



CIRCULAR LABORAL 38/2023

2 de octubre de 2023

## RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: OCTUBRE 2023.

### 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA UNION EUROPEA

**El TJUE ordena indemnizar a los padres varones obligados a reclamar en juicio para cobrar el complemento a su pensión.**

Pese a que ya se había constatado la existencia de discriminación frente a las mujeres, el Estado español niega sistemáticamente el complemento a los hombres porque aún no ha adaptado la normativa, y ellos se ven obligados a sufragar los gastos judiciales y a retrasar el cobro de dicho complemento. Por eso es necesaria una indemnización adicional. Es el segundo varapalo para España en poco tiempo sobre el mismo tema del complemento demográfico a las pensiones, en este caso a la pensión de incapacidad permanente.

La Curia Europea complementa ahora su doctrina en cuanto al reconocimiento del complemento a la pensión a los hombres y declara que también tienen derecho a una indemnización adicional que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación sexista, obligando a los interesados a reclamar su derecho al complemento en vía judicial.

Si ya en 2019 se dictó una resolución, sentencia TJUE de 12 Diciembre 2019 (Recurso nº C-450/2018), por la que consideraba que complementar las pensiones a las mujeres por ser madres al menos de dos hijos, biológicos o adoptados -pero no a los hombres en idéntica situación-, era discriminatorio y contrario a la Directiva 79/7/CEE de igualdad entre hombres y mujeres; ahora estamos ante otra discriminación adicional.

La práctica consistente en denegar sistemáticamente, con la excusa de esperar a adaptar la normativa española discriminatoria a dicha sentencia, el complemento demográfico a las pensiones, obligándoles a acudir a la vía judicial. Es sabido que una vez declarada por el TJUE una discriminación contraria al Derecho de la Unión, no solo los tribunales nacionales, sino también las autoridades administrativas nacionales deben salvar la discriminación aplicando a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen que disfruten las personas incluidas en la otra categoría.

Pues bien, la práctica por la que se deniega a los hombres la concesión del complemento de pensión les genera una discriminación adicional relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión litigioso, de modo que la desigualdad no queda subsanada solo mediante la concesión del complemento con efectos retroactivos a los varones tras la resolución judicial, sino que además (insistimos, por el hecho de haber tenido que reclamar por vía judicial), se les expone a un plazo más largo para el cobro del complemento y a gastos adicionales, daños que deben ser resarcidos.

El reconocimiento retroactivo del derecho solo permite restablecer la igualdad de trato en lo que respecta a los requisitos materiales de concesión del complemento de pensión, pero no sirve para subsanar los perjuicios derivados.

El afectado debe recibir una reparación pecuniaria adecuada que le permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos con el fin de restablecerlas en su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

Y apunta la sentencia que, aunque corresponde al ordenamiento jurídico interno de España definir los procedimientos para fijar la cuantía de dicha reparación -incluida la relevancia que ha de atribuirse al hecho de que la discriminación de que se trata se debe a un acto deliberado del organismo competente-, deberán indemnizarse, además de los gastos que se justifiquen, también las costas y los honorarios de abogado en que haya incurrido el afectado para hacer valer su derecho.

**TJUE. Sala Segunda. Sentencia de 14 de septiembre de 2023. Recurso nº C-113/2022.**

## **2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Despido nulo de un trabajador por tener unas convicciones ideológicas opuestas a las de su empresa.**

El Tribunal Constitucional veta que una empresa pueda despedir a un trabajador por sus convicciones ideológicas, opuestas radicalmente a las de la empresa y que fueron manifestadas de forma pacífica en un foro público de protesta y reivindicación, ajeno a la relación laboral.

El despido fue una injerencia empresarial injustificada y desproporcionada en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, en particular, en ejercicio de su derecho a la libertad ideológica.

El trabajador participó en una manifestación pública y la empresa fundamenta el despido en que lo hizo junto a un el eslogan publicitario de la empresa junto a mensajes que perjudicaban la imagen pública de ésta.

Un Juzgado social de Madrid calificó inicialmente como nulo el despido, pero este pronunciamiento fue revocado por el TSJ madrileño que consideró que el trabajador había transgredido la buena fe contractual por hacer un uso indebido de la imagen y medios de la empresa en redes sociales.

Para el TC, los órganos judiciales deben preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, y la "modulación" que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio debe ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin.

En particular, y en relación con el derecho de libertad ideológica, si bien puede sufrir restricciones cuando se prestan servicios en empresas de tendencia ideológica, la injerencia empresarial no puede ser ilimitada, ya que la simple disconformidad de un trabajador respecto a tal ideario no puede ser causa de despido. En general, las creencias ideológicas que pudiera tener y manifestar un trabajador resultan irrelevantes para desempeñar las prestaciones dimanantes de su contrato laboral y la expresión, individual o colectiva (uniéndose a grupos que compartan sus ideas), no puede ser motivo de sanción empresarial.

Recuerda la sentencia que la libertad ideológica se garantiza por la Constitución *"sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"*.

Partiendo de estas premisas, y descendiendo al ámbito de la inversión de la carga de la prueba cuando se alega vulneración de derechos fundamentales, el trabajador de este asunto era director de una sucursal de un banco próximo a la monarquía marroquí, y 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 le suspendió de empleo y le abrió una investigación para clarificar lo sucedido, y transcurridos dos meses, le notificó su despido disciplinario alegando un uso indebido de los medios y de la imagen del banco, al haber publicado en redes sociales fotos con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo.

La ideología ni constituye el fundamento de la actividad empresarial, ni puede justificar la restricción de los derechos fundamentales de sus trabajadores. Por mucho que el banco pudiera ser próximo a la monarquía marroquí o poseyera unos "valores" radicalmente opuestos a los del trabajador, lo relevante es que no trabajaba en una empresa ideológica, que tuviera un ideario que pudiera permitir la modulación de las libertades constitucionales de sus empleados.

El trabajador aporta una prueba verosímil de la vulneración denunciada, no contradicha de contrario por el Banco empleador y que lleva al TC a tener la razonable sospecha de que el despido tuvo por causa real el ejercicio de su derecho a poder expresar libremente su ideología en defensa de los derechos de los ciudadanos del Rif (contraria a la de su empleadora) en la manifestación pública, y no el motivo indicado en la carta de despido (uso de imágenes corporativas en la red social), que solo fue descubierto en el curso de la investigación tras su participación en la manifestación.

Declarada la vulneración de su derecho fundamental a la libertad ideológica, el efecto reparador es declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social que falló la nulidad del despido.

**Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia nº 79/2023 de 3 de julio. Rec. nº 3638/2020.**

### 3. TRIBUNAL SUPREMO

**Es posible renunciar a la pensión de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación, con el fin de solicitarla en un momento posterior en que resulte más favorable.**

Fuera de un pacto o acuerdo, la renuncia es un negocio jurídico unilateral por el que su titular extingue un derecho subjetivo mediante una declaración de voluntad dirigida a tal efecto o, dicho de otra forma, mediante ese negocio jurídico unilateral el sujeto expulsa de su patrimonio un determinado derecho del que ya goza o del que pudiera gozar en el futuro. Así entendida, parece que la LGSS y, en concreto su artículo 3, lo que pretende evitar es, justamente, que el beneficiario, bien sea por pacto individual o colectivo o bien mediante decisión unilateral, establezca cualquier disposición que implique renuncia a los derechos que el propio sistema de Seguridad Social le confiere.

En el caso analizado, no se está en presencia de una renuncia, no existe una declaración de voluntad en virtud de la cual el beneficiario de una prestación de jubilación presente o futura expulsa de su patrimonio jurídico el derecho a percibir la prestación de jubilación a la que pudiera tener derecho. Lo que hay es una decisión unilateral del trabajador por la que, vista la resolución de la entidad gestora, decide no hacer uso de la misma, en la medida en que desiste de la solicitud, pidiendo que se deje sin efecto y no disfrutar de las consecuencias de dicha decisión, para mantenerse en activo y volver a solicitar de nuevo, cuando lo estime más conveniente para sus intereses, la misma prestación de jubilación en otras circunstancias (de carencia y cotización) que puedan suponerle una prestación mayor.

Es cierto que tal posibilidad no está expresamente prevista en la norma, pero tampoco está expresamente prohibida, porque la situación descrita no implica, en modo alguno, una renuncia al derecho a la prestación de jubilación, sino la manifestación de no querer disfrutarla en la cuantía reconocida para solicitarla más adelante cuando, en virtud de los acontecimientos personales posteriores, dicha cuantía pudiera ser más conveniente para sus intereses.

Al respecto, hay que tener en cuenta, por un lado, que la solicitud de jubilación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación y, por otro, que el propio sistema permite e, incluso, incentiva la prolongación de la vida activa y, con ello, el retraso en la solicitud de la jubilación. No estamos, por tanto, ante una actuación que pueda considerarse ilegal y, tampoco que pueda entenderse como la renuncia al derecho a una prestación pública de la Seguridad Social que, por otro lado, podría no disfrutarse con el simple hecho de no solicitarse nunca. No hay renuncia abdicativa unilateral a los derechos que concede el sistema de Seguridad Social.

**TS. Sala de lo Social. Sentencia de 26 de abril de 2023. Rec. núm. 2860/2020.**

#### **4. TRIBUNAL SUPREMO**

**Modificación del sistema de retribución variable: no es sustancial la modificación relevante de los incentivos no consolidables que la empresa establece discrecionalmente.**

Importante sentencia del TS que viene a determinar que no es sustancial la modificación relevante de los incentivos no consolidable que la empresa establece discrecionalmente.

Para la determinación y fallo de la sentencia es trascendental el hecho de que en los contratos de trabajo del personal afectado por el conflicto se incorpora una previsión sobre retribución variable, que, tal como se recoge en el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, tiene el siguiente tenor literal:

*"El trabajador tendrá derecho a una retribución variable trimestral discrecional de acuerdo con los criterios establecidos en la política global de incentivos de la compañía y que serán comunicados al inicio de cada ejercicio. Dicha cantidad supondrá como máximo un 15% del sueldo bruto fijo anual (en su caso, parte proporcional desde su incorporación) no teniendo en ningún caso consideración de consolidable. La percepción de esta retribución variable comenzará a devengarse desde la fecha de incorporación a la compañía, aunque su primer periodo de cobro será una vez pasado los primeros 6 meses efectivos en la compañía y será necesario que el empleado se encuentre activo en la compañía a la fecha de abono de los mismos."*

En relación a lo indicado anteriormente, el Alto Tribunal, en sus fundamentos de Derecho, viene a indicar que lo que sucede en el presente supuesto es que la trimestral retribución variable está reconocida en los términos expuestos de determinación empresarial discrecional, de acuerdo con los criterios de la política de incentivos de la empresa, con comunicación al inicio de cada ejercicio y con carácter no consolidable. Es así la empresa la que unilateral y discrecionalmente determina la retribución variable, como ya hemos dicho, retribución que no tiene carácter consolidable. Y también es la empresa la que puede ir variando esa retribución variable, de acuerdo con los criterios que vaya estableciendo su política de incentivos.

Ocurre que el artículo 41 ET no es de aplicación a estas situaciones, sino que lo será, cabe decir, cuando la condición de trabajo de que se trate esté reconocida con carácter consolidable y no sea de determinación periódica discrecional a cargo de la empresa, razón por la que la modificación sustancial requerirá la concurrencia de las razones que exige el apartado 1 de aquel precepto legal, lo que no es el caso cuando la propia retribución variable es de configuración discrecional y periódica por parte de la entidad empleadora.

En resumen: importancia capital del redactado de este tipo de cláusulas en los contratos de los trabajadores.

**TS. Sala de lo Social. Sentencia nº 407/2023 de 7 de junio. Rec. nº 201/2021.**

## 5. TRIBUNAL SUPREMO

**Demanda de despido: cuando la falta de aportación del justificante de celebración del acto de conciliación administrativa en el plazo legal – que no la no celebración de la preceptiva conciliación administrativa previa obligatoria - no implica el archivo de actuaciones.**

Debe aplicarse el principio “*pro actione*” con el objeto de evitar interpretaciones formalistas de los presupuestos procesales que puedan obstaculizar el derecho a que un órgano judicial resuelva la pretensión de impugnación del despido.

En consecuencia, con la finalidad de evitar que el proceso se frustre por el incumplimiento de un requisito formal que fue posteriormente cumplimentado por la parte actora, deben aplicarse las normas procesales de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, evitando interpretaciones excesivamente formalistas y desproporcionadas.

En el caso analizado, la papeleta de conciliación se presentó antes de la demanda, acompañando a esta cédula de citación del órgano administrativo que indicaba que el acto se iba a celebrar con posterioridad. Celebrado el acto de conciliación administrativo, es cierto que la parte actora no aportó al proceso judicial el certificado de haberse celebrado, pese a haber sido requerida a tal efecto en el plazo establecido, tal como figuraba en la providencia de admisión de la demanda; pero lo cierto es que el proceso siguió su curso con citación al acto del juicio para un año después, sin que durante ese tiempo nada se le volviera a requerir, ni nadie, el Juzgado o cualquiera de las partes manifestase nada sobre la omisión aludida. Cosa que sí hicieron las demandadas ya en el acto del juicio oral que se suspendió para reclamar la aportación de la conciliación o su intento, lo que se efectuó de inmediato.

En esas condiciones ni se entiende que hubiera existido ningún perjuicio para los demandados, ni tampoco para el «normal» funcionamiento de la administración de justicia. La demandante había acompañado con la demanda la papeleta y la citación a la conciliación (de lo que tenían conocimiento las demandadas). Es evidente que tal proceder estaba vinculado a los plazos de caducidad y a la fecha tardía que se había dado para la celebración del acto de conciliación.

Ante tales circunstancias, la sentencia recurrida (que ahora se casa) no valora la afectación que su decisión pudiera causar al actor en su constitucional derecho a la tutela judicial efectiva, ni tampoco las vicisitudes procesales que después del requerimiento, y ya superado ese plazo dado, siguió realizando el juzgado de instancia, manteniendo el curso de las actuaciones.

**TS. Sala de lo Social. Sentencia de 11 de julio de 2023. Rec. nº 3255/2020.**

## **6. TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)**

**En caso de despido, cabe aplicar la reducción por rendimientos irregulares a las retribuciones de los altos directivos que sean administradores sociales.**

Importante sentencia de la Sala de lo Contencioso del Alto Tribunal sobre el tratamiento tributario que debe darse en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) a las retribuciones e indemnizaciones satisfechas a administradores y/o altos directivos.

A este respecto, el Tribunal recuerda que el personal de alta dirección, por aplicación del ET y por el Real Decreto 1382/1985 por el que se desarrolla la relación laboral especial de los altos directivos, tiene una indemnización, por despido o cese, indisponible y mínima, de siete días de salario por año trabajado con un máximo de seis mensualidades, la cual debe quedar exenta en el IRPF por razón de lo previsto en el artículo 7.e) de la Ley 35/2006 del IRPF. El Tribunal Supremo recuerda que la aplicación de esta exención ya es un criterio jurisprudencial consolidado dado que así lo ha reconocido en varias sentencias previas como, por ejemplo, en la sentencia de 4 de septiembre de 2020.

Del mismo modo, que las retribuciones e indemnizaciones que perciban los administradores, en tanto que rendimientos del trabajo (de conformidad con lo que dispone el artículo 17.2.e) de la Ley del IRPF) con un periodo de generación superior a dos años, caen dentro del ámbito objetivo de la reducción (en un 40% o en un 30%, en función del año de imputación del rendimiento) de los rendimientos irregulares del artículo 18.2 de la Ley del IRPF, siempre que cumplan con todos los requisitos exigidos. Los únicos rendimientos que quedan excluidos de la reducción (tanto en la redacción vigente hasta el ejercicio 2014 como la redacción posterior aprobada por la Ley 26/2014) son los previstos en el artículo 17.2.a) de la Ley del IRPF, entre los que no se incluyen las retribuciones de administradores.

Sobre esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Nacional objeto del recurso negó el derecho a la reducción del 40% (hoy 30%) exclusivamente en atención a la redacción del artículo 18.2 de la Ley del IRPF (en su redacción vigente en 2010) y a la *"teoría del vínculo"*, y es esta, por tanto, la cuestión casacional analizada, sin que se analicen otros artículos de la Ley y Reglamento del IRPF que podrían tener incidencia en la declaración del IRPF del administrador o en la retención a practicar por la compañía.

Recordemos que según esta *"teoría del vínculo"* la naturaleza mercantil de la relación del administrador con la empresa debe prevalecer sobre la relación laboral de alta dirección, cuando concurren a la vez ambas relaciones en una misma persona. A este respecto, el Tribunal Supremo señala, que *"... el derecho de los administradores no queda excluido de la ventaja del artículo 18.2 de la Ley del IRPF, pues son rendimientos íntegros del trabajo también"* los rendimientos derivados de su condición de administradores, y ello es así, sea o no aplicable al caso la llamada teoría del vínculo.

Este mismo criterio debe operar, sin ninguna duda, con la regulación actualmente vigente; esto es, con la actual redacción del artículo 18.2 de la Ley del IRPF, que fue aprobada por la Ley 26/2014, con efectos desde 1 de enero de 2015.

**TS. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 25 de julio de 2023. Recurso nº 2334/2021.**

## **7. TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL)**

**El ejercicio por cuenta propia de la prostitución de quienes además desempeñan la actividad laboral de alterne no exime al empresario de darles de alta en la Seguridad Social.**

La Audiencia Provincial de Madrid absolvió al acusado del delito contra los derechos de los trabajadores previsto y penado en el art. 311 CP, al entender que al ejercerse en el local principalmente la actividad de prostitución, y ésta no ser susceptible de configurar una relación laboral, los hechos por los que el Ministerio Fiscal acusaba no eran constitutivos de delito. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revocó la sentencia y condenó por el delito, condena que el Supremo confirma.

En el caso, personados agentes de la Policía Nacional, un subinspector de trabajo y personal de una ONG en el local de alterne regentado por el acusado, encontraron 16 mujeres trabajando, de las cuales 5 estaban en reservados en los que había camas; 11 de ellas no estaban dadas de alta en la Seguridad Social y 4 no tenían permiso de trabajo. Las mujeres se encontraban de forma voluntaria realizando la actividad lucrativa de carácter sexual.

Efectivamente, en la prostitución no hay relación laboral y consecuentemente permanece extramuros de la regulación laboral en sentido estricto, lo que veta el acceso al régimen de la Seguridad Social de las personas que la desarrollan por cuenta de un tercero, pero la prestación de contenido sexual en que consiste la prostitución en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes o instrucciones del empresario sobre con quién, cómo, cuándo y dónde debe realizarse la misma, resulta contraria a la dignidad humana y el alterne por cuenta ajena genera una relación laboral de la que surge para el empleador obligación de dar de alta en la Seguridad Social.

Lo relevante del caso a efectos de subsumir los hechos en el tipo penal es que en el local *"trabajaban varias mujeres y realizaban actividades de alterne y prostitución"*. Cobraban por la primera actividad el 50% de las consumiciones de los clientes a partir de la segunda copa, lo que entre las mujeres que allí trabajaban en la actividad de alterne, y el dueño del club existía una relación de dependencia y ajenidad que configuran una relación laboral, por lo que el incumplimiento de la obligación de darlas de alta en la Seguridad Social conduce a su subsunción en el tipo penal aplicado, siendo cuestión distinta que también se desarrollaran actividades relacionadas con la prostitución.

Aunque es cierto que la jurisprudencia social del Supremo ha calificado el objeto de ilícito y, en lógica consecuencia, ha negado que pueda reconocerse la existencia de un contrato laboral en aquellos supuestos en los que se identifica una actividad de prostitución por cuenta ajena, pronunciamiento que también se extiende a los actos de alterne que se consideran puramente accesorios o instrumentales de aquella, esta exclusión del sistema de la Seguridad Social no puede servir de base para pretender una exoneración de la responsabilidad penal por falta de alta de las trabajadoras en el sistema.

La sentencia del Supremo de la Sala de lo Social, de unificación de doctrina, 1084/2016, 21 Dic., reafirma la laboralidad de la actividad de "alterne" desligada del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena; y la STS, Pleno, de la Sala de lo Social, 584/2021, 1 Jul., aunque excluye a la prostitución por cuenta ajena como relación laboral, declara legal la constitución de un Sindicato, cuyo ámbito funcional de representación y actividad sindical se refiere a "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes", entre las que cabe encontrar la de "alterne".

A efectos penales, la STS 162/2019, 26 Mar ., entendió que sí existe base para condenar por un delito del artículo 311 CP , en un supuesto en el que la actividad de alterne -entendida como aquélla consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones- aparecía desvinculada del ejercicio de la prostitución.

La actividad de alterne en pubs, clubs, etc., tiene cobertura en el ámbito de la regulación laboral y obliga al empleador a comunicar el alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social cuando se realice por cuenta ajena, de forma retribuida y dependiente. En la prostitución no hay relación laboral y consecuentemente permanece extramuros de la regulación laboral en sentido estricto, lo que veta el acceso al régimen de la Seguridad Social de las personas que la desarrollan por cuenta de un tercero.

En la medida en que la prestación sexual bajo régimen de disciplina empresarial cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad, para la Sala de lo Penal, reconocer que alguien pueda ostentar potestades de control, ordenación y sanción sobre el contenido y ejercicio de los derechos a la libertad sexual e intimidad corporal de otra persona y no penalizar esta conducta, supondría negar tales derechos, hacerlos irreconocibles, lo que si

bien impide que tal relación pueda ser considerada objeto de un contrato de trabajo, no impide que los hechos sean punibles al amparo del delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el art. 311 CP.

**TS. Sala de lo Penal. Sentencia nº 642/2023 de 24 de julio. Rec. nº 629/2021.**

## **8. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

**Salvo que expresamente venga regulado en el convenio colectivo de aplicación, no procede instar expediente contradictorio previo en los despidos disciplinarios en aplicación de las previsiones del art. 7 del Convenio 158 de la OIT. (Sigue la línea del TSJ de Madrid contraria a la del TSJ Illes Balears.)**

El órgano judicial de instancia recuerda al actor que el citado artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, si bien plantea la necesidad de que cualquier trabajador despedido pueda conocer los cargos que se le imputan antes de ser despedido, acto seguido recoge una excepción por la que libera a su empleador de esta exigencia cuando se trate de despidos disciplinarios en el sentido estricto del término (incumplimientos laborales).

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, y si se hubiere hecho esto, el actor se hubiere dado cuenta que el art. 1 del Convenio 158 también es claro al señalar que lo allí regulado deberá aplicarse por medio de la legislación nacional. El art. 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y en nuestro caso, ese desarrollo viene en el art. 55.1 y 2 del TRLET, así como por 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) pero para los que no se tiene en cuenta la naturaleza de los incumplimientos que se les imputan.

Por tanto, como el TRLET en estos casos no impone a la empresa la obligación de dar audiencia previa a un trabajador como el actor, que 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 arbitrado esta exigencia, a la única conclusión a la que se puede llegar es que empresa cumplió con las obligaciones formales que le impone tanto nuestra legislación interna, como la internacional, desde el mismo momento que entregó al actor la carta de despido comunicándole para que se pudiera defender con plenas garantías de las faltas cometidas que se le imputaban, así como su calificación, por lo que procede rechazar este segundo motivo de nulidad.

**TSJ Cataluña. Sentencia nº 4257/2023 de 4 de julio. Rec. nº 1749/2023.**

## 9. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **El rastreo del historial de búsquedas en internet por parte de la empresa no vulnera la intimidad del empleado**

El trabajador era conocedor del uso profesional que debía dar al ordenador, estando expresamente prohibido. No obstante, el despido en este asunto es improcedente por el escaso tiempo en que utilizó internet para otros menesteres, no redujo su rendimiento, ni afectó a la empresa o a sus compañeros.

Cuando una herramienta informática se pone a disposición de los trabajadores por parte de la empresa, no cabe alegar vulneración del derecho a la intimidad del trabajador simplemente por un rastreo del historial de búsqueda efectuado en el ordenador sin intromisión en correos o documentos elaborados personalmente por el empleado. Además, para el Tribunal enjuiciador es notorio que el trabajador conocía que el equipo era para uso profesional, por lo que no podía tener una expectativa de que ese historial quedara protegido ante una posible investigación.

Descartada la nulidad del despido por no existir vulneración de derechos fundamentales, se declara improcedente ya que no cabe considerar como fraude, deslealtad o abuso de confianza que tan solo en cuatro días concretos el trabajador accediera desde el ordenador de la empresa a páginas web no relacionadas con este uso. No se trató de conexiones continuadas ni durante tiempos abusivos.

La conducta del trabajador no es constitutiva de falta muy grave por tener una tipificación convencional como falta leve, además, valora la sentencia que se trata de un trabajador con casi veinticuatro años de antigüedad, que no consta hubiera sido advertido por la empresa de que su conducta podía tener la grave consideración y trascendencia que se le ha dado. Tampoco ha sido requerido para que cesara en ella, por lo que, además de que la disminución voluntaria del rendimiento no se ha probado (ni resulta automáticamente implícita de las visitas a las páginas web ni se ha causado perjuicio para la empresa ni para los demás trabajadores), la actuación del trabajador no es más que una mera distracción o ausencia del puesto de trabajo durante la jornada laboral, que se podría incardinar como falta leve, pero no merecedora de la máxima sanción de despido.

**TSJ Madrid. Sentencia nº 403/2023, de 26 de abril. Rec. nº 1451/2022.**

## 10. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID.

### **El TSJ de Madrid aplica al WhatsApp corporativo la doctrina del TS sobre el email: cabe revisar y controlar su uso.**

No se vulnera la intimidad del empleado si en el contrato se especifica que el teléfono es para uso profesional y solo se han mirado los mensajes entre trabajador y clientes, porque queda cubierta por la empresa la expectativa razonable de privacidad.

Sobre el poder de control del empresario en relación a herramientas de comunicación facilitadas a los trabajadores, es difícil delimitar hasta dónde llega el derecho del empleador sin vulnerar derechos del trabajador, y en particular sobre los teléfonos móviles. El TSJ apuesta por entender que si la empresa no advierte expresamente que el dispositivo es de uso exclusivo para el trabajo o cuando no establece criterio de uso de los dispositivos informáticos para controlar la actividad, el trabajador puede tener una *“expectativa razonable de privacidad”*.

Así lo ha declarado el TC al señalar que el ámbito de cobertura del derecho fundamental a la intimidad del trabajador viene determinado por la existencia de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad.

La demandante disponía de ordenador y teléfono facilitado por la empresa, siendo el modo habitual de comunicación tanto con la empresa como con los clientes por teléfono, correo electrónico y por la aplicación WhatsApp. Y para acreditar los hechos en que fundamenta el despido, la empresa se apoya (y así lo reconoce en la carta de despido), en su *“... conocimiento del uso indebido de las herramientas de trabajo, realizando actividades idénticas a las encomendadas por la empresa en su exclusivo beneficio”*.

Pero en el caso, el control efectuado por la empresa, de un lado, fue sobre las herramientas de trabajo puestas a disposición de la trabajadora y lo que es más importante, se limitó exclusivamente a las comunicaciones realizadas con los clientes por la trabajadora y, aunque la empresa no había dado normas concretas de uso, ni una expresa prohibición total o parcial del uso privado de los instrumentos de trabajo, con especial referencia al WhatsApp y las conversaciones de correo electrónico, no quedó afectado el derecho a la intimidad de la trabajadora al revisarse solo las conversaciones de WhatsApp con clientes o intermediarios, y en ningún caso, las conversaciones privadas.

El TSJ considera que no fue vulnerado por la empresa ni el derecho a la intimidad de la trabajadora, que debía conocer que el uso del teléfono móvil era para funciones exclusivamente laborales, ni el derecho al secreto de sus comunicaciones al haberse revisado única y exclusivamente, conversaciones de WhatsApp entre la trabajadora y clientes, y no conversaciones privadas, por lo que la prueba no vulneró ningún derecho fundamental. Pero el despido se debe declarar improcedente. No ha quedado acreditada la causa imputada de que intentara lucrarse realizando la misma actividad de transporte que su empleadora cobrando comisiones a los clientes por hacer el mismo trabajo *“por detrás”*.

La prueba se ha obtenido de forma ilícita. Ahora bien, en palabras del propio Tribunal *“... no puede confundirse el despido con violación de derechos fundamentales (por vulneración del derecho a la intimidad), con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción”*, que es lo que en el caso ha sucedido.

**TSJ Madrid. Sala de lo Social. Sentencia nº 405/2023, de 8 de junio. Rec. nº 207/2022.**

## 11. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

**La carga de la prueba de las horas extra recae sobre el empresario si no aporta el registro diario de jornada.**

La empresa es la que está obligada a acreditar que la jornada del trabajador no excede de la ordinaria cuando existe una reclamación en este sentido y no aporta el registro diario de jornada. Y es que la llevanza de este registro tiene carácter preceptivo tras la modificación legislativa del ET introducida por el RDL 8/2021, de 13 de marzo y la nueva regulación de la obligación de control y registro de la jornada laboral diaria.

En el presente caso, el trabajador reclama 1.250 horas extraordinarias, acordando el Juzgado de instancia la aportación de prueba documental por la empresa, hecho que no se produjo. Ante la inexistencia de soporte probatorio que permita acreditarlas, el Juzgado falló a favor de la empresa. Sin embargo, el TSJ estima que no atender a dicho requerimiento niega este medio probatorio al trabajador y lo que procede es la inversión de la carga de la prueba, debiendo ser ella quien tiene que acreditar que la jornada no excede de la ordinaria.

La modificación legislativa consistente en la institución de la obligación patronal de llevanza de un registro diario de jornada de trabajo de cada persona trabajadora ha supuesto un giro copernicano en cuanto a la carga de la prueba de la realización de horas extraordinarias cuando el empresario incumple tal obligación. Por lo que, aplicado al caso, dándose por supuesta la vigencia de la relación laboral entre las partes, correspondía al empresario aportar a las actuaciones el registro diario de la jornada laboral del trabajador a los efectos de acreditar la realización de las horas extraordinarias postuladas, llevanza de registro horario que constituye una obligación legalmente establecida para el empleador.

El Tribunal declara que no puede redundar en beneficio de la empresa -dejando sin prueba al trabajador - el incumplimiento de esta obligación. En definitiva, dada la incomparecencia del empleador al acto del juicio y resultando incontrovertidas las horas extraordinarias que se postulan en la demanda, se reconoce la realización 1.250 horas extraordinarias y condena al empleador al pago de la cantidad de 15.212,50 euros más el 10% de interés por mora.

**TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia nº 4056/2023, de 11 de abril. Rec. nº 6558/2022.**

## 12. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO.

**Los empleados no pueden exigir un determinado horario para cursos formativos que no guardan relación con el trabajo (con voto particular discrepante.)**

No es cuestionado que todos los derechos pueden ejercerse en el ámbito de la empresa y de la relación laboral con las modulaciones y limitaciones derivadas de las obligaciones del contrato de trabajo. Modulaciones que han de ser las estrictamente necesarias e indispensables para proteger los intereses empresariales, siguiendo en general el principio de proporcionalidad entre los derechos constitucionales de los trabajadores y los derechos constitucionales del empresario (básicamente la libertad de empresa).

En este asunto, declara el TSJ que la denegación por la empresa de un determinador horario para realizar cursos de formación ajenos al trabajo no vulnera el derecho fundamental a la educación.

Es necesario acudir al art. 27 de nuestra Constitución que contiene el derecho fundamental de educación en su sentido orgánico, pero no laboral. Por otro lado, el derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, se consagra en obligaciones dirigidas a los poderes públicos para su fomento en política que garantice tal formación y readaptación profesional, y desde el punto de vista estricto de la relación laboral entre empresario y trabajador, los derechos a la promoción y formación tienen unas manifestaciones concretas, como son el derecho al disfrute de permisos necesarios para concurrir a pruebas o exámenes, preferencias a elegir turnos de trabajo y acceder al trabajo a distancia, a puestos o funciones compatibles con tal forma de realización del trabajo, regularidad de estudios de obtención de título académico o profesional; e incluso el derecho a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional y la concesión de permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo.

El asunto enjuiciado es de una dependienta que realiza su trabajo a tiempo parcial al 50% desde el año 2018 y en una situación previa de excedencia en los años 20 y 21. Inicia un proceso de IT en enero del 2022 y solicita pasar a prestar sus servicios "siempre de tarde" para poder acudir a unas prácticas de auxiliar sanitaria en una clínica privada.

La posición mayoritaria del Tribunal ha sido la de desestimar la demanda y sentenciar que no cabe articular la petición al amparo de la modalidad específica por vulneración del derecho fundamental a la educación. No observan indicios de actuación vulneradora de derechos fundamentales, en concreto del derecho de educación, sino que la empresa justifica su denegación basándose simplemente en criterios de reorganización del horario del personal. Por tanto, entienden que no cabe una inversión de carga probatoria lo que hace que el asunto se deba reconducir a la mera discrepancia entre las partes, y a la desestimación de la acción.

Sin embargo, discrepa de este parecer la Magistrada D<sup>ª</sup> Ana Isabel Molina Castiella. A su entender, no se trata el peticionado derecho de una facultad discrecional de la empresa, sino de una obligación legal del empresario, que surge ante la solicitud de la persona trabajadora de adaptar su horario de trabajo para poder realizar las prácticas en orden a la obtención del título (aunque sea de auxiliar de enfermería que nada tiene que ver con su quehacer diario).

En este voto particular, considera la Magistrada que sí se trata de un derecho claramente conectado con el derecho fundamental a la educación por lo que para apreciar la validez de la oposición empresarial a su reconocimiento se exige bastante más que lo acreditado en este supuesto, en el que nada se ha probado en cuanto a las razones organizativas a las que alude la empresa para oponerse al ejercicio del derecho que asiste a la trabajadora a la formación y promoción profesional.

**TSJ País Vasco. Sala de lo Social. Sentencia nº 176/2023, de 24 de enero. Rec. nº 2475/2022.**

### 13. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

#### **Una conducta cometida fuera del lugar y tiempo de trabajo puede ser causa de despido disciplinario.**

En este asunto el trabajador da un puñetazo a otro compañero en un bar a la salida del trabajo, pero estos hechos afectan a las futuras relaciones laborales entre ambos y a la propia imagen de la empresa.

Cuando unos determinados hechos, pese a tener lugar fuera de tiempo y lugar de trabajo, revelan una conducta vinculada o anudada a la relación laboral, que rompe las reglas de la convivencia exigibles, redundando, directa o indirectamente, en perjuicio de la empresa, pueden ser susceptibles de fundamentar un despido.

El Supremo tiene dicho que, aunque el trabajador se encuentre fuera del lugar y horario de trabajo, puede cometer actos que serían sancionables si transgrede la buena fe contractual para causar un perjuicio a la empresa, si con ello incurre en comportamientos que tengan algún tipo de relevancia y vinculación con la actividad laboral.

Y es el caso de una agresión contra un compañero de trabajo en un bar, porque condiciona no solo las relaciones entre ellos sino también la propia imagen de la empresa, máxime cuando estaban presentes terceras personas.

Ambos trabajadores, agresor y agredido, eran guardas de la misma finca, y después de comer juntos, acuden a un bar cercano en el que, tras ingerir varias copas, y en presencia de un tercero que iba a realizar una reparación en la finca, surge una discusión entre aquellos, en la que tras varios insultos y tras verse amenazado el agresor, propina a su compañero un puñetazo en la cara que provocó que cayera al suelo, causándole lesiones.

Aunque no consta la hora exacta en que se produjeron los hechos, sí consta que fue después de comer; y aunque la agresión tuvo lugar en un bar cercano a la finca y no propiamente en ésta, tal conducta puede ser castigada por la empresa con el despido por su evidente repercusión en el trabajo.

Por ello y aunque los hechos tuvieran lugar fuera del tiempo y lugar de trabajo, e incluso aunque el desencadenante de la situación pudiera ser el alcohol que tomaron ambos y la actitud amenazante del otro implicado, el incidente podría tener efectos negativos en relación con el trabajo, y puede ser sancionada con el despido conforme al art. 55.3 ET.

Precisamente y en relación con la previa actitud amenazante del trabajador agredido, se desconoce si es empleado de la misma mercantil o de otra distinta y para poder valorar si existe o no desigualdad de trato, hubiera sido preciso que se hubiera determinado este extremo ya que no puede atribuirse un trato discriminatorio a un empleador en relación con una persona por no haberlo despedido si no es trabajador de aquella.

**TSJ Castilla-La Mancha. Sala de lo Social. Sentencia 1051/2023, de 22 de junio. Rec. nº 391/2023.**

#### 14. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CASTILLA-LA MANCHA.

**Publicar una mala reseña en Google de tu empresa no es por sí sola causa de despido y puede vulnerar el derecho a la libertad de expresión. Nulidad del despido.**

Para que una ofensa a una empresa, vertida en redes sociales, pueda ser merecedora de la sanción de despido, sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión del trabajador, debe valorarse el alcance de la crítica vertida y su veracidad, y en el caso, la Sala estima que debe primar el derecho fundamental del trabajador.

El trabajador realizó una publicación en Google durante la jornada de trabajo, una reseña sobre la empleadora, con el siguiente contenido "*Gestión nefasta, no miran nada por el trabajador, malos horarios trabajando festivos y fines de semana y noches y sueldo bajo, nada recomendable*".

Aunque esta reseña implica juicio valorativo negativo, -la atribución de un disvalor a la empleadora-, con la molestia y el perjuicio que indefectiblemente se asocia a una opinión peyorativa, no fue insultante, injuriosa o vejatoria. No parece que el trabajador buscase el propósito de amplificar injustamente una crítica destructiva hacia la empresa.

No es posible vetar a un trabajador que emite una crítica el uso de cualquiera de las plataformas o instrumentos de internet que constituye, en el momento actual, y junto con los medios audio visuales, la principal herramienta de transmisión de ideas, opiniones e información.

Además, valora la Sala la veracidad de la reseña porque 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 previas discrepancias entre la empresa y el trabajador sobre aspectos relativos al tiempo de trabajo. El trabajador podrá tener razón o no, pero la reseña es una reacción frente a una situación realmente existente, y en ella no se utilizan expresiones injuriosas u ofensivas, ni personaliza las críticas, ni falta el respeto a persona alguna.

La actitud del trabajador no se estima que fuese desproporcionada, solo vierte una crítica en un medio que, aun siendo de público acceso, no consta que goce de una audiencia especialmente significativa y en el que se han realizado también otras críticas y se puede presuponer que existirán también opiniones favorables, además de la posibilidad de que la empresa replique, ya sea directamente o mediante nuevas entradas, desvirtuando o poniendo en duda las opiniones críticas.

Hoy en día, el uso de internet no implica por sí solo un factor de reproche en la conducta del trabajador, salvo que concurren otras circunstancias a valorar, como ocurre cuando se utilizan ofensas o se falta el respecto gravemente a compañeros, superiores y terceros o si, por ejemplo,

se insulta clientes en un video portando el uniforme y distintivos de la empresa; pero lo relevante es que exista un plus en la conducta del trabajador merecedora de reproche, más allá del solo uso de internet para publicar una crítica sobre la empresa.

En el caso, valorada la reseña realizada en Google, no estima la sala que exista este plus y sancionar la conducta, aunque sean críticas, y por ello la decisión extintiva debe calificarse como nula.

**TSJ Castilla-La Mancha. Sala de lo Social. Sentencia nº 976/2023 de 15 de junio. Rec. 289/2023.**

## **15. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

**Es perfectamente adecuado a derecho contratar a un detective para controlar a un trabajador con libertad de horarios y coche de empresa sobre el que se tienen sospechas de actuaciones irregulares.**

La empresa sospechaba que el empleado no realizaba su trabajo, por lo que contrató a un detective, que confirmó que se dedicaba a tareas personales en tiempo de trabajo e imputaba el kilometraje a las cuentas empresariales

El TSJ de Cataluña desestimó el recurso interpuesto por un auxiliar administrativo acusado de realizar tareas personales e ir a bares con el coche de la empresa en horario laboral. El empleado defendió que su despido era nulo, por invadir su privacidad, sin embargo, la empresa consigue probar que el trabajador cargaba a la compañía los gastos de combustible imputables a sus tareas de ocio.

En la sentencia, el auxiliar alega que la investigación privada vulneraba su derecho a la intimidad, pues se hizo fuera del horario laboral, y por ello no podía considerarse válida. Pero para el tribunal no es así, pues considera que la investigación se realizó durante un total de cuatro días, y esta sí cubría horario laboral.

Según rezan los hechos de la sentencia, el empleado trabajaba como auxiliar administrativo en una empresa cuando en 2022 fue despedido por esta causa. En la carta de despido, la compañía indicó que el trabajador había roto la confianza empresarial, por desatender sus obligaciones laborales, además de ausentarse de su puesto de trabajo y no contestar a las llamadas.

La empresa contrató a un detective privado debido al bajo rendimiento laboral, sus continuas ausencias y el surgimiento de una serie de gastos de desplazamiento que remitía a la empresa. El investigador privado realizó un seguimiento de cuatro días, en el que demostró que el auxiliar se dedicaba a dar paseos con una mujer, acompañar a su esposa e ir de bares.

Por todo ello, la empresa consideró que su auxiliar cometió un abuso de confianza y que su conducta era contraria al código laboral empresarial, pues explicaba que cargaba a su empresa unos gastos por desplazamiento que no hacía y que no realizaba su jornada laboral acorde a su puesto de trabajo. En resumen, la empresa emite un despido disciplinario.

**TSJ Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia de 7 de junio de 2023.**

---

*Departamento Laboral y de Seguridad Social.*

*Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral*

*Email: ortegaf@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Jorge Barbat Soler*

*Email: jbarbat@ortega-condomines.com*

*Persona de contacto: Raül Sala Cuberta*

*Email: rsala@ortega-condomines.com*