



CIRCULAR LABORAL 13/2022

4 de julio de 2022

## **RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: JULIO 2022.**

---

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

**Un consejero de una sociedad que a la vez es contratado como director – ¡cuidado!, la sentencia no se refiere a un director general - mantiene una relación laboral**

Mucho revuelo ha causado esta reciente sentencia del TJUE en un asunto que en nuestro país siempre ha tenido ciertas “aristas”. Me estoy refiriendo a la denominada “teoría del vínculo” en los casos en que un alto directivo, básicamente un director general, de una sociedad, sujeto a una relación laboral especial, asume funciones de miembro del consejo de esa misma entidad para la que presta servicios. En estos supuestos, y como ya hemos comentado en anteriores Circulares, comentando resoluciones relativas a esta misma materia, la relación societaria/mercantil “absorbe” la relación laboral especial y, por lo tanto, esa persona no está sujeta a relación laboral con su empleadora.

De una inicial lectura de la sentencia parece que arremete en “toda la línea de flotación” de la citada teoría. Pero si leemos con detalle los denominados “hechos del litigio principal y cuestión prejudicial” de la sentencia, advertiremos como la persona en cuestión realizaba labores de dirección de arquitectura y posteriormente de dirección comercial, obras y proyectos. Es decir, no nos encontramos ante el director general de la sociedad, sino ante un directivo sometido a una relación laboral ordinaria que, a su vez, formaba parte del consejo. En este caso, y en nuestro país, no operaría la “teoría del vínculo” y esa persona mantendría su relación laboral con independencia de esa vinculación complementaria de carácter societario. Por ello, es necesario huir del titular o resumen rápido de sentencias y bajar al núcleo de la resolución.

Entrando propiamente en los razonamientos jurídicos de la sentencia que comentamos, y una vez hemos realizado esas aclaraciones previas y necesarias, en la misma el tribunal europeo no ve lícito que, quien con un contrato de trabajo válido con arreglo al derecho de su país y ejerce de forma acumulativa las funciones de director -recordar que no estamos ante el director general- y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil, no pueda ser calificado de trabajador asalariado por esta sola circunstancia a los efectos de poder disfrutar de las garantías previstas por la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Se negaba al trabajador de este asunto el derecho a recibir las garantías previstas para cualquier empleado cuando la empresa es insolvente.

Los magistrados entienden que no se puede oponer a esta garantía del trabajador la jurisprudencia de la República Checa que se basa en una presunción irrefutable de incompatibilidad. Esta jurisprudencia nacional relativa a la acumulación de funciones sostiene que un contrato de trabajo celebrado entre una sociedad mercantil y una persona, en el que se prevé que esta acumule las funciones de miembro del órgano estatutario de la sociedad y de director de la misma, es válido a la luz del Código de Trabajo, pero añade que la persona que se encuentre en tal situación no puede ser calificada de trabajador asalariado, porque no puede ejercer sus funciones en el marco de una relación de subordinación, de modo que no existe relación laboral entre ese miembro y la mencionada sociedad. Es decir, como nuestra “teoría del vínculo” pero, si se nos permite, más agresiva o estricta por cuanto el mero hecho de participar en el consejo, aunque no tengas la condición de alto directivo/director general con responsabilidades sobre toda la sociedad sino simplemente sobre un departamento o varios específicos, excluye la condición de asalariado.

Sin embargo, en la medida en que la Directiva 2008/94 persigue una finalidad social que es garantizar un nivel mínimo de protección a todos los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, entiende el TJUE que las situaciones que la jurisprudencia checa excluye de la aplicación de su ley no están comprendidas en las excepciones previstas en el artículo 1, apartados 2 y 3, de dicha Directiva.

Si bien los Estados miembros pueden, con carácter excepcional, excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, la exclusión queda condicionada a que existan otras formas de garantía que ofrezcan a los interesados una protección equivalente. Pero en este supuesto no existe esa protección equivalente a las personas miembros del órgano estatutario de una sociedad que ejerce, además, las funciones de director de esa sociedad en virtud de un contrato de trabajo.

Por tanto, el trabajador que compatibiliza ambas funciones es un “trabajador asalariado” conforme se define en la normativa comunitaria. Es decir, se trata de una relación de trabajo que hace surgir un derecho frente al empresario consistente en exigir una remuneración por el trabajo efectuado y es por ello por lo que sería contrario a la finalidad social privar de la protección que la Directiva establece en caso de insolvencia del empresario.

Dicho de otro modo, solo porque una persona ejerce la función de director de algún departamento de una sociedad mercantil, siendo a la vez miembro del órgano estatutario de esta, no basta por sí solo para presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado.

**TJUE, Sala Séptima, Sentencia 5 May. 2022. Asunto C-101/2021.**

## **2. TRIBUNAL SUPREMO (SALA GENERAL)**

**Modificación de doctrina anterior: prohibición en convenio colectivo del prorrateo mensual de las pagas extraordinarias incumplida por la empresa. La aceptación por el trabajador exime a aquella de tener que abonarlas de nuevo en verano y navidad.**

El Alto Tribunal modifica -menos mal pues el criterio anterior era difícilmente comprensible ante un “a todas luces” enriquecimiento injusto por parte de la persona trabajadora- su doctrina anterior en un caso recurrente.

En el caso analizado, no consta oposición ninguna del actor al pago mensual prorrateado que la empresa ha venido efectuando del concepto discutido, siendo en la fecha de formulación de la demanda -tras la extinción de su relación- cuando invoca el contenido de lo establecido en convenio, suplicando un nuevo abono de las pagas conforme al mismo. El convenio prohibía el prorrateo de las pagas en las nóminas mensuales.

La conclusión inherente a esa reiterada aceptación (a lo largo de todos los meses concernidos) de retribuciones, en calidad de pagas extraordinarias, ha de ser la de la inmutabilidad en su calificación. El actor recibió las cantidades correspondientes a las gratificaciones extraordinarias mes a mes. Sentado lo anterior se estima que la vía preceptuada para canalizar las eventuales infracciones que atañen a la negociación colectiva y la tutela de la fuerza vinculante de los convenios será la administrativa, con intervención de la Inspección de Trabajo, y no la consistente en imponer una duplicidad en el pago de las gratificaciones extraordinarias.

Por tanto, percibidas pacíficamente por la parte actora a lo largo de su relación laboral las pagas extraordinarias prorrateadas, ningún crédito genera a su favor por este concepto. La aceptación y consentimiento al percibo mensual extinguió la correlativa obligación del empleador (arts. 1156 y 1126 CC) y un nuevo reconocimiento generaría un enriquecimiento injusto para el trabajador. Sobre este último instituto, esta Sala ya ha señalado que ante una duplicidad en el pago respecto de una única relación (concepto retributivo en el actual supuesto), cabría acudir al instrumento de la compensación o extinción de las deudas en la cantidad concurrente, o a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Además, la sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha reiterado al efecto que, en cuanto fuente de obligaciones, tiene su fundamento en la carencia de razón jurídica para el incremento patrimonial, de forma que cualquier título jurídico -legal o convencional- constituirá motivo

válido para la ventaja obtenida, en cuanto que lejos de producirse una atribución sin justa causa se hubiera operado en adecuada correspondencia a las relaciones vinculantes establecidas por las partes y guardando conformidad con el derecho objetivo. El exigible título aquí ha dejado de ostentarse, habida cuenta de la extinción de la obligación empresarial mediante aquel pago mes a mes de las gratificaciones extraordinarias, libremente aceptado por el trabajador.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2022. Rec. nº 1646/2020.**

### 3. TRIBUNAL SUPREMO

**Permiso por matrimonio de hijos, padres o hermanos previsto o por traslado de domicilio habitual en convenio colectivo. Como en el caso del matrimonio propio, si la fecha del enlace o del traslado es día no laborable, debe disfrutarse el primer día laborable que suceda al del hecho causante.**

Es cierto que la licencia en cuestión en el convenio colectivo de la empresa supone una mejora respecto a las fijadas en el artículo 37.3 del ET, pero ello no significa, para el Alto Tribunal, que si el día del hecho causante es un día no laborable el trabajador no tenga derecho a disfrutar del día de licencia el primer día laborable que suceda al día del hecho causante. Si los negociadores del convenio hubieran querido limitar el derecho al día en el que acaece el matrimonio, aunque fuera festivo, lo habrían consignado expresamente, lo que no ha sucedido, limitándose a establecer en el artículo del Convenio de aplicación que “... *el trabajador tendrá derecho a un día de licencia por matrimonio de hijos, padres...*”.

En cualquier caso, el precepto no señala que ese día haya de disfrutarse el día del hecho causante, por lo que no es contrario al tenor literal de la norma que se interprete que, si la fecha del hecho causante es día no laborable, se disfrute al día siguiente. El precepto disciplina la licencia señalando el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo con derecho a retribución, por lo que si el disfrute fuera un día feriado, no procedería reconocer el derecho a ausentarse del trabajo, ya que el día feriado no se acude al trabajo. Por tanto, el permiso solo tiene sentido si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese ausentarse del trabajo.

En consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario. Si el permiso no tuviera que disfrutarse en día laborable carecería de sentido que el precepto exija que la licencia se condicione a que la causa -el matrimonio- esté justificada documentalmente, ya que si es un día no laborable no procede ninguna justificación. De interpretarse en la forma propugnada por el recurrente (si el hecho causante acaece en día laborable se dará la licencia y si no cae en día laborable no hay necesidad de su uso porque nada le impide acudir a matrimonio familiar), el precepto quedaría vacío de contenido en los supuestos en los que el hecho causante acaeciera en un día no laborable.

Procede, por todo lo razonado, desestimar este motivo de recurso concluyendo, tal y como lo ha hecho la sentencia de instancia, que cuando el matrimonio de hijos, padres o hermanos, tanto del trabajador como de su cónyuge o persona en convivencia de hecho, se realice en un día no laborable, la licencia podrá disfrutarse el primer día laborable tras la celebración de dicho matrimonio. Igual solución debe darse al permiso por traslado de domicilio habitual, en el sentido de que, si se entiende que los días de licencia por esta causa han de disfrutarse en días laborables, si el día del hecho causante es festivo, el inicio del cómputo de dichos días comenzará el primer día hábil siguiente.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2022. Rec. núm. 176/2021.**

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

**El Supremo lo recuerda nuevamente: no entregar copia de la carta de despido objetivo por causas ETOP a los RLT conlleva su improcedencia por defectos formales.**

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en definir la calificación de un despido objetivo, acogido a las causas previstas en el artículo 52.c) ET (causas ETOP: económicas, técnicas, organizativas o de producción), cuando no se ha dado traslado a los representantes de los trabajadores de la carta comunicando la decisión extintiva.

La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 5 de Granada estimó parcialmente la demanda del trabajador y, tras declarar la procedencia del despido, declaró el derecho del demandante a cobrar ciertas diferencias derivadas de la cuantía de la indemnización entregada.

La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Granada- de 9 de enero de 2020, Rec. 1311/2019, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y, tras revocar, la sentencia de instancia declaró el mismo improcedente.

Argumenta la sentencia recurrida que, pese a que el representante legal tenía conocimiento de los motivos del despido y firmó la entrega de la carta al actor, no se cumplimentó la exigencia legal de entrega de copia de dicha carta al referido representante, único medio previsto legalmente para que por parte de dicha representación se tenga pleno conocimiento de las circunstancias tenidas en cuenta por la empresa para el cese del trabajador.

Razonaba la sentencia que dicho requisito formal no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores (la empresa argumentaba que los RLT tuvieron conocimiento del hecho del despido y de sus causas, estando presente en la entrega de la comunicación extintiva) sino en facilitar dicha información de una determinada forma, cual es, la entrega de copia de la carta de despido. Por ello el TSJ resuelve que el incumplimiento

de la citada exigencia legal conlleva a la declaración de la improcedencia del despido, por defectos formales, de conformidad con lo establecido en el artículo en el artículo 53.4 del ET.

El Alto Tribunal, a este respecto, recuerda, inicialmente, que ya se ha pronunciado sobre esta cuestión (STS de 18 de abril de 2007 y en la STS de 10 de febrero de 2016, Recurso Casación nº 2502/2014.) En ellas se reitera que la voluntad de la ley consiste en que se produzca la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador, lo cual no consiste simplemente en dar información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha información de una determinada forma, cual es la entrega de copia de la carta de despido.

Uno de los requisitos del despido por causas objetivas relativas a las técnicas, productivas, organizativas o económicas de la empresa establecidas en el artículo 52.c) ET consiste, precisamente, en la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores.

Su omisión, por tanto, no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa.

El artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores que regula los derechos de información y consulta del Comité de empresa -y de los delegados de personal en virtud de lo establecido en el artículo 62.2 del ET dispone en su apartado 6 que:

*“La información se deberá facilitar por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.”*

De esta forma, razona el TS, se está enfatizando la necesidad de cumplir con la exigencia formal prevista en el artículo 53.1c) ET consistente en que se entregue copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, por lo que esta será la forma en la que habrá de realizarse la citada información.

A mayor abundamiento, aunque no existiera esa concreta precisión, la comunicación requeriría la entrega de copia para poder cumplir las previsiones del apartado 6 del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, las causas alegadas, en su caso, número de trabajadores afectados, finalidad que no se conseguiría mediante la mera presencia de un miembro del comité de empresa en el acto de entrega a los trabajadores de las cartas de despido y la suscripción de las mismas.

Por todo ello, se desestima el recurso interpuesto por la empresa.

La comunicación del despido a los representantes de los trabajadores debió realizarse mediante entrega de copia de la citada carta de despido y, al no haberlo efectuado así la empresa, ha de declararse la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes a tal declaración en virtud de lo establecido en el artículo 53.4 ET y 122.3 LRJS.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 17 de mayo de 2022.**

## 5. TRIBUNAL SUPREMO

**El Supremo recuerda que cuando la empresa se opone a la reincorporación del excedente voluntario por inexistencia de vacantes -sin cuestionar la pervivencia de la relación laboral- la vía adecuada para accionar no es el despido sino el procedimiento ordinario**

La excedencia voluntaria no otorga al excedente un derecho al reingreso incondicionado, sino que está supeditado a la existencia de vacante, y formulada la petición de reingreso, la respuesta de la empresa puede ser de negativa rotunda al mismo o de inexistencia de vacante.

El hecho del que el empleador, expresa o tácitamente, desatienda la petición de reingreso que efectúa el trabajador en excedencia voluntaria no es por sí solo demostrativo de que, por parte de aquel, haya existido voluntad extintiva del vínculo laboral hasta entonces suspendido, pues normalmente tal desatención, salvo que concurren circunstancias que denoten inequívocamente dicha voluntad extintiva, solo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso. En consecuencia, ante la negativa empresarial a la petición del reingreso de excedente voluntario, se abren a este dos vías impugnatorias contra tal decisión, las cuales no son optativas o de libre elección, por ser obligado utilizarlas en cada caso procedente: el proceso de despido, cuando dicha negativa o desatención, por las circunstancias en que se produce, manifiesta en términos inequívocos voluntad extintiva -estando sujeto el ejercicio de la acción al perentorio plazo de caducidad de veinte días (art. 103 de la LRJS y 59.3 del ET)-; y el proceso ordinario, en aquellos otros supuestos en los que la referida negativa o desatención solo denota la falta de reconocimiento del eventual derecho al reingreso -estando esta acción sujeta al plazo de prescripción de un año que establece el artículo 59.1 del ET, previsto para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial-.

La utilización equivocada de una u otra vía al margen de las consecuencias procesales negativas que puede llevar consigo, dificulta en todo caso la viabilidad de la pretensión, pues mal podría calificarse como nulo o improcedente a un despido que no ha existido -como así ha ocurrido en el presente caso-, de manera que no podría accederse al reconocimiento del derecho al reingreso cuando esta acción no ha sido ejercitada. Aunque se hubiera probado efectivamente la existencia de vacantes, esta circunstancia no acreditaría sin más la voluntad extintiva de la empresa, sino simplemente el incumplimiento de lo previsto en el artículo 46.5

del ET. Consiguientemente, no habiéndose acreditado que la empresa hubiera extinguido el contrato del demandante, la acción pertinente no debió canalizarse por el procedimiento de despido, sino por el ordinario.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 315, de 6 de abril de 2022. Rec. nº 200/2021.**

## 6. TRIBUNAL SUPREMO

**Es contrario a derecho que las empresas de seguridad privada requieran a los trabajadores de nueva incorporación un certificado o declaración escrita de que carecen de antecedentes penales.**

Si bien esta sentencia se centra en el sector de la seguridad privada, su operatividad y aplicación es amplia y general siendo, de este modo, digna de destacar.

A este respecto el Alto Tribunal determina que los antecedentes penales son datos de carácter personal que están sujetos al deber de confidencialidad, por lo que su conocimiento no es público y están protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos que emana tanto del artículo 18.4 de la Constitución como del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El tratamiento de los antecedentes penales para fines distintos a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales solo puede realizarse cuando esté amparado por una ley. Y en este caso no estamos ante una situación en la que la empresa tenga una ley que le ampare para requerir de los trabajadores sus antecedentes penales. Hay que tener en cuenta que en el marco de la relación laboral que afecta a vigilantes de seguridad privada se olvida que los antecedentes penales son requisito de acceso a las pruebas de selección para obtener la habilitación profesional de quienes aspiran a ejercer como vigilantes de seguridad y esta expedición de la habilitación profesional solo es competencia administrativa. Al vigilante de seguridad le basta con acreditar estar en posesión de la tarjeta de identidad profesional para poder atender las funciones que con ella pueda desarrollar, de forma que hasta que no se le retire ese documento público de acreditación profesional, por el procedimiento correspondiente, ya sea para inhabilitarle u otra situación que le aparte de poder desempeñar dicha actividad, no tiene por qué poner de manifiesto ante el empleador otros datos distintos al de estar en posesión del documento de habilitación.

Del mismo modo, es la Administración la competente en su caso para extinguir las habilitaciones tan pronto como tenga conocimiento fehaciente de la existencia de antecedentes penales. Esta debe actuar en consecuencia y, en definitiva, tramitar el correspondiente procedimiento administrativo para extinguir las habilitaciones que fueron concedidas. Esto es, la competencia de control del cumplimiento de los requisitos necesarios para mantener la habilitación del personal de seguridad privada lo es de tipo administrativo y



solo mediante esta intervención se puede proceder a la extinción de la habilitación que va a impedir el desempeño de la actividad profesional a la que se anuda. En consecuencia, no hay norma de rango legal que ampare la actuación de la empresa para recabar los datos personales relativos a condenas o infracciones penales dolosas, con independencia de que la información haya sido consentida por el trabajador, porque se trata de datos personales que gozan de protección especial.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 435, de 12 de mayo de 2022. Rec. nº 70/2020.**

## 7. TRIBUNAL SUPREMO

**Las ofensas verbales y físicas a otros compañeros realizadas fuera del lugar y tiempo de trabajo también son causa de despido.**

Ninguna duda cabe que el trabajador ha de cumplir escrupulosamente con el deber de buena fe en el lugar y horario de trabajo. Es igualmente indudable que esa obligación se mantiene, pero se relaja y flexibiliza enormemente, cuando no se encuentra en el lugar y horario de trabajo, sino que está en la esfera privada de su vida personal que tiene derecho a disfrutar de manera totalmente ajena a los intereses de su empresa.

Pero esto no quiere decir que durante ese periodo disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, y que de haber sido efectuadas en horario de trabajo serían objeto de sanción. Baste reparar en la posibilidad de que dispone el empresario para sancionar determinadas actuaciones del trabajador fuera de su horario y lugar de trabajo, cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, o incurre en comportamientos de competencia desleal, o incluso de otras expresamente tipificadas en el artículo 54.2 del ET, como son las ofensas verbales o físicas a los familiares que convivan con el empresario o con cualquiera de las personas que trabajan en la empresa que, en buena lógica, se producirán habitualmente fuera del lugar y horario de trabajo. Cabría preguntarse cuál es la razón de que puedan ser sancionadas este tipo de actuaciones. Y la respuesta no es otra que la de considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral, en cuanto redundan, directa o indirectamente, en perjuicio de la empresa, siquiera sea por la vía de enturbiar el buen ambiente de trabajo que pudieren generar entre los propios trabajadores actitudes como las atinentes a esos casos de ofensas verbales y físicas a los familiares de trabajadores y empresarios. Queda con ello patente que el trabajador que se encuentra fuera del lugar y horario de trabajo puede cometer actos que serían sancionables si transgrede la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tengan algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral.

En el caso analizado se entiende que las graves ofensas proferidas por el demandante a sus compañeros en una comida de empresa, de palabra -incluyeron expresiones de odio- y físicas (intento de agresión con una botella, evitada por uno de ellos, abofeteo y zarandeos), condicionaron irremediabilmente las relaciones laborales entre ellos y también un deterioro para la imagen de la entidad empresarial, provocando su descrédito frente a terceros, como lo evidencia la intervención posterior del dueño del restaurante poniendo en conocimiento de la anterior la situación desencadenada por el trabajador despedido.

Los insultos vertidos, que alcanzaron un sesgo discriminatorio por razón de la raza, y las ofensas de obra, han trascendido las relaciones privadas, atentando a la dignidad de los propios compañeros de trabajo y repercutiendo en la empresa misma, de manera que la circunstancia del lugar en que acaecieron, o que su origen fuera un desencuentro sobre la máquina tragaperras, no puede enervar en este caso la sanción disciplinaria de despido y su calificación de procedente.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 31 de mayo de 2022. Recurso nº 1819/2020.**

## 8. TRIBUNAL SUPREMO

### **El despido objetivo por absentismo del derogado artículo 52 d) del ET no era contrario a los tratados internacionales**

Aunque el artículo 52 d) del ET fue derogado a inicios de 2022 por el actual Gobierno apelando, fundamentalmente, a la cuasi discriminación indirecta que suponía el despido de personas trabajadoras en situación reiterada de incapacidad temporal, debe realizarse el control de convencionalidad de ese precepto, al no tener la derogación efectos retroactivos.

Para la resolución del caso, debe reiterarse lo establecido en la STC nº **118/2019**. En ella se argumentaba que el despido por absentismo que estaba regulado en el artículo 52 d) del ET no era contradictorio con el artículo 6 del Convenio 158 de la OIT, ya que este precepto permite que el legislador nacional, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. El apartado 2 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT limita sustancialmente el alcance de esta norma y de las garantías derivadas de ella, lo que permitía la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento del artículo 52 d) del ET.

Por lo demás, esta regulación se acomoda a lo dispuesto como regla general en el artículo 4 del propio Convenio 158 de la OIT, conforme al cual cabe poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Entre ellas sin duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un periodo determinado, conforme a las previsiones del artículo 52 d) del ET. De igual forma, el artículo 52 d) del ET no era contrario a los artículos 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, ya que la regulación contenida en aquél respondía a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los mencionados artículos del Convenio 155, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores. No se ha acreditado que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud.

Tampoco existe contradicción entre el artículo 52 d) del ET y la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, vigente en la fecha del despido, ya que esta se limitaba a reconocer en su artículo 3 el compromiso de las partes contratantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene, mientras que el artículo 52 d) excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencia debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, o las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Por último, también debe estimarse que el artículo 52 d) del ET no vulneraba el artículo 11 de la CEDAW, que prohíbe la discriminación contra las mujeres.

Y ello aunque la sentencia recurrida acogiera la tesis de uno de los votos particulares de la mentada STC 118/2019 relativa a que el despido por absentismo suponía una discriminación indirecta por razón de sexo al evidenciar los datos estadísticos un mayor impacto en las mujeres que en los hombres las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de IT. Ocurre que la STC 118/2019 no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión. Sin embargo, debe concluirse que la citada resolución ya se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 52 d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE. En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación, se hubiera impuesto. El artículo 11 de la CEDAW no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la Carta Magna. Por tanto, el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del artículo 52 d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del artículo 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo.

**Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia nº 270, de 29 de marzo de 2022. Rec. nº 2142/2020.**

## 9. AUDIENCIA NACIONAL.

### **Retribución variable: No cabe modificar unilateralmente el sistema de objetivos dificultando el logro de los mismos.**

La empresa estableció la retribución variable de forma unilateral en el año 1999. Anualmente, la empresa comunica a la RLT y a los empleados a través de la Intranet los objetivos anuales, que son fijados por la empresa.

Desde la implantación de la retribución variable parte de los objetivos eran de consecución individual (aproximadamente el 30%). A partir del año 2020 se modificó, de forma unilateral por parte de la empresa, la estructura de la retribución variable y se fijaron objetivos comunes para todas las empresas integradas en el denominado grupo. Se suprimieron los objetivos individuales.

El día 14 de mayo de 2020 se celebró una reunión con el Comité de Empresa de los centros de trabajo de la Empresa en Navarra y el Comité de Empresa del centro de trabajo de La Vall de Uxó (Castellón) en la que la Empresa comunicó los objetivos para el año 2020 y las condiciones para su devengo. Les informó que para el año 2020 existía la posibilidad de continuar con el sistema que incluía (i) objetivos personales (30%) y (ii) objetivos vinculados al mismo sistema que regía en el resto de las empresas de Nordex Group en virtud del cual no había objetivos personales y el límite de consecución y cobro de objetivos podría alcanzar el 200% (frente al sistema que estaba vigente en el que el límite de consecución de objetivos estaba topado al 100%)

El día 18 de diciembre de 2020 la empresa mantiene una reunión con los Comités de Navarra y Castellón en la que expone a través de una presentación la forma en que se calcularan los objetivos para el año 2021, en dicha reunión se manifiesta que se seguirá con el modelo implantado para el año 2020 pero con la diferencia que dos variables serán llaves de manera que si no se consigue el objetivo en las dos no se devengan objetivo las llaves son el EBIDTA y el Working Capital. Ello implicaba que con el mismo logro del EBIDTA en el año 2020 se podría obtener un objetivo del 200 por ciento, mientras que en el año 2021 si no se consigue el otro parámetro el logro sería 0. El día 21 de diciembre de 2021 la empresa notificó a los Comités que en el año 2022 se establecería el mismo sistema de retribución por objetivos siguiendo el modelo anterior, pero suavizando los requisitos para la obtención del objetivo.

El sindicato ELA plantea demanda de conflicto colectivo entendiendo que el operar de la empresa es una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) que no ha seguido los trámites formales previstos al respecto en el art. 41 ET

La AN estima la demanda interpuesta por el sindicato y realiza un repaso por la jurisprudencia existente en la materia (entre otras, STS 3.04.2018 y STS 11.06.2020 y STS de 26 de marzo de 2021) y establece lo siguiente:

- i. La modificación del sistema de fijación de objetivos operada por la empresa en el año 2.021 en tanto en cuanto que **dificulta el percibo de la retribución variable** respecto del sistema de fijación establecido el año precedente, pues los parámetros utilizados operan como llaves, de forma que si no se consigue el objetivo en los dos no se genera derecho a percibir la retribución variable **supone una efectiva MSCT**. Esto es así puesto que desde un punto de vista teórico -se desconoce si se ha reconocido el percibo al variable en el año 2.021 o no-, implica una merma en la retribución variable pues implica un mayor esfuerzo colectivo para alcanzar la misma en relación con lo que se exigía el año precedente;
- ii. La modificación operada en el año 2.022 trae causa de la de 2.021 y aún cuanto facilita el logro del objetivo respecto del ejercicio precedente, **sigue dificultando el logro del objetivo** respecto del año 2.020 **supone también una MSCT**.

Por todo ello se declara la nulidad de la medida, condenando a la empresa a reintegrar a los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo.

**Audiencia Nacional. Sala de lo Social. Sentencia de 28 de marzo de 2022.**

## 10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON (VALLADOLID)

**Cámaras de videovigilancia e instalación por parte de detectives para acreditar actuaciones irregulares en sede disciplinaria: innecesaria notificación previa de tipo alguno -aplicación Ley de Seguridad Privada.-**

Asunto recurrente que ya hemos comentado en más de una ocasión en estas Circulares.

Ante las irregularidades advertidas y denunciadas por parte de terceros en relación a la actividad de un trabajador -conductos de autobús de pasajeros- la empresa contrata a una empresa de detectives para que, a través de la colocación de una cámara de videovigilancia, se verifique la realidad de los hechos denunciados. Obviamente la instalación de la cámara no se comunica a nadie, ni trabajador ni RLT, ni se pone cartelería de tipo alguno.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León concluye que la instalación de las cámaras de videovigilancia fue correcta, y de este modo ratifica la procedencia del despido del empleado, por las siguientes razones:

- i. Al ser instaladas por la empresa de detectives, la normativa que ha de ser aplicada es la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada, la cual no exige la información previa. A este respecto, señala la sentencia, el artículo 48 de la referida Ley impone la acreditación por el solicitante de los servicios del detective -en este caso, la empleadora del trabajador despedido- de un interés legítimo, así como que los servicios de investigación privada se ejecuten con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

- ii. Entiende el tribunal que el interés legítimo resulta indubitado, dadas las quejas realizadas por los particulares usuarios del servicio de autobuses ante la que se interpusieron algunas de dichas quejas, pues era necesario concretar las deficiencias advertidas por aquéllos y la identificación del o de los conductores sobre los que se realizaron las quejas.
- iii. La actuación del detective se ajustó a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad que delimitan su actividad profesional, con sujeción a los límites y exigencias impuestas por la referida Ley 5/2014.

En este punto, entiende el tribunal que la medida adoptada era equilibrada, por cuanto las cámaras grababan únicamente imágenes, sin sonido, del puesto de conducción y de la caja del autobús. Asimismo, era idónea y necesaria para el fin perseguido, al entender que no existía otra vía de actuación menos gravosa para conseguir el mismo fin. Y era una medida proporcional, ya que se limitó al lugar y tiempo imprescindibles para comprobar la realidad de las quejas de los usuarios, sin captar ningún aspecto de la faceta de la vida personal de la persona investigada.

**TSJ Castilla y León (Valladolid). Sala de lo Social. Sentencia nº 518/2022, de 28 de marzo. Rec. nº 2437/2021.**

## **11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID)**

**A vueltas con el fichaje y control de presencia en el trabajo a distancia: ratificada la procedencia del despido de una persona trabajadora que abusaba reiteradamente de las pausas y descansos en su jornada laboral.**

Interesante sentencia, nuevamente del TSJ de Castilla y León, que aborda un asunto recurrente en estos momentos: control de la actividad de las personas trabajadoras que prestan servicios en modalidad de trabajo a distancia y posibles sanciones en caso de reiterados incumplimientos.

El caso que resuelve la presente sentencia se centra en un trabajador del sector del contact center que había firmado con la empresa un acuerdo de teletrabajo, de manera temporal y extraordinaria debido a las circunstancias de emergencia sanitaria por la propagación del Coronavirus en nuestro país.

Al demandante le correspondían un total de 10 minutos de descanso ordinario durante su jornada diaria y un total de 7 u 8 pausas visuales de cinco minutos cada una, por cada hora de trabajo, en función de la distribución de la jornada de 7 u 8 horas diarias. Además, y de forma excepcional, podía realizar otras paradas para hacer llamadas pendientes o realizar gestiones con algún cliente que no le hubiera dado tiempo, que solo podía realizar con previa autorización

La empresa comunicó al trabajador su despido por motivos disciplinarios con fecha 13 de septiembre de 2021 por cuanto en los controles de actividad se hizo constar que desde el mes de febrero sus datos sus pausas visuales eran muy elevadas respecto a la media del servicio, así como en los denominados “*hollids*” -tiempo en que se mantiene al cliente en espera-, triplicando la media del servicio. Se le comunicaba también en dichos controles previos al despido que se iba a proceder a realizar monitorizaciones con el fin de controlar y auditar las llamadas que emitía.

En los meses de julio y agosto de 2021, la Team Manager envió varios mensajes al demandante, haciéndole saber que no estaba pidiendo permiso para las pausas visuales cuando era obligatorio y que sus descansos eran muy elevados.

A la vista de esos antecedentes, el TSJ ratifica la declaración de procedencia del despido (y alude a la sent. del Tribunal Superior de Madrid de 23 de julio de 2020 (JUR 2020/306391), que analiza un supuesto muy similar.

En el caso concreto que nos ocupa, resulta evidente que la conducta del actor constituye una desobediencia sancionable, pues pese a los reiterados requerimientos por la empresa para que disminuyera sus tiempos de descanso y sobre todo solicitara la debida autorización, persistió en su actitud. Ahora bien, como ya apuntábamos anteriormente, para que dicha desobediencia pueda ser constitutiva de falta muy grave, que es la que justificaría el despido, es necesario que suponga un quebranto manifiesto de la disciplina o bien que de esa desobediencia se derive un perjuicio notorio para la empresa, para los compañeros o el público.

En cierto, reconoce el TSJ, que en este caso, no hay constancia alguna de que ese perjuicio real y efectivo se haya producido, pero sí que concurren circunstancias que permiten estimar que la desobediencia del trabajador era de tal entidad que, suponía un quebranto manifiesto de la disciplina. Y ello porque el demandante persistió de forma reiterada en su conducta a pesar de las advertencias realizadas por su superior y porque en ningún momento ha llegado a ofrecer justificación alguna para su conducta, persistiendo en su proceder, no solo excediéndose en sus tiempos de descanso, sino en utilizarlos indebidamente, sin realizar ninguna gestión, y sobre todo sin recabar la previa autorización aun sabiendo que era preceptiva. Esta forma de proceder, por su reiteración, es claramente demostrativa de una conducta de indisciplina y constituye una transgresión de la buena fe contractual, lo que legitima la decisión extintiva, y conduce a la declaración de procedencia del despido, desestimando así la pretensión deducida en la demanda

En definitiva, parece evidente que sí existe un quebranto manifiesto de la disciplina ya que el recurrente persistió de forma reiterada en su conducta a pesar de las advertencias realizadas por su superior y porque ha persistido en su comportamiento, no solo excediéndose en sus tiempos de descanso, sino en utilizarlos indebidamente, sin realizar ninguna gestión, y sobre todo sin recabar la previa autorización aun sabiendo que era preceptiva, sin que haya ofrecido justificación alguna según la juzgadora de instancia.

En consecuencia, la conducta persistente y reiterada por el trabajador de incumplir las ordenes de trabajo al utilizar indebidamente los tiempos de descanso y excediéndose en el tiempo concedido, así como no realizar ninguna gestión durante ellos y persistir en su actitud de no solicitar autorización siendo preceptiva, conlleva a que el incumplimiento sea calificado como quebranto manifiesto de la disciplina que constituye falta muy grave conforme al artículo 66.4 del convenio colectivo.

**TSJ Castilla y Leon (Valladolid). Sala de lo Social. Sentencia de 9 de mayo de 2022.**

## 12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

**¿Cuál es la diferencia entre una simple oferta de trabajo y un precontrato? Relevancia en caso de incumplimiento y solicitud de indemnización de daños y perjuicios.**

Es relevante diferenciar ambas figuras por las consecuencias que pueden derivarse de las mismas. Esta sentencia que comentamos efectúa un desarrollo muy detallado de ambas aportando doctrina jurisprudencial al respecto de sumo interés.

De este modo, se entiende por precontrato el compromiso formal de las partes de celebrar un determinado contrato de trabajo (entre otras, Sentencias del TS de 23 de octubre de 1986, RJ 5889 y 23 de mayo de 1988, RJ 4271 -). Para apreciar si existe o no precontrato basta la concurrencia de la oferta y aceptación sobre unas condiciones de trabajo.

La teoría tradicional del precontrato lo considera como un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato que, por el momento, no se quiere, o no se puede celebrar. La jurisprudencia ha distinguido entre:

- Actos preliminares del contrato.
- Precontrato y
- Contrato propiamente dicho.

Al respecto la STS de 16 de abril de 2009 señala:

*«La Jurisprudencia ha admitido expresamente la posibilidad de celebrar precontratos de trabajo, aunque esta figura no se encuentre específicamente prevista en el Estatuto de los Trabajadores, señalando que el silencio de la normativa laboral al respecto ha de ser suplido, a tenor del artículo 4.3 del Código Civil por lo previsto en las disposiciones de éste. En concreto, en su artículo 1255 y concordantes admite una amplia libertad contractual que permite que las partes se comprometan a un ulterior otorgamiento del contrato, mediante una oferta en tal sentido aceptada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991 ) y 21 de julio de 1992».*

Procede así distinguir entre lo que es una mera oferta de contrato de un precontrato.



Así, la oferta de contrato es una declaración unilateral y recepticia portadora de una específica voluntad: la intención firme de concluir un determinado contrato.

La oferta genera el deber jurídico de mantenerla durante el tiempo previsto en ella o, en su defecto, el tiempo determinado por el uso o por el término tácito que se deriva de las circunstancias que rodean la oferta. La oferta no es más que la simple manifestación de voluntad necesitada de conformidad. Hay que resaltar, recuerda el TSJ de Galicia, que la oferta ha de preceder en el tiempo al contrato, peculiaridad que comparte con el precontrato, y ha de ser completa, esto es, contener los elementos esenciales del contrato, rasgo este último que no se predica del precontrato. Debe haber un propósito de vincularse contractualmente, con los correspondientes requisitos de consentimiento, objeto y causa.

Por su parte, puede afirmarse que el precontrato es algo más que una mera oferta: el precontrato de trabajo se construye jurídicamente como un contrato consensual; en el precontrato se contienen las líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro. En suma, el precontrato es el resultado de las ofertas y propuestas de las partes y de las aceptaciones recíprocas pues es una oferta en la que confluyen las voluntades de ambos ofertantes sobre la cosa y la causa.

En el caso concreto enjuiciado por el TSJ de Galicia, la empresa envió un correo al actor en el cual se hace constar que:

*«La empresa (...) tiene intención de celebrar un contrato de trabajo con D. Ricardo con las siguientes condiciones: El contrato será de carácter eventual y a jornada completa. La fecha de incorporación se producirá el 23 de junio de 2019 (...).»*

Dicha comunicación fue el resultado de la petición realizada por el trabajador a la empresa, dado que el trabajador estaba prestando servicios en el Ministerio de Defensa, a los efectos de pedir la correspondiente excedencia, de manera que precisaba de un documento en el que se reflejase la existencia de un “precontrato”

Los hechos posteriores indican, efectivamente, la existencia del concurso de ambas voluntades, la de la empresa y la del trabajador en orden a ese futuro contrato de trabajo cuyas condiciones esenciales, jornada, salarios, modalidad contractual, convenio colectivo aplicable, fecha de incorporación y centro de trabajo estaban ya definidos a principios de junio y que incluso se fue perfeccionando en los días posteriores, hasta incluso acercándose la fecha de inicio, el mismo horario.

Es pues clara, razona el TSJ, la existencia de un precontrato entre las partes, es decir, de la existencia de un concurso de voluntades a los efectos de suscribir un contrato de trabajo, lo que determina la responsabilidad contractual de la empresa, pues el incumplimiento del precontrato da lugar a la indemnización por daños y perjuicios.

Sostiene a tal efecto la STS de 15 marzo 1991, que el incumplimiento del precontrato, al ser determinante del cese en un empleo estable, para ponerse a disposición de la nueva empresa, puede producir efectos mucho más onerosos que el incumplimiento del contrato una vez iniciado, pues al no otorgarse el proyectado tras el cese voluntario en el anterior, queda el trabajador sin la protección del Seguro de Desempleo, con cese, además, en la situación de alta en la Seguridad Social, de consecuencias imprevisibles para el mismo y su familia. Así ha de reconocerse que los efectos del incumplimiento del contrato por parte de la empresa en el Estatuto de los Trabajadores no tienen en el incumplimiento del precontrato otro valor que el de un punto de referencia, meramente orientativo, para, en unión de otros factores, de mayor relieve, determinar los efectos del incumplimiento a tenor de los artículos 1101 y concordantes del Código Civil .

Dice la sentencia del TSJ de Madrid de 31 de octubre de 2014 (recurso 191/2014), en referencia al incumplimiento del precontrato:

“Tal cuestión se conecta directamente con la jurisprudencia referida a cuándo puede entenderse que existe imposibilidad de cumplir una obligación, materia ésta recogida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2014 (Recurso: 733/2012)”

Pues bien, en este caso, concluye el TSJ de Galicia, no se han declarado probados hechos que puedan determinar cuál fue la causa del incumplimiento empresarial del referido precontrato, de modo que no pueden analizarse si realmente existió una causa de imposibilidad que pueda exonerar a la empresa de su responsabilidad. Por ello, el TSJ estima el recurso interpuesto por el trabajador en materia de reclamación de cantidad.

En concreto, declara el derecho del trabajador a percibir la cantidad de 6.408,01 € en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del precontrato, condenando a la empresa a abonar la cantidad de 6.408,01 euros. El importe en el caso concreto enjuiciado se corresponde con el importe de los salarios dejados de percibir durante cuatro meses a razón de 1.460,92 euros al mes, más la liquidación de haberes conforme a lo establecido en los arts. 1101 y 1106 del CC en relación al RD 38/2019 de 1 de febrero, así como las tablas salariales del convenio colectivo de residencias de la Tercera Edad (DOG N.º 70 de 11 de abril de 2018)

**TSJ de Galicia. Sala de lo Social. Sentencia de 20 de mayo de 2022.**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto  
Email: ortegap@ortega-condomines.com*

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