

## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de enero de 2023)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

#### Hacerse unas gafas graduadas, o renovarlas por existir disminución de agudeza visual, debe ser por cuenta de la empresa cuando son necesarias para poder ver la pantalla del ordenador

Trabajos con equipos que incluyen pantallas de visualización. Protección de los ojos y de la vista de los trabajadores. Dispositivos correctores especiales. Gafas. Adquisición por el trabajador. Formas de asunción de los gastos por el empresario. Trabajador que reclama a la empresa el reembolso de los gastos soportados con ocasión de la renovación de sus gafas graduadas por sufrir una disminución de su agudeza visual.

En cuanto a los dispositivos correctores, este concepto se refiere no solo a las gafas, sino también a otros tipos de dispositivos que pueden corregir o prevenir trastornos de la vista. Por su parte, los dispositivos correctores normales son los que se llevan fuera del lugar de trabajo y que, por tanto, no necesariamente guardan relación con las condiciones de trabajo. Tales dispositivos no sirven para corregir trastornos de la vista relacionados con el trabajo y pueden no guardar una relación específica con el trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Por otro lado, los dispositivos correctores especiales sirven para corregir o prevenir trastornos de la vista relacionados con un trabajo que se realiza con un equipo que incluye una pantalla de visualización. Así, deben, en primer lugar, proporcionarse a los trabajadores si estos no pueden utilizar dispositivos correctores normales para corregir los trastornos de la vista diagnosticados en los reconocimientos de la vista llevados a cabo. Por lo tanto, un dispositivo corrector especial debe necesariamente servir para corregir o prevenir trastornos de la vista que un dispositivo corrector normal no puede corregir o prevenir. En segundo lugar, el carácter especial del dispositivo corrector presupone que este es adecuado para el trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización en tanto en cuanto sirve para corregir o prevenir trastornos de la vista específicamente relacionados con dicho trabajo y diagnosticados en los reconocimientos a que se refiere la Directiva 90/270, apartados 1 y 2 de su artículo 9. Para que nazca el derecho a obtener un dispositivo corrector especial, el trabajo con una pantalla de visualización no necesariamente tiene que ser la causa de esos trastornos, es decir, los daños pueden ser preexistentes. Así, el reconocimiento que ponga de manifiesto la necesidad de un dispositivo corrector especial puede tener lugar antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización, lo que implica que los trastornos de la vista que dan lugar a que el empleado tenga derecho a obtener un dispositivo corrector especial no necesariamente tienen que haber sido causados por el trabajo con pantallas de visualización. El hecho de que los dispositivos correctores especiales, los cuales comprenden las gafas, deban ser adecuados para el trabajo de que se trata no significa que deban utilizarse exclusivamente en el lugar de trabajo o para desempeñar tareas profesionales, puesto que dicha disposición no establece ninguna restricción de uso de dichos dispositivos. Incumbe, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las nuevas gafas graduadas sirven efectivamente para corregir trastornos de vista relacionados con su trabajo y no problemas de vista en general que no necesariamente guardan relación con las condiciones de trabajo. El artículo 9, apartado 3, de la Directiva 90/270 no se opone a que el derecho nacional





contemple que el trabajador pueda, en lugar de recibir directamente de su empleador un dispositivo corrector especial, optar por adelantar su coste y posteriormente obtener su reembolso, pero no mediante el abono al trabajador de un complemento salarial de carácter general. Por tanto, los dispositivos correctores especiales previstos en dicha disposición comprenden las gafas graduadas que sirven específicamente para corregir y prevenir trastornos de la vista relacionados con un trabajo realizado con un equipo que incluye una pantalla de visualización.

(STJUE, Sala Segunda, de 22 de diciembre de 2022, asunto C-392/21)

## TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

### **Empresas concursadas. Responsabilidad del Fogasa en el abono de la indemnización por extinción del contrato. No alcanza a los supuestos de excedentes voluntarios a quienes el administrador concursal ha reconocido el derecho a la reserva del puesto de trabajo**

**Fogasa. Responsabilidad en el abono de la indemnización por extinción del contrato de trabajo. Trabajador de empresa concursada que se encuentra en situación de excedencia voluntaria habiéndole reconocido el administrador concursal, con carácter de mejora voluntaria y como condición más beneficiosa, el derecho a reserva de un puesto de trabajo de igual o similar categoría y no únicamente un derecho preferente de reincorporación.**

Esta mejora puede ser esgrimible frente a la empresa o, en su caso, frente a la Administración concursal, pero no frente al Fogasa, que es un tercero sobre el que no puede hacerse recaer una decisión en la que no ha participado ni la ha suscrito. Y no le es oponible, en todo caso, porque no se le puede imponer una obligación de pago más allá de los supuestos tasados que así lo disponen. La responsabilidad del Fogasa alcanza a la indemnización por despido colectivo u objetivo, pero no a la mejora de esa cantidad pactada o reconocida por la empresa, sin que responda tampoco de cuantías previstas en convenio colectivo que excedan de las máximas legalmente establecidas. Tampoco resulta título ejecutivo del que pueda desprenderse la responsabilidad del Fogasa la conciliación extrajudicial suscrita entre la empresa y los trabajadores despedidos. Lo acordado en esa conciliación extrajudicial puede resultar título hábil de ejecución frente a la empresa que hubiera incumplido con los términos pactados, pero en caso de insolvencia no existe responsabilidad del fondo, ya que la conciliación no judicial no está prevista en el artículo 33.2 del ET. En los casos de excedencia voluntaria, la jurisprudencia, interpretando la normativa aplicable, ha establecido que el excedente voluntario no tiene derecho a la indemnización correspondiente a la extinción por causas objetivas, por lo que ninguna responsabilidad al respecto puede tener el Fogasa. Si al excedente voluntario se le ha mejorado lo que la ley le reconoce (el mero derecho preferente al reingreso), esa mejora no le es oponible al Fogasa ni responde por ella. Se trata de una mejora que va más allá de los supuestos legales y tasados de los que responde el organismo de garantía, que no puede vincularle ni hacer surgir su responsabilidad. A todo lo anterior, se añade la posibilidad de que se produzcan acuerdos con riesgo de defraudación. En este contexto pueden ser significativas las fechas que constan en los hechos probados en las que se pide y concede la excedencia voluntaria en una empresa declarada en concurso y la fecha en que el juzgado de lo mercantil aprueba el acuerdo de la extinción colectiva de los contratos de trabajo. Se trata de la finalidad de evitar abusos a los que hace referencia la STJUE de 21 de febrero de 2008 (asunto C-498/06). En el caso analizado, el Fogasa no impugnó el auto del juzgado de lo mercantil al que se acaba de hacer referencia. Pero de ahí no puede extraerse la consecuencia de que no podía denegar una solicitud de prestación que va más allá de los supuestos legales y tasados en que la legislación vigente le atribuye responsabilidad.

(STS, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2022, rec. núm. 897/2021)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### Obstaculizar el desempeño del teletrabajo puede suponer acoso laboral

Resolución del contrato a instancia del trabajador. Acoso laboral. Indemnización por daños morales. Teletrabajo. Teleoperadora con reducción de jornada por guarda legal de menor de 12 años. Petición reiterada de subsanación de problemas técnicos que es ignorada. Carencia de almohadillas de protección en los cascos y el micrófono, así como una silla de trabajo con los criterios ergonómicos fijados por la nota técnica de prevención (NTP) correspondiente. Problemas con el acceso a internet. Exigencia de que el traslado del equipo informático lo realizara la propia trabajadora. Reincorporación no voluntaria a trabajo presencial. Petición de protocolo de acoso que no es atendida.

Se aprecian graves irregularidades en la conducta de la empresa que complican sobremanera a la trabajadora la efectiva prestación de sus servicios, minando de paso su integridad emocional. Debe tenerse en cuenta que existía una paralela jornada reducida por cuidado de menor, y por ende una necesidad constatada de conciliar vida y trabajo, que no cabe entorpecer con «piedras en el camino» (que por separado pueden parecer menores, pero que en su conjunto tendrían gran entidad), siempre enlazadas con peticiones o reivindicaciones de sus derechos efectuadas mediante correo electrónico. A ello hay que añadir que se hizo caso omiso a la petición de arreglo de las deficiencias técnicas que enumera (sin duda esenciales, porque la demandante no podía empezar a teletrabajar) y a la reactivación de su correo corporativo (ya que se venía notificando todo a su correo privado, como un particular ajeno a la empresa sin razón alguna), incumpliendo de forma flagrante lo establecido por el vigente en ese momento Real Decreto-Ley 28/2020, en lo relativo a la dotación de medios y a la compensación de gastos. Se evidencia una actitud obstaculizadora que culmina con un *e-mail* donde sin más se produce un taxativo cambio en la prestación de servicios, destinándola directamente de forma presencial a la plataforma de Campaña de Renta, comunicándole que ella misma tendría que trasladar el equipo de su casa hasta su destino (esto es, a la plataforma que está muy alejada de su domicilio, de suerte que tiene que atravesar Madrid y no se le da opción alguna de transporte alternativo), actitud esta de la empresa que sigue profundizándose con la no activación del Protocolo de prevención del acoso pedida y notificada fehacientemente a la empresa demandada, llevando toda esta serie de hechos a una situación límite emocional para la demandante (que una y otra vez se encuentra con tales obstáculos cuando lo único que ha hecho es reclamar sus derechos como trabajadora) y que se conecta a su baja laboral, quedando indiciariamente asociada al trabajo. Los incumplimientos contractuales atentan contra los derechos fundamentales de la trabajadora y constituyen causa más que suficiente para la resolución del contrato de trabajo. **Indemnización por daños morales.** En el supuesto de autos la petición de indemnización por daños y perjuicios efectuada por la demandante no carecería en absoluto de fundamento, procediendo la condena de la empresa a su abono al haberse producido una vulneración de sus derechos fundamentales, la cual ha quedado debidamente acreditada conforme a lo expuesto, no apareciendo para nada razones objetivas que obliguen a revisar el importe fijado por el juzgador de instancia, que considera que se le ha de condenar a la demandada al abono de la suma de 3.000 euros por daños morales.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2022, rec. núm. 791/2022)

### Servicio del hogar familiar: *dies a quo* de la acción por despido tácito tras el ingreso del titular en un geriátrico y su incapacitación judicial

Servicio del hogar familiar. Despido tácito. Caducidad de la acción. Empleada de hogar que deja de acudir al hogar familiar al ser internado el empleador en un centro geriátrico, siendo esta circunstancia coetánea al inicio del estado de alarma por COVID-19. Mantenimiento en alta en la Seguridad Social durante más de 1





**año y medio a pesar de no prestar servicios, hasta que es designado un tutor, que procede a darla de baja, tras la incapacitación judicial del titular del hogar familiar.**

Siendo indiscutido el despido tácito por ambas partes, la cuestión a dilucidar es cuándo se entiende producido aquel a efectos del *dies a quo* para el cálculo de la caducidad de la acción de despido: si en la fecha de ingreso del empleador en la residencia o la baja en la Seguridad Social de la trabajadora. El hecho de que haya estado mantenida de alta en la Seguridad Social y sin que conste el cese en el ingreso de las correspondientes cotizaciones no denota una voluntad definitiva y concluyente dirigida a la extinción de la relación laboral, pues el alta implica *per se* su vigencia (art. 35 del RD 84/1996) y, mientras exista, la persistencia de la voluntad de mantenerla o, al menos, la exclusión de una intención extintiva inequívoca y categórica, siendo, por ejemplo, su existencia misma en conjunción con el incumplimiento de aquellas obligaciones salariales y prestacionales, compatible con situaciones transitorias que no impedirían una ulterior recuperación de la actividad. La cuestión no estriba en que ni el empleador, ni su posterior tutor, no pudieron realizar la baja en la TGSS de ser ella su intención, sino en que la trabajadora no tuvo la posibilidad de tener la fehaciencia de que se había extinguido su relación laboral al estar ingresado en una residencia su empleador. Tampoco pudo acceder a prestaciones por falta de actividad como empleada del hogar al amparo del estado de alarma. Se trata, en definitiva, de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica. Ante la duda generada a esta sala respecto a la manifiesta e inequívoca voluntad exigida, entiende que solo tiene la certeza al causar baja en la TGSS, por lo que la acción por despido estaría en plazo. Habiéndose conculcado las formalidades para la extinción, procede declarar el despido habido como improcedente con derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio. Y fallecido el empleador y constando la baja en la Seguridad Social, la opción ejercitada se entiende a favor de la extinción de la relación.

(STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2022, rec. núm. 734/2022)

## **Subir vídeos en los que se baila a Tik Tok estando en IT por lumbalgia es causa de despido**

**Incapacidad temporal. Compatibilidades. Despido. Obligación de los trabajadores de respetar el tratamiento médico. Trabajadora en IT con diagnóstico de lumbalgia que ha realizado multitud de publicaciones a modo de vídeo en la plataforma Tik Tok, en un perfil de libre acceso, con movimientos y bailes incompatibles con la lesión diagnosticada.**

Ante la realidad acreditada de los hechos imputados, es decir, realizar movimientos incompatibles con la situación de baja por IT de la actora, con lumbalgia, a través de la plataforma Tik Tok y durante dicha baja, al estar la prueba informática acompañada de la correspondiente acta notarial que confirma la realidad y fecha de los mismos, ello supone una transgresión cierta de la necesaria buena fe contractual, que recoge el artículo 54.2 d) del ET, pues la misma implica el no perjudicar la trabajadora su estado de salud alargando de forma innecesaria su situación de baja, con los perjuicios que ello puede ocasionar a la empleadora, al no poder contar con sus servicios. En consecuencia, se confirma la procedencia del despido reconocido en instancia.

(STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2022, rec. núm. 555/2022).



## **Prestación por nacimiento de 32 semanas en familias monoparentales: se desestima su disfrute cautelar por no concurrir «apariencia de buen derecho»**

Medida cautelar. Prestación por nacimiento y cuidado de menor. Familia monoparental. Pretensión de reconocimiento de la prestación con una duración de 32 semanas. Concesión en instancia de 26 semanas. Petición de disfrute anticipado de las 6 semanas obligatorias posteriores al parto no concedidas por la sentencia de instancia ante la finalización del plazo legal de concesión dentro de los 12 meses posteriores al parto.

De acuerdo con los artículos 728 y 730.4 de la LEC, los requisitos que deben concurrir para el acogimiento de la pretensión cautelar con posterioridad a la demanda o en fase de recurso son los siguientes: peligro por la mora procesal; apariencia de buen derecho; caución; y, que la petición se base en hechos o circunstancias que justifiquen su solicitud en esos momentos. La concurrencia del preceptivo *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho), sin el cual no procedería el otorgamiento de la tutela cautelar, exige analizar con la profundidad que ello requiera, según las circunstancias del caso, aunque sea de modo provisional y barajando solo la información de la que entonces se disponga, el análisis de lo fundado del derecho que debería asistir al demandante, pues resulta indispensable para justificar que pudiera anticipársele cualquier tipo de tutela judicial. Si se desea obtener una medida cautelar, la parte que la solicita deberá aportar, porque así lo exige la ley, justificación suficiente que revele, siquiera de modo indiciario, que lo más probable es que el derecho que trata de ejercitar en el litigio principal vaya a merecer un juicio favorable. No se trata de prejuzgar, pero sí de constatar que la pretensión de la parte solicitante tiene el grado de solidez necesario para motivar la concesión de la tutela cautelar. Entendemos que el derecho de la beneficiaria ha sido tutelado adecuadamente en la sentencia de instancia, no existiendo un panorama indiciario serio favorable a su pretensión cautelar. La argumentación efectuada por la representación letrada del INSS sobre el principio de legalidad en la configuración de la acción protectora de la Seguridad Social, el carácter contributivo de la prestación y la posible discriminación de las familias biparentales que por distintos motivos no pueden acceder a la prestación en los términos pretendidos por la solicitante revela la existencia de motivos aparentemente sólidos que podrían determinar la mutación del fallo de la sentencia en sentido desfavorable. La medida cautelar se desestima.

(ATSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2022, núm. 1960/2022)

## **Cese por e-mail. Acreditación de su conocimiento por el trabajador. Puede hacerse por la empresa a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho, no pudiendo limitarse a recibos firmados u otros medios que cuenten con análoga fehaciencia**

Procedimiento de despido. Caducidad de la acción. Acreditación del momento en el que el trabajador demandante conoce la extinción de su contrato de trabajo, que es el del inicio del plazo de caducidad. Cese que se produce por e-mail, afirmando el trabajador que no había recibido comunicación alguna de su empleadora y que se enteró por medio de un mensaje de la TGSS que había sido dado de baja.

En aplicación de las reglas de la carga de la prueba, previstas en el artículo 217 de la LEC, correspondería a la empresa interesada en hacer valer la caducidad, como medio para quedar absuelta de las pretensiones actoras (art. 217.3), la carga de probar el *dies a quo* del cómputo del plazo de 20 días hábiles, es decir, probar la fecha de efectos del despido, o cuándo se notificó el mismo al trabajador, o cuándo se produjo el cese efectivo del demandante en el trabajo. Pero acreditado ese día inicial de cómputo, si entre ese día inicial y la fecha de presentación de la demanda (que es antecedente procesal y no necesidad prueba) se evidencia que han transcurrido más de 20 días hábiles, corresponde a la parte actora alegar y acreditar cualesquiera hechos que supongan suspensión del plazo de caducidad: cuándo presentó conciliación previa, cuándo se celebró el intento de conciliación, si solicitó justicia gratuita, etc. En el caso





analizado, consta probado que el 9 de julio de 2020 se envió por la empresa un mensaje de correo electrónico en el que, como documento adjunto, se acompañaba la comunicación de fin de contrato, que ese correo electrónico era el medio habitual de comunicación entre las partes, y que el 9 de julio fue cuando se tramitó la baja del actor en la TGSS. No constando en cambio ni que el actor siguiera prestando servicios hasta el 25 de julio (esa continuidad en la prestación de servicios podría indicar desconocimiento efectivo de la extinción del contrato), ni que no fuera hasta el 25 de julio cuando el demandante recibió notificación de la TGSS informándole de su baja, cuando este tipo de notificaciones suelen hacerse al siguiente día hábil de la fecha de baja. En este contexto, la juzgadora ha podido concluir que el demandante sí que sabía desde el 9 de julio de 2020 que su contrato se había extinguido, conclusión que es razonable a la vista de las pruebas y demás elementos de convicción, porque la acreditación de tal conocimiento por parte del trabajador puede hacerse por la empresa a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho, y legalmente no se establece forma específica alguna de acreditar la recepción, no pudiendo limitarse tal acreditación, como pretende el recurrente, a recibos firmados por el actor o medios de prueba que cuenten con análoga fehaciencia entendida como «prueba plena», sino que puede acudir a otros medios de prueba como testificales e incluso prueba indiciaria. Lo que exige la jurisprudencia es claridad y certeza sobre los hechos constitutivos de la caducidad, que los mismos se hayan considerado acreditados y no sean dudosos, pero no impone que la certeza del órgano de instancia se alcance solo a través de determinados medios probatorios.

(STSJ de Canarias/Tenerife, Sala de lo Social, de 18 de noviembre de 2022, rec. núm. 388/2022)

## **Prestación por cese de actividad reconocida en instancia. La mutua debe consignar el importe de la prestación, cuando esta se encuentra agotada, para la tramitación del recurso de suplicación, no requiriéndose la intervención de la TGSS**

**Trabajador autónomo. Prestación por cese de actividad denegada por la mutua, pero reconocida posteriormente por el juzgado de lo social. Necesaria consignación por la mutua del importe de la prestación, cuando esta ya se encuentra agotada, para la tramitación del recurso de suplicación. Incumplimiento de un requisito insubsanable.**

En el caso analizado, la mutua siguió los pasos recogidos en el artículo 230.2 a) y b) de la LRJS, de manera que anunció el recurso sin asegurar el importe de la condena esperando que se dictara diligencia de ordenación para que por la TGSS se procediera a fijar el importe de la prestación. Sin embargo, no estamos en el supuesto recogido en el mencionado artículo, ya que la prestación por cese de actividad de trabajadores autónomos no es una prestación capitalizable, pues no es vitalicia, sino temporal. Aun no siendo una prestación a tanto alzado, sino periódica, la previsión del artículo citado tiene virtualidad en cuanto al abono de las mensualidades que se vayan devengando durante la tramitación del recurso con objeto de abonarlas al beneficiario y ello hasta la extinción de la prestación, necesariamente temporal. Sin embargo, nos encontramos en el supuesto de condena al abono de una prestación periódica ya agotada en cuanto a su duración al momento del anuncio (la prestación tenía efectos del 1 de enero de 2021 y una duración de 8 meses), con lo que se aplicaría la previsión del artículo 230.1 de la LRJS, por lo que la mutua, que no está exenta de la obligación de consignar al no gozar del beneficio de justifica gratuita, debió de haber consignado mediante el ingreso del importe de la prestación en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado al momento del anuncio, no siendo la falta de consignación un requisito subsanable. No lo hizo así, sino que consignó la cantidad objeto de condena el 24 de diciembre de 2021 cuando la sentencia le había sido notificada el día 10 de diciembre y el anuncio lo efectuó el 16 de diciembre. Por lo tanto, la condena al abono de la prestación por cese de actividad a la mutua, en cuanto a su ejecución provisional, no requería de intervención de la TGSS, pues no era una prestación capitalizable. Tampoco era necesario abonarla durante la tramitación del recurso, pues la prestación temporal objeto





de condena ya estaba agotada al momento del juicio y la mutua era perfecta conocedora del alcance de su responsabilidad en cuanto al importe de la prestación al momento de dictarse la sentencia. La actuación del juzgado requiriendo al servicio común la fijación del importe de la prestación era innecesaria y no interrumpió el plazo para consignar. No puede decirse, por tanto, que la actuación del órgano judicial crease en la mutua condenada la confianza legítima de que debía esperar la fijación del importe de la prestación por la TGSS. En consecuencia, al haberse efectuado la consignación para recurrir transcurridos más de 5 días desde la notificación de la sentencia, tras el anuncio del propósito de entablar recurso de suplicación, concurre causa de inadmisibilidad prevista en el apartado 4.º del artículo 230 de la LRJS, por lo que procede la desestimación del recurso.

(STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 1 de junio de 2022, rec. núm. 143/2022)

### **No puede apreciarse obstáculo procesal alguno para que la empresa recurrente pueda plantear en suplicación, cuando no lo hizo en la instancia, que la acción de despido estaba caducada**

**Resolución del contrato por no superación del periodo de prueba. Procedimiento de despido. Empresa que plantea por primera vez en vía de recurso la caducidad de la acción.**

La caducidad es apreciable de oficio, porque no le es aplicable el principio de justicia rogada y no depende de que haya sido opuesta por alguna de las partes en juicio, por lo que puede alegarse por primera vez en recurso o incluso apreciarse de oficio por el tribunal que conoce del recurso, siempre que en los autos se acrediten, con claridad y certeza, los hechos a partir de los cuales se pueda deducir que la demanda ejercitando la acción sujeta a un plazo de caducidad ha sido presentada fuera del plazo marcado legalmente. Si la cuestión podía ser examinada de oficio por el juez de instancia, ello significa que el mismo debía haber procedido a su examen, por lo que no parece lógico sostener que la alegación de ese tema en el recurso constituya una cuestión nueva, cuando el mismo se encontraba dentro del espacio sobre el que había tenido que incidir la decisión del juez. No obstante, se revela necesario que las partes se hayan podido pronunciar sobre la concurrencia de la caducidad alegando respecto de la misma y los hechos en los que se funda lo que hubieran estimado oportuno. En el caso analizado, la resolución del contrato de trabajo del demandante por no superación del periodo de prueba se le notificó el 23 de octubre de 2019, con efectos en esa misma fecha. El primer día del plazo de caducidad de 20 días hábiles sería, en consecuencia, el 24 de octubre de 2019. Al momento de presentarse la papeleta de conciliación, el 20 de noviembre de 2019, ya se habrían consumido 18 días (hábiles) de ese plazo. El 20 de noviembre, como día de presentación de la papeleta, se excluye del cómputo, y el plazo quedó igualmente suspendido durante los 15 días hábiles siguientes, reanudándose en consecuencia el 13 de diciembre de 2019, por lo que el vigesimoprimer día del plazo de caducidad, aquel en el que hasta las 15 horas podría haberse presentado en plazo la demanda, sería el 17 de diciembre de 2019. Como la demanda se presentó el 14 de enero de 2020, al trigésimo sexto día hábil (o trigésimo quinto si se descontara el día en que se intentó la conciliación, que en cualquier caso se celebró cuando la acción ya había caducado), solo puede concluirse que la acción de despido estaba fatalmente caducada, por lo que no procede hacer pronunciamiento alguno sobre la calificación del despido, ni sobre si es discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales.

(STSJ de Canarias/Tenerife, Sala de lo Social, de 18 de noviembre de 2022, rec. núm. 402/2022)

## JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

### Tras la Ley 15/2022, el despido por enfermedad (aun de corta duración) es nulo de pleno derecho

Derecho a la no discriminación por razón de enfermedad. Despido de trabajadores en IT. Nulidad. Aplicación de la Ley 15/2022. Trabajadora que es despedida cuando comunica que va a ser operada, siendo dada de baja por la empresa con la indicación de que cuando vuelva a estar apta para el trabajo se la volvería a contratar.

Se valora por el juzgador la doctrina Daouidi (STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15), pero entiende aplicable directamente la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual prescribe la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos que causen discriminación por enfermedad. Cabe destacar que, en cuanto a la enfermedad, dicha ley no exige ningún tipo de duración. Esto es, la tradicional equiparación a la discapacidad a tenor de la duración deja de tener sentido, pues en sí, la discriminación por enfermedad constituye un motivo de nulidad autónomo. **Inversión de la carga de la prueba.** Y es importante destacar, además, en una construcción muy similar a la inversión de la carga de la prueba en materia de vulneración de derechos fundamentales, que el artículo 30 invierte la carga de la prueba, de modo que, si el trabajador aporta indicios de una discriminación, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Traslados estos presupuestos al caso que nos ocupa podemos afirmar que no solo concurren indicios de que el despido obedeció a la enfermedad (y operación de la actora), sino que se puede considerar este dato probado. La conversación por WhatsApp con el hijo de la titular del establecimiento es tan rotunda que poco se puede decir al respecto. Expresa el mismo, haciendo suyas las palabras de sus padres, que no pueden soportar el coste de la baja, pero que, cuando la trabajadora se restablezca, la volverán a contratar, por estar contentos con su rendimiento. A ello sigue un despido sin causa alguna, para el que no cabe otra consecuencia que la nulidad. **Indemnización por daños morales.** Pero es que, además, el artículo 27 de la citada ley exige una indemnización [que restituya] a la víctima a la situación anterior. Aun cuando no se haya reclamado nada al respecto, se presume un daño moral que debe ser también indemnizado. Cabría preguntarse, en un caso como el que nos ocupa en el que no ha sido reclamada indemnización alguna, si la misma puede apreciarse de oficio o debe primar el principio dispositivo. Como de discriminación hablamos y la discriminación vulnera un derecho fundamental como es el recogido en el artículo 14 de la Constitución, resulta aplicable el artículo 183 de la LRJS. Debe valorarse la escasa duración de la relación laboral, que la actora ha sido atendida en salud mental y que la empresa actuó de una forma totalmente contraria a la protección que en nuestro ordenamiento se brinda a los trabajadores durante los periodos de IT, convirtiendo a la persona trabajadora en una mera mercancía a disposición del empresario. Se entiende ajustada a derecho una indemnización de 3.500 euros, equivalente a 3 meses de salario, habida cuenta de que en el parte de IT se indicó una duración aproximada del proceso de 90 días.

(SJS núm. 1 de Gijón de 15 de noviembre de 2022, núm. 419/2022)