



Andersen al día Novedades laborales

NORMATIVA

Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023

- El Consejo de Ministros, en colaboración con las Comunidades Autónomas, publicó en el BOE el día 6 de junio de 2023 el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023, cuyo objetivo, junto con la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, es que los servicios públicos de empleo diseñen y gestionen unas políticas propias en esta materia.

Entrada en vigor en las grandes empresas de la obligación de contar con un canal de denuncias interno

- Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. El pasado día 13 de junio entró en vigor la obligación de todas las empresas con más de 250 trabajadores de contar con un canal de denuncias interno. Las empresas con una plantilla entre 50 y 249 empleados tienen como plazo para adaptarse a la normativa hasta el día 1 de diciembre de 2023.

Novedades importantes introducidas en materia de conciliación y protección de los trabajadores

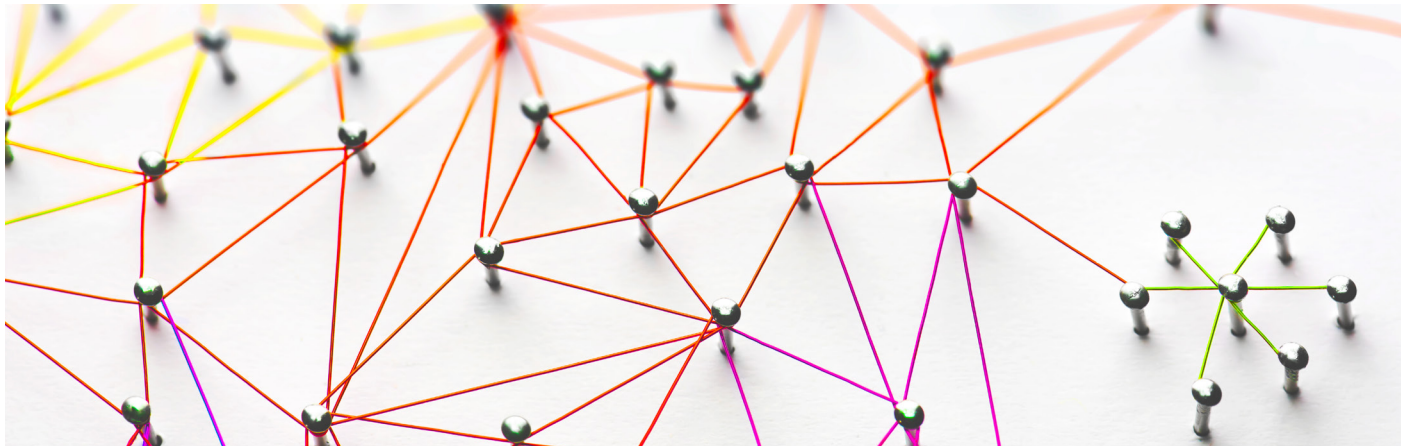
- Se ha publicado en el BOE del día 29 de junio de 2023, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras

situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. En el ámbito laboral, las novedades más significativas son las relativas a la ampliación de las causas de nulidad de los despidos, la obligación de dar de alta a todos los becarios en la Seguridad Social a partir del 1 de octubre, la reducción a la mitad de plazo de negociación en las peticiones de adaptación de la jornada por conciliación al amparo del art. 38.4 del Estatuto de Trabajadores, así como la mejora del derecho a la conciliación.

Para mayor detalle, consultar la [alerta específica](#) que Andersen ha elaborado con las novedades de ámbito laboral introducidas en esta norma.

Distintivo de Igualdad en las Empresas

- Con fecha 30 de junio de 2023, se publicó en el BOE la Orden IGD/703/2023, de 28 de junio, que establece las bases de la concesión del distintivo Igualdad en la empresa. Las empresas solicitantes se dividen en aquellas que tienen la obligación de contar con un Plan de Igualdad y aquellas que no cuentan con esta obligación. Las empresas tendrán el plazo de un mes, a partir de la publicación de la Orden en el BOE para presentar su candidatura. Esto constituye una cuestión relevante para las empresas en materia de *compliance* laboral, así como para licitaciones públicas.



Finaliza la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y con ella las medidas en los centros de trabajo

- Con fecha 5 de julio de 2023, se ha publicado en el BOE la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, recogiendo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, que declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Tras el cese en la aplicación de las medidas extraordinarias, las empresas en las que el trabajo a distancia o “teletrabajo” supere un 30%, tomando de referencia un periodo de tres meses, deberán formalizar de forma inmediata los acuerdos de trabajo a distancia.

SENTENCIAS DE INTERÉS

La baja por ansiedad puede ser considerada accidente laboral

- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social) de 12 de mayo de 2023, Rec. 208/2023.** La Sala ha rechazado el recurso presentado por el Gobierno de Cantabria contra una sentencia que consideró la baja por ansiedad de una trabajadora como accidente laboral. La sentencia de instancia establece que la trabajadora sufrió acoso por parte de sus compañeros, quienes le hacían comentarios ofensivos e incluso hicieron ademán de atropellarla con una apisonadora. La parte demandada recurre esta sentencia, alegando que no ha quedado debidamente acreditado que el estado psicológico de la demandante derivase de la conflictividad laboral. Sin embargo, la Sala considera que existe una conexión evidente entre el factor laboral y la situación clínica determinante de incapacidad, sin la concurrencia de otras causas, determinando la baja por ansiedad como un accidente laboral.

Despido y detectives

- El Tribunal Supremo considera ilícitas las fotos tomadas por un detective a un trabajador que se encuentra de baja. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 25 de mayo de 2023, Rec.

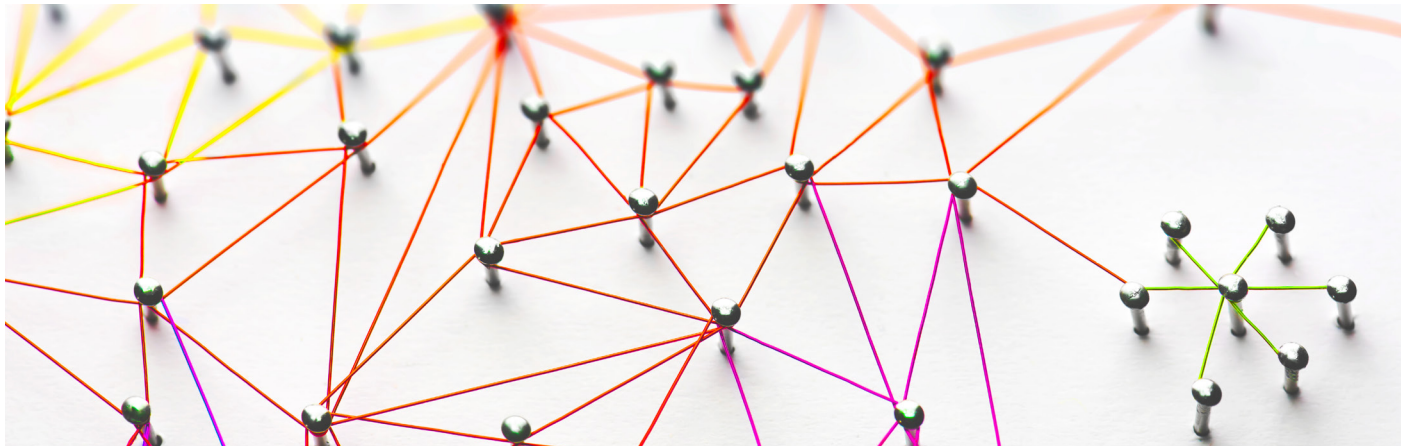
2339/2022. El Juzgado de lo Social de Pontevedra declaró procedente el despido de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal. Se presentó como prueba un informe de un detective privado que mostraba al trabajador realizando tareas físicas en su jardín, por lo que el juzgador de instancia calificó el despido como procedente, al considerar que las actividades que venía realizando durante la baja eran incompatibles con su situación médica. Sin embargo, tras el recurso planteado por el trabajador, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró que dicho informe vulneraba el derecho a la intimidad del trabajador, declarando el despido improcedente.

El objeto de debate consiste en determinar si las fotos incluidas en el informe del detective privado son válidas como prueba o si, por el contrario, vulneran los derechos fundamentales del trabajador. Determina el Tribunal Supremo que, si bien es cierto que se habilita en el ámbito laboral las investigaciones a través de detectives privados, matiza que, en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, siendo el jardín un ámbito en el cual se ejerce la vida íntima, personal y familiar, que debe permanecer ajeno a las intromisiones de terceros contra su voluntad. Sentencia la Sala que las fotografías tomadas al trabajador suponen una vulneración a su intimidad, confirmando la sentencia recurrida.

Derecho a la intimidad y cláusula de no concurrencia genérica

- **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 26 de abril de 2023, nº 56/2023.** La Sala defiende que, en este caso, la cláusula genérica del código ético de la empresa sobre la no concurrencia que obliga a los trabajadores a comunicar el desarrollo de actividades profesionales por cuenta propia o ajena para entidades no competidoras, perjudica de forma injustificada la esfera privada de los empleados, vulnerando su derecho a la intimidad.

Si bien la sentencia recuerda que la exigencia de la comunicación a la empresa de la realización de actividades no concurrentes con la de la empresa puede ser una medida idónea para evitar posibles



conflictos de intereses, al mismo tiempo defiende que, en este caso, no supera el juicio de necesidad, en tanto que la exigencia es indiscriminada para con cualquier tipo de compañía, aunque nada tenga que ver con la empleadora, por lo que la Sala defiende que existen otras medidas menos lesivas para conseguir el mismo fin. Por ejemplo, se podría restringir la obligación de comunicación tan solo con respecto a la realización de actividades con proveedores y clientes y/o cuando la persona trabajadora, según el caso, pudiera estar incurso en un conflicto de intereses.

Despido nulo o improcedente en situación de baja por enfermedad y contrato temporal

> **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 10 de mayo de 2023, Rec 118/2023.** Para resolver el caso enjuiciado, la Sala establece que nos encontramos ante una discriminación en el ámbito laboral contra una persona trabajadora con motivo de su discapacidad, cuando se trata de una condición o patología a largo plazo que tiene la suficiente importancia como para impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores, y existiendo posibilidades de realizar ajustes destinados al mantenimiento del puesto de trabajo, la empresa no los lleva a cabo. Por otro lado, determina que hay situaciones en las que, a pesar de ser la enfermedad o condición de salud de la persona trabajadora el motivo de extinción de la relación laboral, quedan excluidas de ser discriminatorias cuando la diferencia de trato sea consecuencia de un criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. También se encuentran dentro de estas situaciones excluidas de ser consideradas antijurídicas, aquellas en las que la extinción de trabajo es consecuencia del tratamiento de la enfermedad, o por las limitaciones objetivas que imponga la misma para el ejercicio de determinadas actividades o por razones de salud pública.

Analizando lo anterior, y teniendo en cuenta que se trata de un trabajador con un contrato de duración determinada, es decir, que la fecha de extinción de éste estaba pactada, y limitándose únicamente la empresa a no prorrogar nuevamente el contrato, descarta la Sala la existencia de un panorama indiciario

de discriminación, descartando por ende la nulidad del despido, calificándolo como improcedente, al considerar que la temporalidad del contrato no era correcta.

Ciberataque y ERTE de suspensión de contrato

> **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 26 de mayo de 2023, nº 67/2023.** En el caso enjuiciado se debate sobre el concepto de fuerza mayor y la posible inclusión de un ciberataque empresarial como causa de Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) de suspensión de contratos de trabajo.

La empresa en cuestión sufrió un ciberataque sobre su infraestructura informática empresarial, lo cual provocó que quedasen inoperativos los ordenadores y, con ello, la posibilidad de continuar prestando servicios. La empresa aportó informes que probaban que el ciberataque provocó que la actividad empresarial se paralizase durante 14 semanas, lo que evidenció la gravedad de la situación. De esta manera, la empresa solicitó la suspensión de los contratos de los trabajadores por fuerza mayor, siendo denegada por la autoridad laboral.

La autoridad laboral consideraba que no concurría fuerza mayor por no encuadrar en el concepto de "acontecimiento imprevisible e inevitable". No obstante, la sentencia recuerda que la fuerza mayor se produce en aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

En palabras de la sentencia: *"La evitabilidad o inevitabilidad de un suceso, al igual que acontece con los accidentes de trabajo, no impone la consecución necesaria de un resultado (...) sino que se hayan adoptado todas las medidas preventivas disponibles para su neutralización"*.

De esta forma, se analiza que, en el caso concreto, existía una situación de fuerza mayor, por lo que el ERTE de suspensión era válido, en tanto que, siendo previsible el ataque informático, ya que se encuentran a la orden del día, sí resultaba inevitable al haber quedado acreditado que la empresa contaba con toda una serie de medios para atajar estos ataques.



EL COMENTARIO DEL MES

Deshojando la margarita, audiencia sí, audiencia no...

Modificaciones sustanciales y caducidad de la acción cuando no se sigue el procedimiento legal

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de mayo de 2023, Rec. 169/2021. El alto tribunal reitera doctrina sobre el inicio del cómputo del plazo de la acción de modificación sustancial de las condiciones cuando ésta se lleva a cabo por la empresa sin seguir con el procedimiento legal dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

En este caso, la empresa había suprimido la entrega anual de una participación de lotería de Navidad sin seguir el procedimiento legal y sin haberlo comunicado de forma formal y expresa a los trabajadores. La acción de impugnación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo se puede ejercitar en el plazo de 20 días hábiles. No obstante, la sentencia recuerda que, para que comience el cómputo del plazo, ha de existir una notificación por escrito de la decisión empresarial a los trabajadores o a sus representantes, por lo que no se inicia el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, por tanto, se deniega la solicitud de caducidad de la acción por parte de la empresa.

Hace muy poco, el TSJ Baleares nos sorprendió con su sentencia de 13 de febrero 2023 (rec. 454/2022), en la que declaró la improcedencia de un despido disciplinario porque no se había cumplido con el requisito de audiencia previa que prevé el art. 7 del Convenio 158 OIT, a pesar de que el convenio colectivo aplicable no exigía el citado trámite.

Así, el TSJ de Baleares concluyó que la plena aplicación del Convenio núm. 158 OIT ha sido ratificada en diversas ocasiones por la Sala IV (STS 29 de marzo 2022, rec. 2142/2020; o en la STS 2 de noviembre 2022, rec. 3208/2021), afirmando, en su razonamiento final, lo siguiente:

«El mandato del precepto analizado, el art. 7 del Convenio 158, a diferencia de otros del mismo precepto (...), es muy claro y concreto, y, por lo tanto, su aplicación directa, incontestable: “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él – con una sola reserva o excepción, “a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad” (...).

Por lo tanto, el incumplimiento de esta garantía establecida en una norma internacional, de aplicación directa y carácter prevalente respecto al

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



ordenamiento jurídico interno, tiene que determinar, indefectiblemente, que -ya solo por este motivo- hayamos de declarar la improcedencia del despido impugnado»

A partir de ahí, comenzó un intenso debate entre los operadores jurídicos al tratarse de un aspecto del procedimiento de despido disciplinario que no se había tratado nunca y que, de confirmarse, podía implicar una total redefinición del procedimiento a seguir para imponer la sanción máxima de nuestro ordenamiento laboral: el despido.

Y como era de esperar, cuando todavía no nos habíamos recuperado del susto, se han empezado a dictar las primeras sentencias que contradicen este novedoso criterio del TSJ de Baleares. En particular, destacamos la STSJ de Madrid n.º 425/2023, de 28 de abril (Rec. n.º 1436/2022).

En esta sentencia, el TSJ de Madrid concluye que la ausencia del trámite de audiencia no conlleva necesariamente la improcedencia, pero no le resta valor, realizando una nueva ponderación de los requisitos impuestos desde esta normativa internacional. Concretamente, la Sala nos recuerda que este trámite de audiencia no es un requisito cuyo incumplimiento determine, según la normativa laboral española, la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando se trate de una exigencia formal impuesta, directamente, en un convenio colectivo. Por lo tanto, si el despido es declarado procedente y no se ha dado al interesado esa audiencia previa, salvo en los casos indicados en el párrafo anterior, no procede declarar la improcedencia por defectos formales en la comunicación.

Sin embargo, el TSJ de Madrid da una vuelta de tuerca más a la cuestión, y nos dice que la omisión sí tendría efectos en el caso de que, finalmente, el despido fuera declarado improcedente, al no haber acreditado la Empresa los hechos alegados para justificar la medida extintiva, dejando abierta la puerta a que, por esa omisión, el trabajador pudiera llegar a solicitar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, adicional a la indemnización por despido tasada en el ET.

Llegados a este punto, sólo espero que el TS no tarde mucho en poner orden y termine con esta disparidad de criterios que solo incrementa, una vez más, la inseguridad jurídica en la que nos vemos inmersos, desde hace tiempo, los que nos dedicamos al derecho del trabajo porque hay otras restricciones a los despidos que, igualmente, han salido a la palestra en los últimos tiempos (indemnizaciones “disuasorias”, riesgos de nulidad en despidos en baja médica, etc.), que han convertido, definitivamente, al despido, en una “*decisión de alto riesgo*”. Eso sí, mientras acabamos de deshojar la margarita, demos ese trámite de audiencia, que cuesta poco y nos puede evitar muchos disgustos.

MARTA NAVARRO
Directora en Andersen

