

JUNIO 2023

# Más que titulares

NEWSLETTER DE DERECHO LABORAL

## DESTACAMOS



Publicado el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva

**Sigue leyendo →**

## CUESTIONES DE ACTUALIDAD JUDICIAL

Reducción del número de componentes y vulneración del derecho de libertad sindical

---

**STS 1631/2023, 12/04/2023 →**

Despido disciplinario de miembros del comité de empresa y solicitud de acceso a las instalaciones para asistir a reuniones hasta que se dicte sentencia

---

**STS 295/2023, 25/04/2023 →**

Despido sin tramitación previa de expediente sancionador a trabajador que no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores

---

**STSJ Madrid 1436/2022, 28/04/2023 →**

Reincorporación de excedente voluntario para un puesto de trabajo vacante a tiempo parcial cuando fue contratado a tiempo completo

---

**STS 2354/2023, 24/05/2023 →**

Cesión ilegal de trabajadores a través de ETT y sanción aplicable.

---

**STS 2023/2023, 27/04/2023 →**

Denegación de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y derecho de conciliación con indemnización de daños y perjuicios.

---

**STS 2273/2023, 26/04/2023 →**

Despido en situación de incapacidad temporal y Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

---

STSJ Madrid 455/2023, 25/05/2023 →

---

Despido y validez de la prueba del informe de detective privado

---

STS 2293/2023, 25/05/2023 →

Obligación y alcance de la comunicación por el empresario a los representantes de los trabajadores de la decisión final de ERTE

---

STS 2247/2023, 17/05/2023 →

---

Otras disposiciones

---

→

## Destacamos

---

### Publicado el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva

El 31 de mayo se publicó en el BOE el acuerdo obligacional para el Empleo y la Negociación Colectiva, que tendrá una vigencia de tres años, 2023-2025. Este acuerdo fue alcanzado el pasado marzo por CEOE y CEPYME y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT, con el objeto de impulsar la negociación colectiva. Destacan los aspectos siguientes:

#### **1. Directrices de incremento salarial con adaptación a las necesidades específicas de cada ámbito.**

Como directrices generales, se recomiendan incrementos salariales del 4% para el 2023, superiores por tanto a los que se estaban pactando hasta abril de 2023 que no superaban una media del 3,14%, y del 3% para los años 2024 y 2025. Se prevé también una cláusula de revisión al alza conforme a la cual, si el IPC interanual de cada uno de estos años superara el incremento salarial pactado, se aplicará un incremento del 1%.

Asimismo, no incluye efectos retroactivos para la subida salarial del año 2022, en el que la media de subida salarial pactada en la negociación colectiva ha sido de un 2,78%.

#### **2. Medidas relacionadas con la reforma laboral de diciembre de 2021.**

Las novedades incorporadas por el RDL 32/2021<sup>[1]</sup> en materia de contratación o de flexibilidad interna incluían numerosas llamadas a los convenios, sectoriales o de empresa, para completar o desarrollar las previsiones legales.

El Acuerdo desglosa los aspectos y materias que los convenios colectivos deberían incorporar para dar plena efectividad a las medidas legales en relación con los contratos temporales, con el contrato a tiempo parcial, el de fijos discontinuos o los contratos formativos, insistiendo, en relación a estos últimos, en la importancia de que la negociación colectiva impulse la contratación de jóvenes y favorezca la recualificación profesional.

Algo parecido ocurre respecto al trabajo a distancia, donde también se reiteran los aspectos cuya regulación la ley remite al convenio para asegurar la correcta y completa implantación de esta forma de prestación de trabajo.

### 3. Orientaciones más concretas sobre los contenidos de los futuros convenios colectivos.

En particular, se recomiendan:

- Medidas de flexibilidad interna como herramienta para mantener el empleo y favorecer la adaptación competitiva de las empresas y, por tanto, una alternativa frente a los ajustes de plantilla. En este ámbito se recomienda a los convenios potenciar y agilizar la **movilidad funcional** y extender las fórmulas de polivalencia funcional, menos presentes en la práctica convencional de lo que podría considerarse razonable.
- Recomendaciones en materia de ordenación del tiempo de trabajo. El Acuerdo recomienda promover la **distribución irregular de la jornada**, flexibilizar los horarios y racionalizar los horarios, siempre respetando el equilibrio entre las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras.
- Se fomenta la apertura de **nuevas unidades de negociación**, para atender a nuevas formas de negocio y actividades que, por su novedad, están todavía huérfanas de regulación convencional.
- Se potencia el recurso a los organismos de solución autónoma de conflictos, apostando por sus funciones de impulso y promoción de la negociación colectiva;
- Se insiste en el papel fundamental que tiene la formación profesional para afrontar los retos que plantea la transición digital y ecológica y el envejecimiento;
- Se recogen medidas concretas y buenas prácticas para hacer efectivo el derecho a la desconexión digital.
- Se apuesta por la incorporación en los convenios de los Planes de Pensiones de Empleo como medida de ahorro a largo plazo y de complemento de las pensiones públicas.
- Se establece un **marco equitativo para el trabajo de las personas con discapacidad**. Para ello se propone la incorporación en los textos convencionales de medidas efectivas para favorecer la inclusión y accesibilidad de este colectivo. Entre ellas se mencionan expresamente: la adaptación de los puestos de trabajo, los ajustes razonables o la accesibilidad universal, sin olvidar la problemática de la incapacidad sobrevenida, que requiere prever medidas para mantener el empleo en estos casos.
- El **absentismo laboral** ocupa también un lugar destacado en el Acuerdo. Durante el año 2022, la tasa de absentismo por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes ha estado cerca del 5%. En este sentido, se recomienda incorporar en los convenios colectivos medidas para controlar y hacer un seguimiento de las bajas laborales. Entre ellas, la colaboración de las Mutuas, lo que no parece que quiera decir otra cosa que agilizar las pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes de origen traumatológico así como en el control de la incapacidad temporal (dado que las Mutuas no puedan expedir altas).
- Se pretende potenciar en la negociación colectiva fórmulas de **jubilación flexible y gradual** para facilitar el tránsito desde la vida activa al retiro laboral, impulsando el contrato de relevo y la jubilación parcial.

- La **transición tecnológica, digital y ecológica** tiene atención preferente en el Acuerdo a la vista de los retos que plantea para el futuro de las empresas y para el incremento de la productividad y competitividad. En este punto, entre otros aspectos, se destaca no solo la necesidad de que la negociación colectiva garantice el derecho legal de información a los representantes de las personas trabajadoras sobre el uso de la inteligencia artificial, sino también de que el despliegue de los sistemas de IA se ajusten a los principios de control humano, transparencia y seguridad.
- Especial atención a la materia de **seguridad y salud en el trabajo**, para adaptar las condiciones de seguridad y salud a las características de cada sector o de la organización empresarial y de sus plantillas. Se tendrá en cuenta a estos efectos la perspectiva de género, con referencia expresa a los protocolos de acoso.

---

[1] Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

---

## Cuestiones de actualidad judicial

---

Constitución de la Comisión Negociadora de Convenio Colectivo. Reducción del número de componentes y vulneración del derecho de libertad sindical.

STS 1631/2023, 12/04/2023

El Tribunal Supremo (TS) recapitula su doctrina sobre legitimación sindical para la negociación colectiva y **modifica su criterio**, ampliando el ámbito del derecho fundamental de libertad sindical, indicando que es suficiente o que “basta el resultado final” de los acuerdos de exclusión de alguna sección sindical. La doctrina anterior admitía los acuerdos de exclusión de alguna sección sindical en la formación del banco social puesto que la normativa posibilita reducir el número de componentes de cada parte, considerando solo contrarios al derecho de libertad sindical los que fueran fraudulentos o abusivos.

Ahora lo decisivo es cómo se forma la mayoría y no quién se sienta en la mesa. De modo que será contraria a la libertad sindical cualquier reducción del número de componentes que tenga por efecto que una organización con presencia en el comité de empresa quede fuera de la negociación.

Aunque el TS dice que la solución pretende dar certeza en la materia, no obstante, debe tenerse en cuenta:

- Este cambio de criterio incidirá en la formación del banco social en los casos de reestructuración de plantilla, en tanto el Estatuto de los Trabajadores (**ET**) establece un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes
- Aunque la solución parece excluir la necesidad de indagar en la existencia de abuso o fraude, advierte expresamente la sentencia que pueden existir razones poderosas para limitar la participación de organizaciones. Por ejemplo, la existencia de un número excesivo de sindicatos legitimados, sin fijar al respecto ningún umbral.
- En relación con el conjunto del sistema, no se ha valorado la representatividad de las secciones sindicales en conflicto, cuando se da entrada a una sección sindical que no ostenta el 10% de representatividad.

- Por último, llama la atención el resultado de la condena indemnizatoria vinculada a la lesión del derecho fundamental. Destaca tanto en su cuantía como en la apreciación de la responsabilidad de la empresa cuando en los hechos probados de la sentencia se expresa que la exclusión provino de un “*acuerdo mayoritario de las secciones sindicales con legitimación negociadora*”.
- 

Despido disciplinario de miembros del comité de empresa y solicitud de acceso a las instalaciones para asistir a reuniones hasta que se dicte sentencia.

STS 295/2023, 25/04/2023

Se plantea si hay vulneración del derecho de libertad sindical cuando la empresa niega el acceso a sus instalaciones a los miembros del Comité de Empresa que han sido despedidos disciplinariamente, habiendo sido impugnados los despidos en vía judicial.

El Pleno de la Sala de lo Social del TS advierte que el legislador no ha previsto explícitamente la extensión de la garantía reforzada de las funciones representativas cuando aún no hay declaración de judicial de improcedencia o nulidad del despido. Y, haciendo una interpretación sistemática de disposiciones sustantivas y procesales, resuelve excluyendo esa garantía de acuerdo con la naturaleza constitutiva del despido.

---

Despido sin tramitación previa de expediente sancionador a trabajador que no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores.

STSJ Madrid 1436/2022, 28/04/2023

El Tribunal Superior de Justicia (**TSJ**) de Madrid resuelve que, en tanto el artículo 55 ET no exige la audiencia previa salvo para los representantes legales de trabajadores o el delegado sindical (y siempre que no venga impuesta por convenio colectivo), el despido no puede ser calificado como improcedente.

No obstante, invocando el principio de prevalencia de la norma internacional, artículo 7º del Convenio 158 OIT, analiza si se ha cumplido o no en el caso concreto lo previsto en el citado precepto y, en su caso, la sanción jurídica por su incumplimiento. El artículo 7º exige al empresario ofrecer la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él antes de que se dé por terminada la relación de trabajo, salvo que “*no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*”.

La sentencia del TSJ de Madrid advierte que la norma internacional es directamente aplicable y prevalente por su claridad y precisión y que no exige en puridad un expediente contradictorio (por tanto, no exige forma escrita). Asimismo, el artículo 7 permite que se omita razonablemente este procedimiento (ejemplificando en el supuesto de trabajadores que ocupen puestos de especial responsabilidad y mando, siendo necesaria la pronta separación de su puesto de trabajo siempre que no haya otro cauce adecuado de suspensión temporal de empleo aplicada como medida cautelar). Finalmente, que, con base en el convenio colectivo aplicable en el caso concreto, se podría haber aplicado la suspensión cautelar de funciones.

Para el TSJ, el expediente (en los términos del artículo 7º del Convenio 158 OIT) no se asimila al expediente informativo que inició la empresa, porque en ese trámite no se le explicaron las imputaciones hasta que recibió la carta de despido. De modo que, concluye el TSJ que el incumplimiento del artículo 7 debe tener sanción jurídica en la relación jurídica privada, inter partes. De manera que el trabajador puede solicitar indemnización de daños y perjuicios cuando el despido fuera

posteriormente declarado improcedente por motivos que el trabajador alegara en el momento del juicio y pudiera haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa.

Sin embargo, como en el caso se ha confirmado la procedencia del despido, ni la omisión de la audiencia previa convierte el despido en improcedente ni tampoco nace un daño valorable a efectos de fijar indemnización

No obstante lo anterior, hay que advertir que hay resoluciones de los TSJs que no comparten el razonamiento de esta sentencia en lo que refiere al efecto de la ausencia de audiencia previa en la calificación del despido (Véase STSJ Baleares de 13 de febrero de 2023). Por ello y ante el previsible aumento de demandas alegando la ausencia de este trámite, parece razonable que antes de emitir la carta de despido se proceda a evacuar una audiencia previa salvo que haya causa razonable que justifique su omisión.

---

Despido en situación de incapacidad temporal y Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

TSJ de Madrid, sentencia 455/2023, 25/05/2023

Sigue siendo controvertida, sin solución judicial unánime, la calificación de un despido disciplinario de persona trabajadora que se encuentra en situación de incapacidad temporal. Descartando una nulidad objetiva o automática, el TSJ de Madrid incide sobre esta cuestión. La sentencia considera que la Ley 15/2022 es desarrollo del artículo 14 de la Constitución, e incluye expresamente entre las razones de discriminación prohibida la “*enfermedad o condición de salud*”. Por tanto, estima que, “en principio” un despido que tenga como móvil la enfermedad del trabajador es discriminatorio y debe ser declarado nulo, salvo que el empresario aporte una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Hay que aplicar el que denomina “*test de aplicación*” en casos de enfermedad, conforme al artículo 181.2 LRJS, que consiste en analizar sucesivamente: 1) si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; 2) si existen indicios de que el móvil del despido ha sido la enfermedad; y 3) si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria. En este caso, y aunque la causa de extinción fuera la enfermedad o la condición, se puede justificar que la diferencia de trato deriva objetivamente de una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. También que, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 15/2022, la extinción viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad o por las limitaciones objetivas que esta imponga para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública.

Los indicios necesarios se diluyen cuando, como en este caso, existía un contrato temporal con fecha de finalización pactada en el momento de su formalización, y aunque la extinción se produjera unos días antes del término final del contrato tras la baja médica, debe tenerse en cuenta que esa baja era de corta duración y no “*consta que obedece a una causa especialmente grave que pudiera llevar a una actuación de esa índole del empresario*” ni había un mínimo elemento que permitiera inducir que, de no haber concurrido, el empresario hubiera prorrogado el contrato.

Queremos advertir que esta doctrina genera inseguridad jurídica y muy alta conflictividad y en las demandas probablemente se solicitará la nulidad e indemnización por daños morales. Las cartas de despido se deberán redactar incluyendo argumentos suficientes para, de inicio, acreditar que la causa no está relacionada con la situación de enfermedad.

---



## Despido y validez de la prueba del informe de detective privado.

STS 2293/2023, 25/05/2023

El TS analiza el despido de un trabajador en incapacidad temporal que realizaba tareas incompatibles con su situación en el jardín de su casa. El TS considera esta prueba ilícita porque viola la privacidad del trabajador al tener en cuenta los límites de la Ley 5/2024, de Seguridad Privada a las averiguaciones de los servicios de investigación privada, que excluyen el domicilio o lugares reservados. Y el TS califica el jardín como domicilio o lugar reservado.

El trabajador no había solicitado la nulidad del despido y en la sentencia de instancia y de suplicación tampoco se calificó como nulo, optándose por la improcedencia. El TS se limita a confirmar la sentencia recurrida, rechazando las grabaciones que se obtienen de forma ilícita como medio de prueba idóneo.

---

## Reincorporación de excedente voluntario para un puesto de trabajo vacante a tiempo parcial cuando fue contratado a tiempo completo.

STS 2354/2023, 24/05/2023

La excedencia voluntaria es una manifestación atípica de la suspensión del contrato de trabajo y el principal problema que plantea es el del reingreso. En concreto, la conexión del tipo de contrato del excedente y el puesto de trabajo vacante que se le pueda ofrecer.

El TS manifiesta que la novación contractual requiere el consentimiento individual de la persona trabajadora y si esta se niega, mantiene su derecho a un futuro puesto de trabajo a tiempo completo. Asimismo, considera que la reincorporación de un excedente voluntario inicialmente contratado a tiempo completo a una vacante a tiempo parcial no es novación contractual consentida por el trabajador.

---

## Cesión ilegal de trabajadores a través de ETT y sanción aplicable.

STS 2023/2023, 27/04/2023

Si una ETT cede trabajadores a la empresa usuaria para cubrir necesidades estructurales u ordinarias de las empresas usuarias, la conducta que se sanciona no es la simple utilización indebida del contrato de puesta a disposición. Se trata, por el contrario, de una falta muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 LISOS, sin que se excluya, en modo alguno, a las ETT cuando éstas ceden trabajadores sin atenerse a los límites legales.

---

## Denegación de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y derecho de conciliación con indemnización de daños y perjuicios.

STS 2273/2023, 26/04/2023

En este caso, el TS advierte que deben quedar acreditados los daños y perjuicios, no solo materiales sino personales (atendiendo, por ejemplo, al hecho o circunstancia de que el hijo quede desatendido para llevarlo al colegio). La indemnización solicitada y confirmada por el TS deriva de los daños y perjuicios producidos (a saber, la imposibilidad de ambos progenitores de llevar a su hijo menor al colegio durante más de dos años) y no de daños morales. Lo que supone que el derecho de conciliación es un derecho individual pero no un derecho absoluto. De modo que se ha de valorar la situación laboral/personal del otro progenitor.

En este sentido, recuerda a la empresa también que, conforme al artículo 139.1.a) LRJS, podría haberse exonerado de esos daños si hubiera cumplido, al menos provisionalmente, con la medida propuesta por la trabajadora.

---

## Obligación y alcance de la comunicación por el empresario a los representantes de los trabajadores de la decisión final de ERTE.

STS 2247/2023, 17/05/2023

El TS aplica la doctrina de su STS de 15 de febrero de 2023 (despido colectivo) a la exigencia de comunicar a la representación legal de los trabajadores la decisión de ERTE como requisito esencial para su efectividad. No habiendo realizado la empresa la comunicación en debida forma, contenido (concreción del porcentaje de disminución temporal, períodos determinados de la reducción y horario afectado) y tiempo que el legislador exige, el TS confirma la nulidad del ERTE por causas ETOP.

---

## Otras disposiciones

El 25 de mayo de 2023 entró en vigor el Instrumento de adhesión de España al **Convenio de la Organización Internacional de Trabajo núm.190 sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo**. Será necesario realizar algunas modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, la delimitación conceptual de las distintas modalidades de violencia y acoso laboral (con especial atención al coso moral) y el avance en el tratamiento del ciberacoso en el entorno laboral (planos preventivos y reactivo).

---

## 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](http://allenoverly.com)

© Allen & Overy LLP 2023.

[View this email in your browser](#)