

Newsletter Laboral

España

GARRIGUES

Marzo 2023

Índice

1. **Un nuevo golpe a la seguridad jurídica**

Federico Durán López

2. **Actualidad**

3. **En el radar**

4. **Sentencias**

5. **Y además...**

6. **Garrigues laboral y sostenible**

7. **Blog laboral**

8. **Prensa**

1. Un nuevo golpe a la seguridad jurídica

Federico Durán López

La derogación del procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social derivado de procedimientos para la calificación laboral (o no) de determinadas relaciones contractuales, que conllevaba la suspensión de los procedimientos administrativos, supone un duro golpe a la seguridad jurídica.

La Ley 2/2023, de 28 de febrero, de Empleo, suprime, en su disposición final novena, el apartado d) del artículo 148 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), (si bien, conforme a la disposición transitoria quinta, el procedimiento de oficio previsto en dicho apartado seguirá siendo de aplicación respecto de aquellas demandas cuya admisión a trámite se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Empleo, esto es, con anterioridad al 2 de marzo de 2023). Es esta una reforma que ha pasado bastante desapercibida pero que tiene una gran trascendencia.

En primer lugar, se reproducen algunos de los vicios de los que últimamente adolece nuestro procedimiento legislativo: una reforma de gran importancia se incluye, casi “de tapadillo”, en una disposición adicional de una ley cuyo objetivo no guarda relación alguna con el contenido ni con la finalidad de la regulación reformada. Se incide así, aunque la Ley de Empleo sea una norma vinculada al ámbito laboral, en el proceso de dispersión de la normativa reguladora de las relaciones de trabajo, que ha conocido muy relevantes modificaciones incluidas en normas cuyo objeto poco o nada tiene que ver con dichas relaciones (son muchas las normas que podrían referirse al respecto. Últimamente, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; la 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; y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para las garantías de los derechos de las personas LGTBI. Tendencia que se mantiene en proyectos en tramitación, como el Anteproyecto de Ley de Familias y el Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible). Se genera así una normativa prolija y confusa, fuente de inseguridad jurídica y que hace perder la visión unitaria con la que sería necesario abordar las reformas laborales.

Por otra parte, en segundo lugar, la modificación de la LJS se produce obviando el necesario debate de los agentes sociales y la intervención formal de los órganos consultivos (el preámbulo de la ley hace una genérica referencia a que “se ha informado a las Comunidades Autónomas, a las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas”). Repárese en la expresión “se ha informado”, que pone de manifiesto claramente la ausencia del diálogo social, sustituido al parecer por un trámite de “consulta pública y de audiencia e información pública”, para la “participación y audiencia” de los “ciudadanos afectados”. Se empobrece de esta forma el trámite legislativo y el proceso de creación normativa.

Pero, en tercer lugar, lo más importante es que la supresión del procedimiento de oficio para la calificación como laboral o no de unas determinadas relaciones contractuales por parte de los órganos jurisdiccionales sociales, cuya resolución resultaba vinculante tanto para la Administración como para los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, refuerza los poderes administrativos y disminuye, muy sensiblemente, las garantías jurídicas de los administrados. La discrepancia acerca del carácter laboral o no de las relaciones controvertidas habrá de plantearse ya exclusivamente en vía administrativa y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa con motivo de la impugnación de las actas de liquidación (y de infracción) que hayan

sido levantadas. Se excluye el pronunciamiento previo de la jurisdicción social que, por especialización y por agilidad procesal, resulta mucho más conveniente y, por supuesto, mucho más adecuado desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Esto último reviste mayor gravedad si tenemos en cuenta lo previsto en la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas. El nuevo apartado 2 del artículo 311 del Código Penal (CP) introducido por esta ley tipifica penalmente la conducta de quienes “impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo”. Con independencia de las críticas que ya formulamos a esta tipificación en nuestra anterior newsletter, hay que tener en cuenta que se está utilizando el reproche penal para sancionar la elusión del contrato de trabajo en prestaciones de servicios. Obviamente, puede haber otros títulos jurídicos, aparte del contrato de trabajo, a través de los que contratar una determinada prestación de servicios. La procedencia de utilizar esos títulos jurídicos, amparados por la autonomía de la voluntad y por la libertad contractual, puede ser cuestionada por la Administración, que, si considera que estamos en presencia, en realidad, de relaciones laborales puede levantar las actas de liquidación y de infracción correspondientes. La supresión del previo pronunciamiento acerca del carácter laboral o no de la relación por parte de la jurisdicción social resta seguridad jurídica y abre un peligroso campo de ambigüedad para la acción penal, máxime cuando el artículo 311.2 del CP incluye expresamente el supuesto de que las condiciones ilegales (derivadas de la contratación mediante fórmulas ajenas al contrato de trabajo) se “mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa”. La discrepancia sobre la calificación que de la relación contractual haga la Administración, y que sirva de fundamento para sus requerimientos y sanciones, queda ahora confiada, en su resolución, a la jurisdicción contencioso-administrativa, lejana de la especialización social y más proclive, por tanto, presumiblemente, a aceptar las calificaciones administrativas. Las casualidades, en casos como este, no suelen existir y las reformas casi simultáneas del Código Penal y de la Ley de la Jurisdicción Social responden sin duda a un objetivo común, de reforzamiento de los poderes administrativos y de limitación de las garantías jurídicas de los administrados, en este caso de las empresas, que van a tener mucho más complicada la discrepancia con la Administración y que van a correr, en esa discrepancia, con riesgos mucho mayores.

2. Actualidad

[La reforma de las pensiones en siete claves](#)

La norma prevé, entre otras, diferentes medidas para el incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social y cambios muy relevantes en el sistema de pensiones de jubilación.

[Estas son las novedades laborales de la Ley de Empleo, la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI y la Ley de salud sexual y reproductiva](#)

Analizamos las tres normas publicadas en el BOE del 1 de marzo, así como las principales obligaciones, cambios e implicaciones que supondrán para las empresas.

['Whistleblowing': Se publica la ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción](#)

La norma obliga a las empresas con 50 o más trabajadores a contar con un sistema interno de denuncias y prevé multas que pueden alcanzar hasta 1.000.000 euros.

Se publica el nuevo Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2023

El real decreto incrementa el SMI en un 8% y regula la compensación y absorción en aquellos supuestos en los que la retribución de los trabajadores supere el SMI en cómputo anual.

Se publican los protocolos de actuación para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores

Se ha suscrito un convenio firmado por diferentes organismos que tiene por objeto establecer los protocolos de actuación y los mecanismos de cooperación en la investigación de las accidentes mortales, muy graves y graves, en la indagación de los delitos de riesgo y en la ejecución de sentencias condenatorias.

Se publica la orden de cotización a la Seguridad Social para el año 2023

La orden establece las bases máximas y mínimas y los tipos de cotización a partir del 1 de enero de 2023. La base máxima de cotización queda fijada en 4.495,50 euros mensuales.

3. En el radar

La ministra de Trabajo convocará una mesa de diálogo para actualizar la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995

Durante la presentación de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, la ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, ha adelantado que convocará una mesa de diálogo para actualizar la actual Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La mejora de la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es uno de los seis objetivos de esta estrategia.

La ministra ha indicado que será necesario el diálogo social para alcanzar un “concepto de prevención integral”, en el que las empresas no configuren la salud como una obligación ni como un coste, sino como una vía para conseguir un trabajo digno y unas vidas dignas ante los nuevos riesgos que se han generado desde la publicación de la ley en 1995.

Proyectos piloto de la semana laboral de cuatro días

El Gobierno ha puesto en marcha un ensayo nacional para comprobar si una jornada semanal inferior pero sin reducción salarial es posible, mediante mejoras en la productividad, activando un programa piloto para pymes. Así, se ha publicado la [Orden ICT/1238/2022, por la que se establecen las bases reguladoras de subvenciones para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral](#), con el objetivo de costear parte de los gastos salariales o de otro tipo en los que puedan incurrir las pymes que opten por participar en el programa piloto de reducción de la jornada semanal a cuatro días.

En la misma línea, la consejera de Trabajo y Empleo del Gobierno Vasco ha planteado una propuesta de crear un grupo de trabajo de innovación laboral para llevar a cabo una investigación y ensayo práctico sobre la semana laboral de cuatro días, apostando por la creación de una mesa de diálogo social para explorar vías de conciliación.

Portugal se ha unido igualmente a esta iniciativa, instaurando un programa piloto para la instauración de la semana laboral de cuatro días, según informábamos en esta [alerta](#).

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social remite comunicaciones a las empresas en relación con los contratos fijos-discontinuos y los contratos en prácticas

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) está desarrollando un plan de choque contra el fraude en la contratación, especialmente centrado en el examen de la utilización de los contratos fijos-discontinuos y los contratos formativos para la obtención de la práctica profesional.

A estos efectos, la ITSS está remitiendo comunicaciones de carácter masivo y genérico a las empresas con indicación sobre aquellos trabajadores que consideran que tienen una vinculación temporal excesiva para la modalidad contractual utilizada. En la comunicación se señala que, en caso de no transformar dichos contratos en indefinidos, podrá iniciarse una actuación inspectora a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa.

Los agentes sociales continúan con la negociación del Estatuto del Becario

El Gobierno va a volver a convocar a los agentes sociales con la finalidad de alcanzar un acuerdo para la aprobación del Estatuto del Becario. Si bien su negociación dura ya meses, en las últimas semanas han circulado diversos textos. En esta última fase, el debate se está centrando, entre otros, en la inclusión o no de las prácticas extracurriculares.

4. Sentencias

Debate sobre la posibilidad de imponer una indemnización complementaria a la legalmente prevista para el despido improcedente

Una [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña](#), de 30 de enero de 2023, ha establecido una indemnización adicional a la establecida para el despido de una trabajadora despedida por causas objetivas.

El tribunal calificó el despido objetivo de la trabajadora como improcedente, entendiendo que las causas alegadas no eran estructurales, sino coyunturales. Además, señaló que la indemnización legal tasada (inferior a los 1.000 euros) resultó insuficiente y no tuvo un efecto disuasorio para la empresa, puesto que supuso excluir a la demandante del ERTE que se inició unos días después. En este contexto, el tribunal concede una indemnización complementaria a la legal, vinculada a la prestación por desempleo que la trabajadora habría percibido en el ERTE.

En sentido contrario, existen diversas sentencias de distintos tribunales superiores de justicia que establecen que la indemnización prevista legalmente cumple con las exigencias previstas en el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), motivo por el cual no resulta necesario imponer una indemnización complementaria a la indemnización legal por despido improcedente, salvo en los casos legalmente previstos.

El Tribunal Supremo valida un acuerdo en el marco de un despido colectivo que fijaba una indemnización menor para los mayores de 60 años

En una reciente [sentencia](#), el Tribunal Supremo ha validado el acuerdo de despido colectivo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores que establecía una indemnización mayor para los trabajadores afectados menores de 60 años.

La demandante planteaba que el acuerdo constituía un supuesto de discriminación por razón de edad. El tribunal determina la validez del acuerdo, señalando principalmente que: (i) la doctrina judicial no impide que existen diferencias basadas en causas objetivas; (ii) el pacto es fruto de la negociación colectiva; (iii) todas las indemnizaciones mejoran el mínimo legal (incluidas las de los mayores de 60 años); y (iv) resulta razonable y proporcionado porque los trabajadores mayores a los 60 años se encuentran próximos a la jubilación.

Finalmente, la sentencia también tiene en consideración que la edad solamente ha afectado al importe de la indemnización, pero no al criterio de selección de los trabajadores afectados.

Declarado improcedente el despido basado en pruebas obtenidas tras abrir un maletín olvidado por la trabajadora

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su [sentencia de 15 de febrero de 2023](#), ha declarado el despido de una trabajadora como improcedente, al estar sustentado en una prueba obtenida tras el registro de un maletín que olvidó la trabajadora en un local de hostelería. La trabajadora tenía documentos de la empresa en su maletín, a los que accedieron dos compañeras al encontrárselo.

El tribunal ha declarado la ilicitud de la prueba, por acceder a ella sin respetar la inviolabilidad del trabajador regulada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, la sentencia no aprecia una vulneración de los derechos fundamentales por parte de la empresa (que no dio orden a las trabajadoras para que abrieran el maletín) sino que, una vez conoció la situación, acordó un registro posterior ajustado a las exigencias formales legalmente establecidas.

De esta forma, el tribunal entiende que la decisión de despido no tuvo como propósito vulnerar la privacidad de la trabajadora, por más que la ilicitud de la prueba impida su utilización para acreditar la causa. En consecuencia, la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido que es declarado improcedente y no nulo.

El Tribunal Supremo declara la validez de un sistema de registro de jornada en el que el trabajador refleja las horas trabajadas

En su [sentencia de 18 de enero de 2023](#), el Tribunal Supremo analiza la viabilidad de un sistema de registro de jornada en el cual es el trabajador el que debe introducir diariamente la hora de inicio y fin de la jornada de trabajo, así como las interrupciones y descansos que realice.

El sindicato que interpuso la demanda alegaba que el sistema no era objetivo, al depender únicamente de la declaración del trabajador, la cual podía no reflejar la jornada realmente realizada por el temor a declarar una jornada superior a la diaria.

El Tribunal Supremo considera que el alegato del sindicato carece de virtualidad jurídica, declarando que el sistema es objetivo y ajustado a derecho, sin que la declaración unilateral del trabajador permita concluir lo contrario.

El Tribunal Supremo declara que la relación de varios odontólogos no es laboral

En su [sentencia de 17 de enero de 2023](#), el Tribunal Supremo determina que la relación de varios odontólogos con la clínica en la que prestan servicios no es de carácter laboral, estando correctamente integrados en el RETA.

El tribunal entiende que no existe una relación laboral, en la medida en que se trata de una actividad profesional en régimen de autoorganización, en la que los odontólogos asumen los riesgos del impago, abonando a la clínica una cantidad por el uso de sus instalaciones, sin ingresos fijos ni clientela mínima garantizada por la franquiciada ni por la franquiciadora, y sin prohibición de desarrollar la actividad en otras clínicas.

Se declara la improcedencia y no la nulidad del despido de una trabajadora que estaba en situación de incapacidad temporal prolongada

En el caso resuelto por el Juzgado de lo Social de Vigo en su [sentencia de 15 de febrero de 2023](#), se analiza la procedencia de un despido por causas objetivas de una trabajadora que había estado en situación de incapacidad temporal prolongada.

En su demanda, la trabajadora planteaba dos motivos de nulidad: (i) represalia por el malestar generado por el cese de su hija que era responsable comercial de la misma empresa, y (ii) que era discriminatorio por su situación de incapacidad temporal prolongada. El juzgado determina que si bien el despido no es ajustado a derecho, no existen elementos que permitan declarar su nulidad con arreglo a la Ley 15/2022, puesto que es cierto que la carga administrativa de la empresa se vio reducida, habiéndose acreditado por la empresa la causa del despido.

En resumen, se declara el despido improcedente al entender que, si bien la causa objetiva indicada en la carta de despido no resultó suficiente como para justificar la procedencia, la empresa acreditó la existencia de dicha causa, lo que determinó que el despido no fuese declarado nulo.

5. Y además...

Perú: Se aprueba el Reglamento de la Ley de Teletrabajo

El 26 de febrero de 2023 se publicó el Decreto Supremo 002-2023-TR, Reglamento de la Ley 31572, Ley de Teletrabajo. El reglamento establece las precisiones respecto a la regulación de la prestación de servicios en modalidad de teletrabajo en entidades de la administración pública, así como en las instituciones y empresas del sector privado.

México: Nuevas reglas en materia de inscripción y vigilancia para los prestadores de servicios especializados

El pasado 3 de febrero de 2023 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un acuerdo que modificó las disposiciones de carácter general para el registro de prestadoras de servicios u obras especializados a que se refiere el artículo 15 de la Ley Federal del Trabajo.

6. Garrigues laboral y sostenible

Los consejos de administración de las sociedades cotizadas y de las grandes empresas no cotizadas deberán contar con, al menos, un 40% de mujeres

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de Mujeres y Hombres en los Órganos de Decisión supera su primer trámite al ser aprobado por el Consejo de Ministros.

7. Blog laboral

[Las relaciones laborales como instrumento fundamental para lograr la igualdad entre hombres y mujeres](#)

En los últimos meses, diversas normas han introducido novedades en materia de igualdad en el ámbito laboral. Desde la obligación de adoptar medidas para garantizar condiciones laborales igualitarias hasta reconocer la incapacidad temporal para las embarazadas a partir del primer día de la semana 39. Hacemos un repaso con motivo del Día Internacional de la Mujer.

[¿Puede una inteligencia artificial, bajo supervisión humana, despedirme?](#)

La propuesta de Directiva europea relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales exige que, en entornos fuertemente digitalizados, siempre debe existir un control humano. Esto implica que la decisión sobre un puesto de trabajo no puede quedar exclusivamente en manos de una inteligencia artificial.

[Alternativas de la empresa ante ausencias voluntarias e injustificadas del trabajador](#)

Algunos tribunales están admitiendo una comunicación de cese al trabajador en la que, como consecuencia de sus ausencias, se le informe de su cese voluntario en la empresa y, al mismo tiempo, de forma subsidiaria y cautelar, se le notifique su despido disciplinario, para el caso de no resultar efectiva la primera opción.

[¿Gafas graduadas a cargo de la empresa para los empleados?](#)

Según una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la empresa solo deberá hacerse cargo del coste de las gafas graduadas cuando, en su condición de dispositivo corrector especial, sirvan para corregir o prevenir trastornos de la vista específicamente relacionados con el trabajo y no problemas de vista o patologías de carácter general, independientes de la actividad laboral y que no tengan relación con las condiciones de trabajo.

[La reforma en materia de contratación laboral cumple un año: ¿qué ha cambiado?](#)

2022 ha tocado a su fin. Y en el ámbito laboral estamos de aniversario, pues se cumple un año desde la tan anunciada reforma laboral publicada en el BOE a través del 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.

8. Prensa

Los riesgos de abandonar la indemnización objetiva en el despido

Artículo de Federico Durán, 'of counsel' del Departamento Laboral de Garrigues en Madrid ('Cinco Días').

Más información:
Departamento Laboral

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© **J&A Garrigues, S.L.P.**, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

garrigues.com