juzgado como el TSJ consideran que la actuación de la trabajadora constituye un incumplimiento contractual de carácter grave y culpable y de entidad suficiente como para justificar su despido. De modo y manera que, con arreglo a lo expuesto, la actora procedió a realizar una actividad laboral de forma reiterada y no aislada, encontrándose en situación de IT, lo que denota el fraude y la deslealtad cometidos, en tanto en cuanto la actividad realizada demuestra claramente que la actora tenía aptitud también para prestar sus servicios para la empresa, con lo que habría realizado un uso torticero de la baja médica por IT, estando autorizada la demandada para imponer la sanción en su grado máximo por la falta muy grave cometida.

Recuerda que el TS ha considerado que en supuestos como el enjuiciado se produce una transgresión de la buena fe contractual, ya que la buena fe exige que quien esté de baja no pueda realmente desarrollar labores propias de su trabajo habitual y siga precisando la debida asistencia sanitaria hasta obtener su rehabilitación, pero también que en esa situación no efectúe actividades inadecuadas para lograr lo antes posible su reincorporación al trabajo, ya que durante la misma deja de cumplir con la prestación principal a la que se ha obligado por razón del contrato de trabajo que le vincula con su empresario: trabajar.

### **Supuesto nº 2. Actividades que retrasen la curación. Consumos incompatibles con la medicación prescrita (TSJ Madrid 22-6-22)**

El trabajador, que presta servicios como camarero, el 1-7-2021 inicia un proceso de IT que tiene su causa en un trastorno adaptativo mixto, prescribiéndose un tratamiento

farmacológico en el que el consumo de alcohol y otras sustancias está contraindicado. La empresa contrata los servicios de un detective privado que comprueba que durante varios días ha acudido a diferentes establecimientos de hostelería consumiendo alcohol en todas las ocasiones, mostrando en alguna ocasión signos de afección alcohólica. La empresa procede al despido del trabajador por esta causa al considerar producida una transgresión de la buena fe contractual.

Tanto el juzgado como el TSJ declaran la procedencia del despido. Recuerdan que la doctrina del TS establece que la realización de trabajos durante la situación de IT cuando, a través de la actividad realizada, se dificulta seriamente el proceso de curación o se evidencia la aptitud laboral del trabajador, constituyen una transgresión de la buena fe contractual sancionable con el despido. Se refiere no solo a trabajos necesariamente remunerados, sino a cualquier actividad contraindicada para la situación clínica incapacitante.

En el supuesto enjuiciado ambos órganos judiciales llegan a la conclusión que la ingesta de estas bebidas compromete la duración de la IT, pudiendo producir efectos secundarios graves y provocar retraso en la recuperación. Señalan que, aunque la actividad lúdica es plenamente compatible con su patología, no lo es la ingesta de alcohol en cantidades relevantes. Por tanto se trata de una conducta que perturba su curación y por tanto es causa de despido.

### **Supuesto nº.3 Validez del informe de detectives en el control de la IT Actividades incompatibles con la causa de la baja (TSJ Canarias Sta. Cruz de Tenerife 8-6-22)**

El trabajador, que presta servicios como conductor, se encuentra la situación de IT por padecer una lesión de columna prescribiéndole reposo relativo. La empresa contrata a una empresa de detectives que acredita que durante su situación de baja realiza labores de albañilería en una casa de su propiedad que utiliza como segunda residencia. Como consecuencia de ello, la empresa procede al despido del trabajador por transgresión de la buena fe contractual al realizar actividades incompatibles con su situación de baja. Las cuestiones debatidas son las siguientes:

a) Validez del informe de detectives. El trabajador considera que el informe de la agencia de detectives debe ser declarado nulo al constar de fotografías tomadas en el interior de la vivienda, vulnerando el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Aplicando la doctrina constitucional, el TS señala que, aunque la Ley de seguridad privada (art.48) impide que los actos de investigación se realicen en el interior de recintos cerrados calificables como domicilio, no impide que la investigación incluya hechos percibidos por los sentidos que, aunque ocurran en el interior del domicilio puedan ser captados desde el

exterior, sin necesidad de artificio alguno, directamente por los sentidos (hechos ocurridos en los espacios del domicilio al aire libre y visibles desde el exterior, como terrazas o azotea, lo que pueda verse a través de una ventana o puerta abierta; o los ruidos, olores o vibraciones que, procedentes del interior del domicilio, sean perceptibles desde su exterior por otra persona. El límite está en que para la captación de aquello que trasciende desde el interior del domicilio hacia el exterior no es posible el empleo de artificios técnicos que permitan al observador percibir más de lo que le permitirían sus propios sentidos (prismáticos para ver a través de una ventana o una antena para captar sonidos que no serían audibles desde el exterior).

En el supuesto enjuiciado solo una pequeña parte de las fotografías fueron tomadas con estos artificios técnicos (cámara con zoom) y que enfocan al interior de la vivienda. Por el contrario, la mayoría de las fotografías han sido tomadas en el exterior de la vivienda, reflejando al trabajador agachándose, doblando la espalda, o cargando pesos. Por tanto, se concluye que la posible irregularidad de una parte de las imágenes no puede invalidar el informe de detectives en su conjunto.

b) Respecto de la compatibilidad de la actividad con el trabajo. Para que concurra gravedad suficiente en la conducta para ser causa de despido, la doctrina del TS establece que es preciso que el hecho realizado durante la IT: a) implique un perjuicio o para su curación prolongando innecesariamente la situación; o b) que las actividades realizadas evidencien la existencia de aptitud para el trabajo, por requerir los mismos esfuerzos que las tareas propias del puesto de trabajo. Por el contrario, no justifica la extinción del contrato la realización de actividades que fueran compatibles con los requerimientos terapéuticos de la enfermedad por la que se estuviera en IT y que no indicaran aptitud para el trabajo. Es irrelevante que la conducta incompatible sea o no lucrativa.

En el supuesto enjuiciado, al contrario que el juzgado de lo social, el TSJ entiende que, a pesar de se le hubiera prescrito solamente reposo relativo, ese tipo de reposo es claramente incompatible no solo con conducir durante varias horas, sino con los esfuerzos físicos asociados a los trabajos de albañilería, que implica cargar pesos que pueden llegar a ser importantes, flexiones mantenidas o forzadas de la columna. Se trata de actividades claramente contraproducentes con las patologías por las que el demandante fue dado de baja. En definitiva, considera que existe una trasgresión de la buena fe contractual y se declara la procedencia del despido.

## **16. El TS extiende la imposibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada a los fijos discontinuos que prestan servicios en fechas inciertas**

**STSUD 12-7-22**

### **Resumen**

El TS deniega el derecho de los trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios a jornada completa en fechas no ciertas a acceder a la jubilación parcial pues no cumplen el requisito de llevar a cabo una actividad laboral a tiempo completo equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua.

### **Fijo discontinuo y jubilación parcial**

Una trabajadora que presta servicios a jornada completa como fija discontinua en fechas no ciertas solicita la pensión de jubilación parcial anticipada tras suscribir con la empresa un contrato a tiempo parcial del 25% de jornada asociado a un contrato de relevo indefinido y a tiempo completo. El INSS deniega la solicitud al considerar que a estos contratos no cabe atribuirles la naturaleza de contratos a tiempo completo para permitir el acceso a la jubilación parcial.

La trabajadora recurre, entonces, judicialmente obteniendo sentencia favorable tanto en primera instancia como en suplicación. El INSS y la TGSS recurren en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si un trabajador fijo discontinuo cuya actividad se desarrolla en fechas inciertas puede acceder a la jubilación parcial.

El TS ya ha señalado que para acceder a la jubilación parcial es preciso que el solicitante lleve a cabo una actividad laboral a tiempo completo, negando tal naturaleza al contrato de trabajo del fijo discontinuo en el que la actividad se produce en fechas ciertas (TS 12-4-11, EDJ 99984). Respecto de los fijos discontinuos con actividad en fechas inciertas, no comparte el argumento de la sentencia recurrida de que son trabajadores a tiempo completo -en contraposición con los que desarrollan una actividad en fechas ciertas que lo son a tiempo parcial- lo que permite el acceso a la a jubilación parcial. Considera que la condición de trabajador a tiempo completo conforme a la regulación laboral no se extiende a la regulación de la LGSS ya que equipara los trabajadores fijos discontinuos con los trabajadores a tiempo parcial, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas. El concepto a tiempo completo al

que se refiere la LGSS se refiere a la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua. Lo que prima a estos efectos no es la forma en que se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa.

Una interpretación contraria carecería de lógica y justificación pues podría ocurrir que un trabajo a tiempo parcial en cómputo anual de 10 meses cada año no podría acceder a la jubilación parcial anticipada, mientras que un fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas y que trabaja 3 meses al año, si podría acceder a tan excepcional jubilación.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por la entidad gestora.

Nota:

La sentencia contiene un voto particular que considera que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada de contraste

## **17. Despido nulo. El período transcurrido hasta la readmisión también devenga vacaciones**

**STSUD 14-7-22**

### **Resumen**

El TS reitera que la restitución de la relación laboral que provoca la declaración de nulidad de un despido también debe suponer el devengo de las vacaciones durante el periodo en el que no desempeña su trabajo por causas imputables a la empresa. Se asimila a un período de trabajo efectivo.

### **Devengo de vacaciones tras despido nulo**

La trabajadora es despedida con efectos del 6-9- 2017. Impugnado el despido, este es declarado nulo, procediendo la readmisión de la trabajadora el 9-5-2018. La empresa le abona los salarios de tramitación y la trabajadora solicita los 20 días de vacaciones devengados desde la fecha del despido hasta la de la readmisión. Al denegarse la solicitud, la trabajadora interpone demanda que es estimada tanto en la instancia como en suplicación, por lo que la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión debatida consiste en determinar si tiene derecho a vacaciones una trabajadora despedida en relación con el periodo de tiempo transcurrido desde la fecha del despido hasta la de su readmisión.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su doctrina (TS 11-5-21, EDJ 570203; 27-5-19, EDJ 647033) ha reconocido el derecho a las vacaciones no disfrutadas durante el tiempo en que el actor estuvo despedido. Dicha doctrina es aplicable tanto cuando el despido se califique de improcedente como cuando se califique como nulo porque en ambos supuestos concurre la misma involuntariedad en la interrupción en la prestación de servicios, la readmisión y restauración completa del vínculo laboral. Entiende que la restitución de la relación laboral que provoca una declaración de nulidad de un despido también debe suponer el devengo de las vacaciones durante el periodo en el que no desempeña su trabajo por causas imputables a la empresa.

En el mismo sentido, el TS recuerda que la jurisprudencia del TJUE (TJUE 25-6-20, C-762/18 y C-37/19) ha interpretado contraria al derecho de la UE una jurisprudencia nacional según la cual un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, tras la anulación de su despido mediante resolución judicial, no tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas en relación con el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, debido a que, durante ese período, dicho trabajador no ha realizado un trabajo efectivo al servicio del empleador. Considera que esta situación es una consecuencia del despido ilícito ya que, de no haberse producido, el trabajador habría podido trabajar durante el citado período y, por tanto, ejercer su derecho a las vacaciones anuales.

Por tanto, aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado el TS concluye la trabajadora tiene derecho a disfrutar de las vacaciones devengadas durante el lapso temporal desde que fue despedida hasta que fue readmitida, en los que percibió los salarios de tramitación, lo que supone la desestimación del recurso para la unificación de doctrina.

## **18. Mejoras en las condiciones de trabajo y la protección de los empleados de hogar**

**RDL 16/2022, BOE 8-9-22**

### **Resumen**

Con vigencia desde el 9-9-2022 se publica el RDL 16/2022. La norma introduce mejoras en las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. A tal efecto, se incluyen modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales, cotización y prestación por desempleo y en las causas de extinción de los contratos de este colectivo.

### **Cambios en la relación especial de empleados de hogar**

Con vigencia desde el 9-9-2022 se publica el RDL 16/2022 que introduce mejoras en las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. A tal efecto, se introducen modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales, cotización y prestación por desempleo y extinción de los contratos. Las modificaciones incluidas son las siguientes.

### **Mejora de las condiciones de trabajo en los contratos vigentes a partir del 9-9-2022**

a) Se presume el carácter indefinido y a jornada completa del contrato de trabajo que no se realice por escrito, cualquiera que sea su duración (antes solo para los contratos de duración superior a 4 semanas) (RD 1620/2011 art.5 redacc RDL 16/2022).

b) Se amplía la protección de este colectivo frente al despido al eliminarse la figura del desistimiento que permitía el despido sin causa abonando una indemnización de 12 días por año de servicio. A partir de ahora la extinción del contrato solo se podrá producir por causas justificadas, entre las que se incluyen expresamente: la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar y la pérdida de confianza por el comportamiento de la persona empleada de hogar (RD 1620/2011 art.11 redacc RDL 16/2022).

c) Prevención de riesgos laborales. Se modifica la LPRL con la finalidad de garantizar a las personas al servicio del hogar familiar un nivel de protección de la salud y seguridad en el trabajo equivalente al de las restantes personas trabajadoras, teniendo en cuenta sus

características específicas, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente (LPRL art.3.4 y disp.adic.18ª redacc RDL 16/2022).

### **Modificaciones en materia de Seguridad Social**

a) A partir del 1-1-2023, el obligado a llevar a cabo la afiliación, alta, baja y variaciones de datos, así como el ingreso de las cotizaciones de los empleados de hogar va a ser en todo caso, el empleador. Se suprime, así, la posibilidad de acordar con las personas empleadas de hogar que presten servicios durante menos de 60 horas al mes, que sean estos quienes lleven a cabo estos trámites (RD 84/1996 art.43.2 y RD 2064/1995 art.34 bis redacc RDL 16/2022).

Durante el mes de enero de 2023, los empleadores deberán comunicar a la TGSS los datos necesarios para llevar a cabo estas cotizaciones respecto de los trabajadores con quienes hubieran acordado antes del 8-9-2022 la asunción de la obligación de cotización, así como la entidad por la que optan a efectos de la cobertura de las contingencias profesionales (RDL 16/2022 disp.adic.2ª).

b) Se amplía la acción protectora de este colectivo:

A partir del 9-9-2022, en caso de insolvencia del empleador o concurso, las personas al servicio del hogar familiar quedan incluidas en el ámbito de protección del FOGASA (ET art.33.2 y RD 505/1985 art.11.d redacc RDL 16/2022). El límite de indemnización a abonar por el FOGASA es de 12 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con el límite de 6 mensualidades (RD 505/1985 art. 19.6 redacc RDL 16/2022).

Así mismo, como consecuencia de lo establecido por la del TJUE 24-2-2022 (ver novedad), se modifica la LGSS para incluir la protección por desempleo dentro de la acción protectora del Sistema especial de empleados de hogar (LGSS art. 251 redacc RDL 16/2022), considerándose como situación legal por desempleo la extinción del contrato de trabajo del empleado de hogar por causa justificada (LGSS art.267.1.a redacc RDL 16/2022).

La cotización por estas contingencias será obligatoria a partir del 1-10-2022. Hasta el 31-12-2022, la base de cotización se determinará conforme a lo establecido por la LPG 2022 y los tipos de cotización aplicables serán los siguientes (RDL 16/2022 disp.trans.2ª):

Desempleo: 6,05% del que el 5 % a cargo del empleador y el 1,05 % a cargo del empleado.

FOGASA: 0,2 a cargo exclusivo del empleador.

A partir del 1-1-2023, las bases y tipos de cotización aplicables al Sistema especial de empleados de hogar, seguirán la siguiente escala (LGSS disp.trans.16ª redacc RDL 16/2022):

Tramo	Retribución mensual				Base de cotización
	Euros/mes				
1º	Hasta	269,00			250,00
2º	Desde	269,01	Hasta	418,00	357,00
3º	Desde	418,01	Hasta	568,00	493,00
4º	Desde	568,01	Hasta	718,00	643,00
5º	Desde	718,01	Hasta	869,00	794,00
6º	Desde	869,01	Hasta	1.017,00	943,00
7º	Desde	1.017,01	Hasta	1.166,669	1.166,70
8º	Desde	1.166,67			Retribución mensual

A partir del año 2024, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido con carácter general, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente.

c) Se introducen las siguientes modificaciones en los beneficios de cotización aplicables:

1. A partir del 1-10-2022, las personas que tengan contratada o contraten bajo cualquier modalidad contractual a una única persona trabajadora al servicio del hogar y le den de alta en el RGSS, tendrán derecho los siguientes beneficios (RDL 16/2022 disp.adic.1ª):

una reducción del 20% por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes. Cuando cumplan los requisitos de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia de la persona empleadora fijados reglamentariamente, se tratará de una bonificación del 45% o del 30%;

una bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA.

2. A partir del 1-4-2023, se eliminan las bonificaciones del 45% a la contratación de cuidadores en familias numerosas (L 40/2003 art.6 redacc RDL 16/2022). No obstante, las bonificaciones que se estuvieran aplicando a esa fecha mantendrán su vigencia hasta la fecha de efectos de la baja de los cuidadores en el RGSS. Estas bonificaciones son incompatibles con los nuevos beneficios a la cotización (RDL 16/2022 disp.trans.3ª).

Nota:

El RDL 16/2022 introduce modificaciones, entre otras, en las siguientes disposiciones: LGSS, ET, LPRL, L 40/2003, RD 505/1985, RD 2064/1995, RD 84/1996 y RD 1620/2011.

## **19. Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Medidas laborales**

**LO 10/2022, BOE 7-9-22**

### **Resumen**

Se ha publicado la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual que, entre otras, introduce medidas de protección integral y de prevención de la libertad sexual en el ámbito laboral, en el empleo público y en el ámbito del trabajo autónomo.

### **Medidas laborales de la LO 10/2022**

La LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, vigente con carácter general a partir del 7-10-2022, establece medidas encaminadas, entre otros fines, a garantizar la autonomía económica de las víctimas de violencias sexuales a través de ayudas y medidas en el ámbito laboral, en el empleo público y en el ámbito del trabajo autónomo.

a) En relación con las empresas, se establecen las siguientes obligaciones (LO 10/2022 art.12):

- promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos u otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidas las sufridas en el ámbito digital;

- arbitrar procedimientos de prevención y de denuncia de las víctimas;
- promover la sensibilización y ofrecer formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal;
- incluir la violencia sexual en la valoración de riesgos laborales de los puestos de trabajo ocupados por mujeres.

Además, mediante negociación colectiva se van a poder elaborar códigos de buenas prácticas, campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación, entre otras medidas.

Se crea el distintivo “empresas por una sociedad libre de violencia de género” para reconocer a las empresas que adecúen su estructura y normas de funcionamiento a lo establecido en la LO de garantía integral de la libertad sexual.

b) En relación con las víctimas, se amplían a las víctimas de violencia sexual, los siguientes derechos laborales y de Seguridad Social ya reconocidos para las víctimas de violencia de género para hacer frente a su situación (LO 10/2022 art.38):

- reducción o reordenación del tiempo de trabajo;
- movilidad geográfica y cambio de centro de trabajo con reserva de trabajo por un período que se amplía hasta los 12 meses (antes 6 meses). Finalizado este período podrán optar entre regresar a su puesto de trabajo anterior, continuar en el nuevo -decaendo la obligación de reserva- o la extinción de su contrato con derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades.
- adaptación del puesto de trabajo a la situación de discapacidad y apoyos necesarios para su reincorporación;
- suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo por una duración de 6 meses prorrogable judicialmente por períodos de 3 meses hasta un máximo de 18 meses;
- extinción del contrato de trabajo;
- las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se consideran justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud;

- las víctimas de violencias sexuales que, por esta razón, ejerciten su derecho a la suspensión del contrato o reducción de jornada se consideran situación legal de desempleo. También las autónomas víctimas de violencia sexual que cesen su actividad para hacer efectivo su derecho a la protección se considera en situación de cese temporal de actividad, suspendiéndose la obligación de cotizar durante 6 meses que serán considerados de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social.

- en el caso de las extranjeras que denuncien su situación de víctimas de violencias sexuales y que se encuentren en situación irregular no se incoará expediente administrativo sancionador, pudiendo solicitar la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (LO 10/2022 art.36);

- derecho de los hijos de víctimas, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, a percibir una pensión, o en su caso prestación de orfandad (LO 10/2022 art.54).

Además, se considera nulo el despido de las trabajadoras víctimas de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Nota:

Para la adopción de estas medidas la LO 10/2022 introduce modificaciones, entre otras normas, en la LOI, el ET, la LGSS, la LETA, el EBEP y la LOEX.

## **20. Nueva regulación de los contratos para el personal investigador**

**Ley 17/2022, BOE 6/9/22**

### **Resumen**

Con vigencia desde el 7-9-2022 se ha publicado la L 17/2022 que modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación la ley de Ciencia, la Tecnología y la Innovación, introduciendo, entre otras, modificaciones en las disposiciones relativas a la carrera y desarrollo profesional del personal investigador. Asimismo, se establecen obligaciones con relación a la igualdad de género.

## **Modificación en la contratación de los investigadores**

Con vigencia desde el 7-9-2022 se modifica la L 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, introduciendo, entre otras, modificaciones en las disposiciones relativas a la carrera y desarrollo profesional del personal investigador. Asimismo, se establecen obligaciones con relación a la igualdad de género. Con relación a estas cuestiones, las principales modificaciones incluidas son las siguientes:

1. El itinerario postdoctoral se sustenta a través del contrato de acceso de personal investigador doctor, cuya finalidad es la realización de tareas de investigación, orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional. El contrato presenta las siguientes características (L 14/2011 art. 22 redacc L 17/2022) :

a) Duración determinada, con un periodo de duración del contrato de tres años, prorrogables hasta un máximo de 6 años, mediante prórrogas que no pueden tener una duración inferior a un año. Si el contrato se concierta con una persona con discapacidad, el contrato puede alcanzar una duración máxima de ocho años, prórrogas incluidas.

Las situaciones de IT, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, violencia de género o terrorista, durante el período de duración del contrato interrumpen el cómputo del plazo límite de duración del contrato.

b) Dedicación a tiempo completo.

c) La retribución mínima de este contrato es la correspondiente al personal investigador que realice actividades análogas.

d) El personal contratado puede realizar actividad docente hasta un máximo de 100 horas anuales, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades

e) Se incluye una evaluación intermedia de la actividad investigadora desarrollada a la que podrá optar a partir de la finalización del segundo año de contrato. En caso de evaluación positiva, puede ser reconocida con los efectos previstos en el itinerario de acceso estable al Sistema en el que se enmarca el contrato. La evaluación se realiza por el organismo financiador, si el contrato se realiza en el marco de programas de incorporación postdoctoral. En caso contrario, la evaluación podrá realizarse por otro organismo según corresponda de acuerdo con sus competencias en cada caso.

f) A la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, se tendrá derecho a la indemnización prevista para los contratos de duración determinada (ET art.49)

2. Se crea el contrato de actividades científico-técnicas, para la contratación de personal investigador, técnico y de gestión con las siguientes características (L 14/2011 art.23 bis redacc L 17/2022):

a) Puede celebrarse con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora.

b) Dentro de las actividades incluidas en el posible objeto del contrato se encuentra la gestión científico-técnica de líneas de investigación o de servicios científico-técnicos.

c) La duración del contrato es indefinida.

d) Tras la finalización de la relación laboral, corresponde la indemnización establecida en el ET.

3. Con relación al contrato de investigador/a distinguido/a, dirigido exclusivamente a personas de reconocido prestigio que se encarguen de la dirección de centros e instalaciones y de equipos de investigación como investigador/a principal, se establece como novedad que el personal contratado podrá realizar actividad docente hasta un máximo de 100 horas anuales (L 14/2011 art.22 redacc L 17/2022)

4. Se posibilita que los extranjeros que se hallen regularmente en territorio español participen en los procesos selectivos de acceso a la condición de personal investigador funcionario de carrera y a los contratos laborales en los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado de personas extranjeras.

5. Entre otras medidas que fomenten la igualdad de género en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, se establece la obligación de los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación que formen parte del sector público estatal de contar con Planes de Igualdad de género en el ámbito de la I+D+I y con protocolos frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo .

El seguimiento del plan debe ser de carácter anual y los resultados obtenidos suponen la evaluación de su funcionamiento, en su caso, la revisión de los planes aprobados, y serán tenidos en cuenta en todo caso en los planes que se aprueben para períodos posteriores. Los planes deben aprobarse en el plazo de 1 año desde la aprobación desde el 7-9-2022 (L 17/2022 disp adic.5ª)

También se prevé la creación de un distintivo de igualdad de género en I+D+I para centros de investigación, universidades y centros de innovación que acrediten alcanzar criterios de excelencia en igualdad de género e integración de la dimensión de género en los proyectos de I+D+I; y medidas para el apoyo al personal de investigación que pudiera encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

Con relación a los contratos firmados antes del 7-9-2022, estos continuaran subsistentes en las mismas condiciones en que fueron suscritos hasta su finalización, no obstante, a su finalización tendrán derecho a la misma tanto los contratos en vigor como los suscritos a partir del 7-9-2022 (L 17/2022 disp.trans 1 y 2).

## **21. El TCo reitera que las causas de un ERE pactado pueden revisarse en el pleito individual**

**STCo 72/2022**

### **Resumen**

Los trabajadores tienen derecho a impugnar individualmente las causas de despido colectivo de las que deriva la extinción de la relación laboral, aunque este finalice con un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores durante el período de consultas. Denegar esta posibilidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

### **Impugnación individual**

Tras la extinción de su contrato de trabajo en el marco de un despido colectivo, una trabajadora presenta demanda de despido solicitando su improcedencia por no estar suficientemente explicados los criterios de selección de los trabajadores afectados y no concurrir la causa económica alegada justificativa del despido colectivo.

Los tribunales del orden social, en las tres instancias judiciales, alegan falta de competencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 124.13 LRJS, para pronunciarse sobre la concurrencia de la causa económica en el contexto de la impugnación judicial de un despido individual por no haber sido controvertido por los representantes de los trabajadores el despido colectivo del que trae causa.

La trabajadora presenta entonces demanda de amparo ante el TCo planteando la cuestión relativa a si vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva las resoluciones judiciales que

acordaron la falta de competencia del orden social al haberse adoptado el despido colectivo, del que trae causa la extinción de su relación laboral, con acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Para el TCo la fundamentación de las resoluciones, de falta de competencia del orden social, es contraria a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (Const art.24.1), en los términos ya establecidos en la sentencia TCo 140/2021. Esta resolución señalaba que no existe previsión legal expresa que autorice al órgano judicial pueda dilucidar en procesos individuales respecto de la realidad de las causas invocadas para justificar la referida medida colectiva, cuando la representación de los trabajadores no ha impugnado el despido colectivo. Pero tampoco existe base legal que lo excluya, como sí ocurre en otros supuestos de crisis empresarial (modificación sustancial de condiciones de trabajo, ERTE por causas ETOP o fuerza mayor, descuelgue de convenio colectivo), en que el legislador ha dejado claro que, en caso de acuerdo con los representantes de los trabajadores, las causas justificativas de las medidas no pueden ser cuestionadas en procedimientos individuales (ET art.41, 47 y 82).

Por ello, el TCo estima la demanda de amparo y, reconociendo el derecho de la trabajadora a la tutela judicial efectiva, acuerda la retroacción de actuaciones para que desde la primera instancia se produzca un pronunciamiento sobre este motivo de impugnación.

## **22. El TS declara enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano en el sector de ayuda a domicilio**

**STSUD 6-7-22**

### **Resumen**

El TS ha reconocido como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano en el sector de ayuda a domicilio, al considerar que las funciones, trabajos y movimientos repetitivos de las muñecas y dedos que se ven obligadas a realizar las auxiliares de ayuda a domicilio están directamente ligados con el síndrome del túnel carpiano.

### **IT por síndrome del túnel carpiano y enfermedad profesional**

La actora, que prestaba servicios como auxiliar domiciliaria en virtud de un contrato de trabajo indefinido, causó baja laboral desde el 25-4-18 hasta el alta el 17-9-2018. El 25-4-

18 es intervenida quirúrgicamente por exoneurotisis de nervio mediano en el túnel carpiano recibiendo tratamiento rehabilitador hasta la fecha de alta.

La Dirección Provincial de la Seguridad Social resolvió declarar que la contingencia determinante del proceso de incapacidad temporal era enfermedad común.

Disconforme con esta calificación, la trabajadora interpone reclamación judicial que es desestimada tanto en la instancia como en sede de suplicación.

Ya en sede de casación, la cuestión que se plantea en unificación de doctrina consiste en determinar si el síndrome del túnel carpiano debe calificarse como enfermedad profesional en el sector de ayuda a domicilio.

El TS recuerda que se entiende por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifican en el RD 1299/2006, siempre que aquella derive de la acción de las sustancias o elementos que se indican para cada enfermedad profesional. Pero añade que, en numerosas sentencias, se ha reconocido como EP una determinada dolencia cuando está reconocida como tal en dicho RD 1299/2006, aunque se trate de una actividad no incluida expresamente en el listado de profesiones que respecto a ella se relacionan.

Así, la actividad principal de la profesión de auxiliar domiciliaria consiste en atender y ayudar en su propio domicilio a personas que lo necesitan y que no pueden valerse por sí mismos. Por tanto, si bien las tareas de limpieza que realizan pueden parecer más livianas y menos exigentes que las requeridas a las limpiadoras (y eso impide aplicar miméticamente el criterio de la sentencia del TS 5-11-14, que calificó esta lesión como enfermedad profesional para la profesión de limpiadora), ello no desvirtúa el hecho de que la ejecución de tales tareas es uno de los aspectos principales y más relevantes de su actividad, a lo que se suman otras tareas que requieren importantes esfuerzos sostenidos y posturas forzadas con las muñecas a la hora de manipular, planchar, lavar la ropa de los usuarios; ayudarles físicamente en sus movimientos y en sus necesidades de higiene personal, así como al levantarse, acostarse, sentarse o desplazarse por la vivienda.

Todas estas tareas requieren continuos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptibles de generar el síndrome del túnel carpiano, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad, sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer esa dolencia entre las enfermedades legalmente codificadas (TS 10-3-20).

## **23. La empresa debe mantener los puestos de trabajo de los empleados subcontratados aunque tenga personal propio**

**STSJ País Vasco 1-3-22**

### **Resumen**

En caso de reversión de un servicio de limpieza, la empresa principal debe subrogarse en los contratos de los trabajadores que venían prestando el servicio, cuando para desarrollar la actividad procede a la contratación de nuevo personal. El cese de los trabajadores constituye despido colectivo encubierto nulo al no haberse seguido los trámites previstos.

### **Reversión del servicio de limpieza y sucesión de empresa**

En diciembre de 2018 la empresa principal, titular de varios centros sanitarios, suscribe un contrato con otra empresa para la prestación de los servicios de limpieza en todos sus centros.

En el pliego de condiciones se hace constar que la adjudicataria debía subrogar al personal que, en el momento de la adjudicación, viniese prestando servicios de limpieza, así como informar de cualquier acuerdo que se alcanzase por la contratista sobre las condiciones salariales.

El 30-9-2021 la empresa propietaria de los centros sanitarios comunica mediante burofax que no iba a proceder a la prórroga del contrato suscrito para la limpieza, por lo que el mismo quedaba resuelto con efectos desde el 31-12-2021. Asimismo, se niega a hacerse cargo de los trabajadores de limpieza, alegando que asumía la prestación del servicio con medios propios y, por tanto, no existía obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de este personal. Además, procede a la contratación de limpiadores para gestionar el servicio de forma interna.

Disconforme con esta actuación empresarial, se interpone demanda por el sindicato ELA, a la que se adhirieron los sindicatos CCOO, LAB y UGT.

La Sala de lo social del TSJ estima la demanda y declara nulo el despido de 76 trabajadores de limpieza, en su mayoría mujeres, que habían reivindicado sus derechos tanto en vía judicial como a través de la negociación colectiva y del ejercicio del derecho a la huelga.

La cuestión principal que se plantea consiste en determinar si ha existido sucesión de empresa, por lo que la empresa propietaria de los centros sanitarios ha extinguido, por no asumir a los trabajadores, los contratos de trabajo existentes haciéndolo de facto, sin instrumentalizar un medio idóneo para ello; o, de no concurrir dicha sucesión, si la empresa adjudicataria del servicio de limpieza ha actuado irregularmente al pretender que procedía la sucesión de empresa y no articular la medida de despido objetivo ex art.51 ET.

El servicio de limpieza de las clínicas constituye una unidad productiva y económica autónoma con sustantividad propia que se había externalizado y se vuelve a reintegrar a la empresa sanitaria. El TSJ recuerda que la sucesión de empresa no procede cuando lo que acontece es la asunción por medios propios de la actividad que anteriormente se había externalizado por la empresa principal (TS 8-6-21, EDJ 602086).

Pero, en este caso, se procede a la contratación de nuevos trabajadores. La Sala considera que existe subrogación y que constituye despido colectivo encubierto y en fraude de ley que el servicio de limpieza no sea asumido por la nueva adjudicataria del servicio, la empresa sanitaria, por lo que declara el derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo y el correspondiente percibo de los salarios de tramitación desde la extinción hasta la readmisión, excluyendo a la empresa de limpieza de cualquier responsabilidad del despido.

Se reconoce, asimismo, el derecho a una indemnización por vulneración de derechos fundamentales por importe de 40.000€ en favor del sindicato demandante y de 1.000€ en favor de cada uno de los trabajadores afectados.

NOTA. La resolución es susceptible de recurso de casación ordinaria.