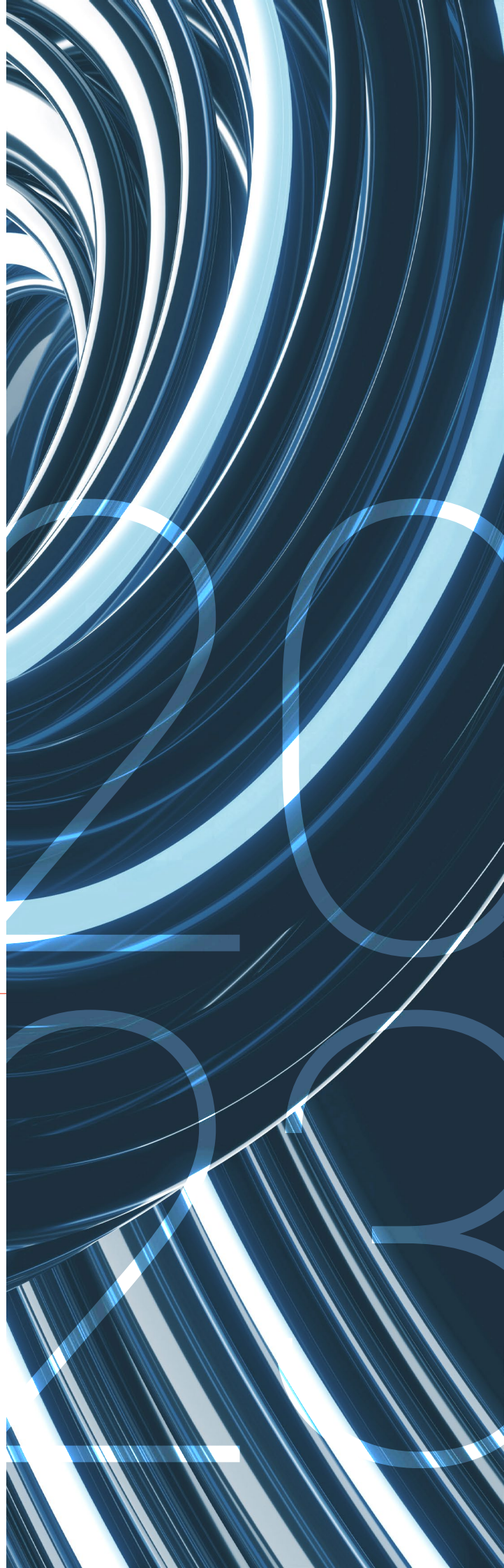


Pérez-Llorca

Newsletter
**Laboral,
compensación
y beneficios**

SEPTIEMBRE 2023



Índice

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Planes y fondos de pensiones /3

Mecanismo RED /3

Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero /3

FOGASA /3

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo declara que el hecho de que se produzca la reincorporación a tiempo parcial de un trabajador en excedencia, cuya relación laboral de origen era a tiempo completo, no constituye una novación automática de su contrato de trabajo /4

Despido nulo por discriminación por raza /6

La Audiencia Nacional considera un ciberataque como fuerza mayor al considerar la situación como previsible pero inevitable /8

La ley 15/2022 en relación con la nulidad de las cláusulas que penalizan el cobro de incentivos en las situaciones de incapacidad temporal: ¿una nueva tendencia jurisprudencial? Análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional 80/2023, de 19 de junio de 2023 /10

Una baja por ansiedad es accidente de trabajo por su vinculación con la conflictividad en el entorno laboral /12

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Planes y fondos de pensiones

Real Decreto 668/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, para el impulso de los planes de pensiones de empleo.

Mecanismo RED

Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero

Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español.

FOGASA

Orden TES/941/2023, de 1 de agosto, por la que se regula el procedimiento para el reintegro al Fondo de Garantía Salarial, O.A., de las prestaciones pagadas indebidamente.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo declara que el hecho de que se produzca la reincorporación a tiempo parcial de un trabajador en excedencia, cuya relación laboral de origen era a tiempo completo, no constituye una novación automática de su contrato de trabajo

Blanca Nieto | Abogada

- › Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, número 376/2023 de 24 de mayo de 2023 (Rec. 2355/2020)

Los trabajadores, de acuerdo con lo fijado en el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el “ET”), cuentan con el derecho a disfrutar de una excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años siempre que (i) cuenten con al menos, un año de antigüedad en la empresa y (ii) hayan transcurrido, en su caso, más de 4 años desde el final de la anterior excedencia.

No obstante, la normativa afirma que “*El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*”. Por tanto, el trabajador que disfrute de una excedencia voluntaria no ostenta un derecho de reserva de puesto de trabajo, sino que únicamente tendrá un derecho preferente de reingreso a un puesto de trabajo de igual o similar categoría a la suya. Clara y conocida diferencia con el régimen de la excedencia forzosa y de otras causas suspensivas del artículo 45 del ET que compensa este peor efecto de reingreso con la inexistencia de una causa justificativa de la excedencia voluntaria, solo sometida a la voluntad del trabajador y el cumplimiento de esos aspectos temporales.

Pues bien, recientemente el Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia relacionada con lo anterior que, entre otras cuestiones, parece ampliar el concepto que podría entenderse por puesto de trabajo “*de igual o similar categoría*” o “*puesto de trabajo equivalente*” a efectos de ejecución de ese efectivo derecho preferente al reingreso.

Así, la cuestión controvertida resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo radica en determinar si la reincorporación de una trabajadora, excedente voluntaria, a través de un contrato a tiempo parcial, constituye una novación de su anterior contrato a tiempo completo, extinguiéndose su derecho preferente de reingreso, o si, por el contrario, implica el mantenimiento de su derecho a reincorporarse a jornada completa cuando existan vacantes.

Igualmente, en el seno del procedimiento se dirime si, producida la vacante a tiempo completo sin modificarse las condiciones de la trabajadora que fue reincorporada a tiempo parcial, ésta tiene derecho a percibir las diferencias salariales correspondientes desde que se produce dicha vacante y hasta que se la reincorpora a un puesto a tiempo completo.

El resumen de los hechos examinados radica básicamente en que una trabajadora de un supermercado disfrutó durante 3 años de una excedencia voluntaria (esto es, entre 2008 y 2011) y que, tras su finalización, solicitó su reincorporación a la empresa en diferentes ocasiones, no siendo hasta febrero de 2017 cuando la trabajadora finalmente aceptó una vacante a tiempo parcial que le fue ofrecida por la empresa. En el momento en que la trabajadora aceptó reincorporarse a jornada parcial, expresamente indicó que ello no suponía renunciar a su expectativa de derecho a reincorporarse con un contrato a jornada completa, haciéndolo constar de forma explícita bajo la firma del contrato a tiempo parcial que suscribió con la empresa.

Posteriormente, en una nueva incidencia relevante para el caso, en septiembre de 2017, una trabajadora temporal de la empresa con jornada parcial habría pasado a prestar servicios a jornada completa mediante una novación contractual.

En vista de la situación anterior, la trabajadora presentó demanda frente a la empresa en la que reclamaba que se le reconociese el derecho a reincorporarse en un puesto de trabajo a tiempo completo, a pesar de haber aceptado la reincorporación a un puesto de trabajo a tiempo parcial y, en consecuencia, que su contrato de trabajo a tiempo parcial fuese novado en un contrato a tiempo completo, en tanto que en fecha posterior a su reincorporación a tiempo parcial (esto es, en septiembre de 2017) se habría producido una vacante a tiempo completo al transformarse un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo, contraviniendo su derecho preferente y justificando una petición de compensación salarial por la deferencia entre parcialidad y tiempo completo.

Dicha demanda fue, en primera instancia, estimada por un Juzgado de lo Social de Albacete y, posteriormente, parcialmente confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en vía de recurso de suplicación. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (i) revocó el pronunciamiento de la sentencia de instancia relativo al deber de la empresa de indemnizar a la trabajadora mediante el abono de los salarios dejados de percibir desde su reincorporación (esto es, febrero de 2017) y hasta que se le convirtiese su contrato a tiempo completo y (ii) fijó que los salarios a abonar deberían computarse desde septiembre de 2017, fecha en que se habría constatado la efectiva existencia de una vacante a tiempo completo que no fue ofrecida a la trabajadora.

Posteriormente, ambas partes recurrieron la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha en casación unificadora.

La trabajadora solicitó la revocación de la sentencia recurrida y el mantenimiento de la sentencia de instancia. En contra, la empresa solicitó la revocación total de ambas sentencias y la desestimación íntegra de la demanda por entender que se habría producido una novación contractual, denunciando al efecto infracción de los artículos 12.4.e) y 46.5 ET. Para ello, la empresa, aportó como sentencia de contraste un pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 23 de marzo de 2018 (Rec. 55/18) en el que se afirmaba que la aceptación de un trabajador en excedencia voluntaria de una vacante a tiempo parcial, a pesar de ser su contrato de trabajo de origen a tiempo completo y haber manifestado este que no renunciaba a su derecho a reincorporarse a una vacante a tiempo completo, implica una novación contractual consentida por el propio trabajador, no teniendo derecho a ningún tipo de indemnización, así como extinguiéndose su derecho preferente de reingreso.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tras apreciar la contradicción existente entre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anteriormente mencionada, casa doctrina y ratifica lo sentenciado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

En concreto, el Tribunal Supremo concluye que, si el trabajador tenía la condición de trabajador indefinido a tiempo completo con anterioridad a la excedencia, la vacante que debe ofrecérselo es aquella que conlleve la misma situación contractual, sin perjuicio de que la empresa que no tiene vacantes a tiempo completo pueda ofrecer al excedente una vacante a tiempo parcial. No obstante, en dichos casos el trabajador será libre de aceptarla o no y, aun caso de aceptarse mantendrá su derecho a que se le reincorpore en una vacante a tiempo completo. Además, y en relación con el objeto del conflicto debatido, indica el Alto Tribunal que el trabajador excedente tiene preferencia al reingreso frente a otros trabajadores de su misma categoría que hayan visto convertido su contrato de trabajo temporal y/o a tiempo parcial en otro indefinido y/o a jornada completa tras producirse la solicitud de reingreso. Lo anterior a pesar de que la transformación o novación de los contratos no supone el acceso de personal externo a la empresa.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo manifiesta que el artículo 12.4.e) ET expresamente establece que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador de que se trate, sin que pueda imponerse unilateralmente por la empresa, ni siquiera mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ex artículo 41.1.a) ET.

Por tanto, el Tribunal Supremo afirma que, en el caso debatido, al haber manifestado la trabajadora de forma expresa que la aceptación de una vacante a tiempo parcial no implicaba renuncia a su derecho preferente a reingresar a un puesto de trabajo a jornada completa, dicha manifestación evidenciaría que no consentía la novación de su contrato indefinido en un contrato a tiempo parcial y que, si aceptaba la reincorporación mediante un contrato a tiempo parcial, ello no significaba en modo alguno que renunciase a ser reincorporada en las mismas condiciones que regían antes de la excedencia.

En definitiva, el Tribunal Supremo unifica doctrina y afirma que la reincorporación de una trabajadora, excedente voluntaria, a través de un contrato a tiempo parcial, no constituye una novación de su anterior contrato a tiempo completo, sino que implica el mantenimiento del derecho preferente a reincorporarse a jornada completa cuando exista una vacante.

En vista de todo lo anterior, puede concluirse que la Sala de lo Social Tribunal Supremo, en relación con la posibilidad de que se produzca una novación contractual, adopta la teoría civilista del consentimiento, al manifestar que el mismo debe ser expreso y manifiesto de cara a que pueda producirse dicha novación.

Además, parece ampliar el concepto de puesto de trabajo equivalente que debe ser ofrecido al trabajador excedente en tanto que, de lo expuesto anteriormente, podría deducirse que no basta con que el puesto sea de igual o similar categoría, sino que también sería necesario que se desarrolle bajo las mismas condiciones a las que estaba sujeto el contrato de trabajo de origen (esto es, que conlleve la misma situación contractual originaria), no extinguiéndose el derecho preferente de reingreso hasta el momento en que no se le ofrezca al trabajador excedente un puesto vacante que se desarrolle bajo las mismas condiciones que este último ostentaba antes de disfrutar de una excedencia voluntaria. Así, podría concluirse o interpretarse que la vacante, en aras a poder considerarse idónea por referirse a un puesto de trabajo equivalente, es necesario que mantenga, junto a la identidad de clasificación profesional o de tareas que agrupen el mismo desempeño profesional, las mismas condiciones laborales que venía disfrutando el trabajador antes de solicitar una excedencia voluntaria (tales como, jornada, horario de trabajo, etc.), no resultando idónea una vacante que, atendiendo a las condiciones bajo las que deba desarrollarse desde el reingreso, pudiera implicar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que el trabajador excedente ostentaba con anterioridad al disfrute de una excedencia voluntaria.

Despido nulo por discriminación por raza

Paula Gaitán | Abogada

› [Sentencia del Juzgado de lo Social de León 24/2023, de 18 de mayo de 2023](#)

El Juzgado de lo Social número 13 de León, en su reciente Sentencia del 18 de mayo de 2023, ha declarado nulo un despido basándose en la ya recurrente aplicación en la jurisdicción social de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Por resumir las circunstancias del caso, el demandante venía prestando sus servicios de forma continuada como camarero para un bar restaurante desde el mes de noviembre de 2022 mediante contrato indefinido a tiempo parcial cuando, en fecha de 8 de enero de 2023, fue dado de baja por el empleador en la Tesorería General de la Seguridad Social sin previo aviso.

Ante tal hecho, el trabajador interpone demanda de despido para que se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia de la decisión de la empresa demandada de extinguir el contrato de trabajo, solicitándose además una indemnización de 7.501 € por vulneración de derechos fundamentales. Por su parte, la empresa negó la existencia de un despido nulo, oponiéndose a lo solicitado por el trabajador.

En el relato de hechos se exponen tres argumentos de la empresa que resultan de interés: de una parte, asegurando que el trabajador presentó su baja voluntaria; de otra, que el trabajador no superó el periodo de prueba y, finalmente, que el cese se produjo por incomparecencia del empleado a su puesto de trabajo.

Existe, pues, una evidente discordancia en la exposición de hechos de ambas partes, que coinciden únicamente en la comunicación del cese por parte de la empresa al trabajador, lo que sucede el 16 de enero de 2023.

En el acto de juicio, el trabajador reconoció la existencia de problemas con su superior jerárquica, que se iniciaron cuando ésta tuvo conocimiento de que el trabajador era de etnia gitana, motivo por el cual solicita la nulidad del despido y la indemnización adicional, entendiendo que tal es la verdadera causa que justifica la resolución contractual. En este sentido, en el relato de hechos se destacan diversos acontecimientos que incluyen comentarios despectivos de la referida superior jerárquica hacia la comunidad gitana. De ahí que el trabajador reivindique la nulidad del cese fundada en motivos de discriminación directa por razón de origen racial y étnico, así como su derecho a la igualdad de trato y no discriminación, lo que, unido a la debilidad de la causa extintiva alegada por la empresa relativa al abandono del puesto de trabajo, ya permite intuir la dificultad de excluir la presencia de una más que presumible conexión causal entre su condición racial y el cese practicado.

Así, tras hacer un análisis de lo sucedido, el Juzgado de lo Social declara nulo el despido e impone además indemnización por daños morales. Declaración de nulidad del despido que determinó, junto a la readmisión inmediata del trabajador por parte de la empresa demandada, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, descontando las cantidades que el trabajador hubiera podido percibir por otros empleos o subsidios percibidos, todo ello según el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, el abono de la indemnización por daños morales que lleva aparejada la declaración de vulneración de derechos fundamentales.

Concretamente la Sentencia establece que:

«Respecto a la calificación del despido, reivindica la defensa del trabajador que dicho cese habría devenido nulo al haber incurrido en una discriminación directa por razón de raza, y su derecho para la igualdad de trato y no discriminación, razón por la cual intuye el interesado que existe una notoria conexión causal entre su condición racial y el cese practicado.

En definitiva, se destaca la necesidad de que quien afirma la discriminación acredite la existencia de un panorama o clima propicio a la conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que haga verosímil su imputación.»

Es relevante destacar, mediante la aplicación del artículo 27 de la Ley 15/2022, la imposición de una indemnización adicional por daños morales. La ley establece que una vez acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que será valorado atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la Ley 15/2022 y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Para todo ello, debe tenerse en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

En consideración a los anteriores criterios, el juzgador impone una indemnización de 7.501 euros, justificando en dicha cuantía su función disuasoria y no únicamente resarcitoria, teniendo en cuenta además la duración de la relación laboral, lo que expone en los siguientes términos:

«Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, para la reparación de los daños morales ínsitos en cualquier vulneración de un derecho fundamental, atendiendo a que la indemnización tiene una finalidad no solo resarcitoria sino también disuasoria, al tiempo de vigencia de la relación laboral, a la retribución del trabajador y al carácter puntual de la lesión, aplicando como módulo la cuantía de la sanción prevista en el artículo 40.1.c) de la LISOS (Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros), para la represión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 8.12 del mismo cuerpo normativo.»

Es interesante a su vez advertir que en este caso el trabajador se encontraba en periodo de prueba al momento de producirse su baja en la Tesorería General de la Seguridad Social y que, de haber procedido la empresa a comunicar la no superación del periodo de prueba de manera justificada para, posteriormente,

proceder a la baja en la Tesorería General de la Seguridad Social, hubiera sido más que probable que la pretensión del trabajador no hubiera sido estimada.

Al respecto, razona el Juzgado de lo Social que (i) la falta de acreditación por parte de la empresa de la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, unido a (ii) las versiones contradictorias ofrecidas en cuanto a la forma y el motivo del despido del trabajador y (iii) el clima hostil que percibía el trabajador por su condición racial ofrece indicios suficientes de la discriminación padecida por éste en la acción extintiva.

En conclusión, quiere destacarse esta Sentencia y este breve comentario para poner de manifiesto que, a pesar de que la Ley 15/2022 es usualmente empleada para proteger a trabajadores de acciones que deben considerarse nulas por discriminaciones ante situaciones de enfermedad e incapacidad temporal, existen otros muchos motivos que pueden ser igualmente interpretados como causa de discriminación, concretamente los relativos a nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Lo que exige de las decisiones empresariales una causa razonable y suficiente de su adopción que asegure la ausencia de cualquier móvil discriminatorio ante la expresión de indicios por parte del trabajador.

La Audiencia Nacional considera un ciberataque como fuerza mayor al considerar la situación como previsible pero inevitable

Cristina Ortega | Asesora jurídica

La Audiencia Nacional en su sentencia nº 67/2023 (Sala Social), de 26 de mayo de 2023, (rec. nº 14/2022) se pronuncia sobre un asunto relativo a la impugnación de actos de la Administración, en concreto, la calificación de un ataque informático en una empresa del sector de las telecomunicaciones como un caso de fuerza mayor.

Dicha calificación viene a revocar la previa decisión de la Dirección General de Trabajo, de 15 de julio de 2021, que no consideró dicha circunstancia como causa de fuerza mayor, con cuantas consecuencias jurídico-laborales derivan de dicha concepción.

El supuesto enjuiciado se refiere a la solicitud de la empresa afectada de suspensión de multitud de contratos de trabajo, invocando en su causa una incidencia informática para frenar la expansión de un virus *ransomeware*, hecho que significó el cese de la actividad para la mayoría de la plantilla de la empresa y que la empleadora entendió constitutiva de un supuesto de fuerza mayor temporal. No obstante, dicha solicitud fue denegada por parte de la Dirección General del Trabajo, por lo que se continuó con la actividad.

Como consecuencia de lo anterior, la empresa se ve afectada por un virus indetectable, llamado “Ryuk”, que se introduce en todos los servidores y ordenadores de la empresa, dando como resultado una inoperatividad absoluta de la actividad empresarial, al impactar en todos los componentes de infraestructura informática que la empresa tenía disponibles.

El funcionamiento del virus es sencillo: penetra desinstalando todos los antivirus, con lo cual se inicia de manera invisible, para impactar posteriormente encriptando todos los archivos disponibles en los sistemas Microsoft Windows, encriptando todo su contenido y substituyendo su original extensión por “ryk”. Se puntualiza que sólo se vieron afectados los sistemas informáticos internos, sin dañar la de sus clientes.

Para mitigar los daños, la empresa inició un plan de recuperación de aquellos sistemas que se habían visto perjudicados con la finalidad de retomar la actividad lo más temprano posible y recuperar a través de las copias de seguridad todo aquello que resultara posible. Por consiguiente, se realizaron cuantos

análisis estaban disponibles con tal de identificar la vía de acceso del virus, pero sin resultar posible evitar los efectos del ciberataque.

A mayor abundamiento, es reseñable que la empresa disponía de las más extremadas medidas de seguridad, en una actividad de prevención dirigida a evitar situaciones como la que se produjo. Entre ellas, se acredita que la empresa dispone de la certificación ISO más avanzada sobre técnicas de seguridad de la información, renovada anualmente por medio de control de auditorías; prevé controles específicos sobre determinados riesgos; A nivel organizativo existen numerosos controles de seguridad operativa diaria sobre dichos sistemas de información que comprenden: La asignación de usuarios con contraseñas complejas, revisión periódica de permisos y privilegios de usuarios, sobre todo de los administradores; La segmentación de redes que se destinan a otros servicios. Gestión de las conexiones remotas con tal de que sean seguras; Todos los equipos disponen de antivirus actualizados; La seguridad se gestiona de manera centralizada, realizándose de forma periódica copias de seguridad y de almacenamiento en los lugares más seguros, sin mencionar que incluye un procedimiento para la gestión de incidencias de seguridad informática; Reseñar, que, se elaboró por parte de la compañía un manual de respuesta técnica para combatir los ataques informáticos derivados de *randsomware*. Finalmente, tiene contratado un servicio de seguridad informática mediante el cortafuegos Fortinet.

Por su parte, la Dirección de Trabajo adjuntaba informe de la ITSS, que no niega que el ataque haya existido, sino que consideraba que no había sido causado por razones de fuerza mayor, por no interpretarlo como una causa imprevisible o inevitable por parte de la empresa. En este sentido, se señalaba que no había quedado acreditada la imposibilidad de trabajar, advirtiéndose, incluso, que algunos trabajadores seguían acudiendo al centro de trabajo. A lo que oponía la empresa que lo hacían por un principio de disponibilidad, y que no desarrollaban su actividad normal, porque se vio impactada con la entrada del virus. No obstante, dicho informe de la autoridad laboral no acredita la imposibilidad de prestar servicios, por lo que se consideró que no existió causa de suficiente entidad como para impedir el cumplimiento de las obligaciones de trabajar y remunerar. Dicho informe también recoge las medidas que tomó la empresa para retomar la actividad.

Sin embargo, a la luz de dichos informes, se revela en opinión del Tribunal la gran importancia e impacto que tuvo el ataque, puesto que supuso la paralización casi total de la actividad empresarial, por lo que el ataque queda acreditado que tuvo la suficiente magnitud y entidad para conllevar la imposibilidad de trabajar, que es lo que justifica la calificación del supuesto de fuerza mayor.

De lo anterior se desprende que la decisión de la AN fue resolver el recurso en sentido positivo, fallando a favor de la empresa, por cuanto se ha considerado que el ciberataque se encuadra en este caso en un supuesto de fuerza mayor. Al efecto, se argumenta que no se trata de que el ataque sea siempre neutralizado por la empresa (obligación de resultado), sino que la prevención de dicha circunstancias constituye una obligación de medios, es decir, de que se hayan adoptado todas las medidas preventivas disponibles para neutralizar el virus, y queda constatado que la empresa puso a disposición todas las medidas razonables para prevenir y defenderse del ataque pese a que aun así sucedió, por lo que se considera que la previsibilidad de esta situación no niega su carácter inevitable.

En definitiva, la Sala considera que se trata de un caso de fuerza mayor debido a que:

- i) Se adoptaron todas las medidas preventivas posibles y disponibles para su neutralización.
- ii) Se contaban con todos los medios posibles para neutralizar el virus conforme a los conocimientos técnicos disponibles.
- iii) Tampoco se considera que hubiera una conducta defectuosa en la prestación de las obligaciones en materia preventiva relativo a la seguridad informática por parte de la empresa, de modo que, aun cuando las medidas adoptadas fueron correctas, no se pudo eludir el ataque, de modo que, pese a ser previsible, o previsto el riesgo, sus efectos resultaron inevitables.

En conclusión, se considera que el ataque tuvo la suficiente entidad como para ser causa plena para determinar la imposibilidad de trabajar y justificar, por tanto, la circunstancia de fuerza mayor.

La ley 15/2022 en relación con la nulidad de las cláusulas que penalizan el cobro de incentivos en las situaciones de incapacidad temporal: ¿una nueva tendencia jurisprudencial? Análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional 80/2023, de 19 de junio de 2023

Carmen Ramos | Asesora jurídica

Desde la entrada en vigor de la norma 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se abrió un nuevo horizonte hacia escenarios jurisprudenciales inéditos en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena. Ejemplo de ello fue la calificación de ciertos despidos en situación de Incapacidad Temporal como nulos, al apreciarse discriminación por enfermedad o condición de salud, tal y como reconoce la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, núm. 419/2022, de 15 noviembre de 2022 (Rec. 467/2022), así como en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Burgos, núm. 204/2023, de 4 mayo 2023 (Rec. 847/2022).

En este contexto, comienzan a surgir recientes supuestos de calificación de despidos que se enmarcan en los preceptos de esta Ley, y que vienen auspiciados por la amplitud de su terminología, por la creación de nuevos conceptos o causas de discriminación y por la transversalidad de muchas de las circunstancias incluidas. Es por ello por lo que el análisis de la citada sentencia resulta de relevancia e interés, pues trae consigo un verdadero cambio de criterio de la Audiencia Nacional, al estimar la pretensión de las demandas formuladas por sindicatos y como corolario, declararse contrario a derecho el clausulado controvertido en el cobro de incentivos que ahora se analizan en clave de eventual discriminación por razón de estado de salud.

El supuesto controvertido hace referencia al plan de incentivos de la empresa SITEL IBERICA TELESERVICIOS, S.A., que establecía por consecución de objetivos de venta la posibilidad de suprimir o reducir el cobro de dicho concepto retributivo por haberse superado determinados niveles de absentismo en el trabajo. Así, se computarían a estos efectos (i) los periodos de incapacidad temporal, (ii) los permisos no retribuidos por acompañamiento a consultas médicas a familiares menores y mayores de 65 años y (iii) aquellos trabajadores que hubieran recibido sanciones, avisos, escritos y/o amonestaciones por no alcanzar los estándares de calidad exigidos durante el mes correspondiente.

Veamos por separado cómo analiza la Sala cada uno de esos supuestos:

- i) En lo relativo a la primera cláusula, de los periodos de Incapacidad Temporal, la Sala trae a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, núm. 102/2016, de 8 de junio. 2016, (Rec. 131/2016), con un supuesto similar al actual, en el que se desestima la pretensión de los sindicatos por considerar legítimo que la empresa, a través de sus planes de incentivos, procure disminuir el absentismo en el centro de trabajo. La Sala estima que tal incentivo no penaliza propiamente la incapacidad temporal, al entender que uno de sus legítimos fines es la reducción del absentismo.

Dicho argumento, sin embargo, no resulta aplicable a la presente sentencia, pues estos planes tienen como único propósito la consecución de objetivos de venta de gestión telefónica, y no la reducción del absentismo en el trabajo. Y es en este punto donde la Sala apela a la reciente y ya citada Ley 15/2022 para, en base a su artículo 2, argumentar lo que será el punto de inflexión de su valoración: el concepto de **discriminación por enfermedad o condición de salud**. De esta forma, se estaría produciendo un trato discriminatorio directo por enfermedad a aquel trabajador que no fuese retribuido por haber superado el índice de absentismo únicamente por encontrarse en situación de incapacidad temporal. Por consiguiente, se estaría dispensando un trato desigual y menos favorable a quien se halla en tales

circunstancias, que a los trabajadores que no hubieran causado periodos de IT en el tramo temporal de referencia. Es por ello por lo que surge así una nueva seña identitaria protegida y proscrita frente a la discriminación: la discriminación directa por enfermedad. En este sentido, como expresamente señala la resolución comentada, *«Desde esa sentencia hasta la actualidad se han producido novedades legislativas que las demandas invocan y que determinan la necesaria alteración de las soluciones judiciales»*.

- ii) Respecto a los permisos no retribuidos por acompañamiento a familiares, la Sala declara una nulidad por **discriminación indirecta por razón de sexo**, apoyándose a estos fines en la existencia de numerosas estadísticas en las que la mujer asume en mayor medida el cuidado de menores y ascendientes, al ser aquella quien mayoritariamente reduce su jornada o pierde el empleo por tareas de cuidado. Prueba de ello es que un 65,91% de la plantilla sean mujeres, que un 65,2% de los trabajadores con hijos a su cargo sean mujeres, o que, en el año 2021, un 87,39% de permisos de excedencia por cuidado de hijos fueran solicitados por mujeres, tal y como apuntan los hechos probados de la referida sentencia. De esta forma, se infiere que, en todo caso, es la mujer la que acaba mayormente perjudicada a consecuencia de dicha cláusula.

En esta línea, pueden recordarse las STC 71/2020 y 108/2019, que precisan que *“las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutio- ne, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionali- dad” (...)* *“Es necesario recordar, una vez más, que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy las mujeres aún soporan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad”*. Protección igualmente reforzada en el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A su vez, la sala también argumenta una **discriminación por asociación** en base a la Ley 15/2022, pues se estaría discriminando al trabajador que hace uso de este permiso por su relación con el destinatario de la consulta médica, relación además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado.

- iii) Finalmente, en lo que respecta a la última pretensión relativa a la supresión o reducción del cobro de incentivos como consecuencia de ser sancionado, multado o amonestado durante el mes correspondiente, la Audiencia la declara contraria a derecho por tratarse de una **multa de haber** al trabajador (artículo 58.3 del Estatuto de los Trabajadores: *“No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber”*).

Este supuesto se aprecia por la sala debido a que el trabajador realiza un sobreesfuerzo para lograr los objetivos de venta, mientras que el empresario efectivamente dispone de ese trabajo sin retribuirle nada a cambio. Esto produce como corolario la afectación e incumplimiento del sinalagma funcional de las obligaciones laborales, produciendo una merma a la retribución ya devengada por el trabajo realizado.

De acuerdo con lo anterior, extraemos una vez más una nueva lectura de la Ley 15/2022, que se abre paso como la norma invocada por la amplitud terminológica del concepto — ya amplio per se — de *“discriminación”*, o de *“discriminación por enfermedad o condición de salud”* y el refuerzo de esta causa en el

ámbito de las relaciones laborales, provocando una mayor recurrencia a ella y a su aplicación por parte de los Tribunales. De esta forma, es notorio el progresivo mayor número de supuestos de esta categoría.

Recordemos que una de las incorporaciones de esta normativa fue la inversión de la carga de la prueba en su artículo 30.1, por el que *“corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*. A este último respecto, cabe resaltar que *“acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral”* (artículo 27.1), además de que, ante *“diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes”* (artículo 7).

Por tanto, observamos cómo ya no solamente se trata de una modulación en la carga de la prueba, sino que opera como una suerte de argumento infranqueable por el que, si el empresario no es capaz de probar una causa suficiente y razonable que justifique la procedencia de sus medidas, le augurará una mayor probabilidad de la declaración de nulidad de pleno derecho (artículo 26) Similar fue el caso enjuiciado en la STSJ Baleares núm. 31/2023, de 24 de enero (Rec. 407/2022) por cuanto, aunque se acabó descartando la posible calificación como discriminatorio y, en consecuencia, nulo, del despido en cuestión, la Sala entendió que la vigencia de la nueva Ley 15/2022, ya vigente en el momento de dictar sentencia, hubiera podido derivar en otra conclusión, de no ser porque no era aplicable al caso por aprobarse con posterioridad al despido, estimando, pues, la doctrina anterior a favor de lo dispuesto en el precepto legal entonces vigente.

En definitiva; su aplicación ya no se limita únicamente a nulidades por despido en IT, sino, como vemos en esta reciente sentencia, ante cualquier medida que pueda ir en detrimento del trabajador y que pueda enmarcarse en tal supuesto.

Ahora solo cabe preguntarse: ¿habría tenido distinta calificación esta pretensión de no ser por la falta de alegaciones empresariales? O ¿cambiará el Alto Tribunal la tendencia “proteccionista”? Lo cierto es que, en un mar de referencias legislativas genéricas, hay que estar muy atentos a los presupuestos que se han de dar para eludir el reproche de discriminación; debe ser imperativo para el empresario una prevención capaz de adelantarse, advertir y contemplar todas las posibles situaciones a las que se enfrenta en esta clase de supuestos de previsión de incentivos susceptibles de perjudicar circunstancias relacionadas con la nueva normativa, extremando las medidas propias de una buena política empresarial, como es, en esencia, un plan de incentivos adecuado y acreditativo de causas objetivas y fundamentadas ante eventuales contingencias futuras.

Una baja por ansiedad es accidente de trabajo por su vinculación con la conflictividad en el entorno laboral

Julio González Valverde | Asesor jurídico

- › Sentencia 353/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2023 (Rec. 208/2023)

En la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria resuelve un recurso de suplicación presentado por el Gobierno de Cantabria contra una sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Santander, en materia de calificación de un accidente como de trabajo o común.

La sentencia en primera instancia resuelve una demanda interpuesta por Doña Sara, empleada de la Consejería de Obras Públicas de Cantabria, contra el Instituto Nacional de Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Gobierno de Cantabria y la Mutua Montañesa sobre reclamación de determinación de contingencia.

Los datos fácticos se refieren a la pretensión de la trabajadora fundada en haber sufrido durante un año un trato degradante por parte de dos compañeros de trabajo. Esta situación le somete a una presión psicológica constante que

acaba generándole un trastorno de ansiedad generalizado, como consecuencia del cual la empleada es dada de baja por ansiedad, iniciándose un proceso de Incapacidad temporal derivada de contingencia común.

La cuestión controvertida en primera instancia y luego en suplicación es, precisamente, la adecuada calificación de esta contingencia como laboral o común. La actora pretende que la baja por trastorno de ansiedad sea calificada como accidente de trabajo, de forma que el tribunal entra a analizar si se cumplen los requisitos propios de dicha calificación, en especial el nexo causal existente entre la conflictividad laboral y el cuadro de ansiedad del que deriva la baja laboral.

La actora fundamenta, así, su pretensión en probar la conexión causal entre su trastorno y el trato recibido por sus dos compañeros de trabajo. Por su parte, el Gobierno de Cantabria alega que existen otros factores externos (familiares) y ajenos al entorno laboral que pueden ser causa del trastorno de la actora, con la intención de excluir la aplicación de la causa exclusiva del trabajo de la enfermedad que padece la trabajadora y que impone el artículo 156.2.e) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (“LGSS”) para su consideración como enfermedad de trabajo equiparable al accidente laboral.

Sin embargo, ninguno de estos factores externos queda probado en el proceso judicial. Sí queda probada, en cambio, la conflictividad laboral y su relación directa con la sintomatología de la trabajadora. En consecuencia, el TSJ de Cantabria, al quedar probado este nexo causal, falla determinando la contingencia como accidente laboral y confirmando así la sentencia en primera instancia.

Debe destacarse que cada vez resultan más frecuentes este tipo de bajas laborales, por lo que no parece desdeñable analizar con más profundidad cómo llega a tomar esta decisión el tribunal.

En suplicación, el Gobierno de Cantabria denuncia la infracción del artículo 156.2.e) de la LGSS al amparo procesal del artículo 193.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En este sentido, esa parte entiende que no se ha acreditado la causalidad para que la contingencia sea considerada accidente de trabajo.

El tribunal, por su parte, al resolver la infracción jurídica alegada, indica en primer lugar que el artículo 156.3 de la LGSS establece una presunción *iuris tantum* que se aplica tanto a enfermedades como accidentes que se manifiesten durante el trabajo. Sin embargo, tras advertir que cuando una enfermedad aparece durante la jornada laboral o en el lugar de trabajo resulta sencillo aplicar la presunción del 156.3 de la LGSS, señala, al contrario, la dificultad de determinar el tiempo y lugar de aparición de las enfermedades mentales como la ansiedad o la depresión, lo que afecta a su calificación vía presuntiva. De esta manera, para poder calificar este tipo de enfermedades como equivalentes a las “derivadas de accidente de trabajo” se requiere que se pruebe una causalidad directa y exclusiva de su padecimiento y la ejecución del trabajo, conforme al ya citado artículo 156.2.e) de la LGSS.

En segundo lugar, el tribunal considera que esta presunción no se excluye por el hecho de que se haya acreditado que el trabajador ya padecía la enfermedad con anterioridad o por haberse presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo. La sala indica que lo que “se valora no es la acción del trabajo como causa de la lesión sino su actuación como factor desencadenante de una crisis”. Desde el punto de vista del empleador, este punto es determinante porque el hecho de que una persona ya sienta apatía u otros síntomas iniciales de ansiedad o depresión no excluye la causalidad directa entre el trabajo y la enfermedad. Si la conflictividad laboral u otros factores que ocurran durante y en el lugar de trabajo son los que provocan la crisis de ansiedad, este nexo causal queda probado. Por tanto, esta valoración del tribunal advierte sobre la relevancia de que la compañía establezca unas mínimas exigencias de actuación frente a síntomas iniciales de ansiedad o depresión entre sus empleados, que incluye la elaboración de protocolos *anti-mobbing* que consigan frenar desde el inicio situaciones de acoso.

En tercer y último lugar, la sala destaca que no se trata de vincular la existencia del accidente de trabajo a una situación de acoso moral; no es necesario

incumplimiento alguno ya que una situación lo suficientemente tensa en el trabajo o de conflictividad laboral son suficientes para que una baja laboral se atribuya a accidente de trabajo cuando las consecuencias dañosas para la salud psíquica son consecuencia de dicha tensión o conflictividad laboral. Esta argumentación también es decisiva. En este caso concreto, y es habitual, cabe pensar que parece oportuno centrar la argumentación o defensa como empleador en el hecho de que no hay nexo causal entre el acoso y la enfermedad, no obstante, lo cual, conforme a lo recién señalado, basta con un clima tenso en el trabajo para que emerja la conexión entre trabajo y enfermedad. En palabras del tribunal “el hecho causante de la prestación son estas consecuencias dañosas para la salud psíquica, no el problema laboral en sí mismo”.

Estas consecuencias, además, deben ser probadas y atribuirse en exclusiva al ámbito laboral. En este caso concreto, no se constata que existan otros agentes externos al lugar de trabajo que causen el estado de ansiedad, de modo que se interpreta la existencia de un nexo causal directo e inequívoco entre el mal sobrenenido y la ejecución del trabajo.

En el supuesto objeto de este comentario, se acredita la conflictividad laboral como único factor causal determinante de la ansiedad a partir de los hechos probados. Y se sustenta principalmente en dos puntos: (i) la inexistencia de procesos previos de incapacidad temporal por ansiedad y (ii) la clara vinculación entre la sintomatología y la conflictividad laboral.

Además, si bien el Gobierno de Cantabria alega otros factores externos, tales como referencias de que la actora fue testigo de maltrato en el ámbito familiar, la sala las considera irrelevantes pues no consta tratamiento psicológico o psiquiátrico previo a la baja.

En definitiva, dado que no queda acreditado ningún otro agente externo al trabajo que causara la ansiedad, prevalece la existencia de nexo causal entre trabajo y enfermedad. En efecto, al quedar acreditada la conexión causal exclusiva, la sala califica como enfermedad de trabajo (accidente laboral) la situación de incapacidad temporal por trastorno de ansiedad. El TSJ confirma, pues, la sentencia de instancia en su integridad.

Por último, cabe destacar que la sala indica que, si bien el nexo causal es necesario, su acreditación no tiene que ser exhaustiva. De hecho, en este caso, ni en fase de suplicación ni en primera instancia, se entra a valorar el acoso, pero sí se toma en consideración la acreditación de la conflictividad laboral. De manera que, ante situaciones de acoso, es de innegable importancia para la empresa no sólo frenarlas a tiempo, sino hacer lo posible para que sus “consecuencias dañosas para la salud psíquica” no deriven en un eventual incumplimiento de deberes en materia de prevención de riesgos laborales constitutivos de infracción que incluyen, junto a sanciones pecuniarias, como se sabe, un posible recargo de prestaciones.

Coordinadores de la Newsletter

Copyright © 2023 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una selección de doctrina y normativa que se ha considerado relevante sobre los temas de referencia durante el período especificado. La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca



DISPONIBLE EN
App Store



DISPONIBLE EN
Google Play

Pérez-Llorca

Castellana 50
28046 – Madrid

—
Castellana 259 A
28046 – Madrid

—
Diagonal 640, 8^ºA
08017 – Barcelona

—
17 Hill Street
W1J 5LJ – London

—
375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

—
Rue Belliard 9
1040 – Brussels

—
8 Marina Blvd
018981 – Singapore

—
Rua Barata Salgueiro, 21
1250-141 – Lisbon
www.perezllorca.com

