

## Alerta Laboral | Novedades | Diciembre 2016

---

### Novedades jurisprudenciales

1. Despido disciplinario procedente por tolerar el acoso laboral y sexual >>
2. Despido improcedente por falta recíproca de buena fe del trabajador y el empresario >>
3. Nulidad de la modificación del sistema de dietas sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo >>
4. Extinción indemnizada del contrato de trabajo por falta de protección eficaz frente al acoso >>
5. Despido nulo por excluir de la lista del personal a contratar a una profesora de religión casada con un divorciado >>
6. La extinción indemnizada del contrato de trabajo requiere acreditar el perjuicio causado por la reducción salarial >>

### Novedades legales

1. Medidas sociales dirigidas a consolidar el crecimiento económico y la creación de empleo >>
2. Documento de viaje europeo para el retorno >>

# Despido disciplinario procedente por tolerar el acoso laboral y sexual

Tolerar el acoso laboral y sexual de un compañero de trabajo hacia otros empleados, a través de una conducta pasiva, es constitutivo de una falta laboral muy grave y culpable susceptible de ser sancionada con el despido disciplinario.

## **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 20 de septiembre de 2016**

El trabajador despedido, responsable del equipo de seguridad, mantuvo en el tiempo una actitud pasiva hacia la situación de acoso laboral y sexual sufrida por dos compañeras de trabajo, sin comunicarlo a la empresa ni adoptar medida alguna para evitar la reiteración de tales hechos, a pesar de ser conocedor de los mismos.

El Tribunal recuerda que el despido disciplinario exige un incumplimiento grave y culpable del trabajador, debiéndose valorar las peculiares circunstancias concurrentes y el puesto de trabajo desempeñado, utilizando un criterio gradualista al analizar la falta cometida y la sanción impuesta.

En todo caso, para la concurrencia de dicho incumplimiento, no es necesario un dolo específico del trabajador de transgredir la buena fe contractual, sino que basta una negligencia culpable. En otros términos, el trabajador debe tener consciencia de la vulneración del deber de fidelidad hacia la empresa.

En el presente caso, quedó acreditado que el trabajador despedido tenía previo conocimiento de la situación de acoso laboral y sexual que estaban sufriendo las trabajadoras por parte de otro compañero de trabajo y que, además, le habían hecho llegar reiteradas quejas que resultaron desatendidas.

Ignorar dichas conductas de acoso supone una evidente deslealtad y desatención de las funciones del trabajador como responsable de equipo, pues en dicho puesto tenía un plus de responsabilidad.

Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que la falta imputada tiene gravedad suficiente para justificar la máxima sanción disciplinaria: el despido.

## Despido improcedente por falta recíproca de buena fe entre el trabajador y el empresario

El despido improcedente de un trabajador por incumplir reiteradamente su horario y falsear partes de trabajo se declara improcedente al quedar acreditada la falta de buena fe del empresario, que había impuesto una jornada de trabajo superior a la establecida en el convenio colectivo.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 24 de mayo de 2016**

El trabajador, dedicado a la limpieza de edificios y locales, fue despedido disciplinariamente por incumplir su horario de trabajo de forma constante y reiterada, falseando, a su vez, los partes de trabajo entregados a la empresa semanalmente.

La empresa entendía que el trabajador había incurrido en claro fraude, deslealtad y abuso de confianza en el desempeño de sus funciones.

Sin embargo, el Tribunal entiende que ha existido una especie de falta recíproca de transgresión de la buena fe por parte del trabajador y del empresario, al haberse acreditado que el trabajador tenía impuesta una jornada semanal de 40 horas, superior a la jornada máxima de 38,5 horas semanales fijada en el convenio colectivo.

Lo anterior, unido a la falta de prueba del perjuicio causado a la empresa y a que el trabajador venía prestando servicios desde 2003 sin falta anterior ni advertencia alguna, lleva a declarar la improcedencia del despido.

En concreto, partiendo de la teoría gradualista, el Tribunal concluye que los hechos concurrentes no eran suficientes como para justificar la máxima sanción del despido.

# Nulidad de la modificación del sistema de dietas sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo

El carácter extra-salarial de las dietas no excluye la aplicación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 ET cuando se introduzcan importantes modificaciones.

## **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 2016**

La empresa demandada alteró la cuantía de las dietas de manutención por desplazamiento, que pasaban a tener una cantidad fija, decisión que fue impugnada por no seguir el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 41 ET enumera un listado de materias susceptibles de producir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, si bien dicha enumeración es meramente ejemplificativa y no exhaustiva.

De esta forma, por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista "ad exemplum" del artículo 41.2 ET.

Asimismo, no existe una norma expresa que defina cuándo una modificación es sustancial, sino que dicho adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto. En todo caso, no se puede atribuir el carácter sustancial a toda modificación que afecte a alguna de las condiciones listadas en el artículo 41 ET.

Por lo que se refiere al concreto caso enjuiciado, el carácter extra salarial de la dieta en modo alguno descarta que los cambios introducidos sobre la misma hayan de tramitarse con arreglo al artículo 41 ET y ajustarse a sus exigencias causales y procedimentales, al alterarse sustancialmente una condición de trabajo.

En consecuencia, cuando ha existido un defectuoso cumplimiento de las exigencias del artículo 41 ET, como es el caso, la medida empresarial debe ser declarada nula, debiendo los trabajadores afectados continuar percibiendo las dietas por desplazamiento en las mismas cuantías y demás condiciones que regían con anterioridad a la referida modificación.

## Extinción indemnizada del contrato de trabajo por falta de protección eficaz frente al acoso

El trabajador puede extinguir el contrato de trabajo con derecho a la indemnización por despido improcedente por incumplimiento grave del empresario consistente en no otorgar una protección eficaz frente a los riesgos laborales psicosociales, incluido el acoso.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 13 de mayo de 2016**

La trabajadora demandante, que estuvo de baja durante varios períodos, venía sometiéndose a atención psicológica y psiquiátrica, recibiendo tratamiento farmacológico, con un diagnóstico de ansiedad y depresión que podía limitar su capacidad laboral.

La trabajadora se puso en contacto con la empresa en 2015 para comunicar formalmente que estaba padeciendo una situación de acoso e intimidación física por parte de su superior jerárquico, con quien había mantenido una relación sentimental.

Aunque la empresa activó en ese momento el protocolo de acoso, los problemas de la trabajadora con su superior fueron ya detectados por la empresa en el año 2012, si bien ello no provocó actuación alguna por su parte.

Por todo ello, la trabajadora solicitó la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por un incumplimiento grave del empresario relacionado con la situación de acoso sufrida –artículo 50.1.c) ET–.

Tras analizar los hechos, el Tribunal entiende que no quedaron probados elementos suficientes, ni tampoco habían sido aportados indicios, que pudieran llevar a declarar la existencia de un acoso sexual.

Tampoco se considera acreditado el acoso moral alegado posterior a la finalización de la relación sentimental, por la escasez de los actos inadecuados por parte del superior.

A pesar de lo anterior, el Tribunal considera que la inexistencia de acoso sexual o moral no agota la

posibilidad de solicitar la extinción de la relación laboral por incumplimiento grave del empresario.

En este caso, el Tribunal considera que la empresa no había proporcionado a la trabajadora una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo para garantizar su integridad, por cuanto que quedó acreditado que (i) el origen de la enfermedad de la trabajadora estaba directamente vinculado a circunstancias del trabajo y a la inactividad empresarial, y (ii) no se había evaluado adecuadamente el riesgo de acoso, puesto que si se hubieran desarrollado las actuaciones de prevención adecuadas –simples reconocimientos médicos con atención al estado psicológico– podría haberse evitado el deterioro de la salud de la empleada ante los primeros síntomas de ansiedad.

En consecuencia, se cumplen los requisitos para activar las previsiones del artículo 50.1.c) ET, considerándose dicho incumplimiento justa causa para la extinción del contrato de trabajo con el abono de la indemnización prevista para el despido improcedente.

## Despido nulo por excluir de la lista del personal a contratar a una profesora de religión casada con un divorciado

El famoso caso de una profesora de religión que no fue contratada por estar casada con una persona divorciada y que, tras años de procedimientos judiciales, fue declarado un despido nulo, vuelve a repetirse en similares términos. Cuando llegó el momento de reanudar el contrato indefinido el obispado se negó a incluir a la profesora en la lista del personal a contratar afirmando que le faltaba la "misio canónica", lo que ha derivado en una nueva declaración de nulidad del despido.

### Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2016

La empleada trabajó como profesora de religión y moral católica en colegios públicos desde el año 1994. Posteriormente, la trabajadora contrajo matrimonio civil con una persona divorciada, motivo por el que el obispado decidió excluirla de la relación de profesores de religión autorizados.

Frente a esa decisión, la trabajadora accionó por despido nulo, procedimiento que, tras varias vicisitudes –incluso pronunciamiento del Tribunal Constitucional que anuló lo actuado por vulneración del derecho a la no discriminación–, terminó con sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia por la que se confirmó la nulidad del despido. En ejecución de este pronunciamiento se ordenó la readmisión con el abono de los salarios de tramitación devengados.

Sin embargo, al inicio del curso escolar 2012-2013, la actora no fue llamada a prestar servicios, sino que recibió una comunicación del Delegado Episcopal para la Enseñanza Católica manifestando que, aunque tenía la declaración de idoneidad o competencia académica para impartir clases de religión, no podría dar esas clases en ese curso por faltarle la "misio canónica": en otros términos, no poseía la propuesta del obispado para ocupar puesto de profesora en un centro docente.

Ante dicha decisión, la profesora presentó demanda por despido nulo. La demanda fue desestimada en la instancia argumentando en Juzgado que como su contrato

temporal se había extinguido, no era obligatorio volver a contratarla y que, al no existir una relación laboral vigente, no había existido despido, ni podía calificarse como tal la comunicación del obispado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que de acuerdo con los efectos "ex tunc" de la nulidad del despido del que había sido objeto inicialmente y de la disposición adicional única del Real Decreto 696/2007, de 1 de junio –los profesores de religión "que a la entrada en vigor del presente real decreto estuviesen contratados pasaran automáticamente a tener una relación laboral por tiempo indefinido"– se deriva que la trabajadora tenía un contrato indefinido a tiempo parcial que obligaba a su empleadora a darle empleo –como solicitó– durante el curso 2012-2013.

En consecuencia, entiende que existe un despido que no está motivado y que, como vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora debe ser declarado nulo.

En concreto, según el Tribunal, tras once años pleiteando, el obispado se niega a la reanudación del contrato de trabajo lo cual se produce, prácticamente, sin solución de continuidad. Ello constituye un síntoma de una represalia contraria al principio de tutela judicial efectiva del que deriva la garantía de indemnidad por el ejercicio de acciones judiciales.

## La extinción indemnizada del contrato de trabajo requiere acreditar el perjuicio causado por la reducción salarial

El trabajador debe probar, en todo caso, la realidad y entidad de los perjuicios causados por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo para que proceda la extinción indemnizada del contrato de trabajo, considerando el Tribunal Supremo que una reducción salarial del 3,87 % es un perjuicio mínimo.

### Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre de 2016

La sentencia analiza si la resolución indemnizada del contrato de trabajo por una modificación sustancial de condiciones de trabajo –consistente en una reducción salarial del 3’87%– (i) requiere probar que la modificación ha causado un perjuicio al afectado, o, por el contrario, (ii) dicho perjuicio se presume por la propia reducción salarial.

El Tribunal Supremo concluye que la existencia del perjuicio debe probarse y no puede presumirse con independencia del tipo de modificación implementada, por las siguientes razones:

1. El tratamiento que da la ley en este caso –artículo 41 ET– es igual para todas las modificaciones de condiciones de trabajo, lo que supone que para que proceda la resolución indemnizada del contrato de trabajo debe acreditarse la existencia de un perjuicio, cuya carga de la prueba corresponde a quien lo sufre, sin que pueda presumirse su existencia al no existir ninguna disposición legal que lo permita.
2. La conclusión alcanzada se corresponde con la interpretación lógica, sistemática y finalista de los preceptos aplicables –artículo 41 ET en relación con el artículo 40 del mismo texto legal. En efecto, el legislador, en los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, condiciona la resolución indemnizada del contrato de trabajo a la obligatoria existencia de un perjuicio, lo que no ocurre en los supuestos de traslados forzados, donde sí se da por probado el perjuicio.

Además, el hecho de que la modificación de las condiciones de trabajo deba ser sustancial, evidencia que el perjuicio acreditado debe ser relevante pues, en otro caso, no se establecería la posibilidad de resolución contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales –artículo 50 ET–.

Así, entiende el Tribunal Supremo que no sería razonable, ni proporcional, sancionar con la resolución contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo por ser contrario al espíritu de la norma, que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades económicas que se agravarían si todos los afectados resolvieran sus contratos.

En suma, se acepta la doctrina que sostiene que es necesario acreditar el perjuicio causado para valorar su entidad y la proporcionalidad de la medida resolutoria solicitada, lo que no quedó acreditado en este caso en el que se redujo, temporalmente, el salario en un 3’87% (77’38 euros al mes).

# Medidas sociales dirigidas a consolidar el crecimiento económico y la creación de empleo

El Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, adopta diversas medidas de reforma que afectan al ámbito tributario y al ámbito social. En el ámbito social, se introducen varias previsiones para el año 2017: actualización de los topes y bases máximas de cotización en el sistema de la Seguridad Social, y el incremento del salario mínimo interprofesional.

**Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social**

podiera producir distorsiones en su contenido económico.

En este texto normativo se adoptan diversas medidas tributarias y sociales dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y a la creación de empleo. A continuación detallamos únicamente las medidas sociales incorporadas en el texto:

1. Para el año 2017 se actualizan las cuantías del tope máximo de la base de cotización a la Seguridad Social, en los regímenes que lo tengan establecido, así como de las bases máximas de cotización en cada uno de ellos, incrementándolas en un 3 % respecto a las vigentes en el presente ejercicio. Esta actualización significa, en referencia al tope y bases máximas de cotización de la Seguridad Social, pasar de 3.642,00 a 3.751,26 euros/mes, y de 121,40 a 125,04 euros/día.
2. Por otro lado, la disposición adicional única encomienda al Gobierno fijar el salario mínimo interprofesional para 2017 con un incremento del 8 % respecto del establecido por el Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2016. Este incremento significa lo siguiente: a) Anual: de 9.172,80 a 9.906,62 euros; b) Mensual: 655,20 a 707,62 euros; c) Diario: 21,84 a 23,58 euros. Asimismo, tal incremento se aplicará a las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en los convenios colectivos vigentes, así como en normas no estatales y en contratos y pactos de naturaleza privada, con la finalidad de evitar que el mismo

## Documento de viaje europeo para el retorno

Se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 17 de noviembre de 2016, el texto normativo relativo al documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

**Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994**

El presente reglamento establece un documento de viaje europeo uniforme para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. El retorno de aquellos nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones para entrar, permanecer o residir en los Estados miembros, en el pleno respeto de sus derechos fundamentales, en particular el principio de no devolución, y de conformidad con la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, es una parte esencial de los esfuerzos generales para garantizar la credibilidad y el funcionamiento adecuado y eficaz de la política de migración de la Unión y reducir y prevenir la migración irregular.

Por tanto, se constituye un documento de viaje europeo más seguro y uniforme para el retorno y readmisión de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de los Estados miembros. Las características de seguridad mejoradas y las especificaciones técnicas del documento de viaje europeo para el retorno deben facilitar su reconocimiento por parte de terceros países. Tal documento debe facilitar los retornos en el contexto de los acuerdos de readmisión u otros acuerdos celebrados por la Unión o los Estados miembros con terceros países, así como en el contexto de la cooperación con terceros países en materia de retorno no cubierta por un acuerdo formal.

El formato del documento de viaje europeo para el retorno se ajustará al modelo que figura en el anexo y contendrá la información siguiente: a) nombre y apellidos, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, marcas distintivas y, cuando se conozca, su dirección en el tercer

país de retorno del nacional de un tercer país; b) una fotografía del nacional de un tercer país; c) autoridad expedidora, fecha y lugar de expedición y período de validez; y d) información sobre la salida y la llegada del nacional de un tercer país.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo ([madrid@cms-asl.com](mailto:madrid@cms-asl.com) | [cms-asl@cms-asl.com](mailto:cms-asl@cms-asl.com))



Twitter



LinkedIn



[www.cms.law](http://www.cms.law)



Law . Tax

**Your free online legal information service.**

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)



Law . Tax

**Your expert legal publications online.**

In-depth international legal research and insights that can be personalised.

[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

-----  
CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

**CMS locations:**

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

-----  
[cms.law](http://cms.law)