



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de febrero de 2022)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Excedencia voluntaria. Solicitud de reingreso denegada por la empresa por inexistencia de vacantes al estar cerrado el centro al que se encontraba adscrito el trabajador. ¿Existe despido si la empresa cuenta con otros centros?

Roca Sanitario, SA. Excedencia voluntaria. Solicitud de reingreso que es negada por la empleadora por inexistencia de vacante, advirtiéndole al trabajador que, en caso de producirse, se le comunicaría para ocuparla. Supuesto en el que el centro de trabajo al que se encuentra adscrito el trabajador está cerrado, existiendo otros centros en la empresa.

El principal problema que plantean las excedencias voluntarias resulta ser el reingreso. En efecto, si la empresa no tiene vacante de igual o similar categoría, el trabajador no puede reingresar, pero el vínculo contractual se mantiene suspendido, de suerte que el trabajador adquiere un derecho preferente a reingresar en la empresa con motivo de la primera vacante que se produzca. Solo si en el momento de la solicitud de reingreso el empresario, directa o indirectamente, deja claro que no reingresará nunca al trabajador o que entiende que ya no tiene derecho al reingreso, estaremos en presencia de un despido contra el que podrá accionar el trabajador, quedando ambas partes a las consecuencias normales de la calificación que judicialmente se hiciese de dicho despido. Si, por el contrario, la empresa no niega el derecho al reingreso del trabajador, sino que lo admite y se limita, por tanto, a denegar el reingreso en el momento de la solicitud por inexistencia de vacante, no habrá despido. El trabajador podrá ejercitar una acción judicial declarativa solicitando el reingreso. En el proceso subsiguiente la clave será la prueba sobre la existencia o inexistencia de vacante, de forma que, si se prueba que no existía, el trabajador verá desestimada su demanda y quedará en situación de preferencia para su reincorporación en la primera vacante que se produzca. Si, en cambio, se acredita que existía vacante de igual o similar categoría, el juez concederá al trabajador el derecho al reingreso y condenará a la empresa en tales términos y, además, a la oportuna indemnización de daños, cuya cuantificación es sencilla: los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo la solicitud y debió producirse la reincorporación hasta la fecha en que efectivamente se produzca la readmisión. En el caso analizado hay que tener en cuenta que el centro de trabajo al que estaba adscrito el trabajador se encontraba cerrado a raíz de un despido colectivo (no formando parte él del personal afectado) y estaba únicamente ocupado por personal de administración. Esta circunstancia no es óbice al mantenimiento del derecho preferente al reingreso, ni puede ser considerado como un supuesto de despido, pues no hay ninguna norma legal que imponga con carácter general al empresario la obligación de cubrir los puestos de trabajo que quedan vacantes, a salvo, por supuesto, de las obligaciones que en esta materia puedan establecer los convenios o pactos colectivos, o las especiales circunstancias concurrentes en casos específicos, por ejemplo, los contratos de relevo. El derecho a la libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución y las facultades de dirección y organización que el artículo 20 del ET atribuye al empresario le habilitan para adoptar la decisión de no cubrir la vacante producida tras la extinción del contrato de trabajo. El cierre del centro de trabajo no resulta impedimento para el mantenimiento del derecho preferente al reingreso, ya que, al existir otros centros de trabajo y al haber admitido la sala la corrección del reingreso en otro centro con vacantes adecuadas, la expectativa de reingreso puede llevarse a cabo en cuanto exista





una vacante apropiada. Resulta evidente, por tanto, que el empresario nunca ha negado la posibilidad de reingreso del trabajador de forma directa, ni de forma indirecta ha realizado actos de los que pudiera derivarse que ha dado por extinguida la relación laboral a través de la reiterada negativa al reingreso. Antes al contrario, en todo momento ha preservado el derecho expectante del trabajador y le ha indicado que podrá cubrir la primera vacante adecuada que se produzca. Lo que implica que no se puede considerar que el empresario ha roto el vínculo contractual y que, por tanto, quedan intactos los derechos de reincorporación del excedente en los términos establecidos en la normativa vigente.

(STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2022, rec. núm. 3964/2018)

Despido objetivo por finalización de contrata. Es ajustado a derecho, aunque la empresa haya procedido a la contratación de trabajadores a través de ETT con la misma categoría en otro centro de distinta localidad, pero de la misma provincia

Despido objetivo por causas organizativas y productivas (finalización de contrata). Mozo especialista con contrato indefinido. Empresa que en el mismo periodo de tiempo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de ETT, para prestar servicios también como mozo especialista en otro centro de trabajo de la misma provincia, ubicado a 26 km del centro al que pertenecía el trabajador despedido.

La pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Esta decisión extintiva debe constituir una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva que sea proporcional y adecuada a los fines que se pretenden conseguir, lo que no implica que corresponda a la sala fijar la precisa idoneidad de la medida a adoptar por el empresario ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, sino que únicamente han de excluirse –como carentes de razonabilidad– aquellas decisiones empresariales que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores. Respecto del ámbito de afectación de las causas técnicas, organizativas o productivas, estas pueden actuar en puntos concretos de la vida empresarial y no alcanzar a la entidad globalmente considerada, por lo que el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo. En el caso analizado, las causas se han producido en el centro de trabajo donde prestaba servicios el operario despedido, en el que se ha extinguido la contrata de logística de productos neumáticos, siendo razonable la medida adoptada, ya que las aludidas causas técnicas y organizativas afectan al funcionamiento de un centro de trabajo de los varios que posee la empresa. En consecuencia, al producirse la extinción de la totalidad de la contrata y no la mera reducción del volumen de la misma, resulta ajustada la medida adoptada de extinción de los contratos de las personas trabajadoras que venían prestando sus servicios en ese centro de trabajo. No empecé tal conclusión el hecho de que uno de los cinco trabajadores que prestaba servicios en el mencionado centro haya sido reubicado en otro centro próximo, pues el artículo 52 c) del ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene aquel obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de enero de 2022, rec. núm. 4890/2018)

Cese de trabajador indefinido no fijo, adscrito a una plaza de personal funcionario, por cobertura reglamentaria de la plaza, estando en trámite una demanda de reconocimiento de derecho a puesto de naturaleza laboral. ¿Cabe hablar de despido nulo?

Xunta de Galicia. Reconocimiento por sentencia de la condición de trabajador indefinido no fijo, con adscripción por la empresa a una plaza de personal funcionario. Reclamación, en vía judicial, para que la adscripción se produzca a una plaza de personal laboral reservada al correspondiente proceso extraordinario de consolidación. Cese posterior al cubrirse reglamentariamente la plaza por personal funcionario. Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

Debe calificarse como despido el cese del personal laboral fundado en la ocupación de la plaza de funcionario que venía desempeñando, puesto que no estamos ante ninguna causa lícita de extinción del contrato de trabajo que pueda ser subsumida en el artículo 49.1 b) del ET. Ha de negarse que en tal supuesto estemos ante la cobertura reglamentaria de la plaza, porque lo cierto es que la plaza que se ocupa es una plaza de funcionario, no de personal laboral. La única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que se corresponda con la que ocupen en su calidad de tales o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los artículos 51 y 52 del ET, de conformidad con lo previsto por la disposición adicional vigésima de dicho texto legal. En suma, el cese de la trabajadora constituye un despido que carece de justificación. En el caso analizado, el actor fue cesado cuando tenía en trámite una demanda de reconocimiento de derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación y a ser adscrito a una plaza de tales características, no a la plaza reservada a personal funcionario a la que había sido adscrito, por lo que es claro que su cese ha podido producirse como represalia frente a una actuación encaminada a obtener la tutela de sus derechos. En tales circunstancias, correspondía a la Xunta de Galicia acreditar que el cese fue ajeno a todo propósito de represalia o de lesión de un derecho fundamental, y esa prueba desactivadora de los indicios de vulneración no se ha logrado, por cuanto no es lícito desconocer la existencia de un litigio pendiente sobre el reconocimiento del derecho del actor a ocupar una plaza de personal laboral, adscribiéndole a una plaza de funcionario cuya adjudicación posterior se utiliza como cobertura para extinguir una relación laboral declarada indefinida en virtud de sentencia firme.

(STS, Sala de lo Social, de 12 de enero de 2022, rec. núm. 579/2019)

Es nulo el despido de una empleada del hogar embarazada, aunque la empleadora desconozca su estado

Servicio del hogar familiar. Extinción del contrato de trabajo de trabajadora embarazada sin que la empleadora conociera esa situación.

En el caso analizado, no hubo comunicación por escrito a la persona empleada de hogar en la que se hiciera constar de modo claro e inequívoco la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación por desistimiento, ni se puso a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente. En este contexto, al no cumplirse los requisitos mencionados en el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, se entiende que no se ha producido un desistimiento, sino un despido. Y sucede que a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se le aplican supletoriamente, de conformidad con los artículos 3 b) y 11.1 del Real Decreto 1620/2011, las normas de despido del ET. El artículo 11.1 del Real Decreto 1620/2011 menciona expresamente el artículo 49 del ET, sin excluir su letra k), sobre «despido del trabajador». Y, en los preceptos de despido del trabajador, el artículo 55.5 b) del ET (en los mismos términos, el artículo 53.4 b) ET) dispone la nulidad objetiva del despido de «las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)». En consecuencia, desde la perspectiva de las normas reguladoras del despido de una empleada de hogar (los artículos 3 b) y 11.1 RD 1620/2011 conducen, en definitiva, a la aplicación del artículo 55.5 b) ET), la protección objetiva del





embarazo también ha de aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada. En cualquier caso, la perspectiva de género que ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas lleva también a interpretar que la protección objetiva del embarazo debe aplicarse a la extinción del contrato de trabajo de una empleada doméstica. El embarazo es un elemento diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Y es notorio, asimismo, que es a las mujeres a las que de forma absolutamente mayoritaria se les aplica el Real Decreto 1620/2011, sobre la relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de enero de 2022, rec. núm. 2099/2019)

Despido de trabajador que, posteriormente, es declarado en incapacidad permanente. Declaración de improcedencia sin posibilidad de opción por la readmisión. El cálculo de la indemnización debe realizarse a la fecha del despido

Despido. Fecha de cálculo de la indemnización cuando tras la decisión extintiva empresarial que se califica de improcedente se produce una causa nueva de extinción del contrato por ministerio de la ley (declaración de incapacidad permanente, jubilación o fallecimiento del trabajador o finalización del contrato temporal) que impide la opción por la readmisión.

Al ser la opción entre indemnización y readmisión una obligación alternativa, la declaración de improcedencia del despido de un trabajador que, con posterioridad, pero antes de la sentencia, es declarado en situación de incapacidad permanente (en el caso absoluta) determina que la condena del empresario se limite a la indemnización ante la imposibilidad de readmitir. El supuesto que examinamos es distinto de otros que ha abordado la sala, como aquellos en los que la indemnización se fija por cese o cierre de la empresa con la lógica imposibilidad de readmitir. En estos casos se ha optado por la aplicación anticipada de lo previsto en el artículo 286.1 de la LRJS para la ejecución de las sentencias de despido cuando se constata la imposibilidad de la readmisión, en los que se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto en el que se extingue la relación laboral, pues de esta forma no hay que esperar al momento de dictarse el auto resolutorio del incidente de no readmisión para la extinción y fijación de tales cuantías indemnizatorias superiores. Y también es distinto de aquellos supuestos en los que la extinción de la relación laboral y la condena a la indemnización se producen en la propia sentencia, en aplicación del artículo 110.1 b) de la LRJS, cuando el trabajador demandante lo solicita por constar no ser posible la readmisión, en cuyo caso la propia norma establece que la indemnización se calculará a la fecha de la sentencia. Por tanto, en el caso analizado, el cálculo de la indemnización debe realizarse a la fecha del despido y no hasta la fecha de la sentencia, en virtud de la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del cese, ya que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes.

(STS, Sala de lo Social, de 11 de enero de 2022, rec. núm. 4906/2018)

Trabajador fijo discontinuo en situación de IT que no es llamado al inicio de la campaña. El dies a quo del plazo de caducidad de la acción de despido se inicia en ese momento y no cuando tras el alta médica el empresario no acepta la reincorporación

Trabajador fijo discontinuo que no es llamado al comenzar la temporada encontrándose en situación de incapacidad temporal (IT). Dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido.

Es cierto que en las situaciones de IT, con suspensión del contrato, no son exigibles las obligaciones de las partes, en relación con la prestación de servicios y pago del salarios, pero ello no exonera a la empresa de la obligación de





llamamiento, quien, de realizarlo, deberá proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por IT, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad. En definitiva, deben ser llamados los trabajadores en situación de IT, momento a partir del cual la empresa debe asumir la obligación de colaboración con la Seguridad Social, si bien la reincorporación efectiva al trabajo se producirá a partir del alta médica. Siendo ello así es evidente que, si la empresa no procede al llamamiento del trabajador, aunque se encuentre en IT, incurre en un incumplimiento a partir del cual el trabajador puede reclamar por despido, iniciándose el plazo de caducidad. Esa falta de llamamiento, desde el momento en que constituye una obligación empresarial, se entiende como manifestación de una voluntad extintiva de la relación laboral, habiendo establecido el legislador cual es el día inicial del plazo para demandar por despido, sin excepción o singularidad alguna, por lo que no cabe interpretar que en situaciones de IT ese cómputo deba realizarse de forma diferente. Esto es, a la vista de la previsión del artículo 16 del ET, el trabajador en IT, si al inicio de la campaña no es llamado, puede ya plantear demanda por despido sin necesidad de esperar al alta médica.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2022, rec. núm. 2289/2019)

Cabe recurso de suplicación contra las sentencias de instancia que resuelvan impugnaciones de las mutuas sobre bajas médicas

Recurso de suplicación. Impugnación por las mutuas de las bajas médicas cursadas por los servicios públicos de salud.

Aunque del artículo 191.2 g) de la LRJS se deriva que no cabe recurso de suplicación, incluso cuando la cuantía es superior a 3.000 euros, cuando se impugna el alta médica, nada se dice de los procesos de impugnación de las bajas médicas, lo que deja la duda de si similar disposición será aplicable a las impugnaciones de bajas médicas. Esta duda la disipa el artículo 140 de la LRJS que regula el proceso especial de «impugnación de altas médicas» y que en su número 3, al establecer las especialidades de ese proceso que se caracteriza por la celeridad en su tramitación, simplificación de trámites y delimitación de su objeto que se circunscribe a las altas médicas, establece que la demanda «se dirigirá exclusivamente contra la entidad gestora y, en su caso, contra la colaboradora en la gestión» (apartado a), tenor literal del que se deriva que no cabe tramitar la demanda interpuesta por la mutua impugnando la baja médica por este procedimiento especial y, asimismo, en su apartado c) dispone que contra la sentencia que recaiga no cabrá recurso y que los efectos de esta resolución «se limitarán al alta médica impugnada», sin condicionar la que pueda recaer en otros procesos sobre naturaleza de la contingencia, base reguladora, derecho a las prestaciones y otros extremos. De lo que antecede se extrae la conclusión de que el proceso especial del artículo 140 de la LRJS no puede ser promovido por las mutuas aseguradoras para impugnar las bajas médicas, sino para que los trabajadores impugnen las altas médicas, lo que conlleva que en el proceso promovido por la mutua demandante no sean de aplicar las normas de ese proceso ni, consiguientemente, la que establece la imposibilidad de recurrir en suplicación la sentencia que le ponga fin.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2022, rec. núm. 2470/2019)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

La revisión de las pertenencias de los trabajadores a la salida del centro requiere la existencia de sospechas o conductas previas que acrediten irregularidades

Conflicto colectivo. Poder de dirección y control empresarial. Inviolabilidad de la persona trabajadora. Derecho a la dignidad y a la intimidad. Empresa dedicada a la venta de productos de perfumería. Instrucción empresarial que determina la exhibición diaria del contenido de bolsos, bolsas, mochilas y similares en presencia del responsable de la tienda en el momento de la salida del trabajo, en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia. Control genérico de la seguridad de la tienda sin que se acredite que previamente se hubieran advertido irregularidades por hurtos en tiendas y pérdidas desconocidas.

En el presente caso se trata de comprobar si la instrucción empresarial respeta el derecho a la dignidad e intimidad de los trabajadores, procediendo a una ponderación adecuada que garantice la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo en la medida imprescindible para el desenvolvimiento de la actividad productiva. No se cumple con el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, como premisas necesarias para que sea protegida la intimidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, ya que ninguna prueba se ha practicado por la empresa demandada en el acto del juicio, resultando que se lleva a cabo la grabación de todos los bolsos y mochilas de los trabajadores de forma ilimitada en el tiempo sin que se haya acreditado que concurra causa alguna que justifique la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de videovigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores, tratándose de controles preventivos y no reactivos, no superando la actuación empresarial el control de constitucionalidad anteriormente referido, de tal suerte que se hace preciso acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra. El juicio de idoneidad debe ponderar si la revisión de los bolsos con captación de imágenes es un medio idóneo para conseguir el objetivo propuesto. Con el juicio de necesidad debe ponderarse si la videovigilancia es el medio menos intrusivo, pues debe tener un carácter subsidiario, como toda medida restrictiva de derechos. Por lo que debe justificarse su necesidad en relación con medios igual de eficaces. En relación con el principio de proporcionalidad, el recurso a la revisión de los bolsos con la vigilancia por videocámara solo podrá utilizarse con carácter subsidiario, es decir, con fines que realmente justifique el recurso a tales sistemas. Dicho principio de proporcionalidad supone que se pueden utilizar esos sistemas cuando otras medidas de prevención, protección y seguridad, de naturaleza física o lógica, que no requieren la captación de imágenes resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los fines legítimos mencionados anteriormente, es decir que deba atenderse un equilibrio entre los perjuicios causados (intromisión en la intimidad de las personas) y los beneficios que suponga su uso (control laboral, patrimonio empresarial, etc.) y, por tanto, no basta con la alegación de un genérico interés legítimo empresarial en proteger su patrimonio y evitar los hurtos para efectuar un control como el acordado, sin ninguna justificación específica previa. Falta el presupuesto previo para poder aplicar el triple test de constitucionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Además, las grabaciones pueden ser visionadas sin que se conozca por quién, ni si hay un protocolo para este visionado, cuál es la finalidad, etc., y, por tanto, las personas que tengan acceso a estas imágenes podrán ver todas las cosas personales que llevan los bolsos y mochilas, lo que supone una invasión de la intimidad de los trabajadores sin aportar justificación alguna. Procede declarar la nulidad de los apartados del procedimiento de seguridad general enjuiciados por no ser la medida ni proporcionada, ni idónea, ni necesaria, concluyendo que la decisión empresarial rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el artículo 18 del ET y supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la CE, pues no consta siquiera la finalidad que perseguía la empresa, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores que hicieran necesario el control de los bolsos para proteger el patrimonio de la empresa. Dichos controles deben hacerse en presencia de un representante de los trabajadores o un compañero de trabajo y no del responsable de tienda, lo que no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado, sino que es, más bien, una garantía de objetividad y de eficacia de la prueba.

(SAN, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2021, núm. 251/2021)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

COVID-19. El despido objetivo tras el ERTE se entiende injustificado, pero no prohibido: otro TSJ que se inclina por una discutida improcedencia

COVID-19. Despido por causas objetivas. Medidas temporales de suspensión de contrato o reducción de jornada (ERTE). Nulidad o improcedencia. Despido por causas productivas ante la situación provocada por la pandemia derivada de la COVID-19 y con base en nuevas restricciones aplicadas en el Principado de Asturias. Ausencia de puesta a disposición de la indemnización por despido.

De las disposiciones aplicables, que imponían el compromiso de mantenimiento del empleo durante el plazo de 6 meses (disp. adic. sexta RDL 8/2020) y la exclusión como justificativas de la extinción del contrato o del despido de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) y por fuerza mayor (art. 2 RDL 9/2020), no resulta una prohibición de despedir ni tampoco la sanción de nulidad para el caso de extinción del contrato o el despido de las personas afectadas por las suspensiones de contrato o reducciones de jornada de los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020. No contempla el citado artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 una verdadera prohibición de despedir, sino más bien una limitación en relación con las causas que pueden justificar la procedencia de un despido. Por lo tanto, si no se prevé por la norma una expresa prohibición de despedir, no puede resultar aplicable el artículo 6.3 del Código Civil, que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas. Pese a que tal precepto impide la consideración como causas justificativas del despido aquellas en las que se ampararon las medidas temporales de suspensión de contratos o reducción de jornada, tal previsión no determina la calificación del despido como nulo, sino, en su caso, como improcedente. Nuestro ordenamiento jurídico y nuestra jurisprudencia no consagran la categoría del despido nulo por falta de causa, sino que la calificación que se impone es la de la improcedencia del despido. Para que proceda la declaración de nulidad no resulta suficiente, por tanto, con la inexistencia de causa justificada que ampare el despido, sino que es necesario un plus, la concurrencia de alguno de los supuestos para los cuales el legislador ha previsto expresamente tal declaración de nulidad, como son los reflejados en el artículo 55.5 del ET. En definitiva, en el supuesto litigioso no se está ante un despido prohibido, sino injustificado, y, con ello, el mismo no puede ser calificado como nulo, sino como improcedente. **Voto particular.** Se sostiene la nulidad del despido. Esta consecuencia no siempre depende de que la actuación empresarial se produzca con violación de derechos fundamentales. La salvaguarda del empleo y la observancia del compromiso adquirido por la empresa no se pueden conseguir eficazmente si su incumplimiento puede resolverse con el pago de una indemnización al trabajador. En el caso, además, su cuantía (1.490,94 €) no tiene claramente eficacia disuasoria.

(STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 2 de noviembre de 2021, rec. núm. 1873/2021)

Prestación de incapacidad temporal (percibida) y prestación por riesgo durante el embarazo (que se debió percibir). La incompatibilidad entre ambas se resuelve mediante las compensaciones a que hubiere lugar

Solicitud de prestación de riesgo durante el embarazo. Sucesivas resoluciones desestimatorias de la mutua antes de su reconocimiento. Pase a la situación de incapacidad temporal (IT) derivada de enfermedad común ante la situación de riesgo evidente en que se encontraba la trabajadora. Efectos que produce el reconocimiento por sentencia de la prestación por riesgo durante el embarazo durante el periodo de tiempo en que estuvo en IT.

El sistema de incompatibilidades entre las prestaciones económicas de IT y riesgo durante el embarazo regulado en el artículo 37 del Real Decreto 295/2009 no juega en el presente caso, pues no es que la actora se encontrara en situación





de IT (por tanto, no trabajando) y solicitara las prestaciones de riesgo durante el embarazo (riesgo que no puede existir si no se trabaja), ni que se encontrara con su contrato ya suspendido por riesgo durante el embarazo y pretendiera, además, pasar a situación de IT, sino que, ya solicitada la prestación de riesgo durante el embarazo y antes de su reconocimiento, pasó a la situación de IT derivada de enfermedad común, expidiendo el médico de atención primaria los partes de baja para proteger a la misma ante la situación de riesgo evidente en la que se encontraba (que la sentencia de instancia reconoce y que la mutua no discute a partir del día 1 de julio de 2020). Es decir, el proceso de IT se inició con posterioridad a formularse la petición por riesgo durante el embarazo precisamente ante la negativa de la mutua a conceder la suspensión subsidiada de la relación laboral de la trabajadora, lo que la abocó a acudir a su médico de atención primaria para poder atender a las dificultades y problemáticas derivadas de la incompatibilidad manifiesta existente entre su estado de gestación y el desempeño ordinario de sus funciones como ATS-DUE en un hospital. En este contexto, la incompatibilidad evidente entre las prestaciones económicas de IT efectivamente percibidas por la trabajadora y las que debiera haber percibido por riesgo durante el embarazo durante los mismos periodos de tiempo no ha de ser resuelta privando a la trabajadora de la cobertura por maternidad, como hace la magistrada de instancia, sino mediante las compensaciones y reintegros a que hubiere lugar en derecho entre la beneficiaria y las entidades responsables del pago de las mismas.

(STSJ de Canarias/Tenerife de 21 de junio de 2021, rec. núm. 33/2021)