

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de marzo de 2024)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Cómputo de servicios previos en la Administración del personal laboral fijo discontinuo que accede a la condición de funcionario: comprende los periodos en que no hubo llamamientos

Acceso a la función pública. Cómputo de los servicios previos en la Administración del personal laboral fijo discontinuo. Periodo entre llamamientos. Trabajador de la Agencia Estatal de Administración Tributaria con contrato fijo discontinuo que tras acceder a la condición de funcionario público solicitó el reconocimiento de los servicios prestados a la Administración como empleado laboral, teniendo en cuenta todo el tiempo que duró la relación de trabajo y, por consiguiente, incluyendo los intervalos en que no recibió llamamientos.

Es verdad que el artículo 1 de la Ley 70/1978 habla de servicios «efectivos», por lo que aquellos que no tengan este carácter no pueden ser reconocidos como servicios previos en la Administración. Sin embargo, esta idea básica se ve inevitablemente matizada por dos consideraciones. Por una parte, ninguna norma española puede ser interpretada y aplicada en contravención a lo ordenado por el derecho de la Unión Europea y en esta materia es determinante la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo determinado que proclama la cláusula 4 del acuerdo marco, incorporado en la Directiva 1999/70/CE, y que, según el [Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2019 \(asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18\)](#), conduce a reconocer al trabajador fijo discontinuo todo el tiempo de la relación de trabajo como tiempo de servicios previos. Por otra parte, cuando una persona que ha trabajado a tiempo completo para la Administración –como personal estatutario interino o como personal laboral– adquiere la condición de funcionario público, el reconocimiento de sus servicios previos en la Administración abarca todo el tiempo de esa relación, incluidos aquellos periodos en los que no ha habido trabajo real y efectivo, tales como vacaciones, bajas por enfermedad, etc. Esto significa que no es cierto que el artículo 1 de la Ley 70/1978 sea interpretado y aplicado en el sentido de que solo deben computarse los días efectivamente trabajados. Lo cierto es que para los trabajadores fijos discontinuos, la frecuencia y la duración de los llamamientos no depende de su voluntad. A todo lo expuesto debe añadirse que es jurisprudencia clara y consolidada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en el ámbito laboral, no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos se les compute, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de trabajo de la relación laboral (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 25 de enero de 2024, rec. núm. 1936/2021). Así, dado que en ambos órdenes jurisdiccionales es relevante la cláusula 4 del citado acuerdo marco, no hay razón por la que en el ámbito administrativo deba la respuesta ser diferente. Por último, es muy importante hacer una precisión: la afirmación de que, a efectos del cómputo de los servicios previos en la Administración de los trabajadores fijos discontinuos, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación de trabajo, se refiere exclusivamente a los servicios prestados en virtud de un contrato de trabajo fijo discontinuo. Esta sentencia nada dice sobre el personal laboral que presta servicios de manera esporádica en la Administración con arreglo a otros regímenes jurídicos, como puede ser –entre otros– la inclusión en una bolsa de trabajo.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2024, rec. núm. 723/2023)

Se aplica a los trabajadores a tiempo parcial (médicos) la regla de proporcionalidad, en atención a su porcentaje de jornada, a efectos de retribución de las horas de atención continuada

Trabajadores a tiempo parcial. Médicos. Reclamación de diferencias salariales en concepto de atención continuada (guardias médicas). Aplicación de la regla de proporcionalidad en atención a su porcentaje de jornada.

Procede aplicar al caso la regla de la proporcionalidad que consagra el artículo 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la cláusula 4.2 del acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial que aprueba la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, puesto que la retribución de la atención continuada (guardias) es un concepto retributivo divisible y, por tanto, adecuado para la aplicación del principio. La aplicación del coeficiente de proporcionalidad supone que dentro de la jornada parcial se aprecian proporcionalmente dos tramos, como en la jornada a tiempo completo, uno de jornada ordinaria y otro de atención continuada (guardias), a los que se aplica idéntico régimen jurídico retributivo que en el contrato a tiempo completo, con la particularidad que todo aquello que supere la jornada a tiempo parcial (ordinaria y de atención continuada) son horas complementarias que han de retribuirse conforme a la hora ordinaria. En el caso analizado, la jornada a tiempo completo comparable es la que resulta del sumatorio de la jornada ordinaria (1.688 horas) y la jornada de atención continuada exigible: 138 horas, que van desde las 1.688 hasta las 1.826, puesto que ambas jornadas resultan de realización obligatoria para los trabajadores, conforme a su régimen convencional. Procede, por tanto, distinguir los siguientes tramos, partiendo de que el porcentaje de parcialidad del trabajador es del 90,41 % de la jornada a tiempo completo comparable. Jornada ordinaria: 1.526,12 horas (que no se reclaman). Jornada de atención continuada, que va desde las 1.526,12 horas a las 1.650,88 horas (124,76 h), que han de retribuirse por debajo de la hora ordinaria, conforme al precio establecido en el anexo 11 del convenio colectivo, concretamente se abona a razón de 25,29 euros la hora laborable y 28,57 euros la hora de sábado, domingo y festivos. Por último, la jornada que va desde las 1.650,88 horas en adelante, son horas complementarias que se rigen por el artículo 12.5 del ET, no pudiendo exceder del 30 % de la jornada a tiempo parcial pactada: $0,30 \times 1.650,88 \text{ horas} = 495,26 \text{ horas}$. En concreto, se acreditan 37,1 horas complementarias, que han de retribuirse al precio de la hora ordinaria.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2024, rec. núm. 4091/2022)

Procede computar el tiempo de vacaciones compensado económicamente al personal temporal a efectos del reconocimiento de servicios prestados en la Administración pública

Principio de no discriminación. Reconocimiento de servicios previos en la Administración pública. Inclusión del tiempo de vacaciones compensado económicamente. Trabajadores temporales. Sustitución del periodo vacacional anual por una compensación económica en el caso de finalización de la prestación de servicios a efectos de su posible cómputo como tiempo de trabajo efectivo.

Si debe o no debe computarse el tiempo de vacaciones como servicios previos entra, sin duda alguna, dentro de la noción de condiciones de trabajo. Dado que nadie discute que al personal fijo del Servicio Gallego de Salud (SGS) se le computa el tiempo de vacaciones anuales como servicios previos, el único interrogante es si existen razones objetivas en el sentido de la cláusula 4 del acuerdo marco que justifiquen que ese mismo tiempo no le sea computado como servicios previos al personal eventual que hace sustituciones de corta duración. La única razón dada por el SGS es que a ello se oponen las normas nacionales españolas, pero esto no es convincente, fundamentalmente porque se trata de una razón formal que nada dice sobre posibles diferencias sustanciales relevantes entre una relación fija y otra temporal. Es cierto que tanto el artículo 1 de la Ley 70/1978 como el artículo 1 del Real Decreto 1181/1989, a la hora de regular el reconocimiento de servicios previos, utilizan el adjetivo «efectivos», pero la verdad es que nunca ha considerado la Administración que tratándose de personal fijo –cualquiera que sea la naturaleza, estatutaria o laboral, de su relación de servicio– el cómputo de los servicios previos haya de excluir el tiempo de las vacaciones anuales. En definitiva, resulta discriminatorio para el personal temporal en relación con el personal fijo que no se compute el tiempo de vacaciones compensadas económicamente como tiempo de servicios prestados.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 2024, rec. núm. 756/2022)

Salarios de tramitación a cargo del Estado. Se refieren exclusivamente al procedimiento de despido individual, sin que tenga acceso por analogía ningún otro procedimiento ni impugnación

Despido colectivo. Reclamación al Estado de salarios de tramitación una vez transcurrido el plazo de 90 días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda, así como las cuotas de la Seguridad Social correspondientes.

Los salarios de tramitación a cargo del Estado se refieren exclusivamente al procedimiento de despido individual en el que la sentencia declara el despido improcedente transcurrido el tiempo previsto, sin que quepa extenderlo por analogía a ningún otro procedimiento ni impugnación. En el supuesto ahora enjuiciado no estamos ante un despido individual que se hubiera declarado improcedente, sino ante un despido colectivo en el que se ha procedido a anular la resolución de la autoridad administrativa que había autorizado la extinción del contrato de 18 trabajadores, declarando el derecho a la reincorporación a sus puestos de trabajo y a la opción entre la indemnización o la readmisión de los restantes, por lo que tal modo extintivo, por completo diferente al despido individual improcedente, no permite la aplicación del artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Tanto el artículo 56.5 del ET como el 116.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social se refieren exclusivamente al despido improcedente. La transferencia al Estado de la responsabilidad empresarial de la indemnización de salarios de tramitación tiene carácter excepcional, por lo que debe ser interpretada de manera estricta. Y el caso es que aquellos preceptos se refieren exclusivamente al despido improcedente y no al despido colectivo.

(STS, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2024, rec. núm. 215/2021)

Pensión de jubilación. El complemento por aportación demográfica no prescribe

Jubilación. Complemento por aportación demográfica ex artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social –LGSS– (redacción original). Solicitud transcurridos 5 años del hecho causante de la pensión. Prescripción.

El reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica produce efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del artículo 60 de la LGSS. No hay que olvidar que este precepto excluyó a los varones pensionistas de la percepción del complemento, siendo objeto de consideración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que lo declaró constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo. Esto determina que su íntegra reparación no pueda ser otra que retrotraer sus efectos al momento del hecho causante, sin que sea dable entender que la solicitud tardía del complemento en cuestión deba entenderse prescrita, ni tampoco limitar sus efectos mediante la aplicación de la retroacción de los económicos a los 3 meses anteriores a la solicitud. En este sentido, es claro que, en ningún caso, el *dies a quo* del inicio del plazo para la solicitud del complemento en aquellas solicitudes cuyo hecho causante fuese anterior a la fecha de la sentencia del TJUE, asunto C-450/18 (12 de diciembre de 2019), podría fijarse en un momento anterior a ella, ya que, hasta dicha fecha, la redacción literal del artículo 60 de la LGSS únicamente contemplaba el complemento que nos ocupa para las mujeres, lo que no fue declarado contrario a la Directiva 79/7/CEE y, por consiguiente, entendido como contrario al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 de la CE) hasta el momento de la referida sentencia. Por tanto, los varones no pudieron adquirir pleno conocimiento de un derecho que la literalidad de la norma les negaba hasta la fecha de la mencionada sentencia, por lo que con anterioridad a la misma no podía comenzar, en ningún caso, plazo de prescripción alguno. Además, hay que reseñar que el complemento de maternidad, al igual que sucede con los complementos a mínimos o con el complemento de brecha de género, ni son ni pueden considerarse prestaciones específicas. En efecto, el citado complemento no es autónomo, sino que actúa de manera accesoria a la pensión de jubilación (incapacidad permanente o viudedad) contributiva a la que complementa. En consecuencia, no constituye una pretensión independiente de la solicitada en el momento en que se pide la pensión, sino que estaba ínsita en la acción ejercitada para solicitar la prestación a la que complementa, al alcanzar su objeto no solo a las consecuencias básicas de cada prestación, sino también a todos los elementos determinantes del contenido económico de la correspondiente pensión, entre ellos, el porcentaje aplicable o el complemento que corresponda (a mínimos, el de maternidad o el de brecha de género). Aunque no se trate de aplicar el principio de oficialidad, reservado a aquellas prestaciones cuya concesión es automática,





sus efectos deben ser los mismos en relación con los complementos de las prestaciones que los tienen, ya que al beneficiario le basta con solicitar la pensión correspondiente para que la entidad gestora, previa comprobación de que se reúnen los requisitos establecidos en la ley, deba incluir, en los supuestos de concesión, los complementos a que haya lugar. Solicitada en plazo la prestación contributiva, los posibles complementos que de la misma pudieran derivar no prescriben, dejando a salvo su relativa autonomía a los efectos procesales, fundamentalmente los relativos a la recurribilidad de una hipotética denegación. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2024, rec. núm. 862/2023)

IT derivada de contingencia común. El incumplimiento por la empresa de sus obligaciones de afiliación y alta no genera la obligación de anticipo a cargo del INSS. Tampoco surge responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia de la empleadora

Incapacidad temporal (IT) derivada de accidente no laboral. Incumplimiento por el empresario de sus obligaciones de alta y cotización. Responsabilidad subsidiaria a cargo del INSS cuando la empresa infractora es insolvente.

Si el trabajador no está en alta y sufre una contingencia común, la responsabilidad del pago del subsidio por IT recae directa y exclusivamente sobre la empresa. No existe obligación alguna de anticipo para el INSS (ni para la mutua si es esta la que cubre en la empresa tales contingencias), puesto que en tal caso no rige el principio de automaticidad de las prestaciones. Y tampoco surge ninguna responsabilidad subsidiaria para el INSS (o la mutua en su caso) por la eventual insolvencia patronal. Esta conclusión no queda quebrada por lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009, rec. núm. 1434/2009, donde el problema analizado es bien diverso al de la empresa que proporciona ocupación sin dar de alta, pues se refiere a los efectos de que venga obligada a cotizar retroactivamente por el tiempo de salarios de tramitación y surja, precisamente entonces, un accidente no laboral. Además, la remisión que efectúa el artículo 94.5 de la Ley de la Seguridad Social (LSS) de 1966 en caso de insolvencia empresarial, permitiendo al trabajador hacer efectivo sus derechos a las prestaciones con cargo al oportuno fondo de garantía, se refiere exclusivamente a las causadas en caso de invalidez permanente derivada de accidente no laboral y no a las de la IT. En este sentido, hay que recordar que la LSS de 1966 diferenciaba la incapacidad laboral transitoria y su subsidio de la invalidez permanente o provisional. En el caso analizado, al coincidir la doctrina de la sentencia recurrida con la establecida por la sala de modo reiterado y no apreciarse novedades que aconsejaran su reconsideración, el recurso debiera haberse inadmitido por ausencia de contenido casacional. No obstante, la sala ha preferido apurar la tutela judicial y someter el asunto a un estudio más profundo y a ulterior debate, que han arrojado el resultado expuesto. La posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia, pues cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia, queda transformada en causa de desestimación. Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional, «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos». Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2024, rec. núm. 3316/2020)

Jubilación no contributiva. Cálculo de ingresos de la unidad familiar. Debe descontarse la cantidad que paga uno de sus integrantes en concepto de pensión alimenticia en favor de sus propios hijos, que forman parte de una unidad familiar diferente

Jubilación no contributiva. Cálculo de ingresos de la unidad familiar. Determinación de si debe descontarse de los ingresos de la unidad familiar el importe de la pensión de alimentos que paga el hijo de la beneficiaria de la prestación en favor de sus propios hijos que forman parte de una unidad familiar diferente.





No puede computarse como ingreso de la unidad familiar la suma correspondiente a la pensión de alimentos que uno de sus integrantes está obligado a pagar en favor de sus propios hijos, en tanto que se trata de unas cantidades de las que no va a disponer como ingreso para contribuir al sostenimiento de la unidad familiar en la que se integra, por estar obligado a transferirlos a una unidad familiar distinta de aquella de la que forma parte. Es verdad que el artículo 12.4 del Real Decreto 357/1991 no incluye expresamente la cuantía correspondiente a la pensión de alimentos entre los conceptos que no han de computarse para establecer las rentas o ingresos de la unidad familiar, pero esa consideración no es por sí misma suficiente para alcanzar la solución contraria cuando resulta que el propio precepto dispone la exclusión de las asignaciones económicas por hijo a cargo otorgadas por el sistema de la Seguridad Social en sus distintas modalidades, con lo que viene a subrayar la especial y singular naturaleza jurídica que ha de atribuirse a las cantidades específicamente dirigidas a sufragar los gastos de manutención por hijo a cargo. Ciertamente, se refiere a las que son abonadas a los padres por el sistema de Seguridad Social, no a las que hayan de soportar los propios progenitores a costa de su peculio, pero eso no obsta para que esa indicación normativa pueda tenerse en cuenta como pauta orientadora cuando se trata de dilucidar la verdadera naturaleza jurídica que ha de atribuirse a esta clase de gastos, singularmente dirigidos a contribuir con el sostenimiento de las cargas familiares que generan los hijos a cargo. Dicho de otra forma, si la norma legal establece de forma expresa que no computan como ingresos las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo, esa misma identidad de razón justifica que no deban incluirse entre los ingresos del afectado las cantidades que está obligado a pagar en ese mismo concepto como pensión de alimentos en favor de sus hijos que conviven en una unidad familiar distinta.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2024, rec. núm. 826/2021)

Desempleo. Extinción por no comunicar la salida del territorio nacional por un periodo superior a 15 días. El SEPE no debe incluir en su resolución sancionatoria expresiones que puedan afectar a posibles prestaciones o subsidios futuros

La protección por desempleo. Extinción por salir del territorio nacional por un periodo superior a 15 días sin comunicarlo. Supresión de la resolución del SEPE de la expresión «no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido».

Estamos ante una cuestión de derecho administrativo sancionador donde se aplican rigurosamente los principios de legalidad y de tipicidad, al menos en su vertiente de garantía material, y no de forma tan exigente –como sí ocurre con el derecho penal– en el plano de la garantía formal. Quiere ello decir que se precisa una estricta predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, lo que exige una taxativa, clara y estricta tipificación. Siendo así las cosas, no se compadece con las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional una resolución sancionatoria cuyo tenor literal va más allá de los estrictos términos de la configuración legal de la correspondiente sanción, por inocuo que pueda ser o dejar de ser el exceso terminológico en el que incurre aquella resolución. Aplicando las anteriores consideraciones al presente supuesto, la legislación vigente se ciñe a prever como posible sanción la extinción de la prestación de desempleo, sin mencionar en momento alguno las posteriores y adicionales consecuencias que dicha sanción podría tener sobre futuras solicitudes de prestaciones o subsidios. Y lo cierto es, sin que proceda realizar aquí mayores precisiones, que el principio de legalidad en materia sancionadora exige que si se quiere precisar el posible efecto que la sanción de la extinción de la prestación pueda tener sobre futuras prestaciones, ello debe estar previsto en la normativa aplicable. Téngase en cuenta que también las llamadas «sanciones accesorias», sin entrar ahora en si este es el caso, requieren igualmente de previa determinación legal. Parece claro que la expresión que el SEPE añade a su resolución extintiva de la prestación se relaciona con el artículo 274.1 a) y b) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) que, entre otros requisitos, exige para ser beneficiario del subsidio por desempleo «haber agotado la prestación por desempleo». No hay que olvidar que ya la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de enero de 2000 (rec. núm. 214/1999) precisó que no se adquiere el derecho a ser beneficiario de la prestación asistencial si, a causa de sanción, no se agotó la contributiva. Pero que una cosa sea agotar la prestación (por llegarse a su duración máxima) y otra, distinta, sancionar con la extinción de dicha prestación (antes de agotar la duración que podría haber tenido) no deja de exigir que, de conformidad con el principio de legalidad en materia sancionadora, la sanción deba limitarse escrupulosamente a lo que legalmente esté previsto, sin que pueda contener expresiones o añadidos que la legislación no contempla como integrantes de la sanción. Y ello, aunque sea en el momento de solicitar la nueva





prestación o subsidio, cuando se tendrá que examinar si esa nueva petición cumple con los requisitos legalmente establecidos, como en el caso del subsidio de desempleo será haber agotado la prestación por desempleo –art. 274.1 a) y b) de la LGSS–.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2024, rec. núm. 2020/2021)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

En una situación de conflicto laboral donde no ha habido desproporción o desvíos en las conductas, no es exigible como medida preventiva la supresión del conflicto

Prevención de riesgos laborales. Riesgos psicosociales. Responsabilidad civil. Conflictos laborales y acoso laboral. Actuación preventiva reactiva al riesgo producido. Enfermera que presta servicios en un centro de salud y a la que en un momento determinado se le permite compatibilizar su actividad con la docencia, como profesora asociada en la Universidad de Las Palmas, repartiendo alumnos en los distintos centros de salud como parte de su actividad lectiva, no recibiendo la colaboración deseada por parte de sus compañeros, siendo este hecho el origen de los desencuentros que dieron lugar al conflicto. Ausencia de ilicitud en el origen del conflicto.

El conflicto laboral no es el riesgo, pues es consustancial a la propia naturaleza humana como integrantes de grupos que se relacionan, con intereses, deseos, caracteres y personalidades no coincidentes. Es el conflicto susceptible de causar daños en la salud física o psíquica e identificado como tal, el que ha de ser evaluado como riesgo psicosocial. En el caso, el conflicto se origina por desencuentros que, en principio, no cabría entenderse como patológicos. Y ninguna repercusión en la salud de la trabajadora, al menos objetivada, se puso de manifiesto en forma tal que pudiera evidenciar su conocimiento por parte de la Administración y su relación causal con el conflicto. Tras la presentación por la trabajadora de denuncia por acoso ante la unidad administrativa encargada, la Administración empleadora desplegó toda la actividad que en relación con la prevención de riesgos laborales le era exigible, concluyéndose que no existían indicios de acoso laboral, si bien se observa la existencia de un conflicto laboral. Ningún incumplimiento preventivo se ha de imputar a la Administración empleadora. Identificado el riesgo, la entidad empleadora cumplió con su obligación de evaluación (valoración) y adoptó, o al menos propuso, la adopción de las medidas que fueron consideradas idóneas por los órganos especializados en la materia, rechazadas por la trabajadora (nombramiento de un experto como mediador). La exigencia de adopción de medidas en estos casos no puede llegar a exigir la supresión del propio conflicto cuando el mismo se manifieste en contraposición de intereses y sus manifestaciones no exceden de lo justificado y proporcionado, puesto que con ello se alteraría sustancialmente el marco propio de las relaciones laborales con base en una concepción no democrática del mismo. Si de todo el procedimiento no resulta y la propia trabajadora no acredita cuáles fueron las medidas que debían haberse adoptado para ello y no se adoptaron, entonces falta un elemento básico para establecer la relación causal entre el incumplimiento (falta de evaluación/planificación) y el daño. Lo que en casos como el presente no puede admitirse, por lo anteriormente razonado, es que la medida exigible haya de consistir en suprimir el conflicto. Sí que sería exigible, con toda evidencia, que la empresa adoptase medidas para evitar y sancionar, en su caso, toda conducta de cualquier trabajador o mando que, excediendo de lo normal, incurra en desproporción o desvíos (bajo el nombre de acoso, hostigamiento o cualquier otro comportamiento negativo que pueda calificarse como injustificado, desproporcionado, anormal o excesivo), pero no constando tales conductas, lo que no puede admitirse es que la medida exigible a la empresa sea la supresión del conflicto laboral. Si no se acredita la posibilidad de otra medida distinta que hubiera tenido una probabilidad suficiente de evitar el daño (lo que la pudiera convertir eventualmente en exigible al amparo del artículo 14.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales), la mera alegación de la ausencia de evaluación de riesgos no permite establecer el nexo causal determinante de la pretensión indemnizatoria, puesto que la evaluación de riesgos no puede considerarse como una medida preventiva por sí misma.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2023, rec. núm. 827/2022)

Incapacidad temporal. Tocar la guitarra en un concierto de rock no perturba la curación de un trabajador diagnosticado de una tendinopatía en el manguito rotador del hombro

Realización de actividades incompatibles con la situación de IT. Trabajador diagnosticado de una tendinopatía en el manguito rotador del hombro derecho, con rotura parcial del supraespinoso, que participa en un concierto de rock como guitarrista. Despedido por transgresión de la buena fe y abuso de confianza. Improcedencia.

En el caso analizado, el trabajador es oficial de primera y tiene limitados los movimientos del hombro por encima del plano céfalico. En esta situación física, el hecho de tocar la guitarra no evidencia aptitud laboral por parte del operario, ni permite afirmar la existencia de una conducta grave y contraria a la buena fe que ampare el despido adoptado por la empresa. No se trata de una actividad de esfuerzo físico con las extremidades superiores, ni precisa elevación del hombro derecho, como es notorio, y menos por encima de la horizontal. Siendo así, no cabe afirmar que la conducta del operario ha incidido negativamente en su estado físico, pues se trata de una actividad lúdica, no exigente a nivel de los hombros (aunque sea en un concierto de rock), con lo que la deslealtad para con la empresa resulta inexistente. No hay que olvidar que no toda actividad desarrollada en la situación de IT es susceptible de configurar una transgresión grave de la buena fe contractual a efectos de justificar el despido. Lo relevante es que la actividad desarrollada perturbe o demore la curación del trabajador o evidencie su aptitud para reiniciar el trabajo. En nuestro caso, el hecho de tocar la guitarra en un concierto no ha perturbado o demorado la curación de este trabajador. El actor se encuentra en lista de espera para la intervención quirúrgica de su hombro derecho, de manera que la fecha de curación, en principio, viene dada por dicha operación quirúrgica y no se ve alterada por el hecho de tocar la guitarra antes de ser operado.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2024, rec. núm. 2304/2023)