



Andersen al día Novedades laborales

NORMATIVA

La nueva Orden ISM/835/2023 y la cotización a la Seguridad Social española de los trabajadores desplazados

- > En fecha 1 de noviembre de 2023, ha entrado en vigor la Orden ISM/835/2023, derogando con su llegada la Orden de 27 de enero de 1982. Esta nueva Orden supone una importante novedad en materia de Seguridad Social, ya que permitirá a los trabajadores desplazados mantener la cotización a la Seguridad Social española sin establecer un límite temporal. Asimismo, esta nueva Orden nos da una definición de los trabajadores desplazados, señalando que se trata de aquellos trabajadores empleados en España de una empresa que ejerce sus actividades en territorio español y son enviados a otro país con el fin de realizar un trabajo asalariado por cuenta de dicha empresa. Se trata de una novedad de carácter voluntario y puede aplicarse a cualquier trabajador independientemente de su nacionalidad.

Modelo oficial para la vinculación voluntaria a la Seguridad Social española

- > La Seguridad Social ya ha elaborado el modelo oficial de acuerdo entre empresa y trabajador para adherirse al nuevo sistema de cotización contemplado en la Orden ISM/835/2023. Este acuerdo es requisito necesario para la aplicación de la legislación española en materia de Seguridad Social y debe recoger los datos referentes a la persona trabajadora y la

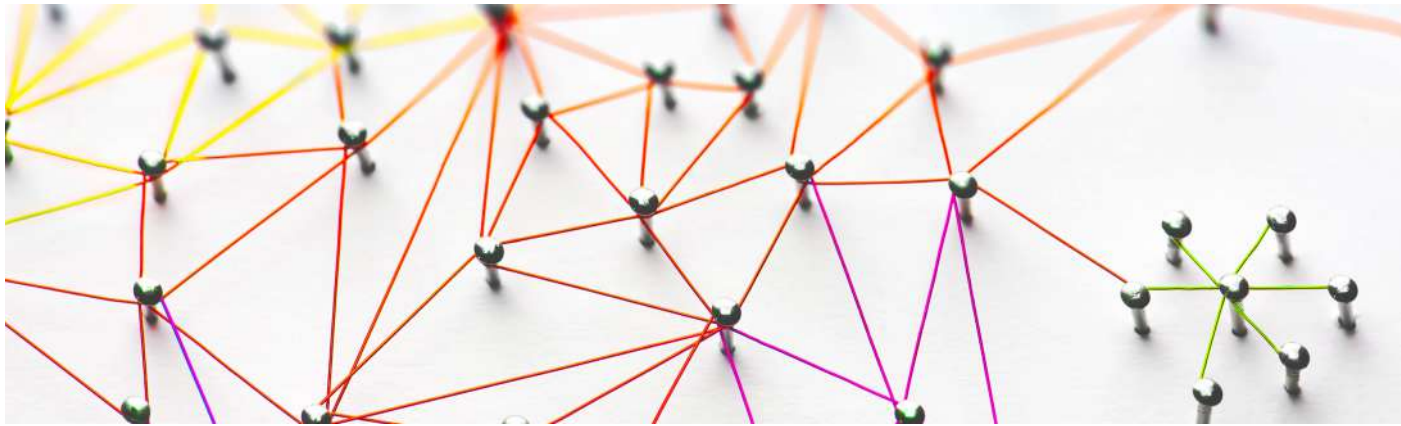
empresa, la fecha de inicio de la inclusión voluntaria en la Seguridad Social española, el país en el que la persona trabajadora se encuentra desplazada y la declaración formal del consentimiento de las partes para la aplicación de la legislación española en materia de Seguridad Social.

Calendario laboral del año 2024

- > En fecha 23 de octubre de 2023, se publicó en el B.O.E. la Resolución de la Dirección General de Trabajo relativa a la relación de fiestas laborales para el año 2024, separando por nacionales y por Comunidades Autónomas, a las cuales se han de añadir las correspondientes a los festivos locales.

Campaña para el cumplimiento del Derecho a la desconexión digital

- > El pasado mes de octubre, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo emitió una campaña sobre el derecho a la desconexión digital con el fin de concienciar en la materia, no solo a las empresas, sino también a los trabajadores. En este sentido, si bien no se trata de una normativa novedosa, cabe recordar la obligatoriedad de todas las empresas, independientemente del número de trabajadores en plantilla y del sector de actividad de contar con un Protocolo de desconexión digital que permita cumplir con este derecho.



SENTENCIAS DE INTERÉS

El cambio de horario de 30 minutos no constituye una modificación sustancial

➤ **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1) de 5 de octubre de 2023, Recurso nº 551/2023.** La Sala desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta frente a la decisión empresarial de cambiar el horario de trabajo, de manera que los trabajadores finalicen media hora más tarde del horario habitual y entren media hora más tarde.

La demandada había adquirido las tiendas de un grupo empresarial dedicado a la alimentación, cuyo horario de atención al público era de 9:00 a 21:00 horas, finalizando su jornada a las 21:15 horas. Una vez la entidad se subroga, comunica a los trabajadores que el horario de atención al público pasa a ser de 9:00 a 21:30 horas, finalizando su jornada a las 21:45 horas. La empresa demandada lleva a cabo dicha medida haciendo uso del poder de dirección empresarial o “ius variandi”, no sujeto a ningún procedimiento formal ni justificación de la causa, como si ocurre en el caso de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Precisamente en el carácter sustancial o no de la modificación pretendida es donde se centra el conflicto planteado ante la Sala, ya que ha de ser distinto el régimen jurídico al que se someta.

De este modo, la Sala reitera la doctrina asentada por el Tribunal Supremo y concluye que no todas las modificaciones de las condiciones dispuestas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores son necesariamente sustanciales. En este sentido, el Alto Tribunal señala que habrá que considerar la materia sobre la que verse la modificación, el carácter temporal o definitivo de la misma, y la onerosidad de la medida, es decir, que la misma cause un perjuicio comparable a los trabajadores afectados por la misma en relación con su situación anterior a la adopción de la decisión empresarial.

La Sala concluye que, el hecho de entrar media hora más tarde al trabajo saliendo media hora más tarde, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos y únicamente durante los meses de verano, no puede considerarse sustancial. Además, añade que

dicha medida no puede calificarse de más onerosa para los trabajadores afectados, pues se les está compensando con un inicio de jornada de media hora más tarde de lo habitual.

En consecuencia, declara que no existe una transformación de un elemento sustancial de la relación laboral, por lo que no se trata de un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

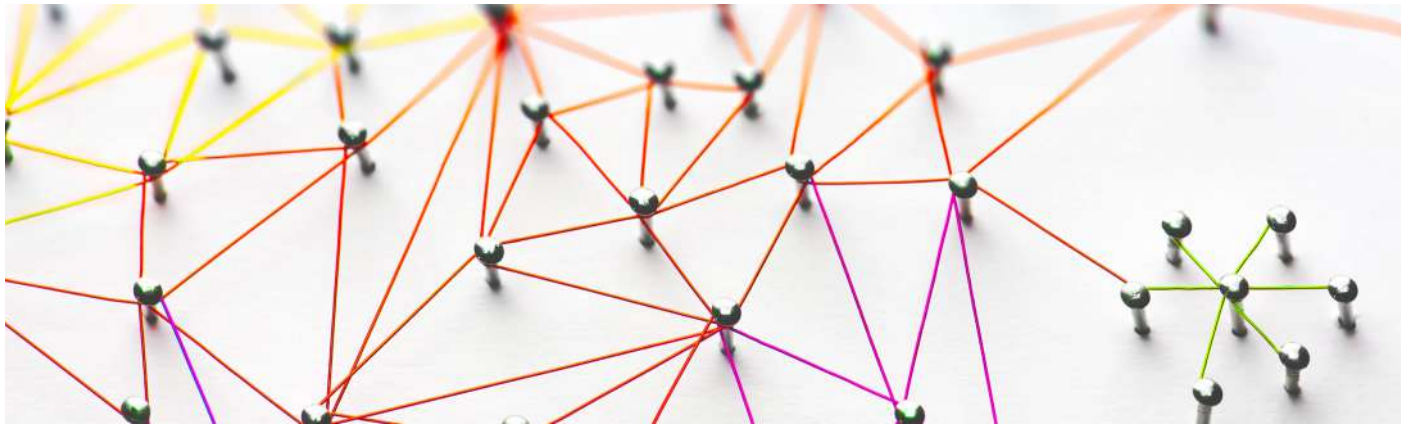
La Audiencia Nacional deniega la obligación de la empresa de otorgar sillas ergonómicas a los teletrabajadores

➤ **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 3 de octubre de 2023, Recurso nº 168/2023.** El presente conflicto se inicia con la presentación de una demanda de conflicto colectivo de un sindicato de los trabajadores, mediante el cual se solicita que se declare la obligación de la empresa de facilitar al personal que presta servicios en régimen de teletrabajo la silla ergonómica que proporciona a los trabajadores que prestan servicios presencialmente en los centros de trabajo de la empresa.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda alegando, en primer lugar, que ello conllevaría una duplicidad de medios si el trabajador ya cuenta con una silla en su domicilio. Además, en el caso enjuiciado, la empresa pone a disposición de los trabajadores una cantidad mensual para compensar todo tipo de gastos, independientemente de si trabajan a distancia o no, haciéndose así constar en los acuerdos de trabajo a distancia individuales, en donde no se hacía mención alguna a la silla ergonómica.

Por otro lado, la Sala señala que la empresa ofrecía a los trabajadores en remoto comprar (bajo un determinado precio) sillas ergonómicas, mientras que las ponía a disposición de manera gratuita a aquellos trabajadores que lo requerían por prescripción médica del servicio de prevención.

Finalmente, la Sala declara que dar trámite a dicha obligación implicaría el envío de sillas a todos los lugares escogidos por el teletrabajador, lo cual resultaría poco práctico teniendo en cuenta la posibilidad de movilidad. Al mismo tiempo, resalta que en la política de teletrabajo adoptada por la empresa, la misma se compromete a proporcionar a los teletrabajadores únicamente el ordenador portátil con su cargador, auriculares y un ratón.



Por todo ello la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional deniega la solicitud de la demandante respecto a la adquisición de una silla ergonómica para todas las personas trabajadoras.

Operaciones quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social y la prestación por incapacidad temporal

> **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2023, Recurso nº 2991/2020.** La trabajadora demandante se había sometido a una intervención quirúrgica para eliminar la miopía y el astigmatismo que padecía. La sentencia de instancia desestimó la demanda de la trabajadora. Recurrió la trabajadora y también se desestimó su recurso, al considerarse que la operación a la que se sometió era puramente estética.

En el caso enjuiciado la trabajadora padecía una patología ocular que requería de diferentes tratamientos, algunos de ellos no cubiertos por la Seguridad Social. Precisamente, la cuestión radica en determinar si, el hecho de que dicha asistencia sanitaria haya sido prestada por servicios médicos privados, por no estar comprendido en la cobertura de la Seguridad Social, le impide ser titular de la prestación de incapacidad temporal.

Declara la Sala que estamos ante una enfermedad, que se configura como una situación incapacitante para el trabajo, aunque su específico tratamiento, en la modalidad elegida por la trabajadora, no esté cubierto por la Seguridad Social. El Alto Tribunal deja claro que el hecho de que el enfermo voluntariamente pueda recurrir a los tratamientos requeridos por la enfermedad que padece, no cubiertos por la Seguridad Social, no impide que pueda acceder a la prestación por incapacidad temporal, siempre y cuando el control de dicha situación se lleve a cabo por los servicios públicos de salud competentes.

Inaplicación de la jornada irregular exigida por convenio tras una subrogación

> **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 de octubre de 2023, Recurso nº 372/2021.** En la sentencia, el Tribunal Supremo resuelve sobre la adecuada interpretación de los derechos laborales en el contexto de una subrogación empresarial, específicamente se discuten los alcances de las garantías “*ad personam*” en relación con la distribución

de la jornada y la preservación de ciertos pluses salariales.

La Sala de lo Social subraya la importancia de respetar las condiciones laborales preexistentes a una subrogación, confirmando que no es procedente imponer una distribución irregular de la jornada de trabajo, aun cuando se haya producido un cambio empresarial.

La clave está en el artículo del convenio colectivo previo, que establecía que solo se puede aplicar la distribución irregular de la jornada a quienes suscribieron contratos de trabajo con posterioridad al mismo (y no con anterioridad).

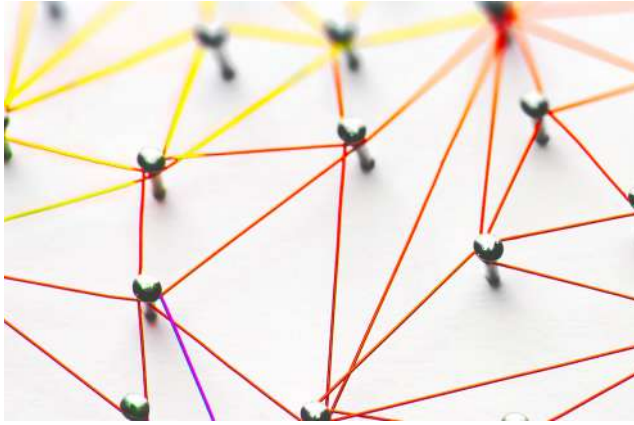
La doctrina correcta, según este fundamento, respalda que el trabajador en cuestión no debe estar sujeto a la distribución irregular de la jornada. Dicho trabajador tenía un contrato fijo a tiempo completo con la empresa desde el año 2006, lo que le exime de la obligatoriedad de la jornada irregular, incluso después de haber trabajado para otras empresas por subrogación.

Por ende, el recurso de la empresa es desestimado y la sentencia previa, que apoyaba el derecho del trabajador a no ser obligado a tal distribución irregular, es confirmada.

Despido disciplinario procedente tras la apropiación indebida, por parte de un trabajador, de un producto por valor de cinco euros y medio

> **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de octubre de 2023, Recurso nº 5073/2022.** La Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma la procedencia del despido disciplinario de la trabajadora de un supermercado por sustraer productos de bajo valor (en concreto, dos difusores eléctricos y dos recambios ambientadores con un valor al público de 5,52 euros). Se revocan así las sentencias del Juzgado de lo Social de Vitoria y del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) del País Vasco.

El Tribunal Supremo destaca que la transgresión de la buena fe contractual y la ruptura de la confianza justifican el despido, en línea con lo establecido por el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores y el convenio colectivo aplicable, que clasifican la apropiación indebida de bienes de la empresa como faltas muy graves.



El fallo contrasta con una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en circunstancias similares declaró procedente un despido por hechos análogos, evidenciando la existencia de un criterio jurídico uniforme en cuanto a la valoración de estos comportamientos.

El recurso de casación interpuesto por la empresa de supermercados es estimado, resultando en la anulación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda de la trabajadora.

Despido objetivo procedente y la contratación subsiguiente con las mismas funciones

➤ **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 10 de octubre de 2023, Recurso nº 3103/2021.** La Sala aborda un asunto de despido objetivo por causas económicas y organizativas. El Tribunal Supremo revoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que había declarado el despido improcedente con motivo de la contratación de nuevos empleados para desempeñar las mismas funciones que la persona despedida. La empresa apeló a su libertad para gestionar y tomar decisiones de personal, incluso bajo circunstancias económicas adversas.

El Tribunal Supremo recalca que, aunque las causas económicas del despido estén probadas, se debe evaluar la razonabilidad de éste en el contexto específico, incluyendo la amortización del puesto y la contratación de nuevo personal. La sentencia insiste en que existe un control judicial para verificar que los despidos cumplen con un juicio de razonabilidad que considere la existencia de causa, la adecuación y la proporcionalidad de la medida.

Se examina la contratación de nuevos empleados cercana a la fecha de los despidos para determinar si tiene relación con la amortización de los puestos y si pone en duda la razonabilidad de la acción empresarial.

El fallo sugiere que el despido en cuestión cumple con los criterios de buena fe y práctica empresarial, estimando el recurso interpuesto por la empresa, al no probarse siquiera indiciariamente que la intención de la empresa fuese la de sustituir a un trabajador por otro.

Contacto equipo Laboral de Andersen

[Victoria Caldevilla](#), Socia de Andersen
[Germán Martínez](#), Socio de Andersen

EL COMENTARIO DEL MES

La idiosincrasia del despido disciplinario procedente: ¿existe o es un mito?

¿Por qué los tribunales no consideran procedentes causas de despido disciplinario que parecen más que evidentes? Sin entrar más que en la noticia de turno que haya estado circulando por nuestro entorno, esta es una pregunta que nos podemos hacer todos ante la inverosímil situación de que miccionar en un bol de trabajo o ver pornografía y masturbarse no sean considerado como un despido procedente.

Visto así podría parecer que nuestros tribunales no consideran como válidas causas de despido que a todos, si nos preguntan de forma directa, y sin entrar al caso, consideramos totalmente fundamentadas para basar un despido disciplinario procedente.

Dicho lo cual, no podemos perder de vista que, en el ámbito laboral, las empresas se enfrentan a desafíos importantes al plantearse el despido de algún trabajador. Para poder gestionar adecuadamente un despido disciplinario con garantía de éxito no podemos obviar los principios jurídicos en materia laboral aplicables:

1. Causalidad y legalidad: los trabajadores no pueden ser despedidos sin haber incurrido en una de las causales establecidas por la ley, ya sea referido a las causas del Estatuto o del convenio colectivo aplicable, y sin olvidar los principios que se acepten conforme a la normativa interna de la empresa.
2. Proporcionalidad entre la causa y la sanción.
3. Respeto a los Derechos Fundamentales.
4. Buena Fe.
5. Igualdad y No Discriminación.
6. Libertad de Gestión del Empresario.

Estos principios cumplen un papel equilibrador entre los intereses de los empleadores y los empleados, protegiendo los derechos de los

trabajadores mientras permiten a los empleadores tomar decisiones necesarias para el funcionamiento de su negocio.

A ello hay que sumar que, a pesar de que pueden existir razones válidas para el despido, la regulación laboral tiene como parte débil de la relación laboral a los trabajadores y establecen altos estándares para que un despido sea considerado procedente.

No es imposible conseguir que un despido sea declarado procedente, pero tenemos que tener en cuenta diversos factores, entre los que cobra una especial importancia el asesoramiento especializado, como veremos en el análisis de casos concretos:

- En el caso de la Trabajadora que miccionó en el obrador, el problema no está en la acción en sí, que es totalmente sancionable, sino en la gestión de la prueba. A pesar de que la empresa argumentó que la conducta de la trabajadora era inaceptable, y, lo era, el tribunal consideró que las imágenes obtenidas por la empresa eran ilícitas, ya que afectaban a una zona de trabajo usada como vestuario, lo cual no está permitido. Por tanto, aquí el problema está en la falta de asesoramiento previo en la gestión de instalación de videocámaras en el lugar de trabajo y el límite de su uso.
- En el caso del trabajador que veía porno y fue sorprendido por una compañera masturbándose, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró improcedente el despido porque en la carta se alegó, entre otras cosas, que afectaba al rendimiento del trabajo, y eso no se consideró probado. En este caso el quid de la cuestión tiene dos vertientes: primera, la fundamentación de la carta que quita importancia al hecho en sí de la masturbación y la pornografía, y deriva al rendimiento del trabajador; segunda, la normativa interna de la empresa, la regulación del despido disciplinario en convenio y la gravedad de la transgresión de la buena fe contractual.

Es fundamental tener una regulación interna sobre el uso de las herramientas de trabajo, internet, y, como ya he comentado alguna vez, de las aplicaciones de IA. Es necesario que todo esté perfectamente definido, pero también es necesario valorar la gravedad de la situación conforme al régimen disciplinario existente, porque por muy reprochable que nos pueda parecer la situación, quizá no tengamos la habilitación convencional para defender la procedencia de un despido disciplinario, y es un riesgo a valorar.

- Una última sentencia que reseñar es sobre las críticas que vierten los trabajadores sobre la empresa en internet. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su sentencia de 15 de junio de 2023, ha considerado que no es motivo de despido que un trabajador publique una reseña negativa de la empresa en su perfil de Google. No se valoró adecuadamente qué tipo de crítica era, y no todo es válido, dado que se puso en juego la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, en contraposición con el régimen disciplinario empresarial, que claramente decayó en cuanto las críticas no eran comentarios vejatorios o insultantes. Aquí entra en consideración la proporcionalidad de la sanción y una correcta valoración de los hechos concretos.

Estos casos ilustran las dificultades que enfrentan las empresas al intentar despedir a los empleados. Las leyes laborales protegen a los trabajadores y establecen altos estándares para que un despido sea considerado procedente. Incluso cuando las empresas tienen razones válidas para despedir a un empleado, deben seguir procedimientos estrictos y respetar los derechos de los trabajadores.

En conclusión, pon un abogado especializado en tu vida, y en tus relaciones laborales, porque te pueden ayudar a evitar situaciones indeseadas y a navegar por estas situaciones complejas, protegiendo los intereses de la empresa.