

# NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

---

Agosto y septiembre 2023



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## ÍNDICE

1. ¿Se considera dimisión la inasistencia trabajo durante varios días consecutivos? ...	4
2. El despido de un trabajador tras solicitar la reducción de jornada por guarda legal no siempre es nulo.....	6
3. Lesiones producidas tras una intervención quirúrgica: ¿enfermedad común o accidente no laboral?.....	7
4. Los trabajadores con plus de disponibilidad no tienen derecho a la desconexión digital	8
5. ¿Se pueden sancionar las faltas de asistencia al trabajo sin advertencia previa?....	10
6. ¿Es lícito revisar los mensajes de whatsapp enviados por los trabajadores desde el móvil de empresa?.....	11
7. Condenada por temeridad una empresa que no aplicó el convenio colectivo designado por los tribunales .....	13
8. El cumplimiento de las medidas de PRL justifica la negativa empresarial a las medidas de conciliación .....	14
9. Las insinuaciones sexuales a una compañera de trabajo justifican el despido.....	16
10. Es nulo el acuerdo individual de teletrabajo impuesto unilateralmente por la empresa	17
11. Es nulo un pacto de no competencia que establece como compensación una cuantía global e indiferenciada .....	19
12. Entran en vigor los nuevos incentivos a la contratación .....	20
13. ¿Puede la empresa exigir a sus trabajadores una conducta acorde con su ideología?	22
14. Vulnerar el derecho a la desconexión digital no genera automáticamente derecho a una indemnización.....	24
15. Modificaciones en el baremo para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad .....	26
16. Nuevo acuerdo marco sobre la ley de Seguridad Social aplicable al teletrabajo transfronterizo habitual .....	26
17. Reclamación de cantidad. ¿Quién debe acreditar la existencia de la deuda salarial?	28
Por todo ello, se estima el recurso, casando anulando la sentencia dictada por el TSJ en suplicación.....	29

18. Publicar una reseña negativa de la empresa en Google no justifica el despido ..... 29

## **1. ¿Se considera dimisión la inasistencia trabajo durante varios días consecutivos?**

### **STSJ Sta. Cruz de Tenerife 21-6-23**

El TSJ Canarias declara que la sola inasistencia al trabajo durante tres días consecutivos no es suficiente para presumir o entender la voluntad de dimitir de una relación laboral. El TSJ considera que ante este incumplimiento de la obligación de trabajar, en lugar de presuponer una voluntad de dimisión, el empresario puede acudir al despido disciplinario.

### **Ausencias durante 3 días consecutivos**

El trabajador prestaba servicios para la empresa mediante contrato indefinido y a tiempo completo. Como consecuencia de la pandemia, se impuso el teletrabajo obligatorio pasando a prestar servicios desde su domicilio.

Durante ese periodo, la forma habitual de comunicación con la empresa era el correo electrónico. El 21-9-2021, la empresa comunica el fin del teletrabajo y la obligación de incorporarse al trabajo presencial a partir del 27-9-2021.

El trabajador no se presenta en las oficinas en la fecha indicada y la empresa se pone en contacto con él, a través de sucesivos correos electrónicos (27, 28 29 y 30 de septiembre), solicitándole información sobre sus ausencias sin recibir respuesta alguna y advirtiéndole que se trata de ausencias injustificadas.

El 28-9-2023, la empresa le remite un burofax solicitándole la justificación de sus ausencias, dándole un plazo de 24 horas sin recibir respuesta alguna.

Finalmente, el 30-9-2021, la empresa le comunica mediante burofax que considera que las ausencias y la falta de respuesta durante esos días evidencian su voluntad unilateral de extinguir su contrato de trabajo. El 30-9-2021, la empresa cursa la baja del trabajador en la Seguridad Social, por baja voluntaria.

Disconforme con la decisión el trabajador interpone demanda de despido que es estimada en la instancia, declarando la improcedencia del despido. La empresa interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si las ausencias al trabajo durante varios días consecutivos, sin responder a los requerimientos empresariales para justificar las ausencias suponen o no la extinción del contrato por la dimisión del trabajador.

El TSJ recuerda que la doctrina del TS establece que la inasistencia al trabajo puede suponer bien un incumplimiento de su obligación de trabajar, bien una expresión tácita de dar por terminada la relación laboral mediante su dimisión. Asimismo, y con relación a la dimisión del trabajador ha establecido lo siguiente:

1.No es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral.

2.Es necesaria una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito. Es decir, son necesarios hechos que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención.

3.Las conductas de abandono de trabajo pueden ser unas veces simple falta de asistencia al trabajo y pueden tener otras un significado extintivo, dependiendo la inclinación por una u otra calificación del contexto, de la continuidad de la ausencia, de las motivaciones y de otras circunstancias.

En el supuesto enjuiciado, lo que consta es que el trabajador debe regresar a su centro de trabajo, a partir del día 27 y no acude los días 27, 28 y 29. No responde a los emails que le remiten, que era el medio normal de comunicación, para justificar por qué no había acudido a su puesto de trabajo. No consta que siguiera prestando teletrabajo y tampoco la existencia de circunstancias que le hubieran impedido contestar esos email o acudir al trabajo.

Por tanto, lo único probado es un abandono de puesto de trabajo durante tres días que podría haber sido objeto del correspondiente despido disciplinario que el TSJ considera no es suficiente para presumir o entender la voluntad de dimitir del trabajador. Ante este incumplimiento de la obligación de trabajar, en lugar de presuponer una voluntad de dimisión, el empresario pudo acudir al despido disciplinario.

En consecuencia, se desestima el recurso.

## 2. El despido de un trabajador tras solicitar la reducción de jornada por guarda legal no siempre es nulo

### **STSJ Las Palmas 8-6-23**

Se declara improcedente, y no nulo, el despido por causas objetivos producido dos horas después de que el trabajador solicitara la reducción de jornada por guarda legal. El tribunal considera que la actuación del trabajador fue fraudulenta al tener la solicitud de reducción como único fin blindarse frente al despido.

### **Solicitud fraudulenta**

El 27-5-2021 la empresa comunica a un trabajador, que presta servicios como topógrafo de obra en un proyecto que se desarrolla en Las Palmas de Gran Canaria y que está próximo a su finalización, la posibilidad de trasladarle a La Gomera como alternativa a la amortización de su puesto de trabajo. A las 8:30 h. del día 3-6-2021. el trabajador solicita la reducción de jornada por guarda legal de menor. A las 16:45 h de ese mismo día recibe carta de extinción del contrato por causas organizativas y de producción basadas en la necesidad de adecuar los recursos existentes a las circunstancias de la empresa.

Frente a la sentencia de instancia que declara el despido improcedente, presentan recurso de suplicación tanto la empresa como el trabajador:

El TSJ Las Palmas desestima el recurso de la empresa solicitando la declaración de procedencia de la extinción. No considera probado que existiera una disminución en la producción o un reajuste o reestructuración organizativa, como se alega en la carta de despido. La obra siguió desarrollándose y no disminuyeron las adjudicaciones de nuevas obras, además se contrató a nuevos topógrafos para cubrir las necesidades productivas de la empresa.

Desestima también el recurso del trabajador en el que solicita la declaración de nulidad del despido por vulneración del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Considera el trabajador que, en aplicación del art.55.5 del ET, concurriendo la circunstancia previa de solicitud de reducción de guarda legal, salvo que exista causa que acredite la procedencia del despido, la única calificación posible para el despido es la de nulidad.

Sin embargo, el TSJ Las Palmas no aprecia vinculación entre la decisión extintiva y el ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral y familiar. De los hechos probados se deduce que días antes de la solicitud de reducción de jornada, el trabajador tuvo conocimiento de la situación de la empresa y recibió propuesta para trasladarse a la isla de La Gomera, por

lo que la empresa ya había tomado su decisión de efectuar cambios en relación con el trabajador. Ello desconecta la decisión de despido de la solicitud efectuada unas horas antes por el trabajador. Antes bien, está vinculada con la propuesta de traslado. De ello se deduce una actuación de aparente ejercicio de un derecho de conciliación familiar y laboral con el único fin de blindarse frente al despido que el trabajador sabía que podía ocurrir, según él mismo había asumido en el mismo momento en que rechaza la única vacante existente. Esto coloca al trabajador en un actuar fraudulento que impide apreciar la nulidad del despido.

Por ello, el TSJ Las Palmas, desestimando los recursos de ambas partes, confirma la declaración de improcedencia del despido.

### **3. Lesiones producidas tras una intervención quirúrgica: ¿enfermedad común o accidente no laboral?**

#### **STUD 17-7-23**

El TS declara que las secuelas derivadas de las complicaciones surgidas tras una intervención quirúrgica han de ser calificadas de accidente no laboral, atendiendo a las consecuencias de un inesperado hecho súbito y violento externo consecuencia de la inesperada actuación médica, ajeno a la enfermedad común.

#### **Gran invalidez. Lesiones causadas por una operación quirúrgica**

Durante una intervención quirúrgica de la columna lumbar, se producen una serie de complicaciones como consecuencia de la cual el trabajador presenta una serie de lesiones que son calificadas de gran invalidez.

Mientras que el INSS considera que la gran invalidez tiene su origen en enfermedad común, el trabajador considera que su origen es accidente no laboral. El INSS entiende que el origen de la gran invalidez es una complicación quirúrgica, que no puede equipararse a un accidente no laboral, puesto que este exige una situación súbita, externa y violenta.

El trabajador presenta demanda solicitando el cambio de contingencia que es desestimada en la instancia y estimada en suplicación. Disconforme, el INSS interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si las secuelas derivadas de las complicaciones provocadas por la intervención quirúrgica sin que exista negligencia

médica de una patología preexistente definida como enfermedad común y que acaba justificando una enfermedad permanente, debe ser considerada como enfermedad común o accidente no laboral.

El TS recuerda que se define como accidente no laboral aquel que no tenga el carácter de accidente de trabajo.

Por su parte, se define la enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni enfermedades profesionales.

Asimismo, señala que para resolver la cuestión, esta ha de valorarse de forma casuística. Señala que en el supuesto enjuiciado no se trata de una operación quirúrgica tradicional de artrodesis de columna lumbar, pues en la misma según resulta del referido hecho probado tercero, se produjo una complicación súbita, surgida ex novo en la intervención quirúrgica, ajena por completo a la intervención de raquis lumbar, como consecuencia de la cual sufre el demandante un síndrome de cola de caballo que le ha conducido a la situación de gran invalidez no discutida por el recurrente.

Considera el TS que el accidente supone un hecho súbito y violento ajeno a la enfermedad común por deterioro progresivo que padecía el demandante, por lo que tal situación no encaja en el concepto de enfermedad común, y sí en el concepto de accidente no laboral. Por tanto, el TS declara que la contingencia es derivada de accidente no laboral y no por enfermedad común. En consecuencia, desestima el recurso y confirma la sentencia del TS:

Nota. La magistrada Excmá Sra.D<sup>ª</sup> Rosa Virolés formula voto particular.

## **4. Los trabajadores con plus de disponibilidad no tienen derecho a la desconexión digital**

### **STSJ Madrid 17-7-2023**

El TSJ Madrid confirma la sentencia que avaló la práctica empresarial de llamar a sus trabajadores, que perciben el plus de disponibilidad, durante los períodos de descanso. Considera que si la empresa está legitimada para llamarles respetando la antelación mínima prevista en el convenio, ello implica, necesariamente, su facultad de hacerlo también durante los períodos de descanso.



## **Derecho a la desconexión digital versus compromiso de disponibilidad**

La representación legal de los trabajadores de una empresa del sector audiovisual interpone demanda por la que solicita, por un lado, que se respete el art.17 c del Convenio colectivo de la Industria de Producción Audiovisual (Técnicos) (BOE 1-8-2009) que establece que, salvo supuestos de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, el establecimiento de la jornada de trabajo debe realizarse con una antelación mínima de 12 horas respecto a la hora en que el trabajador vaya a ser convocado a prestar servicios.

También reclama que se declare la obligación empresarial de respetar los tiempos de descanso de los trabajadores, de forma que no reciban mensajes de la empresa durante dichos períodos de descanso.

Ante el fracaso de sus pretensiones en la instancia, el sindicato interpone recurso de suplicación que la Sala de lo Social del TSJ Madrid desestima.

Considera que los llamamientos a los trabajadores sin respetar el período de antelación mínimo previsto en el convenio no constituyen una práctica habitual de la empresa, ya que solo suponen un 0,89% de los efectuados en un período de 6 meses, exigiéndose siempre la concurrencia de circunstancias excepcionales que los justifiquen.

Respecto a los llamamientos durante los períodos de descanso, la Sala señala que el plus de disponibilidad previsto en el convenio (que asciende al 25% del salario base) retribuye tanto la aceptación expresa por parte del trabajador de prolongar la jornada semanal prevista en el convenio (35 horas) hasta la máxima prevista en el ET (40 horas), como la obligación de incorporarse a su puesto o permanecer en él una vez finalizada su trabajo, cuando las necesidades del servicio lo requieran.

Por tanto, si la empresa puede llamar a los trabajadores que cobran el plus de disponibilidad para llevar a cabo cambios de jornada las 12 horas previas a realizar un servicio, ello supone que, en ocasiones, tendrá que hacerlo durante los tiempos de descanso. Consecuencia distinta se alcanzaría en caso de trabajadores que optasen por no percibir dicho plus.

## 5. ¿Se pueden sancionar las faltas de asistencia al trabajo sin advertencia previa?

### **STSJ Illes Balears 29-6-23**

El TSJ Baleares confirma la sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta a un trabajador por faltas injustificadas a su puesto de trabajo durante 227 días a lo largo de 3 años. Descarta que haya existido una tolerancia empresarial ya que la empresa sancionó cada una de estas conductas con descuento salarial, por lo que no es precisa la advertencia previa.

### **Tolerancia empresarial**

El trabajador de un ayuntamiento es sancionado con la suspensión de empleo y sueldo durante 3 años y 6 meses por la comisión de una falta muy grave consistente en el abandono de servicio y no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones encomendadas (EBEP art.95.2.c).

El trabajador se ausentó de su puesto de trabajo, sin justificación, durante un total de 227 días a lo largo de 3 años: 1 día en el año 2015, 19 días durante el año 2016, 195 días durante el año 2017 y 12 días durante el año 2018. En cada una de estas ocasiones, la empresa descontó el salario correspondiente a los días de ausencia.

El trabajador impugna la sanción al considerar que hubo una actitud permisiva de tolerancia por parte del ayuntamiento frente a sus ausencias, lo que impediría proceder posteriormente a su sanción sin advertencia previa. Frente a la desestimación de la demanda en instancia, recurre el trabajador en suplicación.

El TSJ Illes Balears comparte los argumentos del juez de instancia. Considera que no hubo tolerancia alguna por parte del ayuntamiento porque cada vez que el demandante faltó injustificadamente a su puesto de trabajo procedió al descuento de su salario. No hubo, por lo tanto, dejación de su facultad disciplinaria, que se ejercitó dentro del plazo de prescripción.

Tampoco se puede imputar al ayuntamiento demandado una actuación maliciosa tendente a dejar pasar el tiempo para que el demandante incurriera en más ausencias injustificadas y así poder imponer una sanción mayor.

En caso de existir, esta actuación maliciosa requería el concurso del propio demandante, que debía seguir ausentándose de su puesto de trabajo de manera injustificada. Al haberlo hecho así, la gravedad de su incumplimiento se vio incrementada, pero ello se debió

exclusivamente a su propia actuación y no a ninguna actuación maliciosa del ayuntamiento.

Por ello, el TSJ Illes Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y confirma la sentencia de instancia recurrida.

## **6. ¿Es lícito revisar los mensajes de whatsapp enviados por los trabajadores desde el móvil de empresa?**

### **STSJ Madrid 8-6-23**

El TSJ Madrid ha declarado que no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, por tanto, es lícita la acción de una empresa de revisar las conversaciones de WhatsApp entre su empleada determinados los clientes, a través del teléfono móvil que la empleadora le proporcionó para desarrollar la actividad laboral. Considera que no se trata de conversaciones estrictamente privadas ya que se efectúan en el ámbito laboral.

### **Vulneración del secreto de las comunicaciones**

La trabajadora prestaba servicios para la empresa como gestora de tráfico hasta su despido disciplinario. Como causa de despido, la empresa alega que, tras la revisión de las conversaciones de whatsapp mantenidas por la trabajadora, se ha conocido que la trabajadora ha venido realizando actividades idénticas a las encomendadas por la empresa en su exclusivo beneficio. Así consta que, en diversas ocasiones, ha indicado a algunos clientes que pasen más cantidad de la que ella iba a indicar en la orden de carga, añadiendo “y ya sabes 50/50”.

Se indica que el modo habitual de comunicación en la empresa es por teléfono, por correo electrónico y a través de la aplicación wtransnet, por la web de whatsapp para Windows y para el desempeño de sus funciones, disponía de un ordenador y un teléfono facilitado por la empresa.

Disconforme con el despido, la trabajadora interpone demanda de despido solicitando se declara su nulidad y subsidiariamente la improcedencia. En la instancia se estima la demanda declarando la nulidad del despido por vulneración del secreto de las comunicaciones, condenando a la empresa a abonar una indemnización por daños y perjuicios de 10.000 euros. El juzgado ha entendido que la empresa no ha establecido

criterios de uso de los dispositivos informáticos puestos a disposición de la actora y que para controlar su actividad ha revisado conversaciones por WhatsApp efectuadas en el ámbito laboral, pero de carácter privado. La empresa interpone ante el TSJ.

Para resolver el recurso, el TSJ examina la doctrina relativa al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y declara que la actuación de la empresa es lícita y por tanto, el despido debe ser calificado como improcedente, no pudiendo ser declarado nulo. Las razones alegadas por las siguientes razones

a) El control efectuado por la empresa, queda referido a las herramientas de trabajo puestas a disposición de la actora y dentro de las comunicaciones realizadas con los clientes por esta.

b) En el supuesto enjuiciado no ha existido la obligada comunicación a la trabajadora de las normas concretas de uso, ni una expresa prohibición total o parcial del uso privado de los citados instrumentos de trabajo, con especial referencia al WhatsApp, y las conversaciones de correo electrónico. No obstante, en estos concretos casos, y sobre la inclusión de los mismos en el derecho a la intimidad, la jurisprudencia ha establecido que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario.

c) Aunque la empresa ha revisado las conversaciones de WhatsApp entre la actora y clientes o intermediarios, que no eran estrictamente privados, se considera que esta medida es lícita por cumplir las siguientes condiciones:

- Es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- Es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y,
- Es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»

d) En el contrato de teletrabajo se establece que el empleador ha de proporcionar, instalar y mantener en buen estado los equipos informáticos necesarios para el correcto desempeño de sus funciones. Entre los equipos de trabajo, se incluye el teléfono para el uso determinado por el contrato de trabajo, lo que supone una previsión de exclusiva uso profesional.

Por todo ello, el TSJ concluye que no procede calificación de despido nulo puesto que no se ha probado que la decisión extintiva acordada por la empresa demandada, en si misma considerada, pretendiera la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la trabajadora, ni que el móvil del empresario al acordar el despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales.

No obstante, el TSJ considera que no los hechos acreditados en la carta de despido no han quedado acreditados, el despido deba declararse improcedente condenando a la empresa a que opte entre la readmisión y el abono de la correspondiente indemnización.

## **7. Condenada por temeridad una empresa que no aplicó el convenio colectivo designado por los tribunales**

### **SAN 21-7-23**

La AN ha impuesto una sanción por temeridad de 3.000 euros a una empresa que aplicó a parte de su plantilla el convenio colectivo de servicios auxiliares pese a existir una sentencia de la AN, confirmada por el TS, que declaró aplicable a todos los trabajadores el de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos.

### **Incumplimiento de resoluciones judiciales**

Mediante sentencia de la AN, ratificada por el TS, se reconoce el derecho de todos los trabajadores de la empresa, contratados para la prestación de servicios de handling en los aeropuertos de Madrid y Barcelona, a que se les aplique el III convenio colectivo de asistencia en tierra. No obstante, la empresa considera que el ámbito aplicativo de las sentencias está limitado exclusivamente a los trabajadores que realizan actividades de asistencia en tierra, pero no a los destinados a otro tipo de tareas distintas de tal asistencia. Por ello decide aplicar a estos últimos el convenio colectivo de Servicios auxiliares.

Denunciada esta situación a la Comisión paritaria del convenio de asistencia en tierra, esta insta a la empresa a cumplir con el convenio y con las sentencias firmes que ya han recaído en este mismo sentido. Sin embargo la empresa se mantiene en su decisión por lo que la representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando la nulidad o, subsidiariamente, la declaración de no ajustada a derecho de la actuación empresarial. Solicita además que se condene a la empresa a abonar multa por temeridad en su grado más alto.

Para la AN la decisión empresarial tiene como única finalidad incumplir lo juzgado y debe anularse de plano ya que es contraria al derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Considera incuestionable y ya juzgado que el convenio de asistencia en tierra resulta de aplicación a la plantilla de la demandada que realiza servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de Madrid y Barcelona. Esta solución es la única posible atendiendo a las autorizaciones y contrataciones administrativas que ostenta la demandada para operar en ambos aeropuertos. Y es que estaba autorizada para actuar como agente de asistencia en tierra a terceros, pero no consta que dispusiera de autorización para realizar en la zona aeroportuaria actividades distintas a las de asistencia en tierra.

En cualquier caso, tampoco ha probado que parte de la plantilla destinada en dichos aeropuertos no prestara servicios de asistencia en tierra.

Por ello, la AN estima la demanda y anula la decisión empresarial. Condena a la empresa a reponer a los trabajadores de inmediato en el Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos y en consecuencia en todas sus condiciones contempladas en el meritado convenio. Además, impone a la empresa una sanción por temeridad de 3.000 euros debiendo abonar, igualmente, los honorarios de la letrada actuante.

## **8. El cumplimiento de las medidas de PRL justifica la negativa empresarial a las medidas de conciliación**

### **STSJ Cantabria 19-6-23**

El TSJ Cantabria confirma la sentencia que consideró ajustada a derecho la negativa empresarial por causas organizativas a la jornada continua solicitada por un trabajador que disfruta de una reducción de jornada por conciliación y que presta servicios en altura. El cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos exige la presencia de un mínimo de 2 operarios para la realización de determinados trabajos, lo que obligaría a modificar el horario del resto del equipo de trabajo que presta servicios en régimen de jornada partida.

### **La PRL como límites a la concreción horaria de la reducción de jornada por conciliación**

El actor presta servicios para una empresa dedicada al mantenimiento de ascensores con categoría profesional de oficial de segunda y una antigüedad desde el 12-3-2007. Con motivo del nacimiento de su segundo hijo, el 12-9-2022 solicita una ampliación de la

reducción de la jornada que venía disfrutando y pasar a realizar un horario continuado de 9:00 a 15:30.

El 19-9-2022 la empresa responde mediante carta a las pretensiones del actor, accediendo a la reducción de la jornada, pero no a la concreción horaria solicitada. Para fundamentar su negativa alega causas organizativas y recuerda que tanto su horario como el del resto del equipo con el que trabaja es de 8:30 a 13:00 y de 14:30 a 18:00 y que el plan de prevención de riesgos establece la presencia de un mínimo de 2 operarios para realizar trabajos en altura, por lo que, de acogerse las pretensiones del actor, la empresa vendría obligada a modificar el horario de trabajo del resto del equipo.

Disconforme con esta decisión empresarial, el actor interpone demanda que es desestimada en la instancia y confirmada en sede de suplicación.

La Sala recuerda que la normativa estatutaria (ET art.37.5, 6 y 7) reconoce el derecho a la reducción de la jornada por motivos familiares, correspondiendo a la persona trabajadora la concreción horaria dentro de su jornada ordinaria. Pero no comprende el cambio de horario de forma unilateral, conforme a lo pedido por el trabajador, sin atender a ningún otro condicionamiento. A ello se añade la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva o mediante acuerdo con el empresario, el trabajador pueda tener derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivos sus derechos de conciliación (ET art.34.8). Pero, todo ello no concede al trabajador un derecho de modificación unilateral, sino un poder de negociación real que traslada al empresario la obligación de esgrimir razones organizativas suficientes que justifiquen su negativa al horario propuesto.

Y, en este sentido, el TSJ considera que concurren dichas causas organizativas ya que consta acreditado que en la franja de horario pedida el trabajador estaría solo en el centro de trabajo y que por razones de seguridad y prevención no podría realizar los trabajos en altura, sin que se haya probado la existencia de otros centros de trabajo que permitan la concreción horaria pedida. Aceptar las pretensiones del actor obligaría a la empresa a modificar el horario del resto de la plantilla, por lo que, ponderando las circunstancias concurrentes, la Sala considera ajustado a derecho el rechazo empresarial a la medida propuesta y desestima igualmente la reclamación por daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales solicitada.

## **9. Las insinuaciones sexuales a una compañera de trabajo justifican el despido**

### **STSJ Cataluña 22-6-23**

El TSJ Cataluña ratifica la sanción de despido disciplinario impuesta por la empresa a un trabajador que protagonizó un episodio de insinuaciones sexuales y tocamientos a una compañera de trabajo, al considerar que la conducta reviste la gravedad suficiente para justificar el despido.

### **Insinuaciones verbales y físicas y despido disciplinario**

El TSJ Cataluña ratifica la sentencia que, en procedimiento seguido a instancias del trabajador, calificó como procedente su despido disciplinario.

El actor venía prestando servicios para la empresa demandada con antigüedad desde el 1-7-2019 y categoría profesional de oficial de 1ª. El convenio colectivo aplicable a la relación laboral era el Convenio Colectivo del sector de Industrias Cárnicas (BOE 10-4-19).

El 8-6-2020 la empresa entrega al actor carta de despido disciplinario por insinuaciones sexuales y tocamientos a una compañera de trabajo, conducta que el art.66.3 del convenio colectivo califica como infracción muy grave sancionable con el despido. En la carta se describe la conducta del trabajador que, en presencia de testigos, se dirigió a una compañera de trabajo a la que realizó insinuaciones sexuales, tocándole brazos y cintura y llegando a poner sus manos sobre las nalgas, conducta que fue rechazada en todo momento por la trabajadora.

Disconforme con la decisión de la empresa, el trabajador interpone demanda por despido, que es desestimada en la instancia, y posterior recurso de suplicación. La Sala desestima el recurso y confirma la sentencia que declaró la procedencia del cese en base a los siguientes argumentos.

Por un lado, señala que en la carta de despido no se invoca el precepto estatutario que sanciona el acoso sexual con el despido disciplinario, sino el artículo 66.3 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Cárnicas que tipifica como falta muy grave las ofensas verbales o físicas al empresario, a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que conviven con ellos.

Considera asimismo que el incumplimiento contractual es manifiesto y que la conducta imputada y probada reviste de una gravedad máxima, atendida la intencionalidad del trabajador en su conducta abusiva, con un ánimo inequívoco, y la actitud contraria de la



trabajadora víctima de la situación. Por tanto, considera que la sanción de despido impuesta por la empresa es adecuada y proporcionada (teoría gradualista del despido).

## **10. Es nulo el acuerdo individual de teletrabajo impuesto unilateralmente por la empresa**

### **STSJ Galicia 30-5-23**

El TSJ Galicia declara nulo el modelo de acuerdo individual de teletrabajo impuesto por la empresa por vulnerar el derecho a la libertad sindical de la sección sindical demandante, en relación con el derecho a la negociación colectiva, al determinar de manera unilateral las condiciones de trabajo de los empleados a distancia.

### **Acuerdo individual de teletrabajo**

Los delegados sindicales de la Central Unitaria de Traballadores (CUT) interponen demanda de conflicto colectivo en la que interesan que se declare la nulidad del modelo de acuerdo individual de teletrabajo impuesto por la empresa, al considerar que el mismo vulneraba su derecho a la libertad sindical.

El 15-12-2020 la empresa envía un correo a las secciones sindicales con representación en el comité de empresa en el que informa sobre su decisión de iniciar un proceso de adaptación de las condiciones de los trabajadores que, como consecuencia del COVID-19, venían prestando servicios a distancia para adaptarlas al nuevo marco legal. El nuevo acuerdo afecta a todos los trabajadores de la empresa que presten servicios a distancia.

Entre las condiciones del acuerdo, la empresa reconoce el derecho a la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo, si bien excluye aquellas comunicaciones que, de modo urgente, debe realizar la empresa a fin de poner en conocimiento de la plantilla cualquier situación de crisis o acontecimiento extraordinario tratando, siempre que ello sea posible, que tales comunicaciones se lleven a cabo, preferentemente, en horario laboral.

A pesar de las objeciones de los representantes legales de los trabajadores sobre esta y otras cuestiones del acuerdo – como la necesidad de respetar la entrega de medios por parte de la empresa y la revisión de las condiciones económicas- un mes más tarde la empresa remite un nuevo correo a los representantes de las secciones sindicales adjuntándoles el modelo de acuerdo individual regulador del teletrabajo.

La sentencia de instancia desestima la demanda, resolución que es recurrida en suplicación. La Sala estima el recurso al considerar que la empresa ha vulnerado la libertad sindical de la parte demandante, en relación con el derecho a la negociación colectiva (Const art.37.1), por lo que declara nulo el modelo de acuerdo individual de teletrabajo, así como la decisión de la empresa de aplicar el mismo, sin perjuicio del derecho de los trabajadores de ejercitar, en su caso, las correspondientes acciones individuales ante la jurisdicción social.

El TSJ considera que la empresa ha restringido unilateralmente, por un lado, las posibilidades de negociación colectiva, como expresión de la libertad sindical de los representantes de los trabajadores, los cuales habían mostrado reticencias o discrepancias en relación a la propuesta de la empresa. Y, por otro, también se limita la autonomía individual, que pasa a ser principalmente adhesiva, y sin una negociación real del concreto contenido del acuerdo de teletrabajo, con la afectación que ello supone respecto de los derechos de conciliación de los trabajadores.

Añade que el modelo incluye cláusulas que, en sí mismas, son claramente contrarias a la regulación legal del trabajo a distancia, Así:

- establece condiciones de equipamiento a cargo de la persona trabajadora -línea de internet-; pero una herramienta para el trabajo a distancia, como es la línea de internet, debe correr a cargo de la empresa;
- establece que el salario anual ya compensa de forma global la situación de teletrabajo, pero la realidad es que ello supone transformar al menos parte del salario del trabajador en indemnizaciones o suplidos, que son conceptos diferentes y, por tanto, la reducción del salario por esa vía; además, la compensación de gastos es obligatoria;
- tampoco es suficiente la previsión adicional por la cual, no obstante entender que el salario ya compensa los gastos, se fija un acompañamiento económico adicional de 120 euros brutos anuales, pues ni se detalla a qué gastos concretos obedece, ni se cuantifican los mismos suficientemente.

El TSJ concluye que, frente a este panorama indiciario de vulneración de la libertad sindical, la empresa no ha aportado una justificación suficiente de su conducta, ni ha desvirtuado tales indicios, acreditando, por ejemplo, la existencia de una negociación real con cada uno de los trabajadores que suscribieron el acuerdo.

NOTA. El TSJ Galicia manifiesta su oposición al criterio de validación general de los acuerdos de trabajo a distancia como contratos de adhesión, sin perjuicio de la impugnación de sus concretas cláusulas, recogido en la sentencia AN 22-3-22, EDJ 528787.

## **11. Es nulo un pacto de no competencia que establece como compensación una cuantía global e indiferenciada**

### **TSJ Cataluña 26-5-23**

El TSJ Cataluña declara nulo y carente de validez un pacto de no competencia post contractual que confunde la compensación económica con el salario fijo al no constar su cuantía de manera separada en la nómina. La fijación de la compensación en términos claros y precisos es un requisito esencial para la validez y licitud del pacto.

### **Nulidad de pacto**

El trabajador ha venido prestando servicios para la empresa incluyendo en su contrato una retribución en la que se indica que el salario bruto anual abonado (120.000 euros) incluye tanto una compensación por dedicación exclusiva, como un pacto de no competencia postcontractual durante 12 meses y se fija en el 30% del salario fijo percibido. En las nóminas del trabajador no consta el concepto “compensación por pacto de no competencia”. La empresa despidió disciplinariamente al trabajador y el trabajador reclama contra el despido.

Mientras se tramita el despido, el trabajador firma un contrato mercantil de arrendamiento de servicios con una empresa competidora. El trabajador aparece en LinkedIn como trabajador de la citada empresa.

Al tener conocimiento de esta situación, la empresa presenta demanda contra el trabajador exigiéndole el abono 30% del salario fijo percibido en concepto de devolución de la contraprestación percibida como pacto de no competencia postcontractual. La demanda se estima en la instancia y el trabajador presenta recurso de suplicación ante el TSJ.

En la resolución del recurso, el TSJ considera acreditado que el trabajador ha vulnerado el pacto de competencia postcontractual. Los servicios prestados en la nueva empresa no son distintos o diferenciados respecto de los que prestaba en la empresa demandante. Asimismo, para el TSJ, los conocimientos adquiridos en la anterior empresa pueden utilizarse en la nueva, otorgándole una ventaja competitiva.

En cuanto a la falta de compensación adecuada, el TSJ considera que el pacto no reúne los requisitos de claridad y transparencia para conocer con exactitud cuál es la cantidad con la que se retribuye. Las razones son las siguientes:

1. Se establece en un 30% del salario, pero no se cuantifica por sí sola, sino que va incluida en otra cantidad global que incluye a su vez otra cantidad igual de indefinida para compensar la exclusividad.
2. La cantidad a percibir es indeterminada. No hay individualización alguna en la nómina y no consta el desglose del salario para aplicar a dicho porcentaje, más aún cuando existe otra cláusula contractual que regula el pacto de exclusividad en el contrato que también se incluye en el abono del 30% del salario bruto anual.
3. No se puede conocer con exactitud cuál es la cantidad con la que se retribuye la no concurrencia, quedando su determinación al arbitrio exclusivamente de la empresa.
4. La cláusula de no competencia tiene naturaleza indemnizatoria, por lo que mal cabe ser cumplida incluyéndola como parte del salario fijo. Es imprescindible que se exprese de manera específica, detallada y exigible en nómina como concepto aparte.

Por tanto, el TSJ concluye que no consta, de manera específica y detallada, el abono de cantidad alguna y confunde la pretendida compensación económica con el salario fijo. Y en cuanto que la fijación de la compensación en términos claros y precisos es un requisito esencial para la validez y licitud del pacto, su ausencia supone que se declare su nulidad y que no pueda reconocérsele efectividad alguna.

Por tanto, se estima el recurso desestimando la demanda planteada.

## **12. Entran en vigor los nuevos incentivos a la contratación**

### **RDL 1/2023, BOE 11-1-23**

El 1-9-2023 entran en vigor los incentivos a la contratación laboral recogidos en el RDL 1/2023. Los incentivos a la contratación inicial o la transformación de contratos temporales suscritos antes de esa fecha continúan regulándose por la normativa vigente a la fecha de su celebración.

## **Nuevos incentivos a la contratación**

El 1-9-2023 entra en vigor el RDL 1/2023 que revisa las subvenciones y bonificaciones a la contratación laboral, unificando y simplificando los incentivos a la contratación y requisitos de las empresas beneficiarias que, hasta ahora, estaban recogidos en diversas normas.

La nueva regulación unifica aspectos relativos a las cuantías de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. En el caso de las bonificaciones destinadas a promover la contratación laboral, se establece una cuantía de bonificación por cada mes natural completo, así como la fórmula para calcular el importe de la bonificación aplicable cuando la persona trabajadora no figure de alta durante todo ese mes.

Para la contratación a tiempo parcial, las cuantías se reducen proporcionalmente en función de la jornada establecida, no incentivándose jornadas parciales inferiores al 50% de la jornada a tiempo completo de una persona trabajadora, salvo en los supuestos de permisos por conciliación.

Los incentivos a la contratación se focalizan en los contratos indefinidos celebrados con personas de atención prioritaria, así como en la transformación de determinados contratos temporales en indefinidos y la contratación directamente vinculada a la conciliación.

## **Colectivos protegidos**

Entre los destinatarios de las medidas de fomento a la contratación laboral, se incluyen las personas de atención prioritaria inscritas en los servicios públicos de empleo como demandantes de empleo. No obstante, no se exige la inscripción a los siguientes colectivos:

- mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales o de trata de seres humanos, de explotación sexual o laboral y en contextos de prostitución;
- víctimas del terrorismo;
- personas trabajadoras con discapacidad que pasen a prestar sus servicios desde el mercado de trabajo protegido de los centros especiales de empleo o enclaves laborales al mercado de trabajo ordinario;
- personas en riesgo o situación de exclusión social que pasen a prestar sus servicios desde empresas de inserción a empresas del mercado ordinario;
- personas inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

## **Beneficiarios**

Para acceder a estas medidas, los empleadores beneficiarios deben cumplir una serie de requisitos, entre los que se encuentra, además, de estar el corriente de sus obligaciones en tributarias y de Seguridad Social y no haber sido inhabilitado o excluido del acceso a las subvenciones y ayudas públicas, el contar con el correspondiente plan de igualdad, en caso de estar obligada legal o convencionalmente a ello, y que haya sido inscrito en el correspondiente Registro. También, deberán mantener en situación de alta, o asimilada a la de alta, en la Seguridad Social a la persona trabajadora contratada al menos 3 años desde el inicio del contrato incentivado.

Se excluyen de percibir incentivos a la contratación durante 12 meses a los empleadores que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos incentivados. La exclusión afecta a un número de contratos igual al de las extinciones producidas.

Además, desde el 12-1-2023, las empresas que hayan trasladado su actividad industrial, productiva o de negocio a territorios que no formen parte de la UE o del EEE están obligados al reintegro de las subvenciones y de los beneficios de seguridad social en materia de contratación y empleo que hayan recibido, con el recargo y los intereses de demora que correspondan.

El BNR 11/2023, recoge instrucciones y establece las condiciones para la aplicación en el sistema RED de estas nuevas bonificaciones.

### **13. ¿Puede la empresa exigir a sus trabajadores una conducta acorde con su ideología?**

**STCo 79/2023, BOE 3-8-23**

El TCo declara nulo por vulneración del derecho a la libertad ideológica, el despido de un trabajador que fue despedido tras acudir a una manifestación contraria a la ideología de la empresa y difundir por las redes sociales fotografías con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo.

#### **Derecho a libertad ideológica**

El director de una sucursal en Madrid del Banque Chaabi du Maroc, próximo a la monarquía marroquí, presenta demanda de amparo por vulneración de su derecho fundamental a la libertad ideológica. El recurrente fue suspendido de empleo tras participar en una

manifestación por la defensa de los derechos de los ciudadanos del Valle del Rif, en la que se denunciaba la situación política de la región dentro del Reino de Marruecos. La entidad bancaria abrió, además, una investigación para clarificar lo sucedido y transcurridos dos meses, le notificó su despido disciplinario por un uso indebido de los medios y de la imagen del banco, al haber publicado en Facebook fotos con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo.

El despido fue declarado nulo en instancia pero procedente en suplicación, sin que fuera admitido el recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción.

El TCo, analiza la cuestión partiendo del hecho de que la empresa demandada no es una empresa “ideológica”, que tenga por finalidad la promoción y defensa de sus ideas y que, en consecuencia, pudiera exigir a sus trabajadores una conducta congruente con su ideario. Se trata de una entidad bancaria que tiene una actividad calificable como “neutra”, y la prestación laboral del recurrente es meramente técnica por lo que el empresario no puede exigir al trabajador más que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo (TCo 106/1996).

Señala a continuación, que el recurrente aportó indicios razonables de discriminación ideológica, generando la razonable sospecha de que el despido tuvo por causa real su participación en una manifestación pública -en la que se expresaron ideas, y se hicieron denuncias y reclamaciones no compartidas por su empleadora en torno a la situación política del Valle del Rif dentro del Reino de Marruecos- y no el uso de imágenes corporativas en la red social indicado en la carta de despido. Basa estos indicios en que:

1. Es evidente la correlación y proximidad temporal entre la asistencia del recurrente a la manifestación, en la tarde del viernes 2-6-2017, y la inmediata decisión empresarial de apartarle de su puesto de trabajo y de comenzar a investigarlo el siguiente lunes 5 de junio.
2. Las imágenes publicadas en redes sociales, que según la empresa motivaron el despido del recurrente, se descubrieron transcurridos 38 días desde el inicio de la investigación, lo que evidencia que no pudieron ser el motivo de las decisiones de suspensión de empleo y de la apertura del procedimiento de investigación.
3. Las imágenes figuraban en Facebook desde meses antes del inicio de la investigación y, a pesar de ser el perfil público del trabajador de libre acceso, la entidad bancaria revisó su contenido solo tras tener conocimiento de la participación del recurrente en la manifestación, sin que se hubiera adoptado medida alguna al respecto con anterioridad.
4. Otra empleada de la misma entidad fue despedida de forma inmediata tras participar en la citada manifestación, siendo calificado el despido como improcedente al no acreditar

la empresa la causa esgrimida (disminución del rendimiento y mala relación con la clientela).

Correspondía, por lo tanto, al empleador la carga de probar que su actuación no tenía un propósito atentatorio del derecho fundamental a la libertad ideológica. Pero no lo hizo, sino que se limitó a probar la concurrencia de un incumplimiento laboral sancionable con el despido como es el uso indebido de la imagen y medios de la empresa en las redes sociales.

Esto lleva al TCo a considerar que la causa de la decisión extintiva no fue la alegada en la carta de despido y que la fase investigadora tuvo como única finalidad intentar encontrar una causa en la que fundamentar legítimamente el despido ya decidido, y que no fuera la mera asistencia a una manifestación, desconectada con la actividad empresarial, que pudiera incurrir en vulneración de derechos fundamentales.

Por ello, el TCo declarando vulnerado el derecho del recurrente a la libertad ideológica en conexión con los derechos a la libertad de expresión y de reunión, declara la nulidad de la sentencia de suplicación y la firmeza de la sentencia de instancia.

## **14. Vulnerar el derecho a la desconexión digital no genera automáticamente derecho a una indemnización**

### **STSJ Cataluña 5-5-23**

El TSJ Cataluña deniega el abono de la indemnización de 120.000 euros por vulneración de derechos fundamentales solicitada por un trabajador que se acogió a la resolución indemnizada de su contrato de trabajo por violación del derecho a la desconexión digital. Recuerda que la CE no recoge este derecho como un derecho fundamental, por lo que no goza de la misma protección.

### **Vulneración del derecho a la desconexión digital: consecuencias**

El ahora actor prestaba servicios para la empresa demandada, dedicada actividades de contabilidad, teneduría de libros, auditoría y asesoría fiscal, en virtud de un contrato indefinido y a tiempo completo, con jornada de 08:30 a 17:30 horas, con una hora para comer. A partir del 20-3-2020, y a consecuencia del Estado de alarma decretado por el Gobierno para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los trabajadores de la empresa demandada pasaron a prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo.



Durante el año 2020, el actor remitió a la empresa un total de 10.971 correos electrónicos, muchos de ellos fuera de su horario habitual de trabajo o en fin de semana. En fecha 15-6-2021, la empresa remitió un correo electrónico a su plantilla poniendo en su conocimiento la inminente implantación de un registro de jornada. Dispone, asimismo, de un plan de prevención y de una evaluación de riesgos laborales, pero no de protocolo de desconexión digital.

El 8-2-21 el actor inició un proceso de IT por estrés laboral e interpuso denuncia ante la ITSS por vulneración de su derecho a la desconexión digital. La ITSS calificó de insuficientes las medidas adoptadas en orden al registro de jornada y la evaluación de riesgos psicosociales específica, por lo que sancionó a la empresa por la comisión de una falta que tipificó como infracción muy grave del ET art.34.9.

El 9-12-2021 el actor interpone demanda en la que solicita la resolución indemnizada de su contrato de trabajo y el abono de una indemnización adicional por daños y perjuicios por importe de 120.000 euros.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, al considerar que el actor, efectivamente, estuvo expuesto a jornadas muy prolongadas y en horarios intempestivos, lo que pudo incidir en su proceso de IT, por lo que acoge su derecho a la resolución indemnizada del contrato. Pero considera que estos incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, así como la vulneración de su derecho al descanso y a la desconexión digital no implican, necesariamente, una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (CE art.18), ni una violación del derecho a la salud (CE art.15), por lo que rechaza el abono de la indemnización por daños morales asociada.

Interpuesto recurso de suplicación, el TSJ confirma la sentencia de instancia. La Sala recuerda que el derecho a la desconexión digital trata de garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como la intimidad personal y familiar del trabajador. Y, aunque se trate de un derecho fundamental para el Derecho de la Unión Europea, no es un derecho fundamental de los recogidos en la CE, puesto que esta limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso aparecen recogidos solo dentro de los principios rectores de la política social y económica.

Por tanto, el TSJ Cataluña concluye que no cabe su invocación vinculada directa y necesariamente a una lesión de derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y a la intimidad, aunque sí podrá fundamentar una eventual responsabilidad civil en caso de contingencia profesional y de la acreditación de nexo causal entre la conducta de la empresa y el daño causado.

## **15. Modificaciones en el baremo para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad**

### **OM DSA/934/2023**

Con vigencia desde el 5-8-2023 se modifican los anexos incluidos en el RD 888/2022, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. La finalidad es subsanar los errores advertidos en su aplicación.

### **Nuevos anexos del baremo**

Con vigencia desde el 5-8-2023 se ha publicado la OM DSA/934/2023 mediante la cual se modifican los anexos incluidos en el RD 888/2022, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad tiene por objeto la regulación del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

La calificación del grado de discapacidad se realiza conforme a criterios técnicos unificados y fijados a través de los baremos que se incluyen en los anexos I, II, III, IV, V y VI que acompañan al RD 888/2022. En cuanto que la aplicación de la norma ha puesto de manifiesto errores en los baremos, se modifican los mismos para que se correspondan con los acordados por Pleno del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia.

## **16. Nuevo acuerdo marco sobre la ley de Seguridad Social aplicable al teletrabajo transfronterizo habitual**

### **Acuerdo marco relativo a la aplicación Rgto 883/2004/CE art.16.1**

El Acuerdo Marco se aplica a los trabajadores que desempeñen teletrabajo transfronterizo dentro de países de la Unión Europea y les permite estar sujetos a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio. El acuerdo está vigente desde el 1-7-2023 y tiene una duración de 5 años prorrogables.

## **Acuerdo Marco**

Se ha publicado un acuerdo marco para la aplicación del Rgto (CE) n.º 883/2004 art.16.1, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social en los Estados miembros de la UE, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

El acuerdo se aplica a los trabajadores que desempeñen teletrabajo transfronterizo dentro de países de la Unión Europea (Rgto (UE) 833/2004 art.13.1). Es decir, a los trabajadores que ejerzan actividades retribuidas en dos o más Estados miembros, por lo que están sujetos a la legislación del Estado miembro de residencia en caso de ejercer una parte sustancial de su actividad en dicho Estado.

Mediante la firma del presente acuerdo se posibilita que el trabajador, previa solicitud, pueda estar sujeto a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50%.

En el acuerdo que el procedimiento para la solicitud de la aplicación de la legislación de empleador se debe presentar de conformidad con lo establecido en el Rgto CE/987/2009 art.18, debiendo la institución competente del Estado firmante cuya legislación sea aplicable presentar un certificado (PD AI).

El Acuerdo Marco está vigente desde el 1-7-2023 y tiene una duración de 5 años, prorrogables automáticamente por nuevos periodos de 5 años. No obstante, se puede aplicar a solicitudes que se refieran a periodos anteriores al 1-7-2023 si se cumplen los siguientes requisitos:

- Durante dicho período se han abonado cotizaciones a la seguridad social o el trabajador ha estado cubierto de otro modo por el régimen de seguridad social del Estado signatario en el que el empresario tenga su sede o su domicilio.
- El período solicitado anterior a la fecha de presentación de la solicitud no es superior a 3 meses, o la solicitud se presenta a más tardar el 30-6-2024 y el período anterior a la fecha de presentación de la solicitud no supera los 12 meses.

Este acuerdo no afecta a la posibilidad de celebrar un acuerdo individual (Rgto. CE/883/2004 art.16.1) en situaciones no previstas por el acuerdo marco, en las que podría tenerse en cuenta de forma individual la situación especial del teletrabajo transfronterizo habitual.

Hasta 30-6-2023, el acuerdo ha sido firmado por: Alemania, Suiza, Liechtenstein, República Checa, Austria, Países Bajos, Eslovaquia, Bélgica, Luxemburgo, Finlandia, Noruega, Portugal, Suecia, Polonia, Croacia, Malta, España y Francia.

## **17. Reclamación de cantidad. ¿Quién debe acreditar la existencia de la deuda salarial?**

### **STSUD 4-7-23**

Cuando el trabajador reclama el pago de unas retribuciones que niega haber percibido, acreditada la prestación de servicios, es la empresa la que debe probar que estas han sido abonadas o que no había obligación de hacerlo. El TS declara que no exime de esta prueba que el pago se haya producido en metálico o en dinero negro.

### **Reclamación de deuda salarial**

El trabajador, que prestaba servicios para una empresa de construcción, reclama a la empresa cantidades correspondientes a salarios, pagas extraordinarias y vacaciones no disfrutadas por importe de 6.319,10 euros. Ante la negativa empresarial, interpone demanda de reclamación de cantidad, que es desestimada en instancia y en suplicación al considerar que el trabajador no ha acreditado la existencia de la deuda salarial reclamada. Disconforme, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión a resolver es la de decidir a quien corresponde la carga de probar el pago del salario, cuando no se discute la efectiva existencia de la prestación de servicios laborales durante el periodo reclamado.

Señala el TS, que la LEC art.217 establece que mientras el demandante tiene la carga de probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda; el demandado debe probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores. La aplicación de este precepto supone que cuando el trabajador reclame el pago de retribuciones que niega haber percibido, debe probar la certeza de los hechos de los que se desprende la correlativa obligación empresarial de abonarle su importe. Es decir, acreditada por el trabajador la prestación de servicios, la empresa tiene la carga de probar los hechos que pudieren enervar la obligación de abonar las cantidades reclamadas.

En el supuesto enjuiciado no se discute la prestación de servicios durante el periodo reclamado, por lo que es la empresa la que debe probar el pago de las cantidades reclamadas o cualquier otro elemento pudiere neutralizar, en todo o en parte, esa reclamación. Además, como las sumas reclamadas no afectan a complementos salariales, el trabajador no ha de demostrar los hechos que pudieren generar el derecho a su percepción, y tampoco se cuestiona su ajuste a las previsiones del convenio colectivo aplicable.

Sobre la prueba del salario, el TS recuerda que la liquidación y el pago del salario ha de documentarse mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo (ET art.29). Esto supone que la empresa cuenta con documentos que pueden evidenciar la existencia de transferencias dinerarias al trabajador, por lo que dispone de todas las facilidades para probar el pago de las sumas reclamadas. Por el contrario, no puede exigirse al trabajador la prueba de un hecho negativo, como es la no percepción del salario reclamado. Incluso en el hipotético supuesto de que el pago se hubiere realizado en metálico, la empresa puede aportar el preceptivo recibo de cobro firmado por el trabajador que ha de obrar en su poder.

Añade el TS que, al margen de otras responsabilidades, tampoco exime de esta obligación de probar el pago el que la empresa hubiera abonado el salario en dinero negro y de forma oculta.

Por todo ello, se estima el recurso, casando anulando la sentencia dictada por el TSJ en suplicación.

## **18. Publicar una reseña negativa de la empresa en Google no justifica el despido**

### **STSJ Castilla La mancha 15-6-23**

El TSJ Castilla-La Mancha califica como nulo el despido de un trabajador que realizó una crítica negativa sobre el funcionamiento de la empresa en Google, al considerar vulnerado su derecho a la libertad de expresión. Publicar una reseña negativa no es motivo de despido, salvo que incluya comentarios insultantes, injuriosos o vejatorios.

## **Despido disciplinario: comentarios peyorativos sobre el funcionamiento de la empresa**

El 17-5-2022 el actor recibe carta por la que se le comunica la decisión de la empresa de poner fin a la relación laboral por motivos disciplinarios. En la carta se alegan como motivos del cese la mala reseña sobre la empresa que escribió en Google, así como el uso de dispositivos móviles durante la jornada laboral -expresamente prohibido- y se le informa sobre la puesta a disposición de la indemnización. El contenido de la reseña era el siguiente: «gestión nefasta, no miran nada por el trabajador, malos horarios trabajando festivos y fines de semana y noches y sueldo bajo... nada recomendable.»

Con la misma fecha de efectos se adjunta el documento de saldo y finiquito sobre el que no consta discrepancia entre las partes.

Impugnada la decisión en vía judicial, la sentencia de instancia desestima la demanda y confirma la procedencia del despido disciplinario. Disconforme con esta decisión judicial el trabajador interpone recurso de suplicación.

En primer lugar, la Sala considera que no cabe declarar la improcedencia del despido por incumplimiento de los requisitos formales en la carta, en la que no consta expresamente la fecha de efectos del despido, ya que no existe duda alguna de que el interesado tuvo conocimiento de la inmediata extinción de la relación laboral, ni se han visto afectadas las posibilidades de defensa del trabajador para impugnar el cese.

En segundo lugar, y por lo que respecta al eventual incumplimiento por el trabajador de las normas de la empresa sobre prohibición de uso del teléfono móvil para usos privados durante la jornada de trabajo, considera que no existe constancia suficiente de que el demandante utilizara el móvil para usos privados y, en concreto, para la realización de la reseña, en el horario de trabajo -aunque sí durante la jornada de trabajo-. A ello se añade que los trabajadores debían tener el móvil a mano por si recibían algún WhastApp o llamada con instrucciones de trabajo.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de realizar críticas negativas a la empresa en Google, el TSJ recuerda la doctrina constitucional y del TS que establece que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, privar al trabajador de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones reconocido en el art.20.1 de la CE. De este modo, se amparan de manera expresa las manifestaciones críticas de los trabajadores con respecto al funcionamiento de la empresa, siempre que no se utilicen expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que excedan del derecho de crítica y atenten contra la honorabilidad de la empresa.

Así, aunque admite que una mala reseña en Google, un medio que implica publicidad y difusión externa y que constituye hoy en día la principal herramienta de transmisión de ideas, opiniones e información, puede acarrear ciertos perjuicios a la empresa, ello no convierte una opinión peyorativa en insultante, injuriosa o vejatoria.

Añade que el trabajador no inventa una situación inexistente, sino que se limita a transmitir su opinión sobre las condiciones laborales de la empresa, que juzga inadecuadas, en relación con las discrepancias previas entre la empresa y el trabajador sobre aspectos relativos al tiempo de trabajo.

Por ello, concluye que la decisión de la empresa de cesar al trabajador vulneró su derecho a la libertad de expresión por lo que estima el recurso y califica el despido como nulo, con las consecuencias legales asociadas a tal declaración.

Santiago Blanes Mompó.

Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios