



NEWSLETTER LABORAL

A b r i l 2 0 2 3

I. ANÁLISIS DE ACTUALIDAD	3
EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR. EVOLUCIÓN NORMATIVA, DESARROLLO JURISPRUDENCIAL E INCERTIDUMBRES ACTUALES.....	3
Introducción	3
Medidas para la conciliación recogidas en el Estatuto de los Trabajadores. Actividad legislativa.	3
Desarrollo e interpretación judicial.....	6
Conclusión	8
II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES	10
1. Despido en situación de baja por incapacidad temporal.....	10
2. ¿Vulnera el derecho a la desconexión digital el envío de mensajes de WhatsApp a empleados fuera de su jornada laboral?	11
3. La Audiencia Nacional determina la imposibilidad de utilizar el voto telemático en las elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa.....	12
4. Para denegar la solicitud de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral, la empresa debe acreditar la necesidad de presencialidad.....	13
5. ¿Puede concederse una indemnización superior a la legal por despido improcedente?	14
6. Nulidad del despido: trabajador con condición de suplente tras elecciones sindicales.....	14
7. El Tribunal Superior de Justicia de Baleares declara la nulidad del desistimiento durante el periodo de prueba de un trabajador en situación de incapacidad temporal.....	15
8. ¿Puede la empresa reclamar al trabajador el coste del detective privado utilizado para acreditar la causa del despido disciplinario?	16
9. El suicidio como accidente laboral.....	17
10. Actividades personales dentro del horario laboral: improcedencia del despido.....	18
11. Libertad de expresión vs poder disciplinario del empresario.....	18
12. Son válidos los planes de igualdad, aunque no hayan sido negociados, cuando los sindicatos, habiendo sido requeridos para la constitución de la Comisión ad hoc, no han dado respuesta en el plazo legal.....	19
13. Excedencia voluntaria: ¿cuál es el plazo de prescripción de la acción de reingreso y cómo se computa?.....	20
14. Gran invalidez por ceguera: el Tribunal Supremo rectifica doctrina.....	21

III. NOVEDADES LEGISLATIVAS	22
1. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.	22
2. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.	22
3. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.	23
4. Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.	23
5. Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.	24

I. ANÁLISIS DE ACTUALIDAD

EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR. EVOLUCIÓN NORMATIVA, DESARROLLO JURISPRUDENCIAL E INCERTIDUMBRES ACTUALES.

Introducción.

Ya hemos dicho, en más de una ocasión, que el Derecho Laboral es una materia “viva”, en constante cambio y contacto con la realidad social de cada momento. Basta comparar la normativa actual con la de inicios del siglo XX, con la del inicio de la democracia española o, incluso, con la de inicios de este mismo siglo, para advertir las grandes diferencias existentes.

En este sentido, una de las realidades sociales más cambiantes, y que tiene su evidente reflejo en la normativa laboral, ha sido la conciliación laboral y familiar, con un vertiginoso desarrollo en las últimas décadas.

Hace poco más de treinta años, se promulgó una Ley, en aquel momento novedosa, la 3/1989, de 3 de marzo, por la que se ampliaba a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecían medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, si bien únicamente concedía un permiso retribuido vinculado a la paternidad de cuatro días de duración.

Desde entonces, el desarrollo vertiginoso de las medidas en favor de la conciliación ha sido vertiginoso, como veremos a continuación.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, en nuestro país, muchas de las medidas de conciliación provienen de la

actividad legislativa y jurisprudencial de la Unión Europea, que ha ido impulsando y armonizando dichas medidas, en conjunto con las políticas de igualdad entre mujeres y hombres, extendiéndolas a los distintos Estados miembro, a través de las oportunas Directivas y/o pronunciamientos.

Así, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 – texto vinculante para los Estados miembro – orienta, de alguna manera, las medidas que éstos deben implementar, con una clara tendencia a primar el ámbito familiar en su inevitable conflicto con el laboral, señalando su artículo 33, relativo a la vida familiar y vida profesional, lo siguiente:

1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Medidas para la conciliación recogidas en el Estatuto de los Trabajadores. Actividad legislativa.

La realidad anteriormente descrita ha dibujado una evolución acorde en el principal cuerpo normativo en Derecho Laboral, el Estatuto de los Trabajadores.

Así, en el año 1995, con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ya se recogían algunos de los pilares en materia de derechos a la vida familiar y laboral, que hoy en día, tras la publicación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y normativa posterior, presentan un contenido muy ampliado.

Concretamente, las medidas referidas son las siguientes:

- La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo por nacimiento (maternidad y paternidad).

En 1995 – tal y como señalábamos anteriormente – la normativa recogía un plazo de dieciséis semanas en caso de maternidad, siendo el de la paternidad de hasta cuatro días.

Hoy en día, en los artículos 48.4 a 48.7 ET, la suspensión del contrato se extiende a dieciséis semanas para cada uno de los progenitores, de las cuales son obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas siguientes al parto o resolución judicial que determine la adopción, mientras que el resto de las semanas pueden disfrutarse en periodos de una semana, durante el primer año de vida del menor.

- Reducción de la jornada de trabajo.

En 1995, se recogía este derecho a quien (i) por razones de guarda legal tuviera a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido psíquico que no desempeñase actividad retribuida, siendo la reducción de la jornada de entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad, con reducción proporcional del salario, así como a la (ii) ausencia por lactancia, en términos muy similares al actual.

Es sorprendente revisar la redacción anterior, cuando, en la actualidad, los artículos 37.4 a 37.6 ET recogen distintos supuestos, tales como (i) la reducción de jornada por cuidado de menores de hasta doce años, o de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, de entre un octavo y la mitad de la misma, con reducción proporcional del salario; (ii) ausencia por lactancia, configurándose como un permiso retribuido de hasta una hora por el cuidado del menor de nueve meses y tras el permiso por nacimiento; o (iii) ausencias o reducción de jornada con base en el nacimiento y hospitalización.

- Excedencias.

En 1995, el artículo 46 ET recogía un concepto muy similar al actual, siendo que, en comparativa, la mayor novedad es la del derecho a esta figura por cuidado de familiar.

En este sentido, hoy en día, los artículos 46.2 y 46.3 ET disponen la posibilidad de acogernos a varios tipos de excedencia, a saber, (i) voluntaria, pudiendo ser disfrutada por un plazo de entre cuatro meses y cinco años, cualquier trabajador con al menos una antigüedad de un año en la empresa, generando en su reincorporación un derecho preferente a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente; (ii) por cuidado de hijos, de duración no superior a tres años a contar desde el nacimiento o resolución judicial de adopción, conservando – salvo familia numerosa – un derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año, siendo en los siguientes años dicha reserva para un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente; y (iii) por cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, de duración no superior a dos años, con las mismas reglas de reserva de puesto de trabajo que el apartado anterior.

- Permisos retribuidos

En 1995, tan sólo se recogía el derecho de hasta dos días (cuatro en caso de desplazamiento) en caso de nacimiento de hijo (esto es, el permiso por paternidad) o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En la actualidad, se ha evolucionado hasta el reconocimiento de (i) hasta dos días (cuatro en caso de desplazamiento)

por enfermedad, accidente, hospitalización... de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad; o (ii) por el tiempo indispensable para realización de exámenes prenatales, o sesiones de información y preparación sobre la adopción, siendo indudablemente un concepto mucho más amplio.

Además de lo anterior, el año 2019 se convierte en un prolífico ejercicio legislativo, que introduce una de las grandes novedades en materia de conciliación.

Concretamente, de manera adicional a los supuestos de reducción de jornada por guarda legal, el Real Decreto-ley 6/2019 introduce el concepto de la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar, trascendiendo los supuestos tasados de reducción de jornada, y, por tanto, la posibilidad de adaptación del horario, sin reducción salarial.

Así, se introdujo un nuevo artículo 34.8, que recoge el derecho de las personas trabajadoras a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, dando lugar a un intenso debate doctrinal – llegando a denominarse dicha figura como “jornada a la carta” – y que sin duda está a expensas de una necesaria unificación en su interpretación judicial.

Asimismo, el citado Real Decreto-ley 6/2019 mediante el cual, con carácter adicional a lo anterior:

- La obligatoriedad de los planes de igualdad en aquellas empresas con cincuenta o más trabajadores, debiendo recoger medidas de conciliación.
- Progresión paulatina del permiso de paternidad, de ocho semanas en 2019 a 16 semanas en 2021.
- Presunción de la nulidad de la resolución empresarial en periodo de prueba, en caso de trabajadoras en situación de embarazo.
- Ampliación de la protección – de nueve a doce meses – a trabajadores en caso de despido, que se reintegren tras un periodo de suspensión por nacimiento, desde la fecha de nacimiento o la resolución judicial de adopción.

Ha de ponerse de relevancia, eso sí, que la actividad del legislador no cesa, tanto por los derechos anteriormente citados y recogidos en el Estatuto de los Trabajadores, como otras figuras que, parece, van a surgir. Lo cierto es que los últimos años destacan por la prolífica actividad del legislador en la rama laboral, con especial incidencia en los derechos de conciliación.

No obstante, la técnica empleada por el legislador, principalmente mediante el predominio del Real Decreto, traducido en modificaciones y adiciones en textos normativos anteriores, con sus posteriores correcciones y aclaraciones, ha supuesto en ocasiones un reto a la hora de un correcto seguimiento de las novedades y su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

A efectos ilustrativos, desde 2020, al menos 23 normas han supuesto modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores.

Todo ello ha supuesto que, en los últimos años tanto la organización empresarial, como la del propio trabajador, se realice sobre cierta incertidumbre e inseguridad jurídica, tanto por la propia redacción de las normas – en muchas ocasiones ambigua e indeterminada – como por la novedad de los conceptos, que necesariamente han de ser interpretados y desarrollados por nuestros Tribunales.

Junto a lo anterior, la conocida como “Ley de Familias” – aún en sede parlamentaria – introduce igualmente nuevos conceptos respecto a la conciliación, empleando la misma técnica antes comentada.

En este sentido, nuevos permisos y mecanismos de conciliación van a ser aprobados, cada uno con diferentes requisitos de solicitud, plazo y concesión, y que no necesariamente van a venir a sustituir a los ya existentes, sino que se van a compatibilizar, creando un cuerpo jurídico cada vez más amplio y disperso.

Desarrollo e interpretación judicial

No han sido ajenos nuestros Tribunales a la materia en cuestión, de manera que, no solamente ha existido un importante desarrollo normativo, sino que la jurisprudencia ha ido agregando diferentes elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de definir estas medidas para la conciliación.

En este sentido, el derecho a la conciliación pivota sobre dos derechos constitucionales:

(i) el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14); y (ii) el derecho a la protección a la familia, a la vida familiar y a los hijos (artículo 39).

Por ello, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la interpretación de este articulado, consagrándolo como derechos subjetivos – de conciliación – en su respectiva medida, destacando la vulneración del derecho a la igualdad, en su vertiente de no discriminación por el ejercicio de derechos conciliatorios.

En este sentido, hemos de tener presente su doctrina, expresada en pronunciamientos como la [Sentencia 3/2007, de 15 de enero](#), en la que el Tribunal postula por una interpretación “proconciliatoria”, entendiéndolo que, en general, todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Junto a ello, la posible infracción de este derecho a la conciliación ha de conjugarse con el concepto de discriminación por razón de sexo, desde sus distintas vertientes:

i. Directa, entendiéndolo como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos

favorable que otra en situación comparable”.

ii. Indirecta, entendiéndolo como “aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo” ([Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre](#)).

Igualmente, este Tribunal ha apuntado en diversas ocasiones que “para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como “la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)” ([Sentencia 109/1993, de 25 de marzo](#)).

De este modo, es en esta segunda vertiente – la indirecta – donde hemos encontrado un mayor desarrollo por parte de nuestros Tribunales, sobre todo protegiendo el derecho a la conciliación, en una clara voluntad de materializar en la organización empresarial estos preceptos constitucionales.

Así, encontramos supuestos en los que se determina que es discriminatorio el sistema

de retribución variable que no computa el tiempo que los trabajadores cesan de su actividad laboral por causa de maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento de menores, tal y como señala el Tribunal Supremo en [Sentencia de 16 de julio de 2019](#).

De igual manera, se ha considerado la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo el sistema empresarial por el que se abona una ayuda alimentaria a aquellos trabajadores que finalicen su jornada pasadas las 16:00 horas de la tarde, una vez constatado que, de los 310 diez empleados en reducción de jornada que no podían acogerse a este beneficio, 298 eran mujeres (Tribunal Supremo en [Sentencia de 8 de abril de 2022](#)).

En este mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en [Sentencia de 13 de junio de 2022](#), declaró la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo efectuada a una trabajadora, entendiendo la existencia de discriminación y el abono de una indemnización de 12.000 euros, al ser la única trabajadora afectada dentro de un grupo de cuatro, siendo que ella era la única acogida a reducción de jornada por el cuidado de un hijo menor.

Finalmente, las situaciones protegidas fruto de la paternidad o la maternidad vienen desarrollándose en nuestros Tribunales desde hace décadas, pudiendo encontrar pronunciamientos en los que se declara la nulidad del despido del trabajador que había anunciado su paternidad ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de marzo de 2023](#)); o la de la mujer embarazada objeto de despido colectivo,

cuando los criterios de selección no han sido señalados en la comunicación extintiva ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León – sede de Valladolid – de 28 de mayo de 2018](#))

Igualmente, la novedad introducida en el año 2019, respecto a la adaptación de jornada, ha sido prolífica en el ámbito judicial, pues, al tratarse de una materia amplia, se han analizado solicitudes de todo tipo bajo el paraguas de esta medida.

Así – igualmente analizado en nuestra Newsletter de octubre de 2022 – encontramos resoluciones estimatorias de dichas adaptaciones, como la del [Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 25 de noviembre de 2022](#), que estimó la solicitud de trabajo a distancia a tiempo completo de una trabajadora residente en Guadalajara, cuyo centro se encontraba en Madrid.

Por otro lado, encontramos otros pronunciamientos, como la [Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Badajoz, de fecha 31 de mayo de 2021](#), que denegó la solicitud de la trabajadora de desarrollar su trabajo bajo la modalidad de teletrabajo a distancia durante tres días a la semana en horario flexible.

Conclusión

Los mecanismos legales para la conciliación de la vida familiar y laboral han evolucionado de manera evidente en el tiempo, y de manera paralela a la realidad social, y vinculada con la misma.

Ello ha provocado una intensa actividad normativa y jurisprudencial, que ha llevado a

la creación de una esfera jurídica con múltiples conceptos y mecanismos, similares entre sí, pero a la vez diferentes, cuyo conocimiento total y absoluto no es una tarea sencilla para el empresario, ni para el trabajador.

De esta manera, cada vez son más los preceptos y textos legales que deben ser atendidos por las compañías a la hora de mantener una actualizada política de relaciones laborales, y, al mismo tiempo, tampoco es fácil para los trabajadores conocer todas las posibilidades que el Derecho Laboral les aporta.

Sin embargo, parece que esta tendencia está lejos de cambiar, de forma que es necesaria una total y constante involucración de los actores del mercado laboral en la actualización de sus conocimientos.

II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

1. Despido en situación de baja por incapacidad temporal.

Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón, de 15 de noviembre de 2022 (SJSO 3161/2022)

En julio del año pasado entró en vigor la Ley 15/2022 para la igualdad de trato y la no discriminación. Una norma que examinamos en una de nuestras publicaciones y donde ya advertimos una duda que planeaba sobre su aplicación: ¿cómo interpretarán los tribunales el despido de un trabajador que se encuentren de baja médica?

Pues bien, el Juzgado Social 1 de Gijón ha dictado sentencia al respecto en fecha 15 de noviembre de 2022. En particular, la resolución declara como hechos probados que la trabajadora avisó a la empresa de su intención de causar baja por tener programada una operación. Ante esta situación, la empleadora le envió un whatsapp informándola de que su idea era terminar la relación y volver a contratarla una vez recuperada. Y así lo hizo, ya que el 8 de julio de 2022, mismo día que recibió el parte de baja por IT, le entregó la carta de despido disciplinario por no haber cumplido las expectativas para las que fue contratada.

Así pues, el interés del pronunciamiento reside en determinar si la reacción de la empresa puede catalogarse como discriminatoria a la luz de esta Ley 15/2022 y, por tanto, si cabe declarar la nulidad del despido.

De entrada, el Juzgado recuerda que nuestros tribunales venían aplicando la doctrina del

TJUE (caso “Daouidi”) en estos casos, según la cual la extinción podía ser discriminatoria (y, por tanto, conllevar la nulidad del despido) si la incapacidad temporal revestía un carácter duradero, equiparándola de esta forma a una discapacidad.

Sin embargo, la Ley 15/2022 prevé la nulidad de cualquier acto de discriminación (art. 26) y recoge varios supuestos en los que ésta puede concurrir: entre otros, por enfermedad (art. 2).

De este modo, la sentencia considera que con esta norma queda superada la doctrina del TJUE, en tanto en cuanto no se exige ningún tipo de duración pues, en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo. En consecuencia, declara la nulidad del despido porque la causa real del despido es la enfermedad de la trabajadora.

Por último, el Juzgado recuerda que la Ley 15/2022 exige una indemnización que restaure el daño provocado por esta situación discriminatoria (art. 27), cuantificándola en este caso en 3.500 euros, atendiendo a las circunstancias concretas.

En definitiva, cabrá estar atentos a los pronunciamientos de instancias superiores para ver si se confirma esta línea iniciada por el Juzgado de lo Social de Gijón.

2. ¿Vulnera el derecho a la desconexión digital el envío de mensajes de WhatsApp a empleados fuera de su jornada laboral?

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de noviembre de 2022 \(STSJ GAL 8117/2022\)](#)

Esta es la cuestión sobre la que ha tenido que dilucidar el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 2022.

Adelantamos que en este caso ha resuelto en sentido negativo – si bien se atiende a las circunstancias concretas –, considerando no existir tal vulneración del derecho a la desconexión digital, ni tampoco la concurrencia de acoso laboral, conforme se describe a continuación.

Entrando al fondo del asunto, la trabajadora – que prestaba servicios en una farmacia – formuló demanda en materia de vulneración de derechos fundamentales y acoso laboral, reclamando, en consecuencia, una indemnización por daños y perjuicios. Entre otras, denunciaba la trabajadora una serie de cuestiones contrarias al derecho a la desconexión digital, tales como llamadas y mensajes fuera del horario laboral, así como atender a preguntas o requerimientos en el grupo de WhatsApp de los trabajadores, del que formaba parte también el empleador.

Respecto a lo anterior, el Tribunal considera – en primer lugar – que, de acuerdo con la prueba practicada, no puede acreditarse el concreto horario de la trabajadora, no pudiendo advenirse si los mensajes enviados

(o, al menos, algunos de ellos) eran fuera del horario laboral.

No obstante, añade igualmente el Tribunal que dichos mensajes no eran frecuentes y, pese a que el grupo de WhatsApp funcionaba al margen de su horario laboral, ello era porque en el mismo estaban integrados el resto de empleados, con distintos horarios, que intercambiaban mensajes a su conveniencia.

De igual manera y pese a que quedó acreditado que en alguna ocasión se había efectuado alguna pregunta o manifestado alguna impertinencia a la trabajadora a través de dicho grupo fuera de su jornada laboral, señala el Tribunal que, en todo caso, “lo cierto es que no existe ningún requerimiento de respuesta inmediata, orden de mantenerse conectada u obligación de estar integrada en el grupo de WhatsApp.”

Junto a ello, refiere el Tribunal que “la demandante fuera de su horario laboral podía estar desconectada y no se detecta sanción, amonestación, recordatorio o comportamiento tendente a la que demandante hubiera de atender de forma inmediata tales comunicaciones”. Debe tenerse igualmente en cuenta que la farmacia en cuestión había cambiado recientemente de propietario, siendo la trabajadora la única de la propiedad anterior, contexto que el Tribunal tiene en cuenta a la hora de comprender ciertos requerimientos.

Estaremos atentos, en todo caso, a próximos pronunciamientos sobre esta cuestión.

3. La Audiencia Nacional determina la imposibilidad de utilizar el voto telemático en las elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa.

Sentencia de la Audiencia Nacional, de 12 de diciembre de 2022 (SAN 5781/2022)

En el supuesto enjuiciado, los sindicatos SIE, ATYPE-CC, USO y ELA adoptaron un acuerdo de unificación de procesos electorales para celebrar las elecciones en las dieciséis empresas de un grupo. En el citado acuerdo se establecía que las votaciones se podrían realizar mediante tres modalidades: voto presencial, voto por correo y voto telemático.

No obstante, el contenido del acuerdo fue impugnado mediante demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional por los sindicatos CCOO, UGT y CGT, por considerar que el sistema de voto telemático resultaba contrario a derecho. Según expusieron, no existía previsión legal o reglamentaria que habilitara el voto telemático y, además, el legislador, recientemente, en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, había optado expresamente por el voto presencial.

Así, la Audiencia Nacional, tras analizar la cuestión, concluye que no puede resultar admisible el voto telemático en las elecciones a delegados de personal y miembros del comité de empresa, por cuanto que el artículo 75.2 del Estatuto de los Trabajadores no admite otro tipo de voto que el emitido en papel impreso.

En concreto, entiende el Tribunal que no cabe realizar una interpretación sociológica

del precepto de forma que se admita el voto telemático por los siguientes motivos:

- En el momento de publicación del actual texto refundido del Estatuto de los Trabajadores ya estaban lo suficientemente implantadas en la sociedad las comunicaciones telemáticas, por lo que se podría haber establecido así inicialmente.
- Cuando el legislador ha querido que en procesos electorales se admita el voto telemático así lo ha previsto expresamente.
- La reciente legislación en materia de representación de los trabajadores contenida en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia opta claramente por el voto presencial de las personas que trabajan a distancia.

Una vez expuesto lo anterior, entiende que las normas que regulan el procedimiento electoral son normas de derecho necesario y no cabe el pacto en contrario por las partes afectadas. En consecuencia, no cabe el acuerdo en el que se establezca la posibilidad del voto telemático.

4. Para denegar la solicitud de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral, la empresa debe acreditar la necesidad de presencialidad.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 9 de diciembre de 2022 \(STSJ GAL 8745/2022\)](#)

La actora, en situación de reducción de jornada por guarda legal, formuló, en fecha 11 de febrero de 2022, solicitud de prestación de servicios en la modalidad de trabajo a distancia, como medida de conciliación de la vida familiar y laboral, invocando los artículos 13 y 34.8 ET, y alegando que su situación familiar exigía una reordenación de la forma en la que desempeñaba su jornada para poder conciliar las obligaciones familiares y laborales debido a un cambio de domicilio.

Dado que la empresa denegó la solicitud de la trabajadora, justificando su decisión en “razones inherentes a la actividad de la empresa” y en “motivos organizativos del servicio”, de forma un tanto imprecisa, la empleada, en fecha 3 de marzo de 2022, reiteró su solicitud. Esta fue de nuevo denegada por la empresa en base a los mismos motivos, añadiendo, además, que no existía la modalidad de teletrabajo, salvo en circunstancias excepcionales como era la pandemia.

La actora, que desde principios de febrero a finales de abril de 2022 había venido teletrabajando 2 días en semana, presentó una tercera solicitud el 7 de abril y, por su parte, la empresa comunicó a la totalidad de la plantilla, en el mes de mayo de 2022 que, a partir del 1 de junio del mismo año,

desaparecería la situación de excepcionalidad derivada de la pandemia y, con ella, el teletrabajo.

Ante la demanda presentada por la trabajadora, la sentencia de instancia, posteriormente recurrida en suplicación, declaró el derecho de la actora a prestar servicios mediante la modalidad de teletrabajo, a tiempo completo, condenando a la empresa a abonar una indemnización por daños y perjuicios a la trabajadora.

Finalmente, el TSJ de Galicia desestimó el recurso interpuesto por la empresa, debido a la falta de justificación de la necesidad de presencialidad de la empleada, en la medida en que esta necesidad era el motivo en base al cual se denegaron sus solicitudes, apreciando que, sin embargo, la actora sí acreditó la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral, así como la razonabilidad y proporcionalidad del teletrabajo solicitado, entendiéndose, en consecuencia, ajustado a derecho el reconocimiento del derecho de conciliación mediante trabajo a distancia del juzgador de instancia.

5. ¿Puede concederse una indemnización superior a la legal por despido improcedente?

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de enero de 2023 \(STSJ CAT 2/2023\)](#)

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de enero de este año, examina los requisitos que abrirían esta posibilidad y concede una indemnización adicional en un supuesto de despido improcedente.

Para ponernos en contexto, este pronunciamiento recoge, como hechos probados, que la trabajadora fue despedida escasos días antes de que su empleadora solicitara un ERTE por fuerza mayor a causa del Covid. En efecto, la empresa, que justificó la amortización de puesto por causas productivas - disminución de ventas por la pandemia - reconoció la indemnización máxima por su despido improcedente y, por otro lado, unos días más tarde, se acogió a este mecanismo para suspender el contrato de sus otros empleados, quienes gozaron de las ventajas de la prestación por desempleo aprobadas para esta situación extraordinaria, a diferencia de la trabajadora, que ni tan siquiera pudo acceder a la ordinaria al no haber cotizado los días suficientes para ello.

Así las cosas, la sentencia, que descarta la nulidad del despido, reconoce la improcedencia y otorga una indemnización adicional. Para ello, el TSJ sostiene que la indemnización legal tasada (alrededor de 1.000 euros) había sido insignificante y no compensaba la pérdida del puesto de trabajo,

además de no producir un efecto disuasorio para la empresa.

En este sentido, una vez reconocido que procede este importe superior, para cuantificarlo, se basa en el lucro cesante solicitado por la actora, que equivaldría a la prestación extraordinaria de desempleo que le hubiera correspondido de haber sido incluida en el ERTE y no despedida.

De este modo, el TSJ le concede 3.493,3 euros como indemnización adicional resultante - frente a los 10.000 que solicitaba la actora -, estimándose parcialmente este motivo de su recurso de suplicación.

En definitiva, habremos de estar atentos a la evolución de esta materia que abre la puerta a indemnizaciones superiores a la tasada legalmente por el despido improcedente.

6. Nulidad del despido: trabajador con condición de suplente tras elecciones sindicales.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 23 de enero de 2023 \(STSJ CL 144/2023\)](#)

En su reciente sentencia, de 23 de enero de 2023, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León declara la nulidad del despido de un trabajador con condición de suplente tras las elecciones sindicales celebradas.

Concretamente, en el supuesto enjuiciado, en fecha 20 de febrero de 2020, se celebran elecciones sindicales en la empresa, presentándose el trabajador como candidato. Una vez finalizado el proceso, el trabajador no es elegido representante, pero adquiere la condición de primer suplente.

En fecha 28 de febrero de 2020, ocho días más tarde, la empresa comunica al trabajador su despido por motivos disciplinarios que, si bien se refería a causas reales y acreditadas en el acto de juicio, fue declarado improcedente por falta de gravedad de los hechos por el Juzgado de lo Social.

Así, teniendo en consideración lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, estima el recurso presentado por el trabajador y declara la nulidad del despido por los siguientes motivos:

- (i) Existen indicios suficientes de vulneración de derecho fundamental a la libertad sindical por cuanto que el despido se produce 8 días después de la celebración de las elecciones sindicales, en las que el actor se presentó como candidato, pese a no ser elegido y quedar como suplente.
- (ii) Los hechos probados e imputados en la carta de despido no tienen la suficiente trascendencia para justificar el despido, se producen con anterioridad a la celebración de las elecciones y, además, la declaración de improcedencia no fue recurrida por la empresa. En consecuencia, una vez invertida la carga de la prueba, concluye la Sala que no se ha acreditado de forma suficiente por la empresa que el despido tenga causa en motivos ajenos al ejercicio del trabajador de su derecho a la libertad sindical.

En definitiva, del análisis de este reciente pronunciamiento podemos concluir que, existe riesgo de nulidad en aquellos supuestos en los que (i) el trabajador adquiera la condición de suplente tras las elecciones sindicales, (ii) exista una clara

proximidad temporal entre el despido y las elecciones y, además, (iii) la empresa no logre acreditar de forma contundente que la causa del despido es ajena al ejercicio del derecho.

7. El Tribunal Superior de Justicia de Baleares declara la nulidad del desistimiento durante el periodo de prueba de un trabajador en situación de incapacidad temporal.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, de 24 de enero de 2023 \(STSJ BAL 97/2023\)](#)

En el caso enjuiciado, la empresa demandada comunicó al demandante la finalización del periodo de prueba tres días después del inicio de una situación de incapacidad temporal por contingencias comunes del actor, con sintomatología ansioso-depresiva (y apenas cinco días después de su contratación).

En el escrito de demanda, el actor refería que la decisión empresarial se había producido “tras haber sido presionado para solicitar el alta médica por parte del departamento de RRHH en varias ocasiones”, afirmación que no pudo probar en el acto de la vista, pues el Juzgador a quo inadmitió por no ser “una cuestión relevante” – incomprensible para el TSJ –, la grabación de audio de una conversación telefónica entre el demandante y una responsable de recursos humanos de la empresa y la declaración testifical de la misma.

Así, el Juzgado de instancia desestimó la demanda al entender que la facultad empresarial de desistir del contrato durante el período de prueba no quedaba enervada por la situación de IT, la cual únicamente

provocaba la interrupción del cómputo de dicho período, pero no limitaba tal facultad extintiva.

Sin embargo, entiende el TSJ que la admisión por parte de la mercantil de la realidad de la conversación telefónica en su escrito de impugnación confirma que el trabajador fue presionado previamente a su cese para que se reincorporara al trabajo en razón de la relevancia de sus funciones como jefe de obra.

Por ello, concluye el Tribunal que la actuación de la empresa comportó, indiscutiblemente, una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud (art. 43 CE) y el del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE), así como lesiva de su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), condenando a la empresa a la inmediata readmisión del demandante y al abono de los salarios de tramitación correspondientes, sin condena al pago de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales, en tanto no fue solicitada por el actor en su escrito de demanda.

8. ¿Puede la empresa reclamar al trabajador el coste del detective privado utilizado para acreditar la causa del despido disciplinario?

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 13 de febrero de 2023 \(STSJ M 1691/2023\)](#)

En el caso que nos ocupa, la empresa contrató los servicios de un detective privado para la emisión de un informe cuyo objeto era verificar el día a día del trabajador durante su baja laboral, procediendo

finalmente a su despido por causas disciplinarias basadas en la prueba obtenida a través de dicho informe, cuyo coste ascendió a 3.062,27 euros.

El trabajador, aunque no impugnó el despido, sí presentó una demanda de reclamación de cantidad por salarios pendientes de pago. Frente a dicha demanda, la empresa formuló reconvencción, si bien alcanzó un acuerdo económico con el trabajador, reservándose las acciones correspondientes respecto de la demanda reconvenccional.

Posteriormente, en consonancia con lo anterior, la empresa interpuso demanda frente al trabajador, reclamando la cantidad de 3.062,27 euros, en concepto de perjuicios económicos derivados del despido disciplinario.

Frente a la sentencia desestimatoria dictada por el juzgador de instancia, la empresa recurrió en suplicación, amparando su reclamación en el artículo 1.101 del Código Civil, alegando en su único motivo de recurso que los gastos reclamados fueron necesarios para acreditar el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, en tanto que el informe del detective probaba la existencia del daño, y que el mismo se había debido a culpa o negligencia del trabajador.

Ante el argumento esgrimido por la recurrente, el TSJ de Madrid, confirmando la sentencia de instancia, entendió que, si bien era cierto que el trabajador podía haber incurrir en dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y deberes básicos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 y 20.2 ET, provocando con sus actos su despido disciplinario, el daño

reclamado (coste del detective) no había sido consecuencia de su responsabilidad contractual, dado que la empresa podía haber optado por otros medios probatorios acreditativos de los incumplimientos, no existiendo nexo causal entre ambas cuestiones.

En el sentido descrito, el TSJ concluyó que, en tanto que el incumplimiento doloso o culpable del trabajador no había ocasionado los daños reclamados, no concurrían los requisitos exigidos por el art. 1.101 del Código Civil para estimar la reclamación de daños y perjuicios solicitada.

9. El suicidio como accidente laboral.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 27 de febrero de 2023 \(STSJ CANT 128/2023\)](#)

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27 de febrero confirma la etiología profesional de un suicidio que no se produce en tiempo y lugar de trabajo.

En síntesis, los hechos del caso son los siguientes: el malogrado, que trabajaba en una cadena de supermercados de Santander, fue denunciado por una compañera por acoso laboral. Como consecuencia, y tras la investigación promovida por la empresa, le impusieron una sanción de empleo y sueldo de tres días y, además, lo trasladaron a otra tienda situada en la localidad de Laredo.

Por otro lado, consta acreditado que unos días antes del acto suicida manifestó a su mujer la angustia que sentía por una posible denuncia penal de la víctima y, asimismo, en la misma línea, en el historial de su teléfono móvil constaban búsquedas relacionadas con

condenas por este motivo. Una preocupación que lo acompañó hasta el último momento.

Pues bien, la Sala considera que en este supuesto cabe aplicar la denominada teoría de la ocasionalidad relevante, que se caracteriza por una circunstancia negativa (los factores del accidente no son inherentes al trabajo) y otra positiva (la actividad profesional es condición sin la que no se habría producido el evento).

Con todo, la Sentencia afirma que ha existido una clara relación de causalidad entre la acción suicida y el trabajo, pues las circunstancias ligadas a su actividad profesional han servido de base para tomar la decisión de quitarse la vida. Así se desprende del hecho que no constaran patologías psiquiátricas previas que pudieran desvincular el fallecimiento de la problemática laboral y, más en particular, de la situación vivida a raíz de la denuncia por acoso laboral y sus consecuencias, la suspensión de empleo y el traslado a Laredo.

En definitiva, el TSJ estima el recurso de suplicación y declara que las pensiones de viudedad y orfandad derivan de contingencia profesional, aunque el suicidio se produjera fuera del lugar y tiempo de trabajo.

10. Actividades personales dentro del horario laboral: improcedencia del despido.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 1 de marzo de 2023 \(STSJ M 2154/2023\)](#)

Interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid – de 1 de marzo de 2023 – que, cuando menos, vuelve a recordar la importancia que la realidad de los hechos ostenta a la hora de enjuiciar cualquier asunto en la jurisdicción social.

En el caso objeto de controversia se produjo un despido disciplinario fruto de la investigación llevada a cabo por un detective privado, en la que quedó acreditado que el trabajador – comercial, bajo modalidad de teletrabajo y horario de 9:30 a 17:30 horas, con flexibilidad de entrada y salida – venía realizando diversas gestiones personales durante su jornada laboral, tales como jugar al pádel, quedar a tomar algo o recoger a su hija en el colegio.

No obstante lo anterior, en sede judicial quedó acreditado que el trabajador venía llevando a cabo su labor con autonomía en la forma de trabajo y organización, con horario distinto al estrictamente señalado – antes y después del mismo, durante los fines de semana o en vacaciones – así como haber alcanzado el 100% de los objetivos fijados por la empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TSJ desestimó el recurso de suplicación – ratificando en consecuencia la improcedencia – considerando que, a la luz de los hechos anteriores, no puede entenderse el

incumplimiento del trabajador o su transgresión de la buena fe contractual, pues la propia naturaleza del trabajo no implica estar en su puesto de trabajo de forma fija y, por otro lado, consta acreditada la plena dedicación del trabajador a su actividad, prescindiendo de su horario para ceñirse a sus clientes y realizando su labor correctamente, tal y como se desprende del cumplimiento de los objetivos establecidos, sin que pueda deducirse un perjuicio para la empresa de su proceder.

11. Libertad de expresión vs poder disciplinario del empresario.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de diciembre de 2022 \(STSJ CAT 11873/2022\)](#)

En el día de hoy compartimos una sentencia muy interesante en la que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara nula la sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta a un trabajador por criticar la gestión de la empresa durante la pandemia del COVID-19, condenándola, además, al abono al trabajador de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales ascendente a 10.000 euros.

En el caso enjuiciado, el trabajador (presidente del Sindicato ASA-C) se grabó en directo junto con otra compañera, en un vídeo público de la red social Tik-Tok, refiriendo expresiones críticas a la gestión de su empresa (del sector de transporte sanitario), tales como “somos técnicos de emergencias sanitarias, estamos aquí...para...visibilizar un poco lo mal y puteados que estamos”.

Por lo anterior, la empresa impuso al actor una sanción de 30 días de suspensión de empleo y sueldo, imputándole desobediencia continuada o persistente, abuso de confianza, transgresión de la buena fe contractual e incumplimiento de la normativa de prevención y salud laboral – puesto que se encontraba sin mascarilla, dentro de las instalaciones de la empresa, mientras grababa el vídeo –.

No obstante, el TSJ, tras traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en relación con la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales, llega a la conclusión de que, si bien las opiniones vertidas en el vídeo podrían considerarse molestas u ofensivas para la empresa, no podían calificarse como insultantes, injuriosas o vejatorias como para atentar a la honorabilidad e imagen de la misma, teniendo en cuenta, además, que el vídeo se grabó durante la pandemia (existiendo una situación de alarma social).

Igualmente, el TSJ entiende que la sanción impuesta al trabajador supone una limitación indebida al derecho a la libertad sindical, en relación con la libertad de expresión, puesto que el trabajador buscaba lograr el respeto de las condiciones laborales supuestamente infringidas por la empresa para la que prestaba servicios.

12. Son válidos los planes de igualdad, aunque no hayan sido negociados, cuando los sindicatos, habiendo sido requeridos para la constitución de la Comisión ad hoc, no han dado respuesta en el plazo legal.

[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de enero de 2023 \(STSJ AND 206/2023\)](#)

En el presente caso, la empresa – de más de 50 trabajadores – no contaba con representación unitaria o sindical para negociar el plan de igualdad, motivo por el cual debió crearse una Comisión negociadora ad hoc, constituida por la representación de la empresa y por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector.

De esta manera, para la aprobación del plan de igualdad la empresa debe comunicar a los sindicatos más representativos su intención de negociar dicho plan, quienes deberán responder en el plazo de 10 días previsto por el artículo 5.2 del Real Decreto 901/2020. Pero, ¿cómo debe actuar la empresa si no obtiene respuesta en el plazo antedicho por parte de los sindicatos? ¿se puede dilatar su aprobación hasta que se obtenga respuesta por parte de los mismos?

Interpreta el Tribunal de Justicia de Andalucía que la obligación por parte de la empresa se extiende a dar la posibilidad a los sindicatos de participar en la negociación del plan pero que, en ningún caso puede imponer dicha participación y que, por tanto, si cumple con el requerimiento a los sindicatos más representativos para designar en el plazo de

10 días a la Comisión negociadora y los mismos no responden en dicho plazo, puede la empresa proceder a implementar el plan de igualdad.

Añade el Tribunal que “la empresa no tenía obligación de remitir sucesivos requerimientos a los sindicatos hasta que los mismos admitiesen formar parte de dicha Comisión negociadora, pues ello no se encuentra previsto ni legal ni reglamentariamente, por lo que la empresa podía continuar con los trámites para la aprobación del plan de igualdad” pues, de lo contrario, se permitiría a los sindicatos la posibilidad de bloquear indefinidamente su aprobación.

Por ello, el Tribunal estimó la demanda presentada por la representación de la empresa, acordando proceder al registro e inscripción del plan de igualdad.

13. Excedencia voluntaria: ¿cuál es el plazo de prescripción de la acción de reingreso y cómo se computa?

[Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 2023 \(STS 1203/2023\)](#)

En su reciente sentencia de 22 de marzo, el Tribunal Supremo estima el recurso de un trabajador que solicita su reingreso tras la excedencia voluntaria, casi seis años después de su última comunicación con la empresa.

En el caso objeto de análisis, el demandante venía disfrutando de una excedencia voluntaria desde el 16 de octubre de 2008, cuya duración, tras dos prórrogas sucesivas, se había extendido hasta el 15 de octubre de 2011.

Así, el 26 de mayo de 2011, 3 meses antes de la finalización de su periodo de excedencia, el trabajador solicitó su reingreso, obteniendo, en fecha 1 de junio del mismo año, la siguiente respuesta por parte de la empresa: “Tomamos nota de su petición de reingreso ... y le comunico que cuando quede abierta la fase de reingreso de excedentes, dentro de los procesos de pruebas selectivas para su categoría, se lo notificaremos al efecto”.

Casi seis años después, el 6 de marzo de 2017, el demandante dirigió un nuevo escrito a la empresa, reiterando su solicitud de reincorporación, respondida esta en sentido negativo, motivando con ello la formulación de demanda por parte del trabajador.

Tanto la sentencia del Juzgado de lo Social como la del TSJ desestimaron demanda y recurso de suplicación, estimaron la excepción de prescripción de la acción, desestimando las pretensiones del trabajador, frente a lo que este recurrió en casación para la unificación de la doctrina alegando la infracción del art. 1969 del Código Civil y de los arts. 59.1 y 2 y 46.5 del ET, solicitando la desestimación de la excepción de prescripción de la acción.

En su sentencia, el Alto Tribunal recuerda que la doctrina jurisprudencial ha distinguido dos supuestos en torno a la reincorporación de la excedencia voluntaria: (i) cuando el empresario se opone a la reincorporación rechazando la materialización del derecho del trabajador, lo cual equivale al despido, siendo el plazo de caducidad el del art. 59.3 ET, y; (ii) cuando el empresario niega la reincorporación bajo el pretexto de que no existe vacante, poniendo en marcha “tracto

prescriptivo”, de un año, de acuerdo al art. 59.2 ET, siendo este el supuesto enjuiciado.

La clave del caso enjuiciado reside en que cuando el trabajador solicitó la reincorporación, la empresa le comunicó que le notificaría la fase de reingreso de los excedentes, no constando comunicación empresarial alguna al efecto, ni que el trabajador conociese la existencia de vacantes.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo desestima la excepción de prescripción, ya que la acción no pudo ejercitarse con anterioridad por razones imputables a la empresa, que no había informado al trabajador, devolviendo las actuaciones al TSJ para su pronunciamiento sobre los restantes motivos planteados en el recurso de suplicación.

14. Gran invalidez por ceguera: el Tribunal Supremo rectifica doctrina.

[Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2023 \(STS 1203/2023\)](#)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo del 2023 examina los requisitos de la pensión de gran invalidez por pérdida de agudeza visual y, con motivo de ello, modifica la tesis objetiva que hasta el momento venía aplicando.

En el supuesto enjuiciado, el TSJ de Madrid reconoce la incapacidad permanente absoluta a una trabajadora de la ONCE con una visión en ambos ojos inferior al 0,1 (1/10 de la escala Weckcer), rechazando la gran invalidez. El motivo de la Sala para denegarla se centra en que, según quedó acreditado en instancia, pese a que la demandante es

virtualmente ciega no precisa de la ayuda de un tercero en su día a día (por ej. come, se viste o va al trabajo sola).

Sin embargo, la actora recurre en casación afirmando que nuestra jurisprudencia ha identificado la ceguera con una visión en ambos ojos inferior al 0,1 y, de esta manera, con independencia de otros factores subjetivos, el afectado por este déficit necesita a una persona para las tareas cotidianas. Estamos, por tanto, ante un criterio objetivo para otorgar la gran invalidez.

Pues bien, tras un recorrido histórico sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo rectifica su doctrina objetivista y asegura que la presencia de una dolencia no permite, por sí misma, reconocer que el perjudicado está impedido para los actos más esenciales de la vida. Así, el Alto Tribunal desestima el recurso de la trabajadora concluyendo que la gran invalidez no puede ir ligada a una concreta pérdida de agudeza visual, sino que exige valorar otras circunstancias, como las condiciones de vida del solicitante, su edad o capacidad intelectual.

En definitiva, con este giro, cada caso de ceguera deberá evaluarse teniendo en cuenta los factores médicos y sociales y, en su caso, determinar si el afectado es acreedor de la pensión de gran invalidez con arreglo a los criterios subjetivos que aplican al resto de pensiones por incapacidad permanente.

III. NOVEDADES LEGISLATIVAS

1. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Esta Ley, publicada el pasado 21 de febrero en BOE, traspone la conocida como Directiva Whistleblowing – Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 – que pretende otorgar una adecuada protección a las personas físicas informantes frente a posibles represalias, así como fortalecer la cultura de la información y la integridad de las organizaciones.

En este sentido, cabe resaltar los siguientes aspectos de la norma:

- Obligación de disponer de un sistema interno de información para todas aquellas empresas privadas de 50 o más trabajadores. Especial consideración a los grupos de empresas conforme al artículo 42 del Código de Comercio (artículo 11).

Las empresas de entre 50 y 249 trabajadores tendrán hasta el 1 de diciembre de 2023 para su implementación; disponiendo únicamente de 3 meses desde su entrada en vigor aquellas con 250 o más trabajadores.

- Amplísimo ámbito de aplicación, recogido en el artículo 3, abarca desde candidatos y becarios, hasta autónomos, subcontratistas o accionistas.

- Posibilidad de externalizar la gestión del sistema interno de información (artículo 6).

- Prohibición expresa de represalias frente aquellas personas que presenten una comunicación o denuncia conforme a lo previsto en la norma, refiriendo distintos tipos de comportamientos que pueden reputarse represivos (artículo 36).

- Cuantiosas sanciones, considerando como infracción muy grave la falta de implementación del sistema interno de comunicación, con cuantías de entre 30.000 y 300.000 euros para las personas físicas; y de entre 600.001 y 1.000.000 euros para las personas jurídicas (artículo 65).

Sin duda, nos encontramos ante una norma de enorme relevancia y habrá de estar a su desarrollo e interpretación judicial para entender su verdadero impacto real.

2. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Esta Ley introduce importantes novedades en el ámbito laboral.

En primer lugar, establece la obligatoriedad de las empresas de más de 50 trabajadores de implantar un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTB.

Igualmente, dispone que los empleadores deberán adoptar métodos para prevenir y detectar situaciones de discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

En segundo lugar, establece una serie de infracciones y sanciones administrativas,

entre las que se incluyen multas o prohibiciones de contratar con la Administración por un periodo de 3 años. Asimismo, se modifica la LISOS, introduciendo nuevas infracciones en esta materia.

Por último, esta Ley modifica el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores, incluyendo en el mismo, como derecho básico de los trabajadores, la no discriminación por razones de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

3. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Con la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal, con la obligación de seguir cotizando en dicho periodo y abonándose el subsidio a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo.

Asimismo, se considerará situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes, también, la debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no— si está impedida para el trabajo —, sin perjuicio de los supuestos de interrupción del embarazo por accidente de trabajo (AT) o enfermedad profesional (ET).

Igualmente, se considerará situación especial de incapacidad temporal por contingencias

comunes la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana 39, si no estuviera previamente de baja por riesgo en el embarazo. El subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

4. Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

Esta Ley esencialmente modifica el artículo 51 ET, en relación con el despido colectivo, estableciendo que, con carácter preceptivo — que no vinculante —, una vez recibida por la autoridad laboral la comunicación de apertura del periodo de consultas, recabará informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que, según la Ley, podrá valorarse incluso la concurrencia de las causas justificativas. Será interesante ver el alcance real de este nuevo procedimiento.

Igualmente, el legislador, con la entrada en vigor de esta Ley, ha introducido un importante cambio en relación a los “falsos autónomos”, al suprimir el apartado d) del artículo 148 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por el que se regulaba el procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social.

Así, a raíz de este cambio, el acta administrativa que emita la Inspección de Trabajo recogiendo el carácter laboral de la relación de un falso autónomo, será plenamente ejecutiva al adquirir firmeza — recordemos que antes de la entrada en vigor de esta Ley, era el Juzgado de lo Social quien debía declarar el carácter laboral —.

Lo anterior tiene como consecuencia que la empresa, para oponerse al acta, deba

impugnarla ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

5. Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

Con la aprobación de este Real Decreto-ley se pretende, a través de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, impulsar la contratación y el mantenimiento del empleo, así como el fomento del trabajo autónomo y de la economía social, entre otros.

Principalmente, estas medidas están destinadas a las personas de atención prioritaria, personas con discapacidad, personas en riesgo o situación de exclusión social, mujeres víctimas de violencia de género, mujeres víctimas de trata de seres humanos, mujeres víctimas de violencias sexuales y víctimas del terrorismo.

Así pues, como obligación de mantenimiento en el empleo, en la bonificación a la contratación laboral indefinida, el beneficiario debe mantener a la persona destinataria de estas medidas en situación de alta o asimilada a la de alta con obligación de cotizar, al menos 3 años desde la fecha de inicio o transformación del contrato bonificado.

También se establecen en la norma la cuantía y duración de los beneficios, las exclusiones de los incentivos a la contratación previstos, así como las incompatibilidades y concurrencia de beneficios.

Por último, se establecen las bonificaciones por la contratación indefinida de personas con capacidad intelectual límite, de personas trabajadoras readmitidas tras haber cesado en la empresa por incapacidad permanente total o absoluta, entre otras.

