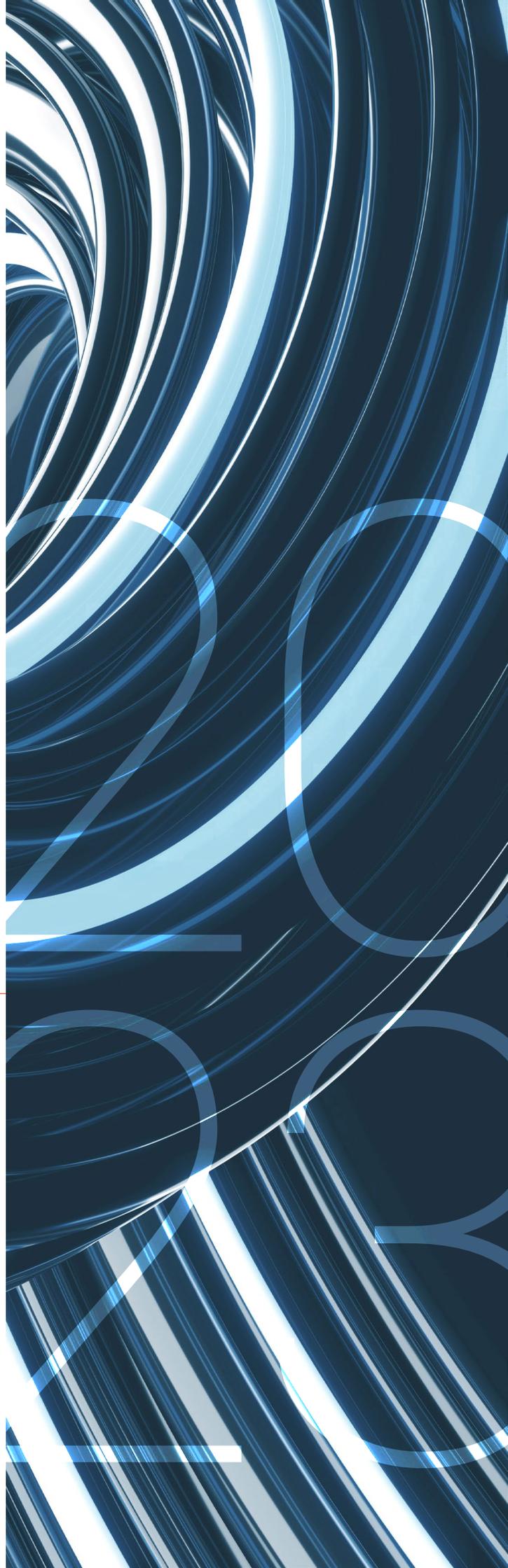


Pérez-Llorca

Newsletter
**Laboral,
compensación
y beneficios**

NOVIEMBRE 2023



Índice

ARTÍCULO DOCTRINAL

Tendencias de la ordenación de las relaciones laborales para el futuro inmediato. El pacto de gobierno entre PSOE y SUMAR como hoja de ruta inicial /3

NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Fiestas laborales para el año 2024 /10

Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón /10

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Cambios importantes en la recurribilidad de sentencias de modificación sustancial de las condiciones de trabajo /11

El Tribunal Constitucional declara la nulidad del despido disciplinario cuando entran en juego derechos fundamentales /13

¿Las bajas voluntarias computan a efectos numéricos para el despido colectivo? Depende /15

Tendencias de la ordenación de las relaciones laborales para el futuro inmediato. El pacto de gobierno entre PSOE y SUMAR como hoja de ruta inicial

Yolanda Valdeolivas | *Of Counsel* de Laboral, Compensación y Beneficios

1. El contexto

Pese a las dificultades derivadas del panorama incierto por el que transita la economía mundial, las incertidumbres geopolíticas que vienen impactando de manera decisiva sobre aquella en los últimos meses, la todavía pendiente recuperación total de la actividad laboral y económica tras la pandemia y otros elementos globales o propios que cabría sumar a la concreta realidad española, lo cierto es que nuestro mercado de trabajo se viene mostrando últimamente bastante robusto y saludable. En efecto, en trazo grueso, se incrementa el PIB, el empleo sigue sumando de manera sostenida nuevos puestos de trabajo y afiliados al sistema, crece de forma duradera y en tendencia estable la población activa y en los mismos términos desciende el nivel de desempleo, corrigiendo, además, algunas de las más inveteradas deficiencias de nuestro sistema, como paradigmáticamente se demuestra en lo relativo al desempleo y tasa de actividad de las mujeres y de los jóvenes y, en fin, crecen los salarios tal y como era deseable, para no poner en riesgo el poder adquisitivo de las personas trabajadoras y para redistribuir lo que, en muchas ocasiones, coincide con un notable incremento de los beneficios empresariales, aunque lo hacen de forma moderada y, en general, pactada por los empresarios y los representantes de los trabajadores en cotas alejadas de las altas tasas de inflación que podrían hacer peligrar la actividad económica. Los datos resultan aún más positivos si contextualizados en el ámbito europeo, respecto del que las anteriores variables arrojan en general mejores resultados para el caso español, aumentando además las horas trabajadas, la productividad por hora y la tasa de actividad, aun mostrándose menor, en cambio, el incremento de los costes salariales.

Sin perjuicio de seguir advirtiendo sobre la inaceptable tasa de desempleo que lastra nuestro mercado de trabajo y que debe seguir siendo combatida, especialmente significativos en este escenario son los datos sobre contratación laboral, que evidencian un acusado cambio de tendencia que, cabe augurar, no ha de tener vuelta atrás. En efecto, la caída de la temporalidad hasta mínimos históricos, próximos al 14 por 100 de los ocupados en el sector privado (las cifras son menos positivas en el sector público, con especial y favorable incidencia en las mujeres y en los menores de treinta años, representa un objetivo largamente perseguido desde los años ochenta del pasado siglo y nunca alcanzado a estos niveles. Ello es demostrativo de la consolidación de la estabilidad en el empleo y de la existencia de trabajos de mayor calidad, que puede representarse de manera clara en esa deseable disminución de la temporalidad que, descendiendo hasta un 31 por 100 tras la entrada en vigor de la reforma laboral pactada de 2021, cabe atribuir como un incuestionable mérito a la misma.

Por su parte, respecto de la negociación colectiva, unánimemente reclamada como el instrumento ideal para el gobierno de las relaciones laborales, se manifiesta también una tendencia interesante, que puede resumirse en un estimable aumento de los convenios con efectos económicos registrados para 2023 y de los trabajadores cubiertos por los mismos. En este sentido, se reconocen 3.110 convenios con efectos económicos conocidos y registrados para 2023, que afectan a más de 927.000 empresas y más de 9,5 millones de trabajadores (el 86,6 por 100 de los cubiertos por convenios con variación salarial pactada para 2023, frente al 69 por 100 en 2022-). Los incrementos salariales son superiores a los del año precedente, aunque apenas el 15 por 100, que afecta a menos de la cuarta parte de los trabajadores cubiertos, contiene cláusula de garantía salarial. Y, en fin, por señalar otros datos de alcance, desciende la conflictividad y el número de huelgas, así como el de jornadas perdidas por ejercicio de este derecho fundamental.

En definitiva, queda constatado el estimable dinamismo de nuestro mercado de trabajo que lo coloca, de entrada, en una favorable situación para emprender

algunos de los retos a que debe enfrentarse y que concretamos, de una parte, en el envejecimiento de la población y la necesidad de incorporar al sistema jóvenes bien formados en las nuevas profesiones demandadas, que provoca desafíos muy intensos al empleo y al mercado de trabajo y, desde luego, en el sistema de pensiones; de otra, las exigencias de la digitalización y de la sostenibilidad medioambiental, que eliminará o transformará radicalmente buena parte de los empleos existentes en la confianza de que se creen otros alternativos a los inevitablemente perdidos.

En este contexto brevemente descrito, se ha venido sucediendo desde la aludida reforma laboral de 2021 una actividad legislativa vertiginosa, de la que hemos dado cumplida cuenta en las anteriores ediciones de esta Newsletter. Reformas cuyo contenido laboral, de gran complejidad técnica en ocasiones, han abierto espacios de inseguridad jurídica y de dificultad aplicativa, que se han incluido además de forma habitual en normas paralaborales o externas a nuestro sistema normativo (legislación de protección de personas que informen sobre infracciones normativas, de libertad sexual, de igualdad integral y no discriminación, de igualdad real y efectiva de las personas transexuales, de salud sexual, de familias, de movilidad sostenible, de derechos humanos y de operaciones transnacionales, por ejemplificar), aprobadas casi siempre sin verdadero diálogo social y sin trámites consultivos previos y que, en fin, han producido, aun en tiempos de incertidumbre y de manera aluvional, una sobrerregulación que, intensa en muchos otros ámbitos, se ha dejado notar de manera especial en nuestro sistema de relaciones de trabajo, no solo con ordenaciones nuevas sino con el anuncio de otras tantas que generan incertidumbre en los operadores jurídicos. Por no aludir al negativo efecto colateral provocado en la negociación colectiva, que expresamente se quiere protagonista de la ordenación laboral, y para los poderes empresariales de ordenación de la actividad productiva, que se vacían de mucho de su espacio natural y que, en el caso de la primera, resulta en buena medida incongruente con la explícita llamada a su regulación en muchos de los contenidos legales recientemente aprobados, porque la hiperregulación laboral es compatible con constantes y recurrentes invocaciones a la regulación convencional. Ordenación intensa que implica, asimismo, un intervencionismo incrementado en las funciones de control y sanción de la administración laboral que, si justificadas en las circunstancias extraordinarias durante una pandemia de efectos tan generalizados y duraderos, carece ya hoy de sentido hasta parecer “normalizar” un recurso que limita la autonomía colectiva y la libertad contractual en las relaciones laborales. No se trata de cuestionar el control exhaustivo del creciente compliance laboral, pero resulta paradójico que la actividad administrativa obvie otra de sus funciones esenciales, la de asesoramiento, acompañamiento y fomento de la actividad de los sujetos privados, tanto más ausente de advertirse la enorme complejidad que lleva aparejado el cumplimiento de esa reciente e ingente normativa laboral.

Pues bien, sobre estos antecedentes, y para la nueva legislatura, ya se anuncia la continuidad de una extensa actividad legislativa en materia laboral cuya hoja de ruta inicial se esboza en el Pacto de Gobierno que acaban de firmar hace escasa fechas los dos partidos que conforman el próximo gobierno de coalición, bajo el rótulo “Más y mejores empleos, con más derechos y mejores salarios”.

2. El texto

Como fondo del proyecto, el acuerdo comienza identificando el **diálogo social** como herramienta fundamental en el ámbito laboral, para abrir a la participación de las organizaciones empresariales y sindicales los procesos de toma de decisión sobre las materias que conforman el modelo de relaciones laborales en España. En este sentido, dicho marco metodológico de diálogo institucional con los agentes sociales en la ordenación laboral, siendo una clara señal de identidad de la legislación durante la pandemia y, desde luego, de manera muy significativa, de la reforma laboral de 2021, ha venido debilitándose progresivamente, según se ha anticipado, y no solo en su resultado de falta de acuerdo tripartito en la aprobación de la abundante normativa laboral, no siempre posible y, desde luego, no jurídicamente exigible, sino en la propia omisión de esta metodología normativa en temas de relevante incidencia jurídico-laboral. La verdadera implicación de este debilitamiento no solo afecta al proceso de concertación social de las nuevas normas aprobadas, sino que defrauda en parte el ya consensuado y formalizado, toda vez que se regulan o anuncian regulaciones que, con

posterioridad y de manera unilateral, afectan a contenidos que se acordó dejar fuera del diálogo y pacto original y que cabe presumir que, de haberse abierto en esa sede, no hubieran concluido en acuerdo o el mismo se hubiera desenvuelto en términos bien diferentes. Y es que el pacto que culminó con la última reforma laboral no solo implicaba la inclusión de los contenidos aprobados sino la exclusión explícita o tácita de otras cuestiones que no componían ese marco pactado y cuya afectación ulterior también debía comprometer la intervención de los agentes sociales, so riesgo de alejarse del marco de concertación.

Aun con esos recientes precedentes, el documento apuesta claramente por que todas las medidas contenidas en él se lleven a cabo en el marco del diálogo social, lo que, de entrada, no puede sino compartirse. Máxime cuando muchas de ellas, como veremos, implican aspectos muy centrales de la relación de trabajo que han sido objeto de posiciones opuestas y controvertidas entre empresas y sindicatos. Pero, no menos importante, porque la ausencia de pactos tripartitos desde 2021 acrece la relevancia del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito este año entre organizaciones sindicales y empresariales del que también dimos cuenta en otro número de esta publicación ([link](#)), que delinea adecuadamente los contornos de posibles acuerdos tripartitos y, sobre todo, encomienda a la negociación colectiva los principales ajustes y desarrollos en materia laboral. Y es que, como se insistirá inmediatamente, es la negociación colectiva el instrumento idóneo para la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, de modo que el enriquecimiento de sus contenidos constituye la mejor fórmula para adaptarse a los cambios y realidades socioeconómicas que impactan sobre el mercado de trabajo y para combatir sus problemas estructurales. De ahí que el legislador deba reservar un espacio de juego suficientemente amplio a la autonomía colectiva, dando tiempo a su normal desenvolvimiento y facilitando que sus efectos dejen notarse en el marco de las relaciones laborales.

Buen ejemplo de ello es la **materia salarial**, objeto de tanto debate como falta de acuerdo tripartito en el último año. Sin objetar en absoluto la imprescindible subida del SMI que se ha venido practicando desde 2018, responsable de haber revertido en buena medida la intensa devaluación salarial de años precedentes que aumentaba el alejamiento entre salarios y productividad, no cabe duda tampoco de que esa variable, tan esencial para empresas como para trabajadores, una vez asegurada en sus tramos inferiores, debe hacerse depender de la negociación colectiva, como los propios agentes sociales proclaman en el AENC. Y para ello puede resultar de interés, sin duda, ligar la ganancia del poder adquisitivo de los salarios a la evolución de la productividad y de los resultados de las empresas, utilizando la información del recientemente creado Observatorio de los Márgenes de Beneficio (OMB) que, con todo, sobre el que conviene superar la común confusión que provoca entre márgenes de beneficios y beneficios finales de las empresas, porque la información que proporciona el Observatorio analiza el resultado bruto de explotación –excedente bruto de explotación, en términos de contabilidad nacional–, que mide el saldo generado en las actividades de producción de la empresa, una vez remunerado el factor trabajo.

No cabe objetar que estos datos, puestos a disposición de las mesas negociadoras de convenios colectivos, identifican una información valiosa para la adopción de acuerdos responsables y equilibrados entre los sujetos negociales pero, siendo así, parece oportuno que sobre tales sujetos recaiga, en tales condiciones de conocimiento del contexto, la determinación de los incrementos salariales, en una adecuada conexión entre situación de las empresas y sectores e incrementos salariales. Como igualmente valiosa resulta toda información económica disponible para los negociadores de los convenios colectivos de ámbito sectorial, que el documento incorpora, equívocamente, como contenido del nuevo Estatuto del Trabajo del siglo XXI para posibilitar un reparto más equilibrado de la renta y de las ganancias de productividad, y que cabe imaginar, más que como una regulación concreta de la norma laboral básica, como una estrategia negociadora básica que compete a los titulares de la autonomía colectiva.

En este sentido, el documento de la coalición de gobierno vuelve a retomar el impulso sobre un gran pacto de rentas, del que los salarios y la recuperación de su capacidad adquisitiva por el incontrolado aumento de precios constituye un elemento esencial. No obstante, conforme a lo recién señalado, el V AENC representa ya un campo sólido al efecto y la negociación colectiva en sus diferentes

niveles el instrumento adecuado para su traslación a las relaciones laborales. Lo que no cuestiona el compromiso del Gobierno de aprobar incrementos sucesivos del SMI que no se vinculan expresamente al IPC sino a la garantía legal del aumento acompañado al 60 por 100 del salario medio, que se anuncia contenido del nuevo Estatuto del Trabajo a que se alude también después. Al respecto, recuérdese que, conforme a las últimas estimaciones, y con muchas diferencias por sectores y territorios, el salario medio en 2023 se sitúa en el entorno de los 1.800 euros mensuales, siendo inferior al equivalente europeo.

También con carácter general se alude, una vez más, a la culminación de un **Estatuto del Trabajo del siglo XXI**. Norma laboral básica que ahora se define como instrumento normativo de derechos para todos los que presten una actividad profesional. Ello amplía su ámbito de aplicación, incorporando, de una parte, prestaciones hasta ahora excluidas y reguladas en otras leyes, como el trabajo autónomo, o cooperativista; de otro, sumando al clásico concepto de trabajo por cuenta ajena las necesarias regulaciones derivadas del hecho digital, el gobierno del algoritmo y la transición verde, mediante fórmulas de negociación colectiva que aseguren la sostenibilidad.

En cuanto a su objeto, sin muchas más precisiones, se hace referencia al fortalecimiento de las garantías de las personas trabajadoras en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y en los descuelgues, revisando que las causas solo operen en situaciones que afecten a la viabilidad de la empresa y que sean procedimientos negociados, preferentemente con las organizaciones sindicales y garantizando el carácter reversible de las medidas adoptadas. Es este de la flexibilidad interna un imprescindible capítulo a abordar en la futura reforma laboral pero debe ser la negociación colectiva la fuente ineludible para su actualización. Para incentivar la estabilidad en el empleo y los trabajos de calidad es indispensable favorecer la flexibilidad interna, no entendida como plena discrecionalidad de la empresa sino como consideración fundada de las circunstancias empresariales, basada en la doble confianza de su razonable utilización por parte de los empresarios y de su responsable vigilancia y control por la representación legal de las personas trabajadoras. Por ello, en este punto, más que reformar la norma legal, parece exigible ampliar la capacidad colectiva de concreción de su régimen jurídico y de adaptación de las causas justificativas a las nuevas realidades productivas fruto de las transiciones anticipadas (tecnológica, digital y verde).

Menos precisión muestra otro de los contenidos estatutarios anunciados, el de las garantías frente al **despido**, avalado expresamente por el cumplimiento de la Carta Social Europea, y el refuerzo de la causalidad en la extinción de la relación laboral. Cuestión que conecta con el intenso debate abierto a raíz de la solicitada modificación de las indemnizaciones por despido por su eventual desajuste con las normas europeas que nos obligan reclamada por las organizaciones sindicales al Comité de Derechos Sociales europeo, en términos suficientemente conocidos y que se saldó provisionalmente con las alegaciones del Gobierno de España que defendían la plena adecuación de nuestro sistema de protección frente al despido a esa regulación supranacional. Reabrimos, pues, ese escenario de conflicto entre patronal y sindicatos, con posiciones académicas también heterogéneas, que, en todo caso, hace temer una fuente de inseguridad jurídica y una indudable incertidumbre para las empresas acerca de los costes reales del despido. Desde una perspectiva más elevada, no debiéramos consumir demasiadas energías en este contenido laboral, dedicando los mayores esfuerzos a priorizar otras medidas reorganizativas alternativas al despido hasta hacer de la extinción del contrato, en efecto, la última *ratio* entre las medidas de ajuste empresarial.

Un nuevo foco de atención, también de reconocible impacto mediático, es la reducción de la **jornada laboral** máxima legal, sin afectación salarial, hasta las 37,5 horas semanales en 2025, que culmina una disminución progresiva que arranca desde las 38,5 horas en 2024, constituyéndose desde aquel plazo final una mesa con los interlocutores sociales que evalúe los resultados y progrese en la disminución de la jornada legal según sectores de actividad, evolución de la productividad y circunstancias económicas. Esta alusión al tiempo de trabajo se completa con algunas otras, como, primero, la aprobación de una Ley de usos del tiempo (no solo de trabajo, se entiende) dirigida a avanzar hacia una organización del tiempo más equilibrada entre mujeres y hombres y que fomente el bienestar de

las personas y la eficiencia del tejido empresarial y asociativo; segundo, el impulso de jornadas híbridas que combinen lo presencial con lo remoto, con horarios más adaptables y flexibles; tercero, reforzamiento de los instrumentos de registro horario con el uso de nuevas tecnologías para asegurar su cumplimiento; y, en fin, uso de la digitalización, inteligencia artificial y tecnología algorítmica para el control efectivo del tiempo de trabajo, llevando las tecnologías digitales al ámbito de la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Son debates y desafíos jurídicos de gran altura, que exigirán amplio debate social y con los interlocutores socioeconómicos, porque el tiempo de trabajo, siendo una condición esencial de la relación laboral para quienes trabajan y una variable determinante de su calidad laboral, representa igualmente un imprescindible factor de adaptación a las necesidades de las empresas. Ello presupone una conciliación de intereses no siempre sencilla pero ineludible, cuya negociación en frío es capaz de evitar una fuente de conflicto casi permanente. Se omite, en cambio, en este orden de ideas, cualquier mención a otro extendido debate, el relativo a la jornada semanal de cuatro días laborales, que ha sido objeto de impulso, como se sabe, mediante experiencias piloto con resultados todavía no suficientemente analizados.

En relación con este aspecto relativo al tiempo de trabajo, quede aquí expresada la convicción de que la negociación colectiva debe seguir siendo la herramienta de especificación de estas cuestiones y de que la duración de la jornada de trabajo es realmente la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, que ha ido descendiendo progresivamente. Así, frente a la jornada máxima de 40 horas semanales en cómputo anual que reconoce nuestra normativa laboral, lo cierto es que la jornada laboral media se sitúa hoy entre nosotros en torno a 37,8 horas semanales, según los últimos datos de Eurostat, que también advierte cómo quienes están empleados a tiempo completo realizan una jornada media de 40,4 horas semanales, por encima, pues, del máximo legal de jornada ordinaria. Nótese que el desajuste en esas cifras es consecuencia de la creciente parcialidad de nuestro mercado de trabajo, que rebaja la media de jornada con la consiguiente reducción salarial, en tanto los empleados a tiempo completo superan con creces las medias europeas. Igualmente, se reconoce que España es de los países europeos que menos ha modificado la duración de su jornada en los últimos cuarenta años. Cuestión, en definitiva, muy sensible y de profundo calado, que debe abordarse con respeto a las necesidades de empresas y trabajadores y en un justo equilibrio de intereses que la práctica ya ha demostrado que resulta eficaz solo si cuenta con el acuerdo colectivo en las diversas mesas de negociación –recuérdese el fracasado modelo francés de finales del pasado siglo de imposición legal de la jornada laboral de 35 horas–.

A su vez, en lo que afecta al mercado de trabajo, y excluidas las medidas más directamente relacionadas con la Seguridad Social –entre ellas, conviene recordar la ampliación a veinte semanas de los permisos por nacimiento de hijo, la flexibilización de su disfrute en régimen de parcialidad y la remuneración de al menos 4 semanas en el recientemente creado permiso parental de cuidados–, el documento se pronuncia sobre cuestiones muy reiteradas en nuestra agenda laboral por referirse a problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo. Así, la garantía de la igualdad de oportunidades de los **jóvenes** en el acceso al empleo, con impulso de nuevas políticas activas de empleo y un Plan de Choque que incida en la formación en alternancia con el trabajo a través de contratos laborales. Lo que también se extiende a la aprobación del **estatuto del becario**, interrumpido en la anterior legislatura y que, en extenso diálogo social, no terminó por aglutinar el acuerdo de sindicatos, organizaciones empresariales y Universidad.

Por su parte, en un contexto hasta ahora inédito en nuestras tendencias reformistas, se aborda el impulso de **nuevas formas de participación más eficaz de las personas trabajadoras en el ámbito de sus respectivas empresas**, dando un nuevo contenido, que se enmarca otra vez en el diálogo social, al artículo 129 de la Constitución. Aunque ese precepto constitucional se ha desarrollado legalmente en el Estatuto de los Trabajadores en su sola traducción como órganos de participación y representación de los trabajadores en los centros de trabajo, lo cierto es que admite fórmulas participativas más intensas e inclusivas y nuevos modelos de gobernanza empresarial, que alcanzan la codecisión en aquellas medidas estratégicas que diseñan el futuro de las empresas. Como ha reflejado ya algún manifiesto instado por los sindicatos y firmado por diversos profesionales iuslaboralistas, del que es probable que beba esta propuesta, se trata de

ayudar a superar la noción de empresa como patrimonio exclusivo del capital y sus gestores para extenderla a todos sus implicados. Es arriesgado imaginar qué se plantea exactamente tras tan ambigua redacción, aunque se trata sin duda de una cuestión del máximo interés que, en otro orden de cosas, debiera abrir igualmente el debate sobre el actual modelo dual de participación en la empresa, que viene dando muestras de agotamiento y que, si justificado hace cuarenta años, parece carecer hoy del mismo sentido y justificación. Además, la incorporación de comisiones sindicalizadas y de comisiones *ad hoc* elegidas en las empresas con funciones negociadoras muy concretas en ausencia de órganos representativos estables recomienda abordar esta materia sobre bases nuevas, asegurando en todo caso el equilibrio de las partes negociales y un verdadero proceso de autonomía colectiva. Con todo, sobre este importante aspecto de nuestro derecho colectivo del trabajo, el documento guarda un elocuente silencio.

Tampoco falta una alusión al desarrollo de las reglas de **representatividad empresarial**, especialmente las relativas a la mayor representatividad de las PYME en el ámbito del diálogo social, la negociación colectiva y la participación institucional, que se extiende también, se dice, a actualizar la representatividad del colectivo de autónomos mediante un sistema basado en principios democráticos. Es esta una cuestión largamente esperada, cuyo efecto ha sido una inequívoca prevalencia en la negociación colectiva sectorial de la gran empresa, con reglas que favorecen la representatividad de las organizaciones que aglutinan mayor número de trabajadores, dificultando la efectiva representación de intereses de las PYME en la negociación colectiva supraempresarial. Efecto que se traslada casi miméticamente al ámbito del diálogo social y de participación institucional, protagonizado también por actores básicamente vinculados a la gran empresa. No se oculta que el tema provoca una alta sensibilidad porque, al margen de la ausencia de un sistema de medición fiable de los umbrales de la representatividad misma, conviene no negar la falta de incentivos de las pequeñas y medianas empresas para asociarse en patronales negociadoras, dada la actual primacía del criterio de ocupación laboral -empleados por empresa asociada- frente al de asociación -número de empresas asociadas- en el sistema de representatividad empresarial. Lo anterior acaba favoreciendo a las grandes empresas y perjudicando a las pequeñas y medianas, sin incentivos para la negociación colectiva sectorial. De modo que este frente está pendiente de un análisis desapasionado y sosegado y seguramente más coherente y ajustado a la fisonomía de nuestro tejido productivo.

Por concluir, el documentado comentado también llama a la actualización de la legislación de **prevención de riesgos laborales**, que no deja de ser objeto de mención constante en casi todos los ámbitos por su necesidad de adaptarse a las nuevas enfermedades y daños derivados del trabajo que provocan los riesgos asociados al uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el entorno laboral, que hacen emerger riesgos no solo psicosociales, sino también a otros asociados a las nuevas formas de organización del trabajo (digitalización y robotización masivas), con una invocación a la incorporación a la perspectiva de impacto de género en la prevención de riesgos laborales. Una vez más la llamada de atención se hace en términos tan ambiguos que no cabe sino estar de acuerdo con su inclusión y esperar una mayor concreción de tales contenidos, aun reconociendo la dificultad de su traslado efectivo a la ley y recomendando de nuevo la imprescindible cooperación del diálogo social y, sobre todo, de la negociación colectiva.

En definitiva, una hoja de ruta breve y no exhaustivamente expuesta en nuestro más directo ámbito de actuación que habrá de marcar el destino de las próximas reformas laborales y que penetra de lleno en materias propias del diálogo social y del marco de negociación colectiva, según han reconocido mutuamente los agentes sociales en el último gran acuerdo suscrito por dichos sujetos. Es esperable que tales reformas, de producirse, no sean resultado de procesos improvisados y fragmentarios, como a los que venimos acostumbrados, porque el alcance de las necesidades estructurales que tiene nuestro mercado de trabajo y la ordenación del sistema de relaciones laborales reclama medidas preferentemente consensuadas, equilibradas y coherentes entre sí.

Es urgente una verdadera modernización de nuestro marco de ordenación de las relaciones de trabajo, articulada como un cambio global del modelo superador de la modificación de meros detalles normativos aquí y allá, por relevantes que

sean, y capaz de responder con eficacia y confianza a las profundas transformaciones advertidas en la producción y en la actividad empresarial, en las propias expectativas y aspiraciones de las personas trabajadoras y en la sociedad entera. Nuestra economía y empleo, sin perjuicio de sus casi crónicos problemas, se ha desenvuelto de manera muy positiva en un momento profundamente delicado, de modo que un exceso de regulación o un intervencionismo exagerado, aun movido por las mejores intenciones de mejorar la calidad del trabajo y la productividad de las empresas, podría arriesgar el precario equilibrio existente e ignorar que ni todos los sectores de actividad son iguales, ni lo son todas las empresas y personas trabajadoras, cuyas necesidades e intereses resultan difícilmente homogeneizables o generalizables, recomendando la mejor atención singularizada que ofrece la autonomía colectiva, más adecuada que la norma heterónoma para acercarse a tales exigencias.

A modo de conclusión, un modelo sólido y consolidado en el ejercicio de los derechos colectivos, como es el nuestro, impone, de un lado, una mayor confianza del legislador en los sujetos negociadores, pero también, de otro, una mayor ambición y responsabilidad de estos últimos agentes en el diseño y adopción de contenidos negociales menos defensivos y más proactivos en la ineludible adaptación a las transformaciones sociales y económicas.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Fiestas laborales para el año 2024

Resolución de 23 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2024.

Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón

Orden ISM/1164/2023, de 20 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Cambios importantes en la recurribilidad de sentencias de modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Elena García González - Valdizán | Abogada

1. Introducción

Hasta la fecha, la doctrina del Tribunal Supremo (“TS”) sostenía que las sentencias de modificación sustancial de condiciones de trabajo (“MSCT”) individuales podían ser recurribles en suplicación solo si se acompañaban de una reclamación de cuantía superior a 3.000 euros. Este criterio del TS se recogía entre otras, en las sentencias núm. 210/2016 de 10 de marzo, Rec. 1887/2014 y núm. 831/2017 de 24 de octubre, Rec. 3175/2015 las cuales establecían que era posible recurrir en suplicación atendiendo a la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios que llevaba legalmente aparejada la decisión empresarial cuestionada y que provocaba la extinción contractual.

Sin embargo, el TS, a través de la sentencia que analizamos en el presente comentario, modifica su doctrina y establece, tras hacer una interpretación sistemática, teleológica y literal de distintos preceptos procesales y garantías constitucionales, que no son recurribles las sentencias dictadas en la modalidad procesal de MSCT, independientemente de si incluye o no una reclamación de cuantía superior a 3.000 euros.

2. Sentencia

› Sentencia 556/2023, Sección Pleno, del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2023, Rec. 2589/2020 (la “Sentencia”)

La Sentencia se dicta a raíz de la demanda interpuesta por un trabajador (el “Demandante”) quien trabajaba como monitor deportivo para el Ayuntamiento de Barbate. En su demanda, argumenta que, en enero de 2012, realizaba sus funciones en horario vespertino sin contar con un contrato laboral formal, suscribiendo más tarde varios contratos temporales con el Ayuntamiento. Tras la conclusión de su último contrato en marzo de 2018, pasó a trabajar solo dos horas al día, lo que dicho trabajador considera una MSCT.

Con motivo de lo anterior, interpone una demanda en la que solicita (i) que la MSCT sea declarada nula, acumulando la reclamación de 6.000 euros en concepto de indemnización por la vulneración de su derecho fundamental a la garantía de indemnidad o (ii) subsidiariamente, la declaración de aquella como injustificada, solicitándose que se le restituya a sus anteriores condiciones de trabajo con el abono de los salarios dejados de percibir.

Tanto el Juzgado de lo Social (“JS”) núm. 2 de Cádiz, en su sentencia núm. 99/2019 de 25/03/2019, como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (“TSJ”), en su sentencia núm. 1321/2020 de 8/06/2020, desestiman la demanda y el recurso del Demandante.

Por un lado, el JS en su sentencia indica que frente a la misma es posible interponer recurso de en suplicación ya que el Demandante ha acumulado a la acción de MSCT una de vulneración de derechos fundamentales (DDFF). Por otro lado, el TSJ en su sentencia desestima el recurso de suplicación por haber desistido el Demandante de la pretensión de nulidad basada en la vulneración de su derecho fundamental a la garantía de la indemnidad alegando que la acción individual de MSCT únicamente no es susceptible de recurso de suplicación.

Formula recurso de casación para unificación de doctrina y aporta como sentencia de contraste la sentencia del TS núm. 555/2016 de 22/06/2016, Rec. 399/2015 (la “Sentencia de Contraste”). En este supuesto el TS resuelve la cuestión de si procede interponer recurso de suplicación contra la sentencia dictada por un JS en materia de MSCT individual a la que se acumula una acción de vulneración de DDFF y una reclamación de indemnización de 8.000 euros aparejada a la misma. En el supuesto de la Sentencia de Contraste, el TS concluye

que, al haberse ejercido simultáneamente una acción de tutela de DDFF, era viable presentar el citado recurso.

Por tanto, el objeto de debate de la Sentencia se centra en determinar si cabe interponer recurso frente a una sentencia dictada por el JS en materia de MSCT individual a la que se acumula una reclamación de 6.000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios o si, por el contrario, la sentencia deviene firme en instancia. El TS cambia su doctrina en base a los siguientes argumentos:

- i) Interpretación constitucional de las reglas sobre acceso a los recursos extraordinarios.

El principio *pro actione* busca permitir el acceso a la jurisdicción a quienes puedan haber incurrido en defectos formales, pero presenten información suficiente para comprender sus pretensiones. Sin embargo, sostiene el TS que esta interpretación amplia no debe aplicarse en situaciones que involucren recursos extraordinarios, como el de suplicación que está en juego aquí. En tales casos, se prioriza la tutela judicial de quien ya ha obtenido una respuesta judicial satisfactoria y busca que esa decisión adquiera firmeza.

- ii) Normas reguladoras de la modalidad procesal.

El artículo 138.6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (“LRJS”) establece una regla general que prohíbe la presentación de ulteriores recursos y tres excepciones en las que sí está permitido recurrir (como en casos de sentencias de MSCT de carácter colectivo). Sostiene el TS que ninguna de las tres excepciones contempladas hace referencia a sentencias de MSCT de carácter individual por lo que permitir lo contrario se opondría a la estructura procesal diseñada por la normativa vigente.

- iii) Previsiones sobre el recurso de suplicación.

El artículo 191.2 e) LRJS mantiene una estructura similar a la del artículo 138.6 de la LRJS anteriormente mencionado. Este precepto también establece la prohibición de recurrir en casos de MSCT salvo que se trate de sentencias de MSCT de carácter colectivo y añade que es posible recurrir esa sentencia cuando sea factible acumular otra acción que pueda ser objeto de recurso de suplicación, específicamente en situaciones relacionadas con el cambio de puesto o movilidad funcional.

- iv) Interpretación sistemática

El art. 138.7 LRJS establece las consecuencias en caso de que la MSCT sea declarada injustificada y considera que si el legislador hubiera pretendido que el umbral económico de estos daños y perjuicios fuera el criterio para determinar la recurribilidad lo habría expresado de manera explícita y no habría incluido las sentencias de MSCT en la lista de las inicialmente no recurribles.

Por otro lado, el art. 26 LRJS prohíbe la acumulación de una acción de MSCT con una reclamación salarial. Por lo que entiende el TS que esta prohibición es suficiente para concluir que no es posible recurrir en suplicación este tipo de sentencias.

Por último, el artículo 137.3 de la LRJS establece que a las demandas de reclamación de categoría o grupo profesional puede acumularse la reclamación de las diferencias salariales correspondientes. Sin embargo, contra la sentencia que resuelva esta materia, no se permite ningún recurso, a menos que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía necesaria para la apelación. Por lo tanto, la excepción que abre el artículo 137.6 LRS tiene sentido en litigios que permiten la acumulación de acciones, como los relacionados con la clasificación profesional, pero no en aquellos donde esta posibilidad no existe, como ocurre en los casos de MSCT.

3. Conclusión:

Como se observará, la Sentencia ha modificado significativamente la doctrina previa relacionada con la recurribilidad de las sentencias de MSCT en el ámbito laboral, estableciendo la imposibilidad de interponer recurso de suplicación de

sentencias de MSCT, incluso si incluyen una reclamación de cuantía superior a 3.000 euros derivada de la decisión empresarial impugnada.

No obstante, conviene apuntar que esta restricción no afecta a la posibilidad de recurrir en casos de MSCT individual en los que se acumule una acción de tutela de DDFF, que deja expedito el recurso. Aunque, como se indicaba al inicio de este comentario, en el supuesto de la Sentencia, el Demandante desistió de la acción de vulneración de su derecho fundamental a la garantía de indemnidad, lo que justifica la no operatividad de la excepción de irrecurribilidad.

El Tribunal Constitucional declara la nulidad del despido disciplinario cuando entran en juego derechos fundamentales

Michelle Camerlo Jiménez | Asesora jurídica

› Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 79/2023, de 3 de julio de 2023 (Rec. núm. 3638/2020)

1. Hechos debatidos

El conflicto que procederemos a analizar tuvo lugar en fecha de 2 de junio de 2017, cuando Don Jaouad, director desde el año 2009 de la sucursal de Madrid del Banque Chaabi du Maroc, participó en una manifestación fuera de su horario de trabajo en Madrid. En esta protesta, se denunciaba la situación política de la región del valle del Rif (zona del norte de África que limita con Tánger) dentro de Marruecos y se reclamaba su independencia. El director acudió a dicha concentración junto a una compañera de trabajo, al ser ambos de origen rifeño.

El siguiente día hábil, 5 de junio de 2017, la empresa notificó al empleado que había comenzado un proceso de investigación acerca de su conducta por tener conocimiento de unos hechos que podían constituir una falta laboral muy grave, suspendiéndole de empleo, pero no de sueldo. A su vez, ese mismo día, la empresa despidió disciplinariamente a la compañera que también se había manifestado, argumentando que su rendimiento no cumplía con las expectativas y que los clientes no estaban satisfechos.

El proceso de investigación del director del banco se fue aplazando por una serie de comunicados, pero en ninguno de ellos se especificaban los hechos objeto de investigación.

Finalmente, el 10 de agosto de 2017, se entregó al trabajador la carta de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Concretamente, se le acusaba de un uso indebido de las redes sociales, al haber descubierto una fotografía publicada meses antes en su perfil público de Facebook, en la que se le veía en su despacho con un cartel del banco de fondo. En dicho cartel, se habían superpuesto ilustraciones en árabe que contenían mensajes como: "Orgulloso de ser rifeño", "Los rifeños no son escoria. El Rif no es separatista" y "¿Sois un gobierno o una banda de delincuentes?".

2. Argumentos jurídicos que justifican la decisión

Ante el escenario planteado, el trabajador, disconforme con su despido, interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad por lesión del derecho a no ser discriminado por sus creencias y apoyo a la región del Rif [artículos 14 y 16.1 de la Constitución Española ("CE")]; del derecho a la imagen y al honor (artículo 18.1 CE); del derecho de reunión (artículo 21 CE); de la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) y de la libertad sindical, dada su condición de representante de los trabajadores (artículos 7 y 28 CE). En primera instancia, el Juzgado de lo Social número 27 de Madrid ("JS"), estima la demanda, fundamentando su decisión en que el hecho de que el despido se hubiese producido el primer día laborable con posterioridad a la manifestación, la excesiva dilación del proceso de investigación y la falta de concreción de los hechos, evidenciaban la ausencia de causa legítima y la ocultación del móvil verdadero. Asimismo, tuvo en consideración que la directora general del banco en España le hubiese comunicado al recurrente a mediados del mes de junio que estaba siendo presionada por la embajada de Marruecos y por el director del banco en Francia para que procediese al despido debido a su participación en la mencionada concentración.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (“TSJ”) no coincidió con el anterior razonamiento expuesto por el JS, fallando, un año más tarde, a favor de la parte demandada. En este caso, la Sala interpretó que la causa de despido imputada era suficientemente grave para justificar el despido y entendió que el uso de la fotografía sin autorización con el propósito de respaldar la independencia del Rif era razón de peso para demostrar la pérdida de confianza en él depositada. Además, consideró que el empleado no solo no había cumplido con sus obligaciones, sino que se había extralimitado en sus funciones, al involucrarse en actividades que estaban fuera del alcance de las tareas de un director bancario.

En vista de lo anterior, recurre el trabajador en casación para la unificación de doctrina, pero el Tribunal Supremo (“TS”) no admite el recurso por falta de contradicción. Ante esta situación, el recurrente interpone demanda de amparo alegando la vulneración de su derecho a la libertad ideológica del artículo 16.1 CE. Para justificar la especial trascendencia constitucional del caso, alegó que brindaba la oportunidad al Tribunal Constitucional (“TC”) de establecer precedentes que pudieran prevenir interferencias indebidas por parte de las empresas en asuntos ideológicos.

Una vez explicado este recorrido preliminar, es, pues, momento de adentrarse en las conclusiones del TC. Para ello, conviene hacer alusión a los siguientes puntos:

- i) (i) Primeramente, el Alto Tribunal aclaró que, si bien es cierto que, en el contexto de las relaciones del trabajo, se puede restringir la libertad ideológica si la empresa tiene un ideario perfectamente definido, en el caso objeto de análisis no resulta aplicable esta justificación, por no tratarse de una empresa de tal naturaleza. Por ello, no existe base suficiente para limitar, por razones de defensa de un determinado ideario empresarial, los derechos fundamentales del trabajador, que prevalecen sobre el interés de la empresa en mantener una determinada posición en esta materia.
- ii) (ii) En segundo término, el Tribunal argumenta que no se cuestiona la veracidad de los hechos relatados en la carta de despido (la publicación por parte del recurrente de las imágenes en la red social); pero el motivo de despido real que se oculta tras la investigación difiere, ya que las fotografías habían estado en línea durante cinco meses sin que la empresa hubiera tomado medidas. Así, se prueba que los hechos relatados por el actor son indicios suficientes de discriminación del derecho fundamental a la libertad ideológica.
- iii) (iii) En tercer y último lugar, cabe mencionar que, tanto la empresa, como el TSJ y el TS, sostuvieron que la cuestión relativa a la asistencia a la manifestación no debía ser objeto del recurso, por entender que el debate tenía que centrarse únicamente en dilucidar el motivo que fue alegado por la empresa en la carta de despido. Sin embargo, esta perspectiva es rechazada por el TC, por entender que el objeto del proceso constitucional precisamente consistía en determinar si la participación en el antedicho acto fue realmente la causa motivadora del despido.

A mayor abundamiento, el TC afirma que, al tratarse de un despido pluricausal, el banco no debería haber puesto el foco de atención para su defensa solamente en demostrar la existencia de un grave incumplimiento contractual –tal como se indicó en la carta de despido–, sino que también debería de haberse centrado en excluir los indicios de discriminación presentados por la parte contraria. Recuérdese que cuando opera la prueba de indicios, corresponde al empresario demostrar fehacientemente la inexistencia de móvil discriminatorio, probando razones suficientes y objetivas que fundamentan su decisión extintiva.

En suma, la Sala Segunda del TC, confirma por unanimidad la decisión tomada por el JS y concede el recurso de amparo presentado por el director del banco seis años después, calificando el despido como nulo.

3. Conclusiones

Habiendo ya conocido los detalles del caso y las razones que impulsan al TC a tomar su decisión, es menester destacar la especial relevancia de la resolución, porque marca los criterios y pautas a seguir en cuanto a la línea en la que se va a pronunciar dicho órgano en controversias futuras. Frente a esta realidad, no está de más advertir y/o recordar a las empresas que, cuando en un proceso de despido se ven involucrados derechos fundamentales, las posibilidades de nulidad

son muy elevadas, incluso aunque la causa alegada en la carta de despido parezca tener posibilidades de procedencia. Ahora bien, esperemos que esto último no se interprete como un blindaje automático para los trabajadores y que no derive en un abuso de la confianza en ellos depositada.

Dicho lo cual, resulta oportuno señalar también ahora que, a nuestro modo de ver, la empresa tomó decisiones precipitadas y no supo gestionar adecuadamente la situación. Como se ha señalado, la manifestación tuvo lugar un viernes y el mismo lunes siguiente, el trabajador ya había sido suspendido de empleo, lo que explica de manera palmaria que el asunto de las fotografías surgió durante la investigación y, por ende, de forma ulterior a la manifestación. También en lo referente a la distribución de la carga de la prueba la empresa podría haber jugado mejor sus cartas, puesto que, de haber logrado desvirtuar los indicios aportados por el recurrente, es posible que el resultado hubiera sido otro.

Con todo, pese a los apuntes mencionados, el balance general de la sentencia es muy satisfactorio, ya que garantiza y refuerza la estabilidad de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones del trabajo. No niega que, en ocasiones, cuando se trata de empresas ideológicas, la empresa no tenga derecho a hacer prevalecer su ideario sobre aquellos, matizándolos o condicionando en cierta medida su ejercicio cuando exista confrontación entre ellos, pero, en los demás casos, como ya ha señalado claramente el TC, los derechos fundamentales no se dejan a la entrada de la empresa y desenvuelven sus efectos también en el entorno laboral.

¿Las bajas voluntarias computan a efectos numéricos para el despido colectivo? Depende

Mariana Ambrosi Abarca | Asesora jurídica

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 558/2023 de 19 de septiembre (Rec. Núm. 61/2023)

1. Preliminar: la delimitación del ratio de efectivos y afectados a los fines del cómputo del despido colectivo

El artículo 51 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**”) detalla rigurosa y claramente los umbrales de cómputo a efectos del despido colectivo y su marco temporal. Resaltando que se entenderá como “*despido colectivo cuando (...) en un periodo de noventa días, la extinción afecta al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.*” No obstante, la delimitación de la ratio de efectivos y afectados a los efectos del despido colectivo es una cuestión particularmente compleja.

Por ende, una de estas controversias se refiere a la calificación de las extinciones voluntarias de los trabajadores. En torno a esta materia, existe reiterada doctrina que considera que se deben computar los despidos cuando los mismo suman más de 5, y no son inherentes al trabajador. Es decir, cuando tales extinciones tienen su causa y origen en la iniciativa del empresario.

No obstante, la ley aplicable y la jurisprudencia existente dejan una sensación de incertidumbre y por eso es de esencial importancia evaluar la siguiente sentencia con el fin de determinar si se aporta cierta claridad en torno a cuándo existe realmente voluntariedad en las decisiones adoptadas por los trabajadores en la modalidad “de mutuo acuerdo con la empresa”.

2. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 558/2023, de 19 de septiembre

La sentencia gira entorno a la demanda interpuesta por la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (“**FESIBAC CGT**”) contra Wizink Gestión, S.L. (“**WG**”) y Wizink Bank, S.A.U., (“**WB**”) sobre

la impugnación de despido colectivo encubierto y vulneración de derechos sindicales.

En primer lugar, resulta fundamental destacar las distinciones clave entre las entidades involucradas en el presente contexto. Por un lado, WB, una entidad bancaria de carácter digital. Por otro lado, WG, una entidad que presta servicios de administración y gestión a WB y otras empresas del grupo, cuyo único socio y matriz es WB.

Esta distinción entre WG y WB sirve como punto de partida imprescindible para comprender la interrelación existente entre estas entidades dentro del litigio en consideración.

Los antecedentes de hechos que se destacan en la sentencia son los siguientes:

En primer lugar, que a fecha 2 de abril del año 2022, en el centro de trabajo de WG, prestaban servicios 93 trabajadores. Es decir, una plantilla inferior a 100 trabajadores, lo cual es importante a efectos del cómputo, ya que se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo que, en un periodo de 90 días, afecte al menos a diez trabajadores.

Entre el periodo 2 de abril y 1 de julio de 2022:

- i) Ocho trabajadores fueron despedidos en fecha el día 21 de abril, cuya improcedencia fue reconocida por la WG en los actos de conciliación;
- ii) Siete trabajadores causaron baja por mutuo acuerdo con WG;
- iii) Cinco trabajadores causaron baja en WG y pasaron a incorporarse a WB.

En este sentido, es importante resaltar que WG comunicó el día 15 de julio de 2021 su intención de *“eliminar una parte del negocio, derivar algunas de sus funciones a los servicios centrales de WB y reducir en consecuencia su personal, ofreciendo a los trabajadores la posibilidad de extinguir sus contratos para incorporarse a esa otra empresa”*.

El Tribunal Superior de Justicia (“**TSJ**”) en su sentencia 919/2022 de 25 de octubre 2022, estimó la demanda interpuesta por FESIBAC CGT y declaró la existencia de un despido colectivo tácito o de hecho, llevado a cabo por la empresa WG y a WB en el periodo comprendido entre las fechas anticipadas. Asimismo, califica como nulo el despido de los 20 trabajadores afectados y declara vulnerado el derecho de libertad sindical del sindicato demandante en su vertiente del derecho a la negociación colectiva, condenando solidariamente a ambas empresas al pago de una indemnización de 1.000 euros.

Tras la Sentencia del TSJ, WG y WB interponen recurso de casación al amparo del artículo 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (“**LRJS**”):

- i) WB, al amparo del apartado e) del mencionado artículo que hace referencia a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, por entender que esta parte no es la empleadora de los trabajadores afectados, sino que la relación se extinguió con WG, entendiéndose que no se le puede atribuir responsabilidad alguna porque algunos trabajadores hayan aceptado una oferta de integrarse voluntariamente a su partida.
- ii) Por otro lado, WG alega en su recurso de casación que no se aprecia un despido colectivo de hecho y no se ha vulnerado el derecho de libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva del sindicato. A tales efectos, WG entiende que solo deben computarse para los umbrales del artículo 51 del ET los 8 despidos improcedentes que se llevaron a cabo, y estas 8 extinciones no alcanzan el umbral de las 10 necesarias para calificar esa situación como un despido colectivo de hecho o presunto.

En definitiva, WG considera que las 7 extinciones de mutuo acuerdo y las 5 extinciones en las cuales los trabajadores pasaron voluntariamente a prestar servicios para WB derivan de la libre voluntad del trabajador y, por ello, no pueden tenerse en cuenta a los efectos de establecer los umbrales del despido colectivo.

Con el marco normativo aplicable, y conforme a la jurisprudencia existente sobre el despido colectivo de hecho, el Tribunal Supremo (“**TS**” o “**Tribunal**”) aborda

el presente litigio, en el que ha habido y no se discute por ninguna de las partes implicadas, veinte extinciones contractuales en un período ininterrumpido de noventa días y 8 de ellas -los despidos reconocidos como improcedentes- se reconoce que deben computar a efectos de los umbrales del despido colectivo.

La controversia, por consiguiente, se centra, principalmente, en calificar las 12 restantes extinciones producidas en WG, de las cuales 7 se han producido por mutuo acuerdo en tanto las restantes 5 extinciones parecen asimilarse a bajas de los trabajadores de manera supuestamente voluntaria toda vez que decidieron incorporarse a la plantilla de WB.

En este contexto, procedemos a desarrollar a continuación los diferentes argumentos esgrimidos por el Tribunal para resolver el supuesto:

- i) La primera cuestión discutida por el Tribunal son las **7 extinciones contractuales producidas “por mutuo acuerdo”**. La Sala entiende que cuando se cumple evidentemente el requisito de “mutuo acuerdo”, no hay nada que computar. No obstante, introduce una matización importante, resaltando que hay que valorar cómo y cuándo se producen estas extinciones que, formalmente, son de mutuo acuerdo entre las partes, caso por caso. Es decir, la sentencia concluye que se deben considerar las circunstancias en que se producen tales extinciones, supuestamente por voluntad del trabajador, es decir *“el contexto, los aledaños o el entorno de otras extinciones contractuales en el periodo de referencia del despido colectivo y su número sea, al menos, de cinco”*.

A partir de estos elementos, concluye que, en el caso de autos, *“estas extinciones de mutuo acuerdo no se producen de manera aislada, individualizada y absolutamente al margen de otras resoluciones contractuales, sino dentro del mismo periodo de 90 días en el que la empresa ha procedido unilateralmente a despedir a otros trabajadores, en el marco de un proceso de reestructuración de la plantilla previamente anunciado e iniciado con [la anteriormente citada] comunicación de 15 de julio de 2021”*. Trasladada esta consideración general al caso concreto, la Sala rechaza la nota de voluntariedad y concluye que las terminaciones han sido debidas a una iniciativa empresarial.

- ii) La segunda cuestión discutida por el Tribunal gira en torno a los **5 trabajadores que pasaron a prestar servicios en WB**. La sentencia concluye que cuando la nueva empleadora informa a los trabajadores de la empresa anterior que no serán subrogados, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, evidencia que la iniciativa reside en la mercantil *“que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados ex novo y poder continuar trabajando”*.

En conclusión, el Tribunal entiende que, llegados a este punto, es evidente que la combinación de las 7 terminaciones de contrato por mutuo acuerdo, junto con los 8 despidos resueltos por la empresa durante el mismo período de 90 días, **excede de los límites legales y constituye suficiente evidencia para afirmar la existencia de un despido colectivo de facto**, como ha sido determinado en la sentencia impugnada.

Por lo tanto, el TS entiende que no es necesario examinar la clasificación legal que podrían merecer los otros cinco ceses que tuvieron lugar durante el mismo periodo, esto es, la de aquellos trabajadores que voluntariamente aceptaron la invitación a unirse al equipo de WB y que, a diferencia de las 7 terminaciones de mutuo acuerdo, continúan empleados en esta nueva empresa.

En relación con el recurso de casación presentado por WB, el Tribunal entiende que no se puede extraer la responsabilidad de estas extinciones a esta empresa, porque considera que: (i) no se plantea la posibilidad de que WB pueda formar un grupo laboral de empresas con la otra sociedad codemandada; (ii) no se identifica ninguna conducta irregular por parte de WB en relación con las decisiones adoptadas por WG, es decir, WB no participa en los despidos ni tiene responsabilidad en las acciones que constituyen el despido colectivo; y (iii) WB no es la empleadora de los trabajadores cuyas relaciones laborales fueron terminadas por

WG y, por lo tanto, no estaba facultada para participar en el período de consultas ni para negociar con la representación legal de los trabajadores.

3. Conclusiones

Tras la Sentencia expuesta, es pertinente resaltar la importancia de estudiar detenidamente este pronunciamiento en el marco de las empresas y, por nuestra parte, como sus abogados, a efectos de asegurar el proceder en el despido colectivo en que concurren estas circunstancias de extinciones declaradas de mutuo acuerdo.

En consideración a la jurisprudencia vigente y los recientes pronunciamientos de los tribunales, resulta aconsejable ejercer una mayor diligencia al momento de descartar la aplicabilidad del procedimiento de despido colectivo por la mera existencia de extinciones calificadas en una primera aproximación como voluntarias de los trabajadores. Por consiguiente, resulta conveniente indagar exhaustivamente con el cliente acerca de todas las terminaciones llevadas a cabo en el marco temporal, independientemente de la denominación que se haya asignado a la extinción de la relación laboral. Este enfoque, en última instancia, se traduce en una ampliación de las medidas de precaución por parte de las empresas, así como, por nuestra parte, en el cumplimiento riguroso del procedimiento del despido colectivo.

Por último, es importante destacar que el TSJ de Baleares ha planteado una nueva y notable cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), en relación con dos aspectos vinculados a las renunciaciones voluntarias. Aunque el resultado de la sentencia que emitirá el TJUE es actualmente incierto y podría no coincidir con el criterio recientemente expresado por el TS, su resolución podría arrojar luz sobre este asunto controvertido de particular trascendencia en los procesos de ajuste de plantilla, individuales o colectivos, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En virtud de todo lo expuesto, no queda sino seguir atentos a los futuros pronunciamientos por parte de los tribunales que irán trazando los límites y poniendo el foco en aquellas cuestiones que sean de relevancia a la hora a la hora de determinar las pautas en el cálculo del umbral del despido colectivo.

Desde una mirada crítica, otra importante lectura de todo lo señalado hasta aquí es que la Sentencia hace evidente la poca importancia que se da a una eventual vulneración de un derecho de libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, pues la Sala solo condenó a WG al abono de la cantidad de 1.000 euros.

Por último, cabe mencionar que resulta sorprendente que el Tribunal se limitara a los argumentos expuestos por las partes implicadas, y no cuestionara ni una sola vez la posible existencia en el caso de una sucesión de empresa encubierto, recogida en el artículo 44 del ET, que hubiera podido derivar igualmente en consideraciones jurídicas del máximo interés.

Coordinadores de la Newsletter

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.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca



DISPONIBLE EN
App Store



DISPONIBLE EN
Google Play

Pérez-Llorca

Diagonal 640, 8^ºA
08017 – Barcelona

—

Rue Belliard 9
1040 – Brussels

—

Rua Barata Salgueiro, 21
1250-141 – Lisbon

—

17 Hill Street
W1J 5LJ – London

—

Castellana 50
28006 – Madrid

—

Castellana 259 A
28046 – Madrid

—

375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

—

8 Marina Blvd
018981 – Singapore
www.perezllorca.com

