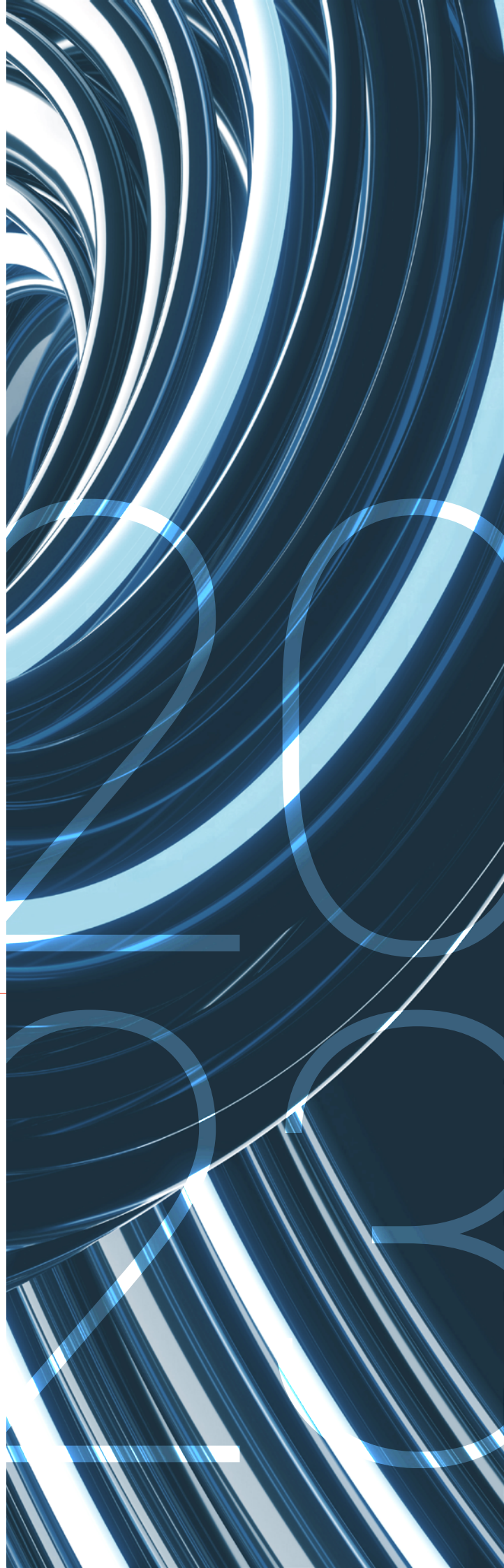


Pérez-Llorca

Newsletter  
**Laboral,  
compensación  
y beneficios**

---

MARZO 2023



# Índice

## ARTÍCULO DOCTRINAL

Las Indemnizaciones en caso de despido. Elementos para un debate inacabado /3

## NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Reforma del sistema público de pensiones /9

Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo /9

Empleo /9

Igualdad de las personas trans y garantía de los derechos de las personas LGTBI /9

Seguridad Social. Gestión informatizada /9

Seguridad social. Pensiones /9

Salario mínimo interprofesional /9

Lucha contra la corrupción /9

DOUE

Ordenación del tiempo de trabajo /9

Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión /9

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

¿Una norma olvidada?: La audiencia previa al trabajador en los despidos disciplinarios /10

Despido nulo por no superar el periodo de prueba. Sentencia del TSJ Baleares 31/2023, de 24 de enero de 2023 /12

El Tribunal Superior de Justicia declara el derecho a prestar servicios en remoto el 100 por 100 de la jornada por necesidades de conciliación /14

El TS avala que un ascenso pueda verse acompañado de una reducción salarial, siempre que la convocatoria sea clara al establecer las condiciones del nuevo puesto /16

Encadenamiento de contratos temporales. Comentario a la STS Social, 1010/2022 de 23 de diciembre de 2022, (Rec. 3292/2019) /18

## Las Indemnizaciones en caso de despido. Elementos para un debate inacabado

Yolanda Valdeolivas García y Elena García González – Valdizán | Of Counsel y Abogada

### 1. Nuevas tendencias en las indemnizaciones por despido

Recientemente se viene discutiendo de forma recurrente sobre la cuantía y fórmula de cálculo de la indemnización por despido injustificado establecida en el artículo 56.1 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 (“ET”). En concreto, se cuestiona que la misma sea el resultado de un importe tasado y calculado en base a criterios objetivos (antigüedad y salario de la persona despedida), sin tener en cuenta otros aspectos personales o profesionales del trabajador despedido susceptibles de reparar los daños y perjuicios ocasionados al mismo con la decisión empresarial.

Cuestionamiento y posterior debate auspiciado en buena medida, por intermediación de una reclamación interpuesta por UGT ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, a la que luego se sumó CCOO. En ella se advierte que la indemnización fijada en el ET es insuficiente y contraria al artículo 24 de la Carta Social Europea<sup>1</sup> y al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>2</sup>. El Comité todavía no ha dado respuesta a la reclamación presentada por los sindicatos españoles, a la que también el Ministerio de Trabajo y Economía Social ha presentado alegaciones, pero sí cabe recordar que ya emitió resolución favorable respecto a reclamaciones similares de los sindicatos franceses e italianos, en un anticipo de lo que cabe esperar ocurra también en relación con la española. Cuestión en la que ha intervenido igualmente el propio Ministerio de Trabajo y Economía Social donde, al margen de las alegaciones presentadas en el procedimiento en cuestión, ha señalado por boca de su titular que la indemnización por despido en nuestro sistema en muchos casos no es disuasoria para el empleador, planteando la posibilidad de establecer en el régimen legal la previsión de indemnizaciones diferenciadas en atención a diversos factores personales o profesionales, más capaces de valorar el verdadero efecto reparativo de la indemnización y de compensar más correctamente el perjuicio sufrido por el trabajador despedido.

Por su parte, en este contexto, se han venido a sumar algunas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia (“TSJ”) y Juzgados de lo Social (“JS”) que, con apoyo en esa misma normativa internacional, defienden que existen casos en los que la indemnización tasada por despido improcedente no repara los daños producidos ni presupone un efecto disuasorio para la empresa, justificando, en consecuencia, la posibilidad de reconocer una indemnización adicional.

Así, en este comentario, quiere abordarse el estado de la cuestión arrancando de nuestra doctrina judicial más reciente, abierto ya el debate anticipado, prestando especial atención, de un lado, a la sentencia del TSJ de Cataluña de 30/01/2023, Rec. 2785/2021 y la sentencia del JS número 26 de Barcelona de 21/11/2022, Rec.294/2021, por tratarse de las primeras resoluciones judiciales que reconocen en supuestos de despido improcedentes una indemnización adicional; de otro, la sentencia del Tribunal Supremo (“TS”) de 24 de enero de 2023, Rec. 2785/2021, que ha tenido un considerable impacto mediático, al reconocer que, en el marco de un despido colectivo, no resulta discriminatorio establecer una indemnización inferior para los trabajadores mayores de 60

1 El artículo 24 del Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 que se pronuncia sobre el derecho a protección en caso de despido establece en la letra b) “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”.

2 El artículo 10 del Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982 establece que “si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere adecuada”.

años. Nótese, en relación con esta tercera sentencia, que la referencia lo es a un despido colectivo, aunque las reclamaciones sindicales ante el Comité Europeo de Derechos Sociales antes referidas solo aluden a las indemnizaciones por despido disciplinario.

### 1. El escenario judicial reciente

#### 1.1 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 24 de enero de 2023, Rec. 2785/2021

Esta sentencia trae causa de la demanda interpuesta por una trabajadora que fue despedida en el marco de un despido colectivo que afectó a toda la plantilla. En la misma, refiere que el acuerdo alcanzado por la empresa con la representación legal de los trabajadores (“**RLT**”) resulta discriminatorio por razón de edad, al establecer una indemnización inferior para los trabajadores afectados mayores de 60 años.

La demanda fue desestimada tanto en la instancia como posteriormente en suplicación (sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 28/04/2021, Rec. 1842/2020), por lo que se interpuso recurso de casación para unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 6/3/2019, Rec. 1913/2018, la cual recogía un supuesto idéntico al presente, pero calificado en este segundo caso por el Tribunal como un acuerdo discriminatorio.

En el recurso, la trabajadora denuncia la infracción del principio de igualdad y de no discriminación por razón de edad, conforme a lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE, al artículo 14 de la Constitución Española (“**CE**”) y en la doctrina jurisprudencial.

El TS a lo largo de la sentencia realiza un análisis de la doctrina judicial y normativa legal existente sobre el principio de igualdad y no discriminación y concluye que la diferencia de trato por razón de edad se encuentra objetiva y razonablemente justificada en que esos trabajadores se encuentran próximos a la pensión de jubilación, a la percepción de prestaciones de desempleo y a la posibilidad de concertar un convenio especial de Seguridad Social, de ahí que no quepa considerar que el acuerdo es discriminatorio.

Para reforzar lo anterior, refiere que la decisión no se ha adoptado de manera unilateral por la empresa, sino que es fruto de la autonomía individual adoptada en el marco de un acuerdo negociado entre la empresa y la RLT.

El Alto Tribunal también destaca que en ese despido colectivo las indemnizaciones pactadas en el acuerdo para todos los trabajadores afectados por el despido eran superiores a la indemnización mínima legal exigible. En base a lo anterior, establece que resulta proporcionado y razonable que la empresa favorezca a los trabajadores que están más alejados del acceso a la jubilación.

#### 1.2 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de enero de 2023, Rec. 6219/2022

El presente litigio, por su parte, trae causa de la demanda presentada por una trabajadora que fue despedida por causas productivas al amparo del artículo 52 c) del ET, implementando la empresa 5 días después un ERTE por fuerza mayor derivada de la situación del COVID19 (“**ERTE FM**”).

En instancia, el despido se declaró procedente, por lo que la misma interpuso ante el TSJ de Cataluña recurso de suplicación solicitando la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido.

Se solicitaba la declaración de nulidad argumentando que el despido había sido efectuado en fraude de ley para evitar la aplicación del artículo 2 del Real Decreto – ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID19 (“**RDL 9/2020**”) y porque la decisión del despido de la trabajadora estaba motivada por tratarse de la persona con menor antigüedad y, por tanto, suponía un menor coste económico para la empresa. Con esa justificación, la demandante alegaba que la empresa le había proporcionado

un trato diferente respecto al resto de trabajadores que, a los pocos días, fueron incluidos en el ERTE, vulnerando, en consecuencia, el derecho fundamental recogido en el artículo 14 CE, en relación con el artículo 55.5 ET y los artículos 108.2 y 182.1 LRJS, terminando por solicitarse al TSJ que condenase a la empresa a la restitución en su puesto de trabajo y al abono de una indemnización adicional por daños y perjuicios de 20.000 euros.

El TSJ rechaza la nulidad al sostener que (i) el despido sin causa o en fraude de ley no comporta la nulidad, pues esta se produce cuando exista discriminación o vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; (ii) no cabe sostener que se ha producido fraude de una ley que aún no había entrado en vigor en el momento de procederse al despido; (iii) ya ha quedado asentado por el TS en su sentencia de 19 de octubre de 2022, Rec. 2206/2021 que el incumplimiento del art. 2 del RDL 9/2020 comporta la improcedencia y no la nulidad, y (iv) las causas de discriminación son las tasadas en el artículo 14 CE.

Subsidiariamente, se solicita la declaración de improcedencia, alegando la infracción del artículo 52.c) del ET, en relación con el artículo 51.1 del ET y los artículos 6 y 7 del Código Civil, en atención a que, en definitiva, no concurre la causa productiva aducida para justificar la extinción del contrato.

El Tribunal estima la improcedencia al entender que las causas productivas aducidas en la carta del despido consistentes en una bajada de ventas y cancelación de los servicios por la pandemia eran coyunturales puesto que la empresa: (i) implementó un ERTE FM a los pocos días y (ii) no probó que la causa del despido fuera distinta a las causas que dieron lugar al ERTE FM.

Y es sobre este escenario sobre el que se plantea la discusión sobre la indemnización por improcedencia del despido. Junto a la calificación de improcedente, la trabajadora reclama una indemnización adicional a la tasada legalmente, aspecto respecto del que el Tribunal dispone que, si bien tradicionalmente rige la indemnización tasada, cabe conceder una indemnización adicional si los motivos de la decisión extintiva son discriminatorios o vulneran derechos fundamentales y otras libertades.

En su argumentario, el TSJ cita dos sentencias de la misma sala que han venido reconociendo esta posibilidad basándose en el Convenio 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea. No obstante, en esta sentencia comentada, a diferencia de las mencionadas en ella, la Sala admite aquí la solicitud de la trabajadora, reconociendo una indemnización adicional porque entiende que la que corresponde a la misma por aplicación legal, que no llega a 1.000 euros, resulta insuficiente, no compensa la pérdida de trabajo y no tiene un efecto disuasorio para la empresa. Esto es, parece presuponerse la consideración de que la aplicación automática de la indemnización por despido conforme a los criterios legales no garantiza en todo caso el efecto compensatorio de la pérdida del empleo y disuasorio para el empresario que, cabría deducir de la sentencia, deben apreciarse en las cuantías indemnizatorias.

Una vez establecido lo anterior, y en uno de los puntos más problemáticos de la cuestión debatida en general, el órgano judicial atiende en este caso al modo en que debe calcularse esa indemnización adicional. En el recurso la trabajadora se solicitaba expresamente: (i) una indemnización por los daños morales derivados del despido, por una cuantía de 2.000 euros y (ii) una indemnización por el lucro cesante correspondiente a la prestación extraordinaria por desempleo implementada por la legislación extraordinaria dictada con ocasión de la pandemia y que hubiera percibido la trabajadora despedida de haber sido incluida en el ERTE, lo que se concreta en un importe de 10.544,90 euros (la trabajadora calcula la prestación desde la fecha en que fue despedida hasta que encontró trabajo).

Pues bien, en este punto el TSJ concluye que no cabe una indemnización por daño moral, toda vez que no queda probada la existencia de daños y perjuicios morales indemnizables. Nótese que no se está negando la posibilidad de compensar en la indemnización por despido la reparación de los daños de carácter moral producidos, sino la sola ausencia en el supuesto enjuiciado de su efectiva acreditación; así, puede afirmarse que, de probarse ese

daño moral, su compensación económica se habría sumado a la cuantía indemnizatoria.

En cambio, respecto del lucro cesante de la trabajadora, el órgano judicial estima que sí cabe la indemnización correspondiente a ese concepto, que fija en una cantidad de 3.493,30 euros. Entiende el TSJ que, si no hubiera sido despedida, la trabajadora habría sido incluida en el ERTE y habría tenido la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo implementadas por la legislación dictada para paliar las consecuencias sociales y económicas derivadas de la pandemia que, como se sabe, con independencia de que las personas trabajadoras no cumplieran los requisitos ordinarios de cotización mínima para el acceso al desempleo, quedaban protegidos durante todo el periodo de vigencia del ERTE.

### 1.3 Sentencia del Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona, de 21 de noviembre de 2022, Rec. 294/2021

El presente litigio, trae causa de la demanda presentada por un trabajador que fue despedido por causas disciplinarias consistentes en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo.

En la misma, solicita que su despido sea declarado nulo argumentando que la empresa ha vulnerado su derecho a la no discriminación, por tratarse del trabajador más afectado por los distintos ERTE implementados por la empresa y haber sido despedido pese a la protección de empleo establecida en el artículo 2 del RDL 9/2020. Con motivo de la vulneración de su derecho fundamental solicita el abono de una indemnización de daños y perjuicios. Subsidiariamente, solicita que su despido sea declarado improcedente al no ser cierta la causa alegada por la empresa para proceder a su despido, solicitando, en caso de optar por la extinción de su contrato al amparo del artículo 56 ET, el abono de una indemnización suficientemente disuasoria en aplicación de las normas internacionales.

Pues bien, el JS descarta la nulidad del despido señalando que el demandante no acredita ningún factor personal o social que permita al juzgado entender que concurre una causa de segregación o un trato desigual por parte de la empresa, así como tampoco ningún termino comparativo que pueda valorar el juzgado. Además, al igual que en la sentencia del apartado 1.2. anterior, dispone que el Tribunal Supremo ya aclaró en su sentencia de 19 de octubre de 2022, Rec. 2206/2021, que el incumplimiento de la salvaguarda de empleo del artículo 2 del RDL 9/2020 no comporta la nulidad del despido.

No obstante, el JS estima la petición de improcedencia subsidiaria al no haber acreditado la empresa la supuesta disminución voluntaria de rendimiento imputada al trabajador despedido y haber abonado al mismo una indemnización de 1.782,58 euros en el momento del despido, que interpreta en el sentido de un reconocimiento empresarial de la improcedencia. En cuanto a la indemnización solicitada, el trabajador solicita que, para que sea disuasoria, resulte equivalente a un año de su salario, de conformidad con el artículo 10 del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo.

Sobre este punto, el JS refiere que la indemnización disuasoria cabe en 2 supuestos:

- i) Si la indemnización legal (que en este caso asciende a 2.023,56 euros) no es suficientemente disuasoria, por exigua y la empresa ha incurrido en una evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho.

En tal caso, se podrá incrementar la indemnización legal en el equivalente a 15 días de salario por año trabajado según lo previsto en el artículo 281.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ("LRJS"), en sede de ejecución de sentencias por despido, tal y como dispone el TSJ de Cataluña en su sentencia de 23 de abril de 2021, número 826/2021 o;

- ii) Cuando el despido ocasione especiales perjuicios al trabajador, más allá del lucro cesante que concurre en cualquier decisión extintiva.

Aclara el JS que, para que corresponda esa indemnización adicional, en ambos supuestos el trabajador tendrá que haber solicitado expresamente la indemnización superior y, en caso de postularse perjuicios especiales (no los solicita el trabajador en este supuesto), habrá tenido que concretarlos en la demanda para que la empresa pueda constatarlos y valorarlos.

Pues bien, concluye el JS que en la situación objeto del proceso se cumplen los 2 requisitos que posibilitan reconocer la indemnización solicitada, ya que (i) la empresa utiliza una causa genérica para proceder al despido y desconoce la protección de empleo del artículo 2 del RDL 9/2020 y (ii) la indemnización legal (que ascendería a 2.943,36 euros) no resulta disuasoria ya que supera con poco el importe de una mensualidad de salario. De este modo, accede al incremento de la indemnización en el importe equivalente a 15 días de salario por año trabajado (919,80 euros) sosteniendo que, en aras a la seguridad jurídica, la cuantía se calcula de este modo siguiendo el criterio del TSJ referido, aun considerando el órgano juzgador que la misma tampoco sería disuasoria al no implicar esfuerzo financiero alguno para la empresa puesto que importe final no alcanza siquiera tres meses de su salario.

## 2. Consideraciones conclusivas y propuesta

Hasta ahora, únicamente se conocen las comentadas sentencias del TSJ de Cataluña y del JS de Barcelona que determinan una indemnización adicional a la que resulta de aplicar las reglas propias del despido improcedente en el art. 56 del ET entre las resoluciones judiciales dictadas en materia de despido. Pero es previsible que se haya abierto una vía que permita a los tribunales atender a esas anticipadas “señas de identidad” de la indemnización por despido improcedente que, se asegura por quienes defienden la reforma, se encuentra en los instrumentos internacionales citados y que, en opinión de quien suscribe, no parecen fácilmente deducibles de la dicción literal de nuestra normativa interna, al margen de disfuncionales.

En todo caso, no puede dejar de advertirse que, cualquiera que sea el resultado, el actual estado de la cuestión está generando ya una indudable inseguridad jurídica para las empresas: si hasta ahora y desde 1980 con la aprobación del ET, a diferencia de ordenaciones precedentes a esa fecha, el empleador conocía cuál era el costo exacto de la indemnización legal máxima por despido improcedente y el riesgo que asumía en caso de extinción, con una eventual reforma legal las empresas pueden verse abocadas a una mayor incertidumbre en este ámbito, que ya comienza a tener efectos con la sola discusión del modelo y con la doctrina judicial reseñada. En efecto, parece que las personas despedidas improcedentemente podrían llegar a tener distintas consecuencias indemnizatorias en razón a su edad, cualificación profesional, empleabilidad, circunstancias familiares o razones de similar índole, sin que alcance a imaginarse aún qué criterios concretos y diversos del libre arbitrio judicial pueden plantearse por la norma al efecto de sustituir la baremación predeterminada, objetiva y automática. Aún más, incluso cuando la STS de febrero de este año recién comentada parece admitirlo para el caso de que el acuerdo colectivo que pone fin al procedimiento de despido colectivo así lo establezca, cabe cuestionarse también si el marco legal que algunos proponen reformar es también predicable del despido colectivo, hasta obligar a los tribunales a considerar en tales casos las circunstancias personales de cada trabajador afectado a la hora de fijar el quantum indemnizatorio de cada uno de los afectados; y es que la reclamación planteada ante el Comité Europeo de Derechos Sociales no parece cuestionar esta segunda fórmula y reducir la cuestión al despido individual

Habrà que esperar y comprobar cómo se pronuncian los tribunales en adelante, pero es fundado el temor creciente a la posibilidad de tener que hacer frente al pago de indemnizaciones diferenciadas a los trabajadores despedidos que, de momento, hay que entender remitidos en exclusiva a la discrecionalidad del órgano judicial en base a esa presunta ausencia del carácter compensatorio y disuasorio de la indemnización tasada.

Abordar esta cuestión desde una perspectiva legal no resulta fácil a priori. Los criterios que puedan servir para modular un eventual cambio futuro del cálculo

de la indemnización por despido serían múltiples e inevitablemente subjetivos, si pretenden sustituir los actuales objetivos y automáticos de salario y antigüedad, pudiendo producir, además, el efecto perverso de preseleccionar candidatos al despido precisamente por el menor o mayor coste que la aplicación de tales criterios determine. La alternativa de quedar atribuidos al libre arbitrio judicial o a la inevitable valoración por el juzgador no es menos incierta y tampoco garantiza seguridad jurídica ni a empresa ni a trabajador.

Por lo demás, si detrás de este debate lo que realmente se esconde, al hilo también de las referidas dificultades aplicativas, es preparar el terreno para elevar la cuantía de la indemnización por despido improcedente desde los actuales 33 días de salario por año con tope de 24 mensualidades a la previa a la reforma de 2012 de 45 días y tope de 42 mensualidades, hay que señalar que la discusión resulta entonces poco fértil. Porque no cabe duda de que elevar las cuantías y topes resarce más al trabajador y puede disuadir en mayor medida al empresario (desde esta sola perspectiva ¿por qué no incrementar aún más esa indemnización? ¿dónde está el límite ideal?), pero seguiría dejando fuera de esas consecuencias reparadoras y sancionadoras a ciertas indemnizaciones que, aun con esa nueva fórmula, ni reparan ni disuaden. Al margen de que encarecer el despido no eluda en la práctica de las empresas el extinguir los contratos de trabajo allí donde exista una necesidad empresarial, la indiscriminada subida de los importes indemnizatorios puede terminar perjudicando el empleo, como parece que entendieron los agentes sociales en la Mesa de Diálogo Social que llevó a la reforma de 2021 y que apartó esta cuestión. Recuperar este relevante aspecto del coste del despido de forma aislada, sin coherencia con una reforma integral de nuestro sistema de relaciones de trabajo, no parece la mejor fórmula para adaptar nuestro modelo laboral a las transformaciones que le afectan.

En este sentido, si lo que se pretende es impedir que existan casos en que la indemnización resulte ciertamente irrisoria y desproporcionada para compensar al trabajador de la pérdida de empleo y para, indirectamente, incorporar un elemento pedagógico de disuasión del empresario de despedir sin causa, no parece imprescindible ni oportuno reformar tan incisivamente una legislación que, en general, funciona razonablemente bien y apenas ha generado debate desde su aprobación en lo relativo al sistema de cálculo de las indemnizaciones por despido. Sistema que, no se olvide, actúa con esos mismos elementos de predeterminación, objetivación y automaticidad en un ámbito esencialmente reparador, como es el de la Seguridad Social, cuyas prestaciones para superar estados de necesidad no atienden al daño sufrido, sino que existe una objetivación previa y genérica del perjuicio que evita atender a cada situación concreta. Otra solución conduce a una inagotable casuística y a una contraproducente judicialización.

Más asequible sería, pues, mantener el actual sistema de indemnizaciones objetivas y tasadas y, en su caso, admitir indemnizaciones adicionales para los supuestos extraordinarios en que se solicite y pruebe por el trabajador un perjuicio desproporcionado que exceda claramente de la sola pérdida del empleo que compensa la indemnización por despido improcedente. En este sentido, cabe en la jurisdicción social apreciar indemnizaciones reparadoras de daños morales o lucro cesantes allí donde el trabajador demuestre un perjuicio resarcible, conforme a las reglas de responsabilidad civil por daños y perjuicios.



### NOVEDADES LEGISLATIVAS

#### BOE

##### Reforma del sistema público de pensiones

**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.

##### Salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo

**Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero**, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

› Ver aquí nota jurídica

##### Empleo

**Ley 3/2023, de 28 de febrero**, de Empleo.

› Ver aquí nota jurídica

##### Igualdad de las personas trans y garantía de los derechos de las personas LGTBI

**Ley 4/2023, de 28 de febrero**, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

› Ver aquí nota jurídica

##### Seguridad Social. Gestión informatizada

**Resolución de 8 de marzo de 2023**, de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, por la que se habilitan trámites y actuaciones a través de los canales telefónico y telemático mediante determinados sistemas de identificación y expresión de la voluntad y se regulan aspectos relativos a la presentación y firma de solicitudes mediante formularios electrónicos a través de ambos canales.

##### Seguridad social. Pensiones

**Resolución de 16 de marzo de 2023**. Determina los medios de acreditación de la vivencia de las personas perceptoras de pensiones a cargo de la Seguridad Social española, en su modalidad contributiva, residentes en el extranjero.

##### Salario mínimo interprofesional

**Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero**, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2023.

##### Lucha contra la corrupción

**Ley 2/2023, de 20 de febrero**, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

› Ver aquí nota jurídica

#### DOUE

##### Ordenación del tiempo de trabajo

**Comunicación de la Comisión Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

##### Anteproyecto:

##### Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión

En el Consejo de Ministros del pasado 7 de marzo aprobó el Anteproyecto de ley orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Ver Anteproyecto

› Ver aquí Nota Jurídica

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

### ¿Una norma olvidada?: La audiencia previa al trabajador en los despidos disciplinarios

Carlos Miró Leon | Abogado

- › Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas baleares núm. 68/2023, de 13 de febrero de 2023 (Rec. Núm. 454/2022)

La sentencia 68/2023, de 13 de febrero (la “**Sentencia**”) del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares podría revolucionar el procedimiento seguido habitualmente en los despidos disciplinarios gracias a una norma de hace casi cuatro décadas que parece haber sido olvidada.

Nos referimos al artículo 7.1 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (el “**Convenio**”), recientemente invocado con ocasión del debate abierto al hilo del cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente. Aunque ahora la discusión se refiere a otra de sus disposiciones. La norma del Convenio, adoptado en 1982, y ratificado en España durante el año 1985, dispone del siguiente texto:

*“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.”*

Antes de tratar el cambio de perspectiva que puede suponer el resurgimiento de esta norma, el análisis de esta sentencia merece un resumen de los hechos que han llevado al magistrado a aplicar el referido artículo 7 del Convenio.

El origen de este procedimiento surge a raíz del despido disciplinario de un profesor de la *Fundació per als Estudis Superiors de Música i Arts Escèniques de les Illes Balears* (la “**FESMAE**”). Este cese tiene como causa la conducta inapropiada del profesor con sus estudiantes de género femenino, llegando en algunas instancias a cuestionarse como acoso sexual.

Instituciones y medios de comunicación se hicieron eco de las mencionadas conductas, lo que propició, según el Tribunal, un procedimiento de investigación sin garantías que terminó con el despido disciplinario del trabajador. Dicho despido fue impugnado, pero la procedencia de este fue declarada en instancia, derivando en el recurso de suplicación resuelto por la sentencia analizada.

Uno de los argumentos esgrimidos en el recurso se fundamentaba en la necesidad de la apertura de un expediente disciplinario conforme al Estatuto Básico del Empleado Público (el “**EBEP**”), entendiéndose que el centro de estudios formaba parte del sector público. Sin embargo, dada la naturaleza de fundación privada de la FESMAE, el Tribunal declaró inaplicable el régimen disciplinario del EBEP.

A pesar de ello, el Tribunal, mediante el control de convencionalidad exigido por la doctrina constitucional, tiene la potestad para aplicar la regla más ajustada al caso concreto. Dicha doctrina recogida, entre otras sentencias, en la STC 120/2021, de 31 de mayo, indica:

*“Por el contrario, se ha reconocido la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional, así como también podrán inaplicar normas preconstitucionales. En este sentido, declaramos que “[e]l marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas*

*SSTC 49/1988, de 22 de marzo (RTC 1988, 49), FJ 14; 180/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 180), FJ 3, y 102/2002 (RTC 2002, 102), FJ 7.”*

A continuación, el Tribunal aboga por la integración del artículo 7 del Convenio en nuestro ordenamiento, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española y el artículo 1.5 del Código Civil, así como su aplicación preferente en virtud del artículo 31 de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Esto lleva al Tribunal a considerar que la aplicación directa de la norma es incontestable y, por ende, el despido debe ser declarado improcedente, por no cumplirse una de las exigencias de la normativa internacional.

Esta sentencia acaba mostrando la importancia de seguir un proceso garantista antes de realizar un despido, a pesar de las presiones mediáticas o institucionales que el empresario pueda recibir para proceder a la adopción de una decisión inmediata. Aunque, de igual forma, reconoce que la conducta del profesor que condujo a su despido no ha sido valorada, dejando la puerta abierta a la FESMAE para que readmita al trabajador y ejerza de nuevo la facultad disciplinaria, esta vez, concediendo audiencia previa al trabajador. Esto es, la sentencia se limita a advertir un error puramente formal que conlleva la improcedencia del despido, sin entrar a valorar el fondo del asunto.

Si se observa, las implicaciones que esta sentencia puede tener en futuros pleitos son muy relevantes, pues, dada la falta de legislación nacional que integre expresamente el requisito del artículo 7.1 del Convenio, va a ser la labor de los Tribunales de nuestro país interpretar una norma de carácter claramente orientativa y poco concreta.

Y es que nuestros tribunales ya reconocieron la falta de concreción de la norma en los años posteriores a la ratificación del Convenio. Sentencias como la del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1987 llegaron incluso a reconocer la imposibilidad de aplicar la norma de forma directa:

*“El artículo 7 del mencionado Convenio establece que “no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador, por motivos relacionados con su conducta o con su rendimiento, antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad»; norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que no es de aplicación directa, al exigir, que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula.”*

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia, amparado por la Ley 25/2014 considera que, a pesar de una clara falta de desarrollo, la norma debe ser aplicada de forma directa. Lo que implicará que, a falta de desarrollo legislativo, la norma será desarrollada jurisprudencialmente.

Otro punto que puede suscitar controversia es la calificación del despido. Dado que el incumplimiento del precepto supondría un perjuicio al derecho a la defensa del trabajador, debería cuestionarse si este implica un perjuicio suficiente para calificar al despido como nulo. O si, por el contrario, siguiendo la misma vía que el Tribunal, solo supondría una infracción de las formalidades del proceso, que equiparadas al 55.1 del Estatuto de los Trabajadores (el “ET”), implicarían la improcedencia.

El mencionado artículo 55 ET contiene la obligación de otorgar audiencia previa al trabajador en un procedimiento de despido disciplinario, siempre que este tenga la condición de representante legal de los trabajadores o delegado sindical. Por ello, este precepto contiene una obligación similar a aquella contenida en el artículo 7 del Convenio, sin embargo, esta queda reservada para colectivos determinados que meritan una especial protección frente a posibles despidos fraudulentos.

No solo en la calificación del despido, el tribunal asimila el artículo 7.1 del Convenio al 55 ET. El apartado segundo del mencionado artículo 55 ET indica:

*“Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá*

*efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social.”*

Y esto es precisamente la actuación que sugiere el tribunal cuando en su fundamento jurídico octavo escribe:

*“En absoluto descartamos que los comportamientos imputados, o, más exactamente, aquellos pocos que se han concretado mínimamente a la carta de despido (y que ya hemos identificado), que restan por juzgar, puedan constituir un comportamiento de acoso sexual una vez debidamente analizados, con audiencia del demandante.*

*Por lo tanto, la entidad demandada, caso de optar por la readmisión, podrá ejercer nuevamente la facultad disciplinaria en los términos legalmente establecidos, previa audiencia al demandante.”*

De esta forma, el Tribunal parece equiparar el resultado de omitir la audiencia previa, del artículo 7 del convenio, a la falta de expediente contradictorio en un proceso de despido disciplinario en el que se ve afectado un delegado sindical o representante legal de los trabajadores. Por ello, si los efectos son los mismos, cabe esperar que el Tribunal también pretenda que los requisitos formales de la audiencia previa sean, al menos, semejantes a los del expediente contradictorio.

Sin embargo, claro está que esta interpretación estará sujeta a las realizadas por otros tribunales, los cuales podrán llegar a un resultado muy distinto o incluso considerar que el artículo 7 del Convenio no puede ser aplicado de forma directa. Por ello, desde la calificación del despido como improcedente, o nulo, o la forma, tiempos de la audiencia previa y hasta la manera de acreditar su existencia, son dudas que, de mantenerse la argumentación sostenida en esta sentencia, van a tener que ser resueltas y que, hasta ese momento, van a generar una situación de inseguridad jurídica por el redescubrimiento de una norma que ha pasado desapercibida durante décadas.

## Despido nulo por no superar el periodo de prueba. Sentencia del TSJ Baleares 31/2023, de 24 de enero de 2023

**Paula Gaitán** | Abogada

### › Sentencia del TSJ Baleares 31/2023, de 24 de enero de 2023

En fecha 24 de enero de 2023, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, actuando como ponente Joan Agustí, ha dictado una importante Sentencia en la que se declara nulo el cese (por no superar el periodo de prueba) de un trabajador que se encontraba en situación de incapacidad temporal.

El trabajador comienza a prestar servicios en una constructora en fecha 02/07/2020 mediante un contrato de obra y servicios. En fecha 06/07/2020 inicia una situación de incapacidad temporal y finalmente en fecha 09/07/2020 se le informa de que no supera el periodo de prueba.

Recurre el trabajador la extinción y, en instancia, el Juzgado de lo Social desestima su demanda. Seguidamente, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor, revoca la Sentencia y declara que la extinción del contrato por no superar el periodo de prueba constituye un despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la integridad física<sup>3</sup> reforzado por lo dispuesto en la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (que todavía no estaba vigente en el momento de los hechos).

<sup>3</sup> Artículo 15 de la Constitución Española

Concretamente la Sentencia establece que:

*«hemos de concluir que la actuación de la demandada, cesando al demandante exclusivamente por su situación de incapacidad temporal, habiéndole instado previamente a su reincorporación, comportó indiscutiblemente una actuación negativa y perjudicial, reactiva al ejercicio de derechos constitucionales tan básicos como el de la salud (art. 43 CE) y el del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social (art. 41 CE), lesiva del derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 CE. Estamos, en palabras de la invocada doctrina constitucional, ante “una determinada actuación u omisión de la empleadora” que, “en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad laboral ... podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”.»*

En la Sentencia se destaca que la cláusula tercera del contrato de trabajo establecía que la duración del presente contrato se extendería desde el 02/07/2020 fijando un periodo de prueba de un mes. Asimismo, ambas partes acordaron que, de suspenderse el contrato por alguna de las causas establecidas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, durante el periodo de prueba, se suspendería éste por el mismo tiempo, lo que no impediría que persista la posibilidad de ejercitar por cualquiera de las partes el desistimiento de la relación laboral. En relación con todo ello, el Juzgado de lo Social considera que la extinción contractual es ajustada a derecho.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Baleares hace una interpretación distinta a la que realiza el Juzgado de lo Social de Palma ante la suspensión del periodo de prueba, en los términos que se reproducen a continuación

*«Previamente a exponer la censura jurídica formulada por el recurrente, hemos de recordar que la Sentencia de instancia, en su segundo fundamento jurídico, después de una extensa referencia jurisprudencial, concluye que la facultad empresarial de desistir del contrato durante el periodo de prueba no queda enervada por la situación de incapacidad temporal, que únicamente provoca la interrupción del cómputo de dicho periodo, pero no limita tal facultad extintiva.*

*A continuación, en forma sintética pero exhaustiva, recuerda la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE respecto al concepto de “discapacidad” como causa de discriminación, para concluir que la aplicación de dicha doctrina al caso de autos debe conducir a la desestimación de la demanda, al no apreciar en el demandante las notas definitivas de la situación de discapacidad por el mero hecho de encontrarse en el momento de su cese en situación de baja médica derivada de una dolencia o lesión que no se conoce y cuya duración no alcanzó un mes»*

El Tribunal resuelve que la situación de incapacidad temporal debió interrumpir el periodo de prueba, dado que ni en la declaración de hechos probados consta, ni en el escrito de impugnación al recurso se aduce razón alguna que permita entender que el cese por no superación del periodo de prueba obedeció a otra razón que no fuera la propia situación de incapacidad temporal por enfermedad comunicada el día 6 de julio.

Por lo tanto, al estar suspendido el periodo de prueba, no es posible finalizar el contrato por no superación de dicho periodo de prueba que, conforme a la normativa actual, y salvo excepciones, no requiere formalidad alguna por parte de la empresa, sino que se debe entender la extinción como un despido.

Posteriormente, y una vez determinado que la extinción es un despido, el magistrado entra a valorar la posible nulidad.

La sala concluye que -en los términos que regula la inversión probatoria el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- de las alegaciones de la parte actora se deducen la existencia de indicios fundados de discriminación o de la vulneración de otro derecho fundamental.

Esto viene motivado no solo por las alegaciones que se realizan por parte de la actora, sino también por la cronología de los hechos, habiendo pasado menos de una semana entre el inicio de la situación de IT y el cese.

La Sentencia se basa en jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina Daouidi para fallar a favor del trabajador declarando el despido nulo. Concretamente, la doctrina del Tribunal Constitucional, en sus SSTC 62 y 160/2007, señala que *“el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal”, añadiendo que “si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”, se precisa que “una determinada actuación u omisión de la empleadora” en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral “podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”.*

Y así se fundamenta que *“tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta”.*

La Sala concluye, en su Fundamento de Derecho Séptimo que, incluso prescindiendo de tal razonable sospecha, el solo hecho de cesar al demandante por la única razón de estar en situación de incapacidad temporal, incumpliendo la previsión convencional de interrupción del período de prueba, establecida sin duda para impedir despidos como el producido, debiera llevarnos a la misma conclusión. Y es que la decisión empresarial se muestra reactiva a derechos tan elementales como son el de la protección de la salud y el acceso a las prestaciones (económica y sanitaria) de seguridad social, que son manifestación del derecho fundamental a la integridad física, como ha establecido la doctrina constitucional ya referida.

Coadyuva a la conclusión del Tribunal el hecho de que el legislador, para prevenir actuaciones como la actual, según la interpretación del magistrado, mediante la Ley 15/2022 para la igualdad de trato y la no discriminación, haya recogido como una de las causas de discriminación prohibida la «enfermedad o condición de salud», sin más adjetivos, como causa de discriminación distinta a la de «discapacidad».

En definitiva, es interesante cómo el magistrado, sin aplicar de una manera directa la nueva Ley 15/2022, la emplea para poder interpretar la doctrina anterior a favor de lo dispuesto en el precepto legal hasta llegar a considerar discriminatorio el despido de una persona en situación de incapacidad temporal que, aparentemente, no presenta semejanzas con una discapacidad.

## El Tribunal Superior de Justicia declara el derecho a prestar servicios en remoto el 100 por 100 de la jornada por necesidades de conciliación

Alejandro Pacios Delgado | Abogado

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 5499/2022, de 9 de diciembre (Rec. núm. 6144/2022)

### 1. El derecho de adaptación de la jornada como derecho de conciliación de la vida familiar y laboral

El artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”) prevé la posibilidad de que las personas trabajadoras soliciten adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación (incluyendo el trabajo a distancia), para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Asimismo, añade que dichas adaptaciones deben ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Por tanto, se trata de un derecho individual que

puede ejercitar la persona trabajadora, para lo cual deberá demostrar su deseo de conciliar, así como la razonabilidad de su solicitud de adaptación de la jornada para conseguir dicho fin. Derecho individual de la persona trabajadora que se anuda a un deber de la empleadora que opera, lógicamente, sobre presupuestos definidos en atención a conceptos jurídicos indeterminados, que abren un espacio inevitable a la ponderación judicial acerca del necesario equilibrio entre los dos intereses contrapuestos: conciliación y necesidades empresariales.

Añadido a lo anterior, el mismo artículo establece que, en defecto de regulación en la negociación colectiva, la empresa, al recibir una solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora. Dicha obligación comprende, por un lado, que la persona trabajadora motive adecuadamente la solicitud de adaptación y, de otro, que la empresa valore la solicitud y, en su caso, motive las razones determinantes de la negativa al ejercicio del derecho. En todo caso, la negociación deberá regirse por la buena fe en aras a obtener un acuerdo donde se satisfagan los intereses de ambas partes, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Los tribunales han señalado en reiteradas ocasiones que los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral poseen un componente de discriminación indirecta por razón de género, en tanto en cuanto son las mujeres trabajadoras quienes ejercitan este tipo de derechos mayoritariamente. En este sentido, se ha venido entendiendo coherentemente que estos derechos poseen una dimensión constitucional desde la perspectiva del derecho fundamental a la no discriminación, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, que se debe tener especialmente en cuenta a la hora de resolver cualquier controversia relacionada con su concesión y alcance.

### 2. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Partiendo del escenario anterior, la reciente sentencia n.º 5499/2022, de 9 de diciembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (el “Tribunal” o la “Sala”), estimó la demanda de una trabajadora en materia de conciliación al entender que era razonable y proporcional una solicitud formulada para pasar a prestar servicios bajo la modalidad de trabajo a distancia durante el 100 por 100 de su jornada con ocasión de dos circunstancias sobrevenidas en el transcurso de la relación laboral: (i) el nacimiento de un segundo hijo y (ii) el cambio de domicilio por parte de la persona trabajadora a una residencia ubicada a mayor distancia del centro de trabajo.

Concretamente, la demandante, que tenía reconocida una reducción de jornada por guarda legal, solicitó la adaptación de su jornada a la modalidad de prestación de trabajo a distancia a tiempo completo, con motivo del cambio de circunstancias en su vida familiar que le dificultaba poder llevar y recoger a sus hijos del colegio, dada la distancia entre su centro de trabajo y el centro escolar. La empresa se opuso a dicha solicitud alegando que la prestación de trabajo debía ser necesariamente presencial por razones inherentes a la actividad de la empresa y por motivos organizativos del servicio al que la trabajadora estaba adscrita (que se concretaban en la necesidad de la empresa de cumplir con obligaciones contractuales de garantía de confidencialidad y seguridad informática). Además, para justificar la exigencia de presencialidad, la empresa aludía a la necesidad de interacción de la trabajadora con su responsable, compañeros y área, así como a la importancia de garantizar una correcta supervisión de sus tareas.

El Tribunal, al exponer los motivos que le llevaron a fallar en favor de la trabajadora, cita otros pronunciamientos judiciales que aluden a la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral. En particular, aduce que el titular del derecho, para ver preservados sus intereses, no tiene que demostrar una necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, sino que únicamente tiene la carga de demostrar la existencia de hijos menores de doce años y que la medida solicitada facilita la conciliación (frente a lo cual sólo cabría una oposición empresarial muy fundamentada, ajena a argumentos relativos al modo de organizar su familia).

Concluye la Sala que, al no haberse acreditado por parte de la empresa las circunstancias que impedirían el trabajo a distancia ni la necesidad de la prestación de forma presencial, y habiendo demostrado la persona trabajadora una necesidad de conciliación a través del trabajo a distancia, resulta ajustado

a derecho reconocer el derecho de conciliación de la demandante mediante la prestación de servicios a distancia en los términos solicitados.

### 3. Conclusiones

En definitiva, a la vista de este pronunciamiento, se ve incrementado (más si cabe) el umbral de exigibilidad que recae en las empresas para que puedan considerarse fundamentadas sus negativas a acoger una solicitud de adaptación de la jornada al amparo del artículo 34.8 del ET. Unas exigencias que, si bien ya fueron apuntadas en un anterior pronunciamiento de este mismo Tribunal<sup>4</sup>, van conformando un cuerpo doctrinal que consolida y delimita de manera cada vez más clara la efectividad práctica de un derecho de muy reciente creación.

Dicho esto, merecen también especial consideración las implicaciones que pueden tener este tipo de derechos en aquellas empresas que tengan un importante número de personas trabajadoras con necesidades de conciliación al amparo de este precepto (y las consiguientes dificultades a nivel organizativo que podría tener su encaje para el conjunto de la plantilla en el plano de la equidad interna).

Principalmente en la medida en que, al amparo de pronunciamientos como el aquí analizado, se puede terminar haciendo recaer los efectos de decisiones individuales de los trabajadores (como pudiera ser el cambio de domicilio a un lugar más lejano del centro de trabajo, dificultando así su capacidad de conciliación) sobre el empleador, en un ámbito que queda fuera de su capacidad de control y dirección. A la vista de todo ello se debe insistir en la especial necesidad de que las empresas justifiquen detalladamente su negativa a acoger solicitudes de esta naturaleza (acreditando la afectación negativa que tendría la misma sobre las necesidades empresariales) cuando dichas peticiones revistan una presunción de idoneidad y no se haya ofrecido medida alternativa por parte del empleador para tratar de armonizar los intereses en conflicto.

A lo anterior se añade el papel esencial que deberá jugar la negociación colectiva de cara a detallar con mayor rigor y precisión los términos y condiciones de ejercicio de este derecho, más allá de las declaraciones de principios (o remisiones directas a la propia norma) que suelen recoger los pocos convenios colectivos que abordan esta materia. Una correcta regulación y formulación de este derecho a nivel colectivo puede no solo ser una solución que economice recursos tanto para trabajadores como para empresas (concretando los términos de su ejercicio a nivel general, evitando así descender a negociaciones de carácter individual), sino convertirse en una herramienta que permita reducir notablemente la judicialización de este tipo de solicitudes y, al mismo tiempo, establecer un marco equilibrado de garantías para ambas partes, a la vista de los choques que puede provocar este derecho con las necesidades de las empresas.

## El TS avala que un ascenso pueda verse acompañado de una reducción salarial, siempre que la convocatoria sea clara al establecer las condiciones del nuevo puesto

**Belén López Gardey** | Asesora Jurídica

- › Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 894/2022, de 10 de noviembre (Rec. 782/2019)

### Los hechos debatidos

La concepción tradicional del ascenso va aparejada a la subida salarial que la asunción de mayores responsabilidades implica. No obstante, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (“TS”), número 894/2022, de 10 de noviembre, nos invita a replantearnos si un ascenso, provocado por un concurso al que el trabajador se presenta voluntariamente y cuyas condiciones conoce por estar claramente especificadas en las bases de la convocatoria, puede conllevar una retribución menor en los trabajadores ascendidos.

Los hechos que el Juzgado de lo Social nº31 de Madrid (“JS”) declara probados nos permiten entender mejor el debate planteado ante el TS. Los demandantes,

<sup>4</sup> STSJ de Galicia núm. 541/2022, de 3 de febrero (Rec. 5108/2021)



5 trabajadores de Renfe, prestaban sus servicios a bordo de distintos trenes con la categoría profesional de interventores. La estructura de su salario se componía principalmente de las siguientes partidas: (i) salario base; (ii) antigüedad; (iii) prima de recaudación de interventores; (iv) complemento de seguridad, formación y gestión; (v) complemento de puesto comercial; (vi) complemento de puesto en trenes; (vii) prima variable comercial; (viii) las pagas extraordinarias de junio y diciembre; y (ix) a resultas del tipo de prestación que realizaban a bordo del tren, los gastos de viaje y dietas.

En el año 2016, los trabajadores deciden concurrir a la convocatoria de movilidad geográfica y funcional para cubrir las vacantes de puestos de mandos intermedios, que indicaba expresamente a colación de las condiciones retributivas que estas obedecerían a lo dispuesto en las tablas salariales del Convenio Colectivo de Renfe. Adquirida la condición de mandos intermedios en 2017, los trabajadores, que anteriormente prestaban sus servicios como interventores dentro del tren, pasan a realizarlas en una oficina, sin necesidad de desplazarse. Como resultado de lo anterior, el salario de los trabajadores se ve alterado por lo dispuesto para dicha categoría en el Convenio Colectivo, de modo que en lo sucesivo los demandantes no devengarían el plus de puesto en trenes, los gastos de viaje y dietas y, curiosamente, el complemento de antigüedad, por no encontrarse previsto convencionalmente para la categoría de mando intermedio que ahora ostentan los demandantes. Este juego en los complementos asociados a cada categoría supuso una disminución salarial de entre 1.500 y 5.700 euros anuales, en función del trabajador afectado.

Lo que los trabajadores discuten, constatada la diferencia salarial entre un puesto de menor responsabilidad y mejor remunerado que uno de mando intermedio, es una cláusula del XIV Convenio Colectivo de Renfe, concretamente la cláusula 18. En ella, se señala que el sistema retributivo de los mandos intermedios, categoría que los trabajadores ostentaban a partir de la promoción, se componía fundamentalmente de dos bloques: el componente fijo, que nunca podría ser inferior al puesto con una menor valoración por parte de la empresa; y el complemento variable, que no era consolidable y que dependería de la valoración de puestos de trabajo que Renfe realizase.

Adicionalmente, y en este punto subyace el interés del caso estudiado, la citada cláusula 18 establecía que, en caso de que el acceso a la categoría de mando intermedio se produjese a partir de otra categoría dentro de la empresa y la amplitud de la banda salarial no permitiese establecer un salario coherente con las retribuciones que previamente recibía el trabajador, Renfe podía discrecionalmente ampliar la banda salarial hasta un máximo del 25 %. A partir de aquí, los trabajadores entendían que su salario base y su prima variable comercial debían verse adaptadas hasta alcanzar, como mínimo, el salario que percibían anteriormente como interventores de trenes.

### Los argumentos del Tribunal

Los anteriores hechos probados llevaron al JS a desestimar la demanda de los trabajadores de Renfe y, con esta desestimación, los trabajadores recurrieron en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ). El TSJ, por su parte, estima el recurso presentado por los trabajadores tras realizar una interpretación de la ya mencionada cláusula 18 del XIV Convenio Colectivo de Renfe.

Así, a diferencia de otra sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de 2014, que resuelve un supuesto prácticamente idéntico desestimando el recurso, el TSJ considera en esta ocasión que la vocación de la cláusula 18 es la de ampliar las bandas salariales siempre que, al ascender profesionalmente, el salario percibido por el mando intermedio sea inferior al percibido anteriormente. A juicio del TSJ, la voluntad del Convenio no es perjudicar al trabajador que asciende y ve su retribución disminuida por el juego de los complementos que percibe a causa de su prestación de servicios en uno u otro puesto, sino que, al contrario, lo que la cláusula 18 garantiza es que ese perjuicio económico no se produzca, por lo que debe ampliarse la banda salarial hasta un máximo del 25 % para que los trabajadores vean recompensado su ascenso.

Sin embargo, el TS rechaza la interpretación de la cláusula 18 efectuada por el TSJ, en primer lugar, por no ser sostenible con base en los criterios de interpretación de las normas, i.e., criterio literal, histórico, sistemático y finalista. Para el

TS, el contenido de la cláusula 18 es dispositivo para la empresa, de modo que no existe ninguna obligación de ampliar las bandas salariales. En segundo lugar, el TS valora especialmente que los trabajadores decidieron voluntariamente concurrir a unas plazas de mandos intermedios, en cuya convocatoria se indicaba de forma expresa que las retribuciones para dicho puesto de trabajo serían las indicadas en el Convenio Colectivo.

En tercer lugar, aspecto de mayor interés desde el punto de vista social de la sentencia, el TS estima que en el seno de las relaciones laborales el salario no es el único factor indicativo de una mejora laboral, sino que debe atenderse también a las condiciones en las que se prestan los servicios. En el caso de estudio, lo que debe valorarse es que los trabajadores dejan de prestar sus servicios a bordo de un tren para hacerlo en las oficinas, lo que implica que en lo sucesivo no devengarán los pluses asociados a su trabajo a bordo, ni mucho menos los gastos de desplazamiento, en los que ya no incurrirán a consecuencia de la movilidad geográfica y funcional experimentada.

Por último, el TS ahonda en la idea de que el Convenio Colectivo no es fuente de condiciones más beneficiosas, sino que se trata de una auténtica norma jurídica obligatoria para las partes a las que les es de aplicación. Por ello, los trabajadores deben sujetarse a las condiciones que el Convenio establezca para su nuevo puesto de trabajo, sin que exista el derecho a conservar las del puesto anterior, aunque sean más beneficiosas que las actuales.

### Conclusiones

Esta sentencia del TS consolida dos ideas fundamentales en la interpretación de las condiciones laborales: que los convenios colectivos no confieren condiciones más beneficiosas, por ser auténticas normas jurídicas, y que no puede asociarse automáticamente un ascenso profesional con una subida salarial.

Así, aunque la sentencia del TSJ desde el punto de vista sistemático pueda tener sentido, puesto que *a priori* es lógico que un ascenso lleve aparejado una subida salarial, el TS se alinea con su interpretación clásica de los Convenios Colectivos, cuyo fundamento descansa en que en los supuestos en los que la previsión legal es clara no cabe ninguna interpretación distinta al tenor literal de la norma. La sentencia, no obstante, va más allá de la mera interpretación literal y esboza una idea innovadora desde el punto de vista social, consistente en la desvinculación de la mejora en las condiciones laborales que supone un ascenso profesional del aumento salarial.

En lo sucesivo, al margen de mantener una interpretación convencional literal, parece que el TS puede mostrarse sensible a las condiciones de trabajo que rodean los diferentes puestos, más allá de los términos económicos de uno y otro puesto. Veremos si los próximos pronunciamientos avanzan en este sentido.

## Encadenamiento de contratos temporales. Comentario a la STS Social, 1010/2022 de 23 de diciembre de 2022, (Rec. 3292/2019)

**Sarah Sheerlink** | Autor

› Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 4957/2022, del 23 de diciembre (Rec. 3292/2019)

### 1. Antecedentes

El Actor venía prestando servicios en virtud de un contrato de obra y servicio desde el 16 de octubre de 1995 para un centro deportivo. Sus funciones principales se desarrollaban en tareas de limpieza, control de accesos, vestuarios centrales y pistas de tenis.

El 1 de junio de 2012 pasa subrogado a una nueva empresa, en la que se mantiene hasta el 31 de diciembre de 2017, momento en el cual se produce una última subrogación.

Pocos meses después, el 13 de junio de 2018, recibe comunicación en la que se informa de que se daba por finalizada la contrata con el centro deportivo,

anunciándole la empresa que se le daría de baja el 30 de junio de ese mismo año.

El Trabajador interpone papeleta de conciliación en materia de despido, alegando fundamentalmente tener conocimiento de que su empleadora continuaba realizando algún servicio auxiliar para el Centro Deportivo en el que había prestado su actividad hasta la fecha del despido.

### 2. Caso enjuiciado en el TS

Tras desestimarse en primera instancia la demanda del trabajador y resolverse lo propio en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que se limita a realizar una transcripción literal de jurisprudencia de la Sala Cuarta para concluir acerca de la legalidad de la contratación por obra y servicio, el caso llega al Tribunal Supremo.

Nótese que la sentencia de este último órgano judicial, aunque de fecha reciente, aplica la legislación anterior a la reforma laboral pactada aprobada por Ley 32/2021 que, como se sabe, vino a derogar el contrato de obra o servicio determinados, común hasta esa fecha en la práctica de la contratación laboral por las empresas contratistas para la realización de encargos de la principal, pero hoy carente de habilitación legal.

Además, fruto de ese nuevo régimen jurídico, tampoco cabe identificar como causa del contrato temporal por circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos legales previstos. Ello se compadece con la actual previsión del art. 16.4 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”), que establece como una de las causas legales de contratación fija-discontinua la justificada por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas, entendiéndose en tales casos los periodos de inactividad como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones.

Por ello, hay que advertir que el supuesto enjuiciado produciría probablemente el mismo efecto de presunción de indefinición del contrato antes de la reforma laboral que tras ella, aun con argumentos distintos: el encadenamiento de contratos temporales en el primer caso y la inexistencia de causa legal para celebrar una contratación de duración determinada en supuesto de subcontratación de obras y servicios, cualquiera que fuera la duración del contrato, en el segundo. Con todo, no puede dejar de destacarse la desproporcionada duración (23 años) de la relación de trabajo temporal del caso en cuestión.

Entrando ya en el comentario de la sentencia, la fundamentación jurídica que realiza el Tribunal Supremo se puede resumir en los siguientes puntos:

- a) **Carácter excepcional de los contratos temporales por adscripción a una contrata:** la regla general es que los contratos temporales deben responder a una autonomía y sustantividad que legitime su existencia, lo que impide considerar como lícitos los contratos temporales que se suceden en el tiempo adscritos a una empresa que trabaja para otra principal en virtud de un negocio jurídico renovado de forma sucesiva.
- b) **Abuso de temporalidad:** no es razonable, ni acorde con el diseño legal de la contratación temporal, que un contrato de obra y servicio pueda soportar novaciones subjetivas en los términos en que se lleva a cabo la colaboración entre las empresas. Una cosa es la mera prórroga de la contrata y otra la sucesiva renegociación de sus términos.
- c) **Duración inusualmente larga:** la Sala se pregunta si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata mantiene esa naturaleza cuando la colaboración empresarial se repite durante un tiempo largo y estable.

A la vista de los tres elementos citados y aplicados al caso de autos, el TS sostiene principalmente lo siguiente: (i) que el actor ha venido prestando servicios para la contrata durante 23 años, en virtud de sucesivos contratos temporales de obra y servicio con duración vinculada a una contrata; (ii) que lo anterior supone

un encadenamiento de contratos desde el inicio de la relación laboral, en 1995, por lo que en un periodo de 30 meses ha estado contratado durante un plazo superior a 24 meses (como se sabe, el encadenamiento ilegal se cifra ahora en 18 meses dentro de un periodo de 24, conforme al artículo 15.5 ET). Con todo, la Sala Cuarta argumenta que lo correcto en estos supuestos es que se computen como nuevas contrataciones cada una de las nuevas adjudicaciones que lleve consigo novaciones objetivas o subjetivas, lo que no se da en el caso de que se trata.

Por tanto, y puesto que el demandante pasó a prestar servicios para una nueva empresa adjudicataria el 1 de junio de 2012 y luego para otra el 31 de diciembre de 2017, la Sala aprecia un abuso de temporalidad, determinando la relación indefinida del Trabajador y la declaración de improcedencia del despido.

### 3. Conclusiones

El Alto Tribunal vuelve a analizar el encadenamiento de contratos temporales y determina, tal y como venía estableciendo, que la utilización de un mismo contrato temporal adscrito a una empresa que trabaja para otra principal en virtud de un negocio jurídico renovado de forma sucesiva no es lícita.

A juicio de la Sala Cuarta, el trabajador había estado desempeñando las mismas funciones desde 1995 a través de contratos temporales, a pesar de que las contrataciones se sucedían con empleadores distintos en virtud de las adjudicaciones sucesivas del servicio de limpieza. Esto constituye un evidente abuso de la temporalidad que va más allá de los límites legales establecidos para los contratos de duración determinada.

Sin perjuicio de la posible admisión de la utilización de esta modalidad contractual en un inicio, que el TS corrobora en una interpretación ya imposible de sostener con la regulación vigente, considera que, tras el paso del tiempo y la consolidación de la relación laboral, devendría indefinida, al desaparecer la causa temporal que motivó el primer contrato.

# Coordinadores de la Newsletter

**Yolanda Valdeolivas** | Of Counsel de Laboral

[yvaldeolivas@perezllorca.com](mailto:yvaldeolivas@perezllorca.com)

T. +34 91 389 01 80

## YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

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.



# Pérez-Llorca

---

**Castellana 50**  
28046 – Madrid

—  
**Castellana 259 A**  
28046 – Madrid

—  
**Diagonal 640, 8ªA**  
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

**[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com)**

