

MAYO 2023

Más que titulares

NEWSLETTER DE DERECHO LABORAL

DESTACAMOS: ESPECIAL NOVEDADES NORMATIVAS



Aprobada la Directiva 2023/970 de transparencia retributiva

Sigue leyendo →

Migración de personas altamente cualificadas. Nueva Ley 11/2023

Sigue leyendo →

Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027

Sigue leyendo →

Lo que vendrá: proyectos legislativos destacados

Sigue leyendo →

CUESTIONES DE ACTUALIDAD JUDICIAL

Despido colectivo nulo sobre la temporalidad de los contratos extinguidos

STS 1188/2023, 23/03/2023 →

La pérdida de contrata puede constituir causa productiva y justificar el despido

STS 965/2023, 14/03/2023 →

Excedencia voluntaria y prescripción de reingreso que no puede llevarse a cabo

Reducción de complemento salarial sin seguir el procedimiento

STS 959/2023, 16/03/2023 →

Despido disciplinario procedente en caso de no reincorporación tras alta médica de incapacidad inferior a 365 días

STS 1566/2023, 17/04/2023 →

Subrogación empresarial y asunción de una parte esencial de la plantilla

STS 1826/2023, 20/04/2023 →

STS 1203/2023, 22/03/23 →

Jubilación parcial y regulación imprecisa en el convenio colectivo

STS 1203/2023, 22/03/23 →

Solicitud de extinción de la relación laboral por el impago de salarios cuando el contrato de trabajo se encontraba extinguido

STS 1367/2023, 22/03/2023 →

Forma y requisitos del período de prueba

STS 1563/2023, 12/04/2023 →

Acción de clasificación profesional es de tracto sucesivo

STS 1826/2023, 20/04/2023 →

Ineptitud sobrevenida y constatación por la nueva empresa adjudicataria de que los trabajadores no disponen de la titulación requerida

STS 1827/2023, 25/04/2023 →

Destacamos: Especial Novedades Normativas

Aprobada la Directiva 2023/970 de transparencia retributiva.

El 10 de mayo de 2023 se aprobó la Directiva 2023/970 del PE y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos de cumplimiento. La Directiva será de aplicación el 6 de junio de 2023 y prevé un plazo de transposición de 2 años, con fecha límite el 7 de junio de 2026.

- **Ámbito de aplicación:** se amplía a los **solicitantes de empleo**.
- La **transparencia retributiva** se materializa en el reconocimiento de un derecho a la información, previa al empleo y una vez se tenga la condición de empleado.
 - Previa al empleo: el empleador potencial ha de informar al solicitante de la retribución o la banda retributiva inicial atendiendo a criterios neutros con respecto al género. **Ningún empleador podrá hacer a los solicitantes preguntas sobre su historial retributivo** y han de garantizar una negociación informada y transparente (por ejemplo, en el anuncio de la vacante)
 - Una vez contratados, los empleados deben ser informados de los criterios para determinar niveles y progresión salarial. La información será periódica en relación con la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras y la obligación recae en empresas con plantilla a partir de 100 trabajadores.

Se incluye el derecho a la divulgación de la retribución, de modo que no se puede impedir a los trabajadores revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución. Se han de adoptar medidas para prohibir las cláusulas contractuales que impidan la divulgación de esta información.

- Sobre las **vías de reparación y cumplimiento efectivo**. Es necesario tener en cuenta que las indemnizaciones por discriminación retributiva han de cubrir todos los daños y perjuicios sufridos (incluida la recuperación íntegra de los

atrasos) y el resarcimiento por la pérdida de oportunidades, daños morales, combinando discriminación por razón de sexo y otros motivos de discriminación (discriminación interseccional).

Igualmente, se puede **excluir de las licitaciones públicas** a las empresas que incumplan la obligación de transparencia retributiva o cuando exista una brecha salarial de más del 5%, no justificada con base en criterios objetivos y neutros con respecto al género.

- Sobre la **carga de la prueba en los procedimientos judiciales**. Aunque las previsiones normativas españolas cumplen las prescripciones de la Directiva, debe tenerse en cuenta que la norma comunitaria admite que el empresario pueda demostrar que el incumplimiento de las obligaciones sobre transparencia retributiva, incluido el derecho a la información, fue “*manifiestamente involuntario y de carácter menor*”. Esta previsión pudiera entenderse en el sentido de que se ofrecen al empresario criterios que permitan eludir la presunción de discriminación directa o indirecta.
- **Plazo de prescripción**. Teniendo en cuenta que el plazo de prescripción previsto en la norma comunitaria para interponer reclamaciones relativas a igualdad de retribución no será inferior a tres años, parece que habrá que revisar las leyes laboral y procesal españolas. Teniendo en cuenta que ese plazo no comenzará a contar mientras la infracción esté en curso o antes de que finalice la relación laboral. competencia de su trabajador.

Migración de personas altamente cualificadas. Nueva Ley 11/2023.

La Ley 11/2023, de 8 de mayo transpone parcialmente la Directiva 2021/1883^[1] sobre condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación y modifica el art. 23 de la Ley de apoyo a los emprendedores^[2] para facilitar la entrada y permanencia (y residencia) en España por razones de interés económico, no sólo a los ciudadanos comunitarios, sino también a aquellos extranjeros extracomunitarios que disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión en línea con los acuerdos suscritos entre la UE y los Estados miembros, y la UE y terceros países.

Se introducen cambios en el régimen de autorización de residencia de profesionales altamente cualificados (art. 71) y profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul UE (nuevo art. 71 bis). Asimismo, se prevé un nuevo procedimiento para solicitar la tramitación colectiva de traslados interempresariales de grupos profesionales a través de un procedimiento simplificado (art. 74).

[1] Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, sobre condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación.

[2] Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

El 14 de marzo de 2023 el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023- 2027 y que ordena las actuaciones que se llevarán a cabo por los diferentes agentes relevantes en la prevención de riesgos laborales hasta 2027.

En concreto:

- Se actuará sobre las actividades de mayor peligrosidad y sobre los riesgos que producen daño en la salud de las personas trabajadoras.
- Se promoverá un mayor nivel de protección de los colectivos más vulnerables evitando cualquier tipo de violencia o discriminación, y

- Se integrará la perspectiva de género en la gestión de la prevención y se apoyará a las pequeñas empresas en la aplicación de la normativa.

Las líneas de actuación de la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo convergen con otras estrategias y planes nacionales en materias fundamentales, tales como: la salud mental, la igualdad de hombres y mujeres, el cáncer laboral, la seguridad vial y el cambio climático, entre otras, así como con los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Asimismo, la Estrategia se complementará y desarrollará por los programas estratégicos de cada Comunidad Autónoma, acordados en el marco del diálogo social de sus territorios.

Lo que vendrá: proyectos legislativos destacados.

- **Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria** de mujeres y hombres en los órganos de decisión, que impone la presencia equilibrada en órganos de administración de las empresas. El 23 de mayo se ha aprobado por el Consejo de Ministros, que lo ha remitido al Congreso para iniciar su tramitación parlamentaria.

El Proyecto prevé que los consejos de administración de las sociedades cotizadas y de las entidades de interés público que tengan más de 250 trabajadores y una cifra de negocios de más de 50 millones de euros o un activo superior a 43 millones de euros deban tener una composición en la que el número de mujeres no podrá ser inferior al 40% del total de los miembros del consejo. Para lograrlo, deberán adaptarse los procesos de selección para asegurar el cumplimiento de esta disposición, debiendo, en caso de empate entre varios candidatos, elegir al del sexo menos representado en el consejo. También se establece esta obligación de velar por que la alta dirección también cumpla este principio y deberá detallarse en la memoria la situación al respecto.

El referido porcentaje del 40% debería cumplirse por las sociedades cotizadas de forma gradual en función de su tamaño. Sería de aplicación a partir del 30 de junio de 2024 para las 35 sociedades con mayor valor de capitalización bursátil y desde el 30 de junio de 2025 para las cotizadas con una capitalización bursátil superior a los 500 millones de euros.

El Proyecto prevé igualmente una implementación progresiva para las empresas grandes no cotizadas, que deberían cumplir con un objetivo del 33% a finales de junio de 2026 y del 40% a finales de junio de 2028.

- **Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible** prevé que las empresas deberán disponer de un plan de transporte sostenible al trabajo para aquellos centros de trabajo con más 500 personas trabajadoras o 250 por turno.

- **Proyecto Ley de Familias**

Este proyecto normativo transpondría la Directiva 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional e incluye varias modificaciones previstas para incorporar en el Estatuto de los Trabajadores (ET). En espera de su aprobación definitiva el Proyecto establecería:

- Constituye discriminación por razón de sexo el trato desfavorable por el ejercicio de los derechos de conciliación.
- Nuevo permiso (art. 37 ET) “*por causa de fuerza mayor familiar*” (ausencias retribuidas de 4 días al año para atender circunstancias de urgencia familiar).
- Permisos/reducciones de jornada por conciliación, previstos en los artículos 37.4 y 37.6 ET. Destaca la obligación empresarial de ofrecer un plan alternativo de disfrute cuando los solicitantes presten servicios en la misma empresa.

- o Respecto de la adaptación de la jornada (art.34.8 ET), se ampliaría el ámbito del derecho a la adaptación de las personas con dependientes a su cargo y se expresa que la negativa empresarial debe justificarse de manera razonada y, en todo caso ofrecerse una alternativa
- o Se incluiría una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, denominada “permiso parental”, de duración de 8 semanas, para el cuidado de hijos o niños acogidos por más de 1 año y hasta la edad de 8 años.
- o Finalmente, se prevé la declaración de la nulidad de los despidos a consecuencia del disfrute de los derechos de conciliación.

Finalmente, es necesario recordar que el 1 de junio de 2023 entra en vigor la modificación del art.169 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social (**LGSS**) sobre las nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal (menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo y descanso por embarazo a partir de la semana 39). Estas tres nuevas situaciones tienen la consideración de incapacidad temporal por contingencias comunes a los efectos de la emisión de partes de baja, confirmación y alta, que corresponderá al Servicio Público de Salud. Económicamente estarán a cargo de la entidad que proteja la contingencia común de la empresa.

Cuestiones de actualidad judicial

En la fase de ejecución definitiva de sentencia que declara el despido colectivo nulo puede discutirse sobre la temporalidad de los contratos extinguidos.

SSTS 1188/2023, 22/03/2023

En esta fase se puede suscitar la cuestión relativa a la posible naturaleza temporal de los contratos de trabajo afectados por esta decisión, siempre que esa circunstancia sea determinante para establecer el alcance de las consecuencias jurídicas aparejadas a su extinción y la obligada readmisión de los trabajadores que impone la sentencia.

Pérdida de contrata puede constituir causa productiva y justificar despido si la medida es razonable y proporcionada.

STS 965/2023, 14/03/2023

La extinción de un contrato por causas organizativas o productivas, vinculada a la disminución del volumen de una contrata, no requiere de la acreditación por la empresa de la imposibilidad de recolocar a los trabajadores despedidos en un puesto adecuado. El art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa ni viene obligada, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante en la misma.

Excedencia voluntaria y prescripción de acción de reingreso cuando, tras solicitud de reincorporación, esta no puede llevarse a cabo por motivos imputables a la empresa.

STS 1203/2023, 22/03/2023

En el supuesto se analiza el derecho a reincorporarse de un trabajador que, seis años antes de acudir a los tribunales, recibió de su empresa una comunicación que

le negaba la reincorporación por no existir vacantes comprometiéndose a que le notificaría las que se produjeran.

A la vista de lo indicado, el derecho permanece vigente y está sometido al plazo general de prescripción de 1 año. La cuestión importante es determinar el día en que comienza a correr el plazo atendiendo a la regla general de que se ha de iniciar el cómputo desde que el trabajador conoce que la empresa cuenta con una vacante adecuada. Con la dificultad para la empresa de probar que un trabajador que no está en ese momento en la plantilla es conocedor de que había una vacante adecuada para él y por tanto pudo reclamar su puesto de trabajo sin dejar de pasar, como ocurrió en el caso, seis años.

Jubilación parcial y regulación imprecisa en el convenio colectivo. Ausencia de derecho perfecto y exigible por el trabajador.

STS 1362/2023, 29/03/2023

Cuando el convenio colectivo aplicable reconoce el "*derecho a acceder a la jubilación parcial, al cumplir la edad y requisitos exigidos por la legislación vigente*", sin mayores precisiones (como la imposición del deber empresarial de aceptar la solicitud o de celebrar el preceptivo contrato de relevo), no puede entenderse que estamos ante un verdadero y perfecto derecho que sea exigible, siendo necesario el acuerdo entre las partes de contrato de trabajo.

La empresa no está obligada legalmente a aceptar la propuesta de jubilación parcial del trabajador, ni tampoco a formalizar un contrato de relevo, como tampoco la empresa puede imponer esta fórmula de renovación de su plantilla. Por el contrario, hay obligación empresarial y derecho perfecto de la persona trabajadora cuando la regulación convencional es inequívoca.

Solicitud de extinción de la relación laboral como consecuencia del impago de salarios cuando el contrato de trabajo ya se encontraba extinguido a la fecha del juicio oral por baja voluntaria del trabajador.

STS 1367/2023, 22/03/2023

La regla general laboral establece que la solicitud de extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET exige la vigencia de la relación laboral en el momento en que el órgano judicial se pronuncia sobre la concurrencia de la causa alegada como justificativa de la extinción que se pretende.

El TS establece una regla excepcional al reconocer la posibilidad de que la persona trabajadora afectada cese voluntariamente en la prestación de servicios al tiempo que formula demanda de extinción contractual cuando el mantenimiento de la relación laboral pudiera ocasionarle un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales.

Asimismo, la sentencia nos recuerda la facultad que contempla el art. 79.7 Ley del Régimen de la Jurisdicción Social de solicitar la adopción de medidas cautelares "*en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior (...)*".

Forma y requisitos del período de prueba. La fijación del período de prueba en el contrato de trabajo por remisión genérica al convenio colectivo o al art.

14 ET no satisface las exigencias legales.

STS 1563/2023, 12/04/2023

La cláusula contractual que regule el período de prueba debe ser clara, inequívoca y ha de fijar la duración concreta puesto que se erige en un derecho mínimo del trabajador. De manera que **no** es válida la mera remisión genérica al convenio colectivo cuando, como en el caso concreto, éste fija una duración máxima; de modo que no puede entenderse que la duración pactada fuera de seis meses.

Reducción de complemento salarial sin seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET y acción.

STS 959/2023, 16/03/2023

La reducción de un complemento salarial sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo es un incumplimiento empresarial de su obligación en materia salarial, con la consiguiente vulneración del derecho del trabajador a percibir la remuneración pactada. El TS reitera doctrina de 2022 al prever que la acción que asiste al trabajador se mantiene mientras subsista la obligación, aunque la reclamación de las diferencias salariales prescribe al año.

Despido disciplinario procedente en caso de no reincorporación tras alta médica de incapacidad temporal inferior a 365 días.

STS 1566/2023, de 17/04/2023

Se califica el despido disciplinario como procedente por ausencias al puesto de trabajo tras haberse expedido por el INSS el alta médica, en un proceso de incapacidad temporal que no agota los 365 días de duración. Y ello pese a que contra aquella se presente reclamación previa administrativa y se acuda al puesto de trabajo una vez desestimada dicha reclamación.

Subrogación empresarial y asunción de una parte esencial de la plantilla en actividad que descansa en la mano de obra.

STS 1826/2023, 20/04/2023

En el caso analizado, una contrata de servicio de seguridad y calificada la actividad como desmaterializada -sin demostrar que haya habido transmisión de infraestructura relevante-, el TS entiende que hay asunción de parte esencial de la plantilla cuando se subroga la empresa entrante en 25 de los 55 trabajadores de la empresa saliente por aplicación del convenio colectivo que establece la subrogación respecto de los trabajadores.

Acción de clasificación profesional es de tracto sucesivo. No prescribe al primer año de desempeño de las funciones que esté realizando el trabajador.

STS 1826/2023, 20/04/2023

La determinación de la categoría profesional que debe corresponder a las funciones que está desempeñando el trabajador es un derecho de tracto sucesivo. Ello es así ya que las funciones se están desarrollando de forma sucesiva mientras se está prestando el servicio y se percibe la retribución. De este modo la acción de adecuada clasificación profesional se sigue manteniendo y no prescribe al primer año de desempeño de tales funciones.

Ineptitud sobrevenida y constatación por la nueva empresa adjudicataria de que los trabajadores subrogados no disponen de la titulación requerida.

STS 1827/2023, 25/04/2023

La nueva empresa adjudicataria de un servicio público, subrogada en los trabajadores de la anterior concesionaria, puede proceder a la extinción por ineptitud sobrevenida cuando constata que no disponen de la titulación requerida para el desempeño del puesto de trabajo.

Entre las situaciones constitutivas de ineptitud del art. 52 a) ET se incluyen las que puedan derivarse de los obstáculos legales que impiden el desempeño del puesto de trabajo. De modo que, una vez producida la sucesión empresarial y constatada por la empresa la falta de titulación requerida, se ha de entender que la ineptitud no era conocida en el momento de iniciarse la relación laboral entre las partes. Ello se debe a que el convenio colectivo aplicable en el caso concreto, al enumerar la documentación que la concesionaria saliente ha de facilitar a la entrante, no le impone la obligación de entregar la relativa a la titulación profesional de cada uno de los trabajadores.

Por el contrario, se trata de una circunstancia sobrevenida porque la titulación profesional no era anteriormente exigida cuando la empresa saliente ostentaba la concesión del servicio.

INFORMACIÓN DE CONTACTO

Silvia Bauzá

Socia

[Contacto →](#)

Ana Hernández

Asociada Senior

[Contacto →](#)

José Antonio
Segovia

Asociado Senior

[Contacto →](#)

Íñigo Olabarri

Asociado

[Contacto →](#)

Jaime Llorens

Asociado

[Contacto →](#)

Yolanda Sánchez-
Urán

Catedrática de Derecho
laboral

ALLEN & OVERY

Follow us:



[Unsubscribe](#)

Please read our [privacy policy](#) for further information on how Allen & Overy use your personal information.

To ensure that we provide content that is of interest, we log whether you click on the links in our marketing emails or microsites and the websites you visit as a result. We may use this information, and

your response to our marketing emails, to determine what future marketing we send you. Please see our [privacy_policy](#) for more information.

Links to third party websites in this communication are not monitored or maintained by Allen & Overy. We accept no responsibility for any damage or loss you may suffer arising out of or in connection with access to these websites, or use of third party providers' products or services.

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. A current list of Allen & Overy offices is available [here](#). Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or a director of Allen & Overy (Holdings) Limited or, in either case, an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners, and a list of the directors of Allen & Overy (Holdings) Limited, is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

allenoverly.com

© Allen & Overy LLP 2023.

[View this email in your browser](#)