

NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

Octubre 2023



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

ÍNDICE

1. Incapacidad del empresario y cierre de empresa: ¿qué plazo es razonable para extinguir los contratos?	4
2. Retrasar media hora la salida del trabajo no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo	6
3. ¿Finaliza el plazo para que los autónomos comuniquen sus datos de cotización a la TGSS?	7
4. La AN contradice a la DGTr y niega que el salario base del convenio deba respetar la cuantía del SMI	8
5. Empresa con varias actividades: ¿qué convenio colectivo se aplica?	9
STSUD 10-10-23.....	9
6. El TJUE declara que conceder una retribución complementaria por superar un cierto número de horas de trabajo es discriminatorio para los trabajadores a tiempo parcial.....	11
7. Adaptación de jornada por conciliación: ¿puede denegarse el teletrabajo por las exigencias de un cliente?.....	13
8. El TS sienta jurisprudencia: las extinciones voluntarias del contrato a instancias del empresario computan a efectos de los umbrales del despido colectivo	15
9. ¿Puede el FOGASA rebajar las cantidades reconocidas por silencio positivo?	17
STSUD 20-9-23.....	17
10. Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (4º trimestre 2023)	18
11. Actuación de la ITSS. ¿Puede interrumpir los entrenamientos de un club de fútbol?	20
12. El TS cambia su doctrina sobre el acceso a suplicación de las sentencias sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo	22
13. ¿Qué periodicidad deben tener los reconocimientos médicos de empresa?.....	24
14. Las desconexiones por cortes de luz o internet no imputables al teletrabajador son tiempo efectivo de trabajo	25
15. El TS reitera que las operaciones voluntarias de corrección de la vista son causa de IT	27
16. Reducción de jornada por guarda legal: ¿cuándo puede la empresa rechazar el horario solicitado?.....	29
17. Accidente de trabajador cedido por ETT: ¿quién responde los incumplimientos en materia de formación preventiva?	31

18. ¿Es necesario acreditar sospechas fundadas de incumplimiento laboral para que sea válida la prueba de detectives?.....	33
19. La conversión del contrato en fijo discontinuo es voluntaria para el trabajador.....	35
20. Sustituir el correo electrónico por una app como medio para distribuir información no vulnera el derecho a la libertad sindical	36
21. ¿Se puede solicitar el traslado de centro de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral?.....	38
22. ¿Es necesario informar a los trabajadores sobre la instalación de un sistema de videovigilancia anterior a la LOPD/2018?.....	39

1. Incapacidad del empresario y cierre de empresa: ¿qué plazo es razonable para extinguir los contratos?

STSUD 27-9-23

El TS declara procedente una extinción del contrato por incapacidad permanente del empresario, aunque han transcurrido más de 10 meses entre la declaración de IPA y la extinción de los contratos. Considera que este plazo es razonable para facilitar la transmisión o, en su caso, la liquidación y el cierre del negocio, sin que impida esta consideración que durante un lapso de tiempo la empresaria haya delegado en una trabajadora sus funciones para la buscar soluciones y mantener los puestos de trabajo.

Plazo prudencial o razonable

El trabajador presta servicios para un establecimiento de hostelería. En diciembre de 2018, a la empresaria titular del negocio se le reconoce en situación de IPA (incapacidad permanente absoluta), por lo que en enero de 2019, una de las trabajadoras asume las funciones de dirección, gestión comercial y representación legal propias de la titularidad de la empresa. El 11-10-2019, la trabajadora comunica a la empresaria su decisión irrevocable de dimitir en estas funciones. y el 15-10-2019 la empresa comunica a los trabajadores el cese de la actividad empresarial, con la correspondiente extinción de los contratos (ET art.49.1.g). La causa es la situación de IPA de la titular del negocio, unido a un agravamiento de su enfermedad.

Uno de los trabajadores interpone demanda contra la extinción de su contrato, que se estima en suplicación. El TSJ considera que cuando la empresaria fue declarada afecta de IPA no decidió cesar en su actividad ni cerrar el negocio; sino que nombró a otra trabajadora para que asumiera sus funciones, pasando más de 10 meses, y generando en el trabajador la expectativa de continuar trabajando, a pesar de su incapacidad de la empresaria. Disconformes, al haber fallecido la empresaria, sus herederos interponen recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si, atendiendo el plazo de tiempo existente entre el reconocimiento de la situación de Incapacidad permanente y la comunicación de la extinción del contrato, esta circunstancia constituye o no causa válida de extinción de la relación laboral o si, por el contrario, se trata de un despido improcedente

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que el ET art.49.1 g establece como causas de extinción de la relación laboral, la jubilación, incapacidad o muerte del empresario, sin

perjuicio de la posible sucesión de empresa (ET art.44). Además, al analizar esta causa de extinción del contrato, la jurisprudencia del TS ha establecido lo siguiente:

1. La incapacidad, jubilación o fallecimiento de empresario no justifican por sí solas la extinción de los contratos de trabajo, dado que tal justificación requiere que las mismas ocasionen el cese del negocio. Por lo que, si éste continúa después, ya por haber sido transmitido a otra persona o entidad, ya por nombrar a un gerente o encargado que lo dirija o explote, conservando él la propiedad del mismo, no pueden ser válidamente extinguidos los contratos de trabajo.

2. No es necesario que la jubilación, incapacidad o fallecimiento del empresario coincida con el cierre de la empresa y subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, ya que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial y señala que la finalidad de ese plazo es facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión.

3. La duración de este plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, ya no puede fijarse una regla general aplicable a todos los supuestos.

En el supuesto enjuiciado, aunque han transcurrido más de 10 meses entre la declaración de IPA y la extinción de los contratos, el TS considera que se trata de un plazo razonable, ya que cumple con el objetivo con el que ha sido configurado jurisprudencialmente: facilitar la transmisión, o la liquidación y cierre del negocio. Además, no impide esta consideración que durante un lapso de tiempo, la empresaria haya delegado sus funciones en otra persona para la buscar soluciones y mantener los puestos de trabajo. Por todo ello, el TS concluye que la extinción de los contratos y la decisión de poner fin a la actividad es una consecuencia a la situación de incapacidad que sufría la empresaria, del empeoramiento y del fracaso de la gestión encomendada a una de sus trabajadoras y debe declararse la procedencia

Se estima el recurso planteado casando y anulando la sentencia dictada por el TSJ.

2. Retrasar media hora la salida del trabajo no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo

STSJ Aragón 5-10-23

El TSJ Aragón considera que retrasar el horario de salida del trabajo en media hora no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando se permite retrasar también la hora de entrada, ya que entiende que no se producen perjuicios para los trabajadores afectados. Tampoco se vulnera el principio de igualdad dado que la medida afecta por igual a hombres y mujeres.

Consideración del deslizamiento horario como MSCT

La cuestión que el TSJ Aragón analiza en procedimiento de conflicto colectivo se centra en la posible calificación como modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la decisión empresarial de retrasar en media hora la salida de los trabajadores del turno de tarde.

En junio de 2023 la cadena de supermercados demandada comunica a los trabajadores procedentes de las tiendas de dos multinacionales del sector adquiridas, tras subrogarse en sus contratos de trabajo, la modificación del horario de atención al público que pasa a ser de 9.00 a 21.30 -antes de 9.00 a 21.00- permitiendo que los trabajadores del turno de tarde que van a ver retrasada la finalización de su jornada en media hora retrasen también su hora de entrada. Esta medida no afecta a quienes disfrutaban de una reducción de jornada, los que desempeñan servicios en mostradores o en turno de mañana.

Disconforme con esta decisión empresarial la representación sindical de los trabajadores afectados interpone demanda de conflicto colectivo en la que suplica que se declare nula y sin efecto o, subsidiariamente improcedente, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo referida por no haber seguido la empresa el procedimiento previsto en el ET art.41.

En primer lugar, el TSJ recuerda que el empresario puede, en ejercicio del ius variandi, introducir aquellas modificaciones que no tengan carácter sustancial, sin necesidad de justificación causal ni formalidad alguna.

Por el contrario, solo puede adoptar modificaciones sustanciales cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y siguiendo el procedimiento previsto en el art.41 del ET, que exige una negociación previa con los representantes legales de los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo.

A estos efectos, el carácter sustancial de la modificación no se refiere a que la condición sea sustancial, sino a que sea sustancial la propia modificación. Y, en relación al horario, no toda modificación tiene carácter sustancial; debe ser un cambio relevante que implique una mayor onerosidad de la prestación de los trabajadores.

La Sala también recuerda que el TS ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en sentencia del TS 10-10-05, en la que calificó como no sustancial una modificación impuesta a los trabajadores consistente en entrar y salir media hora más tarde del trabajo, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano. Y, aunque la sentencia es efectivamente anterior a la publicación de la LO 3/2007, para la igualdad de hombres o mujeres, no puede apreciarse en el caso de autos vulneración del principio de igualdad ya que la medida afecta por igual a hombres y mujeres.

No considera aplicable la sentencia del TSJ País Vasco 16-7-19, que sí calificó como sustancial retrasar en media hora la salida de los trabajadores, ya que no se producía un retraso equivalente en la hora de entrada. Contar con media hora más para comer no compensaba los perjuicios causados a los trabajadores.

Tomando en consideración todos estos criterios, el TSJ Aragón desestima la demanda y concluye que no puede calificarse como más oneroso el deslizamiento del horario de los trabajadores afectados que van a salir del trabajo media hora más tarde, cuando también se les permite entrar media hora más tarde; además, también podría considerarse más beneficioso entrar por las tardes media hora más tarde. A ello se añade que la empresa justifica el cambio por la necesidad de acomodarse a los horarios de cierre de otros establecimientos de la competencia para evitar la pérdida de clientes.

3. ¿Finaliza el plazo para que los autónomos comuniquen sus datos de cotización a la TGSS?

RD 504/2022, BOE 28-6-21

El 31 de octubre finaliza el plazo para que los trabajadores autónomos que ya estuvieran de alta en el RETA a 1-1-2023, comuniquen su datos a la TGSS a efectos de la aplicación de la base de cotización. No obstante, está previsto que este plazo se amplíe.

Plazo de comunicación de datos

Desde el 1-1-2023, los trabajadores autónomos deben efectuar, en el mismo momento de solicitar el alta, una declaración del promedio mensual de los rendimientos económicos netos anuales que prevean obtener por su actividad económica o profesional. En ese momento, deben también elegir la base de cotización mensual, dentro del plazo para formular el alta.

Para los trabajadores autónomos que ya estuvieran de alta en el RETA a 1-1-2023, se estableció un período transitorio para comunicar estos datos. Hasta la comunicación de estos datos, debían cotizar por la base correspondiente al mes de diciembre de 2022, con los incrementos establecidos en la LPGE, siempre que se encuentre en alguno de los tramos de las tablas, general o reducida, vigentes durante el año 2023.

Pues bien, este período transitorio finaliza el 31-10-2023 (RD 504/2022 disp.trans.única). No obstante, está pendiente de aprobación un RD que prevé la ampliación de este plazo hasta el 31-3-2024.

El 31 de octubre finaliza también el plazo para solicitar el cambio de base de cotización con efectos de 1 de noviembre. La solicitud de cambio debe ir acompañada una declaración del promedio mensual de los rendimientos económicos netos anuales.

4. La AN contradice a la DGTr y niega que el salario base del convenio deba respetar la cuantía del SMI

SAN 25-9-23

La AN desestima la demanda presentada de oficio por la DGTr y rechaza que deban declararse nulas las tablas salariales que establecen un salario base inferior al SMI. La norma que fija la cuantía del SMI establece una garantía salarial mínima de los trabajadores que debe alcanzarse mediante la suma del conjunto de retribuciones salariales, no siendo exigible que se alcance en el concepto del salario base.

Salario base y SMI

Se presenta para su registro en el REGCON el acuerdo de revisión salarial del convenio colectivo de la industria textil y de la confección. A la vista de que las tablas salariales para 2023 establecen, para determinados grupos, un salario base inferior a la cuantía del SMI, la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social solicita aclaración a la mesa

negociadora del convenio colectivo. Ante la falta de respuesta, la DGTr presenta demanda de oficio solicitando que se declare la nulidad de las tablas salariales, a la que se adhieren CCOO y UGT.

La AN recuerda que la finalidad de la norma que fija la cuantía del SMI es establecer una garantía salarial mínima de los trabajadores, que tienen derecho a percibir, en cómputo anual y por todos los conceptos, la cantidad que se fije para cada ejercicio.

Debe tenerse en cuenta que la revisión del SMI no puede afectar a la estructura y cuantía de los salarios fijados cuando estos, en su conjunto, sean superiores a aquel (ET art.27.1). Por lo tanto, la forma de asegurar la cuantía del SMI es teniendo en cuenta la suma del conjunto de retribuciones salariales, y no el salario base individualmente considerado.

Si se estimara la tesis de considerar que el salario base debe respetar la cuantía del SMI, se estaría otorgando al Gobierno la potestad de determinar el salario a percibir, sin tener en cuenta las particularidades de cada sector o del trabajador y descartando lo ya negociado en convenio colectivo o contrato de trabajo. Además, supondría anular el mecanismo de la compensación y absorción para los casos de percepciones salariales superiores en su conjunto y en cómputo anual a la fijada para el SMI.

Termina señalando la AN, que podrían surgir dudas sobre qué conceptos incluir para alcanzar, en cómputo anual, la cuantía del SMI, o sobre su naturaleza salarial o extrasalarial a efectos de aplicar el mecanismo de compensación y absorción. Pero esta cuestión no se plantea en la demanda, y para su resolución pueden articularse las acciones pertinentes.

Por ello, la AN desestima la demanda y considera que las tablas salariales impugnadas son conformes con la normativa del SMI.

5. Empresa con varias actividades: ¿qué convenio colectivo se aplica?

STSUD 10-10-23

El TS reitera que, aunque algunos trabajadores lleven a cabo actividades fuera del ámbito convencional de la empresa, se les debe aplicar el mismo convenio ya que es la actividad principal de la empresa la que determina el convenio aplicable (principio de preponderancia y de unidad de empresa).

Convenio colectivo aplicable

El trabajador presta servicios para la empresa, con la categoría de conductor y mediante contrato temporal. En el contrato se indica que la actividad de la empresa es la de alquiler vehículos, con aplicación de “convenio colectivo de alquiler de vehículos con y sin conductor”. Sus servicios consistían en trasladar personas desde un hotel al aeropuerto y viceversa, utilizando vehículos de más de 9 plazas en algunas ocasiones o más pequeños en otras. El trabajador era el encargado del lavado del vehículo, del repostaje y de la subida y bajada de maletas al coche.

La empresa extingue el contrato de trabajo y el trabajador, que considera que debió haberse aplicado el convenio colectivo de transporte de viajeros por carretera, interpone demanda en reclamación de cantidad. La instancia se desestima la demanda, lo que se confirma en suplicación. El TSJ considera aplicable el principio de preponderancia y de unidad de empresa, que supone que, aunque algunos trabajadores lleven a cabo actividades fuera del ámbito convencional de la empresa, se les debe aplicar el mismo convenio ya que es la actividad principal de la empresa la que determina el convenio aplicable. Además, consideran que no se ha acreditado que el trabajador condujese únicamente vehículos de más de 9 plazas. El trabajador plantea recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en determinar cuál es el convenio colectivo aplicable cuando la actividad del trabajador, conductor de profesión, podría estar comprendida en el ámbito de aplicación de dos convenios distintos (transporte de viajeros por carretera o de alquiler de vehículos con y sin conductor).

El TS recuerda que la jurisprudencia de la sala ha venido estableciendo la aplicación del criterio de unidad de empresa complementado con el de la actividad preponderante de la misma para resolver los problemas relativos a la determinación del convenio aplicable en aquellos supuestos, como el presente, en los que la actividad que realiza el trabajador puede incardinarse en el ámbito de aplicación de más de un convenio colectivo (TS 25-1-22, rec 1565/2020).

Así ha señalado que el ámbito funcional del convenio está referido a las actividades productivas o empresas afectadas por el convenio, señalando que cuando las actividades de la empresa puedan subsumirse en varios convenios colectivos, debe aplicarse aquel que se corresponda con la actividad preponderante de la empresa (TS 31-10-03, Rec. 17/2002; 15-12-15, Rec. 349/14). Asimismo, recuerdan que la determinación del convenio colectivo aplicable no es disponible ni renunciable para las partes, sino que se trata de una cuestión indisponible y de orden público, de manera que no cabe elegir, ni adherirse, ni aplicar un

convenio colectivo distinto del que debe aplicarse por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la empresa.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, el TS considera que el convenio colectivo de alquiler de vehículos con y sin conductor ha sido aplicado correctamente. En efecto, la empresa se dedica al alquiler de vehículos con conductor y su actividad no puede incardinarse en el sector del Transportes de Viajeros por Carretera de los Servicios Discrecionales y Turísticos, Regulares Especiales, Regulares Temporales y Regulares de Uso Especial, ya que este se circunscribe a «todas las empresas de transporte de viajeros por carretera de la Comunidad de Madrid que presten servicios discrecionales y turísticos, regulares temporales y regulares de uso especial». Señala que el hecho de que la actividad del trabajador se realizase en algunas ocasiones en vehículos para más de 9 personas no puede implicar que su actividad no quede incluida en el ámbito de aplicación del convenio de la actividad preponderante de la empresa, sin perjuicio de que pudiera existir una infracción administrativa por incumplimiento de las previsiones contenidas en el Reglamento de ordenación del transporte terrestre.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y se confirma la sentencia dictada por el TSJ.

6. El TJUE declara que conceder una retribución complementaria por superar un cierto número de horas de trabajo es discriminatorio para los trabajadores a tiempo parcial

STJUE 19-10-23, C-660/20

El TJUE declara que es contrario al derecho de la UE y supone una discriminación para los trabajadores a tiempo parcial, establecer, mediante el contrato de trabajo, una retribución complementaria que se percibe cuando las horas de actividad realizadas en un mes superan un umbral fijado en el contrato de trabajo; y este umbral es el mismo para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

Discriminación de trabajador a tiempo parcial

Un piloto alemán trabaja a tiempo parcial para una compañía aérea. Su contrato de trabajo estipula que percibe un salario base que depende del tiempo de actividad de vuelo. Además, puede percibir una retribución

complementaria si realiza, en un mes, un determinado número de horas de actividad de vuelo y supera los umbrales fijados a este respecto en su contrato de trabajo. Estos umbrales son idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para los que trabajan a tiempo parcial.

El trabajador considera que sería necesario reducir los umbrales teniendo en cuenta el número de horas que realiza, puesto que trabaja a tiempo parcial. Considera que tiene derecho a una retribución complementaria, ya que superaría los umbrales de activación si estos se redujeran en proporción al tiempo de trabajo. Por ello, presenta demanda ante los tribunales de justicia alemanes.

Para resolver la cuestión el Tribunal Supremo de lo Laboral alemán, que conoce del litigio plantea ante el TJUE cuestión prejudicial planteando si unas normas nacionales que exigen que un trabajador a tiempo parcial realice el mismo número de horas de trabajo que un trabajador a tiempo completo para obtener una retribución complementaria constituyen un supuesto de discriminación prohibida por el Derecho de la UE.

El TJUE responde afirmativamente y las razones alegadas son las siguientes:

a) Cuando prestan servicios, los trabajadores a tiempo parcial ejercen las mismas funciones que los trabajadores contratados por el mismo empresario a tiempo completo u ocupan el mismo puesto que estos. Por lo tanto, considera que las situaciones de

estas dos categorías de trabajadores son comparables. No obstante, considera que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe comprobar este extremo.

b) El TJUE constata que la existencia de umbrales idénticos de activación de la retribución complementaria representa, para los pilotos a tiempo parcial, un tiempo de actividad de vuelo superior al de los pilotos a tiempo completo en relación con su tiempo de trabajo total. Por lo tanto, los pilotos a tiempo parcial tienen una carga de trabajo mucho mayor y cumplen con mucha menor frecuencia los requisitos para tener derecho a una retribución complementaria que sus compañeros que trabajan a tiempo completo.

En consecuencia, el TJUE declara que estas normas nacionales generan un trato menos favorable de los pilotos a tiempo parcial, lo que es contrario al Derecho de la UE, salvo que

este trato esté justificado por una razón objetiva. No obstante, el órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar también ese extremo, teniendo en cuenta las consideraciones a este respecto del TJUE.

7. Adaptación de jornada por conciliación: ¿puede denegarse el teletrabajo por las exigencias de un cliente?

STSJ Castilla León Valladolid 25-9-23

El TSJ Valladolid confirma que la negativa de la empresa a adaptar la jornada por teletrabajo está justificada cuando el cliente principal de la empresa, a cuyo servicio está adscrita la trabajadora, no permite la conexión telemática de su red fuera del centro de trabajo. Considera que acceder a la petición supondría o la pérdida del cliente principal o que su trabajo en el domicilio careciera de contenido por no ser posible la conexión telemática fuera del centro de trabajo.

Denegación de adaptación de jornada por teletrabajo

La trabajadora, que presta servicios para una empresa perteneciente al sector de Contact center, tiene a su cargo un hijo mayor de edad, con una discapacidad reconocida del 70% y dependiente para la realización de las tareas más básicas (dependencia grado II), necesitando la supervisión constante de una tercera persona. Desde 2017 tiene reconocida una reducción de jornada por cuidado de hijo, prestando sus servicios en jornada de mañana y horario de 9:30 a 16:20 horas. En junio de 2020 y como medida temporal y extraordinaria, consecuencia del COVID-19, toda la plantilla comienza a prestar sus servicios en régimen de teletrabajo. Tras un periodo de IT, la trabajadora se reincorpora de forma presencial a la empresa a jornada completa. El 22-3-2022 la trabajadora solicita una reducción de jornada del 99,9% por tener a su cargo un hijo afectado por enfermedad grave, solicitando la correspondiente prestación económica, aunque la Mutua rechaza su solicitud. El 17-8-22, deja sin efecto la citada reducción y comienza a prestar servicios con turno de 39 horas semanales, en jornada continua, sin horario fijo.

El 11-11-2022 solicita a la empresa prestar servicios en modalidad de teletrabajo y a disponer de jornada flexible para poder atender las necesidades del hijo dependiente. La empresa deniega la solicitud, alegando que la petición no resulta viable y que el teletrabajo permanente es incompatible con la prestación del servicio en niveles de calidad adecuados. La empresa alega las siguientes razones:

las reuniones de los equipos de trabajo son más eficaces cuando se celebran en modalidad presencial que cuando se realizan por videollamada;

la calidad de la conexión a internet en el centro de trabajo es superior a la calidad de las conexiones domésticas;

el manejo y accesibilidad de las aplicaciones informáticas de la Empresa y del cliente es más eficaz cuando se desarrolla en la plataforma con la conexión corporativa;

el teletrabajo supone para la empresa sobrecostes en materia de licencias de antivirus , VPNs, sistemas de credenciales con doble factor de autenticación;

la seguridad de la información y la confidencialidad se controlan más eficazmente en el trabajo presencial que en el trabajo a distancia. En particular, la amenaza de virus ransomware y de riesgo de fuga de datos en el teletrabajo se ha demostrado como sensiblemente superior;

aunque la empresa ha utilizado el teletrabajo como medida de prevención de contagios, esa modalidad no puede aplicarse de modo permanente, porque entonces se produciría una merma crónica y estructural de la eficacia y de la productividad por las razones expuestas;

por otra parte, indica que la trabajadora ha estado disfrutando de una reducción de jornada por guarda legal y concreción horaria en turno de mañana hasta su retorno voluntario a la jornada habitual de 39 horas semanales;

la trabajadora presta servicios adscrita a una campaña de un cliente que en el momento actual no permite la conexión por VPN fuera del centro de trabajo.

Disconforme con la decisión empresarial, la trabajadora interpone demanda y una indemnización por daños y perjuicios de 7.500 euros. Al desestimarse la demanda, interpone recurso de suplicación ante el TSJ. El TSJ estima el recurso y las razones alegadas son las siguientes:

1. Ante la petición de teletrabajo, la empresa ha instado a la trabajadora a proponer alguna alternativa de adaptación distinta, sin que exista escrito posterior de la trabajadora mostrando su disposición de seguir negociando. El TSJ entiende que existe proceso negociador de buena fe, sin que sea preciso como es lógico y natural para que el mismo se entienda cumplido que haya de llegarse necesariamente a un acuerdo.

2. Considera que no se ha acreditado la razonabilidad de la medida solicitada, ya que nada se indica de la situación del hijo mayor en el momento actual y el último informe es de

enero de 2022. Además, ese informe indica que se requiere la supervisión estricta de un cuidador, lo que no sería compatible con el desempeño sin una ayuda externa, de una jornada laboral de ocho horas diarias o treinta y nueve semanales, aunque la misma se desarrolle en el domicilio .

3. Nada se ha acreditado sobre la disponibilidad horaria del otro progenitor , puesto que ningún documento se aporta relativo a su situación laboral actual.

4. El cliente principal, y a cuyo servicio está adscrito la trabajadora, no permite, hoy por hoy, la conexión telemática a su red, fuera de las instalaciones del centro de trabajo.

Por todo ello, el TSJ concluye que la negativa de la empresa es razonable y proporcionada teniendo en cuenta las necesidades organizativas y productivas de la misma, especialmente porque su cliente principal, a cuyo servicio está adscrita la demandante ,no permite la conexión telemática de su red fuera de las instalaciones del centro de trabajo. Entiende que acceder a la petición supondría o la pérdida del cliente principal o que careciera de contenido su trabajo en el domicilio dada la no posibilidad de conexión telemática fuera del centro de trabajo.

8. El TS sienta jurisprudencia: las extinciones voluntarias del contrato a instancias del empresario computan a efectos de los umbrales del despido colectivo

STS Pleno 19-9-23

El TS reitera que las extinciones voluntarias del contrato deben contabilizarse a efectos de comprobar la superación de los umbrales del despido colectivo, siempre que se hayan producido a iniciativa del empresario. Tienen esta consideración las extinciones del contrato por mutuo acuerdo que se producen dentro del mismo periodo de 90 días en el que la empresa despide a otros trabajadores en el contexto de un proceso de reducción global de plantilla previamente anunciada.

Extinción voluntaria del contrato

El Pleno del TS resuelve en casación el recurso interpuesto frente a la sentencia del TSJ Madrid que declaró nulo el despido colectivo de hecho, por no haberse seguido el procedimiento establecido para ello (ET art.51) pese a superarse los umbrales de extinciones computables en el periodo de referencia de 90 días.

La empresa tenía una plantilla de 93 empleados y en el periodo de referencia se produjeron un total de 20 extinciones de contratos en las siguientes circunstancias:

8 por despido objetivo, de los cuales 7 fueron reconocidos como improcedentes por la empresa;

7 por mutuo acuerdo con la empresa;

5 ceses para incorporarse a la plantilla de la otra empresa del grupo, que no conforma con la demandada grupo laboral de empresa.

La empresa alega que no se alcanza el umbral de 10 extinciones necesarias para considerar la existencia de un despido colectivo en empresas de menos de 100 trabajadores, pues solo se deben computar las 8 extinciones del contrato por despido objetivo.

La cuestión planteada en casación consiste, por lo tanto, en decidir si deben contabilizarse a efectos de los umbrales del despido colectivo, las 7 extinciones de la relación laboral por mutuo acuerdo, así como el cese de los 5 trabajadores que voluntariamente deciden incorporarse a la plantilla de otra empresa del grupo.

El TS señala que aunque las extinciones puedan calificarse formalmente como un cese por mutuo acuerdo, no por ello deben quedar excluidas del cómputo ya que el art.51.1 ET obliga a tener en cuenta todas las producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores siempre que su número sea, al menos, de 5. Como ya señaló la TS 22-6-23, EDJ 613357, entre los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores deben incluirse los supuestos que tienen su origen último en la voluntad empresarial, es decir, a su iniciativa. Para la correcta valoración jurídica de esta clase de extinciones se deben tener en cuenta las concretas circunstancias en que han tenido lugar.

En el caso analizado, las extinciones de mutuo acuerdo no se producen de manera aislada, individualizada y absolutamente al margen de otras resoluciones contractuales. Al contrario, se producen dentro del mismo periodo de 90 días en el que la empresa ha procedido unilateralmente a despedir a otros trabajadores en el contexto de un proceso de reducción global de plantilla, previamente anunciada, en la que se ofrece a los trabajadores la posibilidad de extinguir voluntariamente el contrato de trabajo en determinadas condiciones o de extinguir sus contratos para incorporarse a los servicios centrales. Estas clases de extinciones surgen, por lo tanto, de la iniciativa del empresario por lo que deben computarse a efectos del umbral de despido colectivo. La suma de estas 7 extinciones a los 8 despidos objetivos, superan los umbrales necesarios para instar el procedimiento de despido colectivo, por lo que no entra a valorar el cese de los 5

trabajadores que voluntariamente deciden incorporarse a la plantilla de otra empresa del grupo.

En atención a estas circunstancias, el TS desestima el recurso de casación y confirma la declaración de nulidad del despido colectivo por no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido.

9. ¿Puede el FOGASA rebajar las cantidades reconocidas por silencio positivo?

STSUD 20-9-23

El TS reitera que, en caso de falta de resolución expresa en plazo, las cantidades reconocidas por silencio administrativo positivo no pueden ser rebajadas por resolución expresa posterior del FOGASA, aunque superen los límites legalmente establecidos de responsabilidad del organismo. Ello solo sería posible a través de los procedimientos de revisión instados al efecto.

Reconocimiento de prestaciones del FOGASA por silencio positivo

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para unificación de la doctrina que se analiza se centra en determinar el alcance del silencio administrativo positivo, en relación con el FOGASA, cuando su aplicación conlleva que este asuma el pago de una cantidad que excede de los límites establecidos legalmente.

Consta en autos que el actor obtuvo sentencias estimatorias de despido y reclamación de cantidad, esta última por importe de 31.792,04 €. Despachada ejecución, la empresa para la que prestaba servicios fue declarada insolvente por auto de 20-12-2016.

El trabajador solicitó las prestaciones derivadas del cese en la empresa el 16-6-2017, si bien en la solicitud de prestaciones no incluyó una petición de cantidad concreta. El 18-10-2017, cuando ya había transcurrido el plazo de que disponía para dictar resolución expresa -3 meses-, el FOGASA dictó resolución reconociendo al trabajador la cantidad total de 17.606,52 € resultante de aplicar los límites legales de responsabilidad de dicho organismo.

Disconforme con esta resolución el trabajador interpone demanda que es estimada en la instancia condenando al organismo demandando a abonar al trabajador la cantidad de 14.186,52 € importe que se incrementa en 2.128,00 € por mora.

La sentencia es recurrida en suplicación por la representación del FOGASA. El TSJ Madrid estima el recurso y acuerda la absolución del FOGASA al considerar que dicho organismo reconoció la prestación calculada con arreglo al art.33 del ET, no siendo posible abonar una cantidad superior a la legal, máxime cuando en su solicitud de prestaciones el trabajador no incluyó una petición de cantidad concreta.

Recurrida en casación unificadora, el TS resuelve que, una vez estimada una solicitud por silencio administrativo positivo, el FOGASA no puede dejarla sin efecto o rebajar la cantidad reconocida, aunque esta exceda de los límites de responsabilidad del organismo. De este modo, si bien es cierto que son nulos de pleno derecho los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, para conseguir anular sus efectos el FOGASA debe tramitar los procedimientos de revisión establecidos.

Y no obsta a tal conclusión el hecho de que en la solicitud de las prestaciones no se hiciera constar cantidad alguna, ya que la misma se desprende claramente de los documentos que constan en el expediente.

Por ello estima el recurso y casa la sentencia recurrida, declarando la firmeza de la resolución de instancia.

NOTA. No resulta de aplicación por razones temporales la reforma que el RDL 19/2020 introdujo en el ET art.33 que prevé que en ningún caso puede obtenerse por silencio el reconocimiento de obligaciones en favor de personas que no puedan ser legalmente beneficiarias o por cuantía superior a la que resulte por aplicación de los límites previstos legalmente.

10. Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (4º trimestre 2023)

SEPE Resol 29-9-23, BOE 19-10-23

Se publica el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el cuarto trimestre de 2023. Se incluyen ocupaciones relacionadas con el sector de Marina Mercante, con entrenadores y deportistas profesionales y, nuevamente, con el sector de la construcción.

Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida al extranjero.

El catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el cuarto trimestre de 2023, es el siguiente:

a) Ocupaciones aprobadas por Acuerdo con la Secretaría de Estado para el Deporte, que aparecen en todas las provincias e islas.

3721.104.4: Deportistas profesionales.

3722.102.9: Entrenadores deportivos.

b) Ocupaciones aprobadas, a propuesta de la Administración General del Estado, en el sector de la Marina Mercante, que aparecen en todas las provincias costeras más Lleida y Madrid:

3151.101.4: Frigoristas navales.

3151.102.5: Jefes de máquinas de buque mercante.

3151.103.6: Maquinistas navales.

3151.104.7: Mecánicos de litoral.

3151.105.8: Mecánicos navales.

3152.104.4: Pilotos de buques mercantes.

3152.106.6: Sobrecargos de buques.

3833.101.5: Oficiales radioelectrónicos de la marina mercante.

5110.101.5: Cocineros de barco.

5821.101.8: Auxiliares de buques de pasaje.

5821.103.6: Camareros de barco.

5821.104.5: Mayordomos de buque.

8192.101.0: Caldereteros (maestranzas).

8192.102.1: Engrasadores de máquinas de barcos.

8340.101.5: Bomberos de buques especializados.

8340.102.6: Contramaestres de cubierta (excepto pesca).

8340.103.7: Marineros de cubierta (excepto pesca).

8340.104.8: Mozos de cubierta.

7132.101.3: Carpinteros de aluminio, metálico y PVC.

c) Ocupaciones para todas las provincias:

7132.102.4: Montadores de carpintería metálica, aluminio y PVC.

7510.101.5: Instaladores electricistas de edificios y viviendas.

7510.103.3: Instaladores electricistas, en general.

8332.105.2: Conductores-operadores de grúa en camión.

8332.106.3: Conductores-operadores de grúa fija, en general.

8332.107.4: Conductores-operadores de grúa móvil.

11. Actuación de la ITSS. ¿Puede interrumpir los entrenamientos de un club de fútbol?

SAN 18-9-23

La AN confirma la sanción impuesta a un club de fútbol y declara que se ha obstruido la labor inspectora impuesta al impedir el acceso de la ITSS a sus instalaciones durante los entrenamientos. Aunque no había finalidad de ocultar incumplimientos laborales y, con posterioridad, la actitud del club fue la de colaborar con la Inspección, se impone una sanción de 30.001 euros.

Negar el acceso a las instalaciones

La ITSS, en el marco de una orden de servicio, lleva a cabo actuaciones en un club de fútbol, con la finalidad de examinar las contrataciones del equipo técnico. A pesar de que las inspectoras actuantes se identifican como tales, primero el vigilante de seguridad del club y después diversos responsables del club, impiden la entrada de las funcionarias de la ITSS a las instalaciones deportivas. Alegan que los entrenamientos de los jugadores de fútbol no se pueden interrumpir. A pesar de ofrecer diversas posibilidades, se mantiene la negativa al acceso. Días después, el responsable del club remite a la ITSS la documentación relativa al objeto de la actuación inspectora. Y, días más tarde, cuando la ITSS acude de nuevo a las instalaciones deportivas, el club le permite la entrada.

La ITSS extiende acta de infracción por obstrucción a la actuación inspectora, infracción muy grave, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (número de afectados, volumen de negocio, ..) impone una multa de 72.000,006, confirmada por resolución del secretario de estado de empleo y economía social. Contra esta resolución, se interpone demanda ante la sala de lo social de la AN.

La AN recuerda que los hechos constatados por los funcionarios de la ITSS tienen presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los interesados (LRJS art.158; L 23/2015 art.23). Asimismo, señala que el TS ha establecido que la presunción de veracidad es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que los citados preceptos se limitan a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Además, esta se limita exclusivamente a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (TS cont-adm 4-12-09, EDJ 283276).

En el supuesto enjuiciado los testimonios aportados por la empresa no desvirtúan la presunción de certeza, al tratarse de testimonios prestados por personas interesadas en que los hechos queden desvirtuados y que, además, no son contradictorios con los hechos contenidos en el acta, pues coinciden en lo sustancial.

Por otra parte, se recuerda que constituyen infracción por obstrucción a la labor inspectora todas las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tiene encomendada la ITSS. Calificándose como infracción muy grave las acciones u omisiones del empresario, sus representantes o

personas de su ámbito organizativo, que tengan por objeto impedir la entrada o permanencia en el centro de trabajo de la ITSS (LISOS art.50). En el supuesto enjuiciado se aprecia con claridad que varias personas impiden a las funcionarias de la ITSS el acceso a las instalaciones del club, impidiendo el desarrollo de sus funciones.

Respecto de la proporcionalidad de la sanción impuesta, recuerda que han de graduarse en atención a la negligencia o intencionalidad, la cifra de negocio, número de afectados, perjuicio causado o la cantidad defraudada. La AN considera que en este supuesto la cifra de negocio de la empresa hace que la sanción deba cuantificarse en su grado medio, pues de imponer el mínimo, dados los recursos económicos de la sociedad sancionada, la multa quedaría privada de cualquier efecto disuasorio. Además, atendiendo a que el número de trabajadores afectados no es un porcentaje considerable de los trabajadores empleados, que no se ha apreciado ánimo defraudatorio en la conducta y que la finalidad de la actuación empresarial no era la de ocultar incumplimientos sino que los hechos se debieron a un exceso de celo de los implicados en preservar la intimidad del entrenamiento del equipo, mostrándose con posterioridad a tales hechos, la entidad colaboradora con labor inspectora, hace que la sanción impuesta sea de 30.001 euros (cuantía mínima prevista para tal grado medio).

12. El TS cambia su doctrina sobre el acceso a suplicación de las sentencias sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo

STSUD 14-9-23

El TS modifica su doctrina y declara que, aunque incorpore una reclamación de cuantía superior a 3.000 euros, no cabe recurso de suplicación contra la sentencia dictada en la modalidad procesal de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Considera que si el legislador hubiera querido tener en cuenta esta cantidad para posibilitar el recurso, lo habría decidido de manera expresa.

Acceso al recurso de suplicación

Un trabajador interpone demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo, a la que acumula una reclamación de 6.000 € por vulneración de derechos fundamentales (garantía de indemnidad). Subsidiariamente, solicita que la medida empresarial se declare

injustificada, con reposición a sus anteriores condiciones de trabajo y el abono de los salarios dejados de percibir, que calcula en cantidad superior a 3.000 €.

En la instancia se desestima la demanda con la advertencia de que frente a la sentencia cabe recurso de suplicación porque no solo se acciona por MSCT sino también por vulneración de derechos fundamentales. El trabajador plantea el recurso, aunque desistiendo expresamente de la solicitud de nulidad de la MSCT con vulneración de derechos fundamentales, así como de la indemnización complementaria, manteniendo la pretensión subsidiaria. Por este motivo el TSJ considera que la acción no es susceptible de recurso. El trabajador interpone recurso de casación para unificación de doctrina

La cuestión planteada en el recurso consiste en decidir si es recurrible el suplicación un sentencia dictada en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo con reclamación de los salarios dejados de percibir en cantidad superior a 3.000 €.

El TS analiza la normativa reguladora del procedimiento específico de MSCT (LRJS art.138) y del recurso de suplicación (LRJS art.191.2 y 192.2), y recuerda su doctrina vigente hasta ahora contenida en la sentencia aportada de contraste (TS 22-6-16, EDJ 140316). Según esta, aunque en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo de carácter individual tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, se permite en los siguientes casos:

– por razón de la cuantía: cuando la acción impugnatoria de la modificación incorpora una reclamación de daños y perjuicios superior a 3.000 € (TS 10-3-16, EDJ 45061; 22-6-16, EDJ 140316).

– por razón de la materia: si la demanda de MSCT incluye una acción de tutela de derechos fundamentales (TS 22-6-16, EDJ 140316).

El TS cambia ahora su doctrina respecto de la recurribilidad por razón de la cuantía en cuanto que permitía la suplicación atendiendo a la cuantía de los daños y perjuicios provocados por la decisión empresarial cuestionada (TS 10-3-16 y 24-10-17, EDJ 232958). Considera que tanto las normas reguladoras de la modalidad procesal de MSCT como las del recurso de suplicación omiten cualquier referencia a la posibilidad de recurrir cuando la MSCT es individual o en función del umbral económico de los daños y perjuicios derivados. Señala que si el legislador hubiera querido que el umbral económico de los daños y perjuicios fuera tenido en cuenta para posibilitar el acceso al recurso lo habría indicado de manera expresa.

Por todo ello, unifica las doctrinas enfrentadas en el presente caso y concluye que no cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT individual, aunque incorpore una reclamación de cuantía superior a 3.000 € .

13. ¿Qué periodicidad deben tener los reconocimientos médicos de empresa?

STSJ Cataluña 21-7-23

La normativa de prevención de riesgos laborales no exige que la periodicidad de los exámenes de salud sea anual. Si en la empresa no hay puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional, en cuyo caso habría que tener en cuenta lo dispuesto en la normativa específica para cada tipo de enfermedad, no existe incumplimiento empresarial por no ofrecer la realización de reconocimientos médicos durante dos años consecutivos.

Periodicidad del reconocimiento

Una trabajadora solicita la extinción indemnizada de su contrato por incumplimientos graves de las obligaciones del empleador (ET art.50) producidos en el período en el que la empresa estuvo sometida a un ERTE derivado de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Denuncia los siguientes incumplimientos:

1. No garantizar el descanso semanal mínimo de 1 día y medio al estar afectada al ERTE parcial durante los fines de semana. Considera la trabajadora que si los fines de semana dejaba de prestar servicios, no era por disfrute del descanso semanal sino por estar afectada al ERTE. El TSJ Cataluña desestima esta cuestión porque desconoce la distribución de la jornada de la trabajadora por lo que no puede afirmar que afectarla sábados y domingos equivaldría a afectarla en días de descanso teórico. Con independencia de esta consideración, señala que no respetar los descansos obligatorios sería causa de extinción del contrato solo si se hubieran prestado efectivamente servicios en lugar de trabajar. Pero no es el caso, ya que durante los fines de semana de afectación, la trabajadora descansó del trabajo, aunque fuera por causa del ERTE.

2. Falta de abono puntual de 3 pagas extras. El TSJ Cataluña rechaza que el retraso en el abono de las pagas extraordinarias tenga la gravedad suficiente para justificar una extinción del contrato, dado que el importe total que se retrasó es inferior a una mensualidad y el salario correspondiente a cada mensualidad se continuó abonando con normalidad. Lo que se produjo es un retraso esporádico debido a unas causas que llevaron

a la plantilla a aceptar el pago prorrateado de las pagas conforme al calendario de pagos al que se comprometió la empresa y que no fue impugnado por la representación legal de los trabajadores.

3. Incumplimiento de la obligación de ofrecer exámenes de salud (LPRL art.22) en los años 2020 y 2021 por indicaciones de la mutua como consecuencia de la situación derivada del COVID-19. El TSJ Cataluña, coincide con la demandante al señalar que durante la crisis sanitaria del COVID no se suspendieron las obligaciones del empleador en materia de vigilancia de la salud (LPRL art.22), pero considera que no existe una obligación empresarial de proporcionar un reconocimiento médico con periodicidad anual como parte de la actividad preventiva. Y es que la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (LPRL y RSP) únicamente obliga a una periodicidad, pero no establece cuál. Tampoco el convenio colectivo aplicable en la empresa fija una periodicidad concreta ni existen en la empresa puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales que obliguen a tener en cuenta los protocolos específicos y recomendaciones en materia de seguridad y salud que se establecen para cada tipo de enfermedad.

Además, el hecho de que la mayor parte del periodo en que se denuncia la ausencia de reconocimientos médicos, la trabajadora se encontrara en situación de ERTE, aleja, aún más, la conducta empresarial de la exigible gravedad en el incumplimiento que justificaría la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

En atención a estas circunstancias, el TSJ Cataluña confirma la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda al no advertir un incumplimiento que justifique la aplicación del ET art.50.

14. Las desconexiones por cortes de luz o internet no imputables al teletrabajador son tiempo efectivo de trabajo

STS 19-9-23

El TS ha declarado que las desconexiones por cortes de luz o de internet durante la prestación laboral en modalidad de teletrabajo, deben computarse como tiempo efectivo de trabajo, siempre que se aporte justificante de la compañía suministradora. También considera tiempo de trabajo el empleado para acudir al aseo y atender necesidades fisiológicas y obliga a la empresa a registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas.

Desconexiones durante el teletrabajo y registro de las pausas para acudir al baño

La representación sindical en la empresa, perteneciente al sector de contact center, plantea demandada de conflicto colectivo ante la sala de la AN en la que solicita que, cuando dentro de la jornada prestada en teletrabajo se produzcan incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación ajenos a las personas trabajadoras (cortes en el suministro de luz, conexión de internet, etc.), la empresa las compute como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora. También solicitan que las pausas para atender a las necesidades fisiológicas se registren de forma separada al resto, ya que la empresa establece que deben ser imputadas bien a la pausa por comida, bien a pausas en PVD.

La AN estima la demanda planeada y la empresa interpone recurso de casación ante el TS.

El TS confirma la sentencia dictada por la AN y declara que:

1. El tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser peores que las del trabajo presencial. Si los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo del empleador no conlleva que sus trabajadores presenciales recuperen el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario, tampoco puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo (RDL 28/2020 art.4). La normativa en esta materia establece que el empresario debe adoptar en todo momento las medidas oportunas, facilitando los medios para atender la actividad laboral (RDL 28/2020 art.11). Si estos no pueden solventar las incidencias que, ajenas a la voluntad del trabajador, le impiden trabajar, el empleador no puede repercutir sobre él la imposibilidad de trabajar cuando existen vías por las que corregir esas desconexiones.

Si en jornada de teletrabajo se producen interrupciones en la prestación por desconexiones ajenas a los trabajadores (como cortes de luz o conexión de internet), debe computarse como tiempo efectivo de trabajo. Si se aporta justificación no debe ser objeto de recuperación o de merma salarial.

2. El personal tiene derecho al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible. Debe calificarse como pausa durante la jornada laboral, entendiéndose como tiempo efectivo de trabajo. La empresa tiene el deber de establecer un registro para estas pausas, de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo.

15. El TS reitera que las operaciones voluntarias de corrección de la vista son causa de IT

STSUD 19-9-23

El TS reitera que, aunque no estén incluidas en la cartera de servicios comunes del SNS, las operaciones voluntarias de corrección de la vista dan derecho a la prestación por IT si la baja y su seguimiento se realizan por los servicios públicos de salud. Diferencia estos supuestos de las operaciones puramente estéticas que están excluidas del sistema y cuya recuperación implica unos costes que no deben ser asumidos por el erario público.

Prestación de IT por operación de miopía y astigmatismo

La trabajadora se somete a una intervención en ambos ojos mediante cirugía refractiva por padecer miopía y astigmatismo. Aunque se emite parte de baja por enfermedad común, la Mutua con la que la empresa tiene concertada la cobertura de la IT deniega el reconocimiento de la prestación por considerar que su origen está en una prestación no financiable por la seguridad social, al tratarse de intervención puramente estética.

Disconforme la trabajadora interpone demanda que es desestimada tanto en la instancia como en suplicación. Ambas instancias consideran que se trata de una operación meramente estética, al no haberse acreditado la concurrencia de un elemento patológico que supusiera un problema de salud que obstaculizara su vida diaria o profesional. Añaden, además, que todos los procedimientos con finalidad estética, entre ellos, la corrección de los efectos de refracción por medios quirúrgicos, están excluidos de la cartera de servicios de la seguridad social. Se interpone recurso de casación en unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si una IT derivada del tratamiento quirúrgico de la miopía, no está incluido en la cartera de servicios de la seguridad social, puede o no dar lugar a las prestaciones económicas correspondientes de la seguridad social.

Para resolver el recurso, el TS recuerda que esta cuestión ha sido resuelta por anteriormente por el TS (TS 8-1-20, rec 3179/2021) y establece lo siguiente:

1. Recuerda que la OMS considera que tanto la miopía como el astigmatismo son enfermedades caracterizadas por problemas de visión. Aunque hasta la fecha la única posibilidad de solucionar estos problemas era uso de gafas y lentillas, pueden ser tratados a través de la cirugía ocular. Aunque este tratamiento no está incluido en la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud, se está en presencia de un verdadero

tratamiento médico de enfermedades oculares. Además, las CCAA podrían incluirlo en su propia cartera de servicios. En consecuencia, se está en presencia de una enfermedad, aunque este específico tratamiento no está cubierto. Por ello, lo que se discute es si esta situación puede ser configurada como IT a efectos de prestaciones.

2. La LGSS art.169 establece que tienen la consideración de situaciones determinantes de IT las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo. En cuanto que la trabajadora se encuentra impedida para el trabajo y recibe asistencia sanitaria, lo que se discute es si el hecho de que la asistencia sanitaria haya sido prestada por la medicina privada le impide ser titular de la prestación discutida. El TS considera que la respuesta debe ser negativa pues se dan los requisitos básicos para acceder a la situación de IT. Señala el TS que la referencia que hace la LGSS a “la asistencia de la Seguridad social” no debe entenderse de modo que esta únicamente pueda ser prestada por Seguridad Social de manera directa. Lo que implica esta referencia es que los servicios de la Seguridad Social son los únicos competentes para el control de la IT y para emitir los correspondientes partes médicos de baja, de confirmación de la misma y de alta.

3. Por tanto, lo decisivo no es que el tratamiento médico esté o no financiado por los servicios públicos de salud, sino si de enfermedad se deriva una situación incapacitante para el trabajo a juicio de los servicios públicos de salud quienes, a través de sus prescripciones facultativas controlarán la concurrencia del requisito incapacitante según lo previsto reglamentariamente.

En el supuesto enjuiciado la trabajadora padece una patología ocular por la que puede recibir distintos tratamientos, entre otros, los más avanzados y modernos que no están cubiertos por el SNS. Señala el TS que el que la enferma acuda a voluntariamente y a sus expensas a este tratamiento no puede impedir que sus consecuencias incapacitantes se cubran por la prestación del IT, siempre que el control de la situación se lleve a cabo por los servicios médicos públicos competentes.

En consecuencia, se estima el recurso planteado, casando y anulando la sentencia recurrida. Se estima la demanda planteada por la trabajadora.

16. Reducción de jornada por guarda legal: ¿cuándo puede la empresa rechazar el horario solicitado?

STSJ Galicia 7-4-23

El TSJ Galicia reconoce el derecho de una trabajadora a turnos a ser adscrita a un turno fijo de mañana para atender a las necesidades de cuidado de su hijo menor, sin que las posibles dificultades de la empresa para reorganizar los turnos del resto de trabajadores constituyan razones objetivas suficientes para denegar la concreción horaria solicitada. Solución contraria se alcanza en el supuesto de la única cocinera de un restaurante a quien el TSJ Castilla-La Mancha deniega la concreción horaria solicitada al considerar que concurren razones organizativas suficientes dada la imposibilidad de atender el servicio de comedor. Aplicación del principio de corresponsabilidad en el cuidado de menores.

Reducción de jornada por guarda legal. Negativa empresarial a la concreción horaria solicitada por el trabajador

En el supuesto analizado en la sentencia del TSJ Galicia 17-4-23, la actora presta servicios como enfermera para el sanatorio quirúrgico demandado con una antigüedad de marzo de 2015.

Madre de una niña nacida en 2019, disfruta desde el 1-10-2020 de una reducción de jornada a 35 horas semanales que le es concedida por la empresa con una concreción en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche de lunes a domingo. No obstante, no consta que haya prestado servicios en fin de semana.

El 6-7-2022 presenta escrito solicitando a la empresa el reconocimiento de un nuevo horario de trabajo, en turno fijo de mañana, de lunes a viernes de 8 a 15 horas. Justifica dicha solicitud por la necesidad de atender a su hija cuyo horario escolar finaliza a las 16.00 y dada la imposibilidad del otro progenitor, que trabaja con jornada partida (de lunes a viernes de 8.30 a 13.30 y de 15.30 a 18.30), de hacerse cargo de la menor. El 7-8-2022 la empresa responde a la solicitud rechazando el horario propuesto y ofreciendo dos alternativas, que incluyen el trabajo en fin de semana y que no convencen a la trabajadora.

Interpuesta demanda judicial, el juzgado de instancia estima sus pretensiones condenando además a la empresa al abono de una indemnización de 3.500 euros por daños morales. Disconforme con esta resolución, la empresa interpone recurso de suplicación alegando, por un lado, que la actora solo acredita necesidades de conciliación de lunes a viernes, pero no durante el fin de semana que el otro progenitor no trabaja y, por otro, que dicha

solicitud compromete no solo la actividad organizativa de la empresa, sino que también perjudica al resto de compañeros que no disfrutaban de medidas de conciliación.

El TSJ recuerda que el art.34.8 del ET que reconoce el derecho a adaptar la jornada para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, confiere a las personas trabajadoras el derecho a una modificación de su régimen horario, con la única excepción de que ello resulte excesivamente gravoso para la organización de la empresa o en supuestos de mala fe o abuso de derecho, que no concurren en el caso de autos. Ello no implica la facultad de modificar unilateralmente la jornada; solo confiere un poder de negociación con el empresario a quien corresponde acreditar que concurren razones organizativas más poderosas que impiden el ejercicio del derecho en los términos solicitados.

Y, tras una valoración conjunta de la prueba, la Sala concluye que la empresa no acreditó razones organizativas más allá de las ordinarias, como la necesidad de adaptar los cuadrantes horarios del resto del personal de enfermería, cuyas circunstancias no constan, para denegar el horario solicitado. Ello no implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los restantes trabajadores. No se acredita, por tanto, imposibilidad, ni un perjuicio de considerable gravedad, sin que la dificultad de la empresa para reorganizarse pueda equipararse a imposibilidad.

En relación al ofrecimiento empresarial para prestar servicios en turno de mañana, pero incluyendo también los fines de semana -teniendo en cuenta que el otro progenitor puede hacerse cargo de la menor-, la Sala concluye que, dado que existe un derecho a la modificación del régimen horario por razones de conciliación, la empresa no justificó suficientemente dicha alternativa, máxime cuando no consta que hubiera trabajado los fines de semana desde que solicitó la reducción de jornada en el año 2020, sin valorar la posibilidad de cuidado del menor por parte del otro progenitor.

En cuando a la indemnización por daños morales, también recuerda que los derechos de conciliación son derechos fundamentales, dada su vinculación con la prohibición de discriminación sexista y con el derecho a la intimidad familiar, por lo que una vez acreditada su vulneración es pertinente el abono de la indemnización de 3.500 euros que se considera razonable y proporcionada.

Solución contraria se alcanza en el supuesto analizado en la sentencia del TSJ Castilla-La Mancha 25-5-23, en que la Sala, desestimando la demanda, considera que concurren razones organizativas suficientes para denegar el horario solicitado por una trabajadora que presta servicios como única cocinera en un negocio de hostelería y a la que la empresa permite prestar servicios de 11.00 a 16.00 (no de 10.00 a 15.00 como solicitaba) y de lunes a viernes (pero sin excluir los festivos). Aceptar sus pretensiones causaría graves problemas

organizativos y un perjuicio desproporcionado al restaurante que se vería obligado a cerrar antes o contratar más personal.

La Sala realiza una especial mención al principio de corresponsabilidad en el cuidado del menor para concluir que si la trabajadora decide asumir dicha responsabilidad de forma exclusiva y por voluntad propia, dicha decisión debe tenerse en cuenta a la hora de ponderar los intereses en juego. No puede hacerse recaer solo sobre su empresario las consecuencias de respetar íntegramente su propuesta de concreción horaria, máxime cuando existe una justificación objetiva para la contrapuesta de la empresa.

17. Accidente de trabajador cedido por ETT: ¿quién responde los incumplimientos en materia de formación preventiva?

STSJ Canarias Santa Cruz de Tenerife 7-7-23

El TSJ Canarias confirma el recargo del 30% de las prestaciones de SS impuesto a la empresa usuaria y recuerda que, en el caso de trabajadores cedidos por ETTs, corresponde a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones formativas en materia de prevención de riesgos, siendo también responsable del abono de recargo en caso de accidente de trabajo en el que se constaten deficiencias en la formación preventiva. Añade que no es posible apreciar imprudencia temeraria de un trabajador que no ha sido debidamente formado sobre los riesgos del puesto que desempeña.

Incumplimiento de las obligaciones de formación de trabajador cedido por ETT

El actor, de nacionalidad francesa, prestaba servicios para la empresa de reciclaje de neumáticos demandada, cedido por una ETT, desde el 22-5-2014. El 27-8-2015, mientras realizaba su trabajo habitual, sufrió un accidente de trabajo quedando su brazo atrapado en una máquina trituradora, motivo por el cual inició una situación de IT que finalizó con el reconocimiento de una incapacidad permanente total.

El 22-9-2015 la ITSS levanta acta de infracción en la que imputa a la empresa la comisión de una falta grave en materia de seguridad y salud laboral y, además, propone la imposición de un recargo de las prestaciones del 30%. El acta concluye que la causa del accidente fue la utilización inadecuada del equipo de trabajo y la falta de formación

específica del trabajador en el uso, manejo y mantenimiento de la cizalla rotativa para neumáticos de vehículos pesados y livianos.

EL 7-11-19, el INSS dicta resolución por la que se declara la responsabilidad de la empresa por falta de medidas de seguridad e higiene, con un recargo de prestaciones del 30%. Frente a dicha resolución la empresa presenta reclamación previa y posterior demanda judicial, ambas íntegramente desestimadas.

En su posterior recurso, la empresa alega que correspondía a la ETT con la que el trabajador había suscrito el contrato de puesta a disposición el cumplimiento de las obligaciones de formación en materia preventiva, además de falta de precisión del acta de infracción y una errónea calificación de los hechos. La Sala de lo Social del TSJ de Canarias con sede en Sta. Cruz de Tenerife desestima íntegramente el recurso.

En primer lugar, recuerda que el cumplimiento de las obligaciones de formación de los trabajadores cedidos por ETTs corresponde a la empresa usuaria.

Entiende que de la declaración de hechos probado se desprende que el trabajador había sido destinado a un puesto de trabajo para el cual no había recibido formación suficiente teniendo en cuenta que, dado que necesitó de un intérprete para suscribir el contrato, la mera entrega de documentación en un idioma que no dominaba mal se podía considerar actividad formativa suficiente. Tampoco consta que actividad se hubiera desarrollado con la supervisión exigida por las propias instrucciones de la maquinaria.

Finalmente, el TSJ considera que el hecho de que él mismo procediera a retirar el trozo de neumático que había obstruido la trituradora, sin proceder antes a apagar la máquina, no puede constituir una imprudencia temeraria. Está implícita, necesariamente, que el trabajador, pese a conocer los riesgos, los ignora. Así, no puede apreciarse cuando la empleadora no ha cumplido cabalmente con sus obligaciones en materia formativa.

Por tanto, la Sala concluye que no se ha desvirtuado la relación de causalidad entre el incumplimiento empresarial y el accidente, lo que determina la procedencia del recargo.

18. ¿Es necesario acreditar sospechas fundadas de incumplimiento laboral para que sea válida la prueba de detectives?

STSUD 12-9-23

El TS declara que la existencia de meras sospechas es suficiente para recurrir a un detective. La licitud de la prueba no puede depender de la existencia previa de indicios relevantes de eventuales incumplimientos laborales. Considera que lo contrario supondría hacer inútil los demás elementos probatorios. No obstante, al no haberse acreditado los incumplimientos señalados en la carta de despido, se declara la improcedencia del despido.

Validez de la prueba de detectives

El trabajador presta servicios para la empresa limpiando los cristales de instalaciones deportivas desplazándose en coche con compañero. En febrero de 2021, la empresa decide someterle a seguimiento por detectives y con el resultado se acuerda el despido. En la carta se le imputan incumplimientos relativos a 6 días de trabajo, tales como: trabajar y conducir bajo los efectos del alcohol, emplear herramientas de la empresa para usos propios, fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas, embriaguez habitual, disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, desobediencia e imprudencia en acto de servicio, abandono del puesto de trabajo sin causa justificada e incumplimientos constantes de la jornada laboral.

El trabajador interpone demanda de despido que es estimada en la instancia y confirmada en suplicación. Se declara la nulidad del despido y se condena a la empresa a pagar una indemnización de 10.000 euros por lesión del derecho fundamental a la intimidad. En ambas instancias, se ha considerado que la empresa no había justificado el uso de la prueba de detective por lo que no era posible tomar en cuenta los resultados probatorios obtenidos a partir de ese seguimiento.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si es necesario que la empresa acredite la existencia de indicios de incumplimientos laborales por el trabajador para que sea lícita la prueba testifical de detectives o si entra dentro de su potestad de control del desempeño de la prestación de servicios.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que los servicios de investigación privada tienen por objeto la realización de las averiguaciones necesarias para obtención y aportación de pruebas sobre conductas o hechos privados relativos, entre otros, al ámbito laboral. Señala

que en ningún caso se puede investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados y que tampoco se pueden utilizar medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. Con relación a los informes realizados por los servicios de investigación privada se establece que deben ajustarse a los principios razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad no resulta necesaria la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba (L 5/2014 art.48).

Por todo ello, el TS descarta que la ilicitud de la prueba pueda hacerse depender de una existencia previa de indicios relevantes de los eventuales incumplimientos en la prestación de servicios. Señala que lo contrario, exigir indicios relevantes o sospechas fundadas para la validez de la prueba de detectives llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios.

Igualmente, señala que la vigilancia acordada con cobertura en las facultades de dirección no ha vulnerado el derecho a la dignidad del trabajador ni a su intimidad personal.

Con relación a la naturaleza de la prueba, el TS recuerda que el informe del detective privado no es realmente un documento, sino la plasmación por escrito de la prueba testifical sobre hechos observados por quien lo firma. Por ello, constituye una prueba personal que los Tribunales pueden valorar libremente, en función del conjunto de circunstancias concurrentes. No obstante, en cuanto que al recurso de casación le está vedada la valoración de la prueba, se debe estarse a la efectuada en la instancia y luego confirmada en suplicación. La empresa únicamente ha solicitado que se declare la procedencia del despido, sin haber contemplado una eventual solicitud de nulidad de actuaciones que residenciase en el juzgador a quo esa nueva valoración probatoria con sustento en la licitud de la prueba. Por tanto, al no haber quedado acreditados los incumplimientos imputados al trabajador, se declara la improcedencia del despido.

Por todo ello, se estima en parte el recurso planteado, casando y anulando la sentencia de instancia y declarando la improcedencia del despido producido.

19. La conversión del contrato en fijo discontinuo es voluntaria para el trabajador

STSJ Galicia 15-9-23

El TSJ Galicia equipara el contrato fijo discontinuo al contrato a tiempo parcial y exige para su conversión el consentimiento del trabajador. Aunque considera que el despido producido inmediatamente después del rechazo del trabajador a la conversión podría ser nulo por vulneración de la garantía de la indemnidad, declara su improcedencia por concurrir causas ETOP.

Conversión del contrato fijo continuo en fijo discontinuo

Una empresa inicia un periodo de consultas para transformar algunos contratos indefinidos continuos en fijos discontinuos. Pese a terminar el período de consultas sin acuerdo, la mayoría de los trabajadores acepta la conversión después de hablar con su jefe. Los dos trabajadores que no la aceptan reciben, el mismo día en que finaliza el período de consultas y manifiestan su negativa a la conversión del contrato, carta de despido que la empresa reconoce como improcedente. Uno de los trabajadores despedidos presenta demanda solicitando la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad que el JS desestima al considerar que lo habido es una negativa del trabajador a una medida adoptada por el empresario en el ejercicio de su poder de dirección.

En suplicación, el TSJ Galicia, rechaza que la empresa puede usar su poder de dirección para transformar un contrato fijo continuo en discontinuo.

Aunque, ni antes ni después de la reforma laboral operada por el RDL 32/2021, la normativa española exige la voluntariedad para la conversión del contrato fijo continuo en discontinuo (ET art.16), conforme al Marco europeo sobre el contrato a tiempo parcial, el contrato fijo discontinuo es un contrato a tiempo parcial (Dir 97/81/CE cláusula 3ª.1). De este modo, la conversión del contrato en fijo discontinuo se somete a los principios de voluntariedad previstos en la cláusula 5.2 del Acuerdo marco. Esta cláusula prohíbe que el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, sea motivo válido de despido, aunque no aclara si sería improcedente o nulo.

Sobre esta base, el TSJ Galicia analiza cuál debe ser la calificación del despido.

No rechaza la posibilidad de declaración de nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad que solicita el trabajador. Aunque, antes de ser despedido, el trabajador no

había interpuesto ninguna demanda contra la empresa ni ningún acto previo al proceso judicial, no sería lógico que el despido producido inmediatamente después de la negativa a la conversión del contrato tenga una consecuencia menor (despido improcedente por ausencia de causa en el despido) a la que tendría el despido por reclamar frente a la decisión unilateral de conversión (despido nulo). Esta consecuencia estaría eliminando toda posibilidad de reclamación del trabajador frente a la decisión empresarial eludiendo la protección frente a las represalias por la reclamación.

No obstante, descarta la declaración de nulidad del despido pues, conforme al Acuerdo marco citado, estaría justificado el despido por motivos ajenos a la negativa de conversión del contrato del trabajador, como es la existencia de causas ETOP. Y esto es lo que ocurre en el caso analizado ya que la empresa había perdido varias contrataciones y no podía dar ocupación efectiva de manera continuada a sus trabajadores, por lo que tuvo que interrumpir la actividad, siendo esta la causa de la necesidad de conversión de los contratos.

Por ello, el TSJ Galicia desestima el recurso de suplicación y confirma la declaración de improcedencia del despido efectuada en instancia.

20. Sustituir el correo electrónico por una app como medio para distribuir información no vulnera el derecho a la libertad sindical

STS 12-9-23

El TS considera que no hay vulneración de la libertad sindical cuando la empresa pide que el correo electrónico deje de ser el cauce para distribuir información sindical general y pone a disposición una nueva herramienta informática (app) con superior funcionalidad y fácil accesibilidad.

El TS constata, además, que no se produce ningún menoscabo desde la perspectiva del tratamiento de datos y que la utilización de la app en ningún caso impide el envío de correos personalizados.

Nuevo sistema de comunicación

Por parte de uno de los sindicatos más representativos en la empresa se interpone ante la sala de lo social de la AN demanda de conflicto colectivo con vulneración del derecho a la

libertad sindical. La controversia surge porque la empresa ha eliminado el sistema tradicional de comunicación sindical a través del correo electrónico y la ha sustituido por una aplicación informática para dispositivos móviles. Las razones que justifican el cambio han sido, entre otras, evitar el uso incorrecto del correo electrónico, en particular por la hiperinformación, correo no deseado o incluso inadecuada distribución masiva. En la demanda se solicita que declare el derecho del sindicato:

- a la utilización del correo corporativo de la empresa, tal como se ha venido haciendo hasta ese momento.
- a acceder a la lista de distribución de la herramienta de correo corporativo para poder remitir los correos electrónicos de carácter sindical a todos los empleados de los distintos centros de trabajo de la empresa.

También se solicita que se indemnice al sindicato por haber lesionado su derecho a la libertad sindical.

La nueva app, cuyo número de usuarios gira alrededor del 90%, permite acceder a las vacantes internas, a la nómina personal, compra de productos, noticias y grupos de información sindical.

En la resolución del recurso, el TS recuerda que la remisión de informaciones o comunicados tanto a sus afiliados cuanto a la generalidad de la plantilla constituye una manifestación de del derecho a libertad sindical, por lo que debe ser tutelado (LOLS art.8.2.a). En consecuencia, señala que, de conformidad con la doctrina constitucional, la empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice a esos efectos. No se trata de un derecho absoluto, ya que la doctrina constitucional permite que el empresario establezca restricciones o limitaciones al uso de estos medios, pero estas han de ser razonables o justificadas.

En el supuesto enjuiciado, se considera que el nuevo medio de comunicación (la app) compite ventajosamente con el anterior. Entiende que no se puede llegar a obligar a la empresa a mantener determinado sistema de comunicación electrónica, pero sí a justificar las restricciones impuestas. Son razones que justifican la medida las siguientes:

- los cambios tecnológicos normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales;
- no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación;

- las funcionalidades de la app compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores;
- no aparece ningún menoscabo desde la perspectiva del tratamiento de datos.

Además, se señala que no se ha acreditado que exista una restricción o impedimento para que el sindicato realice envío de correos electrónicos personalizados.

Por tanto, concluye que ese nuevo sistema de comunicación garantiza ese derecho fundamental a la libertad sindical y que el derecho de información y comunicación no sufre ninguna limitación o norma. Se considera que, en la actualidad, una aplicación informática es un medio tan adecuado como el correo electrónico. Además, algunos argumentos sobre rastro informativo de la persona que accede a los mensajes sindicales a través del correo (existente, pero no en el caso de la app) juegan en contra de la privacidad y tratamiento de datos que el recurso defiende en otros pasajes. En consecuencia, se desestima el recurso confirmando la sentencia dictada por la AN.

21. ¿Se puede solicitar el traslado de centro de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral?

STSJ Galicia 26-07-23

El TSJ Galicia ha denegado el derecho de un trabajador al traslado de centro de trabajo para facilitar su conciliación de la vida familiar y laboral para atender al cuidado de sus padres y suegros. El traslado no se incluye entre las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, y tampoco puede reconocerse esta medida por analogía pues el trabajador no ha demostrado la necesidad de cuidar a sus progenitores o a sus suegros.

El traslado como medida de conciliación

Un trabajador solicita su traslado a un centro de trabajo de Pontevedra, donde residen sus padres y suegros, para facilitar su conciliación de la vida familiar y laboral.

Ante la falta de contestación por parte de la empresa, el trabajador presenta demanda que es desestimada en instancia. El trabajador recurre en suplicación. Solicita que se declare su derecho a ser trasladado por razones de conciliación de la vida familiar y laboral por cuidado de sus padres y suegros en aplicación del ET art.34 en relación con el CC art.4.1. Solicita también que se le abone una indemnización por considerar que, al no haberle sido reconocido, la empresa incurrió en una falta muy grave.

El TSJ Galicia recuerda que el art.34 ET no recoge el derecho del trabajador al traslado por cuidado de familiares para la conciliación de la vida familiar y laboral. Lo que recoge para estos fines es la adaptación y distribución de jornada.

Para que fuera viable la aplicación analógica, prevista para los supuestos en que las normas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón (CC art.4.1), sería necesario justificar la necesidad del solicitante, lo que no se ha realizado.

El trabajador no tiene hijos menores de 12 años y la necesidad de cuidar a sus progenitores o a sus suegros tampoco ha sido demostrada ya que no convive con ninguno de ellos y no está probada la incapacidad de ninguno de ellos, ni su dependencia, ni que precisen el concurso de tercera persona.

Tampoco el convenio colectivo recoge el derecho al traslado de centro de trabajo como medida de conciliación.

Se rechaza también la solicitud de indemnización por haber incurrido la empresa en una falta muy grave. Dado que el trabajador no tenía derecho al traslado como medida de conciliación, la empresa no incumplió la obligación de abrir el proceso de negociación previsto para los casos de solicitud de estas medidas (ET art.34.8).

Por ello, el TSJ Galicia desestima el recurso de suplicación y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

22. ¿Es necesario informar a los trabajadores sobre la instalación de un sistema de videovigilancia anterior a la LOPD/2018?

STSJ País Vasco 18-07-23

El TSJ País Vasco declara nulo un despido probado mediante las grabaciones realizadas a través de las cámaras visibles de las que no fueron informados los trabajadores e instaladas antes del 7-12-2018 (entrada en vigor de la LO 3/2018) ya que no puede beneficiarse a quienes incumplen la ley. Considera que las grabaciones han vulnerado los derechos fundamentales de la trabajadora.

Nulidad del despido

La trabajadora, que presta servicios para un comercio textil, es despedida disciplinariamente. En la carta de despido se imputa a la trabajadora una falta muy grave consistente en la devolución fraudulenta de unas prendas adquiridas días antes sin que realmente se hiciese, pero sí la devolución de los importes económicos correspondientes.

La empresa ha acreditado la conducta de la trabajadora mediante el visionado de las cámaras de vigilancia, producido tras apreciar operaciones irregulares. Las cámaras presentes en el establecimiento son visibles y de su instalación han sido informada la RLT.

La trabajadora presenta demanda contra el despido que se desestima en la instancia confirmando la procedencia del despido. La trabajadora presenta recurso de suplicación.

Para resolver el recurso el TSJ analiza la regulación de la prueba videográfica. Recuerda que el Rgto (UE) 2016/679 y, posteriormente, la LOPD (LO 3/2015) establecen restricciones a la intromisión de las tecnologías en los ámbitos personales de la persona, garantizándole la intimidad frente al intrusismo.

Por su parte, LOPD art.89 exige que, para utilizar las imágenes de los trabajadores, la empresa debe haberles comunicado previamente esta circunstancia. No obstante, excepcionalmente, y aunque el empresario incumpla este deber, se permite la utilización de imágenes en los casos de comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores, considerando cumplido el deber de informar al trabajadores por tratarse de cámaras visibles (LOPD art.22.4).

En el supuesto enjuiciado, aunque la LOPD autoriza el uso de las cámaras en estos supuestos excepcionales y la trabajadora realiza una actividad contraria al contrato de trabajo, el TSJ señala que la LOPD entró en vigor el 7-12-2018, y la empresa no ha llevado a cabo la regularización del sistema de videovigilancia cumpliendo la previsión legal de dar a conocer su uso en la actividad laboral. Además, no se puede aplicar la excepción de delito flagrante. El TSJ alega los siguientes motivos:

a) La empresa ha manifestado tácita y previamente a los hechos que la instalación de las vigilancia por cámaras se realizó con una finalidad de seguridad y en la esfera de los clientes y no para el control de la actividad laboral de la vigilancia por cámaras (doctrina de actos propios).

b) Un sistema de videovigilancia no puede provocar una situación de incertidumbre o indefinición para el trabajador. Si las cámaras, desde hace ya bastantes años, se han utilizado exclusivamente en el entorno de los clientes, no es posible utilizar ese medio con relación a los trabajadores, aprovechando lo beneficioso y rechazando lo perjudicial.

c) No es aceptable aplicar un criterio interpretativo que no sea el estrictamente legal. La LOPD art.89 requiere la comisión flagrante de un acto ilícito para entender cumplido el deber de informar si existiese al menos el dispositivo visible (LOPD art.22.4). En el supuesto enjuiciado el supuesto no es flagrante y por ello ni por la interpretación literal de la norma es posible aplicar la excepción.

Aplicando lo anterior al supuesto enjuiciado, el TSJ entiende que la conducta de la empresa respecto de las cámaras de vigilancia ha sido ilícita, lo que supone que nos encontremos ante una prueba ilícita. Por tanto, si la prueba en la que se apoya la extinción del contrato de trabajo es ilícita, la consecuencia es la ilegalidad de lo actuado, y si al comienzo se produce una quiebra de un derecho fundamental, se ha de declarar la nulidad del despido.

Santiago Blanes Mompó.

Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios