



ANTRÀS



AGOSTO 2024

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Agosto 2024



Sobre la eventual reforma de la indemnización por despido improcedente y el pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales.

A finales de julio se hacía público el pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales en el que se declaraba la falta de adecuación de nuestra normativa reguladora de la indemnización por despido improcedente a la exigencia de la Carta Social Europea cuando reconoce “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una compensación adecuada o a otra reparación apropiada”. Nuestro sistema de indemnización del despido improcedente tasado (de 33 días de salario por año trabajado) y topado (con el máximo de 24 mensualidades) era, así, puesto en cuestión, como lo fueron, en su momento, sistemas análogos previstos en Finlandia, Italia o Francia.

Esta resolución ha planteado un importante debate sobre su eficacia, discutiéndose si estamos ante una sentencia que vincule a los Tribunales, si supone la obligación de que nuestro legislador reforme nuestra actual normativa reguladora del despido improcedente o qué debe entenderse por compensación adecuada.

Tomando como punto de partida y reconociendo que tanto la normativa internacional como el derecho interno obligan al cumplimiento del derecho reconocido por la Carta, creemos no obstante que las decisiones del Comité no resultan vinculantes jurídicamente, ni para los tribunales ni para el legislador

por mucho que sus opiniones expresen la interpretación auténtica de la Carta y puedan tener una relevante influencia desde el punto de vista político. No estamos ante un auténtico tribunal, un órgano jurisdiccional, integrado por jueces sino ante un comité integrado por “expertos independientes” que no dictan sentencias sino informes o decisiones que sirven, conforme al Protocolo de reclamaciones colectivas, para asesorar al Comité de ministros del Consejo de Europa, quien puede adoptar por mayoría de dos tercios una “recomendación” dirigida al Estado presuntamente incumplidor de la Carta.

En definitiva, el Comité de expertos no tiene el carácter de órgano jurisdiccional y se diseña como un órgano de asesoramiento al Comité de ministros. Por tanto, en este caso concreto se debe estar a lo que en su caso acuerde el Comité de ministros y al contenido de sus posibles recomendaciones, lo que hasta el presente no se ha producido. Tampoco los precedentes avalan el carácter vinculante de las decisiones del Comité. En los anteriores casos que se ha pronunciado sobre regulaciones análogas (Italia, Francia, Finlandia...), los Estados afectados no modificaron su normativa.

El hecho de que no resulte obligado reformar nuestra regulación a la luz de lo resuelto por el Comité Europeo de Derechos



Sociales, no excluye que dicha reforma pueda resultar conveniente ni que esta decisión carezca de cualquier efectividad. Al margen de razones políticas vinculadas al respeto más pleno a la Carta Social Europea, razones de seguridad jurídica podrían aconsejar que el legislador incorporase ciertas modificaciones que garantizaran una mayor proximidad a esa “compensación adecuada”. No en vano, conviene tener presente que, a la espera de que se pueda pronunciar el Tribunal Supremo, nos encontramos, cada vez con más sentencias que, en base al control de convencionalidad que puede realizar cualquier juez, reconocen indemnizaciones adicionales a las previstas legalmente.

Corresponde al Gobierno activar o no una reforma de las indemnizaciones del despido improcedente, es una decisión estrictamente política. No obstante, no debería olvidarse que un sistema tasado puede resultar beneficioso para el trabajador, liberado de probar daños, para las empresas, que tienen certidumbre, para el empleo, con efectos neutros de contratación, y para al sistema judicial, evitando las sobrecargas que se derivarían de un complejo sistema de indemnizaciones abiertas.

Ley de paridad. Más allá del error.

Desde el 22 de agosto está en vigor la denominada [Ley de paridad](#), esto es, la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Esta norma, dictada con el objetivo declarado de “avanzar en la consecución del ejercicio real y efectivo del principio constitucional de igualdad”, además de incurrir en un importante error al que luego nos referiremos, introduce múltiples modificaciones normativas con el objeto de exigir una representación paritaria en determinados ámbitos y órganos considerados decisivos de la vida política y económica.

Aunque la prensa se ha hecho eco del importante y grave error técnico que supone que, una norma pensada para avanzar en la igualdad reduzca la tutela del ejercicio de derechos vinculados a la corresponsabilidad, creemos que es necesario destacar su contenido laboral.

Así, en lo que a nuestros efectos interesa, por lo que se refiere a la exigencia de presencia equilibrada cabe destacar:

- que el consejo de administración de las

sociedades cotizadas deberá tener una composición que asegure la presencia, como mínimo, de un 40% de personas del sexo menos representado. El número total de consejeros que se considerará mínimo necesario para alcanzar tal objetivo deberá ser el porcentaje más cercano al 40%, sin que pueda superar en ningún caso el porcentaje del 49% de miembros del consejo de administración.

- Los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos y de las asociaciones empresariales deberán tener una composición equilibrada de tal manera que las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%. Cuando el porcentaje de miembros del sexo menos representado no alcance el 40% se proporcionará una explicación motivada de las causas, así como de las medidas adoptadas para alcanzar ese porcentaje.
- También se establece una exigencia de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos superiores y directivos de



la Administración General del Estado (Secretarías de Estado y de los órganos directivos de la Administración General del Estado) y en las entidades del sector público institucional estatal (aplicación a las personas titulares de las presidencias, vicepresidencias, direcciones generales, direcciones ejecutivas y asimilados de las entidades del sector público institucional estatal que tengan la condición de máximos responsables, así como a las personas con contratos de alta dirección en las citadas entidades, de tal manera que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento en el ámbito de cada entidad). El principio de representación equilibrada se garantizará también en la composición de los órganos colegiados de gobierno de las entidades.

El legislador ha aprovechado esta ley para incorporar dentro de las personas con un mayor estatus de protección a las víctimas de violencia sexual (equiparando su estatus a las víctimas de violencia de género):

- Así, se introduce, en el [art. 37.8 TRLET](#), a las víctimas de violencia sexual entre las personas trabajadoras que pueden solicitar una reducción de jornada, con reducción proporcional del salario o solicitar una reordenación del tiempo de trabajo o realizar trabajo a distancia o dejar de hacerlo. Para los empleados público se incorpora a las víctimas de violencia sexual como beneficiarias del permiso regulado en el [art 49.d\) del TREBEP](#).
- En lógica similar, se las incluye en el [art. 40.4 TRLET](#) a los efectos de poder solicitar preferentemente un traslado cuando ello sea necesario para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Análogamente para el caso de los empleados públicos en el [art. 82.1 TREBEP](#).
- Se incluye, como causa de suspensión

([art. 45.1.n TRLET](#)) y de extinción por decisión de la persona trabajadora ([art. 49.1.m TRLET](#)), la violencia sexual junto con la violencia de género. Y como causa de excedencia en el ámbito del EBEP ([art.89 TREBEP](#))

Ha sido precisamente al tratar de introducir una mayor protección a las víctimas de la violencia sexual cuando por un “error técnico”, según declaraciones del propio Gobierno, se ha eliminado la calificación automática de nulidad de los despidos de los trabajadores que pidan acogerse al nuevo permiso de cinco días por cuidado de un familiar tras un accidente, enfermedad grave u hospitalización ([art. 37.3.b TRLET](#)), o de quienes soliciten una adaptación de jornada con cambios de horarios, turnos o el teletrabajo para poder conciliar su vida laboral con la familiar ([art. 34.8 TRLET](#)). A la espera de que se produzca la rectificación que el Gobierno ha anunciado, si se producen despidos (sean objetivos o disciplinarios) de trabajadores en alguna de esas dos situaciones, ya no cabe la nulidad objetiva, aunque sí es factible poder pleitear por la declaración de nulidad por la vía de la vulneración de la garantía de indemnidad o de la discriminación, pero aquí serán los jueces quienes determinarán si el despido es nulo o procedente, caso por caso, en función de las concretas circunstancias.

Finalmente reseñar que también se introducen modificaciones en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales introduciendo nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad para los deportistas profesionales, se extiende a las empresas del ámbito deportivo la obligación de elaborar un plan de igualdad. Asimismo, se modifica el art. 104.1 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, y se introduce la obligación de las federaciones deportivas españolas y las ligas profesionales de contar con un protocolo de prevención y actuación para situaciones de discriminación, abusos o acoso sexual y acoso por razón de sexo o autoridad en el seno de aquellas.



Jurisprudencia. Cambio de puesto de trabajo por razones vinculadas a la protección de la salud y efectos en el salario.

Recientemente un titular aparecido en la prensa indicaba que “El cambio de puesto de trabajo por motivos de salud no implica una reducción salarial. El Supremo reconoce el derecho de una trabajadora a conservar su salario pese a empezar a ejercer funciones de recepcionista”, titular seguramente sea más atractivo que el nuestro, pero una lectura aislada de aquel es equívoca. Veamos que hay de cierto y que es matizable en el mismo.

1) En primer lugar, los hechos enjuiciados se refieren a una trabajadora que prestaba servicios como auxiliar sanitaria en una residencia geriátrica de la Generalitat de Catalunya a la que le resultaba de aplicación el VI Convenio Colectivo Único de la Generalitat de Cataluña.

2) La trabajadora por motivos de salud es adscrita de modo definitivo a un nuevo puesto de trabajo en el que deja de percibir el complemento de asistencia de atención directa que percibía en su anterior puesto de trabajo. La trabajadora lo reclama en base al art. 15 del Convenio de aplicación, en dicho precepto se establece que “...El trabajador/la percibirá los complementos de puesto de trabajo correspondientes al nuevo puesto. En el supuesto de que las retribuciones totales en el nuevo puesto de trabajo sean inferiores, el trabajador/la tendrá derecho a percibir un complemento por la diferencia entre éstas y las que percibía. (...)”

3) El Tribunal Supremo considera que los negociadores “pactaron un específico derecho para aquellos casos en los que las retribuciones totales correspondientes al nuevo puesto sean inferiores a las que percibía el afectado, disciplinando un complemento conformado por la diferencia entre las anteriores y las correspondientes al puesto ahora asignado”.

4) De esta forma, el mantenimiento del complemento deriva de la específica regulación convencional y no de la normativa legal. Como expresamente señala la sentencia nos hallamos ante un efecto del convenio que supone una mejora y garantía adicional a las previsiones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Que el fundamento del mantenimiento de las condiciones retributivas se sitúe por el Tribunal en la específica regulación convencional, reconociendo expresamente que supone “una garantía adicional” a lo previsto en la LPRL, parece suponer que, sólo cuando convencionalmente se haya realizado esa función de mejora, tendrá derecho el trabajador a mantener las condiciones retributivas superiores que percibía en el puesto de trabajo de origen. Una situación, de cambio de puesto de trabajo por razones vinculadas a la salud, que en un futuro próximo puede ser muy frecuente si finalmente se reforma el art. 49 del TRLET para exigir que la empresa introduzca ajustes razonables cuando se haya reconocido una situación de incapacidad permanente total o absoluta.



Jurisprudencia. Validez de la cláusula contractual, prevista convencionalmente, que exige al trabajador la aportación del vehículo para realizar la prestación de servicios.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo confirma una sentencia de la Audiencia Nacional en la que se declara la validez de una cláusula contractual que, siguiendo lo establecido en el convenio de aplicación, se establecía la obligatoriedad de que determinados trabajadores aportasen su vehículo particular para realizar las tareas propias de su puesto de trabajo. Debe destacarse que se trataba de una obligación impuesta en el convenio colectivo, el III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, a determinados trabajadores, aquellos que desempeñaban actividades de reparto en el ámbito rural y que en el convenio se establecía una compensación económica por el uso del vehículo.

La exigencia de aportación de bienes materiales por parte del trabajador para el desarrollo de su prestación constituye una cuestión de renovada actualidad por la creciente utilización de medios digitales que, con frecuencia son aportados por el propio trabajador. Las denominadas cláusulas de BYOD (“Bring your own device”) tienen como objeto exigir que el trabajador utilice sus propios medios (teléfono portátil, ordenador personal...), pero también permitirlo, cuando existe un interés del trabajador en ese uso, establecer previsiones que garanticen una utilización segura (protección frente riesgos de seguridad informática, prevención de riesgos laborales...) o regular ciertas compensaciones por su uso.

La utilización de medios privados del trabajador plantea cuestiones jurídicas que llegan a cuestionar la validez jurídica de su eventual exigibilidad. En este sentido, en alguna ocasión se ha considerado que la ajenidad de los medios característica del trabajo por cuenta ajena exigiría negar la validez de dicho tipo de cláusulas. En la normativa no encontramos una respuesta clara y de general aplicación, únicamente el art. 17.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, para este concreto tipo de trabajo y para los dispositivos digitales establece que la empresa “no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia”. De esta forma, existe una doble prohibición, de un lado, se impide que la empresa le exija al trabajador aportar medios tecnológicos propios necesarios para la prestación del servicio, de otro lado, tampoco se permite exigir al trabajador que descargue programas o aplicaciones en estos dispositivos. Aunque la regulación es parcial podría ser considerada como legitimadora de aquellas prácticas en las que la utilización de medios privados del trabajador se estableciese por acuerdo, por cuanto lo prohibido es que el empresario lo pueda exigir. Un acuerdo en el que deberían figurar las condiciones de utilización, muy singularmente, el establecimiento de fórmulas de compensación y de prevención de riesgos (laborales o de seguridad).

Debe destacarse que, aunque la sentencia no se pronuncia expresamente sobre la validez de este tipo de cláusulas por considerar que constituía la determinación de lo explicitado en el convenio y este no había sido impugnado, parece dar por buena una regulación que no se cuestiona ni obiter dicta. La expresa referencia al establecimiento



en el convenio de fórmulas de compensación para el trabajador por el uso de un medio privado podría ser un elemento que el Tribunal haya valorado para no cuestionar la validez de la cláusula.

La sentencia, lo que sí hace es declarar la nulidad del inciso en el que se establecía que el incumplimiento de dichas obligaciones podía “conllevar la extinción del contrato al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del ET”.

Jurisprudencia. Solapamiento del descanso mínimo semanal con los festivos anuales: derecho a la compensación.

El Tribunal Supremo declara que no es ajustado a derecho que los días de descanso mínimo semanal se solapen con los 14 días festivos anuales sin percibir compensación alguna. En el supuesto, referido al caso de trabajadores a turnos que no tienen establecido el descanso semanal en días fijos de la semana, se considera que si la empresa fija su prestación de servicios de forma que el descanso semanal coincida con los días festivos, esos trabajadores tienen derecho a disfrutar sus descansos semanales sin que puedan solaparse con los festivos laborales. Y, en el caso de que se produzca solapamiento, la empleadora deberá compensarlos económicamente. Por tanto, si la empresa no efectúa compensación alguna, dicha práctica empresarial no será ajustada a derecho.

Aunque inicialmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la demanda y falló a favor de la empresa, los magistrados del Supremo han recordado que las fiestas laborales y el descanso semanal, además de cumplir la finalidad de que toda la sociedad pueda celebrar de forma conjunta ciertas efemérides cívicas y religiosas (lo que refuerza los lazos de convivencia social), contribuyen al descanso de los trabajadores, al igual que el descanso diario, semanal y anual. “La finalidad del descanso semanal mínimo y del derivado de los días festivos es la misma, esto es, la de contribuir al descanso, de modo que si la empresa, en las planificaciones de jornada y calendarios anuales, cuando el descanso semanal de los trabajadores coincide con alguno de los 14 festivos laborales, no efectúa compensación alguna, debemos concluir, al contrario de lo que ha efectuado la Sala de instancia, que dicha práctica empresarial no se ajusta a derecho”, falla el Supremo.