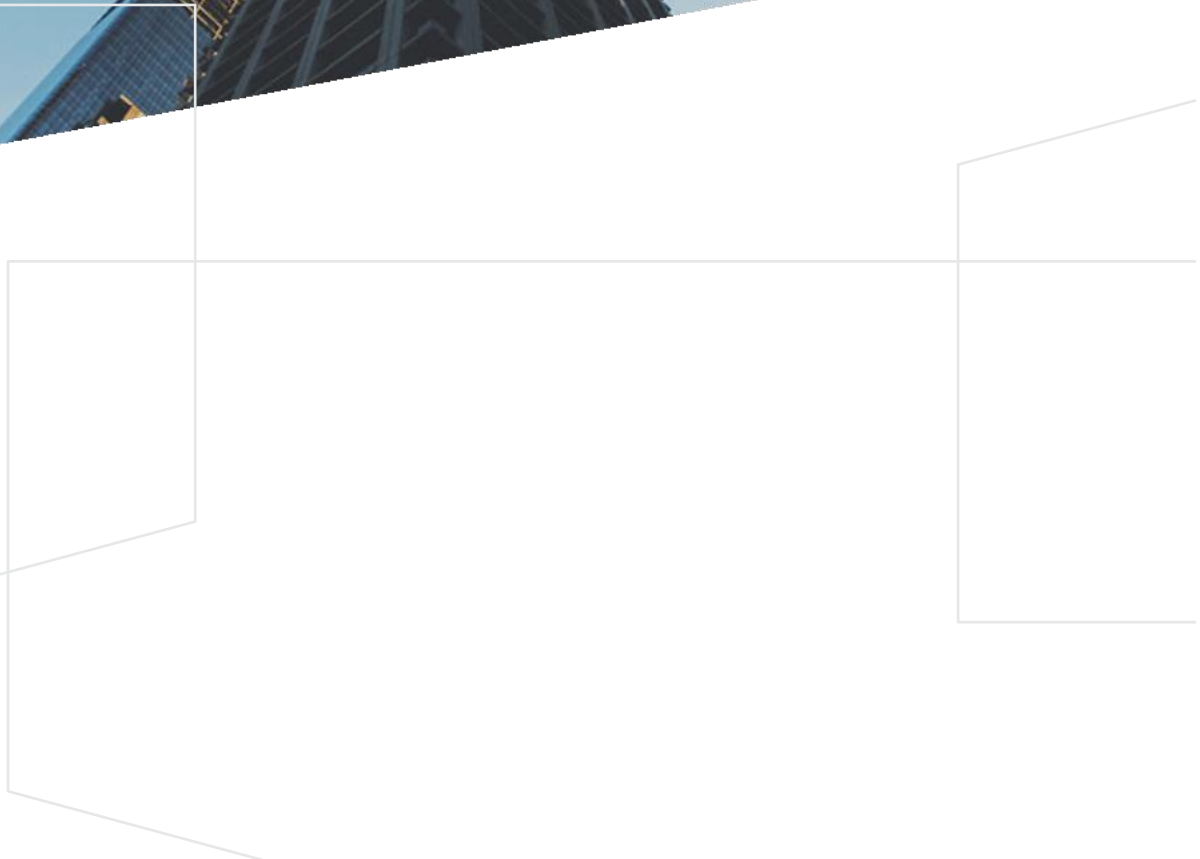




NEWSLETTER LABORAL  
SEPTIEMBRE DE 2023





## EDITORIAL

En esta Newsletter de novedades laborales y de Seguridad Social correspondiente al mes de septiembre de 2023 incluimos, como es costumbre, los siguientes apartados:

- i.** Resumen de las principales novedades legislativas producidas durante el mes de septiembre de 2023.
- ii.** Relación de las principales resoluciones judiciales dictadas y/o publicadas en el ámbito laboral el mes de septiembre de 2023.
- iii.** Reseña de Interés.

Con relación a nuestra Reseña de Interés, este mes realizaremos un comentario sobre la vigilancia de las comunicaciones en el ámbito laboral, con motivo de dos recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

En segundo lugar, se analizará sobre la equiparación de las cotizaciones del trabajo a jornada completa y a jornada parcial a partir del próximo 1 de octubre, a raíz del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Esperamos que todas estas novedades sean de vuestro interés.

Gracias.

Un saludo,



## **NORMATIVA RELEVANTE EN EL ÁMBITO LABORAL**

**A continuación, les señalamos la normativa relevante dictada y/o publicada durante el mes de septiembre de 2023:**

- *Real Decreto-Ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, cuyas bonificaciones entraron en vigor el 1 de septiembre de 2023.*
- *Real Decreto 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, cuya modificación del artículo 247 de la Ley General de la Seguridad Social, referente a las cotizaciones de los trabajadores en jornada parcial, entra en vigor el 1 de octubre.*



## RESOLUCIONES RELEVANTES EN EL ÁMBITO LABORAL

### Sentencias relevantes en el ámbito laboral

- *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3085/2023, de 5 de julio, Rec. 105/2022, sobre la entrega de la copia de la carta de despido objetivo a los representantes de los trabajadores.* El Tribunal declara que la entrega de la copia cuatro días después de la notificación de la extinción, no perjudica los derechos de los trabajadores ni de los representantes. Por tanto, la comunicación se puede realizar de forma posterior al despido en sí, siempre y cuando se haga dentro de un plazo razonable y los destinatarios puedan ejercer los derechos asociados a la información proporcionada.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, núm. 7688/2023, de 4 de julio de 2023, Rec. 1749/2023, sobre la obligación o no de una audiencia previa con el trabajador en caso de despido disciplinario.* El Tribunal ha fallado que el Convenio OIT núm. 158 no es de aplicación directa en lo relativo a conceder una audiencia previa al trabajador en casos de despido disciplinario para defenderse de las alegaciones de la empresa. Cambia la doctrina de otros TSJ que sí que recogían la obligación por parte de la empresa de ofrecer la audiencia previa.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, núm. 578/2023, de 26 de julio, Rec. 485/2023, sobre la monitorización lícita de un ordenador que justificó un despido declarado procedente.* El Tribunal consideró que la obtención de la prueba con acceso al ordenador de uno de los trabajadores era lícita al superar el “test Barbulescu”, consistente en que la vigilancia se había hecho con conocimiento del trabajador y aviso previo y de manera proporcional. Se descubrió de manera fortuita el material que justificó el despido del trabajador mientras la empresa informática intentaba arreglar un problema de red con los terminales.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 664/2023, de 30 de junio Rec. 275/2023, sobre la nulidad de un despido sin causa cuando el trabajador está de baja por IT.* La Sala determina que, en aplicación de la Ley 15/2022, si no se fijan hechos que permitan valorar la conducta de la empresa como razonable y proporcionada en una situación con indicios de posible nulidad, se declarará la nulidad del despido y no su improcedencia.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 405/2023, de 8 de junio, Rec. 207/2023, sobre el control de los WhatsApp corporativos.* Reitera jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aunque no haya una política expresa sobre el uso de WhatsApp, sí que se especificaba que los medios puestos a disposición de la persona trabajadora lo son para uso “determinado por el contrato”, por lo que, según el Tribunal Superior de Justicia, existe una previsión de exclusivo uso profesional. El Tribunal considera que revisar los WhatsApp corporativos no vulnera derechos fundamentales porque además se especificó en el contrato que la empresa controlaría y supervisaría la actividad de la trabajadora mediante medios telemáticos.



## RESEÑA DE INTERÉS

### 1. Vigilancia de las comunicaciones en el ámbito laboral, análisis de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

La primera reseña se trata de un comentario sobre la vigilancia de las comunicaciones por parte de la empresa a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia –en adelante, TSJ- de Madrid y de Cantabria que se han expuesto brevemente en el apartado anterior.

En primer lugar, la Sentencia del TSJ de Cantabria núm. 578/2023, de 26 de julio, Rec. 485/2023, expone un caso en el que, por una serie de errores informáticos, se debía revisar el ordenador de todos los trabajadores.

La empresa otorgó a cada trabajador un documento donde se exponía que los encargados del mantenimiento informático analizarían cada ordenador en virtud de las funciones organizativas de la Empresa, y dicho documento fue firmado por todos ellos como muestra del consentimiento para acceder a sus ordenadores por si hubiese carpetas personales – aunque este uso no estaba autorizado por la empresa-.

Debido a este acceso autorizado, los informáticos y la empresa detectaron una serie de carpetas del trabajador con información no apta para el trabajo. En consecuencia, el trabajador fue despedido disciplinariamente.

El Tribunal, para resolver si la monitorización fue lícita o no, aplicó la doctrina o **test Barbulescu** del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consiste en lo siguiente:

- **Conocimiento o consentimiento previo del trabajador para ejercer la vigilancia.** La empresa no solo debe tener protocolos o reglas internas que prohíban el uso de medios técnicos para fines personales, sino que debe avisar previamente sobre los controles que pueda llevar a cabo y los medios que utilizará a tal efecto.
- **2. Alcance de la vigilancia y grado de intromisión en la vida del trabajador.** En este sentido, el TEDH considera que hay extralimitación en la vigilancia según la frecuencia del control o si todos los contenidos de las comunicaciones son controlados. También, si la vigilancia fue por un tiempo limitado o el número de personas que tuvieron conocimiento del resultado de la misma.
- **3. Test de proporcionalidad,** referente a si había un motivo legítimo que justificase la vigilancia de las comunicaciones, o si hubiese sido posible utilizar un sistema de control menos invasivo que acceder directamente al contenido de las comunicaciones.



El TSJ de Cantabria, en aplicación de la doctrina, consideró que en este caso había existido tanto conocimiento como consentimiento previo al firmar el documento que expidió la empresa. Así mismo, que era necesario analizar cada ordenador para solucionar el problema informático (test de proporcionalidad), y que el acceso a los archivos personales que no deberían haber estado en el ordenador, incluso sin valorar su contenido, fue consecuencia de la intervención.

En segundo lugar, la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 405/2023, de 8 de junio, Rec. 207/2023, trata de la improcedencia o la nulidad de un despido disciplinario que operó tras revisar los WhatsApp del trabajador en el teléfono móvil de la empresa.

En este caso, el Tribunal de instancia consideró que las conversaciones mantenidas por WhatsApp eran efectuadas en el ámbito laboral pero también eran privadas, por lo que predominaba el secreto de las comunicaciones. Además, resaltó que la empresa no había establecido criterios de uso del teléfono móvil. Concluye que, por tanto, se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones al acceder de forma indebida a las comunicaciones privadas y es considerado un despido disciplinario nulo.

Sin embargo, el TSJ de Madrid consideró que el control efectuado por la empresa se refirió a un teléfono móvil que puso a la disposición de la trabajadora y que, si bien no se impusieron normas concretas de uso ni prohibiciones al uso privado, eran conversaciones entre trabajador y cliente, lo cual implica que no eran estrictamente privados. En consecuencia, concluye que no ha habido lesión del derecho a la intimidad ni se compromete su privacidad.

Asimismo, revoca el pronunciamiento de instancia y establece que el despido disciplinario es improcedente por la falta de motivos suficientes, pero no es nulo porque la decisión extintiva no pretendía la vulneración de derechos fundamentales del trabajador *"ni que el móvil del empresario al acordar el despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales."*

Resulta interesante la argumentación del TSJ de Madrid que diferencia entre la obtención de prueba con infracción de derechos fundamentales y un despido con violación de derechos fundamentales. Es decir, aunque se pudiesen haber vulnerado derechos fundamentales para obtener pruebas de forma ilícita de incumplimientos del trabajador para justificar el despido, esto no implica que el despido en sí vulnere derechos fundamentales. Por tanto, su calificación sería de improcedencia y no de nulidad.



## 2. Cotización de trabajadores en jornada parcial a partir del 1 de octubre

El Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, modificaba el artículo 247 de la Ley General de la Seguridad Social y establecía su entrada en vigor el 1 de octubre de 2023. En consecuencia, el artículo queda redactado de la siguiente forma:

### ***"Artículo 247. Cómputo de los periodos de cotización.***

*A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos."*

Como explica el propio Real Decreto-ley en su parte expositiva, la modificación está orientada a equiparar el trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cómputo de periodos cotizados.

La modificación de este artículo viene impuesta por la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 91/2019, de 3 de julio, y núm. 155/2021, de 13 de septiembre, que declaraba la inconstitucionalidad y nulidad de algunos aspectos del redactado de este artículo. En concreto, se consideraba que la diferencia de periodos de cotización era especialmente negativa para las mujeres ya que eran la mayoría de personas trabajadoras a tiempo parcial.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de mayo de 2019, asunto C-61/18, respondió a una cuestión prejudicial del TSJ de Castilla y León. Consideró que la legislación española, al producir efectos desfavorables sobre los trabajadores a tiempo parcial, podría estar discriminando indirectamente por razón de sexo a las mujeres. Concretamente, el TSJ de Castilla y León aportó el dato de que 75% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

Con la modificación del artículo 247 de la Ley General de la Seguridad Social, basada en las distintas sentencias mencionadas del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la duración de la jornada no será determinante a efectos del **cómputo del periodo de cotización**, de manera que un trabajador a jornada parcial computará el día efectivo trabajado sin reducirlo proporcionalmente según la jornada trabajada.



Por ejemplo, un trabajador que tuviese una jornada parcial del 60% durante diez años, con la regulación anterior únicamente hubiese contado como seis años cotizados. La modificación equipara los días trabajados con los días cotizados, de manera que no se aplica ninguna reducción y cotiza efectivamente diez años.

En conclusión, la modificación equipara el cómputo del periodo de cotización de un trabajador a jornada parcial y un trabajador a jornada completa, lo que tiene relevancia a efectos de acreditar, por ejemplo, el periodo de cotización necesaria para acceder a ciertas prestaciones, como la prestación de jubilación, pero no afecta a la base de cotización.

**El presente documento es una recopilación de la información recabada por ETL GLOBAL ADDIENS, S.L. y cuya finalidad es estrictamente informativa y divulgativa. En definitiva, la información y comentarios en esta Newsletter contenidos no suponen en ningún caso asesoramiento jurídico de ninguna clase y en ningún caso podrá utilizarse esta Newsletter como documento sustitutivo de dicho asesoramiento jurídico. El contenido del presente documento es estrictamente confidencial y no podrá ser divulgado a terceros sin la previa autorización de ETL GLOBAL ADDIENS, S.L.**



## CONTACTO ETL GLOBAL ADD

### PARA MÁS INFORMACIÓN



#### **ÓSCAR MANCEBO**

Director | Laboral

omancebo@etl.es

93 202 24 39



ETL GLOBAL ADD es una firma jurídica multidisciplinar de carácter global, especializada en el asesoramiento integral personalizado a empresas y particulares con más de 20 años de experiencia.

Disponemos de oficinas en Barcelona, Tarragona, Reus y Girona.

Desde el año 2016, estamos integrados en el grupo ETL GLOBAL.

De origen alemán y con más de 120 despachos repartidos en el territorio español, ETL GLOBAL ocupa la 5ª posición en los rankings de facturación de empresas de servicios profesionales de auditoría y el 8º puesto en el ranking de firmas jurídicas en nuestro país.

ETL GLOBAL es el líder en Europa con más de 320.000 clientes Pymes situándose en la 5ª posición a nivel europeo y en el puesto décimo quinto a nivel mundial.

[www.etlglobaladd.es](http://www.etlglobaladd.es)

ETL GLOBAL ADD