



CIRCULAR LABORAL 18/2023

3 de abril de 2023

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

---

### **1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA**

**El descanso diario no forma parte del periodo de descanso semanal, sino que se añade a éste.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 2003/88, los Estados miembros tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, respectivamente, de un periodo mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de veinticuatro horas – en España, como sabemos, ese descanso mínimo es de doce horas (ex. art. 34.2 ET) - y, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas -en España día y medio (ex. art. 37.1 ET) -, al que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

La Directiva 2003/88 establece el derecho al descanso diario y el derecho al descanso semanal en dos disposiciones distintas, a saber, respectivamente, en el artículo 3 y en el artículo 5 de esta. Ello indica que se trata de dos derechos autónomos que, en esencia, persiguen objetivos distintos, que consisten, en el caso del descanso diario, en permitir que el trabajador pueda apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no solo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un periodo de trabajo y, en relación con el descanso semanal, en permitir que el trabajador descanse en cada periodo de siete días.

Por consiguiente, es preciso garantizar a los trabajadores el disfrute efectivo de cada uno de estos derechos. No cabe, por tanto, una interpretación según la cual el descanso diario forma parte del descanso semanal, pues ello equivaldría a vaciar de contenido el derecho al descanso diario previsto en el artículo 3 de la referida Directiva, privando al trabajador del disfrute efectivo del periodo de descanso diario previsto en esa disposición cuando disfruta de su derecho al descanso semanal.

El periodo de descanso diario, previsto en el artículo 3 de la Directiva 2003/88 (once horas), no se añade a las 24 horas de descanso previstas en el artículo 5 de esta Directiva para formar un periodo total de descanso semanal de al menos 35 horas, sino al periodo de descanso semanal, autónomo y distinto, de al menos 24 horas previsto en dicha disposición. Por tanto, al contrario de lo que entendía la empresa, el descanso diario no forma parte del periodo de descanso semanal, sino que se añade a este. Normativa nacional -convenio colectivo- que reconoce un descanso semanal superior al previsto en el artículo 5 de la Directiva 2003/88. Las horas de descanso semanal concedidas por encima del mínimo que exige dicho artículo 5 no se rigen por la Directiva sino por el Derecho nacional.

No obstante, el hecho de establecer tales disposiciones más favorables en materia de descanso semanal que las que exige, como umbral mínimo, la Directiva 2003/88 no puede privar al trabajador de otros derechos que le concede esta Directiva, y más concretamente, del derecho al descanso diario garantizado por el artículo 3 de dicha Directiva. Periodo de descanso diario precedente al período de descanso semanal. Tras un periodo de trabajo, todo trabajador debe disfrutar inmediatamente de un periodo de descanso diario, con independencia de si dicho período de descanso va o no seguido de un periodo de trabajo. Además, cuando el descanso diario y el descanso semanal se conceden de manera contigua, el periodo de descanso semanal solo puede empezar a correr una vez que el trabajador haya disfrutado del descanso diario.

**TJUE. Sala Segunda. Sentencia de 2 de marzo de 2023. Asunto C-477/21.**

## **2. TRIBUNAL SUPREMO.**

**Fin -por el momento- al debate: no procede acumular el período de maternidad al de paternidad en las familias monoparentales.**

Precisamente el Día de la Mujer trabajadora, el pasado 8 de marzo, se hizo pública esta polémica sentencia del Alto Tribunal, que viene a unificar la doctrina hasta la fecha discrepante. Así, el TS ha dictado sentencia en el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en relación a la solicitud de una progenitora de familia monoparental que solicitaba una prestación por nacimiento y cuidado de hijo adicional a la que ya había disfrutado. Se pretendía que, en el caso de familias monoparentales, la indicada prestación tuviese una duración doble.

La Sala desestima la pretensión por entender que la configuración del Régimen Prestacional de la Seguridad Social corresponde exclusivamente al legislador, que recientemente rechazó en el Senado una enmienda que pretendía introducir en la Ley una modificación en este sentido. Además, la sentencia razona que es al legislador al que le compete ponderar los distintos intereses en juego (corresponsabilidad en el cuidado del niño, interés del menor, interés del progenitor) y decidir al respecto la solución más conveniente.

Veremos si esta sentencia “cierra” este asunto ... aunque es probable que no sea así. Al tiempo ...

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 169/2023, de 2.03.2023. RCUUD 3972/2020**

### **3. TRIBUNAL SUPREMO**

**La suspensión del contrato por IT no tiene repercusión sobre la retribución variable colectiva contemplada en convenio colectivo si éste no lo ha previsto.**

Si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos, es obvio que también habrán de participar en el reparto quienes, aun con sus contratos suspendidos por imperativo del art. 45.1 c) del ET, así mismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir.

Ello no infringe el artículo 45.2 del ET (sobre exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso) porque no prohíbe establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda, como lo está la remuneración de las vacaciones, pese a que, ni en uno ni en otro caso, se realiza la prestación laboral por el trabajador.

El hecho de que el convenio contemple como potestad empresarial, sujeta a disponibilidad presupuestaria, el establecimiento de la retribución variable no significa que los términos en que pueda llevarse a cabo pendan de su criterio interpretativo. Inexistente la restricción referida a la repercusión de la IT en el convenio, tampoco puede hacerse valer la ulteriormente establecida mediante un acuerdo o decisión de efectos generales, por insuficiente para cambiar lo establecido en la fuente reguladora del incentivo.

En el caso analizado, no puede la empresa descontar los días correspondientes al periodo de incapacidad temporal en la retribución variable prevista por el convenio y desarrollada unilateralmente por la empresa. No se trata de conclusión aplicable en todo caso, pero sí en aquellos planes de remuneración variable o por objetivos que posean características similares a los de empresas como RENFE o Adif, respecto de las cuales ya se ha pronunciado esta sala. Ni la empleadora puede, de forma unilateral, establecer condicionantes ajenos a los previstos en el convenio colectivo, ni la mera declaración empresarial de que la suspensión por IT comporta minoración del incentivo puede considerarse, por sí misma, la causa que justifica esa consecuencia.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 25 de enero de 2023. Rec. nº 4265/2019.**

#### 4. TRIBUNAL SUPREMO.

**Se reconoce como accidente de trabajo la caída sufrida camino al bar en el tiempo de descanso.**

La pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos se produjo con criterios de total normalidad, y el bar se encuentra a escasos 60 metros del centro de trabajo. La incapacidad temporal por una caída en el camino desde el centro de trabajo a un bar próximo para merendar se debe calificar como accidente de trabajo.

La conocida como “hora de bocadillo” se califica como tiempo de trabajo por el convenio colectivo, y el accidente ocurrió con ocasión del trabajo, al producirse en el tiempo de trabajo del que dispuso la trabajadora para “reponer fuerzas”, - finalidad que se persigue con el descanso cuyo tiempo se califica, precisamente, como tiempo de trabajo- , y sin que el solo hecho de que el lugar de la caída no sea en puridad el lugar de la actividad profesional, rompa el nexo causal entre el siniestro y el trabajo, porque una salida del centro de trabajo con el fin de descansar y “tomar algo” es una actividad normal de la vida laboral que de no estar prestando servicios no se hubiera producido.

A mayores, destaca la sentencia que la pausa era necesaria, y la utilización de los quince minutos se produjo con criterios de total normalidad, y el bar se encuentra a escasos 60 metros del centro de trabajo.

Debe aplicarse la teoría de la *ocasionalidad* relevante que se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla.

Como reiteradamente tiene dicho el Supremo, lo relevante es que el siniestro se produzca con ocasión del trabajo y en el caso así fue al producirse la caída en el trayecto desde el centro de trabajo a un bar, - siendo tiempo de trabajo la pausa para merendar-, insistiendo la sentencia en que salir a tomar algo en el tiempo de descanso es una actividad normal de la vida laboral.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 126/2023, de 9 de febrero. Rec. nº 2617/2019.**

#### 5. TRIBUNAL SUPREMO

**El juzgado está obligado a descontar el IRPF y la SS de las cantidades consignadas por el empleador en procedimientos judiciales con condenas económicas.**

Cuando la empresa ha sido condenada al pago de una determinada cuantía y deposita el bruto, el juzgado sustituye al deudor y debe retener las cuantías de IRPF y la cuota obrera de la Seguridad Social.

Resuelve el Supremo un problema práctico y es el de determinar quién debe practicar las retenciones legales y reglamentarias a la hora de realizar el pago de la cuantía de una condena impuesta al empleador, obligación que sitúa en el Juzgado que ejecuta el fallo condenatorio.

La empresa es quien debe consignar el bruto adeudado, sin que pueda hacer retención alguna a cuenta, ya que, como no paga su deuda, sino que sólo asegura que la pagará, ninguna obligación fiscal ha surgido todavía. Es decir, solo con la firmeza de la sentencia la obligación de pagar se torna imperativa y en ese momento, tratándose de una ejecución judicial (bien se actúe contra la cantidad consignada para recurrir, bien contra la depositada para pagar), es cuando deben practicarse las retenciones. Como en ese instante es el Juzgado el que tiene que pagar al trabajador/acrededor lo que le han depositado, sustituye al empleador/deudor y debe hacer el pago respetando las obligaciones que a todo pagador imponen las leyes.

Por ello, no se puede exigir a la empresa que acredite haber practicado las oportunas retenciones porque la obligación de la empresa se completa con poner a disposición del Juzgado las cantidades brutas correspondientes a los salarios adeudados, y es quien finalmente abona las cuantías adeudadas (que según el momento de pago o del procedimiento judicial, puede ser la empresa o el órgano judicial), quien debe practicar las retenciones, sin que pueda pretenderse el cobro de las cantidades brutas, por estar a disposición del Juzgado, al tiempo que exigirle a quien las satisfizo (la empresa) que lleva a cabo pagos (a la TGSS y a la AEAT) con fondos que ya han salido de su patrimonio, ni siquiera con la posibilidad de posterior reclamación a quienes cobraron las cantidades brutas sin retención.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 118/2023, de 8 de febrero. Rec. nº 603/2020.**

## 6. TRIBUNAL SUPREMO

**La subrogación convencional en la hostelería se aplica a todos los trabajadores que prestan servicios para la contrata, sean subcontratados o no lo sean.**

En ambos casos se trata de trabajadores que prestan en realidad servicios para la empresa saliente, ya sea porque forman parte de su propia plantilla o porque pertenezcan a una subcontrata de la misma.

En la medida en que la obligación de subrogación convencional tiene como finalidad esencial, el mantenimiento y la estabilidad en el empleo de quienes realizan la misma actividad laboral que vendrá a desempeñar la nueva adjudicataria de la contrata, no puede haber diferencias por el hecho de que el servicio objeto de la subrogación lo desempeñen quienes pertenecen a la empresa adjudicataria, o quienes lo hacen por cuenta de la misma mediante la subcontratación conforme a derecho con otra empresa.

La subrogación alcanza a todos los trabajadores destinados en los servicios de hostelería que son objeto de la contrata y nueva adjudicación, y es indiferente que lo hagan desde la plantilla de la empresa adjudicataria que pierde la contrata, o desde la de una empresa subcontratada por aquella para prestar esos mismos servicios. En ambos casos se trata de trabajadores que prestan en realidad servicios para la empresa saliente, yo sea porque forman parte de su propia plantilla o porque pertenezcan a una subcontrata de la misma.

Entenderlo de otro modo supondría que no hay ningún trabajador adscrito a la actividad que constituye el objeto de la contrata, en el caso de que la empresa saliente hubiere subcontratado la actividad con un tercer empleador, pese a la incuestionable realidad de que existen trabajadores, los de la subcontrata, que desempeñan las mismas funciones y tareas que pasarán a desarrollar la nueva empresa, y ello llevaría al pernicioso efecto de privar de cualquier eficacia jurídica a las cláusulas de subrogación pactadas por acuerdo colectivo.

Si los términos de la adjudicación permiten que el adjudicatario pueda subcontratar a su vez con una tercera empresa la actividad que constituye el objeto de la contrata, la posterior subrogación en las relaciones laborales del nuevo adjudicatario debe abarcar a todas las empresas que pudieren haber sido subcontratas conforme a derecho por el anterior titular de la contrata para el efectivo desempeño de la actividad objeto de adjudicación, - concluye el Supremo-.

Esta doctrina, trasladada al supuesto que se examina supone afirmar que, la correcta interpretación del acuerdo colectivo es la de entender que la obligación de subrogación no queda limitada restrictivamente a los trabajadores de la empresa titular de la contrata sobre la que opera el cambio de adjudicatario, sino que también debe abarcar a los que en esa misma contrata puedan estar prestando los servicios sobre los que opera la subrogación en virtud de cualquier título jurídico válido en derecho, en favor y bajo el ámbito de la actividad de aquella empresa titular hasta la fecha de la contrata.

De hecho el propio acuerdo dispone de forma expresa que "opera igualmente la subrogación" en aquellos casos en los que "la actividad pasase a prestarse por una tercera empresa, participada por la principal o dependiente de ella, en régimen de concesión, arrendamiento o cualquier otro título", es decir, se contiene una expresa previsión de que los efectos de la subrogación se extiende a situaciones jurídicas en las que la actividad objeto de la contrata pueda ser desempeñada por otras empresas diferentes a la titular, ya sea en régimen de concesión, arrendamiento, o de "cualquier otro título".

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 96/2023 de 1 de febrero. Rec. nº 165/2022.**



## 7. TRIBUNAL SUPREMO

**Despido disciplinario de un conductor de autobús de viajeros: la conducción bajo los efectos de las drogas concurre si se acredita, analíticamente, la persistencia de tales sustancias, sin ser necesario que haya habido maniobras extrañas o siniestro circulatorio.**

En el caso analizado, el Laudo arbitral dictado en 2000, asumido por el convenio colectivo del sector de transporte de viajeros de la Comunidad de Madrid, describe comportamientos sancionables. En concreto, regula dos situaciones -superar una tasa de alcoholemia y conducir con influencia de drogas-, sin requerir, al igual que ocurre con la normativa de Seguridad Vial, requisitos adicionales al hecho en cuestión: ni presencia policial, ni previa detección de anomalías viales, ni protesta de usuarios del transporte, ni proximidad cronológica de la ingesta, ni reiteración del comportamiento, etc.

Se trata de una infracción de peligro, no de resultado. Además, en la norma sectorial queda claro que superar la tasa de alcoholemia, en sí mismo, es lo que constituye el incumplimiento considerado como muy grave, no su exteriorización o percepción subjetiva por parte de terceros.

La conducción bajo los efectos de drogas, por tanto, no requiere que haya pruebas que acrediten esa conducta irregular, del mismo modo que la alcoholemia no constatada externamente se configura, sin género de dudas, como situación sancionable, estar afectado por sustancias estupefacientes integra el tipo sancionador. La finalidad de la previsión parece clara: evitar riesgos y garantizar la seguridad vial. Por tanto, el dato objetivo de dar positivo en la prueba de drogas supone que al tiempo de la conducción el trabajador tenía esa sustancia en su organismo con los efectos que la misma pudiera desplegar.

En conclusión: la literalidad del precepto no exige que la conducción bajo los efectos de ciertas sustancias vaya acompañada de otros datos; la equiparación con el automatismo de la alcoholemia juega en tal sentido; la finalidad preventiva lo hace en el mismo sentido. Así se comprende que en el sector de transporte por carretera se aborde la presencia de sustancias alcohólicas o estupefacientes con un rasero y enfoque diversos al propio de otros ámbitos. Las obligaciones contractuales de quien se pone al frente de un vehículo autopropulsado y sin conducción robótica han de ser, por lógica y ejemplificativamente, diversas a las de quien desarrolla una actividad sedentaria y sin riesgo para terceras personas. Tanto la integridad física como el derecho a la vida aparecen comprometidos por el mero hecho de utilizar un transporte público terrestre, por lo tanto, su mejor protección concuerda con la consideración de que quien conduce el vehículo está sujeto a severas exigencias para conseguir que se encuentre en adecuadas condiciones.

También debe valorarse que la conducta del conductor incidió negativamente en la regularidad del servicio, lo que resulta evidente, pues debieron esperar a que llegaran los conductores que se hicieran cargo del autobús y, además, se constata con la reclamación de clientes por el retraso.

Asimismo, resulta nítida la afectación y vinculación de la conducta imputada con la relación laboral, puesto que incide sobre la reputación del propio empleador, redundando en definitiva en su perjuicio. No ya por la devolución del importe de los billetes sino, especialmente, por el descrédito que conlleva la noticia sobre lo acaecido y la eventual desconfianza que de la misma pueda derivarse. Más allá de la efectiva incidencia en sus capacidades del momento, el previo consumo (no negado, acreditados los restos del mismo) no constituye una conducta, en cuanto privada, intrínsecamente sancionable en la esfera laboral. Pero la situación es otra cuando el trabajador acepta desarrollar su actividad de transportista sin previa comprobación de que las sustancias ingeridas han dejado de estar presentes en su organismo. El hecho de que el descubrimiento se realice en un control rutinario no destipifica la conducta, sino que obedece a la deseable y habitual vigilancia que los Cuerpos de Seguridad competentes deben llevar a cabo.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 21 de febrero de 2023. Recurso nº 3723/2021.**

## 8. AUDIENCIA NACIONAL

**Es discriminatorio reducir el plus distancia a los trabajadores con reducción de jornada por guarda legal.**

La Audiencia ha estimado la demanda interpuesta por los sindicatos de una compañía, declarando que no cabe descontar el importe del plus de distancia a los trabajadores con reducción de jornada por guarda legal Discriminación y aplicación de la perspectiva de género.

Razona la sentencia que el plus de distancia se percibe por cada día que el trabajador tiene que acudir desde su domicilio al centro de trabajo y volver desde el mismo a su domicilio y tiene por finalidad compensar el gasto que se efectúa en razón de dicho desplazamiento, y dicho gasto es el mismo si se va a desarrollar una jornada completa que si se va a desarrollar una jornada reducida.

De esta forma, se estima el derecho de los trabajadores con reducción de jornada por guarda legal a que perciban el plus de distancia sin merma en su cuantía, aplicándose el límite del 25 por 100 previsto en el artículo 37 del Convenio colectivo en relación al salario base de las tablas del mismo para su categoría profesional y no en relación a su salario base minorado por la reducción de su jornada laboral.

En esta línea, la Sala recuerda en primer lugar que tal y como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo del pasado 4 de octubre de 2022 – Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 574/2019 “... cuando se trata de resolver la interpretación la percepción de complementos previstos en Convenios Colectivos no vinculados a la extensión de la jornada en supuestos de reducción de jornada por conciliación – en este caso un complemento convencional de asistencia y puntualidad- la misma debe efectuarse desde el prisma de las normas que proscriben la discriminación por razón de sexo y en consecuencia, también la perspectiva de



*género a la que hace referencia el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.*

Y aplicando lo anterior, razona:

- Acudiendo a criterios de interpretación literal o gramatical del convenio colectivo alcanzamos las siguientes conclusiones:
  - Que el plus de distancia no tiene consideración de salario por cuanto que el art. 23 lo incluye en su apartado k) lo conceptúa como una indemnización o suplido.
  - Que el art. 22 del convenio en los supuestos de reducción de jornada únicamente prevé una reducción proporcional del salario, no de otros conceptos retributivos que se generen en el seno de la relación laboral;
  - Y, finalmente, que el art. 37 del Convenio a la hora de topa la cantidad máxima a la hora de abonar el plus de distancia se refiere al 25 por ciento de cada categoría de forma abstracta, no a la cuantía del salario base percibido por el trabajador.
- Si tenemos en cuenta lo anterior, el plus de distancia se percibe por cada día que el trabajador tiene que acudir desde su domicilio al centro de trabajo y volver desde el mismo a su domicilio y tiene por finalidad compensar el gasto que se efectúa en razón de dicho desplazamiento. Dicho gasto es el mismo si se va a desarrollar una jornada completa que si se va a desarrollar una jornada reducida.

Por tanto, concluye la Audiencia, de darse por válida la práctica defendida por la empresa, se estaría avalando una diferencia de trato entre trabajadores que se encuentran en una situación idéntica lo que contravendría con carácter general el art. 14 CE y si a ello añadimos que la causa de la reducción de jornada es el legítimo ejercicio de derechos de conciliación dicha diferencia de trato entraña además discriminación por razón de sexo.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 28 de febrero de 2023.**

## **9. AUDIENCIA NACIONAL**

**El derecho de los sindicatos de acceso al registro retributivo prevalece sobre el derecho individual del titular de los datos.**

Existe una finalidad legítima cual es la garantizar la aplicación en el seno de la empresa del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y evitar que se produzca cualquier discriminación por razón de sexo.

La Audiencia para resolver el conflicto colectivo explica que tanto el registro retributivo como la auditoría retributiva, son documentos que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo entre los trabajadores de una misma empresa. Se trata de documentos que tienen por finalidad específica identificar y en su caso, conjurar la existencia de discriminaciones indirectas por razón de sexo a fin de garantizar que los trabajos de igual valor sean retribuidos de la misma manera. El objeto es garantizar el principio de transparencia retributiva, esto es, la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo.

Explica también que en la medida en que la referencia que se contiene en el art. 28 E.T al trabajo de igual valor es un concepto jurídico indeterminado, es el RD 902/2020 la norma que ofrece pautas para su determinación.

Pues bien, partiendo de estas premisas, la Sala entiende que no se pueden mutilar datos respecto de determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo, o por ser identificable la retribución que se percibe pues admitir esta práctica empresarial supone privar tanto al registro como a la auditoría retributiva de los elementos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia de retribución.

Que un puesto de trabajo esté únicamente ocupado por personas de un sexo, no implica que no existan otros cuyos cometidos puedan ser considerados de igual valor que puedan ser ocupados por personas de ambos sexos o solo de otro, y el concepto de trabajo de igual valor no es concepto que deba determinar unilateralmente la empresa, ni un tercero, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado, y, por ende, susceptible de ser objeto de consideración tanto por la parte social, como por la empresa, y en último caso objeto de determinación en sede judicial.

Por ello, declara la Audiencia que las empresas deben facilitar los datos retributivos en los supuestos en donde exista 1 o 2 personas trabajadoras en alguno de los sexos (al margen de la plantilla existente en el otro sexo) y en aquellas situaciones en las que en uno de los sexos no haya ninguna persona trabajadora y en la otra sí, y no omitir este tipo de información retributiva.

La obligación legal no es otra que la que se deriva del art. 28.2 del E.T en su redacción vigente que impone al empresario la obligación de llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Existiendo una finalidad legítima cual es la garantizar la aplicación en el seno de la empresa del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y evitar que se produzca cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, ante la que debe decaer el derecho individual del titular de los datos, existiendo por otro lado, una obligación por parte de la representación legal de los trabajadores de guardar sigilo respecto de los datos proporcionados.

La Audiencia estima el recurso y obliga a la empresa a que en el registro retributivo y en la auditoría retributiva en determinados grupos de clasificación profesional en los cuales hay poco número de plantilla, y que aparece desagregado por sexo, la empresa facilite las oportunas retribuciones tanto de las medias como de las medianas, en lugar de dejar vacío el espacio sin facilitar la oportuna retribución, como ha venido haciendo.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia 23/2023, de 23 de febrero. Rec. nº 355/2022.**

## **10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALICIA (MÁLAGA)**

**Planes de Igualdad: empresa de más de 50 trabajadores sin existencia de RLT. negocia el plan con una Comisión *ad hoc*, constituida por y entre trabajadores de la empresa, ante la falta de respuesta, dentro de los diez días siguientes, a la solicitud cursada a los sindicatos CCOO y UGT para que procedieran a la designación e información de las personas que debían formar parte de la Comisión negociadora. Adecuación a Derecho. Procede registro del plan.**

Lo que se discute en la presente litis no es tanto la legitimación de una comisión *ad hoc* para negociar un plan de igualdad, legitimación que estimamos no tiene de conformidad con la doctrina jurisprudencial, sino la determinación de si, una vez efectuado el requerimiento por parte de la empresa a los sindicatos con legitimación para negociar el plan de igualdad y finalizado el plazo de diez días previsto por el artículo 5.3 del RD 901/2020 sin respuesta por parte de los sindicatos requeridos, la empresa puede continuar con el proceso de elaboración del plan de igualdad, o si, por el contrario, ha de reiterar el requerimiento una y otra vez hasta que sea contestado positivamente por los sindicatos y se forme la correspondiente Comisión negociadora.

Para la válida aprobación de un plan de igualdad se requiere que la empresa haya comunicado a los sindicatos más representativos su intención de proceder a la negociación de un plan de igualdad, pero si los mismos no responden a dicho requerimiento en el plazo de diez días a que se refiere dicho precepto reglamentario hemos de entender que la empresa puede proceder a la aprobación de dicho plan de igualdad, pues lo que se exige es dar a los sindicatos la posibilidad de participar en la negociación del plan, pero obviamente la empresa no puede imponer a los mismos dicha participación.

Entender lo contrario implicaría aceptar que el cumplimiento de una obligación empresarial (la necesidad de elaboración y aplicación de un plan de igualdad en empresas de cincuenta o más trabajadores) se hace depender de la voluntad de un tercero distinto del sujeto obligado o, lo que es lo mismo, que la mera falta de respuesta de los sindicatos sería suficiente para impedir el cumplimiento de la obligación empresarial, con las consecuencias negativas que de ello puedan derivarse para la empresa.

Por tanto, de conformidad con lo expuesto anteriormente, la empresa no tenía obligación de remitir sucesivos requerimientos a los sindicatos hasta que los mismos admitiesen formar parte de dicha Comisión negociadora, pues ello no se encuentra previsto ni legal ni reglamentariamente, por lo que la empresa podía continuar con los trámites para la aprobación del plan de igualdad. Se revoca la resolución que acordaba denegar la inscripción del plan de igualdad, debiendo procederse al registro e inscripción del referido plan.

**TSJ de Andalucía (Málaga). Sala de lo Social. Sentencia nº 180/2023, de 25 de enero. Recurso nº 20/2022.**

## **11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

### **Imponer el teletrabajo tras un despido nulo constituye readmisión irregular**

Tras la sentencia que declaró el despido nulo el empresario debía readmitir al empleado en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido (trabajo presencial), a no ser que pruebe la inexistencia de un centro físico.

Cuando se insta un incidente de ejecución, en los supuestos de despidos declarados nulos, se debe ordenar la ejecución de la readmisión en sus propios términos y si ésta no se produce, se convoca una comparecencia para la celebración del denominado incidente de no readmisión que finalmente resolverá cómo debe llevarse a cabo la readmisión. Si se diera un supuesto en el que se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, entonces por Auto se debe declarar extinguida la relación laboral con los efectos oportunos.

Es decir, la ejecución por la vía del incidente de no readmisión (tanto en la ejecución por equivalente como en la ejecución específica) tiene por objeto decidir acerca de si se ha llevado o no a efecto la obligación de readmisión contenida en el título ejecutivo y si se ha realizado o no en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido.

Pues bien, en el caso, declarado nulo el despido, el empresario no tenía más opción que readmitir al empleado en las mismas condiciones anteriores (no coge la indemnización en estos casos) y al abono de los salarios de tramitación, sin embargo, le impuso el teletrabajo desde su domicilio todos los días sin justificación ni acreditación alguna.

El trabajador acudió a su puesto y la empresa le presentó anexo al contrato de trabajo que titula como "Acuerdo de trabajo a distancia", pero en realidad no había habido acuerdo alguno, sino que fue una imposición unilateral por parte del jefe.

Se trata de una readmisión irregular porque no existe imposibilidad de readmisión por causa material. No consta la desaparición del centro de trabajo porque se haya extinguido el contrato de arrendamiento. No hay referencia alguna que la empresa no tenga centro físico donde prestar servicios o que únicamente se realiza la actividad a través del trabajo a distancia.

Pero además, la normativa del teletrabajo también resulta incumplida porque el trabajo a distancia es voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requiere la firma de acuerdo que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto.

**TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 46/2023, de 26 de Enero. Rec. nº 800/2022.**

## **12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

**Extinción del contrato de empleada del hogar encontrándose embarazada: consecuencias de la declaración de nulidad del despido cuando se produce desplazamiento de la empleadora al extranjero.**

La nulidad viene dada por el hecho de que se extinguió la relación cuando la trabajadora estaba aún de baja por maternidad, no por causa de discriminación. Estando la empleada de hogar de baja por maternidad, recibe un burofax de su empleadora en el que se le comunicaba que daba por extinguido el contrato de trabajo por desistimiento con efectos del último día de la baja, temporalidad que no enerva la nulidad del despido.

Ahora bien, peticionada también la nulidad del despido por causa de discriminación, no aporta la trabajadora indicio alguno que haga invertir la carga de la prueba contra la empleadora. Es de destacar que empleadora, una vez conocido el embarazo de la trabajadora le había regalado una habitación para el bebé, así como que, una vez conocido el embarazo la empleadora le facilitó que pudiese acudir a los controles médicos, además de solicitar ella misma a la mutua las correspondientes prestaciones de riesgo durante el embarazo. Estos hechos que no parecen sustentar una voluntad de prescindir de la trabajadora precisamente por mor de dicho embarazo.

Solo señala la trabajadora que a la empleadora que se le ofreció una estancia laboral en Alemania, a la que finalmente no pudo asistir por causa de la pandemia, pero ello solo evidencia que la extinción de la relación laboral se formalizó en base a esta previsión de desplazamiento por tres años al extranjero y no por motivo discriminatorio alguno.

Por lo tanto, la nulidad viene dada por el hecho de que se extinguió la relación cuando la trabajadora estaba aún de baja por maternidad y por lo tanto conforme a lo dispuesto en el art. 55 del ET lo que procede es la declaración de nulidad. Y ante la imposibilidad de readmisión de la trabajadora, por tratarse de una empleada del hogar, se impone la indemnización como única opción que se fija en 33 días por año de servicio con el máximo legal de 24 mensualidades.

**TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 5670/2022, de 27 de octubre. Rec. nº 2593/2022.**

### 13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

**El despido objetivo no es viable si las pérdidas económicas han sido desde el inicio de la actividad.**

Las causas invocadas para justificar un despido no solo deben ser reales, sino también deben tener entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y ser razonables en términos de gestión empresarial.

Cuando se trata de un despido causalmente fundado en causas objetivas, los criterios a seguir deben ser los de responder a una causa económica organizativa o de producción sobrevenida, -en el entendimiento de que debe tratarse de circunstancias externas que irrumpen novedosamente en la vida empresarial, y tener carácter estructural y no meramente coyuntural o transitorio. Es decir, la causa productiva debe ser actual, estar presente en la fecha en que se adopta la medida extintiva, pues lo que justifica causalmente la amortización de puestos de trabajo es la existencia de un problema de funcionamiento de la sociedad de manera que si la situación desfavorable es pretérita, faltaría el presupuesto del cese, al no ser posible establecer la imprescindible conexión causal con la causa objetiva.

Sobre este extremo, invocándose por la empresa pérdidas continuadas y cuantiosas, se presume en principio y salvo prueba en contrario que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa, porque reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa, pero esta presunción decae cuando las pérdidas se arrastran desde tiempo atrás.

Se trata de la explotación de un hotel que presenta una situación deficitaria en origen, - un negocio catastrófico desde el punto de vista del rendimiento empresarial y que, pese a ello persiste y persistirá-, de modo que la causa económica no es sobrevenida, no ha sido provocada por un devenir circunstancial extraño a las previsiones que ordinariamente debieron hacerse y que pudiera comprenderse en el riesgo empresarial que la emprendeduría conlleva; al contrario, se ha mantenido a lo largo del tiempo y no puede ser invocada a conveniencia de la entidad empresarial para extinguir relaciones laborales que se han mantenido incólumes y ajenas a la situación económica de la empresa.

Además, apunta la sentencia que para refrendar la improcedencia del despido está ausente una razonable adecuación entre la causa alegada y la medida acordada, en términos de reducción de costes que serían incompatibles con la viabilidad de una de las principales fuentes de ingresos (restauración) y considerada la afirmada continuidad de la actividad empresarial a su conjunto.

**TSJ Canarias, Sala de lo Social, Sentencia 192/2022, 17 Feb. Rec. 1821/2021.**



#### 14. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

##### **Despido basado en pruebas obtenidas en un registro ilícito de un maletín olvidado por la empleada: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas?**

Cuando una prueba es ilícita, no puede ser tenida en cuenta en el procedimiento de despido disciplinario. En este caso la imputación de la falta se basa en el registro no consentido de un maletín que la directora de departamento de la empresa demandada había dejado olvidado en un establecimiento de hostelería y que, tras ser devuelto a la empresa, fue registrado por dos empleadas de ésta.

Cuestionado si el registro de un maletín personal de la trabajadora vulnera su derecho fundamental a la intimidad, el análisis debe hacerse desde el punto de vista de la relación laboral en la que acontece la presunta intromisión y el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores contiene una habilitación a la empresa para excepcionalmente acometer ciertas injerencias en la privacidad de los trabajadores y sometida a ciertos límites: que el registro sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, que se realice dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, que se respete al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se haga en presencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que sea posible.

Pues bien, en este asunto falta la causa justificativa del registro, no era necesario para proteger el patrimonio empresarial o el de los demás compañeros de la empresa, pues el acceso inicial al contenido del maletín se produjo sin mediar ninguna orden de la empresa, sino por una decisión “*motu proprio*” de la empleada que recibió el maletín en la empresa. Ella desconocía en ese momento quien era el propietario del maletín, pero este desconocimiento no legitimaba el acceso a su contenido ni con la finalidad de identificar a su propietario, ni con la finalidad de comprobar lo que había dentro.

Insiste el Tribunal en que únicamente sería legítimo el acceso al contenido de este objeto privado si la identificación del propietario o la comprobación del contenido fuera algo necesario para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores de la empresa.

Es cierto que tras abrir el maletín las empleadas vieron que contenía documentos de la empresa y avisaron al secretario general, quien acordó un registro ajustado a lo establecido en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Y dado que en la empresa no hay representación legal del personal, intervino otra trabajadora diferente a las que hasta ese momento eran las dos conecedoras de los hechos. Por tanto, la necesidad de abrir el maletín para comprobar si era necesario proteger el patrimonio empresarial ha surgido después de la inspección ilegítima, por lo que ya ha “*empozoñado*” con carácter previo la legitimidad del posterior registro.

Aunque la trabajadora que lo inspeccionó manifiesta que lo abrió de buena fe para comprobar su contenido a la luz de las dudas que le surgieron (quien se lo entregó afirmó que era un portátil, y al tacto se podía comprobar que no lo era, lo que le llevó a abrirlo), esta ausencia de ánimo de vulneración de un derecho fundamental no purifica el acceso que, en ese momento inicial, no se encontraba avalado por la habilitación contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores.

En palabras del propio tribunal: *“Ese simple desconocimiento no legitimaba el acceso a su contenido pues no existía ni la más mínima sospecha de que hubiera un incumplimiento contractual por quien fuera propietario del maletín, ni tampoco concurría ninguna otra circunstancia que, por las causas legalmente establecidas de protección del patrimonio empresarial o de los trabajadores, justificase el acceso”*.

No obstante, lo anterior, el TSJ considera que el despido no puede calificarse como nulo, sino como improcedente. La razón es que no existió ánimo de vulneración de derechos fundamentales en la obtención de las pruebas ilegítimas. La decisión de despedir nace de la constatación de unas irregularidades y de la identificación de la trabajadora gracias al registro del maletín, prueba que entiende que presenta una apariencia formal de ajuste a la legalidad, y cuya ilicitud es contaminación de la ilicitud del acceso inicial al maletín, que ni fue buscado por la empresa, ni obedeció a un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora implicada.

En suma, la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante. La decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, por lo que en la medida en que la decisión de despedir no busca el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora, ni dicho efecto se produce, la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, que debe ser calificado como improcedente. Por ello la indemnización por daños y perjuicios no puede ser de 60.000 € como solicitaba la trabajadora, sino de 6.000 € (infracción muy grave en el grado mínimo).

**TSJ Galicia. Sala de lo Social. Sentencia nº 925/2023 de 9 de febrero. Rec. nº 2191/2022.**

## **15. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**La empresa no puede reclamar a su empleado los gastos del detective contratado para despedirle ... si bien hay otras sentencias que sí han estimado esta reclamación.**

Un trabajador despedido disciplinariamente no tiene por qué sufragar los gastos de la factura del detective contratado por la empresa para acreditar los incumplimientos contractuales en que incurrió durante su baja laboral y que posteriormente sirvieron para justificar el despido.

Tras despedir a su empleado, la empresa de este caso le reclamó la cantidad de 3062,27 euros en concepto de perjuicios económicos. Pero él no fue responsable de tal gasto. Y aunque pudiera haber incurrido en dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, es al empresario a quien corresponde adoptar la decisión de despido y siendo de su cargo acreditar la veracidad de los hechos imputados es él quien decide los medios probatorios oportunos, por lo que si eligió contratar a un detective para la observación del trabajador durante más o menos días, solo al empresario le corresponde el pago de estos servicios, no pudiendo repercutirlo en el trabajador despedido.

Sugiere la sentencia que la empresa podía haber optado por otros medios probatorios más económicos para acreditar los incumplimientos del trabajador, como por ejemplo testigos. Y por ello la factura del detective no fue consecuencia de incumplimiento alguno del trabajador y como tal no se le puede imputar como daño a resarcir.

El trabajador ya “pagó su culpa” – indica literalmente la sentencia que comentamos - con el despido disciplinario sin indemnización y sin salarios de tramitación, y con esta consecuencia, saldó su responsabilidad contractual.

Es remarcable destacar que contraria a esta decisión encontramos la sentencia de 18 de junio de 2020 del TSJ de Andalucía que en un caso muy similar al presente dio la razón a una empresa y estimó su demanda condenando al empleado que había estado trabajando como disc jockey durante una baja laboral, al pago de los gastos de burofax, gastos de notario y del detective privado que siguió al trabajador. Incluso reconoce también los gastos de la asistencia letrada en que incurrió la patronal.

**TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 71/2023, de 13 de febrero. Rec. nº 521/2022.**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social.*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral  
Email: ortegaf@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Jorge Barbat Soler  
Email: jbarbat@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Raül Sala Cuberta  
Email: rsala@ortega-condomines.com*