

Análisis de las Principales Sentencias del TSJ de Madrid 2022

18 Nov

XIII Encuentro con la Justicia en el Orden Social



PATROCINAN:



monitor informática
Programas de laboral, fiscalidad y contabilidad



Sabadell Professional

COLABORAN:



LEFEBVRE



Wolters Kluwer



NSC
SOLUCIONES SOCIALES Y LABORALES



telodis
EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL



ProtechPlus
seguridad de la información



Cualtis
EVALUACIÓN, ANÁLISIS, TRANSFERENCIA



Preving
SEGURIDAD



GLOBALFINANZ
CONSULTORÍA DE RIESGOS Y CORREDURÍA DE SEGUROS



grupolae
SERVICIOS FISCAL Y LABORAL

D. Ignacio Moreno González Aller.

**Magistrado de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Madrid.**

1.- - STSJ de Madrid de 21 de enero de 2022. Sentencia nº43 /2022. Rec. 782/2021. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Moreno González-Aller.

Resumen: VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE MIEMBRO DE COMITÉ DE EMPRESA Y DELEGADA SINDICAL EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. NULIDAD DE SANCIÓN. INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS CAUSADOS.

El TSJ revoca la sentencia de instancia y declara la nulidad de la sanción impuesta por la empresa demandada a la actora de suspensión de empleo y sueldo de 45 días, al ser vulnerado el derecho fundamental a la libertad de expresión, condenando a la mercantil demandada a estar y pasar por ello, a que abone a la actora la suma de 9.000 euros por indemnización de daños y perjuicios producidos por la vulneración del derecho fundamental a libertad de expresión así como salarios que efectivamente hubiera dejado de abonarle en cumplimiento de la sanción en el periodo del 17 de febrero al 1 de abril de 2020.

Ha quedado acreditado que la actora, miembro del Comité de empresa y afiliada a la UGT, categoría profesional de Limpiadora, procedió a repartir una serie de escritos por todas las instalaciones del Hospital Clínico San Carlos de Madrid, tales como controles de enfermería, mostradores, policlínica, salas de espera o asientos para usuarios, tanto a trabajadores como a familiares de los pacientes.

El texto de los escritos que la actora repartió era el siguiente:

“La plantilla de limpieza de este Hospital, quiere informar y avisar que debido a la falta de material de limpieza que estamos sufriendo desde hace meses con la Empresa concesionaria Garbaldi, nos vamos a ver en la obligación de no poder fregar todos los departamentos, habitaciones, salas de UCI, quirófanos, etc. del centro, ya que no disponemos de mopas suficientes, nos dan tan solo 6 o 7 todos los días, sin apenas opción a más' cada una de ellas solo debe fregar una sala para prevenir contaminaciones. situación llevamos denunciándola desde hace tiempo y la empresa no lo soluciona. lo que rogamos disculpen las molestias de no poder atender las necesidades de higiene y desinfección del Centro.”

Comienza el TSJ por recordar la doctrina constitucional acerca de que la formalización de una relación laboral no supone la conformación de un territorio inmune a la eficacia de los derechos humanos y libertades fundamentales, ni tampoco la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que le son ínsitos. La inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). Como en todo caso de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, deben apreciarse «los intereses

en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes»
[SSTC 99/1994, 6/1995, 106/1996, 136/1996, 204/1997, 98/2000].

De este modo, y a juicio del TSJ, en el caso enjuiciado la actora expresaba sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación y en el ejercicio de la acción sindical. Su objetivo y finalidad era el de reivindicar una actuación más enérgica frente a los incumplimientos empresariales en materia de suministro de útiles de limpieza en el hospital, denunciando la pasividad de la empresa adjudicataria de limpieza. La crítica, si se puede llamar así, pues más bien se dirige a informar y avisar de la actuación de la empresa de limpieza en un hospital público, supone que los límites permisibles de sus diatribas son más amplios si esta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública.

Nótese que la actora no es solamente trabajadora, sino que aúna la condición de representante de los trabajadores y, como tal, ejercitaba la libertad de expresión para la protección del interés colectivo de los representados en el momento en que repartió panfletos por diferentes dependencias del hospital, sin que, por lo demás, y a juicio de la Sala, los escritos en cuestión contengan expresiones amenazantes en el sentido de expresar el propósito de ocasionar un daño futuro a una persona o a sus familiares, sino más bien avisar y divulgar, para conocimiento del hospital, pacientes y familiares, una información: la falta de medios para hacer frente a la limpieza del centro hospitalario que venían denunciando desde hacía tiempo y que la empresa demandada, en su opinión, no soluciona.

La pervivencia de los valores de una sociedad democrática, de la que las libertades del artículo 20 de la Constitución forman parte básica y nuclear, impiden imputar la responsabilidad disciplinaria a la recurrente, y por ello se ha vulnerado por la empresa, al sancionarla, este derecho fundamental que es emanación, a su vez, de la libertad sindical. Se condena a la empresa al abono de 9.000 euros por daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión y de información en el ejercicio de sus funciones sindicales.

2.- STSJ de Madrid de 24 de enero de 2022. Sentencia nº 30 /2022. Rec. 647/2021. Sala de lo Social. Sección Sexta. Ponente Sra. Molina Gutiérrez.

Resumen: CESE POR LA EMPRESA DE TRABAJADOR DECLARADO AFECTO DE IPT POR SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL CUANDO AÚN ESTA NO HABÍA GANADO FIRMEZA. DESPIDO IMPROCEDENTE.

El TSJ estima el recurso del trabajador y, revocando la sentencia recurrida, declara la improcedencia del despido operado por la entidad demandada con efectos de 30 de septiembre de 2020.

Ha resultado acreditado, y no se combate, la actora, que venía prestando servicios para El Corte Inglés desde el 16 de mayo de 2005 (hecho probado primero) inició situación de incapacidad temporal entre los días 31 de julio de 2017 y 12 de enero de 2018, y más tarde entre el 29 de enero de 2018 hasta agotar el periodo máximo de incapacidad temporal.

Iniciado expediente de incapacidad permanente, por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 4 de marzo de 2019 se acordó no declarar a la actora afecta a ningún grado de incapacidad permanente. Dicha resolución fue objeto de impugnación judicial por la actora, recayendo Sentencia del Juzgado de lo Social 38, autos 512/19 de fecha 21 de febrero de 2020 que acordaba declararla en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual con efectos económicos de 4 de marzo de 2019. La empresa demandada no fue parte en dicho procedimiento.

La actora se aquietó con dicha sentencia siendo, no obstante, recurrida en suplicación por el INSS. Dicha sentencia adquirió firmeza como consecuencia de que, primero por Decreto de 17 de diciembre de 2020 y luego por Auto de 22 de febrero de 2021, se acordó tener por no anunciado el recurso de suplicación por parte del INSS, y que no fue objeto de recurso de queja.

Con fecha 2-10-2020, la Dirección Provincial del INSS remitió a EL CORTE INGLÉS comunicación para proceder al abono de la pensión de incapacidad permanente con motivo del recurso anunciado (que finalmente no se tuvo por tal), desde el 28-2-2020, solicitando a la empresa la fecha de cese en el actividad o cambio de puesto de trabajo

EL CORTE INGLÉS dio de baja a la actora por Incapacidad Permanente con efectos 30 de septiembre de 2020.

Como se comprueba del estado de cosas descrito, y al cobijo de la doctrina jurisprudencial que cita el TSJ, sólo cabe en el caso que nos ocupa estimar el recurso de la actora, pues al tiempo de ser cursada su baja por la empleadora (con efectos de 30 de septiembre de 2020) la resolución judicial que la declaraba en situación de incapacidad permanente total (de fecha 21 de febrero de 2020) no había ganado firmeza, pues ello no sucedería hasta el día 22 de febrero de 2021 (tal y como consta en

certificación expedida por el Juzgado de los Social que obra al folio 49 vuelto de las actuaciones); de tal suerte que se precipitó la empresa al actuar en los términos del artículo 49.1.e) de la norma estatutaria, no porque no le cupiera obrar en tal sentido, sino porque no cabía hacerlo en ese preciso momento por cuanto el procedimiento judicial de declaración y reconocimiento de grado de incapacidad aún se encontraba sub iudice, ,y por consiguiente, cabía aún la posibilidad de que fuera revertido el sentido de la primitiva declaración reconocida a favor de la trabajadora.

Por tanto, el acto protagonizado por la empleadora ha de ser calificado como de extinción injustificada y sin causa de la relación laboral, y en consecuencia de despido improcedente; de tal suerte que se precipitó la empresa al actuar en los términos del artículo 49.1.e) de la norma estatutaria, no porque no le cupiera obrar en tal sentido, sino porque no cabía hacerlo en ese preciso momento por cuanto el procedimiento judicial de declaración y reconocimiento de grado de incapacidad aún se encontraba sub iudice, y por consiguiente, cabía aún la posibilidad de que fuera revertido el sentido de la primitiva declaración reconocida a favor de la trabajadora.

3.- de Madrid de 31 de enero de 2022. Sentencia nº 41 /2022. Rec. 691 /2021. Sala de lo Social. Sección Sexta. Ponente Sr. Juanes Fraga.

Resumen: GUIONISTA DE SERIES DE TV: DERECHO AL ABONO DE LAS VACACIONES NO DISFRUTADAS EN SU RELACIÓN LABORAL AL TERMINAR ESTA Y NO EXISTIR UNA CONDUCTA ACTIVA Y TRANSPARENTE DE LA EMPRESA ADVIRTIENDO SOBRE LA NECESIDAD DE DISFRUTARLAS Y QUE SE PUEDE PERDER EL DERECHO.

El TSJ revoca la sentencia de instancia y, estimando el recurso del trabajador, condena a la empresa a que abone 26.879,58 € por vacaciones no disfrutadas.

El actor comenzó su relación laboral indefinida con la empresa demandada BOOMERANG con antigüedad de 4.03.2010, categoría profesional de guionista, extinguiéndose el 13.06.2020.

El TSJ, después de repasar la doctrina del TJUE sobre el particular, destaca la importancia de la sentencia de 6-11-18 (C-684/169, especialmente su parágrafo 45: *“el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado”*.

Consta probado que la empresa no indicaba los días de vacaciones que tenían que tomar los guionistas ni los períodos máximos a disfrutar, y que las vacaciones estaban en función de las necesidades de producción. El actor como guionista tenía libertad para organizar su disfrute de vacaciones sin control por parte de la empresa. Los trabajadores rellenaban el modelo de solicitud y lo remitían a la empresa, que no sellaba ni firmaba las hojas, tampoco denegaba las vacaciones sino que las asumía en los términos que resultaban de las solicitudes y los guionistas eran conocedores de que debían solicitar sus vacaciones. Los guionistas no remitían las solicitudes con normalidad y el jefe de producción solía pedir que se las remitieran al menos dos veces al año, en verano y Navidad, y por correo electrónico de 5-3-19 pidió a todos los trabajadores, especialmente a los guionistas, la documentación porque no la remitían. La empresa no denegó vacaciones al trabajador ni le impidió su disfrute y este no ha reclamado con anterioridad a la extinción de su relación laboral dicho disfrute.

Partiendo de estas premisas, y a criterio del TSJ, la interpretación jurisprudencial habitual del art. 38 del ET sin duda habría conducido a la desestimación de la demanda, ya que el trabajador tiene cauces para reclamar judicialmente el disfrute de las vacaciones teniendo en cuenta que su disfrute debe ser anual y no consta negativa de la empresa ni obstáculo impeditivo del disfrute. Pero, la doctrina del TJUE en relación con la normativa comunitaria de efecto directo establece otra interpretación más

exigente según la cual se requiere que la empresa lleve a cabo una conducta activa que, sin llegar a la imposición de las vacaciones, consista en una indicación de la necesidad de la solicitud del disfrute de las vacaciones con la advertencia de que el trabajador puede perder el derecho correspondiente, y solo de esta forma se puede evitar que tenga éxito la reclamación de compensación económica a la finalización de la relación laboral. Por ello se ha de estimar el motivo y el recurso parcialmente, al quedar fijada la cuantía adeudada en 26.879,58 €.

*En sentido contrario, y en un caso idéntico, véase sentencia de la Sección 1ª de 11 de febrero de 2022, nº 115/2022, rec. 884/2021: *“La empresa ha acreditado que desplegó la diligencia razonable necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente tomar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho, que los guionistas eran concedores de que debían solicitar sus vacaciones anuales retribuidas y que conocían el procedimiento para hacerlo, sin que la empresa impidiera ni denegara el derecho a vacaciones. Si el trabajador se inhibe, con pleno conocimiento de causa, en cuanto a las consecuencias que podían derivarse de su abstención de tomar sus vacaciones anuales retribuidas tras haber podido ejercer efectivamente su derecho a estas, las indicadas normas internacionales no se oponen a la pérdida del derecho ni, en caso de extinción de la relación laboral, a la consiguiente falta de compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas, sin que el empresario esté obligado a imponerle el ejercicio efectivo del citado derecho, por lo que no estamos ante un quebranto del principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, aparte de que las vacaciones, como ha quedado dicho, deberán ser solicitadas y disfrutadas por el trabajador dentro del año natural, salvo pacto contractual o convencional que permita otro disfrute distinto al año natural. No cabe su acumulación a años posteriores, caducando cada año el derecho de su disfrute. Es decir, no puede reclamar vacaciones de años anteriores salvo lo dispuesto para bajas laborales”.*

4.- STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2022. Sentencia nº 118/2022. Rec. 1113 /2021. Sala de lo Social. Sección Segunda. Ponente Sr. López Parada.

Resumen: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN PERIODO DE PRUEBA DE TRABAJADORA EMBARAZADA SIN OBJETIVACIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA DECISIÓN EXTINTIVA, TAL COMO EXIGE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 14.2 IN FINE ET DADA POR REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO. DESPIDO NULO PERO SIN DERECHO A INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

El TSJ revoca la sentencia de instancia y estimando en parte la demanda declara nulidad del despido, pero sin indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales.

La actora suscribió un contrato de duración indefinida iniciándose la relación laboral en fecha 31/8/2020 y estableciéndose un periodo de prueba de 6 meses. En el momento de su contratación la demandante expresó “quiero ser honesta con vosotros, estoy embarazada”. El 18-2-2021, a las 10:35 horas la actora expresó por escrito el comportamiento que estaba recibiendo de la empresa y que se estaba creando el ambiente para despedirla. El 18-2-2021 la empresa, a las 11:07 horas, comunicó a la trabajadora por correo electrónico su “cese en periodo de prueba a instancia del empresario con fecha de 18 de febrero de 2021, en base a lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.”

A juicio del TSJ el único elemento configurador del panorama indiciario es el propio embarazo, el cual puede entenderse suficiente con carácter general cuando se trata de una situación sobrevenida, posterior a la contratación, pero no en un caso como el presente en que la situación, según consta probado, era conocida por la empresa antes de la contratación y no obstó a la selección de la trabajadora y la formalización de su contrato. No existe por tanto acreditada una actuación discriminatoria.

Sin embargo, prosigue el TSJ, en cuanto a la aplicación de la nulidad objetiva derivada del artículo 14.2 in fine del Estatuto de los Trabajadores que igualmente se esgrime, la solución es distinta. Dicho precepto, introducido por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, dice:

“La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”.

Ese precepto introduce una sustancialísima alteración en la regulación del periodo de prueba en el caso de trabajadoras embarazadas, porque obliga a la empresa a acreditar que la extinción se debe a *“motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”*. Ello no implica que tales motivos hayan de ser constitutivos de alguna causa de despido o extinción del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, pero sí que la declaración

de que no se ha superado el periodo de prueba tiene unas causas objetivas ajenas por completo al embarazo o maternidad y que tales causas son las que han movido a la empresa a adoptar su decisión. Por eso, si la empresa no ha objetivado suficientemente el sistema de valoración para que pueda entenderse superada la prueba, lo que no puede admitirse en ningún caso sin vulnerar dicho precepto es que se confundan los motivos de extinción con meras manifestaciones subjetivas de directivos o mandos de la empresa. La objetivización de los motivos de extinción en periodo de prueba debe ser específica y concreta y si no se ha hecho esa concreción a priori, antes de la contratación, deberá hacerse ya a posteriori, pero de forma tal que permita excluir una configuración de motivos arbitraria e improvisada ex eventu.

Leyendo la comunicación de cese en periodo de prueba que figura en los autos, continúa razonando la Sala de suplicación, se habla de generalidades como “falta de adhesión al equipo y valores de la empresa”, “falta de independencia en su puesto de trabajo”, “falta de priorización en tareas principales”, “desviación” de la media de objetivos, “falta de previsión de recursos”. Es decir no se aporta ningún hecho concreto, sino meras expresiones de significado ignoto para la Sala, que si adquieren algún significado solamente puede ser en base a lo que explicara en el acto del juicio las personas a las que se refiere la sentencia, pero que el iudex a quo guarda para sí y tampoco expresa, por lo que la sentencia de instancia incurre en una falta manifiesta de hechos probados en el punto crucial de la discusión. Dado que se practicó prueba al respecto, la falta de expresión de las conclusiones fácticas en la sentencia sería determinante de la nulidad de la misma, puesto que impide a la Sala hacer una valoración jurídica de la situación a partir de esos hechos que no se expresan, produciendo una evidente indefensión a todas las partes del litigio. Pero la nulidad de actuaciones no se puede decretar de oficio en estos casos (artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), resultando que ninguna de las partes lo pide, ni lo hace la recurrente, ni lo hace tampoco la recurrida en su escrito de impugnación. En su escrito de impugnación la parte recurrida se limita a reproducir las conclusiones de la sentencia de instancia, sin haber pretendido ni siquiera revisar los hechos probados para incluir los relevantes a estos efectos, como bien pudiera haber hecho para defender su posición procesal al amparo del artículo 197.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, puesto que si lo hubiera hecho y no hubieran estado sostenidos en prueba documental o pericial que permitiese su incorporación en suplicación la defensa de su postura solamente sería posible invocando, al menos subsidiariamente, la eventual nulidad de la sentencia por falta de hechos probados.

Si la nulidad no puede ser declarada y tampoco tenemos hechos probados concretos sobre los motivos del cese, la Sala solamente puede aplicar la norma vigente sobre distribución de la carga de la prueba ex artículo 14.2 in fine del Estatuto de los Trabajadores y no constando los motivos concretos del cese en periodo de prueba solamente cabe decretar la nulidad del despido practicado, estimando a esos efectos el recurso.

La recurrente pretende que la empresa la indemnice por vulneración de los derechos fundamentales, debido al despido discriminatorio por embarazo, pero tal indemnización,

a criterio del TSJ, solamente procedería si se hubiera estimado acreditada la intencionalidad discriminatoria y la vulneración de derechos fundamentales en base al artículo 181.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, pero en este caso ni siquiera aprecia la existencia de un panorama indiciario de discriminación que permita la aplicación de dicha norma. Si el despido se declara nulo es en virtud de la disposición del artículo 14.2 in fine, que no precisa de la apreciación de la vulneración del derecho fundamental para imponer la nulidad, sino que protege objetivamente con una exigencia mayor de causalidad a los ceses de las trabajadoras embarazadas en periodo de prueba. Es cierto que esa norma, como ocurre con los casos de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, tiene como finalidad la protección del derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo, mediante un sistema de garantías reforzado, pero lo hace mediante una técnica de objetivización de las consecuencias que lleva a aplicar la nulidad del despido en ausencia de prueba de discriminación. Esa objetivización establecida por el legislador no alcanza desde luego a las consecuencias indemnizatorias del artículo 183 de la Ley de la Jurisdicción Social, por lo que en este caso no procede reconocer indemnización alguna en base a una conducta discriminatoria que no ha quedado acreditada.

*En sentido contrario, entendiendo que cabe la indemnización de daños y perjuicios en un caso de despido, véase STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021, nº 609 /2021. Rec. 286/2021, Sección Primera, Ponente Sra. García Álvarez: Lograda la calificación de nulidad del despido como consecuencia del estado de embarazo, el despido debe entenderse discriminatorio, por lo que resulta indiferente que la protección que otorga la nulidad derive de un previo acto de despido nulo por causa objetiva o subjetiva, intencional o no intencional. Es indiferente porque lo que tenía que haber hecho el empresario para evitarlo es excluir cualquier propósito contrario al derecho fundamental en juego, es decir, tenía que haber logrado la procedencia del despido. Tal es el diseño legal. Es así, porque no se puede aplicar una interpretación restrictiva de la protección reforzada. La razón radica en que en el despido de trabajadora embarazada concurre, por disposición legal, un indicio de vulneración de un derecho fundamental y precisamente por eso es nulo si no se declara su procedencia que es lo que destruye el indicio. Su nulidad tiene un basamento y causa constitucional. Entender lo contrario y concluir que se trata de causa de nulidad objetiva y que por tanto no presupone actuación vulneradora alguna por parte del empleador, como señalan las sentencias de la Sala de Madrid que se citan en la impugnación, supone desvincular la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas del derecho a la no discriminación por razón de sexo, esto es, del art. 14.2 del CE. O lo que es lo mismo, se rebaja la protección legalmente reforzada desde el prisma constitucional para situarla en un plano de protección de nulidad de estricta legalidad ordinaria: porque lo dice la ley es nulo, sin más consideraciones.

5.- de Madrid de 11 de febrero de 2022. Sentencia nº 118/2022. Rec.865/2021. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Torres Andrés.

Resumen: EFECTOS ECONÓMICOS DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA EN EL CASO DE LOS VARONES: DESDE LA DATA EN QUE ACCEDIÓ A LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN.

El TSJ estima el recurso del actor estableciendo que los efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica han de reconocerse desde que accedió a la pensión contributiva de jubilación.

A juicio del TSJ la lesión del derecho fundamental del actor se ha producido, en este caso, desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración del mismo, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva. Si el art. 60 LGSS (en la redacción vigente al momento de la solicitud) ha sido declarado discriminatorio por el TJUE, es porque ha sido discriminatorio desde siempre y no sólo durante los tres meses anteriores a la solicitud de la prestación. Consecuentemente, si ha existido vulneración de un derecho fundamental los efectos económicos no han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud. A mayor abundamiento, y por tratarse de doctrina consolidada del mismo TJUE, los efectos que este Tribunal atribuye a sus sentencias interpretativas del Derecho de la Unión son, por regla general, *ex tunc*.

* La cuestión planteada ha sido muy recientemente examinada por nuestro Tribunal Supremo en las sentencias de fecha 16/02/2022, dictadas por el pleno en unificación de doctrina en los recursos 2872/2021 y 3379/2021, que ponen de manifiesto lo siguiente:

“3. El contenido del precepto del RD Ley 8/15, que excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, objeto de consideración por el TJUE, se ha declarado constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19.12.1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que estableció que ese principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros de que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. La norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas

nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a ubicar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre, naturalmente, que, como hemos señalado en el párrafo anterior, se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichas exigencias se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres.”

6.- STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2022. Sentencia nº 177/2022. Rec. 952/2021. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Torres Andrés.

Resumen: PROFESOR DEL GOLF. RELACIÓN NO LABORAL. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. POSIBILIDAD DE CONVIVIR EN UN MISMO CENTRO PROFESORES CON RELACIÓN LABORAL Y OTROS CON RELACIÓN CIVIL.

El TSJ confirma la sentencia de instancia que apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción en materia de reclamación de derechos y cantidad.

La empresa Golf Park Entertainment, S.L., cuenta entre sus activos con unas instalaciones destinadas a la práctica de golf., denominado Centro de Golf, ubicado en el Parque Empresarial de La Moraleja, ofreciendo a sus clientes, entre otros servicios, la posibilidad de recibir clases de golf. Los actores vienen prestando sus servicios como profesores de golf en las instalaciones del Centro de Golf de la empresa demandada, en virtud de sucesivos contratos de arrendamiento de servicios. En función de la disponibilidad de cada uno de los actores transmitida a la empresa, se elabora por la demandada los cuadrantes de horarios y clases, en los que no se pueden incluir más clases sin autorización del profesor; los actores no están sujetos a horario de trabajo pueden rechazar las clases asignadas y traer al Centro de Golf clientes propios a los que imparten las correspondientes clases, previa inscripción de los mismos en la recepción del Centro de Golf. Los actores están de alta en el RETA desde el inicio de la relación con la demandada, han impartido clases de golf en diferentes campos de golf ajenos a la empresa demandada y se publicitan en redes sociales como empresarios autónomos profesionales del golf. Desde el inicio, los actores realizan funciones propias de profesor de golf, para lo que están habilitados con el título correspondiente. Las clases se imparten según los propios criterios de los actores como profesores titulados de golf. La empresa demandada únicamente exige el cumplimiento de las normas de funcionamiento de las instalaciones, de ubicación de clases, de etiqueta, de puntualidad y de recogida de material. La empresa demandada facilitaba a los actores para el desarrollo de su actividad un uniforme diferenciado al de los trabajadores de plantilla de la empresa demandada donde consta que son colaboradores externos; los actores tienen libertad de criterio para el uso del uniforme, impartiendo las clases en innumerables ocasiones sin utilizar el mismo. En los contratos suscritos por las partes se pactó una remuneración por hora de clase impartida; en ambos casos las horas impartidas al mes son muy variables de unos meses a otros, bajando en julio y septiembre, dejándose de prestar servicios en agosto. La empresa demandada cuenta con cuatro profesores de golf en plantilla, con quienes ha suscrito contrato de trabajo. Los profesores de golf de la empresa demandada con contrato de trabajo están sujetos a horario de trabajo, fichan al inicio y fin de su jornada de trabajo, deben permanecer en las instalaciones del campo de golf aunque no impartan clases, cuentan con un uniforme de trabajo, que deben usar obligatoriamente, diferente al de los actores y no pueden rechazar ninguna de las clases asignadas durante su jornada laboral. Mediante comunicación de fecha 13 de marzo de

2020, la empresa comunicó a los actores escrito suspendiendo sus contratos por la crisis sanitaria.

El TSJ sigue el criterio sentando en su sentencia (sección 1ª) de 24 de septiembre de 2.021 (recurso nº 582/21), bien que entonces en proceso de despido promovido por otro profesor de golf al servicio de la demandada con contrato civil de arrendamiento de servicios:

“(…) suscribimos los criterios de la sentencia recurrida para considerar no concurren las notas de ajenidad y dependencia consustanciales a una relación de trabajo regida por el ET, con base a lo siguiente: A).- Es el actor, y no la empresa demandada, quien determina a su conveniencia los días y las horas en que va a prestar sus servicios como profesor de golf, marcando él mismo su disponibilidad para impartir las clases en función de sus necesidades. B).- El actor no recibe órdenes e instrucciones directas sobre cómo y cuándo debe prestar sus servicios, más allá de meras indicaciones generales, por otra parte comprensibles, acerca del cumplimiento de normativa interna del centro, que se dan a cualquier proveedor de servicios externo de la Empresa. C).- El actor no debe fichar ni está sujeto al control de registro y jornada al que sí estaban sometidos los trabajadores por cuenta ajena. Su situación es bien distinta a la de los profesores de plantilla, los cuales tienen una jornada laboral determinada, dentro de la cual tienen obligación de estar a disposición de la empresa. D).- El actor dispone de su tiempo a conveniencia no debiendo justificar sus ausencias con partes de baja médica. Es él quien decide cuándo se ausenta con carácter prolongado y en vacaciones, no prestando servicios durante dichos períodos y, por lo tanto, no facturando durante este tiempo, ni recibiendo ninguna remuneración en contraprestación. Percibe una retribución variable, no fija, en función de las clases impartidas, no constando igualmente acreditado el abono de cuantía alguna durante el mes de agosto, como sí sucede en el caso de trabajadores por cuenta ajena. E).- El actor, a través de la mercantil (...), de la que es socio y administrador único, tiene sus propia infraestructura empresarial, facturando sus servicios, al menos desde 2014, no solo a GOLF PARK, sino a otros campos de golf y organizaba, en su condición de empresario, torneos, y competiciones, no siendo por lo tanto un mero vehículo interpuesto para disfrazar una situación de laboralidad (documentos 8 a 13 del ramo de empresa). (...) F).- Si bien la empresa demandada facilitaba a todos los profesores de golf equipamiento (parkas, jerséis, polos) para la impartición de clases con el logotipo de GOLF PARK ENTERTAINMENT S.L.), también se ha acreditado dicho equipamiento se diferenciaba del facilitado a los profesores que prestaban servicios por cuenta ajena en la medida que en el caso del actor y otros profesores autónomos aparecía serigrafiado la expresión ‘colaborador externo’, sin que el hecho de que algunos profesores autónomos no impartieran clases sin dicha equipación haya motivado sanción alguna por la empresa”, añadiendo luego: “(...) G).- No se nos oculta los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, ni lo que quepa deducir de la denominación que las mismas les otorgan, nomen iuris, principio que es propio tanto de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuanto del Derecho de la Unión

Europea, como lo evidencia el inciso final del apartado 8 de los antecedentes de la Directiva 2.019/1.152/UE, del Parlamento y el Consejo, de 20 de junio, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, ponga de relieve: ‘(...) La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación’. Pero en el caso presente las prestaciones reales y efectivas no conforman un panorama revelador de una relación laboral dependiente y por cuenta ajena. H).- No es comparable el caso presente con el examinado por esta Sala de lo Social del TSJ de Madrid en su sentencia, del Pleno, de 27 de noviembre de 2019, rec. 588/2019, con relación a los riders de Glovo, y que mereció ser refrendada por la del TS de de 25 de septiembre de 2020 (rec 4746/2019). Nótese que los recaderos de Glovo deben atenerse estrictamente a las instrucciones que le imparte la citada mercantil en lo tocante a la forma en que tiene que llevar a cabo su prestación, la cual ha de completarse como máximo en 60 minutos. La empresa, merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad desempeñada, lo que es una demostración palpable de que la tecnología aumenta la subordinación. Y no solo eso, tiene establecido un sistema de puntuación de los glovers o repartidores muy revelador de la sujeción al círculo rector empresarial clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si un repartidor lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio Glovo puede decidir bajarle de categoría. La puntuación del repartidor se nutre de tres factores: La valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa ‘horas diamante’. De alguna manera, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, se delegan estas funciones en los clientes. La puntuación máxima que se puede obtener es de 5 puntos. Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicarlo y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador. Esta puntuación no es baladí ya que el profesional puede abrir la APP (aplicación de software que se instala en dispositivos móviles o tablets) a una hora determinada en función de la puntuación que haya obtenido (los trabajadores de mayor puntuación tienen preferencia) y reservar la franja horaria en la que desean trabajar. La asignación de tareas en función de la puntuación previa es un claro síntoma de sujeción al poder de dirección y organización. Nada que ver con el caso del profesor de golf aquí recurrente”, acabando de este modo: “(...) I).- Tampoco es comparable el caso presente y sus circunstancias concurrentes con el de las sentencias referenciadas por el recurrente relativas a empresas con plataformas digitales. Estas han proliferado en los últimos años y se definen como intermediarias entre empresas oferentes de un determinado producto o servicio y clientes finales, poseyendo una aplicación de su propiedad que contiene un algoritmo diseñado con criterios que ellas fijan y que resultan desconocidos, con la finalidad de reducir costes y aumentar la productividad. Entre sus ventajas se señala una mayor libertad organizativa y mejores oportunidades de conciliación, efectos dinamizadores para colectivos que presentan dificultades de

empleabilidad, o en regiones afectadas por el estancamiento económico. Pero, al mismo tiempo, se destacan los riesgos que puede comportar en términos de intensificación del trabajo, mayor duración de las jornadas, y posibles mayores niveles de estrés, junto con el debilitamiento de los límites entre trabajo y vida privada. A lo que se añade una incertidumbre acerca de los ingresos económicos de los prestadores de estos servicios, sobre todo en determinadas plataformas como las que ofrecen microtarefas virtuales de escasa cualificación. Se han manifestado dudas sobre los niveles adecuados de seguridad y salud que, en la mayoría de estos casos, se trasladan a los propios prestadores de los servicios. La Comisión Europea ha afirmado que las plataformas pueden contribuir de manera importante al empleo y el crecimiento de la Unión Europea si se fomentan y desarrollan de manera responsable, mas advirtiendo de las preocupaciones que suscitan, la incertidumbre acerca de los derechos y las obligaciones en esas formas de negocio, entre las cuales ha señalado los límites menos claros que se advierten entre el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena [Comunicación de la Comisión Europea, Una Agenda Europea para la economía colaborativa, COM (2016) 356 final]. De ahí que esté impulsando, mediante iniciativas posteriores, un marco de transparencia de los derechos laborales en las relaciones de trabajo entre cuyos objetivos está ‘mejorar las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, especialmente a los que desarrollan su actividad en el marco de empleos no convencionales’. [Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, COM (2017) 797 final, de 21-12-2017]. La Comisión considera que la directiva propuesta ‘garantizará un nivel de protección universal básico en las formas contractuales existentes y futuras’, así como que ‘debe establecer el marco jurídico para una evolución positiva futura de nuevas formas flexibles de empleo’. También el Parlamento Europeo [Resolución de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa] ha destacado, junto a la importancia de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, la de respetar plenamente los derechos de los trabajadores manifestando una clara preocupación por la inseguridad jurídica de las normas aplicables. Dependen estas plataformas no solo de la imprescindible aplicación informática para cumplir su objeto social y conseguir el beneficio empresarial que persiguen (STJUE de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L. Asunto C-434/15), sino también de un contingente de prestadores del servicio. J).- Disponiendo el recurrente de una estructura empresarial propia mal cabe asemejar su situación a de la STS de 16 de noviembre de 2.017 (rec. nº 2.806/15), recaída en función unificadora, y referida a traductores e intérpretes que prestan servicios para una Administración Autónoma a través de una plataforma informática de la que es titular la empresa adjudicataria del servicio. Pues bien, para la Sala IV del TS existía en el caso por ella analizado una relación laboral teniendo en cuenta la presunción contenida en el art. 8.1 del ET por entender que se dan las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan la misma, dado que el actor asumió la obligación personal de prestar servicios de traducción e interpretación cuando le eran solicitados, aportando sus propios medios de trabajo y estando determinado su horario por las necesidades de los

órganos judiciales. El actor podía decidir acudir o no cuando era llamado, pero entonces corría el riesgo de que no volvieran a solicitarse sus servicios; además, percibía una retribución fija y periódica en función de la actividad desarrollada, constando carecía de estructura empresarial alguna, encontrándose inserto en la organización de la empleadora. Nada que ver tampoco con el caso aquí enjuiciado”.

7.- STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2022. Sentencia nº 288/2022. Rec. 131/2022. Sala de lo Social. Sección Segunda. Ponente Sr. López Parada.

Resumen: DESPIDO OBJETIVO POR CAUSAS PRODUCTIVAS Y ORGANIZATIVAS DERIVADAS DE LA PÉRDIDA DE LA CONTRATA. ¿EXISTE UN DEBER DE RECOLOCACIÓN? ¿SE PUEDEN CONTRATAR A NUEVOS TRABAJADORES? PERSPECTIVA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA LABORAL DE 2021.

El TSJ estima el recurso de la empresa y la absuelve de las consecuencias de la declaración de despido improcedente efectuada por la sentencia de instancia.

Consta probado que desde el comienzo de su relación laboral en 1993 la trabajadora ha prestado servicios para la empresa adscrita a la contrata para el cliente Unión Fenosa Distribución Eléctrica S.A. (UFD), ocupando el puesto de coordinadora técnica de un equipo de cuatro personas que trabajan en el mantenimiento de la base de datos de dicho cliente. Para ello tenía formación específica en el lenguaje y aplicación informática utilizados por UFD en el marco de la contrata.

El contrato de servicios entre la empleadora, Cibernos Consulting S.L. y UFD finalizó el 1 de diciembre de 2020. En el momento de terminación de la contrata la empresa no extingue el contrato de trabajo de la demandante, sino que pasa a disfrutar de vacaciones pendientes y la deja en la situación denominada “intercontratos”, a la espera de poder reubicarla en otra tarea, decidiendo que mientras se produce la reubicación le facilita formación. Durante ese periodo la trabajadora realiza un curso de inglés y actualiza su curriculum para presentación a otros posibles clientes de la empresa. Finalmente la empresa procede a la extinción del contrato de la trabajadora por causas objetivas el 11 de febrero de 2021.

Consta también que la empresa despidió a todos los trabajadores adscritos a dicha contrata, que la empresa cuenta con unos mil trabajadores y múltiples clientes y proyectos, que posteriormente a la extinción del contrato la empresa ha realizado diversas contrataciones.

Para la sentencia de instancia si bien han quedado acreditadas las causas productivas por el descenso de volumen de ocupación y servicios debido a la finalización de la contrata con UFD el despido no está justificado porque el despido no se presenta como racional en términos de eficacia de la organización empresarial, considerando que por el tamaño de la empresa y su plantilla surgen otros proyectos y contratos e incluso se ha producido la contratación de otros trabajadores, cuyo perfil no se refleja, pero que “no puede ser muy diferente al de la actora”. Dice que ésta lleva prestando servicios más de veinte años y tienen sobrada experiencia al menos en una aplicación y lenguaje, por lo que no sería difícil su reajuste. Por tanto persiste la necesidad de personal y la trabajadora cuenta con suficiente capacitación.

La doctrina actual del Tribunal Supremo aplicable al caso de autos está recogida en la sentencia de la Sala Cuarta de 11 de enero de 2022, RCUUD 4890/2018, que es la que aquí el TSJ aplica en relación a dos puntos:

a) Si la pérdida de una contrata justifica por sí misma un despido objetivo por causas productivas al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores o es preciso también que la empresa acredite que no existe posibilidad de recolocación de la trabajadora;

b) Si la contratación de nuevos trabajadores por la empresa después del despido desvirtúa dichas causas y lleva a la declaración de improcedencia del despido.

Para el TSJ:

a) La extinción de la contrata es causa productiva que justifica a priori la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores que prestaban servicios para la misma, adscritos a dicha contrata, al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores;

b) El empresario no tiene la obligación de recolocar a dichos trabajadores a otros puestos vacantes.

c) No obstante no puede admitirse la procedencia del despido cuando dicha medida presente una “patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores”, pero en este caso no aparecen tales elementos, porque la finalización de la contrata implica que la prestación de los servicios de los trabajadores que servían la misma deviene innecesaria y no existe desproporción cuando solamente se extinguen los contratos de dichos trabajadores adscritos y cuya completa prestación de servicios se justificaba por dicha contrata.

Para el TSJ existe causa suficiente y proporcionada para el despido practicado, sin obligación de recolocación en la empresa. Lo que falta por ver entonces es si la existencia de contrataciones posteriores al despido desvirtúa la causa y justifica la declaración de improcedencia, como ha establecido la sentencia de instancia.

Pero el TSJ avisa : Esta solución habría de modificarse tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Dicha reforma legislativa suprime la modalidad contractual temporal por obra o servicio y también excluye expresamente como causa de temporalidad “la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa” (artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores). Por otra parte

el nuevo texto del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores transforma la figura de los trabajadores fijos discontinuos en una modalidad de trabajo a llamada, a modo de bolsa de empleo y en el artículo 16.4 dice expresamente:

“Cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”.

Esto implica a juicio de la Sala que tras la finalización de una contrata no es posible despedir a un trabajador al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores basándose en dicha finalización hasta que no hayan transcurrido tres meses (o el periodo de espera que establezca el convenio colectivo), que es la situación que la empresa denomina “intercontratos”, tras el cual ya la empresa queda habilitada para “adoptar las medidas coyunturales o definitivas que procedan”. Y lógicamente ese periodo de espera implica una obligación de recolocación del trabajador, aunque sea en términos imprecisos, de manera que si se acredita que hubo posibilidades de tal recolocación durante el mismo el despido no puede ser considerado procedente. A juicio de la Sala estas previsiones son aplicables en el caso de todos los trabajadores adscritos a una contrata, porque el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores los incluye a todos en su regulación, aunque la prestación de servicios para la contrata se extienda durante varios años. Pero esta norma ha sido introducida por la nueva reforma laboral de 2021 y no es aplicable a este caso *ratione temporis*.

Por último, y en cuanto a las nuevas contrataciones y siguiendo a la STS citada de 11-1-22:

- a) Si las contrataciones se producen para la misma unidad productiva (el mismo centro de trabajo o para la misma contrata) corresponde a la empresa acreditar que tales contrataciones y excesos de jornada obedecían a necesidades coyunturales y, aun en ese caso, que no podían realizarse por el trabajador despedido;
- b) Si las contrataciones se producen para diferente unidad productiva (distinto centro de trabajo o distinta contrata), la ausencia de obligación empresarial de recolocación exime a la empresa de acreditar nada.

En el caso examinado por el TSJ estamos ante el segundo de los supuestos, porque es evidente que las nuevas contrataciones, aunque no sepamos nada sobre las mismas, no pueden haberse producido dentro de la misma unidad productiva (la misma contrata), puesto que dicha unidad productiva había desaparecido con la finalización de la contrata.

8.- STSJ de Madrid de 25 de marzo de 2022. Sentencia nº 307/2022. Rec. 38/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sra. Morales Vállez.

Resumen: CONCURSO OPOSICIÓN PARA PERSONAL LABORAL FIJO DEL AYUNTAMIENTO DE MÓSTOLES SIN QUE EN LAS BASES DE LA CONVOCATORIA SE HAYA PREVISTO PERIODO DE PRUEBA. LA SUSCRIPCIÓN DE UN PERIODO DE PRUEBA DE SEIS MESES POR QUIEN SUPERÓ LAS PRUEBAS SELECTIVAS NO ES EFICAZ Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTES DE LA EXPIRACIÓN DE LOS SEIS MESES EQUIVALE A UN DESPIDO IMPROCEDENTE CORRESPONDIENDO LA OPCIÓN ENTRE LA INDEMNIZACIÓN O LA READMISIÓN AL TRABAJADOR Y NO AL AYUNTAMIENTO.

El TSJ estima el recurso del trabajador y declara la improcedencia del despido concediendo al recurrente el derecho a optar entre la indemnización o readmisión.

El actor participó en las pruebas selectivas para cubrir 5 plazas, ampliadas a 7, de trabajador social del Ayuntamiento de Móstoles, correspondientes a la Oferta de Empleo Público del año 2016.

Por Decreto de 17-12-2019 se resuelve que se proceda a la contratación laboral fija de las personas relacionadas con la categoría de trabajador social en las plazas y puestos que por riguroso orden de selección elijan, siendo el actor el que figura en último lugar.

El actor firmó contrato de trabajo indefinido el 13-1-2020 con la categoría de Grupo A2 para prestar servicios como trabajador social en el Ayuntamiento de Móstoles, a tiempo completo, estipulándose en la cláusula cuarta un período de prueba de seis meses. En las bases de la convocatoria no se previno periodo de prueba alguno.

Al demandante se le reconocieron como servicios prestados en otras Administraciones Públicas a efectos de antigüedad como técnico diplomado especialista 3 años y 5 meses y 21 días, y 11 años y 5 meses y 12 días por servicios en la Comunidad de Madrid.

Por Decreto del Concejal de Recursos Humanos, Tecnológicos y Financieros, de 2 de junio de 2020, considerando que el demandante fue contratado mediante contrato laboral indefinido el 13-1-2020, y que el período de prueba era de seis meses, que no ha concluido y visto el informe del Director de Personal, se acuerda resolver el contrato laboral por no superación del período de prueba, extinguiéndose a todos los efectos la relación laboral que le vincula a este Ayuntamiento.

El actor ha precisado supervisión y asistencia constante desde que se incorporó al Departamento de Servicios Sociales, requiriendo continua enseñanza. Ha tenido una persona siempre de apoyo. La Responsable ha recibido quejas de las compañeras por sus continuas preguntas. A pesar de la ayuda recibida no ha mejorado en su prestación laboral. Aún hay expedientes tramitados por él que deben ser corregidos.

El artículo 33.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, relativo a la adquisición de la condición de personal laboral fijo, establece que *“Transcurrido el período de prueba que se determine en cada convocatoria, el personal que lo supere satisfactoriamente adquirirá la condición de personal laboral fijo”*.

A juicio del TSJ, y conforme a lo dispuesto en el citado precepto, cada convocatoria ha de establecer el período de prueba necesario para adquirir la condición de personal laboral fijo, de manera que, conforme determina el artículo 15.4 del citado Real Decreto, *“las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas”*, y estas no pueden ser modificadas después de su publicación, como señala el artículo 15.5 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por lo que habrá de estarse a su contenido, y por ello, y en una interpretación *a contrario sensu* es evidente que al no haberse establecido en la convocatoria período de prueba alguno, no puede condicionarse la fijeza de los participantes en la convocatoria que superaron la oposición, a ningún período de prueba, y ello, obviamente, dadas las características de este sistema de acceso a la función pública, sea como funcionario o como personal laboral, por el procedimiento de la oposición, que vista la regulación antes expuesta, resulta incompatible con la fijación de un período de prueba, por las siguientes razones:

1ª.- El artículo 23.2 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, con los requisitos que señalen las Leyes, y el 103.3 de la misma norma, exige que el acceso a la función pública se lleve a efecto de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

2ª.- Para que ello sea así, el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, exige que las Administraciones públicas seleccionen a su personal *“mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”*.

3ª.- La garantía de la observancia de las exigencias constitucionales, viene dada por la imparcialidad del Tribunal designado para juzgar el mérito y la capacidad de los opositores y por la aplicación igualitaria a todos ellos de las bases de la convocatoria que es la que rige el proceso selectivo.

4ª.- Así, la resolución del Tribunal de la oposición, conforme hemos visto, es vinculante para el Ayuntamiento de Móstoles, de manera que éste no puede alterar la lista de aprobados, ni dejar de adjudicar a los mismos, siempre que cumplan todos los requisitos formales exigidos por la convocatoria.

5ª.- La supeditación de la adjudicación definitiva de una plaza a quien haya superado una oposición como la que aquí nos ocupa -en la que era necesario demostrar la capacidad para el desempeño de las funciones correspondientes a cada categoría, valorándose la especial habilidad y destreza en su realización- a un previo período de prueba que supondría, a la luz del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, la posibilidad de desistir del contrato sin necesidad de justificación alguna, resulta contra natura, siendo claramente inconstitucional, ya que desvirtuaría absolutamente el mandato de la Constitución y las previsiones legales para garantizar el acceso a la función pública del personal laboral de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, dejando sin efecto la decisión del Tribunal calificador que los garantiza y a la que está vinculado, en este caso, el Ayuntamiento de Móstoles, pues, independientemente de cuál fuera la lista de aprobados, permitiría que el superior jerárquico pudiera impedir tal acceso desistiendo, a su libre albedrío, del contrato de todo aquel que considerase oportuno, obviando todas las normas que regulan la incorporación del personal laboral fijo a las Administraciones Públicas, lo que llevaría a incitar, concitar y facilitar todo tipo de actuaciones fraudulentas posibilitando la contratación de personal interino o el mantenimiento indefinido del mismo en plazas inicialmente adjudicadas a los aprobados, deviniendo en fin estéril y superfluo todo el proceso selectivo y la función del Tribunal y vulnerando el artículo 103.3 de la Constitución, así como los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica que junto con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantiza el artículo 9.3 de la Suprema norma.

Así pues la cláusula cuarta del contrato de trabajo indefinido suscrito entre las partes con fecha 13/01/2020 es nula y vulnera la Constitución, la Ley y las bases de la convocatoria rectora del proceso de selección (concurso oposición libre) que superó el actor, careciendo totalmente de eficacia. Y así lo ha entendido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sus Sentencias nº 786/2013, de fecha 18/10/2013, recaída en el Recurso nº 1527/2013; y 304/2002, de fecha 23/04/2002, recaída en el Recurso nº 5686/2001.

La extinción del contrato equivale en este caso a un despido improcedente correspondiendo la opción entre indemnización o readmisión al actor, sin que ello, a criterio de la Sala de suplicación, suponga desconocer la doctrina del Tribunal Supremo que se contiene entre otras en su Sentencia de fecha 04/11/2010, recaída en el Recurso nº 88/2010, en la que se efectúa una interpretación literal del artículo 96.2 del RDLeg 5/2015, de 30 de octubre, pues si no se le diera la opción al trabajador, y la opción le correspondiera al AYUNTAMIENTO DE MÓSTOLES, y éste optara por la indemnización, se estaría burlando la finalidad del proceso selectivo para cubrir las plazas de trabajador social del Ayuntamiento de Móstoles, que el demandante ha superado y que determinó su contratación laboral fija.

9.- de Madrid de 4 de abril de 2022. Sentencia nº 230/2022. Rec. 861/2021. Sala de lo Social. Sección Sexta. Ponente Sra. Molina Gutiérrez.

Resumen: AGRESIÓN A COMPAÑERO. CONTINGENCIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL AL GUARDAR RELACIÓN CON EL TRABAJO.

El TSJ confirma la sentencia de instancia que declaró la contingencia profesional de la IT y desestima el recurso de la empresa.

A juicio de la Sala de suplicación en ninguna infracción ha incurrido la juzgadora de instancia, pues ha resultado acreditado, y no se combate, que sobre las 13:40 horas del día 6 de junio de 2020 cuando el actor salía de la cabecera de la línea de autobuses 5 y 150, mantuvo una discusión con un compañero de trabajo, quien le agarró por la mochila tirándolo al suelo, ocasionándole como consecuencia de la caída lesiones en el codo, dolor en la escápula y en las cervicales, desencadenando un proceso de baja laboral que se extendió entre los días 17 de junio a 31 de julio de 2020. Como se observa, consta que estos hechos acontecieron en el lugar de trabajo, y precisamente al momento de salir el trabajador lesionado de la cabecera del vehículo, lo que permite colegir la presencia del necesario nexo causal a que se refiere el apartado primero del artículo 156 de la LGSS que se cita como infringido, al no impedir la calificación de un accidente como de trabajo la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

10.- STSJ de Madrid de 29 de abril de 2022. Sentencia nº 386/2022. Rec. 145/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sra. Morales Vállez.

Resumen: DESPIDO ANUNCIADO EN DIRECTO EN EMISIÓN DE MÁXIMA AUDIENCIA DE TRABAJADOR DE CRÓNICA ROSA. DESPIDO NULO CON VULNERACIÓN DE DERECHO AL HONOR.

El TSJ confirma el fallo de la sentencia de instancia que declaró la nulidad del despido con vulneración del derecho fundamental al honor, pero eleva la indemnización por daños morales (de 50.000 a 120.000 euros), desestimando el recurso de la empresa.

En el concreto supuesto que se somete a la consideración de la Sala nos encontramos ante un despido disciplinario que se comunica al actor en directo, a través de un programa audiovisual de máxima audiencia, con fuerte repercusión mediática y en redes sociales, que se sustenta en las declaraciones realizadas por su ex -mujer a través de una serie documental en la que relató ciertos episodios de maltrato físico y psicológico durante su relación conyugal y aun después de la crisis matrimonial, tal y como se relata en la comunicación extintiva remitida por burofax y con una finalidad espuria, cual es aumentar el nivel de audiencia o share del programa, si tenemos en cuenta la escenificación que se efectúa del programa y el rotulo proyectado durante su emisión.

Y es claro que aquí no puede aplicarse la *exceptio veritatis* a la base fáctica que sustenta las manifestaciones expresadas por su empleadora la mercantil LA FABRICA DE LA TELE, S.L., en directo en un programa audiovisual de máxima audiencia, con fuerte repercusión mediática y en redes sociales, pues resulta manifiesto que se han comunicado una serie de circunstancias fácticas y no fácticas, con conocimiento de que lo transmitido era falso o con manifiesto desprecio hacia la veracidad de la noticia, sustituyendo una verdad objetiva, empíricamente constatable, por una verdad subjetiva. Y es que, en relación con la emisión de juicios de valor, al medio de comunicación y a los presentadores y colaboradores del programa les es perfectamente exigible también la obligación de respetar la buena fe.

Al no sustentarse lo comunicado, por tanto, en una información veraz, sino en el relato subjetivo, parcial e interesado de su ex - mujer, habida cuenta el sobreseimiento provisional de la causa penal seguida a su instancia, la protección del derecho a la libre comunicación se ve reducida y confrontada de forma inmediata con la preservación del derecho al honor de la persona a quien se refiere el contenido de la comunicación y así, la repercusión de las manifestaciones sujetas a examen sobre el derecho al honor y la reputación del actor no puede negarse, máxime al constar en las actuaciones que desde su despido disciplinario no ha participado en ningún programa de entretenimiento, ni reality show en televisión.

Y, al no poder ampararse el menoscabo del derecho al honor sufrido por el demandante en el legítimo ejercicio del derecho a la información de su empleadora la mercantil LA FABRICA DE LA TELE, S.L., no queda sino concluir en la vulneración del derecho al honor, con la consiguiente declaración de nulidad del despido.

11.- de Madrid de 27 de mayo de 2022. Sentencia nº 507/2022. Rec. 87/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Asenjo Pinilla.

Resumen: DERECHO AL DISFRUTE DE LAS VACACIONES ANUALES: NO PUEDE ENTENDERSE CADUCADO POR EL MERO TRASCURSO DEL AÑO SIN HABERLAS PREVIAMENTE REIVINDICADO. SUPERACIÓN DE LA DOCTRINA TRADICIONAL POR EL TJUE.

El TSJ revoca la sentencia de instancia y, estimando el recurso de la trabajadora, reconoce el derecho de las vacaciones así como su importe de 1.415,75 euros por la anualidad de de 2020.

En este orden de cosas hay que destacar la evolución que se ha producido en materia vacacional. Su origen es la interpretación dada por parte del TJUE, sobre las Directivas 2000/24/CE y 2003/88/CE; por ejemplo en las sentencias de 22-11-2011, C-214/2010, de 24-1-2012 C-282/2010, y de 21-6-2012, C-78/2011. Incluso, tales resoluciones dieron lugar a un cambio normativo –Ley 3/2012, disposición final 1.4-, en el que hoy es el art. 38.3, del Estatuto de los Trabajadores (ET) -Real Decreto Legislativo 2/2015-.

Pero la sentencia más relevante a los fines que nos ocupan, es la de 29-11-2017, C-214/2016. Señala en su parágrafo 58, que: “...*el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede interpretarse de manera restrictiva.... Así pues, toda excepción al régimen de la Unión en materia de ordenación del tiempo de trabajo establecido por la Directiva 2003/88 debe ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que dicha excepción permite proteger...*”. Continúa el 60, destacando que: “...*la apreciación del derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador...no está ligada a una situación en la que su empresario se haya encontrado con períodos de ausencia de éste que, al igual que una baja por enfermedad de larga duración, le hayan ocasionado dificultades en cuanto a la organización del trabajo. Al contrario, dicho empresario pudo beneficiarse, hasta la jubilación de su trabajador, del hecho de que éste no interrumpiera sus períodos de actividad profesional a su servicio para disfrutar de vacaciones anuales retribuidas...*” Y el 62, refiere que: “...*la propia constitución del derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede supeditarse a ningún requisito, toda vez que la Directiva 2003/88 confiere directamente ese derecho al trabajador. Por lo tanto,..., carece de pertinencia la cuestión de si, a lo largo de los años,...presentó o no solicitudes de vacaciones anuales retribuidas...*”. Visto lo cual, el 63, indica que: “...*resulta que, contrariamente a una situación de acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutar de tales vacaciones por causa de enfermedad, el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias...*”. Y el 64, que: “...*admitir, en tales condiciones, la extinción de los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos por el trabajador implicaría validar un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento sin causa del empresario que sería contrario al*

objetivo mismo de la citada Directiva de preservar la salud del trabajador...”. Mientras que el 65, establece y a modo de colofón, que: “...el artículo 7 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador no puede aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones...”.

* Véase, alineándose con este criterio, STSJ de Madrid de 31 de enero de 2022, nº 41/2022, Rec. 691 /2021, Sección Sexta: Guionista de series de TV: derecho al abono de las vacaciones no disfrutadas en su relación laboral al terminar esta y no existir una conducta activa y transparente de la empresa advirtiendo sobre la necesidad de disfrutarlas y que se puede perder el derecho. El TSJ, después de repasar la doctrina del TJUE sobre el particular, destaca la importancia de la sentencia de 6-11-18 (C-684/169, especialmente su párrafo 45: “*el empresario debe, en particular, velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso, formalmente a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga autorizado*”.

12.- STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2022. Sentencia nº 494/2022. Rec. 307/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: CAMBIO DE DOCTRINA. EXTINCIÓN DE CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE CON LA COMUNIDAD DE MADRID CON DURACIÓN INUSUALMENTE LARGA DE CUATRO AÑOS SUSCRIBIÉNDOSE 37 DÍAS DESPUES UN NUEVO CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE. EXISTE UN INTERÉS LEGÍTIMO Y ACTUAL PARA RECLAMAR POR LA EXTINCIÓN DEL PRIMER CONTRATO AUNQUE LA RELACIÓN LABORAL SE HAYA RETOMADO CON LA SUSCRIPCIÓN DEL NUEVO CONTRATO DE INTERINIDAD. DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN DE 20 DÍAS POR AÑO.

El TSJ revoca la sentencia de instancia y reconoce el derecho a ser indemnizada con 20 días por año de servicio.

La actora en el proceso comenzó a prestar servicios para el Organismo Autónomo Agencia Madrileña de Atención Social, en la Residencia de Ancianos Vista Alegre, con la categoría profesional de auxiliar de servicio, en virtud de contrato temporal suscrito el 19 de septiembre de 2017, bajo la modalidad de interinidad por vacante, que tenía por objeto el desempeño de la plaza número 47.294, vinculada a la cobertura de concurso de traslados "que se convoque".

Mediante escrito de 21 de septiembre de 2021 la Agencia le comunicó la rescisión de la relación laboral con efectos del último día de ese mismo mes, por finalización de contrato.

El 28 de octubre de 2021, el Organismo demandado volvió a contratar temporalmente a la trabajadora con idéntica categoría profesional para ocupar la plaza vacante número 21.334, en el mismo centro de trabajo, vinculada a la Oferta de Empleo Público de puestos incluidos en el Decreto 2018.

En la demanda la interesada solicitó con carácter principal que se calificase como despido improcedente el cese producido el 30 de septiembre de 2021 al haber superado la duración del contrato el plazo máximo de tres años establecido en el art. 70 del Estatuto Básico del Empleado Público y, de manera subsidiaria, que se condenara a su empleadora al abono de una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio.

La sentencia de instancia desestimó la demanda sobre la base de que la relación laboral no se había extinguido habida cuenta que tras la comunicación de cese había proseguido la prestación de servicios, sin práctica solución de continuidad, en el mismo centro de trabajo y con igual categoría profesional, siguiendo el criterio adoptado por la Sala de suplicación en sentencia de 30 de junio de 2021 (Rec. 346/2019), cuya fundamentación transcribe, dictada en un supuesto en el que la demandante, el mismo día en que se produjo la finalización del contrato de interinidad por vacante a tiempo completo, suscribió un contrato de interinidad por sustitución a tiempo parcial para prestar servicios por la Comunidad de Madrid, con la misma categoría profesional y en el mismo centro de trabajo, argumentando este Tribunal que la pretensión de que se declarara que había sido objeto de un despido improcedente no podía prosperar al no haberse extinguido la relación laboral.

En el plano doctrinal, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha mantenido posiciones divergentes a la hora de determinar si los trabajadores temporales que inmediatamente o poco después de la notificación del cese por finalización de contrato conciertan un nuevo contrato temporal con un objeto distinto del anterior, tienen acción para impugnar el cese en base a la existencia de fraude de ley en la contratación temporal.

No obstante, una reconsideración de la cuestión planteada, a la luz tanto del principio constitucional "por actione" y de la doctrina comunitaria en materia de contratación temporal como de la decisión adoptada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 2020 (Rec. 3116/2018), de estimar correcta la doctrina fijada por la sentencia del TSJ de Madrid en la dictada el 25 de mayo de 2012 (Rec. 1777/2012), citada como referencial, en la que se rechaza la excepción de falta de acción en un supuesto similar al enjuiciado, lleva a la sentencia anotada a una solución distinta de la que aplica la sentencia de instancia, por las razones que pasamos a exponer.

A) En primer lugar, la circunstancia de que la actora, 38 días después de que surtiese efectos el cese que impugna, suscribiese un nuevo contrato temporal con el objeto anteriormente descrito no constituye un hecho sobrevenido que le impida acudir a los juzgados laborales con la finalidad de que previo reconocimiento de que la relación que le unía a la Agencia tenía carácter indefinido en la fecha de su ruptura se declare que la decisión empresarial constituyó un despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes, incluida su eventual readmisión como trabajadora indefinida no fija con abono de los salarios dejados de percibir, o subsidiariamente que se condene a la demandada a abonarle la indemnización postulada en atención a la duración del contrato primigenio. La trabajadora tiene un interés concreto y actual en mantener su pretensión pues de prosperar obtendría una ventaja o beneficio real y no meramente potencial.

Puede sostenerse con lógica que la acción de despido no era la única opción con la que contaba la interesada, disponiendo de otras alternativas, como la de desistir de la demanda y plantear una reclamación con el objeto de que se reconociese la indefinición de la relación a partir del carácter fraudulento del primer contrato o de ambos en su consideración conjunta, pero no existen argumentos fundados que permitan imponer esa vía en detrimento de la escogida, restringiendo el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva con posibles consecuencias desfavorables para la trabajadora, como sucederá si encuentra otro empleo y causa baja voluntaria en la Agencia.

En este punto, conviene resaltar que si de conformidad con una doctrina constitucional reiterada y notoria, las normas que regulan el acceso al proceso no pueden ser interpretadas de manera formalista y restrictiva, sino de forma amplia y favorable a la efectividad del derecho fundamental de los ciudadanos a obtener la tutela de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, ninguna disposición legal o doctrina jurisprudencial supedita la viabilidad de la acción contra la resolución del contrato temporal a la que alude el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores a que el interesado no haya sido contratado nuevamente por su empleadora mediante otro contrato temporal, por lo que resulta contrario al principio "pro actione" imponer un condicionamiento que además no se puede calificar de razonable y que impide obtener una resolución sobre el fondo del asunto.

B) En segundo término, no puede decirse que la prestación de servicios mediante un nuevo contrato temporal prive de objeto a la pretensión ejercitada por la actora en el presente litigio, que no se reduce a una genérica aspiración de que la Comunidad de Madrid respete las normas en materia de contratación temporal, sino que constituye una reacción digna de protección jurisdiccional frente a un acto extintivo de la relación laboral que considera ilícito, medida cuyos efectos en la esfera jurídica no borra la contratación ulterior. Ésta tampoco vino a suponer la satisfacción extraprocesal de la pretensión, pues la empleadora no reconoce el carácter indefinido de la relación ni ha abonado a la demandante los salarios dejados de percibir durante el período de inactividad laboral.

Por lo demás, la solución que se ha de dar al problema debatido no puede depender de la calificación jurídica que se atribuya al cese impugnado. Piénsese en la situación que se produce si el trabajador afectado, posteriormente contratado, solicita que se declare la nulidad del cese por fin de contrato lesivo de sus derechos fundamentales con las consecuencias correspondientes. Cabría preguntarse si también en ese caso la nueva contratación sería un obstáculo a la viabilidad de la acción.

C) En tercer lugar, la celebración del segundo contrato no supone, en principio, salvo que se aprecie la existencia de fraude en la contratación temporal, una novación modificativa de la relación laboral. La surgida como consecuencia del anterior contrato de interinidad por vacante se extinguió, a todos los efectos, en virtud de la decisión unilateral de la Agencia de darla por concluida el 30 de septiembre de 2021, lo que justifica el ejercicio de la acción de despido, y la iniciada días más tarde lo fue en virtud de un contrato que aún concertado bajo la misma modalidad respondía a diferente causa objetiva (la cobertura de otra plaza vacante).

En definitiva, la rúbrica del segundo contrato no supuso la renovación del primigenio, anteriormente extinguido, sino la suscripción de uno nuevo con un objeto diverso. Con su firma, la Agencia no trató de revivir y reanudar la relación laboral previa, no existiendo ningún dato o elemento indiciario que apunte en esa dirección, sino alumbrar otra nueva.

No permite llevar a conclusión diferente la circunstancia de que la demandada pudiese llegar a reconocer el tiempo de servicios previo en orden al devengo del complemento de antigüedad, lo que en el presente caso ni siquiera ha quedado demostrado.

D) Una cuarta razón en favor de la tesis defendida atiende al dato de que el planteamiento de la acción de despido está sujeto a un plazo breve de tal modo que si la persona trabajadora no impugna dentro del mismo el cese por fin de contrato ante la eventualidad de una nueva contratación puede exponerse a que el transcurso del tiempo determine la improsperabilidad de su reclamación por caducidad de la acción.

E) La quinta razón la encontramos en el contenido de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de de 28 de octubre de 2020 (Rec. 3116/2018) de la que se ha dado noticia.

F) Un último argumento que refrenda los anteriores conecta con la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando la cláusula 5 del

Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, criterio que ha sido asumido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como más adelante se expone, tendente a evitar la perpetuación de las relaciones de trabajo de las personas que son contratadas por las Administraciones Públicas para ocupar plazas vacantes. Bajo ese prisma, la posibilidad de ejercitar la acción de despido frente al cese por finalización de uno de los contratos de la serie, aunque poco después se haya concertado otro nuevo para desempeñar otro puesto vacante, constituye un instrumento legal más para combatir el uso abusivo de la contratación temporal.

Por consiguiente, acreditando la actora un interés legítimo y actual, digno de tutela, en que se resuelva la pretensión de despido ejercitada en la demanda rectora de autos, procede estimar rechazar el óbice procesal que a su enjuiciamiento apreció la sentencia de instancia y estimar el motivo analizado.

La duración del contrato temporal fue inusualmente larga al alcanzar un total de cuatro años, sin que se haya acreditado que la entidad que la empleó actuase con la diligencia necesaria para evitar esa situación. Por lo demás, la inclusión de la plaza que ocupaba en un concurso de traslados no estaba rodeada de complicación alguna.

Corolario de cuanto se deja expuesto es que el contrato celebrado con la actora en la fecha indicada se transformó en indefinido no fijo al superar su duración el umbral fijado en el art. 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público sin que se aprecie ningún factor que pueda justificar la inactividad de la Administración. Por consiguiente, la trabajadora - que no cuestiona que el puesto que ocupaba hubiese quedado cubierto el 30 de septiembre de 2021 - tiene derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio que reclama con carácter subsidiario, de acuerdo con la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 9 y 12 de mayo y 19 de julio de 2017 (Rec. 1806/15, 1717/15 y 4041/15), reiterada, entre las más recientes, en las de 2 y 23 de febrero y 8 y 23 de marzo de 2022 (Rec. 4966/2018, 3724/2018, 4210/2018 y 1236/2020, respectivamente), según la cual el personal indefinido no fijo del sector público tiene derecho a percibir una indemnización por ese importe cuando la empleadora rescinde el vínculo por haberse ocupado la plaza que desempeñaba por quien la obtuvo de resultados del correspondiente proceso reglamentario.

Procede, por todo lo razonado, estimar el recurso de suplicación en su pretensión subsidiaria, revocando la sentencia de instancia y condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 4.573,21 euros en concepto de indemnización, calculada en función del salario de 1.689,88 euros mensuales declarado probado y del tiempo de servicios cumplido bajo el contrato cuya extinción se impugna (cuatro años y doce días).

* Véase en esta misma dirección STSJ Madrid, Sección 1ª, de 30 de junio de 2022, nº 624/2022, Rec. 499/2022.

13.- STSJ de Madrid de 3 de junio de 2022. Sentencia nº 531/2022. Rec.330/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE VINCULADA AL PRIMER CONCURSO DE TRASLADOS QUE SE CONVOCA Y RESUELVE EN EL PLAZO DE TRES AÑOS TOMANDO POSESIÓN LA TITULAR DE LA PLAZA UN AÑO Y MEDIO DESPUÉS A LA RESOLUCIÓN. NO HAY UNA RELACIÓN INDEFINIDA NO FIJA, NI UN DESPIDO IMPROCEDENTE, NI DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DE 20 DÍAS. VOTO PARTICULAR.

EL TSJ confirma la sentencia de instancia que desestima la demanda tendente a la declaración de una relación laboral indefinida no fija con derecho a indemnización por despido improcedente o subsidiariamente de 20 días por año.

La actora vino prestando sus servicios para la demandada Comunidad de Madrid desde 29.05.2017, con la categoría profesional de auxiliar de control e información en el centro de trabajo Jaime Ferrán Clúa, mediante contrato de trabajo temporal de interinidad, “para ocupar la vacante número XXX vinculada a la cobertura del primer concurso de traslados que se convoque”. El referido concurso fue convocado por Orden de 19 de julio de 2019 siendo una las vacantes ofertadas la ocupada por la actora, y se solventó de manera parcial por resolución de 9 de abril de 2020, que adjudicó la plaza a D^a XXX, que tomó posesión el 1 de octubre de 2021 tal como consta en la prueba documental aportada por la parte demandada a la que remite el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia. La demandada hizo entrega a la actora de comunicación de cese de contrato, de efectos de 30 de septiembre de 2021.

En su recurso la actora denuncia en su primer motivo infracción del art. 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público para llevar a cabo la cobertura de puestos vacantes, por lo que la decisión extintiva impugnada, en su opinión, constituyó un despido improcedente, con las consecuencias jurídicas previstas legalmente. En el segundo motivo, subsidiario del inicial, señala como vulnerada la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 2021 (Rec. 3263/2019). En su desarrollo insiste en que la superación del límite de los tres años determinó la conversión de la relación en indefinida no fija, por lo que en todo caso tiene derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Se desestima el recurso con base a las consideraciones que siguen:

1º) El 19 de julio de 2019, dos años y dos meses después de contratar a la demandante, la Comunidad de Madrid convocó concurso general de traslados, en el que estaba incluida la plaza que desempeñaba en régimen de interinidad, sin que se haya acreditado que la Administración incurriese en una demora censurable atendiendo a las características del concurso, comprensivo de un elevado número de plazas.

2º) El 9 de abril de 2020, ocho meses y medio después de la convocatoria, el concurso se decidió parcialmente, mediante resolución en la que figuraba la plaza ocupada por la

actora, período que no puede considerarse excesivo, máxime si se tiene en cuenta que, según señala la sentencia combatida, obedeció, al menos en parte, al impacto de la COVID-19.

3º) De los datos precedentes se desprende que la Comunidad cumplió en tiempo y forma su obligación de organizar el concurso de traslados al que vinculó la contratación temporal de la ahora recurrente y que lo resolvió antes de que transcurriera el plazo de tres años contados desde la fecha de su ingreso.

4º) La trabajadora que obtuvo la plaza en el concurso mencionado tomó posesión de la misma el 1 de octubre de 2021, un año y medio después de la resolución que se la adjudicó, demora que no puede justificar la transformación del contrato de la demandante en indefinido en virtud de tres órdenes de consideraciones. De un lado, se trata de un plazo que no puede calificarse de manifiestamente excesivo y lo que es más importante no se acredita que el retraso trajese causa de la desidia de la Administración. Por otra parte, el dato debe ser valorado en el contexto de la crisis sanitaria vivida en dicho arco temporal. Por último, la actora, desde el mes de abril de 2020 era plenamente consciente de que la plaza se había cubierto y de que tal circunstancia determinaría la finalización de su contrato en el momento en que la trabajadora adjudicataria tomase posesión de la misma, sin margen a duda razonable alguna, como así sucedió.

*Misma doctrina es de ver en sentencia de la Sección 1ª de 30 de junio de 2022, nº 632/2022, Rec. 480/2022.

14.- de Madrid de 15 de junio de 2022. Sentencia nº 608/2022. Rec. 442/2022. Sala de lo Social. Sección Segunda. Ponente Sr. López Parada.

Resumen: TRANSMISIÓN POR LA EMPRESA QUE DESPIDE DE INFORMACIONES SESGADAS Y NO VERACES DE LA TRABAJADORA A OTRAS EMPRESAS EN CUYOS PROCESOS SELECTIVOS PARTICIPA PARA PERJUDICARLA.VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

La trabajadora presentó demanda por vulneración de los derechos fundamentales “a la indemnidad y al trabajo”, solicitando de la empresa demandada cesara de forma inmediata en la emisión de comentarios falsos de carácter personal que eviten su contratación por otra mercantiles para un nuevo puesto de trabajo, condenando a la demandada a la cantidad de 65.210 €, como indemnización de daños y perjuicios causados.

El Juzgado desestimó la demanda y el TSJ estima el recurso de la actora en parte, declarando se ha vulnerado el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la garantía de indemnidad, ordenando a la empresa el cese inmediato de su conducta, absteniéndose de proporcionar a terceras empresas valoraciones negativas de la trabajadora en ulteriores procesos de selección de la misma para su empleo en esas empresas que estén basadas en haber ejercitado demandas judiciales en el marco de su contrato de trabajo con la empresa y debido a los conflictos sobre su maternidad y la reducción de jornada posterior, condenando a la empresa al abono a la actora de una indemnización de 6.251 euros.

Lo que consta probado es que después de su despido por la empresa Lualbo en enero de 2018 la actora participó en distintos procesos selectivos de personal para un puesto de supervisor, habiendo remitido su currículum en junio de 2018 a la empresa Mobile Shop Comunicaciones S.L. y otro en el mes de septiembre de 2018 a la empresa Tribanda Móviles, habiendo llegado a la fase final junto con otros candidatos y siendo rechazada para el puesto por las referencias facilitadas a las mismas por el Director de recursos humanos de la empresa que le había despedido. El gerente de la empresa Mobile Shop Comunicaciones S.L, llamó por teléfono a la empresa Lualbo S.L. para pedir referencias porque el perfil de la actora le cuadraba para el puesto que estaba buscando. Fue atendido por el Director de RRHH quien en relación a la actora manifestó que *“al principio empezó bien pero nada más hacerla indefinida, se quedó embarazada, acosaba a su comerciales, había tenido problemas con ella, que habían terminado en los Juzgados y que a esta Sra. no la quería volver a ver más”*. Como consecuencia la actora no fue seleccionada para este puesto de trabajo y cuando pidió explicaciones se le dijo que le habían dado malas referencias de ella y no le generaba confianza.

El gerente de la empresa Tribanda Móviles llamó igualmente a la empresa demandada preguntando por el Director de RRHH pidiendo referencias de la actora y las referencias que le dieron es que no se la aconsejaban porque se quedó embarazada, tuvo

problemas con otros empleados y que había estado mucho tiempo de baja médica. La actora en esta empresa quedó finalista junto con otros candidatos y principalmente fueron estas referencias las que determinaron que no se le contratara. La actora llamó en varias ocasiones al Gerente de esta empresa para preguntarle cómo iba el proceso de selección y éste ante su insistencia le manifestó que no iba a ser contratada por las malas referencias que le había facilitado su anterior empresa.

A juicio del TSJ, la conducta de la empresa estaría protegida ab initio por el derecho constitucional a la libertad informativa, siempre y cuando la información transmitida fuese veraz. Ahora bien, se excede el ámbito tutelado del derecho a transmitir información veraz:

a) Cuando la misma excede de los meros datos objetivos e incluye opiniones y manifestaciones valorativas, puesto que en tal caso ya estaríamos, en su caso, ante otra libertad, que es la de expresión;

b) Cuando la información no pueda considerarse veraz, no solamente porque incluya datos contrarios a la realidad, sino porque, incluso cuando se ajuste a los mismos, la selección de las informaciones transmitidas o su presentación impliquen un sesgo valorativo. En este caso el “sesgo” podrá quedar protegido o no por la libertad de expresión, pero excede del ámbito propio de la libertad de transmisión de información veraz.

De los hechos probados que se han reproducido resulta con toda evidencia, al parecer del TSJ, que los datos seleccionados incluían ese sesgo y además iban acompañados de expresiones valorativas (“al principio empezó bien pero nada más hacerla indefinida, se quedó embarazada, acosaba a su comerciales, había tenido problemas con ella, que habían terminado en los Juzgados y que a esta Sra. no la quería volver a ver más” y “no se la aconsejaban porque se quedó embarazada, tuvo problemas con otros empleados y que había estado mucho tiempo de baja médica”), por lo que ya no estamos en el ámbito puro y simple de la libertad informativa, sino en su caso de la libertad de expresión. Lo que ha de decidirse es si esas manifestaciones han excedido del ámbito tutelado por la libertad de expresión.

En primer lugar hay que tener en cuenta que los comentarios que hace el responsable de recursos humanos de la empresa van referidos esencialmente a dos aspectos: a la maternidad de la trabajadora y a las demandas judiciales entabladas por la misma. De los hechos probados resulta que los litigios judiciales se inician precisamente por el embarazo y más concretamente por las peticiones de reducción de jornada posteriores al permiso por maternidad. De hecho la referencia a la “baja médica” en la que se encontró “mucho tiempo”, de acuerdo con los hechos probados, solamente puede ir referida al permiso por maternidad. Por tanto se sienta una identificación entre maternidad y litigios judiciales y se informa a las empresas con una valoración de desempeño de claro sentido negativo en base a tales circunstancias.

En segundo lugar es una conducta destinada a producir un perjuicio a la trabajadora, perjudicando sus oportunidades de contratación, constituyendo por ello una represalia que trae su causa de la reclamación judicial que ésta hizo durante su relación laboral de sus derechos relativos a la maternidad, lo que efectivamente conecta en este caso la garantía de indemnidad con los derechos fundamentales de los artículos 14 y 24 de la Constitución que se invocan. Es claro que la información iba acompañada de una carga valorativa negativa, esto es, implicaba una valoración desfavorable destinada a influir a su interlocutor, como claramente revelan los hechos probados.

Pues bien, a juicio de la Sala, la libertad de expresión protegería las valoraciones que pudiera haber hecho el responsable de la anterior empresa y que claramente apareciesen identificadas como tales, es decir, no puede estimarse ilícito que un responsable empresarial exprese su valoración crítica del desempeño laboral de la trabajadora, aunque ello influya en procesos de selección posteriores. Esa opinión está a priori protegida por el derecho a la libertad de expresión. Pero el ámbito propio de ese derecho queda excedido cuando por la forma en que se transmite se mezcla indebidamente la opinión sobre el desempeño con la transmisión de información y, sobre todo, cuando el producto de tal conducta viene a resultar en una intención de daño cuya causa es la reacción frente al ejercicio de un derecho fundamental, como aquí ocurre.

Por tanto estamos ante una conducta ilícita contra la trabajadora, vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad.

15.- STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022. Sentencia nº 584/2022. Rec. 134/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: PRESTACIÓN POR NACIMIENTO DE HIJO DE MADRE SOLTERA QUE FORMA UNA FAMILIA MONOPARENTAL. DERECHO A ACUMULAR A LAS 16 SEMANAS OTRAS 8 SEMANAS MÁS.

El TSJ estima el recurso de la actora declarando su derecho a percibir la prestación por nacimiento y cuidado de hijo durante un período de ocho semanas adicionales a las ya devengadas, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y a abonarle el subsidio correspondiente con arreglo a una base reguladora de 135,67 euros diarios.

Los cambios introducidos por los arts. 2 y 3 del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato de hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, equiparando la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, fue acompañada de una redefinición de las prestaciones de Seguridad Social, de manera que las de maternidad y paternidad quedaron sustituidas por la de "nacimiento y cuidado del menor".

La reforma operada supuso un cambio de paradigma que propició que frente al entendimiento por la doctrina constitucional del permiso de maternidad, y del correspondiente subsidio de Seguridad Social, como una medida orientada a preservar la salud de la trabajadora durante el puerperio sin detrimento de sus derechos laborales, y a su consideración por la jurisprudencia social como un instituto que cumplía la doble función de atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y proteger las especiales relaciones entre la madre y el hijo en el período posterior al nacimiento, se haya pasado a una concepción más moderna y adaptada a la actual realidad social, en la que el permiso y la consiguiente prestación están orientados a la consecución de un triple objetivo: 1ª) estimular cambios en la cultura familiar y fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades en el cuidado de los hijos; 2ª) compensar las dificultades y desventajas reales que soportan las mujeres trabajadoras por asumir en mayor medida el cuidado de los hijos de corta edad, y enfrentarse por ello a mayores problemas en su promoción e igualdad sustancial en el ámbito laboral; c) con carácter prioritario y fundamental, tal y como el propio nombre de la prestación indica, favorecer que durante sus primeros meses de vida el recién nacido pueda recibir atención y cuidado a tiempo completo por parte de sus progenitores, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de la actividad laboral dificulte el logro de esa finalidad, así como que los padres trabajadores puedan estrechar los lazos con el menor en una etapa crucial para su desarrollo integral.

Mientras que en el caso de las familias biparentales en las que trabajan ambos progenitores, éstos pueden disfrutar sucesivamente de sus respectivos permisos, de manera que el menor pueda contar a lo largo de 26 semanas (a partir del 1 de enero de 2021) del cuidado y compañía de uno de sus padres, la normativa en la materia no contempla salvedad alguna en lo que atañe a la duración del permiso y del subsidio de las madres solteras, por lo que según el tenor literal de los preceptos aplicables sólo

tienen derecho a disfrutar 16 semanas, situación que como argumenta pormenorizadamente la sentencia de instancia no obedece a un olvido del legislador.

Llegados a este punto, argumenta el TSJ, hay que preguntarse si esa regulación y la aplicación que de la misma lleva a cabo el Instituto Nacional de la Seguridad Social consagra un tratamiento diferencial entre hijos de familias monoparentales e hijos de familias biparentales que, por injustificado, resulta discriminatorio,

Para despejar el interrogante planteado, parte de la reiterada doctrina constitucional, recogida, entre otras, en la sentencia 79/2020, de 20 de julio, expresiva de que el juicio de igualdad es de carácter relacional al requerir como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la disposición cuestionada se haya introducido, directa o indirectamente, una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que éstos puedan considerarse homogéneos o equiparables.

Pues bien, la situación de contraste que invoca la recurrente constituye un término de comparación idóneo para realizar el juicio de igualdad desde la perspectiva del interés del recién nacido en recibir una atención y cuidado personal y directo durante sus primeros meses de vida por parte de su progenitor o progenitores, en términos que resultan decisivos a efectos de preservar su salud y de favorecer su desarrollo intelectual, emocional y psíquico. Es más, ese interés es aún más digno de protección si tenemos en cuenta que el bebé sólo cuenta con un anclaje o punto de referencia materno, a diferencia del nacido en una familia biparental.

Al respecto, no podemos olvidar que, directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento consagrado en el art. 14 de la Norma Suprema, se encuentra el mandato a los poderes públicos contenido en su art. 39.2, para que aseguren "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación", previsión que enlaza con lo previsto en el art. 9.2 de la Constitución y que aún pensada específicamente en atención al modelo tradicional de familia vigente en el momento en que se promulgó - parejas heterosexuales de hecho o de derecho con hijos naturales o adoptivos - debe adaptarse a los nuevos modelos de familia, y en concreto al modelo de familia monoparental materna por elección.

Una vez constatado el trato menos favorable dispensado a los hijos de familias monoparentales y cumplido el primer presupuesto del juicio de igualdad, ni la sentencia de instancia ni la parte recurrida esgrimen ningún factor o circunstancia que dote de una justificación objetiva y razonable a la diferencia apuntada, limitándose a exponer argumentos de legalidad ordinaria relacionados con la configuración individual e intransferible del permiso y de la prestación, que no empecen lo expuesto por la doble razón de que los otorgados a cada progenitor se dirigen en definitiva a satisfacer idénticas necesidades- el cuidado y atención del hijo en sus primeras semanas de vida - y de que configurada por el legislador un determinada medida de protección social con la finalidad esencial de proteger a los hijos recién nacidos, su articulación debe de llevarse a cabo sin incurrir en una discriminación proscrita por el art. 14 de la Constitución.

Tampoco resulta ocioso señalar que en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en el caso de las familias monoparentales, publicada en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 14 de enero de 2022 se afirmaba que *"Sin embargo, el menor hijo de familia monoparental solo podrá disfrutar de las dieciséis semanas correspondientes al único padre o madre con el que cuenta, lo que le coloca en una clara situación de desventaja y constituye una discriminación no deseable"*, recordando a continuación que a la luz de lo prescrito por la Convención sobre los Derechos del Niño todas las medidas que tomen los órganos legislativos y judiciales y las autoridades administrativas deben ajustarse a la consideración primordial de atender al superior interés del niño, sin establecer distinción alguna, independientemente, entre otros factores, del nacimiento o de cualquier condición del niño o de sus padres, y concluyendo la proposición que la regulación legal en esta materia *"contiene una discriminación respecto de los hijos de familias monoparentales que resulta contraria a la Constitución, sin que como legisladores debemos dejarla ni a la interpretación de los Tribunales, que puede no ser unívoca, ni forzar a los padres o madres a obtener los permisos mediante un litigio"*.

Proposición que, cabe subrayar, fue tomada en consideración en el Pleno celebrado el 24 de marzo de 2022 con 337 votos a favor y 2 abstenciones, tras lo que se acordó encomendar su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones donde en la actualidad se tramita (BOCD 29-3-22 y 5-4-22).

En la misma línea se pronunció la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial mediante acuerdo de 4 de febrero de 2021 respondiendo a la consulta elevada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al considerar que *"si bien la ley sólo permite la transmisión del derecho de disfrute de estos permisos de un progenitor a otro cuando fallece la madre biológica (...), de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales, dicha opción es aplicable a casos como el analizado para proteger el interés superior del menor"*.

Cuanto se deja argumentado lleva al TSJ a entender que el trato peyorativo dado a los hijos nacidos en las familias monoparentales respecto de los nacidos en familias biparentales resulta injustificado y que los órganos judiciales no pueden obviar esa realidad debiendo garantizar el derecho de los menores a recibir los cuidados y atención de su único progenitor sin discriminación alguna respecto de los hijos de familias biparentales.

Ciertamente, la cláusula general del interés prevalente del menor no permite a los tribunales contrariar lo expresamente previsto en una norma con rango de ley, pero sí debe servirles para interpretarla y colmar sus lagunas, como sucede en este caso en el que el interés superior del menor no puede verse afectado ni limitado por el hecho de pertenecer a una familia monoparental y tener un solo progenitor. Solución distinta vulneraría el derecho de no discriminación del menor al impedir que se beneficie del

mismo período de atención y cuidados a tiempo completo que habría tenido de haber nacido en una familia con dos progenitores.

A lo hasta aquí expuesto hay que añadir que la situación enjuiciada afecta de manera negativa fundamentalmente a las mujeres que, como se indica en la mencionada Proposición de Ley, encabezan el 81,09 % de los hogares monoparentales, por lo que incurre también una discriminación indirecta contraria a la igualdad de sexo proclamada en el art. 14 de la Constitución, al agravar las dificultades y desventajas a las que se enfrentan las trabajadoras solteras que han de cuidar en exclusiva de su hijo recién nacido, de lo que constituye buena muestra la circunstancia que la demandante permaneciera en situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijo del 11 de marzo al 31 de agosto de 2021, después de haber disfrutado la prestación por cuidado de hijo del 22 de agosto al 11 de diciembre de 2020.

* En sentido contrario véase (Foro mayo de 2022) la sentencia STSJ de Madrid de 27 de abril de 2022, nº 412/2022, Rec. 254/2022, Sección Segunda. Ponente Sr. López Parada.

16.-STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022. Sentencia nº 585/2022. Rec. 417/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN RELACIÓN LABORAL. GUIONISTA EN EL PROGRAMA “LA HORA DE LA 1” DE TVE QUE REDACTA UN RÓTULO QUE APARECIÓ EN PANTALLA SOBREIMPRESO CON EL TEXTO: “LEONOR SE VA DE ESPAÑA, COMO SU ABUELO”. DESPIDO NULO.

El TSJ revoca la sentencia de instancia y declara la nulidad del despido del trabajador.

En fecha 10/02/2021 durante la emisión del programa “La Hora de la 1” en RTVE y en el marco de una información relativa a los estudios de la princesa Leonor en Gales, el actor redactó un rótulo que apareció en pantalla sobreimpreso con el texto: “Leonor se va de España, como su abuelo.

Después de analizar minuciosamente la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales, y pese a tratarse dice el TSJ de una apostilla sesgada claramente inapropiada e impertinente, que lejos de aportar algo a la noticia la enturbió y ensombreció, desviando injustificadamente la atención hacia un aspecto objetivamente lesivo, no de la reputación de la Infanta, sino de la imagen de la familia de la que forma parte, susceptible además de provocar una reacción de desagrado y rechazo por parte de espectadores y terceros, como efectivamente sucedió, máxime teniendo en cuenta la edad de la Princesa y su modélica trayectoria, ello no obstante se despliega por la Sala de suplicación toda una batería de argumentos muy medidos para alcanzar la conclusión de que se ha lesionado la libertad de expresión del trabajador:

1.- Por una parte, la existencia de otro faldón sobreimpreso con la redacción "*la casa Real anuncia que la princesa cursará el bachillerato internacional en Gales*", poniendo claramente de manifiesto el sentido de la noticia que se estaba emitiendo sin dejar espacio a dudas razonables, permitiendo diferenciar con nitidez el contenido informativo de la figura retórica.

2.- El rótulo no contenía ninguna expresión con un significado objetivamente injurioso o vejatorio hacía la Princesa, cuya honestidad no quedó realmente en entredicho. Si bien la reputación forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, para que pueda apreciarse una transgresión de ese derecho fundamental, se exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad de modo que pueda ser considerado como una afrenta al honor, lo que aquí no sucede pues la expresión utilizada no es susceptible de ser tenida en cuenta en el concepto público por afrentosa, por más que subjetivamente determinadas personas pueden considerarlo así. Por otra parte, ni del tenor literal del rótulo ni del contexto al que se hará referencia, puede deducirse de manera fundada y lógica que su inserción redundase negativamente en el prestigio de la Institución. No hay que olvidar que en materia de libertad periodística la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene aceptando ciertas dosis de exageración e incluso de provocación como señaló en la sentencia de 4 de junio de 2016 (Asunto Jiménez Losantos c. España).

3.- En lo que respecta a las circunstancias que rodearon la actuación del demandante, son dignas de valoración las siguientes:

A).- Contexto en el que se produjeron los hechos. En este punto hay que tener en cuenta que el programa en el que se insertó el rótulo controvertido no era de carácter informativo, como el Telediario, en el que los temas se abordan con el especial rigor que exige su formato, sino en un magacín matinal con diversidad de contenidos y en una sección dedicada específicamente a la crónica social, caracterizada por un contenido más liviano y un enfoque más distendido de las noticias, orientado al esparcimiento o distracción de la audiencia más que a provocar la reflexión o alcanzar otros objetivos.

B).- Marco de actuación. No se ha alegado ni acreditado que RTVE cuente con un protocolo o unas directrices sobre el tratamiento de las noticias que aparecen en los programas o espacios de crónica social y en particular de las referidas a los miembros de la Casa Real. En su ramo de prueba, la entidad codemandada aportó un Manual de Estilo de carácter genérico en el que no se hacen referencia a esas cuestiones y que en todo caso no consta fuese facilitado al aquí recurrente.

C).- Perfil profesional del actor. El demandante pertenecía formalmente a la plantilla de otra empresa distinta de RTVE, sólo llevaba cinco meses trabajando y no consta recibiese formación para realizar la labor asignada, habiendo aportado RTVE un certificado negativo al respecto. Además, en el escrito de impugnación del recurso el Abogado del Estado niega que contase con el título de periodista y afirma que sólo acredita estudios en comunicación audiovisual, lo que el interesado no ha desmentido haciendo uso de la posibilidad que le brindaba el art. 197.1 de la Ley Reguladora del orden social.

D).- Dirección y supervisión de la actividad desarrollada por el demandante. Según se recoge en el hecho probado cuarto de la sentencia, el trabajador de RTVE que desempeñaba las funciones de coordinación de los guionistas dejó de realizarlas el 2 de febrero de 2021, lo que implica que a partir de esa fecha al actor se le dejó un amplio margen de autonomía sin posibilidad de contraste con un superior y sin sujeción a control, lo que explica que el rótulo apareciese en pantalla y permaneciese mientras se emitía la noticia sin que se adoptara medida alguna.

E).- Contenido de la carta de despido. En la comunicación de cese, transcrita en el hecho probado tercero de la sentencia impugnada, no se reprochó al demandante haber utilizado expresiones ultrajantes u ofensivas, sino tan sólo afear, empañar y distorsionar completamente la información que contenía el comunicado de la Casa Real.

F).- Elemento temporal. Ni en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada ni en su fundamentación jurídica se deja constancia del tiempo que estuvo en pantalla el rótulo litigioso, y tampoco la duración total de la noticia, omisión que la representación letrada de la entidad codemandada no ha intentado subsanar por la vía que ofrece el art. 197.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, lo que impide su

valoración atendiendo a las manifestaciones efectuadas por la Abogacía del Estado al margen de la premisa fáctica establecida en la instancia

G).- Carácter aislado del comportamiento. No existe constancia de que el actor hubiese protagonizado incidentes similares, a los que ninguna referencia se hace en la carta de despido.

H).- Usos sociales. Si como previene el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, uno de los factores delimitadores de la protección civil del honor es el constituido por los "usos sociales", de índole eminentemente dinámica, no puede desconocerse la evolución que en los últimos años ha experimentado el tratamiento de las noticias relacionadas con la familia real, concebida en un sentido amplio, por parte de los medios de comunicación y, en particular, en los espacios de crónica social, tanto en lo que respecta a la difusión de hechos como a su ponderación crítica. Tampoco ha de obviarse el mayor margen de permisibilidad y tolerancia de los ciudadanos y de las instituciones respecto de los comentarios referidos a la familia real.

A la vista de la actual realidad social, al contenido del rótulo analizado no se le puede dar el significado de ofensa hacia la Princesa, sino más bien el propio de una chanza, que es el término que utiliza la propia parte recurrida en el escrito de impugnación.

I).- Actuación posterior de RTVE. No se ha alegado ni acreditado que RTVE adoptase ningún tipo de medida sancionadora respecto de los trabajadores que de forma indirecta, incumpliendo sus obligaciones de control de la actividad realizada por el actor, contribuyeron a que el rótulo permaneciera en pantalla.

J).- Reacción de los medios de comunicación. La respuesta que mereció la inserción del rotulo, tomada en consideración tanto en la carta de despido como en la sentencia de primer grado, no constituye un parámetro determinante a efectos de esclarecer si la actuación del trabajador rebasó los límites de la libertad de expresión.

En suma, para el TSJ, y aunque a efectos meramente dialécticos se entendiera que el actor utilizó su derecho a la libertad de expresión en el desempeño de sus funciones laborales de manera indebida, la medida disciplinaria enjuiciada no guardó la debida proporción con la conducta descrita y con las circunstancias reseñadas, exigible cuando se sanciona a un trabajador por extralimitarse en el ejercicio de un derecho fundamental, lo que llevaría a la misma solución. Al respecto, procede traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal de Derechos Humanos en la sentencia de 29 de febrero de 2000 (asunto Fuentes Bobo c. España), recaída en un proceso en el que RTVE fue también parte demandada, y el comportamiento del trabajador fue notablemente más grave. El Tribunal entendió que la decisión extintiva no respondía a una «necesidad social imperiosa» y que no existía una relación adecuada y razonable de proporcionalidad entre su despido y la finalidad perseguida de castigarle disciplinariamente por su reprochable conducta, pudiendo habersele aplicado una sanción menos severa y más apropiada.

Esa última consideración adquiere un relieve singular en el presente caso en el que al resto de los trabajadores implicados, siquiera fuese de forma indirecta, no se les impuso sanción alguna.

17.- STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022. Sentencia nº 572/2022. Rec. 430/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: DESPIDO NULO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. TRABAJADOR QUE, HABIENDO SIDO DECLARADO AFECTO DE IPT, UNA VEZ REVISADA SU SITUACIÓN, ES APTO CON LIMITACIONES EXTINGUIÉNDOSE SU VÍNCULO LABORAL POR LA EMPRESA QUE NO REALIZA AJUSTES RAZONABLES.

El TSJ estima el recurso del trabajador y declara la nulidad de su despido, revocando la sentencia de instancia que lo calificó de improcedente.

El demandante venía prestando servicios para la mercantil demandada, con la categoría profesional de Jefe de Equipo y una antigüedad de 1 de septiembre de 2018. El 2 de diciembre de 2018 inició un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y, una vez agotado el período máximo de 365 días, se incoó expediente de invalidez que concluyó el 20 de julio de 2020, fecha en que la entidad gestora le reconoció la prestación de incapacidad permanente total, con la advertencia de que se preveía que esa calificación iba a ser objeto de revisión por mejoría que permitiera su reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años. Dentro de ese plazo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social inició expediente de revisión con el resultado de que con fecha 21 de enero de 2021 y efectos del último día de ese mismo mes acordó declararle no afecto de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, sin perjuicio del derecho a incorporarse a su puesto de trabajo.

El interesado solicitó su reincorporación al trabajo y el 28 de mayo de 2021 fue sometido a reconocimiento médico por parte del servicio de prevención ajeno de su empleadora que en esa misma fecha emitió informe en el sentido de calificarle como apto con restricciones, con la doble indicación de que era importante que realizase las pautas o descansos establecidos y necesario que pudiera acceder al baño con facilidad dadas sus circunstancias médicas personales. El 2 de junio de 2021 la empresa cursó su alta en la Seguridad Social y ese mismo día procedió a su despido por no disponer de vacante adecuada a su categoría, reconociendo su improcedencia y abonándole la indemnización correspondiente.

Ejercitada acción de despido, el Juzgado de lo Social núm. 39 de los de Madrid convalidó la improcedencia del cese, sin consecuencias económicas, descartando su calificación como nulo con el argumento de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en la resolución de 20 de julio de 2020, no había hecho mención a los efectos suspensivos de la declaración de incapacidad permanente total, por lo que la empresa procedió a dar de baja al actor, habiendo acreditado la concurrencia de la causa esgrimida en la comunicación extintiva dado que en el mes de julio de 2019 contrató a otro trabajador para ocupar el puesto del demandante, consolidando esa plaza tras el reconocimiento de la incapacidad permanente, por lo que no podía apreciarse un móvil discriminatorio en la decisión impugnada.

El recurso que ha formulado el trabajador consta de tres motivos, amparados todos ellos en art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y estrechamente relacionados entre sí. Como fundamento del primero alega que la sentencia vulnera el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores conforme al cual la resolución de la entidad gestora de 20 de julio de 2020 determinó la suspensión de la relación con reserva del puesto de trabajo no siendo admisible que otro trabajador consolide un puesto sobre el que pesa una obligación expresa de reserva, mientras que en los restantes denuncia la infracción del art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en sus apartados a), c) y d), del art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 7 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como de la doctrina comunitaria y social que considera de aplicación. En su desarrollo sostiene, en síntesis, que el empresario tomó la decisión extintiva para no adoptar las medidas encaminadas a dar cumplimiento a las recomendaciones efectuadas en el informe de aptitud laboral con limitaciones, ocasionadas por unas lesiones de carácter permanente.

A juicio del TSJ, el marco normativo en el que ha de situarse la perspectiva de su análisis es el siguiente:

A) Con carácter general, el art. 14 de la Constitución proclama el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal, y el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de discapacidad.

B) En el ámbito de las relaciones laborales, el Estatuto de los Trabajadores en su art. 4.2.c) dispone que los asalariados tienen derecho a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate, y en su art. 17.1 sanciona con la nulidad las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación, directa o indirecta, desfavorables por razón de discapacidad.

C) Por su parte, el art. 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, define la discapacidad como la *"situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, en concordancia con el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad que conceptúa como tales a "aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*.

D) Finalmente, el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, dispone que *"A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades"*.

El punto de partida para resolver el problema planteado ha de ser, dice el TSJ, la constatación de que el actor tiene la condición de discapacitado, a lo que no es óbice que por resolución de 27 de enero de 2021 el Instituto Nacional de la Seguridad Social revisase la previa en la que le declaró afecto de una incapacidad permanente total, pues en ese mismo acuerdo se especifica que presenta una anomalía congénita en la uretra que ha hecho precisas varias intervenciones quirúrgicas desde su infancia y el implante de una prótesis de pene en el mes de noviembre de 2018, y su reintervención en diciembre de 2019, con mejoría clínica, pero siguiendo con incontinencia tal como se recoge en el informe del servicio de prevención, lo que, según se indica en el mismo, determina que tenga que realizar las pautas o descansos establecidos y que precise acceder al baño con facilidad. Sentada la anterior conclusión, el segundo paso del razonamiento del TSJ es advertir que en el supuesto enjuiciado concurre una pluralidad de circunstancias con la consistencia necesaria como para sospechar que la decisión extintiva enjuiciada tuvo como auténtico móvil el estado físico del trabajador, de carácter definitivo y limitativo en parte del ejercicio de su actividad laboral. Por un lado, el empresario no le cesó inmediatamente después de que solicitase la reincorporación, como sería lo lógico si la causa real del despido fuese la inexistencia de plazas vacantes, sino después de que el trabajador se hubiese sometido a reconocimiento médico y hubiese sido declarado apto con restricciones. De otro lado, la medida extintiva se implementó 5 días después de que el servicio de prevención emitiese su informe. Por último, la empresa reconoció su improcedencia en la propia carta de cese.

Pues bien, frente a este panorama indiciario, la demandada no articuló ningún medio de prueba para acreditar que su decisión era ajena al expresado propósito lesivo, no pudiendo valorarse como tal el hecho de que hubiese contratado a otro trabajador para ocupar el puesto del actor, cuyo contrato ni siquiera aportó, pues el demandante tenía derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Al respecto, no resulta ocioso resaltar, frente a lo argumentado en la sentencia de instancia, que en la resolución de 20 de julio de 2020 obrante en autos al folio 34 se hizo constar que *"se prevé que la situación vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años (artículo 48.2 del R.D. Leg. 2/2015, de 23 de octubre)"*.

El último paso del razonamiento que aboca a la estimación del recurso deviene de tener en cuenta que de conformidad con la doctrina comunitaria sentada en las sentencias de 11 de abril de 2013 (HK Danmark, C-335/11 y C-337/11), 1 de diciembre de 2016

(Daouidi, C-395/15), 11 de septiembre de 2019 (Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18) y 10 de febrero de 2022 (HR Rail, C-485/20), y con la jurisprudencia social que la aplica, contenida en las sentencias de 21 de septiembre de 2017 (Rec. 782/16), 22 de febrero y 15 de marzo de 2018 (Rec. 160/16 y 2766/16) y 22 de mayo y 15 de septiembre de 2020 (Rec. 2468/17 y 3387/17), de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, un despido tiene carácter discriminatorio cuando se cumple el doble requisito de que su causa real es la situación de discapacidad del afectado y que la decisión extintiva es la única y exclusiva reacción del empresario, esto es, cuando antes de adoptarla no ha implementado, de ser factibles, las medidas de ajuste razonables a las que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE que le permitan seguir desempeñando las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, que es lo que esa norma comunitaria proscribire.

En el presente caso, concurren ambas exigencias. Por una parte, la causa real por la que la mercantil demandada cesó al actor fue su situación de discapacidad en su proyección laboral. Y, por otra, antes de proceder a su despido no desarrolló ninguna actuación tendente a adaptar las condiciones de su puesto de trabajo y tampoco ha justificado que no exista ninguna medida razonable que permita su acomodación atendidas las características de la actividad que lleva a cabo y las limitaciones que presenta el demandante.

La consecuencia de todo lo expuesto es que la Sala revoque el fallo de instancia y, en su lugar, declare la nulidad del despido impugnado, de conformidad con lo previsto en los arts. 17.1 y 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, con los efectos jurídicos previstos en el apartado sexto de este último precepto

18.- STSJ de Madrid de 24 de junio de 2022. Sentencia nº 605/2022. Rec. 152/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: LA EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL POR LA COMUNIDAD DE MADRID NO CONSTITUYE TÍTULO QUE HABILITE AL TRABAJADOR AFECTADO PARA ACCEDER A LA CONDICIÓN DE PERSONAL FIJO DE PLANTILLA, SINO QUE ES INDEFINIDO NO FIJO.

El TSJ confirma la sentencia de instancia que reconoció al actor la categoría de trabajador indefinido no fijo, desestimando su recurso.

El demandante presta servicios para Agencia para la reeducación y reinserción del menor infractor de la Comunidad de Madrid desde el 10 de septiembre de 2008, sin solución de continuidad, con la categoría profesional de técnico auxiliar, en virtud de un contrato de trabajo de interinidad por vacante.

En la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones solicitó que se declarase que el nexo es de carácter fijo y subsidiariamente indefinido no fijo, pretensión esta última que fue estimada por el Juzgado de lo Social núm. 31 de los de Madrid por haber transcurrido más de tres años desde la celebración del contrato, rechazando la principal por ser contraria a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, así como del principio de igualdad respecto de otros empleados indefinidos con distinta fecha de ingreso.

A juicio del TSJ, y como punto de partida para solventar la cuestión relativa a los efectos jurídicos que derivan de la existencia de fraude de ley en la contratación temporal de interinidad por vacante, ha de estarse a las siguientes premisas normativas:

1ª) El art. 23.2 de la Constitución dispone que los ciudadanos "*tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*", y el art. 103.3 de esa misma norma remite a la ley la regulación del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

2ª) El art. 11.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio, aplicable en este litigio, establece que *«los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad.»*

3ª) El art. 55.1 del EBEP garantiza a los ciudadanos el derecho de poder acceder al empleo público, sea en régimen funcionarial o laboral, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como ajustándose, entre otros principios, al de publicidad de las convocatorias y de sus bases, y el art. 61 de ese mismo Texto legal dispone en su apartado primero que *"Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido*

para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto", y en su apartado séptimo que "Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos".

4ª) El art. 35.1 del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid preceptúa, en lo que aquí interesa, que *" El acceso al empleo público se regirá por los principios de transparencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, así como por lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y en el presente convenio. La condición de personal laboral fijo sólo se adquirirá por la superación de los correspondientes procesos selectivos que se convoquen a tal fin".*

La conclusión que se extrae del marco normativo expuesto es que la existencia de fraude de ley en la contratación temporal no constituye título que habilite al trabajador afectado para acceder a la condición de personal fijo de plantilla, sin que exista ninguna disposición interna o comunitaria que puede amparar el logro de esa cualidad, contraviniendo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En tal sentido se viene pronunciando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de lo que es exponente su sentencia de 26 de enero de 2021 (Rec. 71/2020) en la que se afirma que: *"la relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) con el objetivo de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Y en igual sentido, la potencial existencia de irregularidades en la contratación temporal en el seno de la Administración pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugnaría con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En consecuencia, el carácter indefinido del contrato, aun cuando implica que este no esté sometido a término cierto o determinado, no supone que el trabajador consolide una plaza fija en plantilla".*

19.- STSJ de Madrid de 30 de junio de 2022. Sentencia nº 629/2022. Rec. 508/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Asenjo Pinilla

Resumen: COMENTARIOS RACISTAS EN FACEBOOK EN UN ÁMBITO PRIVADO A TRAVÉS DE UN GRUPO CERRADO A VIGILANTES DE SEGURIDAD FUERA DE HORAS DE TRABAJO Y CON MATERIAL INFORMÁTICO PROPIO. DESPIDO IMPROCEDENTE.

El TSJ confirma la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido del trabajador y desestima el recurso de la empresa.

El actor, con antigüedad desde el día 29/05/2019 y categoría profesional de vigilante de seguridad, perteneciente a la plantilla de PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES DE SEGURIDAD ESPAÑA SL, prestando servicios en Mercadona, fue despedido disciplinariamente el día 31/05/2021 por trasgresión de la buena fe y deslealtad.

La razón del despido obedeció a que el demandante escribió en Facebook, dentro del grupo Empleo y Seguridad Privada España en el que llevaba ya un tiempo, y para el que es necesario pertenecer al sector y pasar un filtro por los administradores, entre los días 10 y el 23 de mayo de 2021, los siguientes textos:

“Todo depende de las delegaciones pero todas llevarán el mismo rumbo. Tendrás posiblemente frentes por todos los lados, si no son zonas con moros gitanos y demás mierdas será la tienda la que toque los cojones y sino serán tus responsables. No perteneces a prosegur solo llevas el nombre, eres vs exclusivísimo de mercadona. Por cierto, si aguantas bien y dices a todo Sí durarás tiempo, como quieras velar por tus derechos desde la más mínima tontería hasta cosas más serias y sepan que estás afiliado a algún sindicato prepárate para estar puteado, sancionado, meses sin plus por la cara y a tiendas a más de una hora en coche. Lo de los horarios si te cuadra personalmente es lo único bueno que le veo al servicio (pero recordar que pese a eso son 25 días de curro al mes) el plus es otra estrella reluciente pero de qué te sirven 200 euros netos si te vas a dejar la mitad en gasolina. Si eres propenso al régimen militar este es tu sitio.

Prepárate para estar puteado por parte de los mandos intermedios. Mercadona salpica sus mierdas e invenciones absurdas a prosegur asique te tocará chupar las tonterías. Eso sí, si se te da genial decir que sí a todo y te la suda tus derechos vas a estar de lujo, espero que vivas cerca de la zona 25 días con el coche arriba abajo lo acabarás notando y lo notará el famoso plus de 200 euros como si te arreglaran la vida y la mitad se te va en combustible y piezas para el coche.” requiere pertenecer al sector y pasar un filtro por los administradores del grupo requiere pertenecer al sector y pasar un filtro por los administradores del grupo”.

La sentencia del Juzgado fundamentaba la declaración de improcedencia del despido en que no se habían acreditado unos incumplimientos contractuales suficientes para justificar el despido del actor y partiendo de la aplicación de la tesis gradualista; que los

comentarios vertidos a través de Facebook serían desafortunados pero no injuriosos y que además no extrapolaba al resto del personal ni atribuía a persona concreta; que el uso de expresiones que menosprecian a minorías raciales y de palabras malsonantes dice poco del trabajador que las profiere pero no suponen trasgresión de la buena fe contractual y deslealtad a la empresa al no materializarse tales opiniones en actuaciones concretas y en el ejercicio de sus funciones, quedando en su ámbito privado; que el acceso al foro utilizado esta limitado al ámbito de la seguridad privada.

A criterio del TSJ hay que destacar tales comentarios se producen en la red social denominada Facebook dentro de un grupo específico de usuarios aunque se presupone unidos por una actividad laboral común, cual es la seguridad privada, y al que solo se puede pertenecer si se pasa el filtro de los administradores del mismo. Los comentarios se efectuaron fuera de las horas de trabajo y con material informático propio. Los destinatarios de los mismos son la empresa, el cliente al que parece está adscrito laboralmente en ese momento y que es una conocida cadena de supermercados; y ciertos colectivos de personas/razas -“moros gitanos y demás mierdas”, dijo el actor-, por la zona en que puedan residir y enclavarse dicho establecimiento.

Prosigue el TSJ señalando es preciso delimitar el marco en el que se producen las manifestaciones del actor y, por ende, donde se concreta el ejercicio de su libertad de expresión. Se trata de un foro destinado exclusivamente a personas que actúan en el seno de la seguridad privada y al que se presupone solo tienen acceso los que acreditan su ejercicio y a su vez pasan el filtro de sus administradores. Por tanto, ni la empleadora, ni, mucho menos el cliente que nomina, deberían ser partícipes en el mismo y, en consecuencia, concededores de lo que allí se comentase. Cuando menos y en buena lógica, esas eran las expectativas del actor y el marco en que realizó tales pronunciamientos. No era concededor y/o consciente que podría llegar a saberlo su empresa; ni de sus consecuencias disciplinarias. Marco que además se desconoce, si era amplio o no en cuanto al número de destinatarios/partícipes ya que ninguna prueba se ha practicado; y en la que, aclara el TSJ, tendría que estar más interesada Prosegur en orden a incidir en la máxima repercusión y publicidad de lo dicho generándose por ello un perjuicio superior.

Descendiendo de nivel, las manifestaciones en lo que se refiere a Prosegur, no sobrepasan los límites requeridos para que pueda considerarse que estamos en presencia de un ilícito laboral. Son meras consideraciones/opiniones/reivindicaciones de naturaleza laboral y con independencia de la vehemencia con la que se expresen. Tampoco el uso de “estar puteado”, palabras que repite en dos ocasiones, o “que toque los cojones”, superan lo que es una mera forma de hablar, e, incluso, puede decirse que es coloquial visto lo habitual de su utilización en nuestro país. Tampoco insulta en general, ni mucho menos a persona concreta alguna.

Parecido puede decirse sobre el cliente de su empresa. Con el añadido que no consta, tan siquiera, que haya sido concededor de tales manifestaciones. Mucho menos que se le

hayan producido perjuicios a Prosegur de mayor o menor entidad y por esta exclusiva causa

Con todo, las expresiones más graves, son las que dirige a “moros gitanos y demás mierdas”, y que extiende a las zonas donde pueden residir. Lo primero a destacar es que la forma y modo en que se realizan cualifican por sí mismo a su emisor; se comentan por sí solas, al igual que la ideología que en ellas subyace. Pero lo que interesa ahora es su trascendencia laboral y desde la perspectiva de la pervivencia del contrato de trabajo. La respuesta es de nuevo negativa. Especialmente por el lugar y tiempo en que se realizan, fuera de lo que es la jornada y centro de trabajo. A lo se une el ámbito limitado en que se manifiestan.

20.- STSJ de Madrid de 8 de julio de 2022. Sentencia nº 656/2022. Rec. 549/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: PARÁMETROS PARA EL CALCULO DE LA INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. SIRVE COMO ORIENTACIÓN LA LISOS Y DENTRO DEL GRADO MÍNIMO EL SALARIO ANUAL DEL TRABAJADOR.

El TSJ estima en parte el recurso del trabajador y, manteniendo la calificación del despido nulo, fija en 13.756 euros la cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios a favor del recurrente.

La cuestión principal que suscita el presente recurso de suplicación consiste en determinar si el actor en el proceso tiene derecho a percibir una indemnización de daños y perjuicios por haber sido objeto, el 22 de julio de 2019, de un despido verbal lesivo de su derecho a la libertad sindical en respuesta a su intención de presentarse como candidato a las elecciones a representantes de los trabajadores convocadas en la empresa demandada, dedicada a la actividad de transporte de pasajeros, para la que venía prestando servicios desde el 27 de julio de 2018 con la categoría profesional de conductor.

Se trata del único extremo controvertido en este trámite, por cuanto que el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia no han sido combatidos por ninguna de las partes. En lo que respecta al punto litigioso, la juez "a quo" parte de la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 22 de julio de 1996 y 16 de enero de 2008, primera y última de las citadas, convalidada, afirma, por el Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2006, de 24 de julio, a tenor de la cual la vulneración de un derecho fundamental no comporta necesariamente el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios, para lo que se requiere que el trabajador alegue las bases y elementos clave de la postulada y que en el proceso queden acreditados cuando menos indicios o puntos de apoyo suficientes que permitan sustentar la condena. A la luz de esa doctrina, la magistrada proclama que la demanda "*no aporta ningún elemento de identidad de daños o perjuicios sufridos distintos de los que son propios de todo despido que se declara nulo*", por lo que desestima la pretensión resarcitoria deducida por el trabajador.

No obstante lo indicado en la sentencia impugnada, es importante advertir que de la lectura del escrito rector de las actuaciones se desprende, además de lo que posteriormente se expondrá, que el actor, para cuantificar la indemnización interesada en 100.006 euros, acudió como parámetro orientador a los preceptos del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social (LISOS) que enumeró, entre los que incluyó el art. 8, al considerar que su empleador había incurrido en dos faltas muy graves como consecuencia de su conducta antisindical y contra las ideas políticas. Dicha suma coincide con la de la multa pecuniaria prevista para esa clase de faltas en el art. 40.1.c) del mismo Texto Legal, en el grado máximo y en el tramo inferior de la horquilla correspondiente.

Sigue el TSJ los criterios marcados por la STS, 4ª, de 20 de abril de 2022 (Rec. 2391/2019), dictada en Sala General, doctrina que se puede sintetizar del siguiente modo:

a) La nueva regulación introducida por el art. 183 de la Ley Reguladora del orden social obliga a superar la interpretación rigurosa que exigía que en la demanda se alegasen las bases y elementos clave de la cantidad reclamada y a matizar la exigencia de que en el proceso se aportasen indicios o puntos de apoyo de la existencia del daño moral, dada la dificultad que por lo general conlleva en función de su naturaleza, teniendo en cuenta, por un lado, que en determinados supuestos, como los referidos a ciertas conductas antisindicales, los datos acreditados acerca del comportamiento empresarial pueden evidenciar, por sus propias características, la existencia del perjuicio moral y ser suficientes para sustentar el pronunciamiento de condena al pago de la indemnización que corresponda, y, por otro, que en algunos casos la dificultad que encierra demostrar con detalle el daño moral concretamente padecido impide imponer al demandante una mayor precisión en cuanto a indicios o puntos de apoyo de su concurrencia.

b) La estimación detallada de los daños morales indisolublemente unidos a la vulneración de un derecho fundamental resulta especialmente difícil, por lo que deben flexibilizarse las exigencias para la determinación de la indemnización, de manera que el propio órgano judicial puede establecer prudencialmente su cuantía, sin que se pueda imponer al demandante la obligación de aportar bases más exactas y precisas para su fijación, al no existir parámetros objetivos que permitan traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste.

c) El empleo a tal fin, con carácter orientativo, de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS resulta idóneo y razonable.

d) Esta clase de indemnización no cumple exclusivamente una función resarcitoria, sino también preventiva o disuasoria de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores.

e).- Dado que la horquilla de la cuantificación de las multas para un mismo tipo de infracción es muy amplia, para determinar el importe de la indemnización resulta preciso valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, como a título ejemplificativo, la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta, o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido.

En el supuesto enjuiciado, el punto de partida para fijar el importe de la indemnización viene dado por el arts. 8.12 de la LISOS, que tipifica la conducta antisindical del demandado como una falta muy grave en materia de relaciones laborales, y el art. 39 de ese mismo Texto Legal que contempla tres grados para la imposición de las sanciones

por esa clase de infracciones, a cada uno de los cuales le corresponde una horquilla variable de cuantías pecuniarias que en el momento del cese del demandante iban conforme a lo dispuesto en el art. 40.1.c) de la susodicha norma, de 6.251 a 25.000 (grado mínimo), de 25.001 a 100.005 euros (grado medio), y de 100.006 euros a 187.515 euros (grado máximo).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la indemnización solicitada en la demanda se cifró en 100.006 euros sobre la base de que el empresario había vulnerado dos derechos fundamentales, de los que el Juzgado de lo Social solo ha considerado conculcado uno, no obstante lo cual el interesado no ha minorado esa suma en trámite de recurso como debería haber hecho en buena lógica. A ello se une que el trabajador, al establecer el monto de la indemnización, hizo alusión a diferentes infracciones empresariales ajenas a la lesión de derechos fundamentales.

Un tercer factor a considerar es que la decisión empresarial constituyó una injustificable e ilícita reacción al ejercicio legítimo del actor de su derecho a presentarse como candidato por el Sindicato UGT a las elecciones convocadas para designar un delegado de personal, con la clara finalidad de evitar su celebración. Al respecto, no está de más recordar que ese mismo comportamiento fue el que dio lugar al reconocimiento de la figura del "despido radicalmente nulo" por parte del Tribunal Constitucional en la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre. Pues bien, más de cuarenta años después de la aprobación de la Constitución, que en su art. 28.1 consagró el derecho a la libertad sindical, actuaciones como la llevada a cabo por el ahora recurrido, revisten una especial gravedad, al interferir decisivamente en la libre dotación de la representación obrera y redundar en perjuicio de la actividad sindical y de la defensa colectiva de los derechos de los trabajadores en el seno de la empresa, mereciendo un especial reproche.

Un último elemento digno de tenerse en cuenta por su incidencia tanto en el alcance del comportamiento antisindical como en la capacidad económica del demandado para hacer frente al pago de la indemnización radica en que la plantilla de la empresa es de siete trabajadores, tal como se recoge en el documento al que alude el hecho probado cuarto de la sentencia.

A la vista de cuanto se deja expuesto, la Sala no considera justificado acudir como parámetro referencial a las multas previstas para las faltas muy graves en su grado máximo como propone el actor, resultando más fundado y proporcionado servirse de las del grado mínimo, cuyo importe, al tiempo de producirse su despido oscilaba entre 6.251 a 25.000 euros.

Por último, y situados en ese tramo, no concurren elementos singulares que amparen la aplicación de los valores medios o máximos, considerándose más razonable y ajustado a las circunstancias del caso, fijar la indemnización en la suma de 13.756 euros, equivalente a un año de salario, que permite resarcir en sus justos términos los perjuicios morales sufridos por el trabajador y, al mismo tiempo, que la fijada cumpla su función preventivo/disuasoria.

21.- de Madrid de 15 de julio de 2022. Sentencia nº 684/2022. Rec. 239/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: PENSIÓN DE VIUDEDAD: PAREJAS DE HECHO. PRUEBA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO. ES REQUISITO CONSTITUTIVO Y AD SOLEMNITATEM ACREDITAR LA PAREJA DE HECHO MEDIANTE LA INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO AUTONÓMICO O MUNICIPAL DEL LUGAR DE RESIDENCIA O MEDIANTE UN DOCUMENTO PÚBLICO QUE SEA ANTERIOR, AL MENOS, EN 2 AÑOS AL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE, NO VALIENDO CUALQUIER OTRO MEDIO DE PRUEBA VÁLIDO EN DERECHO QUE DEMUESTRE LA CONVIVENCIA DE MANERA INEQUÍVOCA.

El TSJ desestima el recurso de la actora y confirma la sentencia de instancia que niega la pensión de viudedad.

Sostiene la recurrente que la existencia de una pareja de hecho, a efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, no sólo se puede acreditar mediante su inscripción registral o formalización en documento público, sino también es válido mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho, como dictaminó la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia 480/2021, de 7 de abril, analizando el párrafo cuarto del art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, cuya redacción, aduce, es idéntica a las del párrafo segundo del art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social. Por otra parte, sostiene que el requisito controvertido vulnera el principio de igualdad ante la Ley consagrado en el art. 14 de la Constitución que obliga a dar el mismo tratamiento a las personas que se encuentran en la misma situación.

Ninguno de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, afirma la Sala de suplicación, justifica la inaplicación de la exigencia legal debatida y de la interpretación jurisprudencial que ha merecido, y ello por cuanto:

A) En cuanto al primero, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 24 de marzo de 2022 (Rec. 3981/2020), dictada para la formación de jurisprudencia, revisó el criterio fijado en la invocada por la interesada, ajustándose así al seguido inicialmente por el propio órgano y al adoptado por la Sala Cuarta, y estableció que los únicos medios admisibles para probar la existencia de la pareja de hecho, en aras a generar el derecho a la pensión de viudedad, son exclusivamente la inscripción en un registro específico autonómico o municipal o la formalización en un documento público, anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, sin que sea posible acreditarla a través de otros medios distintos.

B) El Tribunal Constitucional ya examinó, para rechazarlo, el segundo alegato del recurso, y a la doctrina contenida en las sentencias 45/2014 y 51/2014, de 7 de abril, 60/2014, de 5 de mayo, y 1/2021, de 25 de enero, debemos estar. El criterio que mantiene al respecto el Alto Tribunal puede resumirse del siguiente modo:

1º) *"El legislador puede establecer regímenes de convivencia more uxorio con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias".*

2º) *"El reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica".*

3º) *"La opción del legislador de no considerar parejas estables amparadas por su regulación las que no reúnan los requisitos indicados, no resulta prima facie arbitraria o irracional y responde a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional, obedeciendo al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social".*

4º) *"La exigencia de la constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión (...), no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad".*

* Rectifica así la Sala de suplicación su criterio expuesto en sentencia de 1 de octubre de 2021, nº 845 /2021. Rec. 401/2021, de la Sección Primera, y de 14 de julio de 2021, nº 675/2021, recurso nº 456/2021, de su Sección Segunda, para las que la "publicidad" no exige necesariamente la inscripción registral ya que ésta no es la única técnica jurídica, en nuestro derecho, de publicidad. Véase Foro de noviembre de 2021.

22.- STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2022. Sentencia nº 790/2022. Rec. 716/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Palomo Balda.

Resumen: PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES: PLAZO Y DÍA INICIAL. AUN CUANDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON IMPRESCRIPTIBLES, NO LO SON LAS ACCIONES CONCRETAS CONCEDIDAS PARA SU DEFENSA. EL PLAZO ES DE UN AÑO DESDE QUE LA ACCION PUDO EJERCITARSE.

El TSJ confirma la sentencia de instancia que apreció la excepción de prescripción.

El actor en el proceso prestó servicios para la compañía Sandoz Farmacéutica, S.A.U. hasta el 20 de junio de 2018, fecha en que causó baja por despido disciplinario cuya improcedencia fue reconocida por la empleadora en el acto de conciliación celebrado el 24 de octubre de ese mismo año.

En la demanda interpuesta el 19 de noviembre de 2021, solicitó se dictase sentencia que declarase vulnerados sus derechos fundamentales al honor y a la dignidad debida, así como a la protección de datos de carácter personal, y se condenara a la referida mercantil a abonarle la cantidad de 267.564 euros como compensación del daño moral que le generó.

El conocimiento del litigio recayó en el Juzgado de lo Social núm. 39 de los de Madrid que en fecha 9 de marzo de 2022 dictó sentencia en la que, tras rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la parte demandada, razonando al efecto que la violación del derecho a la protección de datos guardaba relación con lo convenido en el acto de conciliación por despido y la del derecho al honor se enmarcaba en el ámbito de la relación laboral, acogió la de prescripción, a pesar de lo cual, entrando a valorar las conductas acreditadas, no consideró probadas las vulneraciones denunciadas, por lo que desestimó la demanda.

Comienza la Sala por precisar la competencia a la luz de lo previsto en el art. 2 f) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción que atribuye al orden social el conocimiento de las controversias para la tutela de los derechos fundamentales, dirigidas tanto contra el empresario como contra terceros vinculados al mismo por cualquier título, cuando la lesión alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios. Esta última alusión cobra sentido, como advirtió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de enero de 2017 (Rec. 54/2016), cuando la reclamación se formula frente a terceros vinculados al empresario, pero, procede añadir, resulta aplicable con mayor razón cuando la demanda se interpone frente al empresario y la pretensión se suscita en el ámbito de las relaciones jurídicas asignadas al orden social.

Así sucede en el presente supuesto, en el que el actor imputa a quien fue su empleador el uso de los datos personales de que disponía como consecuencia de la relación de trabajo con el propósito de impedir su contratación en régimen laboral por otra empresa, lo que determina que la competencia para resolver la pretensión deducida

quede radicada en la jurisdicción social, erigida en garante ordinario de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo, sin que a ello sea óbice, atendiendo a lo argumentado, que la conducta que se imputa a la demandada se produjese con posterioridad al acto de conciliación en el que reconoció la improcedencia del despido.

La Letrada del trabajador considera que el ejercicio de una acción declarativa encaminada a la tutela de unos derechos imprescriptibles no está sometido a plazo alguno y que en caso de estarlo debería computarse desde que cesan los perjuicios derivados de su violación, que en este caso se continúan produciendo a día de hoy. Subsidiariamente, sostiene que el plazo que se debe tomar en consideración no es el anual del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores habida cuenta que el comportamiento empresarial no aconteció en el curso de la relación laboral, sino un año y medio después de su extinción, por lo que el aplicable es el de tres años previsto para las infracciones de carácter muy grave en el art. 72.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, que se debe contar desde el día 20 de febrero de 2020.

De conformidad con lo previsto en el art. 179.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la demanda de tutela "*habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública*". Precepto que ha sido interpretado por el órgano de casación social en sentencias, entre otras, de 10 de julio de 2018 (Rec. 3269/2016) y 13 de octubre de 2021 (Rec. 4919/2018). En ellas, después de recordar la doctrina constitucional que cita la sentencia aquí recurrida en el sentido de que aun cuando los derechos fundamentales son imprescriptibles, no lo son las acciones concretas concedidas para su defensa, la Sala 4ª sostiene que la acción para reclamar la indemnización de daños y perjuicios por la vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral se sujeta al plazo anual de prescripción que establece el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores para todas las acciones que nazcan del contrato de trabajo y no tengan señalado un plazo especial, como sucede con la deducida en los presentes autos, plazo, cabe agregar, que resulta asimismo aplicable a las reclamaciones por vulneraciones producidas después del cese en el trabajo pero conectadas con la relación laboral mantenida en su día, en base a argumentos similares a los empleados en orden a ratificar la competencia del orden social para solventar la contienda.

Plazo anual que comienza a discurrir desde la fecha en que la acción pudo ejercitarse, que en este supuesto se corresponde con aquella en que el actor mantuvo una conversación telefónica con el director general de la entidad demandada y tuvo un conocimiento claro, directo e inequívoco de que dicho responsable había facilitado a la directora general de Otsuka determinada información sobre su salida de la empresa que, a juicio del demandante, condicionó la decisión tomada por esa firma en el mes de noviembre de 2019 de no contratarle, momento a partir del cual el actor pudo reclamar los daños y perjuicios soportados como consecuencia de la actuación de quien fue su empleador. Consiguientemente, en la fecha en que presentó la demanda rectora de las actuaciones, el 19 de noviembre de 2021, había transcurrido con creces el plazo de un

año contado desde que la demandada incurrió en la conducta supuestamente contraventora del derecho fundamental a la protección de los datos personales, por lo que al declararlo así la sentencia de instancia no cometió la infracción que se le achaca.

*Véase sobre la temática de la competencia del orden social para conocer en las reclamaciones derivadas por derechos fundamentales asociadas a la inclusión en una “lista negra”: Ignacio Moreno González-Aller, “Listas negras de trabajadores y vulneración de derechos fundamentales”, Derecho.com, Tribuna, 17-2-2022: “*A la luz de la vigente normativa procesal laboral que pretende la unificación y racionalización competencial social y, por ende, fortalecer el papel de los juzgados y tribunales de este orden como garantes ordinarios y naturales de los derechos fundamentales, la vis atractiva de la jurisdicción social permite residenciar en ella [art.2 f) y 177.1 y 4 LRJS], y no en la jurisdicción civil, las demandas dirigidas frente a una o varias empresas, o terceros vinculados al empresario por cualquier título, como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, por la inclusión en una lista negra de trabajadores invocando lesión de derechos fundamentales, esté vigente o no el vínculo laboral, erigiéndose los órganos jurisdiccionales sociales en auténticos garantes naturales de los derechos fundamentales laborales, evitándose la fragmentación, la disparidad de criterios, los retrasos y el peregrinaje jurisdiccional del justiciable a efectos de obtener una tutela integral y plena. Lo determinante ha de ser que exista una relación directa de causalidad de los hechos lesivos de estos derechos fundamentales con la prestación de servicios o con el entorno laboral, y no tanto el momento en el que se produzcan, antes, durante o después de la relación laboral*”.

23.- STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2022. Sentencia nº 817/2022. Rec. 368/2022. Sala de lo Social. Sección Primera. Ponente Sr. Moreno González-Aller.

Resumen: INTERPRETACIÓN DE LOS PARÁMETROS Y CRITERIOS ALCANZADOS EN UN ACUERDO DE DESPIDO COLECTIVO. RECLAMACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN MAYOR A LA PUESTA A DISPOSICIÓN POR LA EMPRESA. ADECUACIÓN DE LA MODALIDAD PROCESAL ORDINARIA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO PRO ACTIONE.

El TSJ confirma la sentencia de instancia que desestima la reclamación por cantidad del actor.

CAIXABANK SA tramitó un despido colectivo que finalizó con Acuerdo con la RLT celebrado el 8 de mayo de 2019.

En el apartado segundo de ese Acuerdo sobre las extinciones indemnizadas, se definió el salario regulador en los siguientes términos:

“Por salario regulador (en adelante, SR), a los efectos del cálculo de todas las indemnizaciones y compensaciones pactadas en el presente Acuerdo, se entenderá el salario bruto fijo anual efectivamente percibido por el trabajador en los últimos 12 meses previos a la fecha de extinción del contrato por los conceptos que se detallan en el Anexo II adjunto al presente acuerdo.”

En su Anexo II, y con la denominación de Compensación de Mercado, figuran cuatro claves salariales: 367, 374, 399, 411.

Mediante carta de 10 de febrero de 2020, CAIXABANK SA comunicó al actor la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día 29 de febrero de 2020 al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 ET, pues el recurrente es despedido en ejecución y bajo las condiciones pactadas en el Acuerdo Colectivo suscrito con la RLT el 8 de mayo de 2019, al que se adhirió. El actor está conforme con el despido si bien muestra su disconformidad con la indemnización dado que entiende hay un concepto, el de compensación de mercado, clave 366 (que por cierto con esta misma denominación aparece con cuatro claves distintas en el Acuerdo) que debió tenerse en consideración para calcular indemnización. En concreto, la parte actora solicita que se incluya en el salario regulador de la indemnización por despido el importe de 6.172'95 € percibido en concepto de “Compensación de Mercado”, importe en el que no existe controversia entre las partes (hechos probados 3º, 4º y 5º). Y así, si se incluye tal importe en el salario regulador, resultaría una indemnización a favor del actor de 395.322'08 € (cuantía que tampoco fue discutida por la empresa demandada), lo que daría lugar a una diferencia de 26.037'50 € en concepto de indemnización; y que es la que se reclama en el presente procedimiento, según cuantificó en el acto del juicio oral la parte actora.

La Sala de suplicación desestima la excepción de inadecuación del procedimiento opuesta por la empresa en impugnación explicando que si bien conoce la doctrina inconcusa del TS relativa a que “(...) el proceso ordinario es adecuado cuando la

pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Ahora bien cuando en el supuesto controvertido se pongan en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el presente caso, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido“ (STS, 4ª, nº 1034/2016 de 2 Dic. 2016, Rec. 431/2014), en el caso presente ha de partirse de una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acción acorde al principio constitucional pro actione, vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva que exige a los órganos judiciales la exclusión de determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del litigante a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la pretensión a él sometida (art. 24 CE). De las dos acciones posibles a ejercitar, la de despido o la de reclamación de cantidad, el actor, en el ejercicio de su libertad, lo ha hecho por esta última, a través de la modalidad procesal ordinaria, sin que ello impida a la empresa defenderse articulando los medios de oposición a su alcance, debiéndose reparar además que el actor en ningún momento ha discutido la válida extinción del contrato de trabajo, de ahí que no accione por despido, sino únicamente el importe de la indemnización.

En cuanto al fondo del asunto entiende la sentencia anotada no le acompaña la razón al trabajador por la eficacia liberatoria del finiquito que suscribe muy expresivo de la voluntad del actor a su conformidad de incluir toda clase conceptos indemnizatorios compensatorios, dado que en el mismo se señala:

“A todos los efectos, con la excepción de la percepción de las cantidades comprometidas, me declaro saldado y finiquitado por toda clase de conceptos con CaixaBank (y demás empresas participadas y/ o vinculadas), incluidos conceptos salariales fijos, variables, indemnizatorios, compensatorios y en materia de previsión social complementaria, comprometiéndome a no reclamar nada más.

De igual manera, declaro que la indemnización que percibiré resarcen de la manera más amplia posible cualquier tipo de lesión de mis derechos que haya podido sufrir derivada, directa o indirectamente, de la citada relación laboral y, en consecuencia, renuncio expresa, inequívoca y terminantemente a interponer toda clase de acciones judiciales o extrajudiciales de cualquiera clase contra CaixaBank o empresas vinculadas.”

El actor pudo hacer tal referencia y excepcionar que no se había computado un determinado concepto, el de la clave 366, especialmente cuando conoce la cuantía con anticipación, pero no lo hace, añadiendo solamente una reserva referida a la liquidación y a su revisión. Por tanto, no procede que se intente alterar la voluntad libre e inequívoca de considerar que la indemnización percibida extingue la relación laboral y

es conforme con los cálculos derivados del acuerdo, al margen de la propia liquidación de salarios sobre la que se reserva la revisión.

Además, y como argumento complementario, se razona que el incluir un anexo específico con los conceptos, su código y denominación supone un elemento que da seguridad jurídica a las partes para determinar qué se incluye y que no en el cálculo de la indemnización por despido que, de forma muy superior a la legal, establece el pago de un porcentaje sobre ese salario regulado hasta el cumplimiento de la edad de 63 años. Y esa denominación y código identificativo es absolutamente relevante para determinar si resulta o no computable, en función de su naturaleza. Como se señala en la sentencia recurrida, el anexo II establece bajo la denominación de compensación mercado o plus mercado hasta 7 conceptos distintos (367, 374, 399, 411, 426 y 428), que se incluyen en la base reguladora del cálculo, pero no así el 366, probablemente porque se trataba de un concepto compensatorio que retribuía una determinada jornada partida y compensación de hasta un número de festivos, como se deduce de su concesión. Obviar esa circunstancia supondría alterar el equilibrio de las contraprestaciones que las partes se otorgaron incluyendo qué conceptos debían tomarse en cuenta y cuáles no, formando parte esencial del acuerdo, lo que no puede sustituirse por la voluntad unilateral y personal de los afectados.