

## Recuerdos y apuntes del XXIII congreso de ASNALA en Santiago de Compostela

Comparto, sin ningún propósito exhaustivo sino meramente divulgativo, como apretado y parcial recuerdo de las interesantes enseñanzas recibidas de los magníficos Ponentes en el XXIII Congreso de la mayor Asociación Nacional de Abogados Laboralistas, ASNALA, algunas de las ideas que he obtenido o confirmado en dicho Congreso.

### 1. SENTENCIAS DE INTERÉS.

-Se insistió en que el objetivo era salvaguardar el empleo a toda costa, y por eso, las extinciones voluntarias se tienen en cuenta a los efectos de saber si concurren los límites del despido colectivo.

-Se hizo alusión a los **despidos colectivos de hecho**, es decir, a supuestos de existencia de terminaciones de la relación laboral que deben tenerse en cuenta, aunque aparentemente no debieran serlo.

-Se criticó la perseverante negativa del INSS a cumplir las obligaciones relativas al complemento de maternidad de las pensiones de jubilación, y que incluso **el TJUE ha incluido las costas de abogados** dentro de los perjuicios que sufren los pensionistas al haber tenido que pagar abogados para que les reconozcan su derecho. Se estima por tanto un incremento masivo de demandas y nuevo trabajo para los abogados laboralistas para solicitar el resarcimiento de sus propias costas.

-Se comentó la importancia del tiempo que se tenga en acudir o responder a las llamadas de la empresa en casos de guardias de localización.

-Se señaló que la imprudencia temeraria del trabajador puede excluir la existencia de accidente de trabajo.

-Se hizo un resumen ejecutivo de otras muchas y variadas recientes Sentencias del Tribunal Supremo.

-También se recordó por muchos abogados su insuficiente composición al faltar nada menos que la mitad de los Magistrados del máximo órgano jurisdiccional en la Sala de lo Social.

-Se comentó en clave de humor los comentarios de abogados pertenecientes a otras disciplinas que siguen viendo el Derecho Laboral como una disciplina menor en la que se comenta que “sólo tenemos un contrato que interpretar”, cuando la dificultad de nuestra profesión es indudable que es cada vez mayor.

## 2. DESPIDOS

Sin duda el interés máximo se alcanzó en este importante apartado. Se criticó por algún Ponente la famosa Sentencia del TSJ de Cataluña de principios de 2023 que establece una **indemnización adicional a la legal**. Se aclaró que era una única Sentencia ante un caso claramente excepcional y que quizás corregiría el Tribunal Supremo.

-Se razonó que el control de convencionalidad del Convenio 158 de la OIT y de la Carta Social Europea aunque es una facultad del juez, es excepcional y no debe aplicarse en todo caso.

-No basta con que la indemnización sea pequeña, ni exigua ante un bajo salario y una corta antigüedad para ser acreedor de la indemnización adicional.

-Se insistió en que era necesaria la seguridad jurídica, la certidumbre de los costes empresariales de despido, que la inversión extranjera no puede desconocer el coste del despido en España, que no es lógico que cada Juez o Magistrado pueda convertirse en legislador y fijar indemnizaciones por despido distintas.

-Se recomendaron las sólidas alegaciones del Gobierno Español, asesorado por muy buenos abogados laboristas, ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, en contra de la petición de UGT de que se aumenten las indemnizaciones por despido.

-Se aclaró que no eran vinculantes las Recomendaciones del Comité Europeo de Derechos Sociales, que ni siquiera lo componen Magistrados ni Jueces expertos en Derecho Laboral, y que sus decisiones pueden estar basadas en criterios de conveniencia coyuntural o incluso políticos más que en decisiones jurídicas bien argumentadas en Derecho.

-Se informó que la Corte de Casación Francesa había ignorado completamente las decisiones de dicho Comité de Derechos Sociales.

-Se anticipó una opinión y se dijo que se pensaba que el Tribunal Supremo haría igual y que dijera lo que dijera la Comisión de Derechos Sociales, al no ser vinculante, mantendría su independencia e imparcialidad.

-Hubo discrepancias y se insistió en que era demasiado barato despedir en España.

-Sin embargo, se mostraron interesantes transparencias en pantalla gigante en las que se veía que España es el país europeo donde es más caro el despido y con mucha diferencia frente al resto.

-Se recordó que con la legislación de 1976 el despido era indemnizado con 60 días de salario por año de servicio, y como ha ido paulatinamente disminuyendo la indemnización, si bien en un período de casi 50 años.

-Se mantuvo que la famosa Sentencia del TSJ de Cataluña era un supuesto verdaderamente excepcional: la trabajadora tenía muy poca antigüedad, no tenía tras su despido el derecho a prestación de desempleo y cinco días después de su despido la empresa había hecho un ERTE no incluyéndola a ella sin motivo aparente.

-Se comentó también “la pregunta del millón” acerca de la verdadera cuestión controvertida y que sin duda, pronto resolverá el Tribunal Supremo acerca de si es o no preceptivo hacer **trámite de audiencia**, por aplicación del Convenio 158 de la OIT, ante un despido.

### 3. TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

-Se recordó la importancia cada vez mayor de los nuevos supuestos de despidos nulos.

-Se insistió en la evolución legislativa y jurisprudencial a lo largo de los años, protegiendo cada vez mayores supuestos de discriminación.

-Se habló además de las sobradamente conocidas, de discriminación por edad, del edadismo.

-De la **discriminación por asociación** comentando un odioso supuesto acaecido en Inglaterra, como sentencia paradigmática de esta nueva modalidad de discriminación.

-También se comentó la discriminación por parentesco, por ejemplo, por vínculo matrimonial.

Se habló incluso de la discriminación por motivos socio-económicos.

-También se comentó que cuando la discriminación se ve o alega en cualquier supuesto, incluso a veces de forma abusiva, se hace perder fuerza a esta gravísima lacra.

-Se hizo un estudio interesante de la Ley 15/2022, y se insistió mucho en la discriminación por enfermedad

-Se expuso una explicación muy fundada de la discriminación por enfermedad, distinguiendo **las enfermedades de corta duración de las de larga duración**.

-Se habló de la discriminación múltiple.

-Apenas se trató la discriminación por apariencia.

-Se habló de la importancia esencial de la conexión causal, incidiendo en **la conexión temporal**.

-Se habló de **los indicios y de los contraindicios** en todo supuesto de presunta discriminación.

-Hubo un interesante debate acerca de si **el art. 105.2 LRJS** podía quedar desplazado o no en los supuestos de despidos en que se alegaran por la empresa contraindicios de la discriminación alegada por la persona trabajadora, es decir, si debía operar dicho artículo en toda su extensión, no permitiendo a la empresa alegar cuestiones de hecho no explicitadas en la carta de despido, o si por el contrario se podía defender la empresa en el juicio oral con cualesquiera hechos, para alejar la sospecha de discriminación, aunque no hubieran sido indicados en la carta de despido.

-Se habló de la discriminación de Compliance Officers despedidos precisamente por cumplir su trabajo, y la importancia de la nueva Ley de Informantes.

-Se comentó la dificultad de ordenar la readmisión de un despedido contratado para desempeñar un cargo de confianza en un partido político por ejemplo.

-Se hizo alusión a la casi imposibilidad de ordenar la readmisión tras un despido nulo cometido por un autónomo o **una microempresa**. Se sugirió que cuando la readmisión devenga imposible o claramente perjudicial tras un despido nulo, debería quizás arbitrarse un cambio legislativo que permitiera, a opción de la persona trabajadora despedida de forma nula, poder percibir una indemnización, sustitutiva de la readmisión forzada, equivalente a la que se puede acordar tras un supuesto de acoso moral o sexual, vía art. 286.2 LRJS.

-Se señaló que a pesar de la nueva Ley 15/2022 no se había cambiado el canon de enjuiciamiento acerca de si basta, para no declarar la discriminación, con una justificación objetiva, razonable y proporcional de la actuación empresarial, o si son necesarios nuevos requisitos que parecen incardinados en el nuevo art. 4.2 de dicha ley.

#### **4. CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL**

-En la hora de la siesta no decayó el interés. Se comentaron los problemas de las empresas para detectar y probar supuestos de fraude, supuestos de personas trabajadoras que alargan enfermedades, simulan o fingen padecimientos, o que trabajan en otras empresas estando de baja médica.

-Se señalaron las limitadas consecuencias, meramente económicas, establecidas en el Estatuto de los Trabajadores por no acudir a los reconocimientos médicos solicitados por la empresa.

-Se señalaron los detectives privados como la prueba, quizás la única, en poder de las empresas, aunque también se hizo alusión a la importancia de las fotos y videos compartidos en las redes sociales, a veces por los mismos enfermos.

-Se hizo alusión en que en la jurisdicción social no es tan difícil conseguir que la prueba de detectives se declare lícita, insistiendo en la conveniencia de respetar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

-En cambio se recordó que en la jurisdicción penal era aún más difícil que se permitiera la aportación de la prueba de los detectives, sin que baste la sospecha para hacer lícita dicha prueba.

-Se recordó la imposibilidad del empresario, incluso de las Mutuas de acceder a los datos clínicos de las personas trabajadoras y de las importantes multas de la Agencia de Protección de Datos.

-Hubo un **interesante debate acerca de si la empresa podía acudir vía art. 76 y 77 LRJS** a los datos clínicos o reconocimientos médicos de las personas trabajadoras para defender su posición en el juicio oral.

-Finalmente, se comentó la existencia del agente provocador, de la prueba ilícita cuando es provocada por un detective contratado por el empresario, de la teoría del árbol emponzoñado, del delito provocado, en fin, cuestiones controvertidas verdaderamente fascinantes que darían lugar a varias ponencias enteras.

## 5. CLUB DE JÓVENES

-Aunque se coló o infiltró algún senior en la charla con los jóvenes se dieron interesantes consejos para hacer buenos y fundados recursos de suplicación.

-Se criticó por algún asistente la nueva Sentencia recientísima del Tribunal Supremo que declara la inexistencia de recurso de suplicación cuando se haga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque el perjuicio causado supere los 3.000 euros. Se indicó por algún otro que perderemos oportunidades de trabajo y honorarios los abogados laboristas, y que lamentablemente importantes cuestiones de las condiciones de trabajo quedarán sin recurso de suplicación, y dependerá su estimación o desestimación del criterio inapelable de un único Magistrado, perdiéndose la labor unificadora de criterios de las Salas de los TSJ de las Comunidades Autónomas, y por ende, del criterio último y final del Tribunal Supremo. Sin duda, los únicos beneficiados serán los Magistrados de los Tribunales Superiores que tendrán menos trabajo.

-También al ser una charla distendida se criticó que no hubiera recurso de suplicación todavía al no ser prueba documental hábil para formalizar un recurso de suplicación un video o una grabación de voz que bien pudiera acreditar un acoso laboral no estimado en la instancia, y ello a pesar de que es un medio de prueba de constante utilización, si bien, por ahora, con efectos sólo ante el Juzgado de lo Social.

## 6. FALSOS AUTÓNOMOS.

- Se recordó la importantísima **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020**, que reconoció la relación laboral en las Plataformas Digitales.

-El "*intuitu personae*" no es ya tan relevante para declarar la relación laboral.

-Hay una clara fuerza atractiva de la relación laboral en las nuevas relaciones laborales que se crean a partir de plataformas tecnológicas.

-Quién tiene el control de la plataforma es muy importante.

-La nueva Disposición Adicional 23 del Estatuto de los Trabajadores es apenas conocida y establece una clara presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancías.

-La Ley 12/2021, es fruto del diálogo social y es bienvenida.

-Se insistió en que los abogados debíamos leer la Exposición de Motivos de las leyes, y las Disposiciones Finales, Adicionales y Transitorias que contenían muchos importantes aspectos o excepciones a lo regulado en el cuerpo de la Ley.

-Se establece en el nuevo art. 64.4 d) del Estatuto de los Trabajadores el derecho del Comité de Empresa a ser informado de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que puedan incidir en las condiciones de trabajo, en el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

-Aunque prevalece la presunción de relación laboral, no sucede en todos los casos. No tendría sentido, por poner un sencillo ejemplo, una relación laboral de un Médico que trabaje en diez Clínicas en sus horarios libres con total autonomía y responsabilidad.

-Aumentarán las altas de oficio por parte del INSS o de la TGSS y sobre todo de la Inspección de Trabajo. Y se van a evitar retrasos en la aplicación de los efectos económicos de las altas de oficio.

-Ha desaparecido la demanda de oficio que tenía que interponer la Autoridad Laboral ante la Jurisdicción Laboral, a través de los Abogados del Estado, cuando las empresas cuestionaban o mantenían la inexistencia de relación laboral.

-Ahora la **jurisdicción contenciosa-administrativa** será la encargada de resolver estas altas de oficio impugnadas, lo que sin duda, beneficia a la Administración y a los falsos autónomos y perjudica a las empresas. La jurisdicción contenciosa-administrativa es aún más lenta que la laboral.

-Los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberán estudiar y conocer los criterios que hasta ahora ha mantenido con fuerte convicción la jurisdicción que debería conocer de estos casos, la jurisdicción social.

-Se recuerda la existencia de un delito penal en el art. 311. 2 para los que impongan o mantengan falsos autónomos en contra de las sentencias o requerimientos firmes de la Inspección de Trabajo.

-Este delito no puede ser cometido por la persona jurídica, sino por sus dirigentes, personas físicas culpables.

-Se aclaró que si algún falso autónomo tenía una sentencia firme que reconociera su relación laboral tendría que conservarla toda su vida, y que en el momento de su jubilación al recibir menor pensión de la que le correspondería percibir, debería demandar al INSS, a la TGSS y a la empresa incumplidora y condenada a reconocer la relación laboral, para conseguir que su pensión de jubilación aumentara. Que no cabía una acción declarativa en tal sentido previa a la jubilación, y que si la empresa quebraba o desaparecía en dicho período, por el principio de automaticidad de las prestaciones, respondería el INSS.

## **7. ERTES y ERES**

-El ERTE debe utilizarse más que el ERE.

-El ERE debe ser la última decisión.

-A veces puede ser difícil distinguir supuestos de ERTES de la existencia de fijos discontinuos.

-Se recuerda el gran control que se está haciendo de los fijos discontinuos para comprobar si son realmente fijos discontinuos o no, y si se está desnaturalizando o no algunas relaciones laborales que no trabajan todos los días y horas normales del año.

- Sobre la prórroga de los ERTES no se concluyó con fuerte convicción si era expresa o tácita, si permanecía la causa originaria que lo estableció.

-Si se aclaró, sin embargo, que si había un cambio de circunstancias, entonces habría que comenzar un nuevo procedimiento de ERTE y no bastaría la prórroga.

-La Inspección de Trabajo recuerda que hacen campañas necesarias, obligadas e indispensables.

-La Inspección presume que ninguna empresa hace un ERTE de manera caprichosa pero que aun así debe asegurarse que no hay vicios de la voluntad de las partes en la consecución de acuerdos de ERTE, ni acuerdos fraudulentos para obtener indebidamente prestaciones de desempleo.

-Que para ello es fundamental que la Inspección se reúna con las partes, representantes de los trabajadores y empresas, tanto de forma conjunta como de forma individual.

-Se recuerda la durísima oposición superada, la gran formación y continúa actualización de los Inspectores de Trabajo y se recuerda que su informe, con la nueva Ley de Empleo es **posterior al período de consultas**.

-Que es un informe preceptivo pero no vinculante. Se recuerda que antes de la reforma de 2012 era un informe muy importante, que la legislación del 2012 eliminó la importancia de este informe de la Inspección, y que ahora, con la nueva ley, cobra fuerza, y que puede ser muy utilizado en las impugnaciones judiciales que se hagan de los ERES.

-Que el preaviso de 6 meses que se exige ahora para hacer un ERE está justificado dado que las causas son estructurales, que no son coyunturales, al contrario que con los ERTES, donde no se exige preaviso alguno.

-Que la Inspección de Trabajo ha emitido un largo e interesante informe sobre las actuaciones inspectoras que puede consultarse en Internet.

-Que la Fuerza Mayor propia exige una mera constatación.

-Y que la Fuerza Mayor impropia exige informe de la Inspección.

-Se criticó por un Ponente que se reconociera, para algunos casos, la avocación de la competencia del Estado en lugar de mantener mayor autonomía a las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.

## 8. IGUALDAD

-Se recordó toda la exigente normativa de Igualdad, los sucesivos cambios legislativos, y los numerosos Protocolos que hay que hacer de Igualdad, de Acoso Laboral, de Acoso Sexual, de Diversidad, de personas trabajadoras Trans y LGTBI+.

-Incluso se recordaron obligaciones laborales establecidas en la Ley del “Solo Sí es Sí”.

-Se recordó que hay que tener un Protocolo de Acoso aunque en la empresa sólo haya un único trabajador.

-Brevemente se hizo referencia al **importante Convenio 190 de la OIT** sobre Acoso Moral y se dijo que ya estaba en vigor.

-También se hizo alusión a que el acoso moral gravísimo está tipificado en el Código Penal.

-Se insistió en la obligación de negociar los Planes de Igualdad.

-Se advirtió de la existencia de bloqueos frecuentes de la negociación de los Planes de Igualdad, y se recordó que ambas partes tenían que negociar de buena fe con ánimo de concluir acuerdos.

-Se reconoció la capacidad limitada de los Sindicatos de atender todas las peticiones de negociación y se recomendó aprobar voluntaria e individualmente Planes de Igualdad por las empresas, aunque se reconoció que no serían registrados.

- Incluso en clave de ingenioso humor se recordó cómo la exigencia de cada vez mayores cargas, planes, protocolos, diferentes tipos de registros, nuevas y constantes Leyes, Decretos, Reales Decretos Leyes, Órdenes Ministeriales, incluso modelos vía Instrucciones o Circulares Ministeriales y las cada vez mayores exigencias laborales a las empresas están afectando incluso a las relaciones de amistad entre empresarios y abogados laboristas, porque aquéllos ya empiezan a hartarse de éstos tras tantos avisos recibidos, alertas y nuevos costes que están soportando los empresarios con tantos cambios legislativos.

## **9. CONCLUSIÓN.**

Un Congreso extraordinario, recomendable y un dinero bien utilizado. Hemos aprendido mucho y nos han entrado ganas de seguir estudiando, pero sobre todo hemos hablado con compañeros, con abogados de grandes despachos, con esforzados abogados autónomos, incluso con adversarios de los Tribunales que no enemigos. Todos nos hemos mojado con la intensa lluvia, nos hemos reído, nos hemos relajado, y la mayoría bailado con intensidad, mientras otros formaban interesantes tertulias y ampliaban su red de contactos. Me cuentan que alguno incluso ligó.

Nos veremos en Lérida en 2024, Dios mediante.

Jesús Domingo Aragón.

Abogado laborista