

# NEWSLABOUR



N\_36

Junio/Julio 2024

Newsletter del  
Departamento Laboral de  
**RSM Spain**

THE POWER OF BEING UNDERSTOOD  
ASSURANCE | TAX | CONSULTING | LEGAL



## EN ESTE NÚMERO

### > **Tribunales en corto**

¿Qué hay de nuevo viejo?

### > **Derecho práctico**

¿La empresa puede registrar a sus trabajadores, así como sus efectos personales?

El incentivo variable. Problemas y vicisitudes en el establecimientos de los objetivos que dan derecho a su devengo.

### > **Asunto del mes**

Excedencia voluntaria – despido en caso de no cumplir con el preaviso establecido en el convenio colectivo

Retos de la inteligencia artificial en las relaciones laborales: análisis del nuevo reglamento europeo.

La competencia desleal: buena fe y pacto no concurrencia postcontractual.

### > **Sentencia del mes**

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León valida la retractación de un despido disciplinario antes de su efectividad.

### > **Consejo del mes**

¿Qué implicaciones tiene el derecho a la desconexión digital?



## Editorial

Ignacio Hidalgo | Miguel Capel | Borja Ortas

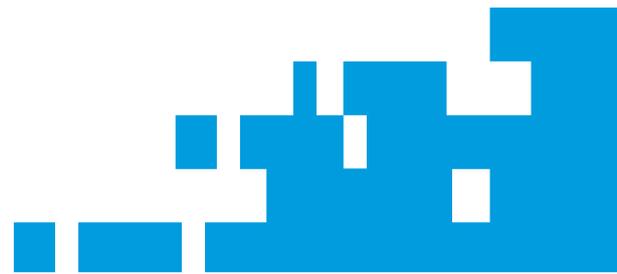
Las novedades laborales no paran de llegar, y como cada mes, os informamos de ellas a través de [#NewsLabour](#).

En esta edición vamos a tratar como siempre las últimas Sentencias en materia laboral, dedicando un artículo a una sentencia que trata una cuestión de gran interés: ¿es posible que una empresa se retracte de su decisión de despedir disciplinariamente a un trabajador?

Igualmente, no os perdáis nuestro [#ConsejodeMes](#) relativo al derecho digital, una materia que ha dado mucho de que hablar en los últimos meses.

Siempre informando y siempre actualizando a nuestros lectores. ■

**¡Y siempre a vuestra disposición!**





## > Tribunales en corto

# ¿Qué hay de nuevo viejo?

Como siempre, cada mes nos encontramos con Sentencias y noticias jurídicas que, por su particularidad o relevancia, nos llaman especialmente la atención. A continuación, te exponemos un resumen de algunas de ellas:

**Nela Yustres**

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de mayo de 2024: Beca formativa previa a la contratación laboral ¿Debe incluirse el periodo de beca formativa en la antigüedad del trabajador?**

En el marco de un procedimiento ordinario en materia de reclamación de cantidad, la empleadora interpuso Recurso de Suplicación frente a la Sentencia de instancia que reconoció al trabajador la antigüedad correspondiente a la beca formativa que realizó en la compañía de forma previa a su contratación laboral.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias concluye que la beca que realizó el trabajador no constituye relación laboral ya que no existe contraprestación de trabajo y salario, sino que se limita a la formación y a la concesión de una ayuda económica para las necesidades materiales de dicha formación. En otras palabras, al no existir relación laboral alguna, tal periodo formativo no puede computarse a efectos de antigüedad.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de mayo de 2024: Evaluación negativa no recuperable, ¿Es ajustada a derecho la extinción de la relación laboral?**

En una reciente Sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha estimado el Recurso de Suplicación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud y, por ende, ha revocado la Sentencia de instancia por la que se declaró la improcedencia del despido de la demandante tras la extinción de su contrato laboral a consecuencia de recibir una calificación negativa no recuperable por el Comité de Evaluación.

Así pues, el Tribunal ha concluido que se trata de un despido procedente ya que la demandada empleó todos los recursos legales para dar por extinguida la relación

laboral, es decir, prorrogó el contrato de trabajo de manera previa a la emisión del informe de la Comisión Docente correspondiente y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad resolvió la propuesta de repetición, previo informe de la Comisión de Docencia. Consecuentemente, el Tribunal ha declarado que la extinción acordada es ajustada a derecho.

### **Sentencia del Tribunal Superior Justicia de Comunidad Valenciana, de 11 de abril de 2024: ¿Es “postureo” la publicación de contenido en redes sociales publicitando productos durante el periodo de IT?**

En este caso, la trabajadora inició una baja médica por Incapacidad Temporal por cuadro depresivo mientras que promocionaba productos de bienestar, nutrición, belleza, compartía imágenes en la playa y animaba a sus seguidores a unirse a su equipo y probar sus productos. A mayores, la trabajadora reiteraba en sus redes sociales que trabajaba dos horas al día y era capaz de compaginar su vida profesional con su vida personal.

una baja médica por Incapacidad Temporal por cuadro depresivo mientras que promocionaba productos de bienestar, nutrición, belleza, compartía imágenes en la playa...

El Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana desestima el Recurso de Suplicación interpuesto por la parte actora al declarar que la conducta de la trabajadora constata su aptitud para





Si tienes alguna duda sobre estas sentencias o su aplicación en tu empresa, contacta con nosotros.

**Nela Yustres**  
nyustres@rsm.es

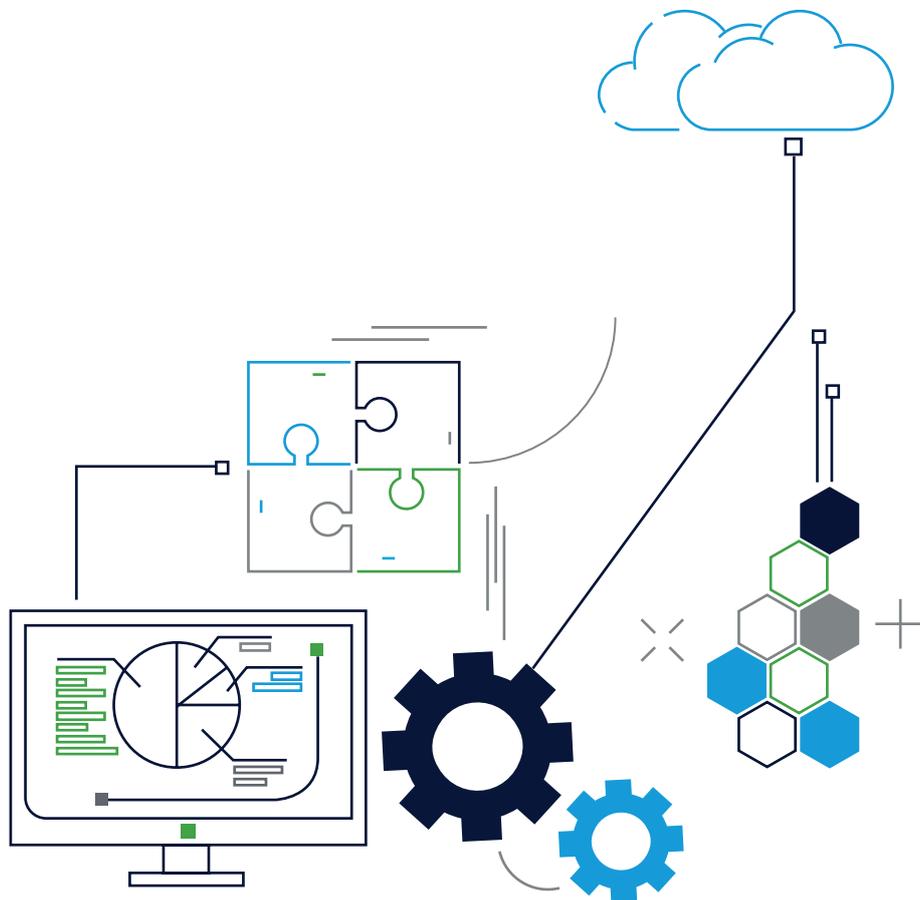


trabajar, incumpliendo esta entonces el requisito de necesitar atención sanitaria. Es por ello que, la trabajadora infringió la buena fe contractual del contrato de trabajo manteniendo una IT que no era real, incurriendo en un fraude a la Seguridad Social, al sistema sanitario y a la empleadora.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de abril de 2024: ¿Puede estimarse procedente aquel despido que se comunica vía e-mail?**

En el presente supuesto la trabajadora interpuso Recurso de Suplicación, alegando que no se le comunicó de manera correcta la carta de despido ya que la empresa de envío y firma de documentos que se utilizó, certificó el envío del correo, pero no el titular del correo electrónico al que se remitió ni pudo quedar acreditado que la trabajadora prestara su consentimiento para recibir notificaciones a través de este, implicando desconocimiento de las verdaderas causas del despido a la trabajadora e indefensión.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima el Recurso de Suplicación interpuesto por la trabajadora, revocando la Sentencia de instancia al concluir que no puede entenderse la correcta comunicación del despido mediante correo electrónico certificado por la empresa de envío y firma de documentos, ya que no consta que la trabajadora hubiera aceptado recibir correspondencia al correo electrónico dónde se remitió la carta ni que los trabajadores estuvieran debidamente informados de que las comunicaciones se harían mediante esta vía. ■





## > Derecho práctico

# ¿La empresa puede registrar a sus trabajadores, así como sus efectos personales?

Alejandro Alonso Díaz

La duda expuesta es más común de lo que parece, y es que en el seno de cualquier Empresa pueden darse ciertas situaciones, comportamientos o actitudes por parte de las personas trabajadoras que hagan necesario que la Compañía, en un determinado momento, se vea en la tesitura de tener que proceder al registro de uno de sus trabajadores o sus bienes.

Como parece lógico plantearse de esta breve introducción, no estamos ante una cuestión sencilla, sino que dependerá de una justificación suficiente para proceder a ese registro, así como de otros requisitos que analizaremos a continuación, toda vez que en estos casos encontramos choque entre partes y derechos.

Pues bien, en este sentido, el Estatuto de los Trabajadores ("ET"), en su artículo 18 –inviolabilidad de la persona trabajadora–, permite el registro a los trabajadores por parte de la Empresa sólo cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa.

Como hemos anticipado en la entradilla, pese al redactado del artículo, el derecho de inviolabilidad e intimidad de la persona del trabajador entra en conflicto, en estos casos, con el derecho a la propiedad del empresario, prevaleciendo éste siempre que se sigan el procedimiento y se respeten de manera adecuada los límites.

El Estatuto de los Trabajadores ("ET"), en su artículo 18 –inviolabilidad de la persona trabajadora–, permite el registro a los trabajadores por parte de la Empresa sólo cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa.

El derecho a la intimidad personal que promulga el artículo 18.1 de la Constitución Española, comporta un reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompañe a esta última. Así, no cabe la menor duda que el ejercicio de la facultad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar al efecto, los mecanismos de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora ha de producirse.

Se otorga así, al empresario, un poder de control convirtiéndolo en una suerte de "policía privada", que debe sujetarse, no obstante, a los límites y/o requisitos marcados por la propia norma legal (ex. art. 18 ET):

- En la realización del registro se ha de respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador, como así lo imponen de forma específica los artículos 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.
- Debe practicarse en dependencias del centro de trabajo y durante la jornada laboral.
- Debe contar con la asistencia/presencia de un Representante Legal de las Personas Trabajadoras ("RLPT") o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la Empresa, siempre que sea posible.

La presencia del representante constituye, en estos casos, una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba, pero no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado, como ya expuso la **Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, Rec. 6007/2017**.

El incumplimiento, por tanto, de este requisito, no supone la vulneración de ese concreto Derecho Fundamental y determina la falta de eficacia de la prueba practicada, pero no su nulidad.





- Debe existir justificación concreta para el registro, no siendo suficiente la alegación de un registro rutinario o preventivo, como argumenta la **Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de mayo del 2000, Rec. 2000/2000**.
- La garantía de objetividad que proporciona la presencia del representante se sufre cuando, pese a no contar con éste, el registro se realiza en presencia de la policía, como enuncia la **Sentencia del TSJ Cataluña de 4 de diciembre de 2017, Rec. 6007/2017**.
- La exigencia legal de que en el registro concurra un representante es aplicable únicamente cuando éste se realice con carácter forzoso, pero no en el caso de que la persona trabajadora acceda voluntariamente al mismo, de este modo lo ha interpretado la **Sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de enero de 2009, Rec. 7117/2008**.

### ¿Se puede registrar el bolso o las pertenencias del trabajador ante la sospecha de un robo?

En el caso concreto enjuiciado, una trabajadora prestaba servicios en un centro comercial, cuando abandonó este por la puerta de salida del personal, sonó la alarma antirrobo. Un vigilante de seguridad registró su bolso y encontró cuatro artículos que no había abonado: la empresa procedió a su despido disciplinario.

La reciente **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2024, Rjud. 5761/2022**, falló que el registro del bolso de una trabajadora sin estar presente un representante legal –delegado de personal, comité de empresa– o bien, en su ausencia, otro empleado, resulta ilegal.

La exigencia de que en el registro esté presente un representante de los trabajadores u otro trabajador no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador, sino que se trata de una garantía de la objetividad y eficacia de la prueba. Al incumplirse esa exigencia, la prueba no es válida.

La ineficacia probatoria del registro del bolso llevado a cabo vulnerando la norma conduce a que el despido disciplinario sea improcedente. Ahora bien, en el caso enjuiciado, como la trabajadora tenía reducción de jornada

por cuidado de un hijo menor, opera la “nulidad objetiva” del artículo 55.5 del ET, de ahí la importancia de cumplir escrupulosamente los requisitos legales de actuación.

### ¿Puede la empresa adoptar de forma genérica medidas como el registro de bolsos, bolsas, mochilas o similares con el propósito de vigilar y controlar?

En este sentido, la medida debe de ser siempre limitada y proporcionada, no pudiendo ser general e indiscriminada.

La cuestión ha sido tratada por la **Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2021, Rec. 226/2021**, que analizó la legalidad de la práctica empresarial por la que se imponía la exhibición diaria del contenido de los bolsos, bolsas, mochilas o similares en presencia del responsable de tienda en el momento de la salida del trabajo.

En el caso analizado, la adopción de esta medida –basada en el propósito de vigilar y controlar genéricamente la tienda, sin que se hubiese acreditado hurtos en las tiendas o pérdidas desconocidas– se declara nula por no ser la medida ni proporcionada, ni idónea, ni necesaria, por no respetar el principio de proporcionalidad, que, a mayor abundamiento, no se hacían en presencia de la RLPT.

Como corolario de lo expuesto, es cierto, como ya hemos expuesto, que el artículo 18 del ET habilita a la empresa a hacer registros, para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, pero dichos registros han de efectuarse respetando la dignidad y la intimidad de las personas, así como respetando los Derechos Fundamentales y demás garantías expuestas para su correcta ejecución, no cabiendo prácticas de control indiscriminadas.

Si tras la lectura de este artículo, te hubiesen surgido dudas, cuestiones sobre lo expuestos, quisieses ampliar alguna de ellas o plantear cualesquiera otras adaptas a la realidad de tú Empresa, no dudes en ponerte en contacto con nosotros. Estaremos encantado de ayudarte y asesorarte en todas las cuestiones que te pudiese suscitar este extremo. ■



## El incentivo variable. Problemas y vicisitudes en el establecimiento de los objetivos que dan derecho a su devengo.

Joaquín Rodríguez

En la actualidad, infinidad de empresas establecen, como medida de incentivar la productividad de sus empleados, sistemas voluntarios de remuneración variable en función de la consecución de unos determinados objetivos íntimamente relacionado con las funciones que desempeñan dentro de la estructura orgánica empresarial. Este modelo retributivo que se está imponiendo paulatinamente, está adquiriendo en los últimos tiempos una fuerte preponderancia por cuanto se hace partícipe a los trabajadores de los beneficios extraordinarios obtenidos por la empresa, incentivando un sobreesfuerzo del trabajador que, a su vez repercute en beneficios empresariales.

Esta circunstancia ha provocado que en los últimos años se produzcan múltiples pronunciamientos judiciales sobre hechos que se hallan controvertidos en aplicación de estos incentivos o bonus. Uno de los principales problemas nace por el carácter voluntario que, en muchos casos, revisten estas retribuciones variables, por cuanto si estos se encuentran regulados en la norma convencional, no suscitan tanto debate como en caso contrario, aunque a veces los Convenios colectivos, se empeñen en enrevesar y no clarificar aspectos tan importantes de la relación laboral.

Por ello, se hace indispensable que el trabajador conozca los objetivos a batir para la consecución del Bonus; de no ser así carecería de sentido práctico por cuanto no se estaría incentivando al trabajador a conseguir cotas de productividad que difieran de su ratio habitual. Además, son numerosos pronunciamientos judiciales que han venido a establecer que el trabajador de antemano debe conocer los objetivos que den derecho a su devengo, así como también se ha venido condenando judicialmente el establecimiento, por el empleador, de objetivos restrictivos que dificulten el devengo del bonus, bajo apercibimiento de tener que abonar igualmente el plus salarial pactado, por cuanto "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad" (art. 1.288 CC). Al mismo razonamiento jurídico llegaríamos por aplicación del art. 1.119 del Código Civil, el cual establece que "se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento", criterio compartido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de marzo de 2019.

Pero ¿Qué pasa cuando la empresa no establece los objetivos para el devengo del incentivo? ¿tiene derecho el trabajador a reclamarlo?

Pues bien, esta es una cuestión que, a pesar de que pudiese parecer pacífica atendiendo a la voluntad de ambas partes, se suele dar con más habitualidad de lo que pareciese. Esta no definición de objetivos por el empresario, puede venir motivado por el cambio en las circunstancias económicas en la empresa, o bien por la existencia de factores externos o internos que imposibiliten la consecución de objetivos o desaconsejen al empleador la asunción de los incentivos pactados.

Para proporcionar respuestas a las preguntas formuladas, debemos traer a colación el criterio del Tribunal Supremo, quién en su sentencia de 1 de febrero de 2023 (rec. 2908/209), condenó a una empresa a abonar el bonus a una trabajadora a pesar de no establecer los objetivos que daban derecho a su percibo, entendiendo la Sala, que la actuación empresarial impidió el cumplimiento de los requisitos para su devengo y, la falta del establecimiento de los objetivos no puede oponerse contra la trabajadora para justificar el impago de la retribución variable.

Este criterio jurisprudencial no se halla novedoso por cuanto el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 2013 (rec. 1219/2012) ya estableció que "la falta de fijación de criterios para su devengo y cuantificación o cualquier otra actuación de la empresa impeditiva del cumplimiento de los requisitos para su cobro determina que sea la empresa la responsable de que no se haya cumplido la condición a la cual se ha vinculado el devengo del bonus y por ello no puede alegarlo frente al trabajador para evitar su percepción".

Como hemos visto la jurisprudencia no da lugar a dudas en cuanto a la interpretación jurídica del incentivo o bonus, cuando la actuación del empleador choca frontalmente con los intereses pactados. De igual forma la falta de establecimientos de objetivos para consecución del incentivo, vaciaría de contenido a éste, por cuanto, a pesar de seguir pactado, la empresa unilateralmente le impide al trabajador su acceso, cosa que únicamente puede hacerse por el cauce legal establecido para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. ■



## > Asunto del mes

# Excedencia voluntaria – despido en caso de no cumplir con el preaviso establecido en el convenio colectivo

Guillermo Guevara

La figura de la excedencia voluntaria siempre ha dado mucho de que hablar. De hecho, los conflictos derivados de excedencias voluntarias son parte del día a día de muchas empresas.

No obstante, en el presente artículo nos vamos a centrar en aquellos derivados de la figura del preaviso para solicitar el reingreso del trabajador, y las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento del mismo.

### ¿Cómo se encuentra regulada la excedencia voluntaria?

La respuesta es muy sencilla: la literalidad del artículo 46 ET, concretamente sus apartados 2 y 5.

La literalidad de dicho precepto es la siguiente:

*“2. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria.*

[...]

*5. 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”.*

De la literalidad del precepto se desprende los casos en los que se puede solicitar este tipo de excedencia, y la situación del trabajador durante su vigencia, no obstante, nada se dice de cómo debe realizarse, o como opera, la reincorporación del trabajador.

### Entonces, ¿se tiene que preavisar? ¿con cuanta antelación?

Como adelantábamos, la norma no establece regulación sobre la necesidad de preavisar, o la manera en la que debe hacerse. No obstante, nuestros Tribunales, de manera pacífica, vienen considerando que como presupuesto necesario para hacer efectivo de derecho expectante de reingreso, el trabajador tiene la obligación de solicitar el mismo antes de la finalización de la excedencia.

Ahora bien, en ningún momento se ha establecido cual debe de ser el plazo para solicitar el reingreso, ni legal ni jurisprudencialmente, y es aquí donde, en muchos supuestos, entra en juego la negociación colectiva.

Así, diferentes convenios colectivos establecen una regulación más completa o detallada que la facilitada en el ET, y, muchos, establecen un periodo de preaviso para que los trabajadores soliciten su reingreso.

Y es aquí donde se centra el objeto del presente, en determinar que ocurre si dicho preaviso no es respetado.

El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años.





## ¿Qué consecuencia se deriva del incumplimiento del preaviso establecido en el Convenio Colectivo?

Si bien hay convenios colectivos que establecen consecuencias en caso de incumplimiento del preaviso mínimo establecido –la pérdida del derecho de reingreso preferente– y otros que no, la realidad es que, analizando ambos supuestos, el Tribunal Supremo ha llegado a la misma conclusión: en ningún caso la fijación de un plazo de preaviso para solicitar el reingreso puede conllevar a que su incumplimiento de lugar a la pérdida de ese derecho y, en consecuencia, a la extinción del contrato de trabajo.

Ejemplo de ello son las recientes **STS 22-05-24 y STS 25-1-22**.

Dicha interpretación de nuestro Alto Tribunal se traduce básicamente en que no puede admitirse que un convenio establezca efectos que la ley ni ha previsto ni permite, lo cual, implicaría una disminución convencional en perjuicio del trabajador de los derechos establecidos legalmente.

Ahora bien, de la misma manera, cabe recordar que el TS considera que a través de la negociación colectiva sí se puede establecer un plazo determinado para efectuar

la solicitud de reingreso, al igual que las consecuencias pertinentes que puedan anudarse a su incumplimiento.

No obstante, tales efectos deben ser proporcionados y atender a las circunstancias oportunas en relación al ejercicio del derecho.

Es por ello que resulta tener en consideración que no todos los preceptos convencionales son válidos, y que el uso de los mismos, sobre todo en supuestos en los que son utilizados para justificar la mayor sanción en el ámbito social, esto es, el despido, debe de ser analizado previamente con el fin de evitar cometer actos contrarios a derecho.

Y es que cada caso es único, y debe ser analizado de manera independiente, y, para ello, es vital contar un equipo jurídico que sea capaz de asesorar y acompañar a las empresas en este tipo de procesos.

Por ello, desde RSM nos ponemos a tu disposición para ayudarte a afrontar los nuevos retos empresariales a los que nos someten las nuevas normas laborales. ■





# Retos de la inteligencia artificial en las relaciones laborales: análisis del nuevo reglamento europeo.

Enrique Mellado Campos

Aunque el incremento de los costes empresariales a través de instrumentos como el Mecanismo de Equidad Intergeneracional, el aumento de la litigiosidad derivada de la negociación de los Planes de Igualdad o las nuevas exigencias documentales como la obligación de disponer de mecanismos como los Protocolos de desconexión digital o los Protocolos frente al acoso del colectivo LGTBI son algunos de los desafíos emergentes que enfrenta el mundo de las relaciones laborales; no cabe duda de que la implementación de la Inteligencia Artificial supone uno de los desafíos (a día de hoy más inciertos) que deben afrontar las organizaciones empresariales en el marco de las relaciones jurídicas entre empleador y empleado.

El filtrado automatizado de perfiles profesionales, el análisis del lenguaje no verbal y expresivo empleado por los potenciales aspirantes al puesto de trabajo, o bien la utilización de aplicaciones inspiradas en algoritmos que permitan analizar los niveles de absentismo, la productividad o identificar conductas susceptibles de reproche disciplinario son algunas de las herramientas actualmente utilizadas por las Compañías en el proceso de gestión, control y coordinación de sus recursos humanos.

Pero lo cierto y verdad es que la legislación laboral española vigente carece de una regulación específica que proporcione un marco de seguridad jurídica a una cuestión trascendental y de indudable crecimiento exponencial: los efectos proyectados por la Inteligencia Artificial (también, "IA") en las relaciones laborales. Y, actualmente, son varios (aunque localizados en escasas dos fuentes normativas) los preceptos legales que se pronuncian al respecto. De un lado, el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) proclama el derecho de toda persona a no ser objeto de una decisión basada estrictamente en el tratamiento automatizado de sus datos, si ello proyecta efectos jurídicos o le afecta significativamente de modo singular; y el art. 13.2.f) del RGPD obliga a las entidades mercantiles a informar a los trabajadores acerca de la lógica aplicada en el proceso de automatización de datos, así como a la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Íntimamente relacionado con lo anterior, dispone el art. 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores que la representación legal de los trabajadores tendrá derecho a ser informada

acerca de los parámetros, reglas e instrucciones de los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que puedan incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y el mantenimiento del empleo.

En un escenario de incertidumbre legislativa y de crecientes retos jurídicos para el sector productivo, y tras un largo periodo de tramitación que ha sorteado varios obstáculos, mediante la reciente Resolución legislativa de fecha 13 de marzo de 2024 el Parlamento Europeo aprobó el denominado Reglamento de Inteligencia Artificial (común y erróneamente calificado de Ley de Inteligencia Artificial), cuyo artículo tercero ya ofrece una definición pulcra y terminológicamente concisa del concepto sistema de inteligencia artificial, entendido como un sistema basado en una máquina diseñada para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales.

## Reglamento de Inteligencia Artificial

El Reglamento, de indudable proyección en el marco de las relaciones jurídicas existentes en el mundo de las relaciones laborales, se pronuncia con contundencia y manifiesta que su contenido en modo alguno impedirá que los Estados miembros introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que resulten más beneficiosas para los trabajadores en cuanto a la protección de los derechos derivados del uso de la IA; o permitan que los empleadores incorporen condiciones más ventajosas mediante la negociación colectiva, de tal suerte que se configura (o, mejor dicho, se configurará) como un marco normativo de derecho mínimo indisponible susceptible, no obstante, de mejora por parte de disposiciones de origen legal o convencional. En definitiva, acudiremos (salvo error por parte de este humilde redactor) a un llamamiento a la negociación colectiva para la regulación de cuestiones tan trascendentales, como desadvertidas en términos de seguridad jurídica.



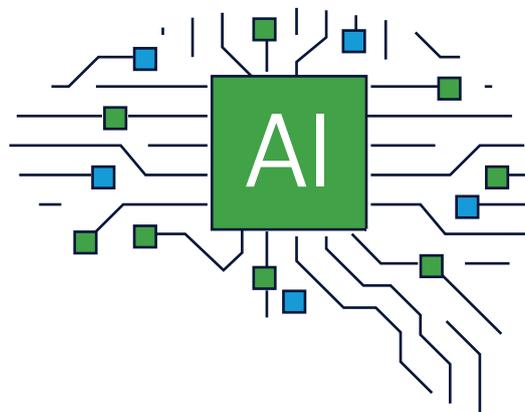
Enfatiza el Reglamento en un concepto persistente y reiterado durante su largo articulado: el riesgo, concebido como la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de dicho daño, y en este ámbito quedan expresamente proscritos todos aquellos sistemas de IA que mediante categorización biométrica clasifiquen individualmente a las personas físicas y permitan inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual, orientación sexual y una amplia amalgama de condiciones subjetivas que, en principio, no deben tener proyección alguna en la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena.

No obstante, la pieza esencial y angular del Reglamento no consiste en la proscripción del riesgo, sino en la limitación de su alcance, y en tal sentido el art. 6.1 delimita el marco de los sistemas de IA denominados de alto riesgo:

1. Los sistemas de Inteligencia Artificial destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas. En particular, para la publicación de anuncios de empleo específicos y el análisis y filtrado de las solicitudes cursadas y la evaluación de los candidatos. Hablamos, por tanto, de una suerte de fase precontractual que comienza con la necesidad productiva de la Compañía y concluye con la incorporación del candidato.
2. Los sistemas de Inteligencia Artificial destinados a utilizarse para tomar decisiones o influir sustancialmente en ellas que afecten a la iniciación, promoción y resolución de relaciones contractuales de carácter laboral, a la asignación de tareas basada en la conducta individual o en rasgos o características personales o bien al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones. En este caso, hablamos, en sentido estricto, del curso de la relación laboral, desde la incorporación del trabajador y hasta la posible extinción del vínculo laboral por circunstancias valoradas (aun en parte) por una Inteligencia Artificial cómplice y aliada de la Compañía en el proceso de toma de decisiones.

Por último, y aún pendiente de definición y concreción, el Reglamento concluye con lo que se prevé un gravoso régimen de responsabilidad y sanciones derivadas de su incumplimiento, al manifestar que se debe poder exigir el cumplimiento del presente Reglamento mediante la imposición de sanciones y otras medidas de ejecución.

En definitiva, los retos derivados de la progresiva y meteórica expansión de la Inteligencia Artificial no sólo alcanzan a un tejido productivo que afronta este desafío con incertidumbre, sino también al sector de los servicios profesionales, en el que se antoja fundamental, decisivo y trascendental utilizar los mecanismos disponibles para ofrecer un servicio diligente, capaz y efectivo que satisfaga todas las necesidades del Cliente, y al efecto desde RSM proporcionamos un asesoramiento jurídico integral que permita satisfacer todas las exigencias derivadas de los nuevos paradigmas laborales. ■





## La competencia desleal: buena fe y pacto no concurrencia postcontractual.

### Borja Ortas

El derecho al trabajo y a la libre elección laboral, garantizado por nuestra Constitución en su Artículo 35.1, permite al trabajador la prestación de servicios para varios empleadores fuera de su horario laboral sin impedimento alguno. Ahora bien, este derecho no es absoluto, sino que tiene un límite, el deber de no incurrir en competencia desleal. Este deber se encuentra definido en el Artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que un trabajador no puede prestar servicios para varios empleadores si ello constituye competencia desleal o si se ha pactado dedicación exclusiva mediante compensación económica expresa.

El principio de la buena fe en los contratos es consustancial a la relación laboral, entendiéndose como un deber objetivo, y como tal, uno de los aspectos inherentes a la misma se enmarca en el deber de abstenerse de competir con la actividad empresarial de su propio empleador.

Como puede entenderse, cualquier entidad productiva tiene presente dentro de su ámbito empresarial el análisis de la competencia en su mercado, y para ello, se le dotan de determinados instrumentos al empresario para tratar de proteger su posición en el medio.

Pero dentro de este contexto debemos definir y diferenciar dos escenarios: (i) el inherente a la buena fe contractual y donde no se necesita pactar con el trabajador una cláusula en su contrato de trabajo, por la cual se recoja la obligación de éste de no hacerle competencia desleal durante su prestación de servicios, al existir implícita tal obligación de buena fe en el mismo contrato de trabajo. (ii) cuando estos actos de competencia desleal es necesario contemplarlos después de finalizar su contrato laboral.

En el primero de los casos, al ser inherente el deber de buena fe a la relación jurídica laboral, ante acciones de competencia desleal, la empresa puede considerarlas como incumplimientos graves del contrato laboral, según el Artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, no porque dicho artículo contemple la competencia desleal como causa de despido, sino porque el encuadre de haber transgredido la buena fe puede dar lugar a un despido disciplinario incluso una reclamación de indemnización por daños y perjuicios, siempre y cuando el empresario

pueda demostrar la existencia de la competencia desleal y su impacto negativo en la empresa, de acuerdo con el Artículo 1101 del Código Civil.

En el segundo de los casos, esto es cuando se pretende proteger a la empresa de una competencia postcontractual, el Estatuto de los Trabajadores permite al empresario incluir en el contrato o como anexo al mismo un pacto de no competencia, regulado en su artículo 21.2. Este pacto establece una duración máxima de dos años y exige que el empresario tenga un interés industrial o comercial genuino y que proporcione al trabajador una compensación económica adecuada.

Es aquí donde nos encontramos ante una mayor complicación técnica y jurisprudencial, pues ha quedado al albor de pronunciamientos judiciales la validez o no de dicha cláusula de concurrencia postcontractual atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso.

En este sentido se dificulta el establecimiento de un criterio objetivo para dar seguridad jurídica al empresario sobre qué constituye una compensación económica "adecuada" o un interés comercial o industrial "efectivo".

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2024, Jur. 41555, declaró nulas las cláusulas en estos pactos de no competencia que permitían al empleador no cumplir con su obligación de pagar la compensación económica acordada, incluso si había perdido el interés empresarial o el ex trabajador se había unido a un competidor. Indica la Sala que la cláusula discutida ha dejado a libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia, con lo que se observa que, con independencia de la claridad de la cláusula, su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, y es por ello que, declara la nulidad de la misma.

La sentencia reitera doctrina ya que la Sala del alto Tribunal ya se había pronunciado sobre este asunto en reiteradas ocasiones. Esta sentencia, además recuerda distintos pronunciamientos de la sala sobre esta cuestión, y cita, entre otras, su sentencia del 2 de julio de 2023 donde se indica que para que estas cláusulas sean válidas aparte de su limitación en el tiempo deben cumplir otros dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés





## > Sentencia del mes

# El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León valida la retractación de un despido disciplinario antes de su efectividad.

**Roberto Villón**

El despido disciplinario (ex art. 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores "ET"), se produce como consecuencia de un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador. Para ello, el ET refiere algunos de los supuestos por los cuales se puede accionar este tipo de sanción frente al trabajador, pudiendo los convenios colectivos, ampliar y detallar de manera más concreta que incumplimientos laborales son merecedores de esta represalia.

A modo de resumen, el artículo 55 del ET establece como requisitos para el despido disciplinario que el empleador debe notificar al trabajador, por escrito, las razones específicas que motivan el despido. Esta comunicación debe ser clara y detallada, indicando los hechos concretos que constituyen el incumplimiento grave y culpable.

El despido disciplinario, a diferencia del despido objetivo, no lleva aparejada una indemnización inmediata por parte del empleador, al ser la máxima sanción que un trabajador puede sufrir debido a la comisión de un incumplimiento laboral muy grave.

### **Pero... ¿Es necesario respetar el plazo de preaviso?**

Generalmente, el despido disciplinario no exige un preaviso. Sin embargo, la norma no establece una prohibición expresa de este extremo, por lo que ello, en principio, no debería ser un motivo por el cual se desvirtúe los hechos esgrimidos en la comunicación.

No obstante... Teniendo en consideración que el despido disciplinario es una medida de sanción frente a un trabajador por incumplimientos laborales muy graves, **¿puede la empresa, retractarse una vez impuesta?**

Este supuesto es analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de mayo de 2024.

### **¿Qué sucede en este caso concreto?**

El 31 de julio de 2023, la empresa notificó por escrito a la trabajadora su despido disciplinario por disminución del rendimiento, con efectos a partir del 24 de agosto de 2023. Como consecuencia de ello, la trabajadora interpone la correspondiente papeleta de conciliación en fecha 17 de agosto de 2023.

No obstante, en fecha 22 de agosto de 2023, la compañía remitió una comunicación a la trabajadora indicando que se retractaba del despido comunicado el 31 de julio de 2023, y que la relación laboral seguiría vigente, pidiéndole que se reincorporase a su puesto el 24 de agosto de 2023. Esta decisión fue comunicada a la trabajadora por burofax (recibido el 31 de agosto) y por WhatsApp el 22 de agosto de 2023.

Posteriormente, el 23 de agosto de 2023, la trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal, un día antes de su reincorporación a la compañía.

### **¿Qué dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de mayo de 2024? ¿Es ajustado a derecho retractarse de un despido disciplinario?**

La trabajadora sostiene que su despido se produjo efectivamente el 31 de julio de 2023, por lo que las comunicaciones de retractación de la empresa eran posteriores y fueron recibidas el 31 de agosto. Sostuvo que no había un "periodo de preaviso" debido a la diferencia de fechas entre la notificación del despido y su efectividad, considerando que el despido ya se había realizado y la relación laboral estaba extinguida, y que hasta el 24 de agosto estaba disfrutando de sus vacaciones.





N\_36 | JUNIO/JULIO 2024

: Si quieres más información sobre los efectos prácticos de esta sentencia, contacta nosotros.

**Roberto Villon**  
rvillon@rsm.es



Dicho razonamiento fue rechazado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia, ello en base a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, la cual establece que mientras el despido no se haga efectivo, la relación laboral no se extingue y la retractación puede ser válida si se realiza antes de la efectividad del mismo, por lo que, durante el preaviso, la relación laboral permanece vigente.

En concreto, la Sentencia se remite al razonamiento expresado en la STS de 28 de octubre de 2014, Rec. 2268/2013 que sostiene que la retractación del despido durante el periodo de preaviso es válida, toda vez que resulta una solución coherente con el principio de conservación del puesto de trabajo y del negocio jurídico.

En consecuencia, el Tribunal, teniendo en cuenta los hechos del presente supuesto, determinó que el empresario desistió del despido y sus efectos, retractándose de manera expresa antes de la fecha de efectividad del despido. Por tanto, no puede considerarse que la relación laboral se hubiera extinguido, ya que la empresa comunicó la retractación durante el preaviso,

manteniendo a la trabajadora en alta en la Seguridad Social y sin liquidar el contrato, desestimando en consecuencia el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora.

### ¿Te ha parecido un pronunciamiento interesante?

Si a raíz de la lectura de este artículo tienes alguna cuestión sobre este tema en concreto, o la situación se asemeja a tu realidad laboral, no dudes en ponerte en contacto con el Departamento Laboral de RSM, estaremos encantados de prestarte ese asesoramiento laboral que despeje tus cuestiones. ■



## > Consejo del mes

# ¿Qué implicaciones tiene el derecho a la desconexión digital?

Lara Conde

El uso de herramientas digitales ha facilitado el contacto en las relaciones laborales, lo que ha ido provocando la falsa necesidad de obtener una respuesta inmediata ante cualquier duda que surge y, consecuentemente, ha mermado la desvinculación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso.

Esta excesiva conectividad puede provocar riesgos laborales como el estrés o la ansiedad derivados de la carga mental que puede provocar la falta de desconexión y la excesiva intromisión del trabajo en el resto de los ámbitos de la vida, y por ello, se ha ido desarrollando normativa para proteger el derecho a la desconexión digital de los trabajadores.

La propia Constitución Española regula en el apartado sobre derechos fundamentales, en su artículo 18.4, que: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Así, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ha regulado el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

En el artículo 88 de la citada Ley se establece que todos los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo el respeto de su tiempo de descanso, así como de su intimidad personal y familiar. Sin embargo, más allá de regular la obligación empresarial de tener una política interna en la que se definan medidas y acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, no se regula nada más.

La configuración legal de este derecho es bastante sucinta, por ello, mediante la negociación colectiva se ha ido desarrollando este derecho y regulándolo en textos colectivos para llevarlo a la práctica empresarial. Además, la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollando e interpretando la normativa legal y convencional al respecto.

Veamos como se han pronunciado nuestros Tribunales hasta ahora.

## ¿Qué implica el derecho a la desconexión digital?

Los pronunciamientos judiciales son claros, el derecho a la desconexión digital impide al empresario imponer a sus empleados la obligación de conectarse o de contestar cuestiones laborales fuera de su horario de trabajo.

Los Tribunales respaldan la posibilidad de que los trabajadores desconecten sus dispositivos para evitar recibir mensajes en sus tiempos de descanso que impidan el disfrute de su derecho a la desconexión:

"En tiempo de descanso el trabajador tiene derecho a la desconexión digital, esto es, a mantener inactivos sus dispositivos o medios de comunicación, de manera que no reciba mensajes de la empresa o de sus compañeros de trabajo por razones laborales" (STSJ Madrid de 9 de junio de 2021, Rec. 318/2021)

Hasta el momento, no se venía penalizando la remisión de comunicaciones empresariales fuera de horario laboral, siempre y cuando no se impusiese la obligación de respuesta o atención al requerimiento al trabajador.

## ¿Cómo se han pronunciado nuestros Tribunales este año?

Recientemente, nuestros Tribunales se han pronunciado en sentidos contradictorios, prestando especial atención a la política empresarial implementada o a la regulación convencional aplicable en la Empresa sobre esta cuestión.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de marzo de 2024, Rec. 5647/2023, estima que se ha vulnerado el derecho a la desconexión digital de un trabajador por haberle remitido la empresa correos electrónicos en los que se daban ordenes de trabajo fuera de su horario laboral.

En este caso, hay que tener en consideración dos puntos clave: (i) el trabajador había remitido una comunicación a la empresa solicitando expresamente que no se le realizase ningún tipo de comunicación fuera de su jornada laboral y (ii) el Convenio Colectivo de aplicación regulaba tanto el deber de abstención de la empresa a no ponerse





en contacto con el trabajador, como el derecho de este a no responder a las comunicaciones del empresario o de terceros (compañeros, clientes).

En instancia el Juzgado se pronunció en el sentido que hasta ahora venían pronunciándose los Tribunales, desestimando la pretensión, consideró que el derecho a la desconexión digital no había sido vulnerado puesto que, de los correos electrónicos enviados por la empresa al actor a través del coordinador de servicio, no se desprendería que existiese obligación de lectura ni de respuesta fuera del horario laboral.

Sin embargo, el TSJ de Galicia da la razón al trabajador y, basándose en la regulación convencional que le es aplicable, en la que se establecía el deber de abstención de la empresa a no ponerse en contacto con el trabajador, estima la vulneración del derecho a la desconexión digital.

Sin embargo, recientemente otros Tribunales han estimado que no vulnera el derecho a la desconexión digital ponerse en contacto con el trabajador por cuestiones que no son "puramente" laborales en su tiempo de descanso.

Es más, el mismo TSJ de Galicia en la sentencia de 19 de marzo de 2024, Rec.167/2024, desestima la pretensión formulada por CCOO y afirma que el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que disponga la normativa legal o convencional aplicable, pero señala que haber contactado con trabajadores en situación de incapacidad temporal para que no quedasen fuera del protocolo de vacaciones, no genera una vulneración del derecho a la desconexión digital.

En la misma línea se pronuncia la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 15 de febrero de 2024, Rec. 7/2024, que indica que el que se intentara desde la empresa ponerse en contacto con la trabajadora durante su baja médica a fin de avisarla que podía realizar unos cursos no se aprecia como un incumplimiento ni una injerencia relevante en la vida privada de la trabajadora.

Por tanto, como puede desprenderse de la jurisprudencia analizada, el derecho a la desconexión digital no implica únicamente que no pueda imponérsele al trabajador la obligación de contestar a las comunicaciones empresariales fuera de su horario de trabajo, sino que el

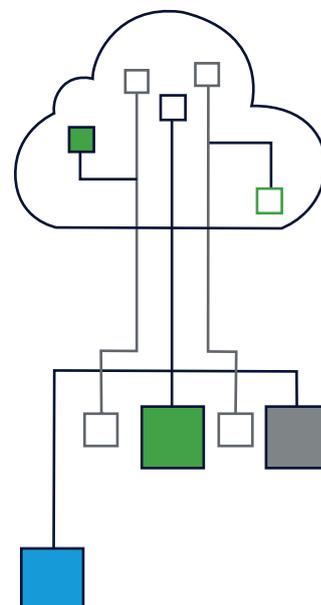
empresario debe, en la medida de lo posible, abstenerse de ponerse en contacto con sus empleados fuera de horario laboral.

## Consejos prácticos

Para cumplir con las obligaciones legales y convencionales en materia de derecho a la desconexión digital:

- Elabora una política que te permita no solo evitar las sanciones administrativas que pudieran derivarse del incumplimiento de dicha obligación legal, sino establecer medidas que, además de que permitan dar cumplimiento al derecho, se alineen con las necesidades productivas de la Empresa.
- A la hora de redactar dicha política, ten en cuenta que las cláusulas vagas o genéricas pueden implicar la declaración de vulneración del derecho a la desconexión digital (SAN de 22 de marzo de 2022), por tanto, hay que definir claramente la aplicación práctica de este derecho y las medidas asociadas.
- Un asesoramiento experto y adecuado puede ayudarte a tener una política de desconexión digital alineada con tus necesidades para que sea tu aliada en caso de que surja alguna controversia a este respecto.

No dudes en contactar conmigo si quieres implantar un protocolo de desconexión digital o revisar y actualizar el actual para sacarle más partido, el Departamento de Laboral de RSM Spain tiene las claves para que esa política responda a tus necesidades cumpliendo con la normativa.



RSM Spain  
BARCELONA | MADRID | GRAN CANARIA | PALMA DE MALLORCA | TARRAGONA | VALENCIA | SEVILLA

RSM Spain Professional Corporation, S.L.P. y las compañías relacionadas son miembros de la red RSM y operan bajo la marca RSM.

RSM es una marca utilizada únicamente por los miembros de la red RSM. Cada miembro de la red RSM es una firma independiente de auditoría y/o consultoría que actúa en su propio nombre. La red RSM, como tal, no tiene personalidad jurídica propia en ninguna jurisdicción. La red RSM está administrada por RSM International Limited, compañía registrada en Inglaterra y Gales (Company number 4040598), cuyo domicilio social se encuentra en 50 Cannon Street, London, EC4N 6JJ. La marca y el nombre comercial RSM, así como otros derechos de propiedad intelectual utilizados por los miembros de la red, pertenecen a RSM International, una asociación regida por el artículo 60 y siguientes del Código Civil de Suiza, cuya sede se encuentra en Zug.

© RSM International Association, 2024