



Estela Martín Estebaranz

DirCom & RSC en SincroGO. Abogada & Periodista



LEER  
ONLINE



## 15 sentencias laborales del Tribunal Supremo que marcaron 2023

Ésta es mi selección personal de **15 sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en 2023 sobre aspectos muy diversos de las relaciones laborales**: desde el despido disciplinario por robo de productos de escaso valor a la reducción de jornada por guarda legal, plus transporte, teletrabajo extinción indemnizada del contrato o prueba de detectives:

### **Despido colectivo y edadismo: cabe pactar una indemnización menor para los trabajadores senior**

El Tribunal Supremo descarta que sea discriminatorio un acuerdo en el marco de un despido colectivo (ERE) mediante el que se pacte una **menor indemnización para los trabajadores de edad igual o superior a 60 años**. No supone una discriminación por razón de edad (STS de 24 de enero de 2023). El TS desestima el recurso y ratifica la sentencia del TSJ (no hay [edadismo](#): discriminación por razón de edad). El pacto es lícito por las siguientes razones:

Existe un acuerdo colectivo (no se trata de una imposición de la empresa, sino de un acuerdo), hay razones justificadas de la diferenciación (está objetivamente justificado el diferente importe de la indemnización en función de la distinta edad de los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen con el despido colectivo) y además la indemnización es en todo caso superior a la legal (con independencia de su edad, las indemnizaciones pactadas para todos los trabajadores mejoran el mínimo legal aplicable y contemplan, incluso, diversos factores de corrección favorables a quienes perciben un menor salario

).

¡Importante! También en 2023 **el TS se pronunció en otra cuestión sobre el edadismo**. Se inadmitió (falta de contradicción) el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una compañía sobre la declaración de nulidad del despido objetivo de un trabajador de 58 años (discriminación por razón de edad). (Auto del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2023).

Frente a la sentencia que declara la nulidad del despido, recurre la empresa ante el TS en casación para la unificación de doctrina oponiéndose a la calificación de nulidad del despido e insistiendo en la declaración de improcedencia.

Invoca para sustentar la contradicción la sentencia TSJ de Castilla- León, con sede en Valladolid de 18 de octubre de 2022 (Rec 1884/22), confirmatoria de la de instancia que declara la improcedencia del despido del trabajador, descartando **la nulidad por discriminación por razón de edad por ser mayor de 50 años**. El TS inadmitió el recurso al entender que los supuestos no son comparables.

En todo caso, el tema del edadismo va a ser muy interesante ver su recorrido en los tribunales, especialmente por el impacto de la Ley 15/2022 de igualdad de trato y no discriminación que podría desembocar en declaraciones de nulidad de los despidos.

## **Periodo de prueba y remisión genérica a “duración según convenio”**

Tras la Reforma Laboral se han disparado las extinciones de contrato por no superar el periodo de prueba y, por ello, las sentencias sobre esta cuestión adquieren una mayor relevancia. El Tribunal Supremo reiteró en 2023 que la cláusula que regule el periodo de prueba debe ser clara, inequívoca y fijando la duración concreta no siendo válida la mera remisión genérica al convenio colectivo (STS de 12 de abril de 2023, reitera doctrina STS 1246/2021, de 9 diciembre).

El presente contrato de trabajo establece un “periodo de prueba según convenio”, sin mayores precisiones. **El convenio colectivo establece varios periodos de prueba con duraciones máximas que varían entre 15 días y 6 meses** en función de la categoría profesional del trabajador. La norma colectiva no fija unas duraciones concretas de cada uno de los periodos de prueba.

El TS sentencia que se ha vulnerado el derecho de la trabajadora a la fijación por escrito de la duración exacta del periodo de prueba, lo que le creó una grave inseguridad jurídica en relación con el alcance de una cláusula contractual que permitía la extinción ad nutum (a voluntad) del contrato de trabajo, sin indemnización alguna. Por ello, **al carecer de validez el periodo de prueba, la extinción del contrato de trabajo constituye un despido improcedente.**

## **Bonus y falta de claridad en sus condiciones de abono**

Cada vez son más las empresas que abonan bonus (retribución variable) a su plantilla y por ello las sentencias sobre esta cuestión adquieren un mayor interés. El pago del bonus volvió a llegar al TS, que reiteró que **en caso de falta de claridad en los términos de abono de la retribución variable (bonus), esto opera a favor de los trabajadores** (STS de 1 de febrero de 2023, aplica la doctrina STS de 9 de julio de 2013).

La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los objetivos establecidos por la empresa para su devengo corresponde a la empresa, que tiene la «disponibilidad y facilidad probatoria. El TS realiza un amplio repaso por la jurisprudencia existente en la materia (abono de retribución variable).

En concreto, se remite el TS a la STS IV 9 de julio de 2013 (rcud 1219/2012) respecto de complementos salariales por bonus u objetivos, de la que podemos recordar que:

“La falta de fijación de criterios para su devengo y cuantificación o cualquier otra actuación de la empresa impeditiva del cumplimiento de los requisitos para su cobro determina que **sea la empresa la responsable de que no se haya cumplido la condición a la cual se ha vinculado el devengo del bonus** y por ello no puede alegarlo frente al trabajador para evitar su percepción”.

Con posterioridad, en STS IV de 28 de junio de 2022, rcud 610/2019, reiterando la precedente doctrina -la carga probatoria sobre el cumplimiento de los objetivos y condiciones establecidas para el devengo y abono de un bonus corresponde a la empresa-, alcanzamos idéntica solución desestimatoria del recurso de las codemandadas.

Ha existido también aquí, concluye el TS, la "falta de claridad" en la actuación de la parte empleadora, teniendo sin embargo la disponibilidad y facilidad probatoria para hacerlo, impidiendo en definitiva el cobro del bonus por la trabajadora.

Un trabajador firma un contrato laboral (Imagen: E&J)

## **Embarazo e indemnización adicional por daños morales**

El hecho de que el despido sea nulo no implica necesariamente abonar indemnización adicional por daños morales (STS de 12 de diciembre de 2023, desestima recurso de la trabajadora).

En su sentencia, el TS reitera que **en caso de embarazo estamos ante una nulidad objetiva o automática** (es decir, el despido deberá declararse nulo salvo acreditarse la procedencia). Ahora bien, lo importante de la sentencia es que el hecho de que el despido sea nulo no implica necesariamente tener que abonar indemnización adicional por daño moral.

En este sentido, no procede indemnización adicional por daño moral si no se acredita que el despido tiene por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la [Constitución](#) o en la ley o se haya producido con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, que es lo que entiende el TS sucede en el caso concreto enjuiciado.

En el caso concreto enjuiciado, se ha considerado acreditado que **no existen indicios de que el despido tuviera como móvil la discriminación por el hecho del embarazo de la mujer** ni por cualquier otra causa

prohibida, ni que implicara vulneración de derechos fundamentales.

Antes, al contrario, para la sentencia recurrida existen factores que apuntan en sentido distinto ya que consta como probado que la empresa se enteró del embarazo de la trabajadora en el momento de la entrega de la carta de despido y que su despido coincidió con el de otros cinco trabajadores.

Por tanto, la sentencia recurrida, tras descartar que existiese un móvil discriminatorio en el despido, **declaró su nulidad en aplicación del artículo 55.5 b) ET**, lo que implicó descartar la condena a una indemnización por daño moral derivado de una inexistente discriminación, aplicando los efectos típicos de toda declaración de nulidad: readmisión y condena a los salarios dejados de percibir.

## **Reducción de jornada por guarda legal y trabajo a turnos**

Importante sentencia del Tribunal Supremo sobre la reducción de jornada por guarda legal (especialmente para las empresas con sistema de trabajo a turnos). La reducción de jornada por guarda legal se limita a la jornada ordinaria, sin que quepa modificar ésta por la persona trabajadora (STS de 21 de noviembre de 2023, estima el recurso interpuesto por una empresa)

Razona el TS que **el derecho a la reducción de jornada por guarda legal no lleva aparejada poder exigir un único turno al realizarse sobre la jornada ordinaria de la persona trabajadora.**

El legislador ha reconocido a las personas trabajadoras que por razones de guarda legal tengan a su cuidado algún menor de 12 años -tal como ocurre en el caso que nos ocupa- el derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tal derecho se acompaña de la facultad de concretar las características específicas de la reducción de suerte que **es a la persona trabajadora a quien la norma otorga el derecho de determinar las condiciones de la reducción horaria**, con un único límite: el que la reducción se comprenda "dentro de su jornada ordinaria".

Es la trabajadora la que podía concretar el horario que pretendía realizar una vez ejercitado el derecho de su reducción de jornada diaria; ahora bien, esa concreción solo podía hacerse dentro de los límites de su jornada ordinaria (STS 745/2016, de 15 de septiembre, Rec. 260/2015).

El cambio del sistema de trabajo a turnos y su sustitución por un sistema de turno único de mañana no implica una simple reducción de jornada, sino que implica una alteración de la jornada ordinaria de trabajo.

Eso sí, el TS deja claro en la sentencia que en el caso concreto enjuiciado la trabajadora no ejercitó la posibilidad de solicitar la adaptación de su jornada de trabajo en los términos previstos en el artículo 34.8 ET.

**¡Importante!** Hay que tener en cuenta que en el caso concreto enjuiciado solo se pedía reducción de jornada por guarda legal y no había petición de adaptación de jornada por la vía del art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores). En este sentido, va a ser muy interesante ver qué sucede cuando lleguen al Tribunal Supremo las peticiones de adaptación de jornada por la vía del art. 34.8 del ET con o sin petición adicional de reducción de jornada por guarda legal.

## **Despido por robo de producto de valor inferior a 6 euros. Procedente**

Una sentencia muy interesante en materia de despido por sustracción de productos de la empresa de escaso valor es ésta en la que se estima el recurso interpuesto por una cadena de supermercados y declarado procedente el **despido disciplinario de una trabajadora por apropiación indebida de productos de la tienda** por valor de 5,52 euros (STS de 17 de octubre de 2023).

Además de incumplir el deber de buena fe, es indiferente que la cuantía de los productos fuese baja. El convenio colectivo tipifica como infracción muy grave estos hechos y, por tanto, independientemente del valor de los productos sustraídos, debe declararse la procedencia del despido.

Frente a la sentencia del JS y TSJ, que declararon la improcedencia del despido, el TS estima el recurso de la empresa y declara la procedencia del despido. **Es indiferente el importe de los productos sustraídos**. El hecho de la sustracción supone vulnerar la buena fe y el convenio colectivo tipifica los hechos como muy graves.

Y al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es sin duda que una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera.

No parece razonable que el empleador carezca de la posibilidad de aplicar algún tipo de sanción a la trabajadora que con esos antecedentes volvería a desempeñar esas funciones en su puesto de trabajo, pese a conocer que ya se ha apropiado de productos. La pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe es lo que justifica la sanción al trabajador en los supuestos en los que se apropia de bienes de la empresa de escasa relevancia y mínimo valor económico.

**¡Importante!** Hay que recordar en todo caso que es fundamental tener en cuenta lo establecido en el convenio colectivo de aplicación (el régimen sancionador y la tipificación que pueda hacer de los hurtos / sustracciones) así como el puesto concreto que ocupe el trabajador

## **Despido: la mera sospecha para poder recurrir a detectives**

Recurrir a detectives para recabar pruebas que justifiquen una sanción, llegando al despido, es perfectamente lícito cumpliendo los requisitos de idoneidad, proporcionalidad y necesidad. Eso sí, al poder entrar en conflicto con derechos fundamentales como **el derecho a la intimidad**, se dirime caso por caso analizando pormenorizadamente las circunstancias concurrentes.

El Tribunal Supremo se volvió a pronunciar en 2023 sobre esta cuestión y determina que no es necesario acreditar que existen sospechas fundadas para poder realizar un seguimiento al trabajador (STS de 12 de septiembre de 2023, reitera doctrina

, apelando al poder de dirección empresarial (art. 20 ET) y a la jurisprudencia previa en la materia. Estima en parte el recurso interpuesto por la empresa, revocando la declaración de nulidad efectuada por el TSJ).

Señala el TS que la clave del juicio de ilicitud de la prueba no reside en la causa o motivo que la soporta. La concurrencia de ligeras sospechas, de meros indicios o de indicios relevantes no determinan la licitud o ilicitud de la prueba en sí misma considerada.

Como vimos en STS de 12 de febrero de 1990, el soporte fueron las sospechas de la empresa acerca de un mal uso del crédito horario sometiendo al trabajador a control de detective privado, de manera similar a lo acaecido en el caso enjuiciado en STS de 27 de noviembre de 1989. Además, en el actual supuesto **la observación del detective privado no tiene lugar ni en el domicilio del trabajador ni en otros lugares reservados.**

Respecto de los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, alcanza a los informes realizados por los servicios de investigación privada, pero no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba.

**¡Importante!** También en 2023 llegó la prueba de detectives al TS respecto al jardín del domicilio. El TS desestima el recurso interpuesto por la empresa y ratifica la sentencia del TSJ de Galicia que declaró la improcedencia del despido al entender que la prueba (imágenes grabadas en el jardín) fue ilícita.

En su sentencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023), el TS determina que el jardín del domicilio es un espacio que ha de incluirse en el concepto de domicilio del trabajador, dentro de «esos otros lugares reservados» a los que se refiere el art. 48 de la Ley 5/2014 de Seguridad Privada. Y, por tanto, goza de especial protección (equipara el jardín al domicilio del trabajador).

(Imagen: Freepik)

## **Denegar concreción horaria (en guarda legal) y discriminación por razón de sexo**

La mera denegación de la concreción horaria solicitada por una trabajadora (en el marco de la reducción de jornada por guarda legal) no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta (STS de 25 de mayo de 2023, estima el recurso interpuesto por la empresa).

Deja claro el TS en su sentencia que la mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta.

En el caso concreto enjuiciado, **no hay dato del que obtener que la denegación de la concreción horaria que solicitaba la trabajadora, cambiando el turno de tarde al de mañana y dejar de trabajar en fines de semana, se base en un factor relacionado con el sexo** – por el hecho de ser mujer- sino que, si acaso, se estaría -siguiendo aquella doctrina constitucional- ante una denegación neutra -afectante tanto a hombres como mujeres-.

Y en lo que se refiere a la perspectiva de género como criterio interpretativo, no hay razón alguna para que deba justificar una solución como la alcanzada en la sentencia recurrida en tanto que lo que se está cuestionando es si la denegación de la concreción horaria ha tenido como real base la de discriminar a la trabajadora y ello implica valorar hechos y no interpretar las normas en juego.

## **El TS matiza su doctrina sobre el plus transporte**

Otra sentencia que suscitó un gran interés en 2023 es ésta en la que el TS matiza su doctrina relativa al plus transporte y su consideración o no como salarial (STS de 23 de octubre de 2023 sobre el carácter salarial del plus de distancia o plus transporte y su compensación)

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una compañía y revoca el fallo de la SAN 137/2021 de 14 de julio. Las sentencias del TS 389/2017, de 3 mayo (rcud 3157/2015); 569/2021, de 25 mayo (rcud 4329/2018); 295/2022, 1 de abril (rec. 60/2020); 761/2022, de 22 de septiembre (rec. 11/2021); y 855/2022, de 26 de octubre (rcud 825/2019); establecieron una doctrina jurisprudencial que atenuaba la exigencia probatoria susceptible de desvirtuar la presunción salarial respecto del plus de transporte.

Pues bien, señala el Tribunal Supremo “esta Sala ha decidido matizar la citada doctrina interpretativa de la presunción *iuris tantum* de que todas las cantidades que percibe el trabajador del empresario son salario”.

En la presente litis, la empresa ofrece un servicio de seguridad integral. **El convenio colectivo de empresa atribuye al plus de transporte y distancia la condición de indemnización compensatoria de los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio al centro de trabajo y su regreso.**

El complemento de transporte tiene naturaleza extrasalarial cuando compensa al trabajador por los gastos de desplazamiento realizados como consecuencia de su actividad laboral. La causa del abono de este plus es la generación de un gasto de desplazamiento que se produce por el hecho de prestar servicios laborales.

Por tanto, su consideración salarial o extrasalarial no depende de la calificación jurídica que hace el convenio colectivo sino de su verdadera naturaleza: **si remunera efectivamente los gastos de desplazamiento del trabajador**. Por ello, cuando no exista desplazamiento o traslado, se tratará de un complemento salarial, ya que no compensará unos gastos inexistentes

Pues bien, en el caso concreto enjuiciado, el TS señala que “debemos concluir que no se ha desvirtuado la presunción *iuris tantum* de que todas las cantidades que perciben los trabajadores del empresario son salario, lo que obliga a estimar este motivo y declarar que este plus de distancia y transporte tiene naturaleza salarial”.

## **Teletrabajo: cortes de luz e internet y pausas para ir al baño como tiempo de trabajo efectivo**

El teletrabajo llegó al Tribunal Supremo en esta sentencia sobre los cortes de luz o desconexiones no imputables al empleado en teletrabajo, que computan como tiempo de trabajo efectivo (STS de 19 de septiembre de 2023, ratifica lo sentenciado por la SAN de 10 de mayo de 2021).

La empresa (caso concreto aplicable al convenio colectivo de contact center) **no puede repercutir en el teletrabajador los tiempos de interrupción de la red eléctrica o de desconexión a internet por causas ajenas a su voluntad.** Tampoco puede computar como tiempo de descanso el necesario para acudir al aseo y atender sus necesidades fisiológicas, de forma que no procede la recuperación de jornada o reducción del salario por tales situaciones.

Sobre los cortes de luz, razona el TS que, en el caso presente, los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo de la demandada no conllevan que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario; por tampoco, ello puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo,

Y en cuanto a la pausa para ir al baño, razona el TS que aquí no se está cuestionando **el derecho del trabajador de atender sus necesidades fisiológicas durante la jornada laboral** que, además, todas las normas internacionales, europeas y nacionales, vienen recogiendo mediante las condiciones e instalaciones que el empleador debe proporcionar en el lugar de trabajo a tal efecto; lo que se está cuestionando es cómo debe tratarse el tiempo que el trabajador debe acudir al aseo para atender dichas necesidades que, como bien refiere la sentencia recurrida, deben estar cubiertas por ser básicas y esenciales para el ser humano.

Y coincide el TS con el criterio de la AN de que el tiempo indispensable para acudir al baño debe computar como tiempo de trabajo efectivo.

## **Pagar el salario en negro**

El Tribunal Supremo ha sentenciado que la carga de la prueba de que efectivamente se ha pagado el salario al trabajador recae en la empresa, incluso si ese pago se ha hecho "en negro" (STS de 4 de julio de 2023). Eso sí, siempre y cuando no se discuta (como sucede en el caso enjuiciado) que ha existido una relación laboral entre la empresa y el trabajador.

Razona el TS que incluso **en el hipotético supuesto de que el pago se hubiere realizado en metálico, la empresa puede aportar el preceptivo recibo de cobro** firmado por el trabajador que ha de obrar en su poder.

Y podría especularse sobre la ilícita posibilidad de que la empresa hubiere abonado el salario en dinero negro y de forma oculta, pero (deja muy claro el TS), "esa irregular circunstancia tampoco la eximiría en ningún caso de la carga de probar el pago, por los medios que fuere".

Frente al JS y el TSJ, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la defensa del trabajador, condenando a la empresa b (subcontrata) al pago al trabajador de la cantidad de 6.318,10 euros más los intereses por mora (art. 29.3 ET).

(Imagen: E&J)

## **Comunicación a posteriori del despido objetivo a los RLT**

La comunicación a los representantes de los trabajadores del despido objetivo de un trabajador puede realizarse días después de comunicar dicho despido al trabajador o trabajadores afectados (STS de 5 de julio de 2023, ratifica la declaración de procedencia del despido). Eso sí, **la comunicación debe realizarse en un plazo "prudencial"** y en el caso concreto enjuiciado, entiende que la comunicación efectuada a los representantes de los trabajadores cuatro días después de producirse el despido cumple ese requisito de "prudencial".

La comunicación a la representación legal de los trabajadores puede efectuarse, con posterioridad al acto mismo del despido, siempre y cuando se efectúe en un plazo prudencial que ni frustre las finalidades de la exigencia legal ni impida que los destinatarios, esto es, **los representantes puedan ejercitar los derechos**

asesorar al trabajador sobre las causas y circunstancias del despido en cuestión.

¿Y qué entiende el TS por “plazo prudencial”? Razona la sentencia que “en el caso concreto examinado, la comunicación efectuada cuatro días después del despido en nada perjudica ni afecta o condiciona ni los derechos de los representantes destinatarios de la información, ni los de la propia trabajadora despedida”.

## **Permisos retribuidos y cuándo empiezan a contar los días**

El Tribunal Supremo reiteró en 2023 que el cómputo de los días de permisos retribuidos cuando el hecho causante tiene lugar en día no laborable para el trabajador empieza a computar el primer día laborable (STS de 3 de octubre de 2023, con remisión, entre otras, a STS 502/2023, de 11 de julio).

En el caso concreto enjuiciado se aplica un convenio colectivo de empresa. **El conflicto alude al inicio del cómputo de los días de permiso** (cuando el hecho causante tiene lugar en un día no laborable para el trabajador) en los permisos de matrimonio, enfermedad y fallecimiento.

El TS sentencia que la regulación convencional debe interpretarse conforme a la regla general que fija el día inicial del permiso en el primer laborable siguiente al del hecho causante. Aplica y reitera doctrina (STS 502/2023, de 11 de julio (rec. 141/2021)).

Sobre el permiso de matrimonio, sentencia el TS que la acertada interpretación del art. 37.3 letra a) ET es la de considerar que **el día inicial del permiso de matrimonio celebrado en un día no laborable ha de ser el primer día laborable siguiente al de la ceremonia**. Por tanto, no cabe una interpretación de la norma convencional que resulte más perjudicial para el trabajador que ese mínimo de derecho reconocido en la ley.

Y sobre permiso por accidente o enfermedad grave, con o sin hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización, el concepto de hecho causante que utiliza el convenio está sin duda referido a la fecha de inicio de la enfermedad u hospitalización, como así lo indica seguidamente al citar esa circunstancia.

Por lo tanto, si el hecho causante tiene lugar en día no laborable, la consecuencia no puede ser otra que la de entender que el día inicial del permiso ha de ser necesariamente el primer día laborable siguiente.

**¡Importante!** Aunque la regulación del permiso por enfermedad u hospitalización y por fallecimiento han sido modificadas en 2023 (RD-Ley 5/2023, que amplía a 5 días el permiso por enfermedad, intervención quirúrgica u hospitalización y desglosa en dos este permiso (nueva redacción del art. 37.3.b del ET) y el correspondiente a fallecimiento (nuevo art. 37.3.b.bis ET), que sigue siendo de dos días (4 si hay desplazamiento), cabe entender que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el inicio del cómputo de los días sería igualmente aplicable.

En todo caso, veremos en 2024 los primeros pronunciamientos sobre el permiso actual de cinco días (en especial, sobre la cuestión de si los días deben entenderse naturales o hábiles).

## **Despido objetivo y amortización de puesto (contratación justo antes de un despido)**

Contratar a un trabajador justo antes del despido objetivo no implica necesariamente incumplir la amortización del puesto. El Tribunal Supremo estimó el recurso de una empresa en un despido objetivo por causas económicas y organizativas en relación con la amortización de un puesto de trabajo cuando se contrató ante del despido a otro trabajador que asume, entre otras, funciones que antes hacía el trabajador despedido (STS de 10 de octubre de 2023).

Habiendo quedado acreditado que la actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo del trabajador, no concurriendo vulneración de derecho fundamental alguno del trabajador cuyo contrato se extinguió por causas económicas y no existiendo ningún elemento de hecho que permita sostener con una mínima base indiciaria que **en lugar de una amortización de un puesto de trabajo lo que se ha pretendido es sustituir un empleo por otro**, la decisión extintiva aquí analizada no puede tildarse de falta de razonabilidad, ya que la actuación empresarial queda dentro su libertad de gestión.

Y en todo caso, era al trabajador a quien correspondía acreditar esa falta de razonabilidad mediante la prueba de hechos con la necesaria precisión, pues la empresa cumple, en principio, con la carga que le incumbe probando la existencia de la causa y su conexión con la medida extintiva adoptada.

## **ERE y extinciones de mutuo acuerdo**

Las extinciones de mutuo acuerdo también computan en los umbrales que obligan a realizar un despido colectivo (ERE). De cara a los umbrales que obligan a una empresa a recurrir al ERE (despido colectivo), deben contabilizarse las extinciones contractuales de mutuo acuerdo producidas durante el periodo de referencia de 90 días (STS de 19 de septiembre de 2023, desestima recurso de la empresa principal).

Aunque en una extinción de mutuo acuerdo concurre la libre voluntad del trabajador, **tales extinciones tienen su causa y origen en la iniciativa del empresario**, en el marco y el contexto de la reducción de plantilla.

¡Importante! En todo caso, cabe recordar que la interpretación del Tribunal Supremo sobre las extinciones que computan de cara a la obligación de las empresas de recurrir al ERE es muy amplia y también cubre (entre otros) a las extinciones por no superar el periodo de prueba si éstas se usan de modo fraudulento (STS de 23 de septiembre de 2021).

## **Una sentencia adicional sobre ERTE y prestación por desempleo**

En materia de prestación por desempleo, destacó en 2023 esta sentencia del TS en la que determina que los periodos de ERTE por Covid no pueden computarse a efectos de percibir una nueva prestación por desempleo (STS de 16 de noviembre de 2023, se desestima recurso de la trabajadora).

**No puede computarse el periodo de percepción de prestaciones de desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo en ERTE Covid por fuerza mayor**, a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo.

Se desestima el recurso interpuesto por una empleada de un hotel que fue incluida en un ERTE suspensivo como consecuencia de la pandemia. Tras ser despedida, demandó al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) al no estar de acuerdo con los días que le reconoció este organismo para el cobro del desempleo.

En su resolución, resolvió que los 660 días reconocidos eran correctos porque los periodos en situación de ERE no se podían tener en cuenta para el abono de una prestación futura. El JS y el TSJ de Madrid confirmaron la resolución administrativa, al igual que hace el Tribunal Supremo.

Razona el TS que **nada impide que se admita la posibilidad de generar periodos de desempleo por el solo hecho de la cotización**, no acompañado de la efectiva realización de una ocupación cotizada, pero estas excepcionales situaciones deberán estar contempladas de manera expresa en la Ley. De haber sido esa la voluntad del legislador con la promulgación de la normativa legal que estamos analizando, así lo habría hecho constar expresamente.

En la misma forma que lo hace en el último párrafo del art. 269.2 LGSS, al mencionar específicamente el caso de la suspensión de la relación laboral del art. 45.1. n) ET, para excluirlo de la regla general que impide computar es esos efectos las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación de desempleo.

## **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha 24/01/2023 N° de Recurso: 2785/2021 N° de Resolución: 62/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 01/02/2023 N° de Recurso: 2908/2019 N° de Resolución: 92/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 12/04/2023 N° de Recurso: 1269/2022 N° de Resolución: 270/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 04/07/2023 N° de Recurso: 3304/2020 N° de Resolución: 474/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 05/07/2023 N° de Recurso: 105/2022 N° de Resolución: 484/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 12/09/2023 N° de Recurso: 2261/2022 N° de Resolución: 551/2023

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social Fecha: 19/09/2023 N° de Recurso: 61/2023 N° de Resolución: 558/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19/09/2023 N° de Recurso: 260/2021 N° de Resolución: 565/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 23/10/2023 N° de Recurso: 287/2021 N° de Resolución: 756/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha: 03/10/2023 N° de Recurso: 239/2021 N° de Resolución: 695/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 10/10/2023 N° de Recurso: 3103/2021 N° de Resolución: 732/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 17/10/2023 N° de Recurso: 5073/2022 N° de Resolución: 750/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 16/11/2023 N° de Recurso: 5326/2022 N° de Resolución: 980/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha 16/11/2023 N° de Recurso: 5326/2022 N° de Resolución: 980/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 21/11/2023 N° de Recurso: 3576/2020 N° de Resolución: 983/2023

Sentencia del Tribunal Supremo de Fecha: 12/12/2023 N° de Recurso: 5556/2022 N° de Resolución:  
1148/2023