



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de abril de 2021)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

Fondo de Garantía Salarial (Fogasa): la reducción del límite asegurado a los trabajadores a tiempo parcial en función de su jornada no contraría el derecho de la Unión, aun cuando afecte a trabajadoras en mayor medida

Igualdad de retribución. Institución nacional que garantiza a los trabajadores afectados el pago de los créditos no abonados por sus empresarios insolventes.

Fogasa. Límite al pago de estos créditos. Cuantía del límite reducida para los trabajadores a tiempo parcial en función de la relación entre la jornada laboral de estos y la jornada laboral de los trabajadores a tiempo completo. Discriminación indirecta por razón de sexo.

Mientras que este límite se eleva, para los trabajadores a tiempo completo, al doble del salario mínimo interprofesional diario, el mismo se reduce, respecto a los trabajadores a tiempo parcial, proporcionalmente a la jornada de estos últimos en comparación con la jornada de los trabajadores a tiempo completo que ejercen la misma actividad. Los salarios cuyo pago asegura el Fogasa están comprendidos en el concepto de retribución, en el sentido de los artículos 1 b) y 2.1 e) de la Directiva 2006/54/CE. Asimismo, la indemnización por despido, cuyo pago corre a cargo también del Fogasa, debe considerarse comprendida en este concepto. Según se desprende de la Directiva 2008/94, los Estados miembros pueden establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía siempre que se cumpla la exigencia de que los pagos no sean inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo de dicha directiva, cuestión esta que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente. Entiende el tribunal que no queda de manifiesto que un trabajador a tiempo parcial sufra, en virtud de dicha normativa, una doble reducción, consistente en, además del salario reducido por el carácter parcial de su actividad, una nueva reducción relativa al límite fijado al pago asegurado por el Fogasa. La toma en consideración de la cantidad de trabajo realizada efectivamente por un trabajador a tiempo parcial, comparada con la de un trabajador a tiempo completo, constituye un criterio objetivo, en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, que justifica una reducción proporcionada de los derechos y condiciones de empleo de un trabajador a tiempo parcial. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha aplicado el principio de *pro rata temporis* a prestaciones vinculadas a una relación de trabajo a tiempo parcial. Ha de considerarse que la aplicación, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial, de un ajuste del límite de pago asegurado por el Fogasa, previsto en el artículo 33.1 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), que corresponde al porcentaje de la jornada realizada por los trabajadores a tiempo parcial en comparación con la jornada realizada por los trabajadores a tiempo completo que ejercen la misma actividad, constituye una correcta aplicación del principio de *pro rata temporis*. Dicho ajuste puede garantizar la misma cuantía máxima de pago, por el Fogasa, de los créditos impagados de los trabajadores por hora trabajada y, por ello, favorecer la igualdad de trato. No cabe considerar que esa normativa coloque en situación de desventaja a una categoría determinada de trabajadores, en este caso los que trabajan a tiempo parcial y, menos aún, a las trabajadoras. Por consiguiente, no puede calificarse de medida indirectamente discriminatoria, en el sentido de los artículos 2.1 y 4 de la Directiva 2006/54. **Admisibilidad.** Se declara la admisibilidad de la cuestión prejudicial, basada en una discriminación indirecta por razón de sexo, al afectar



▶ principalmente la contratación a tiempo parcial a trabajadoras femeninas, siendo que el concreto caso sometido a consideración judicial, y que ha provocado la elevación del supuesto a cuestión prejudicial, afecta a un trabajador de sexo masculino y, por tanto, no afectado por dicha discriminación indirecta.

(ATJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-841/19)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –GUÍA–

Trabajadores con discapacidad: la obligación de realizar ajustes en el puesto de trabajo alcanza incluso al empleador que debería haberse dado cuenta

Discriminación por razón de discapacidad. Denegación de ajustes razonables. Despido disciplinario. Carga de la prueba. Trabajador (letrado de la Administración de Justicia) que en el curso del procedimiento disciplinario reveló padecer síndrome de Asperger, argumentando que las deficiencias que se le imputaban en el ejercicio de sus funciones se debían a su discapacidad, la cual dificultaba su desempeño, solicitando para ello el ajuste de sus condiciones de trabajo conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales. Desconocimiento por la empresa de las alegaciones realizadas por el trabajador, incoando un procedimiento de jubilación por incapacidad permanente que, al ser denegado, supuso el inicio del procedimiento disciplinario. Disfunciones en la llevanza de la oficina judicial.

La adopción de los ajustes razonables en el empleo desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el artículo 14 de la Constitución española (CE). Dichos ajustes se integran en el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación de las personas con discapacidad allí donde sean necesarios para garantizar el ejercicio, en igualdad de condiciones, de sus derechos en el ámbito laboral. Son esenciales, asimismo, para dar cumplimiento a los mandatos que los artículos 9.2 y 49 de la CE imponen a todos los poderes públicos. El incumplimiento de la obligación por parte del empleador de adoptar los ajustes razonables priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación. Cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad, su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite el alcance de la discapacidad. La constatación de que una persona tiene una discapacidad en el sentido asumido por el legislador en el artículo 4 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y la determinación de su alcance, precede lógicamente a la consideración y adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación de proceder a los ajustes razonables. Sin embargo, hay que precisar que la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad. Tan pronto como se constate la discapacidad, el empleador deberá cumplir con su obligación de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles. **Principio de culpabilidad y presunción de inocencia.** La Administración debió llegar a un convencimiento sobre la culpabilidad del responsable más allá de toda duda razonable, valorando la prueba de descargo. Deberá determinarse si la ausencia de ajustes razonables de la que podría haber derivado una imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones influye en la observancia del principio de culpabilidad, en la medida en que pueda haber hecho imposible respetar una conducta diligente por



▶
parte del recurrente en amparo. Al no hacerlo, la Administración vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, así como el principio de culpabilidad. Se declara la nulidad radical de la resolución administrativa sancionadora y de las resoluciones judiciales confirmatorias.

(STC de 15 de marzo de 2021, rec. de amparo núm. 2950/2018)

Despido disciplinario: la mera nulidad de la prueba, que no del despido, también genera derecho a indemnización por vulneración de derechos fundamentales

Derecho a la intimidad. Derecho al secreto de las comunicaciones. Despido disciplinario. Prueba ilícita. Monitorización de equipo informático. Nulidad de la prueba. Nulidad del despido. Efecto que la nulidad de la prueba debe producir en la calificación del despido. Consideración del despido por la sentencia del TSJ de Madrid, recurrida en amparo, como improcedente en lugar de nulo por entender que la decisión extintiva acordada por la empresa, en sí misma considerada, no pretendía la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la trabajadora, y que el móvil del empresario al acordar el despido no respondió a una causa vulneradora de los derechos fundamentales, no debiendo confundirse el despido con violación de derechos fundamentales con el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba. Derechos fundamentales concernidos en la calificación del despido laboral.

Del contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE), cuya lesión extraprocesal ha sido reconocida tanto por la sentencia de instancia, como por la de suplicación, no dimana ni una exigencia ni un derecho subjetivo que pueda amparar la calificación del despido disciplinario de la trabajadora como nulo. Ello no significa que la decisión relativa a la calificación del despido sea ajena o indiferente al ámbito de los derechos fundamentales, en concreto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). No puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una consecutividad lógica y jurídica. Dicho en otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la trabajadora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 y 3 de la CE. **Derecho a la tutela judicial efectiva.** Se descarta. El parámetro de constitucionalidad que debe ser empleado en estos casos es el de la existencia de una aplicación de la legalidad ordinaria que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, advirtiendo que nos encontramos ante un control externo que no comporta formular un juicio de interpretación de la legalidad ordinaria aplicable, tarea propia de la jurisdicción ordinaria, sino que corresponde examinar si la interpretación que en este caso concreto han realizado los órganos judiciales a través de las resoluciones impugnadas es contraria al derecho a obtener una resolución judicial que sea fundada en derecho. La resolución impugnada no puede ser calificada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. Ciertamente, existen otras interpretaciones posibles, pero no es objeto del recurso de amparo ni corresponde a este tribunal, que no es una tercera instancia, decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad. En definitiva, la argumentación de la sentencia impugnada que desvincula la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. **Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.** *Reconocimiento tanto en instancia como en suplicación de la vulneración de los derechos de la trabajadora a la intimidad y al secreto de las comunicaciones con ocasión de la monitorización de su ordenador. Negativa del TSJ a confirmar la indemnización reconocida en instancia derivada del medio de prueba utilizado al negar la existencia de vulneración, ante la calificación del despido como improcedente.* Dicha decisión ha supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la CE, dado que el argumento utilizado debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce



► que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador. El artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, por lo que procede estimar parcialmente el recurso de amparo, declarándose la nulidad de la sentencia del TSJ para que se pronuncie en este concreto aspecto. **Voto particular.** La interpretación del artículo 55.5 del ET no es una mera cuestión de legalidad ordinaria, por lo que dicho precepto ha de entenderse en el sentido de que acarrea la nulidad del despido cuando la violación de los derechos fundamentales ocurra en cualquier fase del proceso que deriva de la definitiva decisión extintiva. Se ha procedido al despido vulnerando dos derechos fundamentales y eso no puede tener otra consecuencia que la declaración de su nulidad.

(STC de 15 de marzo de 2021, rec. de amparo núm. 6838/2019)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

La empresa no puede cambiar unilateralmente el obsequio de Navidad por la donación de su importe a una ONG

Condición más beneficiosa. Obsequio de Navidad. Empresa que lo viene concediendo, sin solución de continuidad, desde 2002 a 2017 inclusive, año en que decide, unilateralmente, entregar su importe a diversas ONG.

Aunque fueran de escasa cuantía, la empresa, voluntariamente, a lo largo de todos esos años, entregó a sus trabajadores con motivo de las fiestas navideñas obsequios como tazas con mensaje, cargadores, imanes marcados a láser, etc. En definitiva, se trata de un beneficio que se ha ido repitiendo a lo largo de más de 15 años, en las mismas fechas, por un importe que presenta pequeñas variaciones, existiendo la voluntad empresarial de incorporarlo al nexo contractual, por lo que concurren todos los requisitos de la condición más beneficiosa, lo que impide que pueda ser suprimida o modificada por decisión unilateral del empresario, pues la condición reviste la naturaleza de un acuerdo contractual tácito, ex artículo 3.1 c) del ET, y, por lo tanto, mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea suprimida o modificada en virtud de una norma posterior legal o pactada, resultando aplicable la regulación contenida en el artículo 1.091 del Código Civil, acerca de la fuerza de obligar de los contratos, y del artículo 1.256 de dicho texto legal, acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral. Por lo tanto, la empresa no puede de forma unilateral, limitándose a comunicarlo a la representación legal de los trabajadores, sustituir el objeto que venía entregando a cada uno de los trabajadores por un donativo a diversas ONG. No se trata de la decisión de la empresa de sustituir un determinado objeto por otro diferente, con lo que no ha suprimido la condición más beneficiosa, sino de dejar de entregar el objeto que se venía dando a los trabajadores y dar un importe equivalente a un tercero, en concreto a varias ONG, sin que dicha sustitución haya sido negociada ni mucho menos acordada con la representación legal de los trabajadores. Por encomiable que le pueda parecer a esta sala la decisión de la empresa de realizar donaciones a diversas ONG, no resulta ajustada a derecho la forma en que se ha realizado, a saber, sustituir de forma unilateral el obsequio de Navidad que desde el año 2002 venía haciendo a sus trabajadores por la citada donación, sin haber negociado ni, por ende, haber llegado a ningún acuerdo al respecto con la representación legal de los trabajadores.

(STS, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 2021, rec. núm. 147/2019)

El TS confirma que no cabe acudir a comisiones ad hoc para negociar planes de igualdad

Conflicto colectivo. Plan de igualdad. Legitimación. Comisión ad hoc. Empresa de más de 250 trabajadores que negoció en el año 2010 un plan de igualdad con una comisión ad hoc al no existir representación legal de los trabajadores.

La negociación de los planes de igualdad, dada la relevancia de los objetivos perseguidos por el legislador para asegurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en relación con los artículos 17.5, 85.2, 87, 88 y 89 del ET. Consiguientemente, no es factible sustituir a los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores por una comisión *ad hoc*, que es una fórmula negociadora excepcional habilitada por el legislador cuando no hay representación legal de los trabajadores para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva anudadas a medidas de flexibilidad interna y externa, como los periodos de consulta de la movilidad geográfica (art. 40 ET) y las modificaciones sustanciales colectivas (art. 41 ET), la suspensión de contratos y la reducción de jornada (art. 47 ET), el despido colectivo (art. 51 ET) y la inaplicación de convenio (art. 82.3 ET), sin que dicha representación *ad hoc* pueda utilizarse para la negociación de los convenios colectivos. En el caso que nos ocupa, la empresa suscribió el plan de igualdad con una comisión de 5 trabajadores, nombrados por la propia empresa. Dicha comisión no puede considerarse, siquiera, una comisión *ad hoc*, toda vez que las comisiones, reguladas en los artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 del ET, deben ser elegidas por los trabajadores de los centros sin representación, lo que no ha sucedido aquí, puesto que fue designada por la propia empresa, lo que descarta, de antemano, que estemos ante un proceso negociador que merezca tal nombre. Esa conclusión no puede enervarse, porque no existieran supuestamente representantes de los trabajadores legitimados para negociar un plan de igualdad en toda la empresa, puesto que se ha acreditado que permanecían 3 de los 5 componentes del comité de empresa de Sevilla, a quienes ni siquiera se invitó a participar en la negociación, aunque eran los representantes del centro mayoritario de la empresa, toda vez que la ausencia de interlocutor válido para la negociación no comporta, de ningún modo, que pueda imponerse unilateralmente el plan por la empresa, aunque se sometiera a un remedo de negociación con 5 trabajadores, que se representaban a sí mismos, en el mejor de los casos. Por lo demás, no es cierto que nuestra [STS de 13 de septiembre de 2018, rec. núm. 213/2017](#), habilite la imposición unilateral de un plan de igualdad por parte de la empresa, puesto que la sentencia se limita a citar, a título de ejemplo y como *obiter dicta*, para un posible despliegue unilateral de un plan de igualdad, que la sentencia califica significativamente como provisional, lo que considera como un supuesto límite, siempre que concurren circunstancias excepcionales, como el bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte, la negativa de la misma a negociar o la ausencia de cualquier tipo de representación; circunstancias estas que ni siquiera concurren aquí, puesto que sí había representantes en el centro de trabajo que ocupa a más trabajadores y no consta que se les propusiera participar en la negociación del plan de igualdad, lo que revela claramente que la empresa nunca tuvo intención de negociarlo, sino imponerlo unilateralmente, lo que justifica sobradamente la nulidad del plan de igualdad, decidida por la sentencia recurrida

(STS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2021, rec. núm. 50/2020)

Jubilación anticipada. Excepción a la falta de inscripción como demandante de empleo conforme al artículo 161 bis.2 de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011

Jubilación anticipada. Determinación de si la firma de un convenio especial con la Seguridad Social, en acuerdo de prejubilación hasta los 63 años de edad, se puede considerar situación asimilada al alta supliendo las interrupciones habidas en la inscripción como demandante de empleo. Aplicación al caso del artículo 161 bis.2 de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011.

El requisito de encontrarse inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación no es exigible cuando el empleador, por



►
 mor de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, hubiere abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los 2 años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiese correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiese podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social. En el caso analizado, en el acuerdo firmado entre las partes se fijó la compensación por la prejubilación mediante la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, abonando la empresa, y hasta el cumplimiento por el actor de los 63 años de edad, una cantidad bruta de 3.145,97 euros mensuales, comprometiéndose adicionalmente al abono mensual del importe bruto equivalente al coste del convenio especial con la Seguridad Social que debería suscribir y hasta el momento en que la persona prejubilada cumpliera los 63 años de edad.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de marzo de 2021, rec. núm. 307/2019)

La Administración no puede revisar de oficio actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios más allá del plazo de 4 años desde que se dictó el acto administrativo

Revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio del beneficiario. Resolución que reconoce erróneamente el incremento del 20 % en la pensión derivada de incapacidad permanente total. Oposición por el beneficiario de la excepción de prescripción por el transcurso de 4 años.

Con independencia del alcance e interpretación del artículo 146.3 de la LRJS, su aplicabilidad al supuesto examinado es innegable. Este precepto establece el plazo de prescripción para que la entidad gestora pueda ejercitar la acción (prevista en el apartado 1 de dicho artículo) de revisión de actos declarativos de derechos a favor de un beneficiario de la Seguridad Social; acción que, materialmente, podrá o no prosperar, pero que está destinada al fracaso si se interpone extemporáneamente, fuera de los límites que establece el precepto. No se aplica, en cambio, el artículo 55.3 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), al referirse a algo distinto, esto es, al plazo de prescripción de la obligación de reintegro que pueda tener el beneficiario por haber percibido indebidamente una prestación; obligación de reintegro que puede estar precedida o no de una revisión de un acto declarativo de derecho. Mientras que en el primer caso estamos ante el plazo que tiene la entidad gestora para poder iniciar una acción tendente a la revisión de un acto propio que declaró un derecho a favor de un beneficiario; en el supuesto de la LGSS, la previsión allí contenida surte efectos en la extensión temporal de la obligación de devolución de una prestación indebidamente percibida, de forma que tal obligación irá prescribiendo, en las prestaciones de tracto sucesivo, conforme vayan transcurriendo 4 años. En el supuesto analizado, moviéndonos en el ámbito de la acción revisoria prevista en el artículo 146.1 de la LRJS, no cabe duda de que estamos ante una acción que permite a la Seguridad Social obtener tutela judicial cuando pretenda revocar, extinguiendo o modificando en perjuicio de sus beneficiarios, sus actos firmes declarativos de derechos, habida cuenta de que la ley le impide la revisión de oficio y le obliga a acudir a la vía judicial para conseguirlo; a tal efecto, es la propia ley la que establece un periodo de tiempo para que pueda ejercitar dicha acción; periodo temporal que se establece en términos de prescripción y que es lo suficientemente largo para que pueda dispensarse esa tutela a las entidades gestoras, pero que no es indefinido, puesto que su limitación está al servicio de la seguridad jurídica. En el presente caso resulta evidente que habían transcurrido más de 4 años desde que al recurrente se le reconoció el incremento del 20 % de la pensión del régimen general, que lo fue por resolución de 28 de enero de 2013, fecha a partir de la cual ha de computarse el tiempo prescriptivo, hasta que la entidad gestora acordó en fecha 14 de septiembre de 2017 iniciar expediente de revisión de actos declarativos de derechos. La consecuencia es que la acción estaba prescrita cuando se pretendió ejercitar, ya que el artículo 55.3 de LGSS no tiene virtualidad para dejar sin efecto lo previsto en el artículo 146.3 de la LRJS.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2021, rec. núm. 4637/2018)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

El plazo de caducidad de 20 días para la presentación de demanda frente a un ERTE por causas ETOP no se suspende ni por la vigencia del estado de alarma ni por la presentación de papeleta de conciliación

Prescripción y caducidad de acciones. Abengoa. ERTE por causas ETOP. Presentación de demanda de conflicto colectivo 22 días después de la comunicación por la empresa de su decisión final a la comisión representativa y a los trabajadores afectados. Suspensión del plazo de caducidad.

El plazo de caducidad de 20 días recogido en el artículo 59 del ET se extiende igualmente a las decisiones empresariales de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas ETOP o derivadas de fuerza mayor, en virtud del artículo 138.1 de la LRJS, contando a partir del día siguiente a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes. Aunque el Real Decreto-Ley 16/2020 señale que se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo las demandas que versen sobre suspensiones y reducciones de jornada adoptadas en aplicación de lo previsto en el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, y el artículo 156 de la LRJS establezca como requisito necesario para la tramitación del proceso el intento de conciliación, debe prevalecer la norma específica de exclusión del tal presupuesto preprocesal recogida en el artículo 64 de la LRJS, ya que parecería redundante en una materia en la que la impugnación en vía judicial de la decisión del empresario se ha de llevar a cabo después de agotado el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. De igual forma, tampoco la vigencia del estado de alarma suspende el plazo de caducidad de 20 días, ya que la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, rubricada «Suspensión de plazos procesales», no se aplica, por disponerlo así expresamente, a los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011.

(SAN, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2020, núm. 98/2020)

El cambio de notificaciones de la empresa del correo electrónico a la utilización de una app no vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical

Tutela de derechos fundamentales. Libertad sindical. Empresa que cambia el sistema de notificaciones, pasando del correo electrónico a la utilización de una *app*. Solicitud por el sindicato demandante de declaración del derecho a la utilización del correo corporativo para el envío de correos electrónicos de carácter sindical tal y como ha venido haciendo durante años.

En el marco de las nuevas tecnologías, es un hecho de notorio conocimiento que tanto el correo electrónico como la *app* son medios telemáticos de uso comúnmente aceptado en el marco de la sociedad de la información. La utilización de las *apps* se enmarca dentro del devenir habitual de la sociedad y, en el caso concreto que nos ocupa, ha quedado acreditado que el uso de la *app* por los trabajadores de la empresa ya ha sido utilizada por un 90 % sin incidencias y sin que tuvieran dificultades en el acceso a la misma, así como que las funcionalidades que presenta en nada merman la información sindical, sino al contrario, al permitir la aplicación mostrar un elenco amplio de funcionalidades a través de los distintos apartados, entre las que se incluyen todas las relativas a información sindical. Asimismo, en cuanto a los contenidos de la *app* en relación con la información de las listas de correo electrónico en masa, tampoco se ha acreditado que la *app* muestre menos o distintos contenidos, sino al contrario, son numerosas las funcionalidades con los distintos apartados que en la *app* se contienen, entre los que se encuentran, con un fácil acceso, los relativos a la información sindical. Y en cuanto a la alegación de vulneración del derecho a la protección de datos, amén que este derecho se incardina en el artículo 18 de la CE, respecto





del cual en el suplico de la demanda nada se instó, tampoco resulta patente que en la dimensión del derecho a la libertad sindical exista diferenciación alguna entre el uso de listado de correos electrónicos en masa al uso de la *app* por parte de los trabajadores, por lo que no existe vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical. No hay que olvidar que en el derecho fundamental de libertad sindical debe distinguirse entre contenido constitucional y adicional. El primero comprende tanto el contenido esencial, que es el que delimita el artículo 28 de la Constitución, como el que incorpora la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS), en la medida en que esta aborda la configuración del derecho y hace explícito algo consustancial al mismo; es decir, lo que puede calificarse de contenido histórico, entendiendo por tal aquel que el legislador considera necesario en un determinado tiempo para el adecuado ejercicio del derecho fundamental. Más allá del contenido constitucional, está el contenido adicional en sentido estricto, que es el que puede añadirse por otras normas infraconstitucionales: leyes ordinarias, reglamentos, convenios colectivos, etc. Este contenido queda fuera del ámbito de regulación de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución, no es tutelable vía artículo 178 de la LRJS y su protección habrá de obtenerse en el orden laboral a través del procedimiento que en cada caso corresponda en función de la acción ejercitada. La pretensión deducida en este procedimiento no tiene por objeto la protección del contenido constitucional del derecho de libertad sindical, tal como este se delimita en el artículo 10 de la LOLS. En realidad, está fundamentada en una normativa interna que regulaba el uso de la herramienta informática, la cual establecía que las listas de distribución debían utilizarse para información importante para todos los empleados. Esta normativa interna ni tan siquiera podría considerarse como desarrollo del contenido adicional del derecho fundamental.

[\(SAN, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2021, núm. 3/2021\)](#)