



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de marzo de 2022)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

#### Una entidad bancaria no puede utilizar los datos de la cuenta corriente de una trabajadora para configurar prueba de posibles incumplimientos laborales

Despido disciplinario. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA. Derecho a la intimidad y a la protección de datos. Licitud de la utilización como medio de prueba de los datos de la cuenta corriente que la trabajadora tenía abierta en la entidad empleadora.

En el caso que nos ocupa puede decirse que, entre las partes, ha habido dos tipos de vinculación contractual: por un lado, un contrato de trabajo y, por otro, un contrato bancario, más en concreto un contrato de cuenta corriente en virtud del cual la actora depositaba fondos en la entidad de crédito, la cual se comprometía a realizar por cuenta de su cliente cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja. En virtud de este último contrato resulta de toda evidencia que la entidad bancaria es conocedora del contenido de la cuenta corriente y de todas y cada una de sus operaciones, ya que tal conocimiento es inherente a este tipo de contrato mercantil. Ahora bien, tal conocimiento deriva, exclusivamente, del contrato mercantil y nada tiene que ver con el contrato de trabajo. El problema se sitúa, por tanto, en la utilización de tales datos en el ámbito de las relaciones laborales. En este contexto no hay que olvidar que constituye elemento caracterizador de la definición constitucional del artículo 18.4 de la CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y, especialmente por lo que a los presentes efectos interesa, con qué fin son utilizados. Además, en el ámbito de las relaciones laborales no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales, no pudiendo tampoco situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad. En conclusión, dado que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales y no hay en el ámbito laboral una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del artículo 18.4 de la CE, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la ley (arts. 6.2 LOPD y 20 ET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido. El control empresarial por esa vía, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa. No hay que olvidar que la mayoría de los datos contenidos en la cuenta corriente, nada tienen que ver con el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, sino con el contrato mercantil a que se ha hecho referencia. Tampoco la intervención empresarial se encuentra amparada por el artículo 20.3 del ET que habilita al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales; porque tal habilitación se permite cuando en su adopción y aplicación se guarde la consideración debida a la dignidad, lo que permite entender que tal límite se relaciona con el necesario respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de manera especial con los vinculados a su derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 18 CE). En el presente caso, tales límites no han sido respetados por la actuación empresarial, ya que, de manera subrepticia, la empresa procedió a examinar y, especialmente, a utilizar datos de los que tenía conocimiento en virtud de un





contrato mercantil que le obligaba a la custodia y gestión administrativa de fondos ingresados por la actora, para conformar un medio probatorio justificativo de presuntos incumplimientos contractuales del contrato laboral, sin que existiese previamente una autorización de la interesada para el uso de tales datos con dicha u otra finalidad ajena a la inherente al propio contrato bancario, ni siquiera una previa comunicación a su legítima titular en la que se le informase del destino que se iba a dar a los datos conocidos a través de otra relación contractual paralela. Es más, el conocimiento extracontractual laboral de los datos de la cuenta corriente, inevitable por la existencia de la relación mercantil entre las partes, ya situaba, legítimamente, en una posición privilegiada a la empresa que derivaba de dicho conocimiento, por lo que podía, bien intentar probar las presuntas irregularidades cometidas a través de otros medios de prueba, bien solicitar del órgano judicial autorización al amparo del artículo 90.4 de la LRJS para el acceso y utilización de los datos de la cuenta corriente, previo cumplimiento de las exigencias que dicho precepto establece.

(STS, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2022, rec. núm. 130/2019)

## **Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales. Resarcimiento del daño moral. No puede denegarse la indemnización adicional por el hecho de que el actor no concrete el motivo o no aporte parámetros que sirvan para cuantificar su importe**

**Despido nulo. Cese de trabajador tras denuncias interpuestas ante la Inspección de Trabajo. Condena a la empresa al pago de una indemnización adicional por daños morales. Necesidad de concretar en la demanda los parámetros que han de servir para cuantificar su importe. Trabajador que reclama 15.525 euros en aplicación de lo dispuesto en los artículos 8.1, 11 y 12 de la LISOS.**

Los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y, al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. De esta forma, la sentencia que se dicte dispondrá la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho fundamental, incluyendo expresamente la indemnización, debiendo pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, especialmente cuando se trate del resarcimiento de daños morales. La indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica, de tal forma que, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS, se considera que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada. Por tanto, si el texto de la LRJS anuda la vulneración de derechos fundamentales y la reparación del daño moral al abono de una indemnización, debemos concluir que la sentencia recurrida no acierta cuando deniega la solicitud por no haber acreditado las bases para el cálculo de lo pedido, ya que no es necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados. En el caso analizado debe tenerse en cuenta que la relación laboral apenas ha durado 2 años, desde el 1 de julio de 2016 al 21 de febrero de 2018, siendo el salario medio del trabajador durante ese periodo de unos 1.300 euros mensuales, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15.525 euros, una vez que la declaración de nulidad





del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo. El importe de la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, parte de un mínimo de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador.

(STS, Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2022, rec. núm. 4322/2019)

## **Acceso al recurso de suplicación. Reclamación de cantidad inferior a 3.000 euros. Notoria afectación general. Debe apreciarse si se ha seguido previamente proceso colectivo del que trae causa la demanda**

**Acceso al recurso de suplicación. Reclamación de cantidad inferior a 3.000 euros (diferencias en las retribuciones devengadas durante las vacaciones). Prueba de la existencia de notoria afectación general.**

La afectación general por notoriedad es la que debe apreciarse cuando la reclamación tiene como fundamento y precedente inmediato una sentencia dictada en conflicto colectivo, pues estos pleitos precedentes, unidos al actual, pueden acreditar la afectación generalizada del conflicto, en tanto que las reclamaciones tienen su origen en un procedimiento de conflicto colectivo, de forma que la previa existencia del conflicto colectivo del que traen causa las demandas acredita por sí misma la concurrencia de un interés general no pacífico, lo que es conforme con la finalidad que trata de conseguir la ley procesal laboral de evitar que queden fuera del recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, al multiplicarse o extenderse a nuevos supuestos de hecho idéntico y requerir, por tanto, una actividad uniformadora de los órganos jurisdiccionales de rango superior. Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, procede la estimación del recurso formulado. En efecto, sobre la cuestión de fondo suscitada en el recurso (inclusión o no en la retribución de las vacaciones de las cantidades relativas al complemento del puesto de trabajo previstas en el art. 66 Convenio colectivo de empresas de seguridad), se había dictado una sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por otra de esta sala en proceso de impugnación de convenio, precisamente sobre la anulación del artículo 45.2 de la citada norma colectiva, declarando la obligación de incluir en determinadas retribuciones los complementos previstos en el artículo 66.2 del convenio. Por todo ello, debe ser apreciada la existencia de afectación general por notoriedad y, consecuentemente, procede la estimación del recurso formulado, lo que acarrea la declaración de la nulidad de las actuaciones y el mandato de retrotraerlas al momento de presentación del recurso de suplicación por la demandada a fin de proseguir la tramitación del mismo, sin que haya lugar a la imposición de las costas.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de febrero de 2022, rec. núm. 4377/2018)

## **Transporte sanitario. Guardias de presencia física en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas. Tienen la condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual, debiendo abonarse el exceso como horas extraordinarias**

**Tiempo de trabajo. Guardias de presencia física en el centro de trabajo de los trabajadores dedicados al transporte sanitario.**

Las guardias de los empleados de empresas de ambulancias, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, al requerir la presencia física del trabajador en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario, tienen la condición





de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual, por lo que el exceso debe abonarse como horas extraordinarias. Se declara que los citados trabajadores están incluidos en la Directiva 2003/88/CE (que establece límites a la duración máxima del trabajo semanal) y no se les aplica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo que distingue entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. Hay que tener en cuenta que la vigente Directiva 2003/88/CE no excluye el sector del transporte, previendo únicamente excepciones en materias concretas respecto de los trabajadores del sector de transporte de pasajeros, en servicios de transporte urbano regular. En este contexto, el TJCE, en Sentencia de 5 de octubre de 2004 (asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01) en respuesta a una cuestión prejudicial, ya señaló que el concepto de transporte por carretera debe interpretarse en el sentido de que no contempla la actividad de un servicio de asistencia médica urgente, aun cuando esta consista, al menos en parte, en utilizar un vehículo y en acompañar al paciente durante el trayecto hacia el hospital. En consecuencia, el principio de interpretación conforme del derecho interno con el derecho de la Unión Europea obliga a rectificar la doctrina establecida por la [STS de 21 de abril de 2016, rec. núm. 90/2015](#), que establecía que el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, resulta de aplicación al sector del transporte en ambulancia de enfermos y accidentados. El límite de la jornada laboral del personal de este sector se encuentra, por tanto, en el artículo 34 del ET. Sala General.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2022, rec. núm. 123/2020)

## Permiso por matrimonio de hijos, padres o hermanos. Como en el caso del matrimonio propio, si la fecha del enlace es día no laborable, debe disfrutarse el primer día laborable que suceda al del hecho causante

**Permisos retribuidos. Repsol Petróleo, SA. Concesión de un día de licencia por matrimonio de hijos, padres o hermanos, tanto del trabajador como de su cónyuge o persona en convivencia de hecho justificada documentalmentemente, así como en el caso de traslado por domicilio habitual.**

Es cierto que la licencia regulada supone una mejora de las fijadas en el artículo 37.3 del ET, pero ello no significa, como pretende el recurrente, que, si el día del hecho causante es un día no laborable, el trabajador no tenga derecho a disfrutar del día de licencia el primer día laborable que suceda al día del hecho causante. Si los negociadores del convenio hubieran querido limitar el derecho al día en el que acaece el matrimonio, aunque fuera festivo, lo habrían consignado expresamente, lo que no ha sucedido, limitándose a establecer en el artículo 36 a) 2 del convenio de aplicación que «el trabajador tendrá derecho a un día de licencia por matrimonio de hijos, padres...». En cualquier caso, el precepto no señala que ese día haya de disfrutarse el día del hecho causante, por lo que no es contrario al tenor literal de la norma que se interprete que, si la fecha del hecho causante es día no laborable, se disfrute al día siguiente. El precepto disciplina la licencia señalando el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo con derecho a retribución, por lo que, si el disfrute fuera un día feriado, no procedería reconocer el derecho a ausentarse del trabajo, ya que el día feriado no se acude al trabajo. Por tanto, el permiso solo tiene sentido si se proyecta sobre un periodo de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues –de lo contrario– carecería de sentido que su principal efecto fuese ausentarse del trabajo. En consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario. Si el permiso no tuviera que disfrutarse en día laborable, carecería de sentido que el precepto exija que la licencia se condicione a que la causa –el matrimonio– esté justificada documentalmentemente, ya que, si es un día no laborable, no procede ninguna justificación. De interpretarse en la forma propugnada por el recurrente (si el hecho causante acaece en día laborable, se dará la licencia y, si no cae en día laborable, no hay necesidad de su uso porque nada le impide acudir a matrimonio familiar), el precepto quedaría vacío de contenido en los supuestos en los que el hecho causante acaeciera en un día no laborable. Procede, por todo lo razonado, desestimar este motivo de recurso concluyendo, tal





y como lo ha hecho la sentencia de instancia, que cuando el matrimonio de hijos, padres o hermanos, tanto del trabajador como de su cónyuge o persona en convivencia de hecho, se realice en un día no laborable, la licencia podrá disfrutarse el primer día laborable tras la celebración de dicho matrimonio. Igual solución debe darse al permiso por traslado de domicilio habitual, en el sentido de que, si se entiende que los días de licencia por esta causa han de disfrutarse en días laborables, si el día del hecho causante es festivo, el inicio del cómputo de dichos días comenzará el primer día hábil siguiente.

(STS, Sala de lo Social, de 24 de febrero de 2022, rec. núm. 176/2021)

## AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

### El ataque informático a través de un virus *ransomeware* en una actividad empresarial que gravita sobre una arquitectura esencialmente digital puede subsumirse en el concepto de fuerza mayor

**ERTE por fuerza mayor. Sector de *contact center*. Ataque informático a través de un virus *ransomeware* en una actividad empresarial que gravita sobre una arquitectura esencialmente digital.**

El ataque informático por parte de terceros ajenos a la compañía en las condiciones señaladas (que se traduce en el secuestro de la información clave de la empresa, afectando de forma determinante a su operatividad) puede subsumirse en el concepto de fuerza mayor por lo siguiente: Primero, el origen humano del hecho obstativo no impide que pueda subsumirse un hecho imposibilitante en el concepto de fuerza mayor. Segundo, concurre una imposibilidad absoluta y objetiva sobre una de las prestaciones esenciales empresariales del contrato de trabajo (dar ocupación efectiva), ya que se ha producido la inutilización de servidores, sistemas electrónicos, computadoras (en número aproximado 1.200) e impresoras (afectando en un primer estadio, en la ejecución de 28 campañas y a 1.192 empleados). Esta circunstancia no queda desvirtuada por el informe de CGT, cuyo contenido se incorpora parcialmente a la resolución de la directora general de trabajo, en el que se afirma que los empleados quedaron a disposición de la empresa, siendo ello elemento suficiente para impedir la suspensión de sus contratos. El argumento no es admisible, porque la mera manifestación de «disponibilidad» no es equivalente a la ocupación efectiva, cuando hay imposibilidad objetiva de prestar servicios laborales. Tercero, existe una relación causal entre el incumplimiento de la obligación y el hecho obstativo, ya que el ciberincidente sufrido en los sistemas ubicados en todas las sedes de la compañía impactó sobre todos los componentes que dependen de esta infraestructura y, en consecuencia, se resintió la prestación de servicios por la imposibilidad de los agentes de utilizar los programas computacionales para operar los servicios de *contact center* y gestión documental en todas las sedes. Cuarto, dado el nivel de diligencia preventiva adoptado por la demandante puede afirmarse que concurre la nota de inimputabilidad y (como mínimo) la de inevitabilidad. En este supuesto, pese a tratarse de un riesgo conocido (y, por ende, previsible), se dan suficientes elementos para entender que el nivel de diligencia empresarial para prevenir este riesgo ha sido el suficientemente elevado como para descartar que su conducta empresarial pueda calificarse como negligente (y, por ello, imputable). Especialmente porque las medidas que conforman la «Política de seguridad de la información» de la compañía constituyen medidas de precaución adecuadas dentro del grado de esfuerzo y coste de un «ordenado y diligente comerciante». *Impugnación de la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto por la empresa frente a la Resolución de la Dirección General de Trabajo por la que se denegaba la constatación de fuerza mayor en que se funda el ERTE*. En el caso analizado, desde que se efectuó la solicitud de constatación de fuerza mayor el 21 de junio de 2021, hasta que se dictó resolución, el 15 de julio de 2021,





transcurrieron un total de 18 días hábiles, y un total de 20 días hábiles hasta ser notificado, lo que excede, con creces, el plazo de 5 días hábiles máximo para dictar resolución que habilita el artículo 33 del Real Decreto 1483/2012. Para la resolución denegatoria de la fuerza mayor se utilizó como elemento de justificación para la resolución extemporánea de la solicitud el incidente de ciberseguridad sufrido a partir del día 9 de junio de 2021 por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, que motivó el dictado de Resolución por parte de la Dirección General de Empleo, de fecha 16 de junio de 2021, por la que se ampliaban los plazos en el ámbito de actuación y funcionamiento hasta la resolución de las incidencias (8 de julio). Esto es, no se utilizó como argumento el posible retraso en que pudiera haber incurrido la Inspección de Trabajo en la evacuación de informe –que, entre otras cosas, no resultaría admisible dado que nada se comunicó a la demandante sobre la suspensión del plazo–, sino la cita expresa de la resolución de 16 de junio de 2021. Sin embargo, no puede excusar la Administración su falta de resolución en el tiempo legalmente exigido sobre la base de tal fundamento, ya que, si bien es cierto que el artículo 32.4 de la LPAC permite la suspensión y ampliación de plazos para resolver ante el acontecimiento de incidencia técnica, no es menos cierto que el mismo exige que la citada incidencia haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda. De esta forma, la existencia de actuaciones dentro del expediente anteriores a la citada fecha 8 de julio de 2021 revelan que, en el eventual caso de haber existido la incidencia que pretendidamente motiva la ampliación del plazo, esta no impedía el desarrollo de actividad en la Administración, sin que se presente prueba en contrario, por lo que la resolución dictada por la Administración debe entenderse extemporánea, debiendo aplicarse los efectos del silencio estimatorio, lo que implica la declaración de nulidad de la resolución y la aprobación del ERTE por fuerza mayor por silencio administrativo positivo.

(SAN, Sala de lo Social, de 14 de marzo de 2022, núm. 37/2022)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### Sucesión de contratas: cuando la acción se ejerce para permanecer en la empresa saliente, el procedimiento adecuado no es el ordinario sino el de despido

**Adecuación/inadecuación de procedimiento. Reconocimiento de derecho. Sucesión de empresa. Sucesión de contratas. Subrogación convencional. Trabajadora que desempeña labores de limpieza y que pretende no ser subrogada en la empresa entrante al entender que no está adscrita al servicio adjudicado y, por tanto, debiendo permanecer en la saliente, la cual mantiene la atribución de la limpieza de otras dependencias de la empresa principal.**

En los supuestos de subrogación empresarial amparada en la normativa convencional se produce una mera novación modificativa o impropia (art. 1.203 CC), por cuanto subsiste la relación original con una mera modificación subjetiva en la persona del empleador, que además viene impuesta por la normativa aplicable, que impone a la nueva empleadora respetar y mantener las condiciones laborales que el trabajador o trabajadora ostentaba en la anterior empresa. Ahora bien, cuando lo que se cuestiona es, precisamente, que tal novación sea ajustada a derecho, interesando la trabajadora la permanencia en la plantilla de la empresa saliente, en realidad lo que se está afirmando es que se ha extinguido indebidamente el vínculo laboral por esta, al no existir causa para transferir a la trabajadora a la nueva adjudicataria, esto es, se está afirmando, aunque con otras palabras, la existencia de un despido, entendido como cualquier decisión unilateral empresarial de poner fin a la relación laboral, por lo que el cauce procesal adecuado para impugnar dicha decisión y obtener el resultado pretendido no sería una acción meramente declarativa, sino la acción de despido. Entiende la sala, apoyándose para ello en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala General, de 30 de abril de





2002 (rec. núm. 3007/2000), que la decisión empresarial que se impugna comporta dar por extinguido el contrato entre las partes, y lo que se pretende es el contenido típico y fundamental de la acción de despido, la readmisión, aunque se denomine derecho a permanecer en la plantilla o reingreso, por cuanto lo que se persigue es regresar a la plantilla de la empresa inicial, con las mismas condiciones que se ostentaban antes de producirse la subrogación impugnada, justificándose la no petición de salarios de tramitación por la circunstancia de que la trabajadora está prestando servicios en otra empresa. De esta forma, un pronunciamiento meramente declarativo, que se limita a reconocer el derecho de la trabajadora a permanecer en la plantilla de la contratista saliente, resulta difícilmente ejecutable, por cuanto la actora dejó de pertenecer a la misma con efectos de 1 de julio de 2018, por lo que el derecho no podría ser a permanecer, sino, en todo caso, a reingresar en la empresa, sin que en el pronunciamiento declarativo solicitado se inste condena alguna de la empresa en tal sentido. Se sustituye el pronunciamiento de instancia, estimándose la excepción de inadecuación de procedimiento, con desestimación de la demanda. **Voto particular.** El procedimiento ordinario, y no el de despido, es el procedimiento adecuado para sustanciar la impugnación de una subrogación convencional cuando la persona trabajadora afectada mantiene vivo su vínculo laboral y únicamente cuestiona la empleadora con la que debe mantener dicha relación laboral. La subrogación empresarial regulada en el convenio colectivo es un supuesto de novación modificativa del contrato de trabajo. Si la novación fuera extintiva, como sostiene el voto mayoritario, se hubiera precisado el consentimiento del trabajador para considerar válido su nuevo contrato con la empresa entrante. Sin embargo, paradójicamente, el voto mayoritario da por buena la falta de consentimiento del trabajador –novación modificativa– y le obliga a demandar por una extinción que no ha tenido lugar. Imponer a la trabajadora que pretende discutir solo quién es su empleador que demande por despido supone afectar a la esencia de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a su derecho al trabajo, que comprende el derecho a no ser despedido sin justa causa, puesto que, si prospera la acción de despido, se considerará extinguido un contrato de trabajo que cuando ejercita la acción se halla vigente. Acordar la desestimación de la demanda por inadecuación de procedimiento cuando la modalidad procesal adecuada es la del proceso ordinario supone dictar una sentencia absolutoria en la instancia contraviniendo la regla general que prohíbe tal eventualidad en el proceso social.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2021, rec. núm. 4068/2021)

## Desempleo. Modalidad de pago único. La ausencia de alta en el RETA no es causa de extinción si el beneficiario acredita el inicio de la actividad y la afectación de la cantidad percibida

**Desempleo. Modalidad de pago único. Resolución que declara indebida la percepción de la prestación por falta de alta en el RETA.**

No se exige el alta en el RETA si el beneficiario acredita el inicio de la actividad y la afectación de la cantidad percibida en concepto de pago único. Lo que la norma pretende en definitiva es ser un estímulo para que los trabajadores desempleados, en lugar de permanecer inactivos, con grave frustración personal, durante el tiempo de consumo de la prestación de desempleo en su modalidad ordinaria, opten por crear cooperativas o sociedades laborales o por potenciar las ya existentes. La falta de alta se cataloga como una presunción de la falta de afectación de la cantidad percibida a la actividad autorizada, no contemplándose en sí misma e independientemente de esa posible afectación, como causa extintiva de la prestación, y puesto que la propia entidad demandada, en la resolución estimatoria de la reclamación previa planteada por el actor frente a la primera resolución que declaraba indebidamente percibida la prestación, ya dejaba constancia expresa de que el accionante había dado inicio a la actividad agraria, así como que resultaba justificado el importe de la inversión realizada, ello es algo que no puede resultar desconocido, implicando que esa presunción derivada de la falta de alta en la Seguridad Social quedaría sin efecto y, al no constatarse la no afectación de la cantidad percibida a la realización de la actividad para la que se concedió, única razón que podría justificar la declaración del pago indebido de la prestación, decae la razón sustentadora de la resolución impugnada.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2021, rec. núm. 1337/2020)

## JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

### Servicio de hogar: tienen derecho a la protección del FOGASA las trabajadoras aun cuando no esté prevista legalmente su cotización ante la concurrencia de una situación de discriminación indirecta

Discriminación indirecta por razón de sexo. Empleados de hogar. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Colectivo no protegido frente al riesgo de insolvencia. Negativa del organismo autónomo a reconocer el derecho al abono de las cantidades no satisfechas por su empleador insolvente ante la inexistencia de una obligación legal en tal sentido, por estar excluido el colectivo del servicio de hogar de la cobertura, y consiguiente cotización previa de esa garantía.

Entiende la juzgadora de instancia, apoyándose para ello en la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), que ante la constatación de que ciertamente el colectivo afectado es de composición preponderantemente femenina (94 % mujeres, 6 % hombres) y de que concurre un trato diferencial, al excluirse de una determinada protección social a dicho colectivo especial, no encuentra, sin embargo, una razón que lo justifique, pues ni el Real Decreto 1620/2011, que regula la relación laboral especial de empleados de hogar, ni el Real Decreto 505/1985, sobre organización y funcionamiento del FOGASA, expresan un motivo para ello. Por tanto, tal opción legislativa implica una discriminación indirecta, siendo lo procedente el reconocimiento a la trabajadora de la prestación solicitada, y ello a pesar de que no se haya cotizado a la protección por el FOGASA.

(SJS núm. 32 de Barcelona de 14 de marzo de 2022, núm. 91/2022)

### Se reconoce el derecho a cotizar por la contingencia de desempleo a las empleadas de hogar, teniendo plena efectividad cuando la ley lo desarrolle, disciplinando su contenido

Régimen especial de empleadas de hogar. Solicitud de cotización por la contingencia de desempleo.

Para la resolución del caso analizado, hay que tener en cuenta que la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) ha dispuesto que la Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de Seguridad Social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Esto implica que el artículo 251 d) de la LGSS deba ser inaplicable por vulnerar la normativa europea, procediendo declarar materialmente disconforme a derecho el acto impugnado la Resolución de 19 de diciembre de 2019, de la jefa de unidad de impugnaciones de la TGSS, que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la resolución que desestimó la solicitud actora de cotización a la protección por desempleo, por hallarse de alta en el régimen especial de empleadas de hogar. Actuación administrativa que se anula y revoca, a la par que se declara el derecho de la trabajadora a cotizar como empleada de hogar por la contingencia de desempleo. *Determinación de la efectividad temporal del pronunciamiento declarativo del derecho y condenatorio.* Aunque la obligación de cotización a la Seguridad Social y el correlativo ámbito de la acción protectora, también respecto de la contingencia de desempleo, cuentan ya con el desarrollo legislativo que los articula, es llano que existe un vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada y será preciso que el legislador lo aborde considerando las peculiaridades del régimen especial. Sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produzca desde el momento mismo de esta sentencia, tendrá plena efectividad cuando la ley lo desarrolle, disciplinando su contenido, sin que esta circunstancia suponga que la efectividad de este pronunciamiento sea meramente programática, ya que la estimación de la demanda supone el acogimiento de una pretensión condenatoria de la TGSS, por tanto, susceptible de ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario.

(SJS de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo de 17 de marzo de 2022, núm. 68/2022)