

Andersen al día Novedades laborales

NORMATIVA

Se equiparan los periodos de cotización en el acceso a las prestaciones de aquellos trabajadores contratados a tiempo parcial a los de a tiempo completo

- > El pasado 1 de octubre entró en vigor la nueva redacción del artículo 247 de la Ley General de la Seguridad Social, el cual equipara el trabajo a tiempo parcial con el tiempo completo, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, pues a partir de dicha fecha resultará indiferente la duración de la jornada realizada por el trabajador.

El Parlamento Europeo aprueba un informe sobre la prostitución en la Unión Europea, sus implicaciones transfronterizas y su impacto en la igualdad de género y los derechos de la mujer

- > El pasado 15 de septiembre se aprobó un informe sobre la regulación de la prostitución en la Unión Europea: repercusiones transfronterizas y consecuencias en la igualdad de género y los derechos de las mujeres. Este informe hace hincapié en que la lucha contra la trata de personas, la pobreza y la exclusión social están indisolublemente unidas, y sus aspectos clave son: el desarrollo económico, la mejora del nivel laboral y de los trabajadores, el aumento de los salarios y las pensiones, una distribución más justa de la riqueza, el desarrollo de un sólido sistema público de seguridad social, un sistema nacional de salud público, universal y gratuito, y escuelas públicas que garanticen a todas las personas la igualdad de derechos y oportunidades.

Además, en su contenido se pide a los Estados miembros que aborden todo tipo de condiciones laborales inseguras, de conformidad con el principio de que deben preverse contratos de trabajo indefinidos que ofrezcan empleos permanentes, con el fin de mejorar la protección social durante el desempleo y hacer frente a la creciente pobreza, especialmente entre las mujeres.

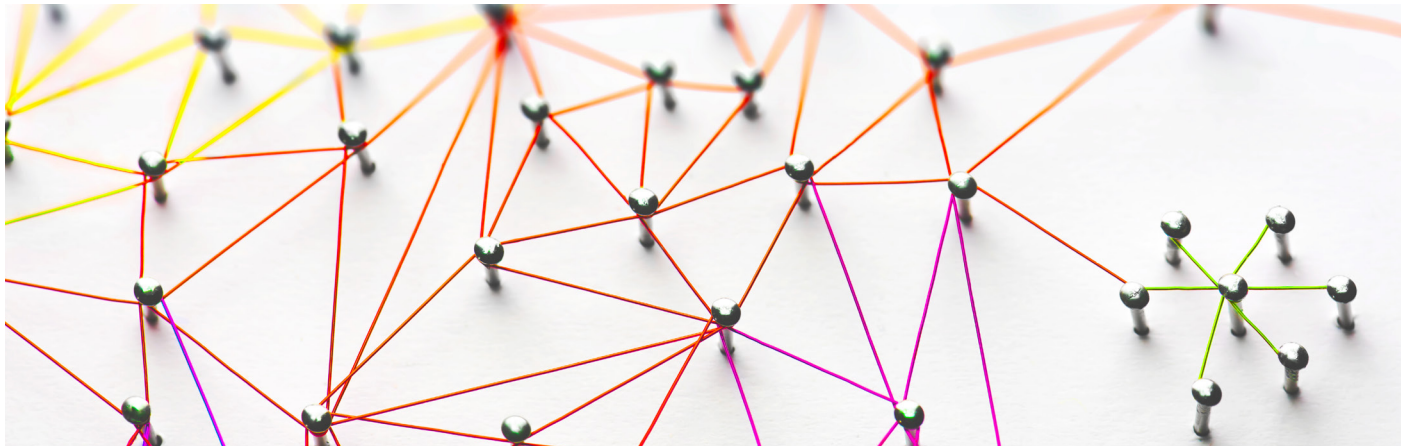
SENTENCIAS DE INTERÉS

Despido nulo y discriminación por razón de edad

- > **Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 13 de septiembre de 2023, Rec. 214/2023.** La Sala inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una empresa que había tenido que readmitir a un trabajador por calificarse nulo su despido basado en causas objetivas, al considerarse discriminatorio por razón de edad.

En la carta de despido, la empresa alega una reestructuración organizativa con motivo de un descenso de ventas. El trabajador, que en el momento del despido tenía 58 años, aportó indicios de discriminación, consistentes en que, de su proyecto, había sido el único despedido y era el que tenía mayor edad. Asimismo, acreditó que su puesto no solo no había sido amortizado, sino que había sido cubierto por otro empleado más joven que no pertenecía a ese proyecto.

De los datos de plantilla de la empresa en los años 2017, 2018 y 2019 se evidencia que los trabajadores



mayores de 50 años suponían entre un 11% y un 13% del total de empleados y pese a ello encabezaban los despidos acaecidos en la empresa.

La Sala destaca que, en la comunicación de extinción contractual individual basada en causas objetivas, la empresa no hizo referencia alguna a la adopción de medidas específicas que protegiesen al trabajador de manera especial teniendo en cuenta su edad.

De esta manera, la sentencia argumenta que la causa real del despido es en una estrategia empresarial dirigida a realizar una renovación generacional de la plantilla.

Por todo lo anterior, el alto tribunal confirma las sentencias de instancia y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, las cuales estiman la demanda del trabajador, declarando la nulidad del despido por la discriminación sufrida por el trabajador por razón de la edad, condenando a la demandada a su inmediata readmisión, con abono de los salarios de tramitación, así como de una indemnización por daños morales.

Implicaciones del derecho a la libertad sindical en la vía de comunicación empleada por la empresa con los sindicatos

➤ **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 12 de septiembre de 2023, Rec. 100/2021.** El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por un sindicato que alega la presunta vulneración del derecho a la libertad sindical al haber modificado la empresa la vía de comunicación entre las partes.

De esta forma, la Sala confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, la cual resolvió que no existía una vulneración del derecho a la libertad sindical del sindicato por parte de la empresa, al considerar que la modificación del correo electrónico a una aplicación como medio de comunicación empleado estaba justificada.

En este sentido, se recuerda que la libertad de información constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, en el que el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales.

La Sala recuerda que sobre el empresario pesa el deber de proporcionar los instrumentos adecuados al sindicato para que puedan cumplir con su acción sindical siempre que les medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso, cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso.

La sentencia defiende que la carga que pesa sobre la empresa no debe llegar al extremo de obligarle a mantener un determinado sistema de comunicación electrónica, pero sí a justificar las restricciones impuestas.

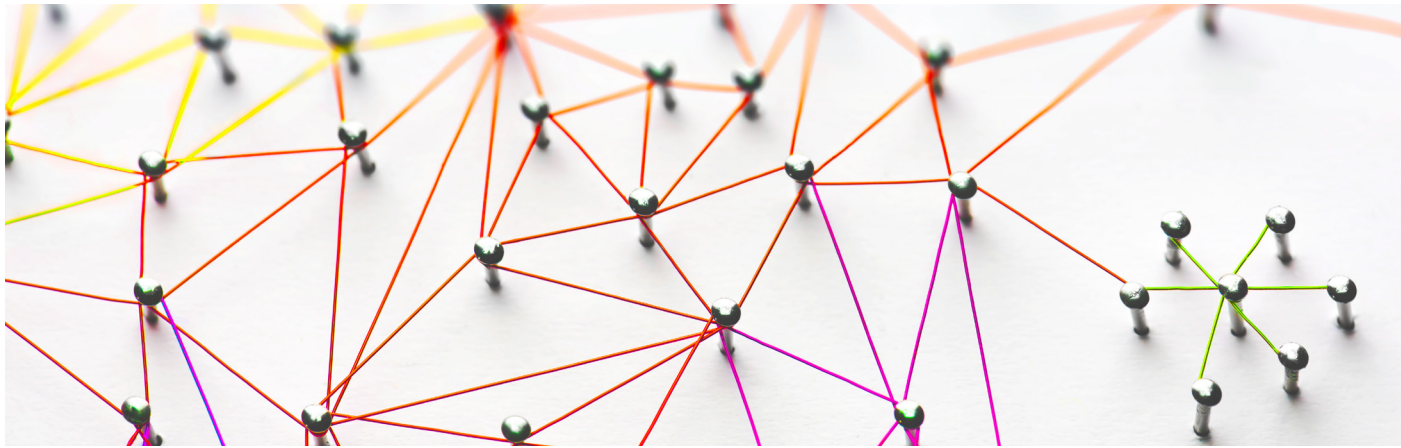
En el presente caso, la aplicación compete ventajosamente con el correo electrónico. Los motivos que la Sala considera suficientemente justificativos del cambio son los siguientes: (i) los cambios tecnológicos normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales; (ii) no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; (iii) las funcionalidades de la aplicación compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores y (iv) ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos.

A ello cabe añadir que no se ha acreditado, ni enjuiciado, que exista una restricción o impedimento para que el sindicato realice envío de correos electrónicos personalizados.

Despido disciplinario y audiencia previa al trabajador

➤ **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 4 de julio de 2023, Rec. 7688/2023.** En este caso, el actor interpuso recurso de suplicación, entre otras cuestiones, solicitando la declaración de improcedencia del despido, argumentando que, con carácter previo al despido, tenía derecho a conocer los cargos formulados por la empresa contra él. La ausencia de este trámite implica, según el trabajador, un incumplimiento empresarial de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Ante tal petición, la Sala argumenta que, cuando se trata de interpretar el alcance de una determinada norma, no se puede hacer una lectura sesgada, parcial



e interesada de un solo precepto, sino hay que tener en cuenta la norma en su totalidad. En este sentido, añade la sentencia que de haberse procedido así, el actor se hubiere dado cuenta que el artículo 1 del Convenio 158 es claro al señalar que lo allí regulado deberá aplicarse por medio de la legislación nacional.

De esta manera, la Sala defiende que el artículo 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y que en España ese desarrollo tiene lugar a través del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia de aplicación, a pesar de que solo se extienda a determinados colectivos de trabajadores (representantes legales o sindicales o afiliados a un sindicato).

Por tanto, como en estas situaciones el Estatuto de los Trabajadores no obliga a la empresa a dar audiencia previa a un trabajador que, como el actor, no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores, ni sindical, ni consta que esté afiliado a un sindicato, y como además, tampoco el convenio colectivo de aplicación ha regulado esta exigencia, la sentencia concluye que la empresa cumplió con las obligaciones formales que le impone tanto nuestra legislación interna, como la internacional, en tanto que la empresa entregó al actor la carta de despido, a partir de cuyo momento se pudo defender con plenas garantías frente a las faltas que se le imputaban, así como su calificación.

De esta manera, dada la existencia procedimientos judiciales contradictorios sobre este materia, habrá que esperar a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se pronuncie al respecto.

Los mensajes personales no implican tolerancia empresarial ante incumplimientos del trabajador

> **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Social) de 1 de septiembre de 2023, Rec. 161/2023.** La Sala ratifica la procedencia del despido de un trabajador por faltas injustificadas de asistencia, descartando la tolerancia por parte del empresario por enviar mensajes de ánimo.

Tras la calificación del despido como procedente, se interpone recurso de suplicación por el trabajador, alegando que la empresa no le había requerido justificar dichas inasistencias, ni tampoco le había sancionado previamente por las mismas, sin darle la

oportunidad de corregir su actuación, considerando desproporcionado sancionarle con el despido. Además, señala que existía una tolerancia de la empresa, al haber enviado mensajes de ánimo al trabajador, deseándole su pronta recuperación, y limitándose a descontar de la nómina los días en que se había ausentado.

Sin embargo, la Sala considera que no ha quedado acreditado que el trabajador estuviese exonerado de justificar las ausencias, sin que pueda desprenderse de los mensajes de ánimo emitidos por la empresa al trabajador una tolerancia por parte de ésta.

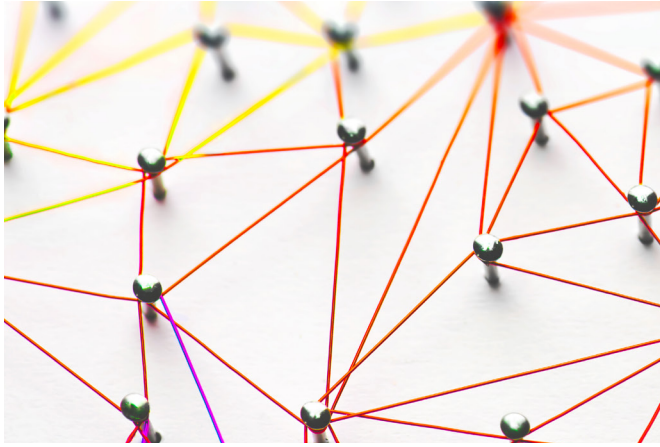
La Sala declara la procedencia del despido, dado el elevado número de ausencias acreditado y la falta de justificación de las mismas, y tras haberse descartado la concurrencia de tolerancia por parte de la empresa, la imposición de la sanción de despido no puede ser considerada como excesiva.

La licitud de la prueba de detectives basada en meras sospechas

> **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 12 de septiembre de 2023, Rec. 2261/2022.** El Tribunal Supremo determina que la existencia de meras sospechas por parte de la empresa es suficiente para recurrir a un detective, declarando la licitud de esta prueba cuando se cumplan los requisitos de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, siempre y cuando no se vulnere ningún derecho fundamental como el derecho a la intimidad.

En el caso enjuiciado, la empresa contrató los servicios de un detective para el seguimiento de dos trabajadores, procediendo posteriormente al despido de uno de ellos, el cual fue declarado nulo por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, condenando a la demandada a la readmisión del trabajador y al abono de una indemnización de 10.000 euros por entender que se había vulnerado el derecho a la intimidad.

La empresa recurre la sentencia ante el Tribunal Supremo, considerando la Sala que el juicio de ilicitud de la prueba de detective no reside en la causa o motivo que la soporta, entendiéndose legítima la misma, aún sin concurrir sospechas fundadas por parte de la empresa, basándose en el poder de la dirección empresarial. Además, en el caso enjuiciado, la Sala



entiende no se ha producido vulneración del derecho a la dignidad ni intimidad del trabajador, al haber sido contratados los servicios para el seguimiento del trabajador en el desempeño de sus funciones fuera del centro de trabajo.

Finalmente, la Sala descarta la nulidad del despido al entender que no se ha producido vulneración de los derechos fundamentales y considerar lícita la prueba, pero lo declara improcedente por considerar que no se habían acreditado los hechos imputados al trabajador.

El cómputo de la jornada laboral en situación de trabajo a distancia

➤ **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de septiembre de 2023, Rec. 260/2021.** El Consejo General del Poder Judicial ha emitido un comunicado en el que reseña un reciente pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo respecto de algunos aspectos en materia de teletrabajo. Aunque aún estamos a la espera de la publicación de la sentencia, el Alto Tribunal ha declarado que no procede la recuperación de jornada o reducción del salario en aquellas situaciones en las que se produzca una interrupción de red eléctrica o desconexión de internet por causas ajenas al trabajador. Al mismo tiempo, reconoce el derecho del trabajador al uso del baño para atender las necesidades fisiológicas, entendiéndose que este tiempo no puede computar a efectos de tiempo de descanso, estableciendo la obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma diferenciada al resto de descansos.

Junto a estas cuestiones, la sentencia insiste en la necesidad de regularizar el régimen de trabajo a distancia y la gestión especial del tiempo efectivo de trabajo mediante políticas corporativas.

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

EL COMENTARIO DEL MES

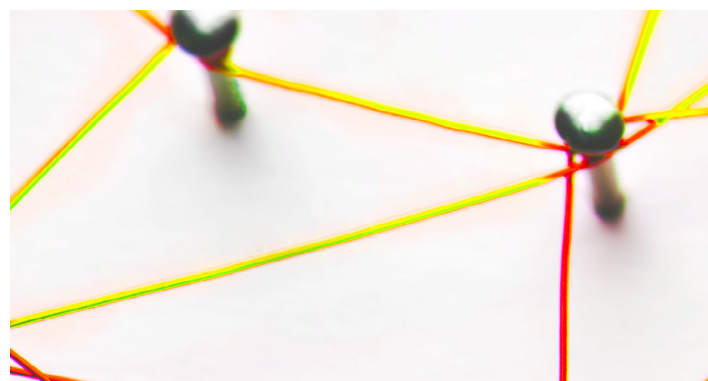
A vueltas con las investigaciones cuando las denuncias no entran por los canales reglamentarios

Hay dos cuestiones que entendemos cruciales para entender el nuevo marco en el que ha de moverse el *compliance* desde el punto de vista laboral:

1. Que debe entenderse por “canal” a los efectos de tener conocimiento de las posibles infracciones.
2. Como actuar cuando la denuncia de una posible infracción penal o administrativa grave o muy grave, no entra por el canal reglamentario.

Como cuestión previa debemos tener en cuenta dos preceptos de nuestro Código Penal que consideran delito en el marco de las relaciones laborales:

- El realizar, prevaliéndose de su superioridad, contra otro y de forma reiterada, actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. (art. 173,1)
- Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa. (art. 311)



La persona jurídica (Compañía) solo elude su responsabilidad penal cuando, de conformidad con el art. 31 del Código Penal:

1. Se haya implantado un modelo de prevención que reduzca el riesgo de comisión.
2. La supervisión del funcionamiento del modelo por parte de un órgano con poderes autónomos.
3. El autor del delito lo comete eludiendo los modelos de prevención y control.
4. No hay omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control.

Señala la exposición de motivos de la 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, que solo habrá una adecuada protección del informante si existe un sistema que permita canalizar las informaciones, por lo que el establecimiento de los canales es una forma de facilitar la canalización de la información.

Ahora bien, toda la configuración del proceso es tendente a realizar una investigación de los hechos denunciados e implementar medidas correctoras.

Asumiendo que la norma tiene lagunas y que la técnica legislativa es sustancialmente mejorable, como viene siendo habitual, no se contempla que pasa cuando el conocimiento de una infracción, administrativa o penal no entra por el canal sino por ejemplo a través de una denuncia a la Inspección de Trabajo o de una demanda judicial.

Todos sabemos que las jurisdicciones son independientes, y que una infracción administrativa no tiene por qué llevar necesariamente a una responsabilidad penal; o que una sentencia de acoso en el ámbito laboral no tiene por qué llevar a la imposición de una sanción penal.

Pero todo el sistema pivota a través de la prevención, y que, en el caso de los riesgos laborales, en los casos de accidentes de trabajo, se ha llegado a una responsabilidad empresarial cuasi objetiva. Y esta tendencia es la que vemos en los casos de acoso, en sus múltiples facetas.

Es por ello por lo que ha de considerarse como información, a los efectos de poner en marcha los procedimientos de investigación, las denuncias conocidas a través de una papeleta de conciliación prejudicial, siendo necesario activar los procedimientos de investigación, por un órgano lo más independiente posible, evitando la existencia de conflictos de intereses.

La investigación no solo nos lleva a un conocimiento de los hechos denunciados, sino a la prevención de posibles conductas o tendencias que pueden llegar a ser consideradas como delictivas.

La gestión de los riesgos psicosociales no deja de ser una obligación empresarial dentro de la prevención de riesgos laborales, tan presentes actualmente en las relaciones laborales.

VICTORIA CALDEVILLA
Socia de Andersen

