



CIRCULAR LABORAL 39/2023

2 de noviembre de 2023

## RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: NOVIEMBRE 2023.

### 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA.

#### **El derecho a vacaciones retribuidas no puede verse mermado en caso de despido nulo.**

El trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, porque si bien durante este tiempo no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario, no lo fue por causa imputable al trabajador.

El TJUE declara que un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, no puede perder su derecho a vacaciones anuales retribuidas por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, porque si bien durante este tiempo no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario, no lo fue por causa imputable al trabajador.

El derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede interpretarse de manera restrictiva al ser el trabajador la parte débil de la relación laboral por lo que se deben articular medidas que impidan que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos.

Es irrelevante, a efectos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que la cuantía de la compensación financiera que el Derecho nacional prevé que se abone al trabajador despedido ilícitamente por el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, se corresponda, en principio, con el salario medio que dicho trabajador percibía, puesto que dicha compensación financiera tiene como finalidad compensar al trabajador por la retribución no percibida como consecuencia del despido ilícito y el derecho a vacaciones no queda colmado con esta compensación.

El TJUE es tajante a la hora de afirmar que el período comprendido entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, como consecuencia de la anulación del despido, debe asimilarse a un período de trabajo efectivo a fin de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas.

Y aclara que aunque los Estados miembros pueden establecer los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, lo que no es posible es supeditar a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

**TJUE. Sala Sexta. Sentencia de 12 de octubre de 2023. Asunto C-57/2022.**

## **2. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA.**

**Despidos colectivos: informar a cada trabajador individualmente no es una obligación mínima de la Directiva 98/59.**

Los intereses de los trabajadores individualmente considerados pueden no estar en consonancia con los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto.

Si los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo no han designado representantes, - porque no están obligados a ello-, una forma de garantizar la plena eficacia de las disposiciones de la Directiva 98/59 en aras a la debida protección de los trabajadores, permite que el empresario informe y consulte directa e individualmente con los trabajadores.

Y ello es así porque que las disposiciones de la citada Directiva, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, no imponen al empresario la obligación de informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados por un proyecto de despido colectivo en los casos de falta de representantes de los trabajadores.

Una cosa es que la Directiva 98/59 obligue a los empresarios que tengan la intención de efectuar despidos colectivos a consultar a los representantes de los trabajadores sobre las posibilidades de evitar o de reducir el número de estos despidos colectivos o de atenuar sus consecuencias, y otra que se obligue a dar información y consulta individual, porque los intereses de los trabajadores individualmente considerados pueden no estar en consonancia con los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto y, los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimidad para intervenir en nombre de los trabajadores en su conjunto.

Informar a cada trabajador considerado individualmente no puede considerarse una obligación mínima establecida por la señalada Directiva - expone la sentencia.-

Y aunque la Directiva 98/59 no tiene por objeto armonizar las modalidades y los procedimientos de designación de la representación de los trabajadores en los Estados miembros, no impone tal obligación a los trabajadores, y en todo caso, corresponde a los Estados miembros garantizar el efecto útil de las disposiciones de la Directiva, lo que deberán hacer adoptando todas las medidas oportunas para que se designe a los representantes de los trabajadores y cerciorarse de que los trabajadores no se encuentren en una situación en la que, por motivos ajenos a su voluntad, se les impida designar a esos representantes.

Lo que el órgano interno debe examinar es si las disposiciones del Derecho que regulan la designación de los representantes de los trabajadores y que limitan la duración del mandato de a dos años pueden interpretarse, cuando en la práctica resulte imposible, por razones no imputables a los trabajadores, designar nuevos representantes, en el sentido de que garanticen la plena eficacia de la Directiva 98/59.

**TJUE. Sala Séptima. Sentencia de 5 de octubre de 2023. Asunto C-496/22.**

### **3. TRIBUNAL SUPREMO.**

**La empresa no vulnera el derecho a la libertad sindical al sustituir el correo electrónico por una app para distribuir información.**

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

La Sala Social ha desestimado un recurso de UGT, que consideraba lesionado su derecho a la libertad sindical por la decisión de una empresa proveedora de servicios farmacéuticos, *Alliance Healthcare España, S.A (Alliance)*, con unos 1.200 empleados en toda España, de decantarse en 2020 por la app como medio de comunicación de información sindical general frente al correo electrónico.

El Alto Tribunal analiza y aplica en la resolución la doctrina constitucional y del propio Supremo sobre el uso sindical de las herramientas informáticas de la empresa, y, de acuerdo con la Fiscalía, ratifica la decisión desestimatoria de la demanda adoptada en primera instancia por la Audiencia Nacional. A este respecto, se concluye que, de conformidad con la doctrina constitucional, la remisión de informaciones o comunicados a sus afiliados y a la generalidad de la plantilla es una manifestación de la libertad sindical, y la empresa debe permitir a los sindicatos utilizar a esos efectos, si lo posee, el sistema de comunicación electrónica con sus empleados. Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, sino que caben restricciones, que deben justificarse, derivadas de sobrecostes, perturbación de la actividad productiva u otras.

La carga que pesa sobre la empresa no debe llegar al extremo de obligarle a mantener determinado sistema de comunicación electrónica, pero sí a justificar las restricciones impuestas”, señala el Supremo, que recuerda que la Audiencia Nacional ha concluido que el nuevo medio de comunicación (la App) compite ventajosamente con el anterior.

El Alto Tribunal también comparte otros cuatro motivos explicados por la Audiencia para dar por cumplido ese deber de justificación: (i) los cambios tecnológicos normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales; (ii) no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; (iii) las funcionalidades de la app compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores; y (iv) ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos.

A ello añade el Supremo que no se ha acreditado, ni enjuiciado, que exista una restricción o impedimento para que el sindicato realice envío de correos electrónicos personalizados.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 545/2023 de 12 de septiembre de 2023.**

#### **4. TRIBUNAL SUPREMO**

##### **El corte de luz o la caída de la red durante el teletrabajo no puede repercutirse en el empleado**

Manifiesta el Supremo que los trabajadores no tienen que recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en su salario siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio. Tampoco puede computar como descanso el necesario para ir al aseo para atender sus necesidades fisiológicas.

El tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no puede ser de peor condición que las del trabajo presencial y por ello, si los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo no conlleva que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario, tampoco puede afectar a quienes prestan sus servicios desde casa, a distancia.

Es irrelevante que los suministros no los tenga concertados el empleador pues existe la posibilidad de aportarse por el trabajador justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia.

La normativa en materia de teletrabajo siempre ha establecido que el empresario debe adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible, facilitando los medios oportunos para atender la actividad laboral y si esos medios no pueden solventar aquellas incidencias que, ajenas a la voluntad del trabajador, le impiden seguir trabajando, no puede el empleador repercutir sobre él la imposibilidad de trabajar. Además, existen mecanismos para corregir esas posibles desconexiones como un sistema de alimentación ininterrumpida (SAI) o conexiones alternativas.

Por ello, si dentro de la jornada prestada en teletrabajo surgen incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa debe computar como tiempo de trabajo efectivo todo el tiempo de la desconexión, sin que los trabajadores deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando justifiquen la realidad del corte de suministro.

Avala también el Supremo otra petición de este colectivo especial de Call Center relativa al tiempo que utilizan para ir al baño durante la jornada laboral y es que, en todas las plataformas de la empresa, excepto en una de Málaga, cuando un trabajador se desconecta para atender sus necesidades fisiológicas e ir al aseo, debe imputar dicha pausa bien al tiempo dedicado a la comida, bien a la pausa de descanso visual (PVD).

Pues bien, no es cuestionable el derecho del personal al uso del lavabo para atender sus necesidades por el tiempo imprescindible, y como tal, es de correlativa obligación que la patronal registre estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.

El sistema de registro de jornada general no permite registrar pausas en situaciones imprevisibles como puede ser la de ir al aseo, porque puede vulnerar la dignidad del trabajador e incluso podría constituir trato discriminatorio respecto de las personas de más edad en relación con los jóvenes.

En definitiva, la empresa podrá organizar todo lo relativo a la actividad laboral, pero no disponer y regular unas exigencias y necesidades físicas del trabajador que son imprevisibles, es decir, podrá irse al baño durante los descansos, pero también puede ser necesario en cualquier otro momento durante la atención al servicio, sin que ello afecte a otro tiempo de descanso o pausa de que dispone el operario.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 565/2023, de 19 de septiembre. Rec. nº 260/2021.**

## **5. TRIBUNAL SUPREMO**

### **La mera sospecha es suficiente para recurrir a un detective**

La Ley 5/2014 de Seguridad Privada, salvaguarda el derecho a la intimidad cuando diseña las obligaciones de los detectives, y en este asunto se puntualiza que la referencia de dicha ley al respeto de los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad alcanza a los informes realizados por los servicios de investigación privada, pero para su contratación no se requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios. Esto no es lo determinante a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba de detectives en el ámbito laboral.

Una vigilancia acordada con cobertura en las facultades de dirección no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad del trabajador ni a su intimidad personal si está realizada con todas las garantías y no se ha efectuado en ámbitos privados o familiares.

Yerra la Sala de suplicación al entender que, por no venir avalado el seguimiento de detective por otros elementos probatorios, falta el presupuesto que justificaría la contratación de un detective privado. Por eso en la instancia se declara nulo el despido, porque entienden que la prueba es ilícita. Pero según el alto tribunal, nada más lejos de la realidad.

Las facultades empresariales de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales del empleado deben ejercitarse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores. Esto es una premisa básica. Pero la clave del juicio de ilicitud de la prueba no reside en la causa o motivo que la soporta y, por ello, la concurrencia de ligeras sospechas, de meros indicios o de indicios relevantes no determinan la licitud o ilicitud de la prueba en sí misma considerada. Exigir al empresario que quiere comprobar que su trabajador cumple o no, que tenga indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la propia investigación posterior del detective.

Ahora bien, cuestión distinta es la valoración del informe del detective. El informe del detective privado no es realmente un documento, sino la plasmación por escrito de la prueba testifical sobre hechos observados por quien lo firma. Es una prueba testifical que los tribunales pueden valorar libremente, en función del conjunto de circunstancias concurrentes tanto desde el punto de vista de la legalidad de su intervención como desde el de la credibilidad de sus manifestaciones, y en el caso, no alcanza a acreditar los incumplimientos imputados al trabajador en la carta de despido que por ello se declara improcedente.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 551/2023 de 12 de septiembre. Rec. nº 2261/2022.**

## 6. TRIBUNAL SUPREMO

**El Supremo declara la vinculación del salario mínimo interprofesional a los representantes de comercio por cuenta ajena.**

El Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del SMI, lo define como una garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena con expresa remisión a «las relaciones laborales de carácter especial», y como relación especial que es la de los representantes de comercio o análogas.

El Supremo modifica su doctrina, contenida en la STS 24 de febrero de 1983, que rechazó que a los representantes de comercio les resultara de aplicación la común normativa sobre salarios mínimos, y ahora adaptándose a la reciente Directiva 2022/2041, de 19 de octubre de 2022, declara que los salarios mínimos, adecuados al Derecho de la Unión, son aplicables a «para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios».

Bastaría ya con invocar la Directiva (UE) 2022/2041 como expresión de la relevancia que el derecho de la Unión Europea atribuye al salario mínimo, pero, además, y en íntima conexión con el artículo 27 ET, sobre salario mínimo interprofesional, está el derecho a la remuneración suficiente ex artículo 35.1 CE.

Además de en la Directiva, la Sala de lo Social se apoya en que el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional, lo definió como una garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena con expresa remisión a «las relaciones laborales de carácter especial», y como relación especial que es la de los representantes de comercio o análogas, el artículo 12 del RD 1438/1985 dispone que son aplicables en el ámbito de la relación laboral especial los derechos y deberes laborales «básicos» reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores, lo que como ya dijera el Supremo no constituye propiamente una declaración de supletoriedad.

El artículo 12 RD 1438/1985 «no impone» la íntegra aplicación supletoria del ET, sino únicamente la aplicación de los derechos y deberes laborales «básicos» reconocidos en el ET.

Y con todo ello llega a la conclusión de que, en la medida en que, entre los derechos básicos que prevé este artículo 12 RD 1438/1985 está el de percibir la remuneración «legalmente establecida», está la noción de remuneración legalmente establecida presupone lógicamente el obligado respeto a la cuantía del salario mínimo interprofesional.

El salario mínimo interprofesional sí se aplica a la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas, y en particular, se aplica el SMI al cálculo de la indemnización por despido improcedente, - concluye el Supremo-.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 725/2013 de 10 de octubre de 2023. Rec. nº 4537/2022.**

## 7. TRIBUNAL SUPREMO

**No cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en proceso de MSCT aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3000 euros como consecuencia de los perjuicios salariales derivados de la decisión empresarial cuestionada**

Una interpretación amplia o flexible de las normas procesales, usualmente reclamada por la necesidad de dispensar adecuada tutela judicial efectiva a quienes litigan no puede trasladarse, sin más, a las exigencias para acceder a un recurso extraordinario, como es el de suplicación. Sencillamente, porque también está en juego la tutela judicial a la parte que ha obtenido ya una respuesta judicial satisfactoria y desea que la misma alcance firmeza lo más pronto posible.

El artículo 138.6 de la LRJS establece una regla general (que contra la sentencia no procederá ulterior recurso) y varias excepciones (supuestos en los que sí se admite la suplicación. Las tres excepciones establecidas omiten cualquier referencia a supuestos como el presente (MSCT de carácter no colectivo). Por tanto, el silencio, y la interpretación *contrario sensu*, abocan a considerar que si no se ha incluido determinada hipótesis es porque al LRJS ha querido que juegue la regla general.

De manera más específica, sucede que entre las excepciones expresamente establecidas aparece la referida a las sentencias dictadas en supuestos *"de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto"*. Por tanto, no cabe pensar en ambigüedad o desliz legislativo de ninguna clase: la norma ha querido excepcionar de la regla general solo determinado tipo de asuntos cuando se litiga al hilo de una MSCT. Iría contra la ordenación procesal diseñada por la norma el que se admitiera el recurso en supuesto de MSCT de carácter individual que no tuviera encaje en alguna otra de las excepciones establecidas.

Por otro lado, el artículo 191.2 e) de la LRJS parte de la imposibilidad de recurrir ante la correspondiente Sala de lo Social del TSJ la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en los litigios *"de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo"*. Acto seguido, también, excepciona el criterio para abrir las puertas del recurso *"cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto"*. Parece incuestionable que nuevamente ha querido la norma dejar fuera del acceso al segundo grado a los litigios sobre MSCT de alcance individual (como el presente) o plural.

El art. 138.7 LRJS se plantea las consecuencias de la sentencia estimatoria de la demanda, por ser injustificada la MSTC, y alude tanto a la reposición en las condiciones precedentes cuanto al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Si el legislador hubiera querido que el monto de ese detrimento patrimonial fuera tenido en cuenta para posibilitar el recurso lo habría decidido de manera expresa. Si el legislador hubiera querido que el umbral económico de esos daños y perjuicios fuese el criterio para determinar la recurribilidad habría omitido la inclusión de las sentencias sobre MSCT en el listado de las inicialmente irrecurribles, pues nada nuevo se estaría disponiendo.

El artículo 26 LRJS no permite acumular a una acción de MSCT otra de reclamación salarial. Esa consideración sirve para descartar que fuera posible admitir la suplicación por la vía de una interpretación extensiva sobre la posibilidad abierta en el final del art. 138.6 de la LRJS. Si no es posible acumular una reclamación salarial al litigio de MSCT tampoco puede proyectarse sobre estos litigios la previsión de referencia.

Por tanto, la excepción (posible recurso) que abre el artículo 137.6 tiene sentido para los litigios que admiten la acumulación de acciones, como los de clasificación profesional, pero no en los carentes de esa posibilidad, como los de MSCT.

En conclusión, no cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3.000 € derivada de aplicar la decisión empresarial impugnada. Se modifica la doctrina sentada por la Sala en cuanto que permitía la suplicación atendiendo a la cuantía de los daños y perjuicios provocados por la decisión empresarial cuestionada. Pleno.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 14 de septiembre de 2023. Rec. nº 2589/2020.**

## **8. TRIBUNAL SUPREMO**

### **Las extinciones de mutuo acuerdo también computan en los umbrales que obligan a realizar un despido colectivo (ERE)**

Entiende el Alto Tribunal que, aunque en una extinción de mutuo acuerdo concurre la libre voluntad del trabajador, tales extinciones tienen su causa y origen en la iniciativa del empresario, en el marco y el contexto de la reducción de plantilla.

La sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 25 de octubre de 2022, acoge la demanda interpuesta por el sindicato FESIBAC-CGT y declara la existencia de un despido colectivo tácito o de hecho, llevado a cabo por la empresa principal en el periodo comprendido entre el 2 de abril y el 1 de julio de 2022, a la que condena a estar y pasar por esa declaración, al igual que a otra entidad codemandada.

Califica como nulo el despido de los 20 trabajadores afectados y declara vulnerado el derecho de libertad sindical del sindicato demandante en su vertiente del derecho a la negociación colectiva, condenando solidariamente a ambas empresas al pago de una indemnización de 1.000 euros, sin condenarlas en cambio a la readmisión de los trabajadores afectados, porque 15 de ellos han llegado a un acuerdo con la principal para extinguir la relación laboral con el pago de una indemnización, y otros 5 continúan prestando servicios en la codemandada sujetos a condiciones retributivas superiores a las que tenían en la principal, declarando en este extremo el derecho de los mismos a ser reincorporados a sus puestos de trabajo.

La empresa principal recurre y el Alto Tribunal desestima el mismo al entender que las extinciones de mutuo acuerdo computan a efectos de los umbrales que obligan a una empresa a recurrir al despido colectivo (ERE). Por lo tanto, existió, efectivamente, despido colectivo.

En el caso concreto enjuiciado, razona el TS que las extinciones de mutuo acuerdo no se producen de manera aislada, individualizada y absolutamente al margen de otras resoluciones contractuales, sino dentro del mismo periodo de 90 días en el que la empresa ha procedido unilateralmente a despedir a otros trabajadores, en el marco de un proceso de reestructuración de la plantilla previamente anunciado e iniciado con aquella comunicación de 15 de julio de 2021.

Mediante este proceso, la empresa hace saber su intención de eliminar una parte del negocio, derivar algunas de sus funciones a los servicios centrales de B y reducir en consecuencia su personal, ofreciendo a los trabajadores la posibilidad de extinguir sus contratos para incorporarse a esa otra empresa.

En aplicación de esa política de reducción de efectivos se produce el reiterado goteo de extinciones de la relación laboral iniciado en el año 2021, que da lugar al anterior proceso de despido colectivo que se encuentra pendiente de la resolución de recurso de casación ante esta Sala, y en ese mismo marco contextual tienen lugar estas 7 extinciones de contratos de trabajo.

Aunque tales extinciones puedan calificarse formalmente como un cese por mutuo acuerdo, no por ello deben quedar excluidas del cómputo, cuando el art. 51.1 ET obliga tener en cuenta todas las producidas en el periodo de referencia «... por iniciativa del empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores...». La finalidad de este precepto y de la Directiva que transpone, es la de garantizar que las extinciones de contratos de trabajo que se producen en un determinado periodo de tiempo se sometan a un procedimiento específico de control, supervisión y negociación con los representantes de los trabajadores, cuando la pérdida de empleo supera el límite de esos umbrales que fija la propia normativa.

Y ésta es la razón, señala el TS, por la que incluye en ese cómputo cualquier extinción contractual que tenga su origen en la iniciativa del empresario, cuando es de al menos cinco y no obedece a causas inherentes a la persona del trabajador, entre las que por lo tanto deben incluirse las que pudieren plasmarse en el mutuo acuerdo de las partes, pero que han surgido sin duda a iniciativa del empresario por enmarcarse en el contexto de una reducción global de plantilla en el que se ofrece a los trabajadores la voluntaria posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en determinadas condiciones. Es cierto, reconoce la sentencia, que en esta clase de extinciones converge la voluntad del trabajador y no hay razones para apreciar la concurrencia de posibles vicios del consentimiento, pero, no lo es menos, que surgen de la iniciativa del empresario que ha puesto en marcha diferentes mecanismos de reducción de plantilla, entre los que ofrece a los trabajadores la posibilidad de acogerse a la voluntaria extinción de la relación laboral.

Distinto sería, señala la sentencia, en el supuesto de haberse producido de manera aislada, totalmente desvinculadas de cualquier contexto de reducción de plantilla, fuera del marco y al margen de esos periodos sucesivos de 90 días que hayan de tenerse en consideración para valorar la existencia de un posible despido colectivo, lo que no es el caso de autos. Pues bien, en este caso, la suma de las 7 extinciones de la relación laboral de mutuo acuerdo, más los 8 despidos conciliados por la empresa en ese mismo periodo de 90 días, superan en este caso los umbrales legales y es por sí solo suficiente para entender que efectivamente existe un despido colectivo de hecho, como bien concluye la sentencia recurrida.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 19 de septiembre de 2023.**

## 9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

**El directivo despedido por realizar pagos indebidos que ocasionaron grandes pérdidas a la empresa debe cobrar el bonus de objetivos.**

La Sala califica de absoluta negligencia la actuación del directivo despedido el haber ejecutado nada menos que 59 transferencias por importe de más de 23 millones de euros, vulnerando numerosas normas internas de la empresa y que han causado un cuantioso perjuicio, sin haber realizado ninguna mínima comprobación para intentar cerciorarse de que se trataba de una operación verdaderamente ordenada por el CEO del grupo.

A pesar de que los destinatarios de las transferencias iban cambiando y las operaciones carecían de soporte documental, realizó actos de falsedad para dotarlas de soporte y ocultar la realidad a efectos contables, hasta que el Banco le alertó del posible fraude. Defiende su papel de víctima del fraude, pero como acertadamente dice el Juzgado de lo Social, no toda actuación está justificada, por más que las órdenes vengan del máximo responsable del grupo, máxime cuando supone faltar a los principios y deberes propios de su cargo como director.

Ante la gravedad de su incumplimiento, es procedente el despido disciplinario, y la empresa cuestiona si resulta de aplicación una cláusula en el contrato conforme a la cual, el trabajador tendría derecho a un bonus del 30% de su salario anual fijo por el cumplimiento de los objetivos previstos.

Es doctrina del Supremo que una disposición como la de este asunto por la que se establezca que el devengo de los objetivos está supeditado a que el trabajador permanezca de alta en la empresa el 31 de diciembre (sin más), no puede impedir que el trabajador que haya sido cesado antes de dicha fecha perciba la parte proporcional del bonus que haya devengado, incluso en caso de que el cese se haya producido por despido disciplinario declarado procedente.

Y aunque la empresa no hubiera comunicado los objetivos al trabajador, como ha sucedido en este caso, ello no afecta a su derecho a percibir la retribución variable, porque se trata de una condición cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad de la patronal, lo que implica que es nula, y esta nulidad tiene el efecto de que el pacto de retribución variable es exigible desde la fecha de su entrada en vigor.

Por ello, el TSJ confirma el derecho del trabajador despedido precedentemente al bonus en la cantidad equivalente al 30% de su salario fijo, en proporción al periodo de trabajo en la empresa durante dicho año, y estima el recurso solo para corregir los cálculos de esta retribución variable.

**TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 4439/2023 de 10 de julio. Rec. nº 7539/2022.**

## 10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **El trabajador puede cambiar de residencia, pero no imponer el teletrabajo después**

Aprovechando la circunstancia de que con el COVID-19 se pudo teletrabajar, la empleada se trasladó a otra residencia distante en 500 km. del domicilio de la empresa sin autorización ni comunicación. Ahora no puede imponer el trabajo a distancia porque el derecho al traslado no está contemplado dentro de las medidas para la conciliación familiar del art. 34 ET.

El legítimo derecho que toda persona tiene a establecer su domicilio en el lugar que estime más conveniente para sus intereses personales y/o familiares no puede llevarse al extremo de exigir a la empresa el teletrabajo al 100% de la jornada. La trabajadora, sabiendo que su lugar de trabajo era Madrid, decidió - en una situación totalmente excepcional y temporal motivada por la pandemia - cambiar su domicilio familiar, creando una circunstancia que ahora pretende que su empresario acepte para perpetuar un sistema laboral que no consta fuera consensuado y con un criterio de permanencia.

Una situación previa de teletrabajo no puede ser considerada como vinculante, ni genera un derecho a mantenerlo indefinidamente, máxime cuando en este caso obedeció a una fuerza mayor.

La sentencia critica que la petición de la trabajadora no está vinculada a una mejor conciliación de la vida familiar con la laboral (para la que ya tiene concedida una reducción de jornada), sino al hecho de que quiere desarrollar su actividad profesional en una localidad distinta de aquella en la que tiene su sede la empresa, pretendiendo una especie de derecho al traslado que no está contemplado dentro de las medidas del citado art. 34 ET.

Frente al derecho que invoca la trabajadora, también deben tenerse en cuenta las necesidades organizativas de la empresa que, como ya se ha indicado, tiene su centro de trabajo en Madrid, como también debe tenerse en cuenta que la trabajadora es la única de su departamento que tiene que relacionarse con otros compañeros de la empresa, que requieren de un trato personal para poder tratar los problemas y reuniones.

La compañía ha probado la necesidad de trabajo presencial, al menos en parte, por la interacción entre los trabajadores, la mayor productividad y la mejora en la conexión técnica. De hecho, la empresa le ha ofrecido que los lunes o los viernes teletrabaje para que así pueda desplazarse a su residencia durante tres días consecutivos, pero se niega a que el teletrabajo alcance a toda la jornada laboral.

Incluso los buenos resultados del departamento durante el tiempo en que se estuvo teletrabajando por causa de la pandemia, - que coincidió con una restricción importante de la movilidad de las personas y de las relaciones presenciales-, no es motivo suficiente para perpetuar esta situación indefinidamente o hasta cuando el menor de sus hijos alcance la edad

de 12 años. No puede asegurarse que esa mejora significativa de la productividad no fuera aún mejor de estar integrada físicamente la trabajadora en el departamento, junto con sus otros compañeros.

**TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 460/2023 de 30 de Junio de 2023. Rec. nº 755/2022.**

## 11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

### **La empresa no puede obligar a los trabajadores a pasar de fijos continuos a fijos discontinuos**

Insiste el TSJ en que la conversión de un contrato fijo continuo en fijo discontinuo solo puede realizarse por acuerdo individual, sin que pueda imponerse por acuerdo colectivo, y menos aún por decisión unilateral de la empresa. Ni siquiera a través de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La conversión de un contrato fijo continuo en un contrato fijo discontinuo se somete al principio de voluntariedad con el efecto de que el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido.

El trabajo fijo discontinuo es un contrato laboral atípico porque no garantiza trabajar durante la jornada anual completa y en el que es habitual establecer ciertas garantías asociadas al principio de voluntariedad, precisamente dirigidas a evitar que esa contratación sea impuesta por la empresa; y aunque ni antes ni después de la Reforma laboral de 2021, se establecen en el art. 16 ET, que es la sede normativa donde se regula la contratación fija discontinua, unas tales garantías, si se contemplan en el Derecho de la Unión Europea, que equipara a un trabajador fijo discontinuo a un trabajador a tiempo parcial en los términos definidos en la cláusula 3ª, apartado 1, de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15.12.1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y extiende sus garantías.

El trabajador no puede ser despedido por su negativa a la conversión, con lo cual, el despido es improcedente. Pero sí puede ser despedido objetivamente cuando, subyacentes a la oferta empresarial de conversión, existan causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Aunque la Sala se cuestiona si el despido podría ser nulo por devenir como represalia ante la negativa del trabajador a la conversión de su contrato, en el caso, se da la particularidad de que ha quedado probada la existencia real de causas económicas porque la empresa procedió al cese de su actividad lo que hace imposible el mantenimiento de los contratos y existía de un expediente de regulación de empleo que no fue cuestionado por sus causas, sino por sus efectos sobre los contratos, y ello permite corroborar la realidad de lo que la empresa afirma de una arada de actividad por ausencia de contrataciones pues, al no poder dar ocupación efectiva de manera continua a su personal, interrumpió la producción dado el elevado coste de mantenerla y la falta de continuidad en los pedidos, y ello descarta la nulidad del despido.

**TSJ Galicia. Sala de lo Social. Sentencia nº 3926/2023, de 15 de septiembre. Rec. nº 2042/2023.**

## 12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

### **Futbolistas profesionales que sufren una lesión grave con más de 30 años. La edad no puede ser un elemento determinante para denegar el acceso a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual**

No cabe duda de que el actor, sin perjuicio de que es mayor de 30 años, no puede verse privado por razón de la edad de la posibilidad de continuar su vida profesional deportiva, de lo que se ve apartado por razón de una lesión que le produce importantes limitaciones funcionales y que, si bien no le impiden el ejercicio de otro tipo de actividad que no precise de un importante componente físico, sí que le impide la actividad de futbolista, que era la profesión que tenía el demandante cuando sufre la lesión y las limitaciones, pues esa actividad requiere de la flexo extensión de ambas rodillas y no es apto para sobrecargas de la rodilla derecha, que son necesarias en ambas piernas, pues esa merma no le permite, en condiciones de eficacia y continuidad, su ejercicio.

Además, no se cuestiona que el demandante sea futbolista profesional, ni que cuando sufre el accidente de trabajo ejercía dicha profesión, ni tampoco cuando interesó el reconocimiento de la incapacidad permanente total, además de ser la profesión que consta ejercida de forma más prolongada (en el caso, no consta que haya ejercido otra).

Partiendo de ello, ha de discreparse de la solución dada por la sentencia recurrida en razón exclusivamente a la edad del actor de 32 años, que presupone finalizada su vida profesional activa por esta circunstancia y no por causa de la incapacidad física, ya que (como señala la STS de 20 de diciembre de 2026, rec. núm. 535/2015) no existe norma alguna que exija, para el acceso a la incapacidad permanente total, que se sea futbolista de élite, con exclusión de los que ejercitan su profesión a una edad superior a los 30 años. Resulta de todo punto razonable que se pueda ejercer la profesión de futbolista pasada la treintena, lo que comporta que se deba reconocer el grado de invalidez pretendido de incapacidad permanente total.

**STSJ de Murcia. Sala de lo Social. Sentencia de de 23 de mayo de 2023. Rec. nº 162/2022.**

---

*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*