



CIRCULAR LABORAL 10/2024

2 de abril de 2024

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: ABRIL 2024.

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La indemnización por accidente laboral de un trabajador de ETT ha de ser la misma que la que cobra el empleado de la empresa usuaria.

El TJUE entiende que no es legítimo que la legislación española permita cobrar 10.500 € a un trabajador cedido por ETT, mientras que el trabajador empleado directamente por la empresa usuaria reciba una indemnización de 60.101 € por el mismo motivo solo por aplicarse distintos convenios colectivos.

Un trabajador de ETT sufrió un accidente de trabajo que dio lugar a que se declarase la incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual. El accidente tuvo lugar durante la misión en la empresa usuaria.

Lo primero que delimita el TJUE es que la indemnización abonada como consecuencia de la incapacidad es ajena a la extinción de la relación laboral y también que la indemnización es una retribución y, por tanto, queda comprendida en el concepto de «condiciones esenciales de trabajo y de empleo» de la Directiva 2008/104, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

En segundo término, también son condiciones de trabajo los conceptos de seguridad y salud laboral, por lo que los contratos de trabajo a través de ETT no justifican una diferencia de trato en lo relativo a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo, máxime cuando, como

se desprende que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo.

Con estos mimbres, la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria, -incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal-, no puede ser de importe inferior al de la indemnización a la que tendría derecho, en la misma situación y por el mismo motivo, si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto y durante el mismo período de tiempo.

La cuestión se enfoca desde el punto de vista del principio de igualdad, y la duda ha surgido porque la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha mantenido que, conforme al artículo 11 de la Ley 14/1994, los trabajadores cedidos por ETT solo tienen derecho, en caso de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, a una indemnización en virtud del artículo 42 del Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal, que es de una cuantía inferior a la indemnización a la que los trabajadores directamente contratados por la empresa usuaria tienen derecho. De hecho, en este asunto, aplicando esta tesis del Supremo, el trabajador cedido por la ETT tendría derecho a una indemnización de 10.500 euros, mientras que, si hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria la indemnización alcanzaría a 60.101,21 euros (por aplicación del Convenio colectivo del sector del transporte que es la actividad a la que se dedica la empresa usuaria).

La obligación de garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por ETT exige, en particular, que se les concedan ventajas en materia de condiciones esenciales de trabajo y de empleo que permitan compensar la diferencia de trato sufrida por esos trabajadores. Porque para que pueda establecerse una excepción al principio de igualdad de trato sería necesario que el Convenio colectivo permitiera garantizar tal protección global concediendo ventajas compensatorias para contrarrestar los efectos de tal diferencia de trato.

Afirma el TJUE que la indemnización de los trabajadores de ETT por incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo durante una misión en la empresa usuaria debe ser la misma que correspondería en caso de haber sido contratados directamente por aquella para el mismo puesto y ello en virtud del principio de igualdad de trato.

TJUE. Sala Sexta. Sentencia de 22 de febrero de 2024. Asunto C-649/2022.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es discriminatorio por razón de sexo negar los salarios de tramitación a una trabajadora embarazada cuyo despido se declaró nulo con imposibilidad de readmisión.

El TC se muestra unánime a reconocer el derecho a los salarios de tramitación a una trabajadora que fue despedida estando embarazada y hace extensiva la obligación de pago de los salarios de tramitación también a los despidos nulos, motivados por una discriminación por razón de sexo, que como es sabido, incluye el embarazo como elemento o factor diferencial a un hecho biológico que incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

En el caso, los salarios de tramitación sí fueron reconocidos a otras trabajadoras de la empresa cuyo despido había sido declarado improcedente, y negárselo a la trabajadora que fue despedida estando embarazada la sitúa en peor situación, operando su situación de embarazo como un elemento pernicioso, - apunta el TC, que incluso señala que en lugar de proporcionar a la trabajadora un “plus protector” debido a su estado biológico, éste le provocó el efecto contrario: un evidente e injustificado trato peyorativo con relación al resto de las compañeras despedidas, en la medida que ni pudo ser readmitida (por haberse cerrado el centro de trabajo), ni tuvo la posibilidad de percibir del Estado los salarios de tramitación-.

Las razones objetivas alegadas por la empresa para despido a la trabajadora embarazada, -pérdidas generalizadas que hacían insostenible el negocio-, fueron consideradas injustificadas por el Juzgado de lo Social, no solo respecto a este despido sino también respecto al de otras cuatro empleadas respecto a las que se declaró improcedente el despido, declarándose nulo el de la trabajadora por estar embarazada.

El mecanismo de tutela reforzada para la trabajadora embarazada legalmente previsto en el ART. 53.4 b) ET, con el fin de promover la igualdad de oportunidades en el trabajo y evitar la discriminación por razón de sexo, se volvió en su contra, pues, en lugar de verse beneficiada, se la colocó en peor condición que al resto de sus compañeras de trabajo, al negarle el derecho a obtener del Estado la parte de los salarios que le correspondía legalmente asumir.

Resulta inasumible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación que el derecho al cobro de salarios de tramitación (reconocidos por sentencia firme) quede cercenado como consecuencia de la previa atribución de una garantía legal (calificación del despido como “nulo” por estar embarazada), que tendría como finalidad la de otorgar un plus de protección por su condición de trabajadora gestante, imponiendo a la empresa su obligada readmisión en su puesto de trabajo, lo cual en el caso era imposible por cierre de la empresa.

El TC postula que negar los salarios de tramitación solo por la calificación de “nulo” supone una interpretación rigorista, literal y formalista de la legalidad ordinaria, contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo que debe ser solventada, para lo que no basta con declarar la nulidad de las sentencias impugnadas, sino también ordenar la retroacción de las

actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución administrativa para que se resuelva por el organismo competente la reclamación de salarios de tramitación mediante una interpretación del art. 116.2 LRJS acorde al derecho a la no discriminación por razón de sexo con idénticas consecuencias que si el despido hubiera sido declarado improcedente.

Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia nº 22/2024, de 12 de febrero. (Rec. nº 5319/2022.)

3. TRIBUNAL SUPREMO

Consecuencias del fraude de ley en las ampliaciones de jornada de los trabajadores a tiempo parcial.

Si un trabajador suscribe un contrato de trabajo a tiempo parcial, pero en realidad presta servicios a tiempo completo, y así se prueba, el contrato debe ser considerado fraudulento con la consecuencia de que se debe aplicar el régimen jurídico del contrato a tiempo completo.

En el caso que examina el Supremo, ninguna de las ampliaciones de jornada, salvo una, estaban justificadas por una causa de temporalidad; estaban destinadas a cubrir necesidades estructurales o permanentes de la empresa, no coyunturales, lo que se evidencia por la concatenación de las ampliaciones de jornada, que se produjo hasta en cinco ocasiones sin solución de continuidad alguna.

Es sabido que el fraude de ley no se presume y debe probarse y si un trabajador suscribe un contrato de trabajo a tiempo parcial, pero en realidad presta servicios a tiempo completo, y así se prueba, el contrato debe ser considerado fraudulento con la consecuencia de que se debe aplicar el régimen jurídico del contrato a tiempo completo.

Conforme lo previsto en el Convenio colectivo aplicable, las ampliaciones de jornada no están previstas para atender necesidades estructurales de la empresa, y el Convenio colectivo causaliza el contrato a tiempo parcial habiendo sido ampliamente superadas por la empresa las previsiones convencionales para soslayar la aplicación de la norma general de contratación a tiempo completo.

De hecho, el Convenio establece que los trabajadores a tiempo parcial por tiempo indefinido pueden acceder temporalmente a una relación a tiempo completo para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo o por cualquier otra causa que hubiera permitido una contratación temporal. Ninguna de las ampliaciones de jornada de la trabajadora estaba justificada, excepto una, cuyo objeto era cubrir la baja de otra trabajadora debida a una incapacidad temporal.

Y aunque es cierto que, en el caso, la trabajadora y el empresario pactaron la ampliación temporal de la jornada, en muchas ocasiones no hubo solución de continuidad entre la finalización de una ampliación temporal de jornada y el inicio de la siguiente incumpliendo las exigencias del convenio colectivo aplicable.

Para el Supremo, la pluralidad de acuerdos de modificación temporal de esa concreta cláusula del contrato de trabajo, en virtud de los cuales prestó servicios a tiempo completo, en muchas ocasiones sin solución de continuidad, carecen de eficacia jurídica para enervar la realidad que era la de la efectiva prestación de servicios propia de un trabajador por tiempo indefinido a tiempo completo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 271/2024, de 13 de febrero. (Rec. nº 1480/2021.)

4. TRIBUNAL SUPREMO

La implantación de un sistema de fichaje no puede dejar sin efecto los 15 minutos de cortesía de entrada contemplados en un acuerdo de empresa previo.

NOTA PREVIA:

(Esta es la “famosa” sentencia que ha aparecido tanto en los medios y cuya aplicabilidad no tiene ese carácter general que los medios pretendían darle y que ahora resumimos en detalle y con criterio. Resuelve un caso concreto y específico, obviamente a tener en cuenta, pero no cambia “nuestras relaciones laborales” como en algún artículo se parecía entrever. Como siempre venimos apuntando, mucho cuidado con los titulares de la prensa generalista en cuestiones técnicas pues suelen inducir a innecesarios errores e infundados nerviosismos.)

En relación a la pausa para el desayuno también se considera tiempo de trabajo efectivo porque el sistema de registro horario establecido en el Acuerdo posterior no supone alteración ni en la jornada ni en el horario de trabajo ni en los descansos, pausas y otras interrupciones de trabajo de la plantilla de la empresa.

En la instancia se declaró que era tiempo efectivo de trabajo el relativo al descanso para el desayuno y este pronunciamiento no ha sido rebatido, pero respecto al marcaje en 15 minutos de cortesía, el Supremo discrepa de la tesis de instancia y tras interpretar el acuerdo de empresa, declara que también es tiempo de trabajo efectivo el de “marcaje” efectuado en los 15 minutos posteriores a la hora pactada de inicio de la jornada, para la plantilla que tenga control rígido de horario y no sean empleados con categoría de jefe o asimilado, ni empleados con cargo y categoría no Jefe.

Nada impide que el registro incluya tanto el dato real (momento en que se ficha) como el dato operativo a efectos de cómputo de la jornada (la hora de entrada oficial), pero para la Sala, incluso si solo se opera con la constancia del dato funcional (hora de entrada, aunque se

produzca en los minutos posteriores la verdadera incorporación) se cumple el tiempo de trabajo en los términos pactados.

La implantación de un sistema de registro de la jornada es inhábil para alterar una condición de trabajo o para desconocer derechos de los trabajadores, y el Supremo interpreta el acuerdo de la empresa en el sentido de que, si se efectúa un marcaje en los quince minutos posteriores a la hora de entrada, se considera que se ha efectuado al inicio de esta y, por tanto, es tiempo de trabajo efectivo.

Respecto a la pausa para el desayuno y no obstante no haber sido objeto de impugnación, el pronunciamiento de la Audiencia se basa en la vigencia del Acuerdo precedente, en concreto, la relativa a considerar como tiempo de trabajo efectivo la pausa de desayuno porque el sistema de registro horario establecido en el Acuerdo posterior, no supone alteración ni en la jornada ni en el horario de trabajo ni en los descansos, pausas y otras interrupciones de trabajo de la plantilla de la empresa, que seguirá rigiéndose por las normas legales y convencionales aplicables así como por los pactos colectivos o contractuales que afecten a cada persona trabajadora.

La Audiencia no sostiene que la consideración como tiempo de trabajo efectivo de la pausa de desayuno derive de una condición más beneficiosa, sino que expresa que para considerar tiempo de trabajo efectivo la pausa de desayuno es necesario que ese período de tiempo tuviese “previamente a la implementación del nuevo registro de jornada en el pacto sectorial la consideración de tiempo de trabajo”, como así era. La empleadora parte de un entendimiento equivocado de la sentencia de la Audiencia porque ésta no se basa en la existencia de una condición más beneficiosa.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 410/2024, de 5 de marzo de 2024. (Rec. nº 143/2021)

5. TRIBUNAL SUPREMO

Clasificación profesional. Cómputo del plazo de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional.

Aunque en el art. 39.2 ET el legislador ha introducido términos temporales genéricos -meses y años-, es lo cierto que esas referencias hay que interpretarlas en el contexto en el que se están aplicando ya que, si lo que se trata es de que el ascenso lo sea por haber estado trabajando en un actividad correspondiente a un grupo superior, habrá que atender a la actividad efectiva desplegada, dejando al margen lapsos de tiempo en los que no se está trabajando y que interferirían indebidamente para el fin que persigue el legislador a la hora de marcar las reglas para poder ascender por haber estado atendido una actividad superior.

Lo que el legislador exige es que la función superior se haya desempeñado durante más de seis meses en un año (lo que equivale a más de la mitad de la actividad atendida en ese año) o más de ocho meses en dos años (lo que equivalente a más de un tercio de la desempeñada en eso dos años). Esto es, el legislador, no solo el de 1980 del que arranca esta previsión legal sino el actual, lo que ha querido con esos términos es dar una formula 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.

El art. 39.2 ET lo que está formulando 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.

Tribunal Supremo (Pleno). Sentencia nº 190/2024, de 29 de enero de 2024. Rec. nº 2748/2022.

6. TRIBUNAL SUPREMO

Subrogación y contratas: el Supremo unifica doctrina sobre los despidos que superan el umbral que obliga a realizar un ERE.

La cuestión que resuelve la presente sentencia en unificación de doctrina es si el despido de la trabajadora debe ser calificado de nulo por haberse superado los umbrales del despido colectivo previstos en el artículo 51.1 ET.

Concretamente, la trabajadora venía prestando servicios como limpiadora en la cadena de producción de la empresa (A), y antigüedad de 13 de agosto de 2019. La empresa (A, empresa de alimentación) comunica la extinción de la contrata a (B, empresa de limpieza) con fecha 7 de abril de 2020 por causa del Covid-19 y con efectos de 30 de abril de 2020.

Con fecha 22 de abril de 2020 la empresa B participa a la actora mediante escrito que, a partir del 1 de mayo de 2020, la empresa A interioriza el servicio de limpieza de la cadena de producción. El 30 de marzo de 2020, extingue el contrato de la trabajadora cursando su baja en la Seguridad Social, no subrogándose la empresa A. La trabajadora interpuso demanda por despido contra las dos empresas.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de marzo de 2021 (autos 611/2020), estimó la demanda y declaró la nulidad del despido por alcanzarse los umbrales numéricos propios de un despido colectivo, condenando a la empresa A a las consecuencias de tal declaración, y absolviendo a la empresa B.

La sentencia parte de que la empresa A tenía que haberse subrogado en los trabajadores. Respecto de la nulidad del despido por superación de los umbrales, la sentencia del juzgado de lo social se apoya en una sentencia de otro juzgado de lo social de Málaga que se funda, a su vez, en la STS 848/2016, de 17 de octubre.

La empresa A interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social. La sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias, (Las Palmas de GC.), de 20 de octubre de 2022 (rec. 1230/2022), estimó el recurso y absolvió a la empresa A. Pero declaró la improcedencia del despido, condenando a B a las consecuencias de dicha calificación.

Respecto de la empresa A – recordemos que era una empresa de alimentación-, el TSJ rechaza la aplicación al caso del artículo 17 del convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, al no pertenecer a su ámbito funcional de aplicación y descarta, asimismo, la sucesión de empresa ex art. 44 ET. Razona al respecto que la comitente asumió las tareas de limpieza de su centro de producción con personal propio, por lo que es la empresa B – empresa de limpieza - quien mantiene la condición de empleador.

Respecto de la empresa B, el TSJ declara la improcedencia del despido. La sentencia del TSJ rechaza la nulidad del despido al contar dicha empresa de limpieza con 730 trabajadores, y ser el número de trabajadores que prestaban servicios en la contrata de 28, con lo que - concluye- no hay despido colectivo alguno.

La trabajadora recurre en unificación de doctrina y el TS falla a su favor entendiendo que su empleadora – la empresa B – superó los umbrales que obligan a tramitar un ERE o despido colectivo.

A este respecto el TS viene a recordar que la propia Sala de lo Social del Alto Tribunal en su sentencia 848/2016, de 17 de octubre (Rec. 36/2016), dictada tras la STJUE 13 de mayo de 2015 (C-392/13, Rabal Cañas), establece, en base a una interpretación “conforme” del Derecho de la Unión, que la unidad de referencia para computar si se superan o no los umbrales que separan el despido colectivo del despido objetivo individual debe ser:

- i. El centro de trabajo que emplea a más de 20 de trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro aisladamente considerado excedan de tales umbrales o**
- ii. La empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de cómputo la totalidad de la empresa.**

La doctrina de la STS 848/2016, de 17 de octubre (Rec. 36/2016), ha sido aplicada, entre otras, por las SSTS 312/2017, de 6 de abril (Rcud 3566/2015), y 112/2018, de 7 de febrero (Rcud 482/2016).

En el presente supuesto, consta que la empresa B - empresa de limpieza - tiene una plantilla de 730 trabajadores en la provincia de Las Palmas (hecho probado sexto) y que la contrata de B en A - empresa de alimentación - tenía 28 trabajadores cuyos contratos se extinguieron el 30 de abril de 2020. Por lo tanto, se superaron los umbrales adscritos al centro de trabajo en el que prestaba sus servicios la actora por cuanto las extinciones se circunscribieron a dicho centro exclusivamente y no a la empresa en su globalidad.

En atención a ello es evidente que , de conformidad con la doctrina de la STS 848/2016, de 17 de octubre (Rec. 36/2016), el despido debió ser declarado nulo por superación de los umbrales vinculados al centro de trabajo, sin que, como debiera haber hecho, B promoviera procedimiento de despido colectivo.

Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 14 de febrero de 2024. (Con remisión expresa a la sentencia del pleno del TS nº 848/2016, de 17 de octubre (rec. 36/2016), tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015.)

7. TRIBUNAL SUPREMO

El Pleno del Supremo declara la imprescriptibilidad del complemento de maternidad por aportación demográfica.

Al gozar de la misma naturaleza jurídica que la prestación a la que complementa, si esta es imprescriptible, también debe serlo el complemento.

Concretamente, la sentencia del TJUE del 12 de diciembre de 2019, dictada en el asunto C-450/2018, reconoció el complemento de pensión por aportación demográfica a los hombres con al menos dos hijos biológicos o adoptados y que fueran beneficiarios de pensiones contributivas, pero no estableció ninguna limitación temporal respecto de los efectos del complemento, laguna que ahora resuelve el Supremo y declara su imprescriptibilidad.

La regla general es que el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate; siendo la excepción que el derecho al reconocimiento de prestación contributiva de jubilación – art. 212 LGSS -, o prestaciones por muerte y supervivencia- art. 230 LGSS- es imprescriptible.

En el caso, el primer argumento del Supremo es que era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que provocó la demora en la reclamación; ello unido a que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica produce efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación y que el complemento encerraba una discriminación por razón de sexo contraria al principio de no discriminación y al derecho a la

igualdad, implica que para su íntegra reparación se deben retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin posibilidad de entender que la solicitud tardía del complemento deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los tres meses anteriores a la solicitud.

Otro argumento en refuerzo de la no prescripción del derecho al complemento es que el dies a quo del inicio del plazo para la solicitud del complemento, en aquellas solicitudes cuyo hecho causante fuese anterior a la fecha de la sentencia del TJUE de 12.12.2019, podría fijarse en un momento anterior a dicha sentencia ya que, hasta dicha fecha, la redacción literal del art. 60 LGSS únicamente contemplaba el complemento para las mujeres, lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo – art. 14 CE- , hasta el momento de la sentencia, por lo que antes de la sentencia, los varones no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba, y por ende, con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno.

El Supremo aun da otro argumento más y es que si el complemento sobre la pensión de jubilación goza de la misma naturaleza jurídica que la pensión a la que complementa, siendo la pensión de jubilación imprescriptible, también debe serlo el complemento. Si el complemento no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión a la que complementa, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa, al alcanzar su objeto no solo a las consecuencias básicas de cada prestación, sino también a todos los elementos determinantes del contenido económico de la correspondiente pensión, entre ellos, el porcentaje aplicable, o el complemento que corresponda.

Y sobre este extremo, matiza la Sala que aunque no se trate de aplicar el principio de oficialidad, - reservado a aquellas prestaciones cuya concesión es automática-, sus efectos deben ser los mismos en relación con los complementos de las prestaciones porque al beneficiario le basta con solicitar la pensión correspondiente para que la entidad gestora, previa comprobación de que se reúnen los requisitos establecidos en la ley, deba, en los supuestos de concesión de la prestación, incluir los complementos que procedan.

Tribunal Supremo. Sentencia nº 322/2024, de 21 de febrero de 2024. (Rec. nº 862/2023.)

8. AUDIENCIA NACIONAL

Rechazan la prueba documental presentada por la empresa por estar en formato papel.

Cerrado un proceso negociador con la RLT por falta de acuerdo, la empresa suscribe individualizadamente con los trabajadores acuerdos de trabajo a distancia, que no respetan, en todo o en parte, las previsiones que sobre la materia de contienen en el Convenio colectivo del sector de Contact Center.

Antes de resolver sobre el fondo, la Audiencia refrenda que fue debidamente denegada la prueba documental presentada por parte del letrado del empresario en formato papel y en el acto de juicio porque el art. 41.1 RDL 6/2023, dispone que la presentación de todo tipo de documentos y actuaciones para su incorporación al expediente judicial electrónico se debe aportar en formato electrónico. Se trata de una obligación y no de una opción y la norma ya estaba vigente al momento de celebrarse el acto de juicio.

Además, en el caso, en el Auto dictado en relación a la admisión de prueba, y que no fue recurrido, se requería a las partes para la presentación anticipada de la prueba documental con diez días de antelación al acto de juicio y que dichas pruebas debían aportarse únicamente en formato PDF.

El letrado ha aportado después de la celebración del juicio la prueba documental rechazada y lo hace ahora en formato electrónico, pero como se ha presentado fuera de tiempo, no puede ser tenida en cuenta.

En cuanto al fondo del asunto, los acuerdos individuales de trabajo a distancia resultan no ser acordes a las previsiones del Convenio estatal de Contact Center.

Por una parte, no se están cumpliendo por la empresa los porcentajes de presencialidad y teletrabajo establecidos en los acuerdos individuales e igual sucede en cuanto a los gastos por teletrabajo, porque es innegable la obligación de la empresa de abonarlos. Y por otra, también se condena al empresario a que se entregue copia a los representantes de los trabajadores de todos los acuerdos individuales alcanzados y que se traslade, con tres meses de anticipación, la planificación trimestral de los días de prestación de servicios presencial y a distancia tanto a los empleados como a la RLT.

Finalmente, y aunque la Sala reconoce que uno de los procedimientos más difundidos para garantizar la seguridad de las comunicaciones informáticas consiste en el empleo de métodos de autenticación a través de mensajes SMS que remiten un código que el destinatario debe emplear para acceder a determinadas aplicaciones, lo que no es de recibo es que los mensajes SMS se remitan al teléfono móvil personal de cada trabajador por cuanto con ello se le impone el empleo para el trabajo de sus personales herramientas y dispositivos.

El Convenio prohíbe a las empresas utilizar herramientas, aplicaciones o dispositivos de las personas trabajadoras que no sean facilitadas por la propia empresa, y cuando sea necesario un sistema de doble factor de autenticación, corresponde al empleador facilitar las herramientas y medios necesarios para su uso. Solo de forma excepcional y exclusivamente para esta finalidad, si el trabajador rechaza la herramienta facilitada por la empresa, puede dar su consentimiento al uso de dispositivos o herramientas de su propiedad.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 14/2024 de 5 Feb. 2024, Rec. 297/2023

9. AUDIENCIA NACIONAL

Incluir como absentismo no recuperable bajas, indisposiciones y reposos médicos afectando en el cobre de incentivos es nulo.

No es aceptable que se incluyan criterios relacionados con la salud de los trabajadores, penalizando situaciones de incapacidad temporal, que constituye ausencia plenamente justificada.

Estas tres situaciones, - bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos-, previstas en los planes de incentivos de la empresa como "absentismo no recuperable" constituyen una discriminación directa por razón de salud o enfermedad, penalizando la percepción del incentivo las ausencias vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador, ajena en todo punto a su voluntad, frente a otros trabajadores que no incurrir en dichas situaciones.

Esta consideración de estas ausencias como "absentismo no recuperable" a efectos de la percepción de los incentivos, es contraria a la Ley 15/2022, para la igualdad de trato y no discriminación, y la Audiencia declara la nulidad de este tipo de cláusulas de los planes de incentivos.

La Sala resuelve por remisión a su precedente sentencia de 19 de junio de 2023, dictada en el procedimiento 114/2023 en la que se indicaba que si bien es legítimo que la empresa procure disminuir el absentismo a través de un plan de incentivos que promueva medidas para su reducción, lo que no es aceptable es que se incluyan criterios relacionados con la salud de los trabajadores, penalizando situaciones de incapacidad temporal, que constituye ausencia plenamente justificada.

Se señalaba también en aquella sentencia que conforme al art. 17 ET la enfermedad no era una de las señas identitarias protegidas frente a la discriminación, hasta la modificación por la Ley 15/2022 que sí introdujo la enfermedad como causa de discriminación.

Apunta la sentencia que no concurre la excepción de cosa juzgada respecto a los procedimientos precedentes que versaron sobre la existencia o no de modificación sustancial de condiciones de trabajo, en relación con las comunicaciones de cambio del plan de incentivos, porque en aquellos procesos no se discutió sobre las cláusulas de los planes de incentivos, limitándose la reclamación a la declaración de existencia o no de modificación sustancial.

Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia nº 18/2024, de 13 de febrero de 2024. (Rec. nº 306/2023.)

10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Dieciséis faltas de puntualidad en un mes: despido procedente.

Una empresa procedió a comunicar el despido disciplinario a un trabajador por faltas reiteradas injustificadas de asistencia.

El convenio colectivo de Sector de Limpieza de Edificios y Locales aplicable en el presente caso (BOCM 23 de marzo de 2019) califica como falta muy grave en su artículo 50.3:

- Más de diez faltas injustificadas de puntualidad en la asistencia al trabajo, superiores a cinco minutos, cometidas en un período de tres meses o de veinte durante seis meses.

Y prevé como sanción para las faltas muy graves:

- Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días.
- Despido.

El trabajador durante 16 días en el periodo transcurrido desde el 4 de noviembre de 2021 hasta el 7 de diciembre de 2021 incurrió en faltas de puntualidad, con retrasos de más de 20 minutos incluso algunos de casi una hora. El trabajador conocía perfectamente el horario de inicio de la jornada, que era de 7 a 15 horas de lunes a jueves y de 7 a 14 horas los viernes; la empresa el 27 de septiembre de 2019 le había requerido para que cumpliera su horario indicándole que tenía que personarse en las oficinas de la empresa para recoger la furgoneta y entregarla en el mismo lugar al finalizar la jornada.

El trabajador el 31 de julio de 2020 interpuso una demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo porque la empresa no estaba respetando su horario finalizando el procedimiento judicial por desistimiento al reconocer la empresa su horario.

Se ratifica la procedencia del despido disciplinario. Los hechos que han quedado acreditados quedan subsumidos en la falta disciplinaria indicada, pues se han acreditado un total de 16 faltas de puntualidad en un periodo de un mes, correspondiendo al empresario la determinación de la sanción a imponer.

No se aprecian causas que justifiquen la aplicación de la teoría gradualista como pretende la parte recurrente, puesto que las faltas de puntualidad son reiteradas prácticamente a diario durante un periodo muy corto de tiempo, y siendo retrasos de veinte, treinta, y de hasta cincuenta minutos sin motivo justificado que pudiera atenuar la responsabilidad del trabajador.

TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia de 10 de enero de 2024.

11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Un WhatsApp del trabajador diciendo que no cuenten con él sirve como prueba para la empresa de su voluntad de dimitir.

El trabajador, fijo discontinuo, descontento porque no contaron con él para ciertos trabajos, mandó un WhatsApp donde decía: *“Me parece una falta de respeto que me llaméis ahora para ir una semana y media. Con todo el respeto del mundo, pero el lunes no contéis conmigo”*.

Admitido que la dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual, puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita pero en todo caso, a través de un comportamiento del que quepa deducir la intención extintiva, en el caso, confirma el Tribunal Superior de Justicia gallego que existe manifestación expresa por parte del trabajador de su intención de finalizar la relación laboral al haber remitido un WhatsApp a la empresa, en contestación al llamamiento cuyo contenido es:

“No gracias la verdad es que después de dos años que nadie se dignó hablar conmigo a informarme de mi situación en la empresa me venís un viernes avisándome que el lunes vaya a trabajar una semana y media de contrato? no gracias no estoy tan desesperado como para irme a Boimorto palear as máquinas... lleváis meses montando eventos y a mí nadie me llamo, aunque fuese para decirme que no contabais conmigo, pero me parece una falta de respeto que me llaméis ahora para ir una semana y media. Con todo el respeto del mundo, pero el lunes no contéis conmigo. Un saludo y de todos modos gracias”.

Puede ser entendible la frustración del trabajador ante una falta de llamamiento en 2020, probablemente debido a la crisis sanitaria derivada de COVID 19 y haber sido aprobado en la empresa, por la autoridad laboral, un ERTE COVID 19, y que tras una nueva falta de llamamiento en abril de 2021, el trabajador presentara papeleta demanda de conciliación por despido, que finalizó sin avenencia, ante lo que el trabajador no presentó demanda por despido, pero estando ante un trabajador fijo discontinuo a quien la empresa procedió a realizar, por medio adecuado y legal, el llamamiento pues resulta acreditado que el trabajador lo recibió y respondió, mediante aplicación WhatsApp, en el mismo día, la respuesta dada deja clara su intención de no atender al llamamiento efectuado y su voluntad extintiva.

Además apunta la sentencia que el llamamiento no incumple los requisitos legales porque la cláusula de duración de la actividad contenida en el contrato de trabajo concretada en una actividad cíclica intermitente a realizar por la empresa en época estival cuya duración será de 7 meses es una indicación sobre la duración estimada de la actividad, pues es evidente que el periodo de 7 meses señalado, no coincide con la época estival, sino que se refiere a un periodo temporal de posible actividad, dentro del que el trabajador puede ser llamado, en función de las necesidades de la empresa, vinculadas a los contratos de eventos que haya podido suscribir, lo que implica inexistencia de despido.

TSJ Galicia. Sala de lo Social. Sentencia nº 855/2024, de 12 de febrero de 2024 (Rec. nº 4921/2023)

12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

Proporcionalidad de la sanción impuesta a un trabajador con 50 días sin empleo ni sueldo por insultar reiteradamente a sus compañeros.

No debe confundirse la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, con insultos o calificativos degradantes, sin que se pueda disculpar la utilización de expresiones ofensivas con una incorrección del lenguaje. El TSJ confirma la sanción de suspensión impuesta a un trabajador por referir insultos a sus compañeros alterando la convivencia laboral.

Llamó rata a un compañero y como consecuencia de ser recriminado por otra compañera por ello, esta comenzó a sufrir insultos a diario porque trabajan a poca distancia, soltando al aire las frases: *"cuidado por ahí, menuda borrallada"* *"amarilla"*, *"cuidado con la amarilla"*, así como comentarios sobre su familia dado el conocimiento que tenía por la amistad previa que había existido como compañeros de trabajo o cantándole la frase *"para tipas como tú"*, en relación con la popular canción de Shakira.

Antes de ello, ya había mantenido el trabajador sancionado una reunión con el Responsable de Unidad sobre los insultos que dirigía a sus compañeros y en la que se dijo que no era una situación aislada, sino habitual que, cuando se aproximan a su puesto de trabajo sus compañeros team leader y monitores de asistencia, vierte contra ellos expresiones en tono despectivo, calificándolos de *"amarillo"*, *"amarillote"*, *"amarillo vendido"*, *"lamprea rata"*, *"rata amarilla"*, *"vividor"*, *"a vivir" o "a robar"*, así como canciones para descalificar a sus compañeros, y afirmaciones como *"empresa de delincuentes"*, instándole en todo caso a que cesase en su conducta, lo que no solo no hizo sino que la incrementó.

No debe confundirse la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, con insultos o calificativos degradantes, sin que se pueda disculpar la utilización de expresiones ofensivas con una incorrección del lenguaje, que está tolerada en las conversaciones amistosas, pero no empleadas con afán de zaherir y ofender a quien se dirigen o refieren.

Expone la sentencia que los límites de la libertad de expresión deben determinarse en función del análisis de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios en que aquéllas se producen, de modo que sólo resulten sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y en el caso, así ha sido.

Fue un exceso y para la Sala, un ataque de la suficiente entidad como para entender razonablemente que la convivencia entre compañeros quedó afectada y la medida sancionadora adoptada fue proporcionada, porque se han utilizado expresiones dirigidas tanto al responsable de unidad, al monitor de asistencia y a la trabajadora de montaje, que son claramente vejatorias, denigrantes y afectan a la dignidad de sus compañeros y superiores, de una forma reiterada y habitual.

TSJ Galicia. Sala de lo Social. Sentencia nº 194/2024, de 17 de enero de 2024. (Rec. nº 5381/2023.)

Departamento Laboral y de Seguridad Social.

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaef@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Jorge Barbat Soler

Email: jbarbat@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Raúl Sala Cuberta

Email: rsala@ortega-condomines.com