

# NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

---

Febrero 2024



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## ÍNDICE

1. Reclamación de ascensos: ¿cómo se calcula el tiempo trabajado en una categoría superior?.....	4
2. Empleo público: el TJUE declara el carácter temporal de los indefinidos no fijos ..	6
3. Los trabajadores de ETT deben percibir la misma indemnización por AT que los trabajadores de la empresa usuaria.....	8
4. El permiso por fuerza mayor familiar de hasta 4 días al año debe ser retribuido .....	9
5. El TJUE aclara cuándo nace la obligación de iniciar el período de consultas con la RLT en el marco de un despido colectivo.....	11
6. El TS declara aplicable el convenio colectivo a una trabajadora cuya categoría no aparece recogida en él .....	13
7. Entra en vigor la obligación de disponer de un protocolo para la igualdad real y efectiva del colectivo LGTBI.....	14
8. Incapacidad permanente: ¿se puede revisar el grado antes del plazo fijado en la resolución administrativa?.....	15
9. Nuevo pronunciamiento del TS sobre la antigüedad en caso de sucesión de contratos temporales .....	16
10. Transporte de mercancías por carretera. Inaplicación de los tiempos de conducción y descanso .....	18
11. Publicada la reforma del artículo 49 de la Constitución .....	19
12. ¿Se puede elegir el convenio colectivo aplicable?.....	20
13. Pérdida de la visión de un ojo: ¿qué grado de incapacidad permanente corresponde?	21
14. Se declara nulo el despido automático de un trabajador tras ser declarado en incapacidad permanente total .....	23
15. Pacto de no competencia: ¿es válida una cláusula que permite su rescisión unilateral por la empresa?.....	26
16. El TS se pronuncia sobre la cotización de las dietas en las contrataciones para la realización de obras y servicios.....	27
17. Jubilación anticipada voluntaria. ¿Cuál es el importe mínimo que debe alcanzar la pensión .....	29
18. ¿Cómo se acredita la existencia de acoso laboral?.....	31

19. Preaviso de ausencias justificadas ¿Es obligatorio aunque en el acuerdo con la RLT no se exija?.....	33
20. Aprobado el SMI para 2024 .....	34
21. Cambios en los rendimientos de trabajo sujetos a IRPF .....	35
22. ¿Cómo se computan los días de permiso tras la modificación del ET por el RDL 5/2023?.....	37
23. Acuerdo de finiquito: ¿puede extinguir la responsabilidad de una empresa que no ha sido parte de la relación laboral?.....	38
24. Las pausas para ir al baño no deben registrarse .....	40
25. Complemento de idiomas. ¿Se debe abonar siempre que un trabajador utiliza un idioma extranjero en su puesto de trabajo? .....	41

## **1. Reclamación de ascensos: ¿cómo se calcula el tiempo trabajado en una categoría superior?**

### **STSUD 29-1-24**

El TS fija doctrina sobre cómo calcular los periodos trabajados en una categoría superior a efecto de ascensos y declara que el periodo de 6 meses en 1 año y de 8 meses en 2 años han de computarse en días laborables excluyendo aquellos en los que no se han desempeñado funciones. Incluirlos supondría que, al exigir 180 días o 240 días de efectiva actividad, se estaría incrementando la legalmente exigida.

### **Periodos de trabajo en una categoría superior**

El trabajador lleva, desde 2010, prestando servicios para una empresa con la categoría de oficial de 1ª A. Mediante acuerdo colectivo se establece un plus aplicable para quienes desempeñen funciones de oficial 1º mando de brigada. También se contempla un complemento de puesto variable. El trabajador ha prestado servicios para esta categoría superior o durante 145 días laborales el año 2018 y, hasta julio de 2019, 171 días.

En agosto de 2019, el trabajador solicita que le sea reconocida la categoría de oficial 1ª de mando de brigada con los pluses asociados a la misma. Tras la negativa empresarial, el trabajador interpone demanda sobre reconocimiento de superior categoría y reclamación de diferencias salariales, que es desestimada en la instancia. En suplicación, el TSJ tiene en cuenta los meses en los que se han desempeñado más días en la categoría superior que en la de origen y estima el recurso. Disconforme la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si un trabajador tiene derecho a pasar a una categoría superior por haber estado trabajando en el desempeño de la misma el tiempo legalmente establecido en ET art.39.2.

El TS recuerda que la polivalencia funcional implica un acuerdo entre empresa y trabajador por el que éste se compromete a atender funciones de más de un grupo profesional y a tal efecto es clasificado, en atención a las funciones que desarrolle durante más tiempo (ET art.22.4). Por otra parte, al regular la movilidad funcional, el ET art.39.4 establece que, en caso de desempeñar funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a 6 meses durante un año u 8 durante dos años, el trabajador puede reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo (ET art.39.4). Considera que con esta previsión se está queriendo reconocer el derecho a la promoción profesional

cuando durante un periodo relevante y habitual, que el legislador lo identifica con un periodo concreto de actividad, se atienden con plenitud las tareas superiores.

Para determinar cómo se deben computar los plazos el TS considera que, aunque legislador ha introducido términos temporales genéricos -meses y años-, esas referencias hay que interpretarlas en el contexto en el que se están aplicando. Si de lo que se trata es de que el ascenso lo sea por haber estado trabajando en una actividad correspondiente a un grupo superior, se ha de atender a la actividad efectiva desplegada, dejando al margen lapsos de tiempo en los que no se está trabajando y que interfieren indebidamente en el cómputo de las reglas establecidas para poder ascender por haber estado desempeñando una actividad superior (más de seis meses en un año, que equivale a más de la mitad de la actividad atendida en ese año, o más de ocho meses en dos años, que equivale a más de un tercio de la desempeñada en eso dos años. Es decir, lo que el legislador hace es establecer una fórmula general que permita atender los variados y diferentes tiempos de actividad laboral que pueden darse en las relaciones laborales y permitir que ninguna de ellas se vea privada de acceder a la situación de ascenso o promoción que establece. Por tanto, por un lado,

a) Se ha que determinar las fechas a considerar como periodo anual de referencia (en el supuesto enjuiciado se toma el año 2018).

b) Seguidamente, conocer los días de trabajo efectivo en ese lapso temporal ya que dentro de esos días es cuando se pueden desempeñar esas superiores funciones (en el supuesto enjuiciado, aplicando el convenio colectivo se obtiene que eran 221,5 días/año)

c) Teniendo los días de actividad efectiva en los años de referencia, se deben conocer los concretos días de encomienda de función de superior categoría (en el supuesto enjuiciado 145 días).

Con todos esos datos, se trata de fijar si en el supuesto enjuiciado se superan los meses que señala el ET art.39.4. El TS concluye que, en tanto que la actividad laboral era de 221 días de los que más de la mitad (145 días) con los dedicados a realizar funciones superiores, debe reconocerse el ascenso. Considera que incluir en ese cómputo periodos en los que no se han desempeñado funciones supondría que al exigir 180 días o 240 días de efectiva actividad se estaría incrementando la legalmente exigida. Lo que el ET art.39.4 formula es un criterio que atiende al total de los días efectivamente trabajados en uno o dos años, de los cuales la mitad o un tercio deberán corresponder a la función superior.

Por tanto, el TS fija doctrina unificada y se pronuncia sin asumir ni la tesis de la sentencia recurrida ni la de contraste, sino que se pronunciará sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido. Se desestima el recurso.

## **2. Empleo público: el TJUE declara el carácter temporal de los indefinidos no fijos**

**STJUE 22-2-24, asuntos C-59/22, C-110/22, C-159/22**

En el ámbito del empleo público, el TJUE ha declarado que la declaración de fijeza puede ser una medida adecuada para prevenir y sancionar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos. Para ello, los tribunales españoles deben modificar su jurisprudencia, si la interpretación que se está haciendo del derecho interno, también de la Constitución, no es compatible con los objetivos del Derecho de la UE en materia de contratación temporal.

### **Posibilidad de la declaración de fijeza de los trabajadores indefinidos no fijos**

A través de la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas y resueltas conjuntamente, el TJUE da un paso más en la configuración de la respuesta necesaria para combatir el abuso que de la contratación temporal realizan las Administraciones Públicas. Estas son las principales conclusiones:

1. Sobre la consideración que los trabajadores indefinidos no fijos deben tener, concluye el TJUE que se trata de trabajadores con contratos de duración determinada y que, por lo tanto, resultan comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco aprobado por la Dir 1999/70/CE.
2. La expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», comprende los casos en los que el trabajador está vinculado a una Administración por un único contrato indefinido no fijo. Este contrato no tiene un término concreto de duración y se extingue en caso de adjudicación de la plaza tras una convocatoria pública. Sin embargo, cuando esa convocatoria no se ha organizado en el plazo establecido, las prórrogas automáticas de este contrato de duración determinada pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada. Hacer una interpretación más restrictiva, iría en contra de los objetivos perseguidos por el Acuerdo Marco.

3. Como el concepto de contrato indefinido no fijo es una creación jurisprudencial, no existe normativa española para este tipo de contrato. Por ello, no se ha adoptado ninguna de las medidas previstas en el Acuerdo Marco para evitar los abusos que pudieran derivarse de la utilización de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente.

La medida prevista por el derecho español para evitar el abuso consiste en la convocatoria de procesos selectivos para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, así como los plazos concretos a tal fin. Sin embargo, no hay garantías de que esos procesos se convoquen efectivamente, por lo que no parece que pueda evitar la utilización abusiva de la contratación temporal. Por ello no puede calificarse de medida legal equivalente.

4. Con respecto a la previsión del pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, no alcanza el objetivo de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales.

5. La exigencia de responsabilidad a las Administraciones Públicas motivada por sus actuaciones irregulares en materia de contratación no puede considerarse una medida efectiva y disuasoria. El hecho de depender de la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas, hace que su grado de ambigüedad y abstracción la conviertan en una medida inoperante de la que no se tiene constancia que haya sido empleada en ninguna ocasión.

6. Sobre la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal, dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la UE.

7. La principal consecuencia que se aborda es la posibilidad de convertir en fijos los contratos temporales sucesivos, particularmente, los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente. Esta medida podría considerarse contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad contemplados en la Constitución, tal y como ha venido siendo interpretado por el Tribunal Supremo. No obstante, a falta de otra medida adecuada para prevenir y sancionar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, los tribunales españoles deben hacer una interpretación de su derecho, incluyendo la Constitución, conforme al Derecho de la UE y a los objetivos concretos de la referida Directiva. Para ello, si es necesario, deben modificar su jurisprudencia reiterada.

### **3. Los trabajadores de ETT deben percibir la misma indemnización por AT que los trabajadores de la empresa usuaria**

#### **STJUE 22-2-24, asunto C-649/22**

El TJUE ha declarado que entre las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por ETT durante su misión en una empresa usuaria deben incluirse las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social. Esto implica que el trabajador de la ETT debe percibir la indemnización en caso de declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente total derivada de un accidente de trabajo sufrido en la empresa usuaria, en la misma cuantía que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria.

#### **Condiciones esenciales de trabajo y empleo**

El trabajador contratado por una ETT es cedido a una empresa de transporte para ejercer funciones de mozo especialista. Durante su puesta a disposición sufre un accidente de trabajo por el que es declarado en situación de IPT, razón por la cual recibe una indemnización de 10.500 euros en aplicación del convenio colectivo de la ETT. El trabajador considera que la cuantía de la indemnización debe ser la recogida en el convenio colectivo del sector de transporte, fijada en 60.101,21 euros, por lo que presenta demanda de reclamación de cantidad.

El JS de instancia desestima la demanda aplicando la jurisprudencia del TS, según la cual las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social concedidas con carácter voluntario, no están comprendidas en el concepto de remuneración y, por ello, no forman parte de las condiciones de trabajo que los trabajadores de ETT deben disfrutar en igualdad de condiciones que los trabajadores de la empresa usuaria. El TSJ País Vasco considera que esta interpretación del TS puede ser contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación, recogidos en la Dir 2008/104/CE relativa al trabajo a través de ETT, y plantea cuestión prejudicial ante el TJUE.

El TJUE considera que el concepto de remuneración debe entenderse en un sentido amplio incluyendo una indemnización como la reclamada, fundamentalmente por dos razones:

1. Aunque no se abona directamente como contrapartida de una prestación laboral, es una gratificación económica indirecta por razón del empleo. Además, tiene la finalidad de compensar la pérdida de ingresos como consecuencia de la incapacidad para ejercer la



profesión habitual. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que la indemnización se abone tras la extinción de la relación laboral.

2. Esta indemnización está vinculada a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, puesto que va unida a la reparación de los daños cuando esa protección fracasa, en particular cuando se produce un accidente de trabajo quedando el trabajador en situación de IPT para ejercer su profesión habitual.

Añade el TJUE que la exclusión de la indemnización de entre las condiciones esenciales de los trabajadores de las ETT iría en contra del objetivo de la Dir.2008/104/CE de garantizar la protección de los trabajadores cedidos por ETT en materia de seguridad y salud en el trabajo. Y ello porque en caso de accidente de trabajo, el riesgo económico para las empresas usuarias sería menor respecto de los trabajadores procedentes de ETT que respecto de los trabajadores contratados directamente, por lo que se verían menos incitadas a invertir en los trabajadores cedidos por ETT.

#### **4. El permiso por fuerza mayor familiar de hasta 4 días al año debe ser retribuido**

##### **SAN 13-2-24**

La AN declara que las ausencias por fuerza mayor de hasta 4 días al año deben ser retribuidas, aunque no lo prevea el convenio colectivo o pacto de empresa. Lo contrario perpetuaría la brecha de género al implicar que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados, las mujeres, vea mermada su retribución por esta causa. Además, desincentivaría a los hombres a asumir su deber de corresponsabilidad en las cargas familiares.

##### **Retribución del permiso por fuerza mayor familiar**

Se plantea ante la AN la cuestión relativa a si las ausencias de hasta 4 días al año por fuerza mayor familiar recogidas en el art.37.9 del ET, tiene carácter retribuido o no.

La demanda la presentan los sindicatos representativos frente al comunicado emitido por una empresa de contact-center en el que, rectificando su posición inicial, indica que el permiso no es retribuido. Argumenta que el precepto que lo regula recoge el carácter no retribuido del permiso salvo que el convenio colectivo, o en su defecto acuerdo con la empresa, indique lo contrario, circunstancia que no se produce en la empresa.

La AN analiza el art.37.9 ET aplicando las reglas de interpretación de los contratos (CC art.3):

1. La interpretación literal y gramatical lleva a entender que el precepto reconoce un derecho a que el trabajador que se ausente por esta causa mantenga su derecho a la retribución y que la remisión al convenio colectivo o al acuerdo de empresa únicamente es para determinar la forma de acreditar el motivo de la ausencia.

2. Interpretación sistemática. Estas ausencias no están incluidas entre las causas de suspensión del contrato exoneradas de la obligación de remunerar (ET art.45 y 47) sino entre los supuestos de descanso semanal, fiestas y permisos regulados en el art.37. Este precepto regula interrupciones en la prestación de servicios que, en principio, son retribuidas y cuando la ausencia conlleva la pérdida del salario, se dice expresamente. Y esta expresa mención al carácter no retribuido no se especifica en el caso de las ausencias por fuerza mayor familiar.

3. Interpretación histórica y finalista. La implantación de este permiso es fruto de la trasposición de la Directiva UE/2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional. Esta Directiva, deja a opción del legislador nacional que la ausencia del trabajo por fuerza mayor sea retribuida o no, pero recomienda el carácter retribuido. En este sentido, todos los documentos previos a la introducción del art.37.9 ET (anteproyecto y proyecto de ley de familias, que finalmente no llegó a aprobarse), así como la exposición de motivos del RDL 5/2023 que finalmente llevó a cabo la trasposición de este permiso, opta por que el permiso sea retribuido en todo caso. También la nota informativa que emitió el Ministerio de trabajo recalca la intención del Gobierno de que los 4 días de horas de ausencia por fuerza mayor familiar sean retribuidos.

4. Interpretación sociológica. Supeditar la retribución de las horas de ausencia por fuerza mayor al pacto colectivo expreso es contrario al principio de igualdad ya que perpetúa la brecha de género al implicar que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados, las mujeres, vea mermada su retribución por esta causa. Además, desincentiva a los hombres a asumir su deber de corresponsabilidad en las cargas familiares.

En atención a estas consideraciones, la AN estima la demanda y declara el carácter retribuido de las ausencias por fuerza mayor de hasta 4 días al año reguladas en el art.37.9 ET.

## **5. El TJUE aclara cuándo nace la obligación de iniciar el período de consultas con la RLT en el marco de un despido colectivo**

### **STJUE 22-2-24**

El TJUE ha declarado que la obligación de iniciar el procedimiento de consulta con los representantes legales de los trabajadores en el marco de un despido colectivo nace desde el momento en que el empresario adopta una decisión estratégica que le obliga a plantearse o proyectar despidos colectivos. No obstante, es necesario que se conozcan los factores y elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos a fin de evitar un nacimiento prematuro de la obligación de consulta.

### **Despido colectivo y procedimiento de consultas**

El TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Illes Balears, ha declarado que la obligación de consulta a los representantes legales de los trabajadores en el marco de un procedimiento de despido colectivo nace desde el momento en que, en el marco de un plan de reestructuración, el empresario se plantea o proyecta una disminución de puestos de trabajo cuyo número puede superar los umbrales del despido colectivo (Dir 98/59/CE art.2.1).

La empresa demandada en el litigio principal se dedica a la gestión y explotación de hoteles. A finales de 2019, el número de hoteles que explotaba pasa de veinte a siete y en enero de 2020 su plantilla se había reducido de 43 a 32 trabajadores. De entre esos 11 trabajadores que habían dejado de prestar servicios 9 habían causado baja voluntaria y suscrito sendos contratos de trabajo con la nueva empresa adjudicataria de la gestión de los hoteles. A finales de enero de 2020, la empresa acuerda el despido de otros 9 trabajadores, con lo que la plantilla queda reducida a 23 trabajadores.

Los actores interponen demanda impugnando sus despidos ante el juzgado de lo social al considerar que la empresa debería haber iniciado un procedimiento de despido colectivo y que había actuado fraudulentamente al promover las bajas voluntarias para evitar alcanzar los umbrales del despido colectivo.

La demanda es desestimada en la instancia por lo que interponen recurso de suplicación. El TSJ acuerda la suspensión del procedimiento y plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Las obligaciones de consulta a la RLT nacen desde que la empresa proyecta extinciones de contratos que superen el límite establecido para los despidos colectivos, con independencia de que, finalmente, el número de extinciones no alcance tal umbral?
2. ¿Se asimilan a extinciones las bajas las bajas de trabajadores propuestas por la empresa, no pretendidas pero aceptadas por aquellos una vez obtenida la oferta firme de incorporación inmediata a otra empresa?

Respecto a la primera cuestión, el TJUE recuerda que las obligaciones de notificación y consulta a los representantes legales de los trabajadores nacen con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo. Su finalidad es, precisamente, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número, y estudiar alternativas por lo que perderían eficacia si la consulta a la RLT se realizara con posterioridad a la decisión.

Por tanto, el Tribunal concluye que el procedimiento de consulta debe iniciarse en el momento en que el empresario adopte una decisión estratégica que le obligue a plantearse o proyectar despidos colectivos (TJUE 10-9-09, asunto C-44/2008, EDJ 189949).

Matiza que para evitar los efectos negativos que podrían derivarse de un nacimiento prematuro de la obligación de consulta (restricción de la flexibilidad de las empresas para llevar a cabo procesos de reestructuración, aumento de cargas administrativas y de la inquietud de los trabajadores...) es necesario que ya se conozcan los factores y elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos.

Concluye así que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la decisión de la empresa demandada en el litigio principal de iniciar conversaciones para la cesión de la gestión de parte de los establecimientos hoteleros que explotaba, la obligaba a plantearse o proyectar despidos colectivos, con independencia de que las extinciones contractuales alcanzaran finalmente o no los umbrales del despido colectivo.

El TJUE considera que a la vista de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial no procede responder a la segunda.

## **6. El TS declara aplicable el convenio colectivo a una trabajadora cuya categoría no aparece recogida en él**

### **STSUD 8-1-24**

El TS reconoce del derecho de una trabajadora de una entidad local a percibir las diferencias salariales derivadas de la aplicación del salario establecido en el convenio colectivo para la categoría profesional que entiende equiparable a la suya, al no venir ésta reflejada en el convenio. La aplicación del convenio es imperativa para todos los trabajadores incluidos en su ámbito personal de aplicación y no puede eludirse atribuyendo categorías inexistentes.

### **Categoría profesional no prevista en convenio colectivo: retribución**

La actora, que presta servicios para el Concello de Viveiro como peón grumir, interpone demanda en reclamación de cantidad por las diferencias salariales existentes entre su sueldo y el de limpiadora del ayuntamiento demandado. Considera que, dado que su categoría no aparece recogida en el convenio colectivo de la entidad local, esa es la retribución que le corresponde percibir dada la similitud de las funciones que realiza.

La sentencia de instancia desestima la demanda, resolución que es confirmada en sede de suplicación. La Sala considera que no consta ningún dato que permita concluir que, en ambos puestos, se desempeñen las mismas funciones o similares.

Disconforme con esta resolución, interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina que el TS estima en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, recuerda que el convenio colectivo de la entidad local se debe aplicar a quien es trabajador de dicha entidad, aunque la categoría profesional atribuida a la empleada no esté incluida en el convenio (TS 13-10-17).

Y, en segundo lugar, considera que la atribución de una categoría inexistente en el convenio o el simple uso de una denominación que no figura en el mismo no puede amparar que una de las partes eluda su cumplimiento. Lo que corresponde es determinar cuál es el grupo o categoría profesional que debe asignarse al trabajador de los existentes en el convenio, valorando que los servicios que se prestan sean de igual valor y equivalentes, encuadramiento y asignación que, naturalmente, el trabajador podría impugnar.

Por tanto, una vez interpuesta la demanda de la trabajadora, correspondía a la entidad empleadora, que era quien estaba en la mejor posición, acreditar las funciones y su valor

en orden a la atribución de una nueva categoría profesional, en vez de limitarse, sin más, a rechazar la solicitud.

Por todo lo expuesto el TS estima el recurso y la demanda de reclamación de cantidad interpuesta.

## **7. Entra en vigor la obligación de disponer de un protocolo para la igualdad real y efectiva del colectivo LGTBI**

### **LO 4/2023, BOE 27-4-23**

El 2-3-2024 entra en vigor la obligación, incluida en la L 4/2023, que establece que las empresas de más de 50 trabajadores deben disponer de un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra este colectivo. Es una obligación distinta a la impuesta a las empresas de 50 o más trabajadores de disponer de un plan de igualdad (LO 3/2007).

### **Protocolo LGTBI**

Con efectos desde el 2-3-2023, se publicó la L 4/2023 con el objetivo de desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales y eliminar toda forma de discriminación.

Entre las novedades incluidas se reconoce el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI y trans en el ámbito laboral (L 4/2023 art.14 y 55), tanto por cuenta ajena como propia.

A tal efecto, establece que las empresas que tengan más de 50 trabajadores deben contar antes del 2-3-2024 con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra estas personas. Las medidas deben pactarse a través de la negociación colectiva (L 4/2023 art.15).

Para el cumplimiento de esta obligación estaba previsto un desarrollo reglamentario que determinase el contenido mínimo de esas medidas que tendrían que ser posteriormente pactadas con la RLT. Para la negociación de este reglamento se ha abierto una mesa de diálogo social que todavía no ha concluido.

Con relación al régimen de infracciones y sanciones para garantizar las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación la L 4/2023 contempla una serie de sanciones para las personas o empresas que vulneren los derechos del colectivo LGTBI (L 4/2023 art.76 s.).

En el orden social se aplica el régimen regulado por la LISOS, que se modifica para sancionar como infracciones muy graves conductas discriminatorias y el acoso por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, así como la solicitud, en el marco de procesos de selección, de datos personales al respecto. Estas conductas se tipifican como infracciones muy graves sancionables con multa de 7.501 a 225.018 euros.

Se trata de una obligación distinta de la impuesta a las empresas, en este caso, de 50 o más trabajadores de disponer de un plan de igualdad (LO 3/2007 art.45 s.).

## **8. Incapacidad permanente: ¿se puede revisar el grado antes del plazo fijado en la resolución administrativa?**

### **STSUD 6-2-24**

No es posible iniciar de oficio el procedimiento de revisión del grado de incapacidad permanente antes del transcurso del plazo establecido en la resolución administrativa, aun cuando la resolución revisora se produzca con posterioridad a este plazo.

### **Plazo de revisión del grado de incapacidad permanente**

El 29-11-2017 el INSS emite resolución por la que declara a la trabajadora en situación de incapacidad permanente absoluta y fija como fecha de revisión el 3-12-2018. El 2-11-2018 el INSS inicia expediente de revisión del grado de incapacidad y el 31-1-2019 dicta resolución declarando que las lesiones de la trabajadora no alcanzan el grado suficiente para constituir situación de incapacidad permanente (IP). Se basa para ello en el dictamen emitido el 3-12-2018 por el Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas (ICAM).

La trabajadora presenta reclamación previa impugnando el expediente de revisión iniciado el 2-11-2018, que es desestimada. En vía judicial, la demanda es estimada tanto en instancia como en suplicación, por lo que el INSS recurre en casación para la unificación de doctrina. Sostiene que, de conformidad con el art.200.2 LGSS, es posible iniciar de oficio el procedimiento de revisión del grado de incapacidad permanente antes del transcurso del

plazo establecido en la resolución administrativa, cuando la resolución revisora se produce con posterioridad a este plazo.

El TS señala que el art.200.2 LGSS establece que las resoluciones, iniciales o de revisión, dictadas por el INSS en las que se reconozca el derecho a prestaciones de IP en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido inicialmente, deben hacer constar el plazo a partir del cual se puede instar la revisión. Este plazo es vinculante para todos los sujetos que pueden instar la revisión. Únicamente se establecen dos excepciones:

1. La revisión por error de diagnóstico: puede llevarse a cabo en cualquier momento.
2. Cuando el beneficiario esté realizando cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena: se puede instar la revisión aunque no haya transcurrido el plazo.

Para el TS, cuando no se trate de las excepciones señaladas, el plazo fijado actúa como dies a quo de forma que solo a partir de ese momento puede instarse la revisión. Este plazo no está dirigido a regular los efectos de una posible revisión del grado, sino ante un plazo que establece el plazo a partir del cual se puede instar la revisión del grado de incapacidad. Se trata de un plazo vinculante que no permite entrar a valorar el estado del pensionista hasta que dicho plazo se haya cumplido.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y declara la firmeza de la sentencia recurrida.

## **9. Nuevo pronunciamiento del TS sobre la antigüedad en caso de sucesión de contratos temporales**

### **STSUD 23-1-24**

En un despido declarado improcedente debido a una sucesión de contratos temporales en fraude de ley, el TS declara que, a efectos de determinar la antigüedad del trabajador para calcular la indemnización por despido, una interrupción de 3 meses y 18 días no rompe la unidad esencial del vínculo laboral.

### **Cálculo de la indemnización por despido**

El trabajador prestó servicios para dos empresas relacionadas entre sí a través de sucesivos contratos temporales, desde el 10-5-2004 para una de las empresas y, desde el 2011 para la otra. Su último contrato se extingue el 30-9-2019. El trabajador interpone demanda de



despido solicitando que se considere como fecha de inicio de la relación laboral el 1-9-2014. Tanto en la instancia como en suplicación se declara improcedencia del despido tomando como fecha de antigüedad, a efectos de cálculo de la indemnización por despido, el 3-4-2018 resultante de considerar la existencia de una interrupción significativa entre el 15-12-2017 al 3-4-2018 (tres meses y 18 días). Al haber fallecido el trabajador, sus herederos interponen recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar cuál es la fecha de antigüedad del trabajador a efectos de calcular una indemnización por despido cuando se ha producido una sucesión de contratos temporales en fraude de ley entre los que se ha producido una interrupción de tres meses y 18 días.

Para resolver el recurso el TS recuerda su doctrina sobre la unidad esencial del vínculo (TS 2-12-20, EDJ 741048; TS 21-9-17, EDJ 208950; 12-7-10, EDJ 226261). Esta establece que una interrupción superior a tres meses no enerva, por sí sola y en todo caso, la presunción de continuidad del vínculo. Rechaza que se deba atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos. Igualmente, se ha declarado que, para adoptar la decisión final sobre la concurrencia de interrupciones significativas, con entidad para quebrar la unidad esencial del vínculo, cuando la contratación ha sido fraudulenta, ha de atenderse a lo siguiente:

- Tiempo total transcurrido desde el momento en que se pretende fijar el inicio del cómputo.
- Volumen de actividad desarrollado dentro del mismo;
- Número y duración de los cortes;
- Identidad de la actividad productiva.
- Existencia de anomalías contractuales.
- Convenio colectivo y, en general.
- Cualquier otro que se considere relevante a estos efectos.

Además, prosigue el TS, esta doctrina se ajusta plenamente a lo establecido por el TJUE (TJUE 19-3-2020, asunto Sánchez Ruiz) que, sobre el Acuerdo Marco de duración determinada, ha interpretado que los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden quedar privados de la protección que el Acuerdo les otorga por el mero hecho de que haber consentido libremente la celebración de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

En el supuesto enjuiciado, con independencia de la larga cadena de contratos temporales anteriores a la fecha de antigüedad solicitada, lo cierto es que a partir de la misma (1-9-2014) y hasta la fecha de finalización del último contrato, calificado como despido improcedente (30-9-2019) se celebraron entre las partes 34 contratos temporales de distinta duración y con diferentes causas -alguno de los cuales ni siquiera configuraba causa alguna-. En dicha secuencia contractual hubo interrupciones diferentes que van desde un único día al máximo de tres meses y 18 días, producida desde el 15-12-2017 al 3-4-2018. La mayor parte de las interrupciones, anteriores y posteriores a dicha fecha no llegaron al mes.

A la vista de los anterior, el TS concluye que la interrupción de 3 meses y 18 días, producida en mitad de una larga cadena contractual, no constituye una interrupción suficientemente significativa, capacitada para romper la unidad del vínculo. La actividad ha sido siempre la misma o muy similar, se ha tratado siempre de una actividad normal y permanente de la entidad demandada; en la mayoría de los contratos temporales haya constado el mismo objeto, por lo que la interrupción resulta intrascendente en relación a la consideración de la existencia de un solo vínculo contractual enmascarado a través de múltiples contratos temporales celebrados en fraude de ley.

Por todo ello, se estima el recurso casando y anulando la sentencia recurrida.

## **10. Transporte de mercancías por carretera. Inaplicación de los tiempos de conducción y descanso**

**Res. 16-2-24, BOE 20-2-24**

Se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en las operaciones de transporte de mercancías por carretera que se realicen desde el día 5 de febrero al 14 y del 19 al 26 de febrero de 2024, ambos incluidos.

### **Tiempos de conducción y descanso**

Se flexibilizan las condiciones de trabajo de los conductores que realicen operaciones de transporte de mercancías por carretera con el objeto de mitigar los efectos de las protestas de los agricultores españoles, que han provocado cortes de tráfico en las carreteras españolas y han afectado al normal funcionamiento de determinados flujos de mercancías.

Así, ante la previsión de nuevos cortes convocados por las asociaciones mayoritarias de agricultores que pueden poner en riesgo el suministro y abastecimiento de productos del ámbito alimentario dentro del territorio nacional, se exceptúa a los conductores que realicen operaciones de transporte de mercancías por carretera del cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso entre el 5-2-2024 y el 14-2-2024 y entre el 19-2-2024 y el 26-2-2024. La excepción supone que:

- a) Se sustituye el límite de conducción diaria máximo de 9 horas por uno de 10 horas (Rgto CE/561/2006 art.6.1).
- b) Se sustituye el límite de conducción semanal máximo de 56 horas por uno de 60 horas (Rgto CE/561/2006 art.6.2).
- c) Se permite reducir los requisitos del descanso diario de 11 horas por uno de 9 horas (Rgto CE/561/2006 art.8.1).
- d) Se posibilita posponer el inicio del descanso semanal más allá de 6 períodos de 24 horas (Rgto CE/561/2006 art.8.6).

## **11. Publicada la reforma del artículo 49 de la Constitución**

### **Const. art.49 reforma (BOE 17-2-24)**

Se ha publicado la modificación del artículo 49 de la Constitución para sustituir el término disminuidos por el de personas con discapacidad. Además, incluye el reconocimiento a las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad y obliga a los poderes públicos a comprometerse con la plena autonomía de las personas con discapacidad

### **Nuevo artículo 49**

Con vigencia desde el 17-2-2024 se ha publicado la modificación de la Const art.49, dedicado específicamente a la protección de las personas con discapacidad, incluido dentro del título I de la misma. La finalidad de la reforma es acomodar su lenguaje y contenido a la realidad social y a la normativa internacional.

A tan efecto, la nueva redacción sustituye el término ‘disminuidos’ por el de ‘personas con discapacidad’. También obliga a los poderes públicos a comprometerse con la plena

autonomía de las personas con discapacidad e incluye el reconocimiento a las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.

## **12. ¿Se puede elegir el convenio colectivo aplicable?**

### **STSUD 21-12-23**

El TS declara que si la actividad preponderante de la empresa no está incluida en el ámbito de aplicación de ningún convenio colectivo, las partes pueden acordar libremente someterse al convenio colectivo de su elección.

#### **Convenio pactado en el contrato**

La trabajadora viene prestando servicios para una empresa dedicada principalmente a la mediación entre los operadores de comunicaciones y los clientes finales. Además, como actividad secundaria se dedica a la venta de terminales móviles. Su categoría es la de dependiente y su puesto de trabajo es el de asesora del cliente. En contrato de trabajo se pacta el sometimiento de las partes al convenio colectivo de comercio vario de Madrid. Los servicios se han prestado en dos centros de trabajo de la provincia de Málaga.

La trabajadora solicita que se aplique el convenio colectivo de comercio en general de Málaga y no el comercio vario de la provincia de Madrid, que es el pactado en el contrato. Interpone demanda en reclamación de cantidad, que es desestimada tanto en la instancia como en suplicación. Ambos órganos jurisdiccionales consideran que la actividad preponderante de la empresa no está incluida en convenio colectivo alguno, siendo la de venta de terminales, una actividad secundaria, por lo que puede aplicarse el convenio pactado en el contrato de trabajo. La trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina

La cuestión a resolver consiste en determinar si el convenio colectivo aplicable a la relación laboral es el General del comercio de Málaga como pretende la demandante o el Convenio Colectivo del Comercio de Madrid que es el que se venía aplicando.

El TS resuelve el recurso y, aplicando el criterio establecido en su jurisprudencia (TS 25-1-22), declara que cuando se acredita, como sucede en el supuesto enjuiciado, que la actividad principal de la empresa no está incluida en ninguno de los convenios, nada impide a las partes acordar libremente la aplicación de uno de ellos. El TS considera que este pacto no vulnera el derecho a la negociación colectiva (Const art.37.1; ET art.82,85.1 y 2) ya que el objeto del pacto ha sido lícito. La falta de convenio aplicable a la actividad impide, por sí

mismo, que en el pacto se establezcan condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Por todo ello, se estima el recurso y se confirma la sentencia dictada en suplicación.

### **13. Pérdida de la visión de un ojo: ¿qué grado de incapacidad permanente corresponde?**

#### **STSUD 10-1-24**

El TS declara que la pérdida de un ojo, conservando la plena visión del otro, no es causa de incapacidad permanente total y sí de incapacidad permanente parcial para la profesión de mecánico de vehículos. La pérdida de la visión periférica es la que se ha tenido en cuenta para el reconocimiento de la Incapacidad permanente parcial.

#### **Declaración de incapacidad permanente parcial**

El trabajador, cuya profesión habitual era la de mecánico ajustador de vehículos, sufre un accidente de trabajo mientras realizaba una beca de formación, ocasionándole un traumatismo perforante ocular que le supuso la pérdida del ojo izquierdo. Tras el accidente, mantiene la agudeza visual del ojo derecho. El INSS le declara afecto a IP parcial y disconforme, solicita que sea declarado en IP total para la profesión de mecánico. A tal efecto, presenta demanda de Seguridad Social, que es desestimada tanto en la instancia como en suplicación. Ambas instancias consideran que puede realizar todas o las fundamentales tareas de la profesión de mecánico de vehículos, aunque en las que requieran una mayor agudeza visual o precisión en el manejo de piezas podrá existir mayor dificultad o penosidad; que es el que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial. Finalmente, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

Se trata de determinar qué grado de incapacidad debe reconocerse a un mecánico de vehículos que ha perdido un ojo, pero conserva la plena visión del otro: incapacidad permanente parcial o incapacidad permanente total.

El TS recuerda que se entiende por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que no impide al trabajador la realización de las tareas fundamentales de dicha profesión (LGSS art.194.3). Por otra parte, se entiende por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que impide al trabajador la realización de todas o de las

fundamentales tareas de dicha profesión. Por tanto, la clave está en si incapacidad permanente impide o no la realización de las tareas fundamentales de la profesión habitual. De impedir las, corresponde la declaración de IP total y si no, la de IP Parcial.

Para resolver la cuestión, el TS, aplicando su jurisprudencia reciente, utiliza como elemento orientador e indicativo los siguientes criterios:

a) El derogado reglamento de Accidentes de Trabajo (D 22-6-1956) , que calificaba como incapacidad permanente parcial la pérdida de la visión completa de un ojo, si subsiste el otro (art.37); y como incapacidad permanente total la pérdida de visión de un ojo, si queda reducida la del otro en menos de un 50% (art.38).

b) La aplicación de la escala de Wecker, que atribuye un porcentaje de pérdida visual global del 33% a la situación en la que el ojo sano mantiene una agudeza visual de 1 y el ojo peor es inferior a 0,05; calificando como incapacidad permanente parcial la pérdida de visión comprendida entre el 24-36%, y como total la incluida entre el 37 y el 50%. Se trata de una herramienta de valoración indicativa que ha de completarse en cada caso con el análisis de la profesión habitual del trabajador.

El TS considera que la aplicación de ambos criterios orientadores no admite su traslación genérica a toda clase de profesión u oficio, sino que exige realizar un análisis específico de las concretas y singulares tareas y funciones de la profesión habitual del trabajador. Señala que, además del correcto desempeño de las tareas, se han de tener en cuenta los riesgos que para el propio trabajador y para terceros pueda suponer el desempeño de esa profesión (por la utilización de maquinaria potencialmente peligrosa; porque lo exijan las condiciones, circunstancias o lugares donde deben realizar las tareas; o por el cumplimiento de los requisitos normativos condicionan el ejercicio de determinadas profesiones)

En el supuesto enjuiciado, aunque el trabajador ha perdido la visión de un ojo, conserva íntegra la del otro, pudiendo realizar con esa visión todas o las fundamentales tareas de su profesión de mecánico de vehículos. La mayor dificultad o penosidad que en la realización de las que requieren una mayor agudeza visual o precisión en el manejo de piezas es la que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial.

Por otra parte, no concurren los factores de riesgo que sí concurrían, por ejemplo: en la profesión de oficial de la construcción, especialmente el de la exigencia de trabajar en alturas y en edificios en construcción, en espacios en los que hay huecos y zonas con peligro de caída desde alturas muy considerables (TS 10-10-23 rec 1037/2021) o en la de gruísta (TS 23-12-14, rec. 360/2014).

Por tanto, concluye que no se aprecian razones para separarse de los anteriores criterios que consideran que, con carácter general, la pérdida de la visión de un ojo si se mantiene la plena visión del otro. Así, se desestima el recurso planteado confirmando la sentencia de instancia.

## **14. Se declara nulo el despido automático de un trabajador tras ser declarado en incapacidad permanente total**

### **SJS Vigo 19-1-24**

El JS n.º 2 de Vigo ha declarado nulo, por vulnerar el derecho a la no discriminación por discapacidad, la extinción de un contrato de trabajo producida tras ser declarado en situación de IPT. El juzgado aplica la sentencia del TJUE 18-1-2024 y obliga al empresario a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo o, en su caso, a demostrar que estos suponen una carga excesiva. Se condena a la empresa a la readmisión en un puesto compatible con sus limitaciones y con la prestación de la Seguridad Social que perciba.

### **Nulidad de despido. Aplicación sentencia del TJUE**

El trabajador que prestaba servicios para la empresa como encargado de mantenimiento, tras un largo periodo de IT por una enfermedad coronaria, es declarado afecto a IPT por contingencias comunes. Tras conocer la declaración de incapacidad permanente la empresa procede a su baja en la Seguridad Social. Disconforme, el trabajador interpone demanda de despido y, basando su pretensión en la sentencia del TJUE de 18-1-21 C-631-2022, solicita como primera pretensión que se declare la nulidad del despido por las siguientes razones: a) el despido se ha producido por razón de discapacidad en una vertiente discriminatoria; y b) la empresa no ha cumplido el mandato previo de promover ajustes razonables en su puesto de trabajo y tampoco ha demostrado estos supondrían una carga excesiva.

Para la resolución de la demanda, el Juzgado realiza las siguientes consideraciones:

a) Señala que la Sentencia del TJUE ha declarado que se opone al derecho comunitario una normativa nacional según la cual el empresario puede poner fin al contrato de trabajo de un trabajador en situación de IPT debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin obligar al empresario, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir que el trabajador conserve su empleo, ni a demostrar, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

b) En el supuesto enjuiciado el convenio colectivo aplicable establece que todos los trabajadores que, por accidente de trabajo, enfermedad profesional o común de larga duración, con reducción de sus facultades físicas o intelectuales, sufren una capacidad reducida, tienen preferencia para ocupar los puestos más adecuados que existan en la empresa en relación con sus condiciones, siempre y cuando tengan aptitud o idoneidad para el nuevo cargo.

c) El trabajador tiene la condición de persona con discapacidad en el sentido del derecho de la UE (Dir 2000/78/CEE); y esa discapacidad no impide que el trabajador de que se trata desempeñe otras funciones para su empleador u otra empresa. Igualmente, tanto el RDLeg 1/2023 sobre personas con discapacidad, como la L 1/2023, de Empleo, establecen que las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

d) La doctrina del TCo (nº 3/2008, 10/2014 y 77/2014 y 51/2021) también ha establecido que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad comprende el derecho a los ajustes razonables que no impongan una carga desproporcionada o indebida, señalando que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás.

e) Por último, señala que según la sentencia del TJUE carece de relevancia que el reconocimiento de la prestación se produzca a instancia del trabajador, ya que asimilar una IPT, que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una IP Absoluta es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad.

f) Aunque el TJUE califica la extinción como no consentida y, como tal, puede constituir un despido, al ser una cuestión de legalidad ordinaria interna, no resuelve la suerte que debe correr la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente sin indemnización alguna, como permite el ET art.49.1.e, que introduce en el mismo saco a la muerte y a la gran invalidez con la incapacidad permanente como válidas causas de extinción del contrato.

En atención a lo anterior el JS analiza la posibilidad de declarar la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. A tal efecto, recuerda que son nulos todos los actos de discriminación por, entre otras causas, de discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (L 15/2022 art.2 y 26).



En el supuesto enjuiciado la decisión de extinguir del contrato de trabajo se ha producido por razón de discapacidad; y esa circunstancia que era conocida por la empresa ya que, además, fue precedida de una IT por dolencia coronaria grave. Por tanto que existe una responsabilidad empresarial por no haber dado cumplimiento a la Directiva (Dir 2000/78) y a la doctrina constitucional sobre protección de las personas con discapacidad. El JS señala que la decisión de extinguir no fue causal, ya que no se ofreció una justificación objetiva y razonable. Además, el convenio colectivo obligaba a la búsqueda de ajustes razonables o cambios en el puesto para mantener el empleo. Señala el juzgado, que esta actuación empresarial ya era exigible conforme a la normativa española, lo que la sentencia del TJUE introduce es la facilidad de haber declarado discriminatoria la norma española que permite la extinción sin causa en casos como en el supuesto enjuiciado.

Por ello, el Juzgado concluye que la empresa no podía extinguir el contrato sin causa y sin ofrecer una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas en torno a los ajustes razonables o el cambio de puesto adoptadas o, en su caso, de la imposibilidad de adoptarlas por causas financieras relevantes; y siempre que el trabajador hubiera manifestado su deseo de seguir trabajando, lo que en el supuesto enjuiciado se aprecia claramente, al menos, desde la presentación de la papeleta de conciliación.

Esto supone que se estima la demanda y se declara la nulidad del despido, condenando a la empresa a readmitir al trabajador con abono de salarios de tramitación. Asimismo, señala que la readmisión se debe producir en un puesto compatible con su situación de incapacidad permanente total, salvo que la empresa demuestre, tras la actividad pertinente tendente a facilitar el derecho, que supone una carga excesiva tal ajuste o adaptación de puesto. No se condena al abono de una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, ya que únicamente se solicita la nulidad del despido o subsidiariamente la improcedencia.

## **15. Pacto de no competencia: ¿es válida una cláusula que permite su rescisión unilateral por la empresa?**

### **STSUD 25-1-24**

El TS declara la nulidad de una cláusula incluida en un pacto de no competencia según la cual la empresa puede optar por dejarlo sin efecto y, por tanto, no abonar la compensación fijada en el mismo pacto a favor del trabajador. Recuerda que se trata de obligaciones bilaterales y recíprocas, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

### **Nulidad de cláusula pactada**

El trabajador ha prestado servicios para la empresa como director de contenidos. En el contrato consta la concertación de un pacto de no competencia postcontractual. En el pacto se incluye una cláusula según la cual la empresa puede optar por su aplicación o no. Señalando que, si opta por la no aplicación de la cláusula de no competencia, debe notificar esta circunstancia de forma coetánea a la extinción del contrato o, en su defecto, en el plazo máximo de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de efectos de la extinción del presente contrato.

El 23-12-2019 el trabajador comunica su baja voluntaria a la empresa y el 27-12-2019 la empresa le comunica que no hará uso de pacto de no competencia postcontractual. El 31-12-2019, se produce la baja del trabajador. A pesar de la cláusula, el trabajador reclama la cantidad de 80.000 euros en aplicación de la compensación prevista en el pacto de competencia postcontractual celebrado, por lo que presenta demanda de reclamación de cantidad. La demanda se estima en la instancia y se desestima en suplicación declarando la validez del derecho de opción de la empresa. El trabajador interpone recurso de casación por la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si es válida la opción ejercitada por la empresa que, haciendo uso de una cláusula incluida en un pacto de no competencia postcontractual, una vez finalizada la relación laboral, descarta la virtualidad del pacto de no competencia postcontractual y, por tanto, el abono de la compensación fijada en el mismo pacto a favor del trabajador.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que su jurisprudencia sobre la materia ha establecido lo siguiente (TS 2-7-03, EDJ 15720; 14-5-09, EDJ 120316; 8-11-11, EDJ 287025):

a) El pacto de no competencia postcontractual no puede ser rescindido por decisión unilateral del empresario, ya que genera para el trabajador no solo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas.

b) La naturaleza jurídica el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo es la de la de un pacto o acuerdo bilateral en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes. Por tanto, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca, aplicando la interdicción prevista en el CC art.1255.

Aplicando la anterior doctrina al supuesto enjuiciado el TS concluye que es nula la citada cláusula, ya que deja al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no un acto de no competencia, ya que el carácter bilateral del pacto de no competencia postcontractual impide que mismo (en su nacimiento, eficacia y cumplimiento) quede supeditado condicionada a la ulterior voluntad de la empresa.

Por todo ello, se estima el recurso anulando la sentencia dictada en suplicación.

## **16. El TS se pronuncia sobre la cotización de las dietas en las contrataciones para la realización de obras y servicios**

### **STS cont-adm 18-12-23**

Lo determinante para entender si las dietas están o no excluidas de la base de cotización no es la modalidad contractual utilizada, sino que el abono de las cantidades satisfechas por comidas y pernoctación se produzca a causa del desplazamiento a una localidad distinta del lugar de trabajo habitual.

### **Dietas excluidas de cotización**

La TGSS interpone recurso de casación contra la Sentencia que anuló una resolución que confirmaba un acta de liquidación de cuotas girada por la ITSS. La cuestión que se plantea consiste en determinar si están o no excluidas de cotización las cantidades abonadas por gastos de desplazamiento y manutención abonadas a trabajadores contratados para la realización de obras y servicios consistentes en la reparación y mantenimiento de las vías

ferroviarias. La empresa considera que no debieron incluirse al tratarse de dietas y por tanto retribuciones extrasalariales

Para resolver la cuestión, el TS declara lo siguiente:

a) La base de cotización se forma con la remuneración, en metálico o en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena. Excluye de base de cotización tanto las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto y los gastos normales de manutención y estancia (LGSS art.147; ET art.26). Asimismo, la jurisprudencia del TS considera que el concepto de dieta lleva implícito el de desplazamiento temporal del lugar habitual de trabajo a otro distinto y obedece a un carácter indemnizatorio, que es lo que convierte a la dieta y a los gastos de locomoción en percepciones de carácter extrasalarial.

b) Es el desplazamiento desde el centro de trabajo a un lugar donde temporalmente se prestan los servicios lo que determina que las cantidades percibidas para manutención y alojamiento tengan la consideración de dietas excluidas de la base de cotización.

c) Respecto a los contratos de obras y de servicios, el TS ha declarado que cuando la empresa contrata trabajadores para la realización de una obra determinada que se encuentra fuera de su domicilio habitual las cantidades que los mismos perciben por manutención, alojamiento y traslado al lugar de trabajo tienen la consideración de salario y, por ello, no están excluidas de la base de cotización puesto que su domicilio durante la obra es el del lugar donde la misma se lleva a cabo (TS 11-12-11, rec 4168/2009). Con relación a los trabajos móviles o itinerantes, ha declarado que no puede incluirse como dieta el desplazamiento del domicilio al centro de trabajo por no coincidir el domicilio con el lugar del centro de trabajo (TS 20 de octubre, rec. 1735/2020). E igualmente ha declarado que el concepto de dieta es incompatible con el contrato temporal o para servicio determinado, en los que el desplazamiento que puede existir no origina derecho a dietas al tratarse de empleados contratados desde el inicio para ejecutar sus trabajos en una obra o en varias en el que el lugar de trabajo es el de la obra para la que se le ha contratado.

A la vista de lo anterior, el TS declara que la incompatibilidad entre la dieta y los contratos para la realización de obras y servicios no depende de la naturaleza del contrato y sí de que estos se desplacen desde el lugar donde desarrollan habitualmente su actividad laboral a otro distinto para realizar la obra o prestar el servicio. Tampoco se considera que lo determinante sea el desplazamiento fuera de su domicilio habitual. En el supuesto

enjuiciado se prueba la existencia de desplazamientos por parte de los trabajadores y que estos tenían asignado un centro de trabajo habitual de referencia, que coincidía con una concreta base de mantenimiento, desde la cual, en caso de incidencia, debían desplazarse a un concreto punto kilométrico del trazado.

A la vista de estas circunstancias, el TS concluye que los gastos de manutención y alojamiento generados por estos desplazamientos temporales realizados por los trabajadores desde la base operacional asignada, que hace las veces de un centro de trabajo habitual, a otras localidades para realizar obras de mantenimiento concretas y determinadas deben considerarse como dietas excluidas de la base de cotización.

Por tanto, a los efectos de dar respuesta a la cuestión de interés casacional planteada declara que lo determinante para entender si las dietas están excluidas de la base de cotización, no es tanto la modalidad contractual de que se trate, como el hecho de que las cantidades satisfechas por comidas y pernoctación se produzca en los casos en los que la actividad laboral por cuenta ajena implica el desplazamiento del trabajador a una localidad o ubicación distinta del centro o lugar de trabajo habitual.

## **17. Jubilación anticipada voluntaria. ¿Cuál es el importe mínimo que debe alcanzar la pensión**

### **STSUD 11-1-24**

El TS analiza la cuestión relativa a determinar cuándo se considera que existe cónyuge a cargo, lo que determina que, a efectos de acceder a la pensión de jubilación anticipada por cese voluntario en el trabajo, el importe de la pensión deba superar la pensión mínima establecida para un titular con 65 años con cónyuge a cargo.

### **Pensión mínima con cónyuge a cargo**

El INSS deniega la pensión de jubilación anticipada voluntaria a un trabajador que la solicita a los 63 años de edad. Argumenta que no reúne el requisito de que la cuantía resultante (689,32 euros) sea superior a la pensión mínima de jubilación para pensionistas con 65 años con cónyuge a cargo establecida para ese año (835,80 €/mes). El solicitante reclama alegando que su cónyuge no está a su cargo porque percibe un subsidio de desempleo para mayores de 52 años de 5.164 euros/año, por lo que la pensión mínima que debe alcanzar es la correspondiente a pensionistas con 65 años sin cónyuge a cargo (677,40 euros/mes), requisito que sí cumple.

Desestimada la reclamación previa, el trabajador presenta demanda que es estimada tanto en instancia como en suplicación por considerar los tribunales que el solicitante no tiene cónyuge a cargo.

El INSS y la TGSS recurren en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar cuál es la cuantía de la pensión mínima que debe superar el importe de la pensión de jubilación anticipada: la superior correspondiente a la pensión mínima con cónyuge a cargo o la prevista cuando no hay cónyuge a cargo.

El TS analiza la situación jurídica del cónyuge a cargo según la normativa que regula los complementos por mínimos, que se recoge, con redacción invariable, en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (LPG). Identifica dos requisitos esenciales para establecer la dependencia económica que justificaría el reconocimiento de un cónyuge a cargo:

1. Que el cónyuge del titular no sea titular de una pensión a cargo de un régimen básico de previsión social: este requisito se cumple en el caso analizado porque el subsidio por desempleo no es una pensión propiamente dicha, sino un subsidio asistencial.
2. Que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y de su cónyuge sean inferiores a una cuantía que, para el año de solicitud, se cifra en 8.342,65 euros anuales. También reúne este requisito porque la esposa del solicitante solo percibía el subsidio de desempleo en cuantía de 5.234 euros anuales y el solicitante de la pensión no tenía otros rendimientos que sumar. Aclara el TS que, contrariamente a lo que resolvieron los tribunales de instancia y de suplicación, no se debe sumar la hipotética pensión de jubilación anticipada que percibiría el demandante.

En consecuencia, dado que se reúnen los dos requisitos que determinan la existencia de dependencia económica, el importe mínimo que debe alcanzar la pensión de jubilación anticipada solicitada es la correspondiente a un pensionista con cónyuge a cargo, que es superior a la causada.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentada por la TGSS y el INSS y deniega la pensión de jubilación anticipada por cese voluntario en el trabajo.

## 18. ¿Cómo se acredita la existencia de acoso laboral?

### STSJ castilla y León Valladolid 15-12-2023

El TSJ Valladolid declara que la existencia de informes médicos y de una asociación de víctimas de acoso elaborados, en base a las afirmaciones del trabajador, no son suficientes para estimar el acoso moral si no queda probada una conducta objetiva empresarial en tal sentido.

#### Prueba del acoso moral

El trabajador, que presta servicios como soldador, inicia una IT por enfermedad común tras reincorporarse de la licencia por nacimiento de hijo por enfermedad común. Afirma que, tras el nacimiento de su hijo, la empresa le retira toda la confianza, le quita los instrumentos de trabajo, la tarjeta de crédito, el teléfono de empresa y el uso de la furgoneta, de forma que, aunque sigue figurando como encargado, pasa a ser un trabajador más y, esta situación, supone un desprestigio para él. Su médico de atención primaria (MAP) recoge en su informe un diagnóstico de ansiedad relacionado con problemas con su jefe. El servicio de consultas externas de psiquiatría de Castilla y León (SACYL) emite otro informe en el que se indica que el trabajador está diagnosticado de trastorno adaptativo a causa de un problema laboral, debiendo continuar con el tratamiento farmacológico pautado por su MAP. Cuenta también con un informe de la Asociación Palencia de Ayuda a las Víctimas de Acoso (PAVÍA), en el que se afirma que, después de varias entrevistas y seguimiento, la situación laboral prolongada en la que se encuentra está suponiendo un impacto grave en el trabajador, afectando a resto de las áreas de su vida (su salud, su vida personal y familiar). Se indica también que participa en la terapia de grupo de la asociación. Por todo ello, el trabajador presenta demanda de derechos fundamentales por acoso laboral, que es desestimada por el juzgado de lo social, motivo por el que plantea recurso de suplicación.

El TSJ Valladolid recuerda la doctrina constitucional en materia de acoso laboral, y añade que los elementos básicos del acoso moral o mobbing son:

- a) la intención de dañar, ya sea del/de la empresario/a, de lo/as directivo/as, o de los compañero/as de trabajo;
- b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; y
- c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático del hostigamiento.

Asimismo, recuerda que no todo conflicto es manifestación de acoso moral, por lo que el acoso no resulta acreditado con la simple existencia de un conflicto, como tampoco la ausencia de un conflicto explícito elimina su existencia, siendo necesario delimitar lo que constituye acoso y lo que son las tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas, incluso en el entorno laboral. El permanente dinamismo con que se desenvuelve el trabajo en general puede generar, por sí mismo, tensiones físicas y psíquicas, que pueden desencadenar padecimientos para el trabajador en atención a la propia sensibilidad que pueda tener.

Proyectando la doctrina al caso en cuestión, el TSJ considera que, del relato de hechos probado en la instancia, no se deduce ningún acto empresarial de represalia contra el trabajador. Solo consta el diagnóstico de ansiedad, el tratamiento seguido y las referencias que el propio trabajador hace a problemas con su jefe, problemas laborales y que le han quitado los beneficios, pero no se acredita que esta conducta objetiva haya sido seguida por la empresa.

Además, el informe de la asociación de víctimas de acoso ha quedado desvirtuado en la instancia con diversas testificales, teniendo por acreditado que, cuando el trabajador volvió de su baja, sí tuvo acceso y podía disponer de las llaves, furgoneta, oficina, etc. Sí se han producido cambios en la empresa, como la forma de rellenar los partes de trabajo, la supervisión de las obras, o el trato directo con los clientes, pero las conductas alegadas por el trabajador como indicios de acoso por parte de la empresa no se consideran probadas en la sentencia de instancia.

En consecuencia, no resulta constatado un atentado contra la dignidad del trabajador entendida como humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad, ni la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Asimismo, no ha lugar a dirimir sobre la indemnización postulada, ligada a dicha vulneración de derechos.



## **19. Preaviso de ausencias justificadas ¿Es obligatorio aunque en el acuerdo con la RLT no se exija?**

**SAN 18-12-2023**

La AN respalda la actuación de una empresa que requiere a sus trabajadores que preavisen de su intención de hacer uso de su crédito de horas por consulta médica, a pesar de que el acuerdo con la RLT que regula el ejercicio de este derecho exija justificación posterior, pero no preaviso. Igualmente, deben comunicar el inicio de las bajas por IT, aunque ya no deban entregar copia de los partes médicos, a fin de organizar el trabajo y los turnos.

### **Preaviso de ausencias justificadas**

La representación sindical de los trabajadores de una empresa del sector de contact center interpone demandada de conflicto colectivo por la que impugna la práctica empresarial consistente en exigir a sus trabajadores preavisar de las ausencias motivadas por:

- El uso del crédito de horas de que disponen para acudir a consultas médicas.
- El inicio de bajas por IT.

El Convenio Colectivo de Contact Center recoge el derecho de los trabajadores a ausentarse de su puesto durante el tiempo necesario (hasta 35 horas anuales) para la asistencia a consultas médicas. Para regular el ejercicio de este derecho, el 18-5-2006 la empresa llega a un acuerdo con la RLT en el que determina, únicamente, la necesidad y la forma de justificar los permisos, pero no incluye nada sobre la necesidad de preaviso.

Asimismo, en relación con la comunicación de las ausencias por incapacidad temporal, la Sala recuerda que, tras la modificación en el sistema de gestión de las bajas médicas operado por la O ISM/2/2023, con efectos a partir del 1-4-2023 desaparece la obligación de los trabajadores de entregar los partes médicos a la empresa, ya que estos se remiten directamente por el servicio público de salud o mutua a la empresa.

En este contexto, el 8-5-2023, la empresa remite a su plantilla correo electrónico en el que informa que, para una adecuada organización del servicio, en caso de ausencias, es obligatorio comunicarlo al responsable o al departamento de turnos del centro de trabajo, en caso de las bajas médicas.

El sindicato demandante sostiene que esta obligación es contraria al contenido del acuerdo del año 2006 por lo que interpone demanda de conflicto colectivo.

La AN desestima la demanda en base a los siguientes argumentos:

1. Considera que la comunicación efectuada el mayo de 2023 no es contraria al contenido del acuerdo de 2006, sino que lo complementa, y permite a la empresa conocer su uso y adoptar las medidas precisas para adecuar los turnos de trabajo.
2. El convenio colectivo tipifica como falta leve no comunicar, con carácter previo, la ausencia al trabajo por causa justificada, lo que constata la voluntad de los negociadores de fijar la necesidad de preaviso.
3. El preaviso favorece el ejercicio del derecho bajo los cánones de la buena fe que han de regir la relación laboral.
4. Además, respecto de las bajas por IT, la comunicación del inicio del proceso se ha de realizar al departamento de turnos, que es quien organiza los mismos para un correcto cumplimiento de las funciones encomendadas. Esta obligación permite una adecuada prestación del servicio, sin que conlleve perjuicio alguno para el trabajador.

## **20. Aprobado el SMI para 2024**

### **RD 145/2024, BOE 7-2-24**

Se fija la cuantía del SMI vigente a partir de 1-1-2024, quedando establecida en 37,8 euros/día o 1.134 euros/mes. Estas cuantías, que suponen un incremento del 5% con respecto a las fijadas hasta diciembre de 2023, no resultan de aplicación, salvo que se acuerde lo contrario, en las normas no estatales y en las de carácter privado que utilicen el SMI como referencia.

### **SMI 2024**

Se fijan las cuantías del SMI vigentes a partir del 1-1-2024, que suponen un incremento del 5% con respecto a las fijadas hasta el 31-12-2023, quedando establecidas en:

<b>SMI diario</b>	37,8€
<b>SMI mensual</b>	1.134€

<b>SMI anual a efectos de compensación y absorción</b>	15.876€
<b>SMI jornada legal en actividad para trabajadores eventuales y temporeros</b>	53,71€
<b>SMI hora de empleados de hogar</b>	8,87€

Las nuevas cuantías del SMI no van a ser de aplicación a las normas de las Comunidades o Ciudades autónomas y entidades locales y contratos y pactos privados vigentes a 31-12-2023 que utilicen el SMI como indicador o referencia. En estos casos, salvo disposición expresa o pacto en contrario, se tomará como referencia la cuantía del SMI vigente hasta ahora.

Estas excepciones no afectan a los salarios fijados en contratos o pactos privados en cuantía inferior al nuevo SMI, que deberán modificarse para alcanzar estas cuantías siendo de aplicación las reglas sobre compensación y absorción.

## **21. Cambios en los rendimientos de trabajo sujetos a IRPF**

### **RD 142/2024 BOE 7-2-24**

Se eleva el importe mínimo de rendimientos de trabajo sujeto a retención del IRPF para evitar que los contribuyentes que perciben rendimientos del trabajo por cuantía igual o inferior al salario mínimo interprofesional soporten retención o ingreso a cuenta.

#### **Límite excluido de la obligación de retener**

Se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RD 439/2007), con la finalidad de evitar que los trabajadores que perciban el salario mínimo interprofesional soporten retención e ingreso a cuenta. Además, se reducen las retenciones o ingresos a cuenta de los contribuyentes con rendimientos netos del trabajo de hasta 19.747,5 euros anuales.

Las nuevas cuantías de los rendimientos de trabajo a partir de los cuales se practica retención e ingreso a cuenta, en función del número de hijos y otros descendientes y de la situación del contribuyente es la siguiente:

<b>Situación del contribuyente</b>	<b>0 hijos</b>	<b>1 hijo</b>	<b>2 o más hijos</b>
1. <sup>a</sup> Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente.	-----	17.644€	18.694€
2. <sup>a</sup> Contribuyente cuyo cónyuge no obtenga rentas superiores a 1.500 euros anuales, excluidas las exentas.	17.197€	18.130€	19.262€
3. <sup>a</sup> Otras situaciones.	15.876€	16.342€	16.867€

Se eleva, además, la cuantía de la reducción por obtención de rendimientos del trabajo con la finalidad de permitir que la rebaja en la cuantía de la retención derivada del nuevo marco reglamentario se consolide en la declaración anual en caso de estar obligado a su presentación.

Estas modificaciones se aplican a los rendimientos que se satisfagan o abonen a partir del 8-2-2024. Si procede regularización, el pagador puede optar por realizarlo en los primeros rendimientos del trabajo que se satisfagan o abonen a partir de dicha fecha o en los primeros rendimientos del trabajo que se satisfagan o abonen a partir del 8-3-2024.

## **22. ¿Cómo se computan los días de permiso tras la modificación del ET por el RDL 5/2023?**

### **SAN 25-1-24**

La AN señala que, desde el 30-6-2023, la duración del permiso por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de familiares hasta el segundo grado debe computarse siempre por días hábiles. En el caso del permiso por fallecimiento de familiares, el cómputo puede realizarse por días naturales únicamente si lo previsto en el convenio colectivo supone una mejora de lo dispuesto en el ET.

### **Duración de los permisos retribuidos de cuidadores**

La AN resuelve la cuestión relativa al cómputo de los días de permiso retribuido por accidente o enfermedad grave, hospitalización, intervención quirúrgica sin hospitalización o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado tras la modificación del art.37.3 ET por el RDL 5/2023. La reforma separó estos permisos en dos apartados diferentes quedando recogidos en el art.37.3.b los permisos por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, y en el art.37.3.b bis los permisos por fallecimiento de familiar. En cuanto a los primeros, se amplió su duración a 5 días con independencia de que sea necesario realizar desplazamiento. Los segundos mantienen su duración en 2 días ampliables en 2 días más para el caso de que sea necesario realizar desplazamiento.

A la vista de esta modificación, la comisión paritaria del Convenio colectivo de contact-center acuerda reconocer los permisos en la duración prevista en el ET, pero mantiene la forma de disfrute recogido en el convenio colectivo, que se refiere a días naturales. Los sindicatos presentan demanda de impugnación del convenio colectivo reclamando que los días de permiso sean hábiles y no naturales.

La AN analiza por separado los dos preceptos impugnados:

1. En cuanto a los permisos por enfermedad o accidente grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, señala que la modificación del ET es fruto de la trasposición de la Directiva 2019/1158. Por lo tanto, lo dispuesto en el convenio colectivo no se debe analizar a la luz de la doctrina del TS que permite a los convenios establecer el cómputo de los permisos en días naturales, siempre que se mejore lo establecido en el ET (TS 13-2-18, EDJ 18538). La Directiva establece expresa y claramente que los días de permiso son hábiles por lo que deben computarse de este modo, aunque el ET no lo haya recogido así. Y ello pese a que el convenio colectivo recoge una mejora respecto de lo

establecido en el ET, pues amplía el permiso en un día más cuando sea necesario realizar un desplazamiento de 200 km o más.

2. En cuanto a los días de permiso por fallecimiento de familiar, la AN señala que la modificación del ET no es fruto de la trasposición de la Directiva, sino que se debe a técnica legislativa con el objeto de separar dos supuestos que responden a causas diferentes. Por ello, en este caso, sí resulta de aplicación la doctrina del TS, por lo que la AN analiza si el convenio colectivo establece alguna mejora respecto de lo dispuesto por el ET que permita computar la duración del permiso por días naturales.

Observa que el convenio colectivo establece 2 días de permiso naturales ampliables en 4 días en caso de ser necesario realizar un desplazamiento de, al menos, 200 Km. Para la AN esto supone una mejora únicamente para el caso de que se deba realizar un desplazamiento a partir de 200 km, porque el ET establece 2 días, ampliables en dos días más para el caso de que sea necesario realizar un desplazamiento. Por ello, señala que los días de permiso deben ser hábiles y únicamente para el caso de que deba realizarse el desplazamiento de 200 km o más, el permiso puede contarse en días naturales.

### **23. Acuerdo de finiquito: ¿puede extinguir la responsabilidad de una empresa que no ha sido parte de la relación laboral?**

#### **STS Civil 9-1-24**

El TS, sala de lo civil, declara que es correcto interpretar que la cláusula de renuncia de acciones incluida en un acuerdo de conciliación por la que se pone fin a una relación laboral y en la que se pacta una indemnización, se refiere únicamente a las acciones derivadas del despido y relacionadas con la relación laboral. Por tanto, entiende que nada impide que el trabajador demande por vulneración de los derechos al honor y a la protección de datos a quien, en aquel momento, era un tercero ajeno a la relación laboral.

#### **Vulneración del derecho al honor y a la protección de datos**

El demandante prestó servicios profesionales en Banco Santander del 13-11-1990 al 2-11-2005, fecha en la que dimitió de su puesto de director de sucursal. Posteriormente, fue contratado por Banco Pastor, que posteriormente fue absorbido por Banco Popular y después por el Banco Santander. En los momentos inmediatamente anteriores de la absorción, cuando el trabajador era director regional del banco, fue convocado a una

reunión en el que se le comunica que va a ser despedido por indicación del banco absorbente a causa de los hechos acontecidos durante la etapa en la que trabajó en el citado banco. Estos hechos consistían en determinadas irregularidades en la venta/contratación de productos derivados con algunos clientes.

En marzo de 2018 se produce su despido y en conciliación acuerda la declaración de improcedencia del despido pactando con el Banco Popular una indemnización de 720.000 euros brutos. En el acuerdo de conciliación, el trabajador manifiesta no tener cantidad alguna que reclamar, sea cual sea su origen o denominación. Asimismo, declara que desiste y renuncia de cualquier queja o denuncia que hubiese podido entablar, en el pasado, presente o futuro como consecuencia del vínculo profesional mantenido, ni contra Banco Popular ni contra cualquiera de las sociedades que directa o indirectamente, formen parte del Grupo Santander.

El trabajador considera que el Banco Santander ha mantenido un fichero automatizado en el que se encuentran almacenados sus datos personales no bloqueados y ha cedido de manera ilícita los datos en él contenidos a Banco Popular, con la finalidad y consecuencia de dañar la reputación y truncar la carrera profesional del actor.

Por tanto, interpone demandada civil contra el Banco Santander solicitando que se declaren vulnerados sus derechos al honor y a la protección de datos. Solicita, además de la cancelación de cualquier dato personal, una indemnización de 600.000 euros y su publicación en un periódico de tirada nacional. Tanto en la primera instancia como en apelación se reconoce vulnerado su derecho condenando al abono de una indemnización de 50.000 euros, comunicando el fallo de la sentencia al correo interno de sus empleados. La entidad bancaria interpone ante el TS recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante el TS.

La entidad bancaria argumenta que el acuerdo adoptado en conciliación abarcaba tanto lo relativo al despido como a la supuesta vulneración de derechos fundamentales que conllevó su despido y que esa fue la voluntad de las partes. Considera que si las partes pusieron fin a la reclamación de despido a través de la transacción y el despido estuvo motivado por la cesión de datos personales del demandante es evidente que la cesión de datos estaba incluida en el acuerdo entre las partes.

Para resolver el recurso el TS civil recuerda que su jurisprudencia sobre la interpretación de los contratos establece que esta es función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba. Además, señala que cuando se trata de una

transacción, esta únicamente abarca los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en ella.

El TS entiende que es adecuado interpretar que el acuerdo alcanzado entre el demandante y Banco Popular en la jurisdicción social se ciñó a la disputa sobre el despido, pero que no alcanzó a las acciones que pudiera tener frente a quien, en aquel entonces, era un tercero, Banco Santander, como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales que hubiera podido causar el tratamiento durante unos 12 años, y su posterior cesión a la entidad para la que prestaba servicios de sus datos personales, que lo asociaban al perfil de un empleado con riesgo reputacional por la comisión de irregularidades en su desempeño 12 años antes. Señala que el acuerdo fue celebrado en un procedimiento de despido y que la indemnización tuvo como contrapartida la renuncia al ejercicio de cualquier acción, reclamación o queja a consecuencia del vínculo profesional, siendo las partes de relación laboral el trabajador y Banco Popular, pero no el Banco Santander que era un tercero ajeno a la misma.

En consecuencia, se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal u el recurso de casación planteado confirmando la sentencia dictada en la instancia.

## **24. Las pausas para ir al baño no deben registrarse**

### **STSJ Madrid 4-12-23**

El TSJ Madrid declara que el tiempo empleado para hacer uso del cuarto de baño y atender necesidades fisiológicas se considera tiempo efectivo de trabajo. Exigir la recuperación o compensación del mismo constituye una medida que no puede establecerse por decisión unilateral de la empresa.

### **Registro de las pausas**

En su centro de trabajo, una empresa instala una aplicación de control en los tornos por los que deben pasar sus empleados para acudir a la zona de aseo. Posteriormente, comunica a sus trabajadores que, con efectos desde el 1 de noviembre, el tiempo invertido en hacer uso del baño pasa a computarse como tiempo no efectivo de trabajo, ofreciéndoles alternativas, de forma individual, para recuperar ese tiempo.

La cuestión consiste en determinar si las pausas empleadas para acudir al aseo deben considerarse tiempo de trabajo efectivo y, en consecuencia, si la decisión empresarial de computarlo constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo.



El TSJ entiende que el tiempo invertido en acudir a dichas zonas de higiene por razones fisiológicas se considera tiempo efectivo de trabajo, y ratifica la nulidad de la medida en base a los siguientes argumentos:

1. En los tiempos de descanso fijados en convenio colectivo no puede estar incluido el tiempo que necesita cada trabajador para atender sus necesidades fisiológicas, puesto que no vienen determinadas por el servicio (AN 10-5-21, Rec 105/21; TS 19-9-23, Rec 260/21).

2. Hasta el 1 de noviembre la empresa venía considerando las pausas para acudir al baño como tiempo de trabajo efectivo, sin exigir su recuperación o compensación. El cambio en el sistema de registro de jornada supone una nueva medida que afecta a la jornada laboral, a su cómputo y al incremento en el número de horas a realizar.

3. La modificación de esa condición de trabajo tiene el carácter de sustancial, por lo que no puede establecerse de forma unilateral por la empresa, sino acometerse a través del cauce del ET art.41.4.

## **25. Complemento de idiomas. ¿Se debe abonar siempre que un trabajador utiliza un idioma extranjero en su puesto de trabajo?**

**STSJ Sta. Cruz de Tenerife 2-11-23**

Si el conocimiento de un idioma no es necesario para el desempeño del puesto de trabajo y no se exigió para la contratación, el empleador no está obligado a abonar el complemento de idiomas a los empleados simplemente por dominar el inglés y utilizarlo en ocasiones puntuales.

### **Abono del complemento de idiomas**

Una monitora de natación de un polideportivo de Canarias presenta demanda de reclamación de cantidad solicitando que se reconozca su derecho a percibir el plus de idiomas. Afirma que utiliza el inglés para comunicarse con los alumnos y que, por lo tanto, debe percibir el complemento como ya lo percibe otro monitor, este de atletismo.

El juzgado de instancia desestima la demanda. Argumenta que trabajadora estaba asignada a un puesto en el que no se exigía el idioma inglés ni era necesario para el desempeño de sus funciones porque la inmensa mayoría de los alumnos eran residentes

en el municipio y el idioma oficial del curso era en castellano, aunque, puntualmente se comunicaba en inglés con algún usuario extranjeros que no sabía español.

La trabajadora recurre en suplicación denunciando la infracción del art.26.3 del ET y del convenio colectivo. Alega que el plus de idiomas no es un plus personal, sino que está recogido en el convenio colectivo como plus de calidad o cantidad de trabajo y que usando el inglés en el desarrollo de su puesto de trabajo genera una mayor calidad de trabajo.

El TSJ Canarias confirma que, efectivamente, el convenio colectivo recoge el complemento de idiomas entre los complementos por cantidad o calidad del trabajo estableciendo que se aplica a “los trabajadores que se desenvuelvan para su trabajo con otros idiomas diferentes al español”. Pero junto con este complemento se recogen en el mismo artículo otros complementos como las horas extraordinarias, la retribución del trabajo nocturno, que es claramente un complemento de puesto de trabajo, y otros conceptos de dudoso carácter salarial como son los gastos de locomoción y una indemnización por el servicio, que en realidad es un plus de transporte.

Aprecia el TSJ una mala calidad técnica en la redacción del artículo del convenio y que el plus de idiomas no es un complemento por calidad o cantidad del trabajo por el mero hecho de estar así denominado, y, aunque se considerara complemento de calidad del trabajo, sería necesario hacer uso del idioma extranjero en el desempeño del trabajo.

En cualquier caso, la interpretación literal del convenio lleva al TSJ a entender que la trabajadora no cumple los requisitos exigidos para el cobro del plus ya que se exige que en sus funciones y tareas “se desenvuelva” para su trabajo con otros idiomas diferentes al español, lo que exigiría, no solo un conocimiento avanzado del idioma, sino también una cierta habitualidad en el uso del mismo. No tiene sentido que el empleador retribuya a sus empleados simplemente por tener unos conocimientos que no solo no son necesarios para el desempeño del puesto de trabajo, sino que además el empleador no exigió para la contratación ni tiene interés en que se use en el desempeño de la actividad.

Respecto del compañero que sí percibe el plus, el TSJ considera que no se encuentra en una situación comparable pues estaba asignado a una actividad de turismo deportivo enfocada sobre todo a deportistas extranjeros.

Estas consideraciones llevan al TSJ Sta. Cruz de Tenerife a desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia recurrida.

Santiago Blanes Mompó.

Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios