

NEWSLABOUR

NEWSLETTER DEL DEPARTAMENTO LABORAL DE RSM SPAIN



Ignacio Hidalgo y Miguel Capel

¡Un nuevo mes, una nueva [#NewsLabour!](#)

Esta edición se caracteriza por tratar en gran detalle, a través de varios artículos, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

No solo podréis encontrar un resumen de dicha Ley, así como del resto de recientes novedades legislativas publicadas recientemente, sino que además abordaremos cuales son los efectos prácticos y las nuevas obligaciones que han nacido para los empresarios en el [#AsuntodelMes](#) y en [#DerechoPráctico](#).

Pero tranquilos, que en esta edición, al igual que en todas las anteriores, también analizamos recientes Sentencias que seguro que os son de mucho interés.

Siempre informando y siempre actualizando a nuestros lectores.

[¡Y siempre a vuestra disposición!](#)

EN ESTE NÚMERO

Tribunales en corto

¿Qué hay de nuevo viejo?

Derecho Práctico

Tenemos nuevos deberes que exigen la puesta a punto de las empresas

Asunto del mes

Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas lgtbi: retos empresariales frente a los nuevos tipos de discriminación.

Sentencia del mes

Acordar indemnizaciones inferiores para trabajadores de mayor edad en el marco de un despido colectivo ¿es válida esta práctica?

Consejo del mes

Despido en base a prueba ilícita. Calificación de este y riesgos de cara al empleador.

Novedades legislativas

¡La que se nos viene encima!



Si tienes alguna duda sobre estas sentencias o su aplicación en tu empresa, contacta con nosotros.

Roberto Villon
rvillon@rsm.es

› Tribunales en corto ¿Qué hay de nuevo viejo?

Como siempre, cada mes nos encontramos con Sentencias y noticias jurídicas que, por su particularidad o relevancia, nos llaman especialmente la atención. A continuación, te exponemos un resumen de algunas de ellas:

Roberto Villon

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2023: ¿Accidente de trabajo durante la pausa del bocadillo?

En la referida Sentencia el TS analiza un supuesto en el que una trabajadora sufre un accidente cuando se encontraba de camino hacia un bar para merendar durante su pausa para el bocadillo, y la cuestión que se le plantea consiste en si dicho accidente debe considerarse como un accidente de trabajo, o no. Pues bien, recordando su doctrina, y afirmando los pronunciamientos del JS y TSJ correspondientes, el TS estima que dicho accidente debe considerarse como ocurrido con ocasión del trabajo, al producirse en el tiempo de trabajo del que dispuso la trabajadora para reponer fuerzas, sin que el hecho de que el lugar en que aconteció el siniestro no fuera propiamente el lugar de su actividad profesional venga a alterar la vinculación del siniestro con el trabajo en tanto que su salida del centro con ese fin se debe entender como una actividad normal de la vida laboral que de no estar prestando servicios no se hubiera producido.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 2023: Protección de datos vs Registro retributivo.

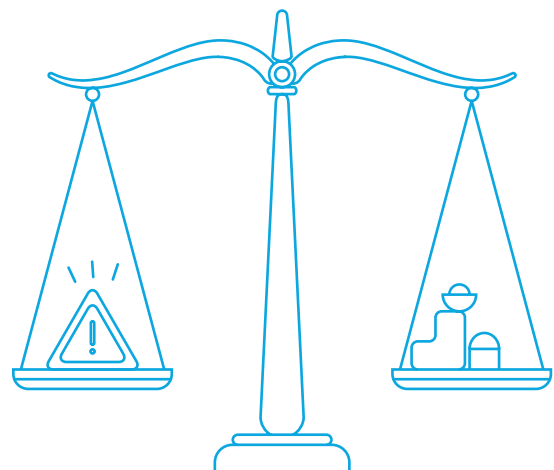
La AN declara nulo el hacer empresarial consistente en la limitación los datos aportados en el registro retributivo previo a la elaboración de un Plan de Igualdad. Dicha práctica consistía en omitir datos respecto a determinados puestos de trabajo que eran ocupados por un solo sexo, siendo nula debido a que la misma priva de elementos comparativos necesarios para identificar las posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo, ya que la omisión en cuanto a los puestos ocupados por un solo sexo no significa que no existan puestos con igual valor en el que existan diferencias retributivas considerables que deban evaluarse.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de febrero de 2023: Despido de trabajadores de baja por IT al amparo de la Ley 15/2022.

Desde la publicación de la Ley 15/2022 han existido números casos en los que se ha declarado la nulidad de los despidos de trabajadores que sufrían de alguna enfermedad, IT, etc. Al contrario que en esas sentencias, en la presente se declara de improcedente y no nulo el despido de un trabajador por faltas injustificadas, al no haberse reincorporado tras su IT, ni aportado el correspondiente parte de baja. La Sentencia recuerda que la Ley 15/2022 no ha modificado el contenido de los preceptos del ET, así como tampoco la doctrina establecida por el Tribunal Supremo a este respecto.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de febrero de 2023: Accidente de trabajo y el Teletrabajo.

Los supuestos de accidentes durante el desempeño de teletrabajo son muy controvertidos y existen diferentes pronunciamientos sobre la materia. En el presente supuesto se produce el fallecimiento de un trabajador en su domicilio –específicamente en su baño–, reclamando su cónyuge que el incidente se declare accidente de trabajo. El TSJ considera que no puede el lamentable hecho tener tal consideración y ello debido a que el trabajador tenía un horario de entrada flexible, sin que el trabajador hubiese registrado su entrada al momento del fallecimiento, y por otro lado, el suceso acontece en el baño y no en su puesto de trabajo habitual, por lo que no se puede entender que el mismo sea consecuencia del trabajo o que suceda durante su jornada. ■





Si quieres conocer más sobre las nuevas obligaciones de tu empresa en materia de igualdad y protección frente a la violencia sexual, contacta conmigo.

Rocío Vivo
rvivo@rsm.es

›Derecho Práctico

Tenemos nuevos deberes que exigen la puesta a punto de las empresas

Rocío vivo

La protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y la protección frente a la violencia sexual, sin duda tienen un papel cada vez más y más protagonista en nuestra sociedad y, en los últimos meses son múltiples las normas que con dichos fines hemos visto sucederse en distintos ámbitos, pero ¡**jojo!**, no pueden pasar desapercibidas, las obligaciones laborales que se introducen para las compañías.

Como es lógico, el ámbito laboral no escapa a la necesidad de dotar de dicha protección a la plantilla, por ello, hoy tratamos aquellas principales medidas que las empresas deben tener presentes e implementar como consecuencia de la entrada en vigor de: **(i)** la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (la conocida Ley del "solo sí es sí") y, **(ii)** la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (comúnmente, la "Ley Trans").

Promoción y formación para la protección integral contra la violencia sexual en el trabajo:

Si aun no cuentas con un protocolo contra el acoso sexual y por razón de sexo, no está de más recordar que éste ya era obligatorio –negociado con la representación legal de los trabajadores ("RLT")–, para todas las empresas, con independencia de su tamaño, por aplicación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –así lo exigía ya su art. 48 en su anterior redacción–, pero debes saber que esta obligación se ve reforzada y ampliada por la Ley del solo sí es sí.

Además de reconocer distintos y relevantes derechos laborales a las víctimas de violencia sexual (que se incorpora al ET junto con la ya contemplada, violencia de género), esta Ley regula nuevos deberes para las compañías.

¿En qué se traduce?

Se incorporan las siguientes medidas que deberán proteger a la totalidad de la plantilla –con independencia de la modalidad contractual–, al personal de ETT, becarios y, al voluntariado:

a. Las empresas deberán **promover condiciones de trabajo** que eviten la comisión de delitos y conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial incidencia en el acoso sexual y por razón de sexo, e incluyendo específicamente el **ámbito digital**.

¡Muy importante!, para ello tendrán que arbitrar **procedimientos específicos para su prevención** y para dar **cauce a las denuncias** de las víctimas.

Podrán establecerse medidas –negociadas con la RLT– como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación.

b. Es obligada la promoción de la sensibilización y el ofrecimiento a todo el personal de **formación** para la protección integral contra la violencia sexual.

c. E incluir en la **valoración de riesgos** de puestos ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales, debiendo formarlas e informarlas de ello.

Es momento de revisar y completar/actualizar los protocolos, procesos, canales de denuncia que ya tenga vuestra organización o, ahora más que nunca, implantarlo –recordad, negociando con la RLT– si aún no dispones de ellos.

Toca igualmente impartir formación y sensibilizar a la plantilla sobre la violencia sexual y, actualizar vuestra evaluación de riesgos.

Con más de 50 empleados, otras tareas que nos trae la Ley Trans:

Lo tratamos en más detalle en el **asunto del mes**, pero para compañías de más de 50 trabajadores, debéis añadir a vuestro **"to do list"** –y al de la RLT, pues deberéis negociarlo y acordarlo–, la implementación de medidas que permitan alcanzar la igualdad real y efectiva del colectivo LGTBI, incluyendo un **protocolo frente al acoso o violencia contra este colectivo** –aunque pendiente de desarrollo reglamentario, con fecha límite de 12 meses desde el pasado 2 de marzo–.



Si quieres más información sobre cómo desarrollamos en RSM los procesos de *due diligence* laboral, contacta conmigo.

Rocio Vivo
rvivo@rsm.es

En definitiva, si éstas eran obligaciones que ya antes revestían relevancia, ahora con mayor motivo, merecen ser cuidadas.

La ausencia de protocolos de acoso sexual y por razón de sexo y/o de una adecuada protección de los trabajadores ante situaciones de acoso o de violencia sexual, puede acarrear distintas consecuencias, desde sanciones administrativas previstas en la LISOS –modificada por esta última norma–, hasta afectar a aquellos despidos u otras sanciones que quisierais imponer si no se sigue un protocolo de acoso garantista, o la eventual responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, entre otras.

Pero es que pueden derivarse contingencias más allá del ámbito estrictamente laboral, pudiendo afectar por ejemplo, a la posibilidad de contratar con la administración o de recibir ayudas públicas, tener consecuencias en materia de compliance, incluso en el ámbito penal.

Por tanto, además de la importancia que en sí mismas tienen la concienciación y la debida protección de la plantilla, en este caso, que la empresa cumpla tanto formalmente como en la práctica, no es precisamente una cuestión baladí.

Aunque se nos acumulen normas y tareas, hay que ponerse las pilas y adaptar vuestra organización a estas nuevas exigencias. ■





Si quieres conocer más sobre los efectos prácticos de esta nueva Ley, contacta conmigo.

Yolanda Tejera
ytejera@rsm.es

›Asunto del mes

Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: retos empresariales frente a los nuevos tipos de discriminación.

Yolanda Tejera

Mucho se ha hablado, discutido y opinado en relación con la entrada en vigor de la nueva Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

Los hay que la apoyan y otros que la critican. Cada uno (especialista o no) tiene su opinión al respecto, pero, lo más importante es que debemos conocerla en detalle porque trae novedades que, evidentemente, van a tener grandes implicaciones en el ámbito laboral.

Antes de asustarnos... Hemos de conocer las principales novedades (en el ámbito laboral) de la Ley Trans:

La nueva Ley, publicada el 1 de marzo de 2023, pretende garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales, así como de sus familias y para ello, – y refiriéndonos al ámbito estrictamente laboral–, introduce una serie de novedades:

1. Se amplían las causas de discriminación de las personas trabajadoras en las relaciones laborales al incluirse la discriminación por "la orientación e identidad sexual", "la expresión de género" o "las características sexuales".
2. Se amplía el permiso por nacimiento y cuidado del menor de la madre biológica para incluir a las personas trans gestantes.
3. Se impone a las empresas de más de 50 personas trabajadoras que dispongan, en el plazo de 12 meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley, de un conjunto planificado de medidas y recursos que permitan alcanzar la igualdad real y efectiva de los colectivos LGTBI, incluyendo un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

En este sentido y en relación con la elaboración de dichos planes, se establece que los mismos deberán ser negociados y acordados con la RL.T.

4. Se indica que en los Planes de Igualdad y no discriminación se deberá incluir a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans.
5. Por último, se modifica el artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para incluir entre las infracciones muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales.

Es evidente que la nueva Ley establece nuevos supuestos de discriminación directa e indirecta que las empresas deben conocer para garantizar la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

Y más obvio aún es que debemos estar pendientes de la interpretación y aplicación de la norma en tanto que desde su entrada en vigor ya se vislumbra que la misma podrá suponer que las empresas tengan que hacer frente a una nueva ampliación de las causas de nulidad del despido: despido nulo por discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

Empecemos a asustarnos... continua la tendencia legislativa a ampliar el perímetro de declaración de nulidad de los despidos

La nueva Ley ha ampliado las causas de discriminación prohibidas y con ello, ha disparado las alarmas de todas las empresas que ven que aumenta el riesgo de que se solicite –o, incluso se declare– la nulidad de los despidos efectuados.

Esta línea legislativa de ampliación de la protección ya comenzamos a verla en el año 2022 con la publicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que amplía las



Si quieres conocer más sobre los efectos prácticos de esta nueva Ley, contacta conmigo.

Yolanda Tejera
ytejera@rsm.es

causas de discriminación e identifica, en su artículo 2, que nadie podrá ser discriminado por razón de "enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (...)".

Sin embargo, lo curioso de dicha ley no es la ampliación de las causas de discriminación, sino que la misma dispone que serán nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en dicho artículo 2.

La redacción de la citada ley ha derivado, directamente, en que muchas demandas interpuestas por personas trabajadoras en situación de IT o con condiciones médicas particulares hayan venido con una petición de nulidad y aunque la Ley aún es muy reciente, ya contamos con varios pronunciamientos –con disparidad y variedad de criterios– que se pronuncian sobre la aplicación de la misma y apuntan a la tendencia –también judicial– de ampliar el perímetro de la declaración de nulidad del despido.

En concreto, resulta de especial interés, por ser prueba de dicha ampliación, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares, de 24 de enero de 2023, que ha declarado que la extinción del contrato por no superación del periodo de prueba es nula por vulneración del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) y vulneración de lo dispuesto en la Ley 15/2022.

Declara la Sala que concurren indicios suficientes para entender que la causa de cese –por no superación del periodo de prueba del trabajador– se debe a que inició un periodo de IT 3 días antes y que ello atenta contra el derecho del trabajador a la protección de la salud y el acceso a las prestaciones de seguridad social, manifestaciones ambas del derecho fundamental a la integridad física, conllevando, por ello, la declaración de nulidad del despido.

Y entonces... ¿Qué nos espera?

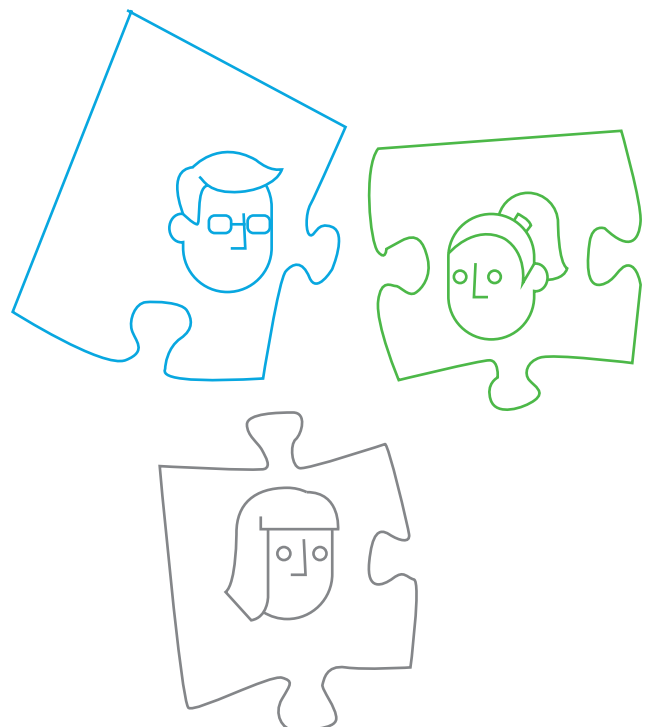
La Ley 4/2023 está pendiente de desarrollo reglamentario y aún queda tiempo para que veamos su aplicación práctica en los tribunales, pero la tónica tanto del legislador como de nuestras salas de justicia es la de ampliar la protección jurídica y específica de situaciones de especial vulnerabilidad y ello, evidentemente, se traduce en el aumento del

riesgo de que se declare la nulidad por vulneración de DDFE de los despidos en los que concurren dichas situaciones de discriminación.

Ello, unido a la posición que varios Tribunales Superiores de Justicia están teniendo en nuestro país sobre que las indemnizaciones tasadas son escasamente disuasorias, implica que es previsible que en todas las demandas que se formulen en caso de despido se reclame la nulidad por alguna causa de discriminación y, subsidiariamente, la improcedencia con algún incremento sobre la indemnización legalmente tasada.

Así las cosas, y a falta de pronunciamientos judiciales que doten de seguridad jurídica a las empresas sobre los efectos prácticos de la aplicación de las normas referidas, lo más importante pasa porque, para evitar riesgos, las empresas justifiquen muy bien los despidos que lleven a cabo y para ello, es vital contar un equipo jurídico que sea capaz de dotar a las compañías de mucho asesoramiento preventivo.

Por ello, desde RSM nos ponemos a tu disposición para ayudarte a afrontar los nuevos retos empresariales a los que nos someten las nuevas normas laborales. ■





› Sentencia del mes

Acordar indemnizaciones inferiores para trabajadores de mayor edad en el marco de un despido colectivo ¿es válida esta práctica?

Marta Rico

Antecedentes del caso

En este caso analizado por el Tribunal Supremo, la empresa acordó un despido colectivo, que fue impugnado judicialmente, alcanzándose posterior acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores. El acuerdo establecía para todos los afectados una indemnización superior a la prevista legalmente por el art. 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de 20 días por año de servicio, distinguiendo entre los menores de 60 años y los que tenían una edad superior.

La sala de lo Social resuelve recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por uno de los trabajadores, mayor de 60 años, tratando de determinar si ese diferente tratamiento de unos y otros trabajadores en razón de la edad conculca el

principio de igualdad y no discriminación, teniendo en cuenta que ello dio lugar a una inferior indemnización para los de edad igual o superior a 60 años.

Fundamentos de derecho

El Tribunal Supremo inicia su razonamiento recordando la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2022, de 21 de marzo, que reitera la conocida y uniforme doctrina de este Tribunal en aplicación del principio de igualdad y no discriminación que consagra el art. 14 CE, para recordar que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14





de la Constitución Española, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

Con la aplicación de esos mismos parámetros jurídicos, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril, resolvía un supuesto muy cercano al que se analiza, en el que justamente se trata de la posible discriminación por razón de edad en los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo pactado entre la empresa y la representación de los trabajadores, en el que se contemplaba que serían incluidos en la relación de despido los trabajadores que se encontraran en una edad más próxima a la jubilación, entendiéndose que concurrían razones que acreditaban la justificación y proporcionalidad del criterio pactado.

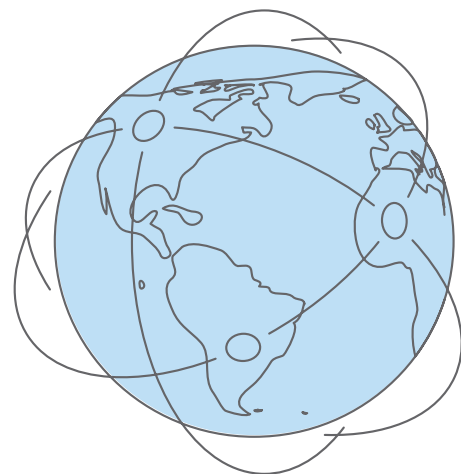
Añade, a todo ello, el Alto Tribunal que la doctrina invocada se encuentra, a su vez, alineada con lo dispuesto en la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que asimismo admite la legalidad de las diferencias de trato por razones de edad que se encuentren objetiva y razonablemente justificadas.

Entrando a analizar el caso concreto, la Sala argumenta que la cuantía prevista en el art. 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores para los despidos colectivos no posee carácter absoluto, sino que debe reputarse como mínima, mejorable a través de pacto individual o colectivo, lo que comporta que sea totalmente válido y conforme a ley que la empresa y los representantes de los trabajadores estipulen determinados excesos superadores de aquel límite cuantitativo, pero reduciendo o restringiendo su percepción a las condiciones o supuestos que dichas partes negociadoras tengan a bien consignar, siempre que esas condiciones o

supuestos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

En el supuesto enjuiciado, con independencia de su edad, las indemnizaciones pactadas para todos los trabajadores mejoraban el mínimo legal aplicable y contemplaban, incluso, diversos factores de corrección favorables a quienes percibían un menor salario, por lo que el Tribunal califica como razonable y proporcionado que el acuerdo contemple una menor indemnización para quienes ya habían cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pudiendo beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de seguridad social, entendiéndose que a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, estando todavía alejados de la pensión de jubilación.

Los términos en los cuales podría suscribirse un posible acuerdo –en el marco de un despido colectivo– no son siempre claros, y no contar con un asesoramiento adecuado puede conllevar graves consecuencias para una empresa. Por ello, desde RSM nos ponemos a tu disposición para ayudarte a afrontar este tipo de procedimientos con las mayores garantías posibles. ■





> Consejo del mes

Despido en base a prueba ilícita. Calificación de este y riesgos de cara al empleador.

Alejandro Alonso Díaz

Los efectos en la calificación de un despido tras la obtención de una prueba que suponga una vulneración de los derechos fundamentales –ilícita–, describe una controversia de largo recorrido, que hoy en día no ha sido del todo resuelta por la Jurisprudencia y la Doctrina Judicial de nuestros Tribunales.

A raíz de la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 15 de febrero 2023 (Rec. 925/2023) el debate ha vuelto a salir a la palestra, acabando por entender en esta ocasión que, pese a que el despido se fundamente en una prueba obtenida de manera ilícita –y, por ende, vulneradora de derechos fundamentales–, el mismo merecería la calificación de improcedencia, y no de nulidad. Eso sí, resarcido esa vulneración en materia probatoria con el abono de daños y perjuicios (concretamente en cuantía de 6.000 euros).

En este contexto actual, existirían 3 tesis respecto a la dualidad despido–prueba ilícita:

- La primera, conocida como la de “irradiación”, entiende que la nulidad de la prueba conduce a la nulidad del despido. El fruto contaminado, envenenaría todo el árbol.
- La segunda conocida como de la “dependencia”, que sostiene que ambas cuestiones operan en planos distintos, uno procesal (el despido) y el otro sustantivo (la vulneración de derechos fundamentales).
- La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, abriría una tercera línea doctrinal, al entender que *“ha rechazado ofrecer una interpretación constitucional de alcance general, y en el caso concreto consideró razonable desde la perspectiva de la motivación de las sentencias y del derecho a la tutela judicial efectiva, una interpretación de la legalidad ordinaria según la cual (insistimos: en el caso) la nulidad de la prueba no conducía a la del despido”*.

En relación con el caso resuelto por el TSJ de Galicia, estaríamos ante un supuesto particularmente complejo. No obstante, la argumentación para sostener la teoría

de la irradiación queda reforzada en el instante que se reconoce una indemnización por daño moral por la violación del derecho fundamental, entendiéndose que en este extremo se pueden dar dos escenarios:

- Si, dadas las particularidades del caso, la conducta de la empresa no contamina la decisión extintiva (pues, en esencia, la intromisión ilegítima la ha provocado otro trabajador con un comportamiento de buena fe), no parece razonable que sea la empresa la que deba abonar por unos daños morales que no ha causado directamente. En coherencia con este razonamiento, parece que lo razonable hubiera sido que el despido se hubiera declarado procedente, o si no existiera causa, improcedente.
- Si se entiende que la empresa es la causante del daño moral (y, por este motivo, debe abonar una compensación), entonces, parece que no hay forma de evitar que esta conducta ilícita acabe contaminando la decisión extintiva, y esta se deba calificar como nula.

En definitiva, lo cierto es que actualmente no existe una unificación de doctrina que se decante por la nulidad o la improcedencia del despido cuando se aporta una prueba ilícita en el proceso para acreditarlo, ya que cada caso es único y por lo tanto es complicado encontrar una solución que se adapte a todas las situaciones posibles. Por esa razón, el consejo radicaría en que si la única prueba que se tiene ha sido obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales debería ser **(i)** apartada del proceso por el juzgador de *motu proprio* **(ii)** no aportada en principio, por la parte, con la consecuencia, de que, siendo este el “único elemento probatorio” (dependerá del caso concreto), el despido no quedaría probado, por lo tanto, el mismo devendría en improcedente en base al artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, dado que de aportarla, habría un riesgo de resarcimiento de daños y perjuicios por el menoscabo a la persona trabajadora de la garantía constitucional.

Esto habilitaría un peligroso margen a la hora de realizar despidos improcedentes en base a pruebas que se saben desde el primer momento que son ilícitas, entendiéndose



el empresario que la consecuencia podría ser la improcedencia, pero que al fin y al cabo, el despido ya quedaría efectuado y la relación extinguida.

Aunque parezca algo lógico, se habría de evitar a toda costa pruebas de las que se sepa que pueden ser calificadas de ilícitas, dado que la improcedencia -como mínimo- ya estaría asegurada, adicionando a ésta otro montante económico por daños y perjuicios, y en el peor de los casos, la nulidad con sus consecuencias inherentes. Por lo que habrá que ser extremadamente cuidadosos a la hora de aportar pruebas -videovigilancia irregular, u otros medios probatorios que supongan vulneración del derecho a la intimidad, dado que, en estos casos, suele ser el derecho más afectado - dado que entrañarían consecuencias más perjudiciosas que ventajosas, habiendo de adicionar al abono de improcedencia, un plus de reparación de daños y perjuicios, no obstante, como ya se ha indicado, la casuística y la ausencia de criterio uniforme de los Tribunales, hacen de cada caso algo totalmente independiente.





> Novedades legislativas ¡La que se nos viene encima!

Lara Conde

El inicio de año ha venido cargado de novedades legislativas, y durante el mes de marzo de 2023 se han publicado distintas leyes que no dejan indiferente a nadie, cuyo contenido puede tener varias implicaciones en materia laboral.

A continuación, te exponemos un resumen de algunos de los puntos que creemos que son de mayor interés:

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuya entrada en vigor se ha producido el 2 de marzo de 2023.

Esta ley regula medidas para proteger a las personas LGTBI en distintos ámbitos, y en lo que respecta al ámbito laboral, su artículo 14, sobre la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en el ámbito laboral, establece la obligación de las administraciones públicas de tener en cuenta en sus políticas de empleo el derecho de las personas a no ser discriminadas por motivo de su condición sexual.

Además, el artículo 15 de la citada ley regula que las empresas de más de 50 trabajadores deberán contar, en el plazo de 12 meses a partir de la entrada en vigor de la ley, con un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI.

Hay que tener en consideración que todas las medidas adoptadas en ese sentido no se pueden imponer unilateralmente por las empresas, sino que tienen que ser negociadas y acordadas con la representación legal de los trabajadores.

Y mucho cuidado con infringir esta normativa ya que la discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales ha sido incluida en la LISOS como infracción muy grave, pudiendo incurrir en multas desde 7.501 hasta 225.018 euros.

Esta novedosa Ley será comentada en mayor profundidad por mi compañera Yolanda Tejera en su artículo "*Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: retos empresariales frente a los nuevos tipos de discriminación*", incluido en esta edición de la Newslabour.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la cual ha entrado en vigor el día 2 de marzo de 2023.

Esta ley introduce cambios en la Ley General Seguridad Social ("LGSS"), relacionados con las situaciones especiales de incapacidad temporal, que entraran en vigor el 1 de junio de 2023.

Una de las modificaciones, introducidas en el artículo 169 de la LGSS, más comentada es la inclusión como causa justificativa de baja por contingencias comunes de la "*menstruación incapacitante secundaria*", así como la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras la trabajadora reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. Las prestaciones por estas razones serán abonadas desde el día uno por la TGSS.

Asimismo, incluye en el artículo 172 de la LGSS la exigencia de tener un periodo mínimo de cotización para causar baja por estos supuestos, periodos que dependen de la edad de las trabajadoras.

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, cuya entrada en vigor se ha producido el día 2 de marzo de 2023.

- **Modificación del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores ("ET") sobre la embargabilidad del Salario Mínimo Interprofesional ("SMI")**

En el artículo 27 se regula que el SMI, en su cuantía, tanto anual como mensual, es inembargable, además, en su apartado dos se aclara que en el caso de que en el salario mensual esté incluida la parte proporcional de las pagas extras, el límite embargable es la cuantía del SMI. Sin embargo, cuando junto con el salario mensual se perciba la paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del SMI mensual.

- **Modificación del artículo 51.2 del ET control público de los despidos colectivos**

Esta Ley introduce la obligación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de, además, de pronunciarse en su informe sobre los extremos de la comunicación y desarrollo del periodo de consultas



en los procedimientos de despidos colectivo, como venía haciendo hasta ahora, se tenga que pronunciar sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial y constatar si la documentación presentada por ésta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir.

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, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 13 de marzo de 2023.

Esta norma incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 (Directiva *Whistleblowing*).

Se regula la obligación de contar con un canal interno de denuncias para todas aquellas empresas que tengan más de 50 trabajadores. Además, tendrán que disponer de un libro-registro de las denuncias recibidas y de las investigaciones internas que se hayan llevado a cabo, garantizando los requisitos de confidencialidad previstos en la ley.

El plazo máximo para su implantación es de 3 meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, esto es, hasta el 13 de junio de 2023. No obstante, en el caso de empresas con 249 trabajadores o menos podrán hacerlo hasta el 1 de diciembre de 2023.

Los canales deben posibilitar trasladar la información por escrito y verbalmente e incluso, a solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial, dentro del plazo máximo de 7 días.

Cabe destacar que la protección que se dispensa por la ley a los informantes implica prohibir y declarar nulas aquellas conductas –que se lleven a cabo dentro de los 2 años siguientes a las investigaciones– que puedan calificarse de represalias.



RSM Spain

BARCELONA | MADRID | GRAN CANARIA | PALMA DE MALLORCA | TARRAGONA | VALENCIA

rsm.es

RSM Spain Holding Company, SL y las compañías relacionadas son miembros de la red RSM y operan bajo la marca RSM. RSM es una marca utilizada únicamente por los miembros de la red RSM. Cada miembro de la red RSM es una firma independiente de auditoría y/o consultoría que actúa en su propio nombre. La red RSM, como tal, no tiene personalidad jurídica propia en ninguna jurisdicción. La red RSM está administrada por RSM International Limited, compañía registrada en Inglaterra y Gales (Company number 4040598), cuyo domicilio social se encuentra en 50 Cannon Street, London, EC4N 6JJ. La marca y el nombre comercial RSM, así como otros derechos de propiedad intelectual utilizados por los miembros de la red, pertenecen a RSM International, una asociación regida por el artículo 60 y siguientes del Código Civil de Suiza, cuya sede se encuentra en Zug.

© RSM International Association, 2023

THE POWER OF BEING UNDERSTOOD
ASSURANCE | TAX | CONSULTING

