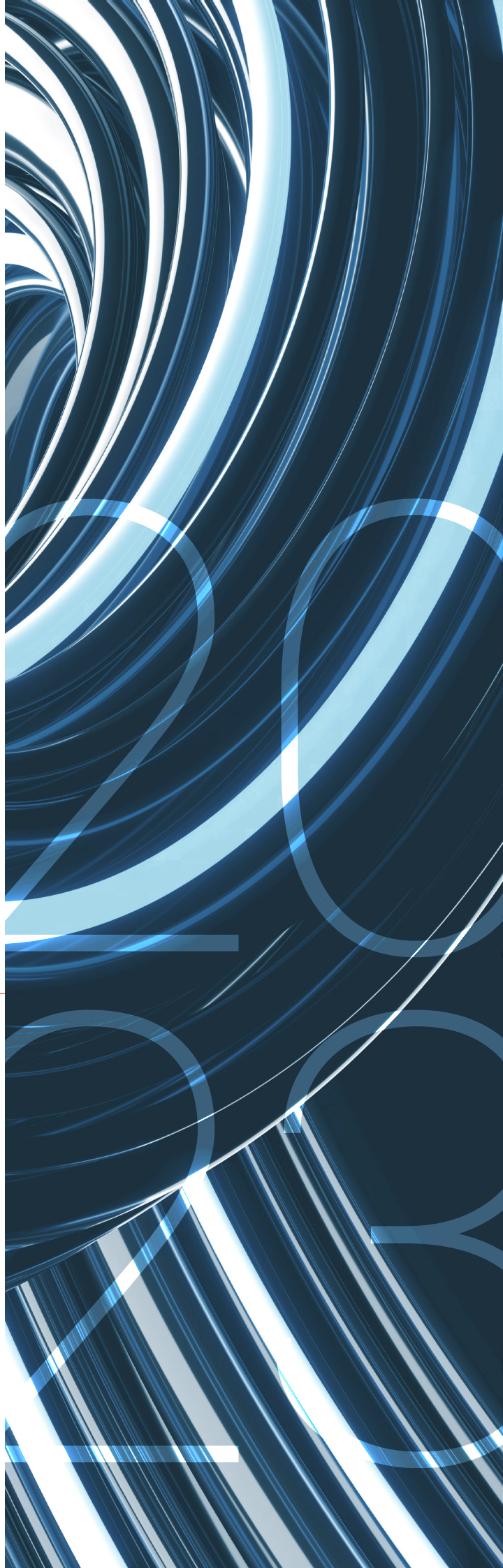
Pérez-Llorca

Newsletter
Laboral, compensación y beneficios

OCTUBRE 2023

- Artículo doctrinal
- Novedades legislativas
- Novedades jurisprudenciales



Índice

ARTÍCULO DOCTRINAL

Mirada crítica y reflexiva sobre los nuevos derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar /3

NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Teletrabajo /11

Incentivos a la contratación laboral /11

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

La aprobación de la Ley 15/2022 no implica que el despido durante la baja por incapacidad temporal devenga automáticamente nulo /12

A vueltas con el registro diario de la jornada /15

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León delimita el alcance del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores /17

Extinciones voluntarias de los trabajadores como determinantes de la consideración de un despido colectivo encubierto en un supuesto de subrogación convencional derivada de una sucesión de contratas /20

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

Artículo
doctrinal

ARTÍCULO DOCTRINAL

Mirada crítica y reflexiva sobre los nuevos derechos para la conciliación de la vida laboral y familiar

1. Introducción

Desde el pasado día 30 de junio, fecha en que entró en vigor el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (el **"Real Decreto-ley 5/2023"**), existe un nuevo catálogo de derechos laborales en materia de conciliación o corresponsabilidad, procedente, según defiende el preámbulo de la norma, de la transposición tardía de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (la **"Directiva 2019/1158"**), al haber vencido el plazo correspondiente el pasado 1 de agosto de 2022.

La transposición de la normativa europea a través del Real Decreto-ley 5/2023 ha provocado la reforma, entre otras, de los artículos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (**"ET"**) en materia de conciliación que se analizarán a lo largo del presente artículo, tanto de forma comparativa respecto de la redacción preexistente, como con relación a los concretos deberes de transposición recogidos en el derecho comunitario. Se reflexionará también acerca de las lagunas interpretativas que refleja la nueva redacción y de las posibles soluciones que se podrán adoptar para afrontarlas.

2. Nuevos derechos para la conciliación o corresponsabilidad

2.1. Modificación y/o ampliación de los permisos preexistentes

La norma aumenta el elenco de permisos retribuidos por razones de conciliación, ampliando, paralelamente, el alcance de algunos de los ya existentes o, lo que es lo mismo, incrementa las posibilidades de las personas trabajadores de ausentarse al trabajo sin que la retribución que abone el empresario se vea mermada por ello. A tal efecto, se incorporan en nuestra legislación los cambios que se analizan seguidamente:

2.1.1. Extensión del permiso por matrimonio de 15 días a las parejas de hecho registradas

Se completa el precepto relativo al permiso de matrimonio (art. 37.3.a) ET) extendiéndose el ámbito subjetivo de aplicación de este a las parejas de hecho. Se sigue, de esta suerte, el rumbo marcado por el derecho comunitario, resultando que en la propia Directiva 2019/1158 objeto de transposición se asemejan a los cónyuges cuando la pareja de hecho se encuentra reconocida en el Derecho nacional de cada Estado miembro.

La primera cuestión que merece abordar en relación con esta modificación sería su verdadera incidencia práctica, habida cuenta de la existencia de determinados precedentes judiciales en los que ciertamente se venían equiparando ambas situaciones a los efectos de concederles, en armonía con la normativa constitucional, los mismos beneficios administrativos y jurídicos. Nos cuestionamos así si nos encontramos ante un cambio genuino o ante una previsión normativa meramente formal.

El análisis de los pronunciamientos judiciales relativos al asunto cuestionado nos permite apreciar una tímida evolución a favor de la equiparación de derechos a efectos de permisos entre ambos colectivos, como así propugna la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 7 de abril de 2022 (núm. 396/2022) y algunas de las magistradas del Tribunal Supremo en el voto particular que formulan a la Sentencia de la Sala de lo Social del citado órgano jurisdiccional de

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

fecha 22 de octubre de 2019 (núm. 78/2018). Sin embargo, la doctrina mayoritaria venía negando la extensión del permiso de matrimonio a las parejas de hecho cuando así no lo previera expresamente el convenio colectivo aplicable. En consecuencia, la extensión del ámbito subjetivo del permiso que realiza el Real Decreto-Ley 5/2023, cristaliza el cambio y evita la inseguridad jurídica que se anticipaba a través de las opiniones divergentes, aunque aisladas, descritas previamente.

Se ha planteado también, en relación con esta modificación normativa, si una pareja de hecho que disfrutara de este permiso como consecuencia del registro de su unión podría disfrutar nuevamente del permiso al contraer matrimonio con posterioridad, ello sobre la base de la existencia de dos hechos causantes diferentes. Sin embargo, los precedentes judiciales analizados, escasos por la singularidad del asunto, vetan esta posibilidad con base en criterios hermenéuticos de interpretación de los convenios, concretamente con base en una interpretación sistemática y teleológica de las normas analizadas en cada supuesto litigioso, considerando, por un lado, cumplida la finalidad del permiso con la primera unión que se produzca entre dos sujetos en cualquiera de las formas previstas en la normativa de aplicación y, por otro, que la propia equiparación de las diferentes uniones debía únicamente implicar que los sujetos fueran libres de elegir la fórmula de unión para disfrutar del permiso pero no de volverlo a disfrutar por el cambio del estatus familiar. En este sentido se pronuncian las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León – Valladolid - de 11 de junio de 2015 (núm. 1079/2015), del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de junio de 2007 (núm. 4352/2007) y de 7 de mayo de 2018 (núm. 2703/2018), y del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias – Santa Cruz de Tenerife – de 13 de octubre de 2020 (núm. 746/2020).

2.1.2. Extensión del permiso por fallecimiento a las parejas de hecho

En coherencia con lo anterior, el ámbito subjetivo de los permisos por fallecimiento se altera para dar cobertura a las parejas de hecho (artículo 37.3.b) bis ET). Se equiparan a nivel normativo, por ende, los matrimonios y las parejas de hecho, superándose así la doctrina judicial que hasta la fecha denegaba la equivalencia de estas instituciones a estos efectos. Destacan, entre otras resoluciones, las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 15 de febrero de 2021 (núm. 19/2021) y del Tribunal Superior de Justicia de 26 de mayo de 2006 (núm. 4128/2006).

2.1.3. Reconocimiento de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella

En relación con este permiso, los cambios efectuados en el artículo 37.3.b) ET se centran en ampliar su duración a 5 días – con anterioridad se establecían 2 ampliables a 4 en caso de desplazamiento – y en aumentar el listado de familiares causantes, habida cuenta que hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2023 el permiso se limitaba únicamente a los parientes hasta el segundo grado de consanguineidad o afinidad.

La indefinición que entraña este precepto en cuanto al ámbito subjetivo del permiso referido generará, indudablemente, una elevada conflictividad puesto que el concepto de personas convivientes que requieran cuidado efectivo es absolutamente impreciso.

Ante la total falta de descripción del término de “cuidado efectivo”, tanto en el ordenamiento español como en la Directiva 2019/1158 a la que se adapta – donde la terminología utilizada es la “asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave” –, una posible solución para las empresas que analicen este tipo de peticiones sería acudir al concepto de “dedicación prolongada al cuidado de un causante” recogido en el

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

artículo 226 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con las prestaciones en favor de familiares de dependientes. Más allá del elemento temporal que se exige en la normativa de Seguridad Social, concurre un requisito de actividad, que nuestros tribunales han interpretado como el de cuidado efectivo de la causante, existiendo por tanto un número de precedentes judiciales que podrían utilizarse análogamente en torno a la interpretación del controvertido término. Del conjunto de dichas resoluciones podemos extraer cierta laxitud a la hora de valorar dicho cuidado efectivo, una vez se demuestre la dependencia en el cuidado, claro está, por lo que podemos suponer que nuestros tribunales seguirán la misma línea, máxime teniendo en cuenta que el pagador en este supuesto sería la empresa en lugar del Estado. A título de ejemplo destacamos la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de mayo de 2019 (recurso núm. 37/2019), que no exige exclusividad en los cuidados para entender que se producen de forma efectiva, habida cuenta que en el caso enjuiciado la hermana del actor también ejercía las funciones de cuidadora. A mayor abundamiento, sostiene la Sala que el requisito de actividad en cuanto a los cuidados domésticos queda hoy muy limitado en su eficacia práctica, por cuanto incluso desde una perspectiva constitucional de respeto a la intimidad personal y familiar, la posibilidad de indagar sobre la realización efectiva de trabajos domésticos está severamente limitada.

Más clara es la nueva redacción del precepto en torno a la convivencia exigida puesto que la circunscribe claramente a la que se materializa en el mismo domicilio. Esta definición no es trivial, habida cuenta de la existencia de jurisprudencia unificada que flexibiliza el concepto de la convivencia hasta el punto de considerar que no requería de una cohabitación física y material sino de un nexo de ayuda, socorro, colaboración material y espiritual, en el sentido de permanencia de la relación personal, directa y frecuente (véase, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1985).

Por otro lado, se está debatiendo también acerca de la posible concesión del permiso en toda su extensión sin perjuicio de las circunstancias sanitarias que concurran. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado ya sobre el particular, aun cuando la duración del permiso era más breve, indicando que la meritada licencia retribuida no está configurada para que la persona trabajadora pueda disfrutar de días de asueto, mientras que el familiar causante ya se encuentra recuperado o incluso trabajando, motivo por el cual no se prolongará si se produce el alta médica, claramente diferenciada del alta hospitalaria con reposo domiciliario (por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018 (núm. 632/2018) y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012 (núm. recurso 57/2011)).

De todo lo anterior se colige que para comprobar si el solicitante del permiso tiene derecho a este podrá requerirse que acredite su relación con el sujeto causante, y, en su caso, la convivencia en su mismo domicilio, así como la concurrencia de un estado de particular relevancia sanitaria con encaje en el citado precepto, sin que, desafortunadamente queden despejadas las dudas acerca de la carga probatoria respecto del cuidado efectivo, siendo más que probable que se acepte la existencia del derecho con la mera demostración del requisito de reposo domiciliario sin alta médica.

2.1.4. Creación de un nuevo permiso para ausentarse del trabajo por fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata

Respecto del novedoso permiso de fuerza mayor, introducido en el nuevo apartado 9 del artículo 37 ET, conviene señalar en primer lugar que su origen viene marcado por la transposición del artículo 7 de la

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

Directiva 2019/1158 que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador, obligación que ya se recogía desde hace más de 13 años en la normativa comunitaria, concretamente a través de la cláusula 7 de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, y que no se había transpuesto a nuestro ordenamiento hasta la promulgación del Real Decreto-ley 5/2023.

Para entender bien en qué consiste este nuevo permiso desgranaremos a continuación las particularidades del nuevo precepto en cuanto a su alcance objetivo, subjetivo, y temporal del permiso.

Respecto del ámbito objetivo, la licencia retribuida pretende dar cobertura a supuestos de fuerza mayor en que se estime necesaria la presencia inmediata de la persona trabajadora, por motivos familiares urgentes derivados de enfermedad o accidente de terceros. Así, tendrá que concurrir una circunstancia, inevitable e imprevista (*supuesto de fuerza mayor*), en que se requiera la asistencia de la persona trabajadora, sin que esta pueda delegar dicha asistencia en otras personas (*presencia de la persona trabajadora*) y sin que pueda posponerse su auxilio (*carácter inmediato de la presencia*), por causas perentorias e inminentes, pero sin que sea necesario que estas revistan de ningún tipo de gravedad (*motivos familiares urgentes*), si bien sí deben presentarse dichas causas en conexión con supuestos de enfermedad o accidente (*derivados de enfermedad o accidente*).

Por otro lado, el ámbito subjetivo queda constreñido en este caso a familiares o personas convivientes, sin que se realice ninguna precisión respecto de estos colectivos. La falta de concreción implica, como no puede ser de otra manera, una lógica expectativa de derecho al permiso cuando concurra el supuesto objetivo respecto de familiares cualquiera que sea su grado o vínculo de parentesco, y respecto de personas convivientes, aunque no se produzca una cohabitación física y material en sentido estricto, sino, una mera situación de colaboración material y espiritual, en el sentido de permanencia de la relación personal, directa y frecuente, tal y como sostenía nuestro más Alto Tribunal en este sentido.

En cuanto a la duración del permiso, este se centra en horas de ausencia retribuidas equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo, o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación. Estableciendo el Real Decreto-Ley 5/2023 un mínimo de horas para el disfrute de este permiso, parece que la remisión a la negociación colectiva apunta especialmente a la regulación de la forma de cómputo de dichas horas. Sin perjuicio de la interpretación que realicen nuestros tribunales sobre este particular, de la literalidad del precepto se infiere que la duración máxima del permiso será de cuatro días laborales completos al año sumándose cada una de las horas de ausencia hasta llegar a dicho cómputo. La norma no alude a las fracciones de horas por lo que una interpretación literal nos llevaría a considerarlas completas salvo que exista pacto, a nivel colectivo o individual, que establezca lo contrario.

Ahora bien, la distribución sistemática del nuevo precepto posibilita una interpretación en que se conceda a la persona trabajadora la posibilidad de ausentarse por estos motivos sin limitación alguna, teniendo derecho a retribución solo respecto de las horas de ausencia que alcancen cuatro días en cómputo anual, toda vez que el derecho a la ausencia se recoge en el primer apartado del artículo 37.9 mientras que el derecho a la retribución se recoge en el segundo apartado donde se incluye el límite temporal referido.

Por último, conviene hacer referencia al requerimiento formal que efectúa el mismo precepto sobre el motivo de la ausencia, puesto que el tenor literal del nuevo artículo 37.9 postula que las personas

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

trabajadoras aportarán, en su caso, acreditación del motivo de ausencia. Llama la atención que se incluya de forma específica esta formalidad, toda vez que debería suponerse implícita en la solicitud de la mayoría de las licencias retribuidas previstas legalmente. Una posible, y más que probable interpretación, nos llevaría a concluir que la diferencia respecto de los otros permisos es la inclusión del término "en su caso", de suerte que se permita una mayor flexibilización en el uso de esta licencia retributiva por parte de la negociación colectiva, valorándose así la posibilidad de que ni siquiera se llegue a exigir justificación alguna, todo ello en aras a favorecer una mayor conciliación y un mejor clima de confianza en casos en los que la ausencia pueda darse durante periodos muy breves de tiempo.

2.1.5. Modificación de los permisos de reducción de jornada y excedencia vinculados al cuidado de dependientes

Se modifican los artículos 37.6, sobre reducción de jornada, y 46.3 ET, sobre excedencia, ambos por el cuidado de dependientes, para dar cobertura a los cónyuges y a las parejas de hecho, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, en línea con la modificación efectuada y examinada en los permisos anteriores, y con la descripción del concepto de familiar recogido en el artículo 3.1.e) de la Directiva 2019/1158.

Al mismo tiempo, se modifican los artículos 37.4 ET en relación con los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento que fundamentan el derecho a una hora de ausencia al trabajo, y, de nuevo, la excedencia por cuidado de familiares establecida en el artículo 46.3 ET, con el fin de garantizar mayores posibilidades de conciliación a aquellas personas trabajadoras que, en la misma empresa, solicitaran estos derechos conciliatorios por el mismo sujeto causante. Anteriormente se preveía la posibilidad de limitar el ejercicio simultáneo de ambos derechos por razones justificadas del funcionamiento de la empresa. En la actualidad se impone al empresario el ofrecimiento de un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación aun en los casos en que ello incida negativamente en el funcionamiento de la empresa. Se priman, pues, las necesidades de conciliación frente a las necesidades empresariales, en línea con lo estipulado en la Directiva 2019/1158.

2.1.6. Nuevo permiso parental

El Real Decreto-Ley 5/2023 añade al ET el nuevo artículo 48 bis, que consiste en otorgar a las personas trabajadoras un permiso parental de una duración máxima de 8 semanas, para el cuidado de hijos o menores acogidos por tiempo superior a un año, hasta el momento en que cumplan 8 años.

La adición de este permiso a nuestro ordenamiento ha conllevado, a su vez, la ampliación del listado de causas suspensivas previstas en el artículo 45.1.o) ET, es decir, la ampliación de los supuestos en que se exoneran a la persona trabajadora y al empresario sus correlativos y recíprocos deberes de trabajar y remunerar el trabajo. Resulta meridianamente clara, en consecuencia, la intención del legislador de establecer el carácter no retribuido de este permiso. Sin embargo, conforme a la Directiva 2019/1158, el permiso parental sí debería estar retribuido. Es más, la norma comunitaria concedía a los Estados miembros diferentes plazos para adaptar sus legislaciones a efectos de la remuneración del permiso parental, la remuneración de las primeras seis semanas debía entrar en vigor a más tardar el 2 de agosto de 2022, mientras que las últimas dos semanas podían posponerse hasta el 2 de agosto de 2024 como máximo. Como curiosidad, apuntar, que la Directiva 2019/1158 ofrece una doble alternativa para configurar la remuneración del permiso, toda vez que habla de forma indistinta de una remuneración, esto es, de una carga para el empleador, o de una prestación económica, que impondría en consecuencia una carga para el Estado.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

La ausencia del carácter retribuido del permiso no es, por ende, una cuestión baladí. Una posible interpretación nos permitiría especular que el legislador conocía, y, en consecuencia, asumía el riesgo de que se obligara a España a regularizar el carácter retribuido del permiso parental, valorando incluso la posibilidad de aprobar en el futuro cercano una nueva norma en que se garantice la retribución del permiso parental. Una interpretación más mordaz conduciría a pensar que el legislador ha obviado la retribución del permiso por error, o incluso deliberadamente, pero, vaticinando la posibilidad de defender que dicho permiso parental no viene, en realidad, a transponer el recogido en la Directiva 2019/1158 sino que se introduce de forma voluntaria, como mejora de los derechos de conciliación de las personas trabajadoras, que ya venían disfrutando de permisos más amplios que los recogidos en la Directiva 2019/1158 en relación con el nacimiento de hijos. Esta posible defensa quiebra, sin embargo, cuando en la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2023 se reconoce expresamente que el nuevo permiso parental se regula de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 sobre el permiso parental y en el artículo 8 sobre la remuneración o prestación económica.

Otro de los interrogantes que suscita este nuevo derecho es la posibilidad de que se active el mismo por cada hijo que tenga el solicitante, en lugar de por cada persona trabajadora que lo reivindique, con independencia del número de hijos que tenga. La primera interpretación, que es a la que parece abocar la literalidad del precepto al utilizar el singular para referirse al sujeto causante del permiso, sería la más gravosa para la empresa, ya que multiplicaría las 8 semanas de permiso por cada menor de 8 años al cuidado de cada persona trabajadora. Podría, sin embargo, contraargumentarse que cuando el legislador ha querido conceder derechos conciliatorios por cada hijo, así lo ha hecho expresamente, como ocurre con el caso de la excedencia por cuidado de menor. Se trata por tanto de otra laguna interpretativa que corresponderá aclarar a nuestros tribunales.

Merece destacar también, respecto de la nueva regulación, la naturaleza individual e intransferible del permiso, y su posible disfrute a tiempo completo o parcial de forma continua o discontinua. En cuanto a la forma de disfrute, corresponde a la persona trabajadora concretar el periodo en que hará uso del permiso parental, previa comunicación a la empresa con una antelación de 10 días, salvo previsión distinta en convenio o fuerza mayor. En este caso sí se prevé la posibilidad de valorar las necesidades organizativas de la empresa, por lo que se presume la facultad del empresario de ofrecer fechas alternativas para el disfrute del permiso.

Asimismo, y en coherencia con las modificaciones descritas respecto de la petición por dos personas trabajadoras de la misma empresa por el mismo sujeto causante, y también en los casos en que la concesión del permiso altere seriamente el funcionamiento de la empresa según lo establecido en el convenio colectivo aplicable, se prevé la posibilidad de que esta aplace la concesión del permiso por un periodo razonable, motivándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible. Resulta destacable el concepto relativo al "aplazamiento de la concesión del permiso" ya que, ni siquiera en los casos en que existan razones organizativas que lo justifiquen se prevé la posibilidad de negar el disfrute del permiso, sólo de aplazarlo.

En último término, se incluye en el ET una nueva Disposición Adicional, concretamente la 19ª, para precisar que el disfrute del permiso no afectará al cálculo de las indemnizaciones por despido, que se calcularán como si de trabajo a tiempo completo se tratara.

2.1.7. Modificación del derecho a la adaptación de jornada

El Real Decreto-Ley 5/2023, en su deseo de acomodar nuestra legislación a la Directiva 2019/1158, introduce lo que describe como una serie de ajustes puntuales en el artículo 34.8 ET sobre el derecho de las

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

personas trabajadoras a adaptar la duración de jornada y su distribución, ajustes que se traducen en los seis cambios que se describen a continuación.

En primer lugar, se amplía el alcance del derecho, incorporando a los casos preexistentes las necesidades de cuidado respecto de los siguientes sujetos: (i) mayores de 12 años, (ii) cónyuge o pareja de hecho, (iii) familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como respecto de (iv) otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos. Impone la nueva redacción al solicitante el deber de justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.

El lugar elegido para incluir esta obligación de justificación en la norma, dentro del apartado relativo al nuevo colectivo de sujetos causantes, y distinto por tanto al correspondiente al derecho causado por el cuidado de menores de 12 años, no es aleatorio, sino que parece prescindir de dicha justificación en relación con el cuidado de menores, al presumir la existencia de dicha necesidad por la corta edad de los menores.

Cambios adicionales respecto a estos derechos laborales son (i) la disminución del tiempo dedicado al proceso de negociación entre solicitante y empresa que pasa de 30 días a 15 días naturales; (ii) la presunción de la concesión de la adaptación solicitada si durante dicho plazo de negociación no concurre oposición motivada expresa; y (iii) la obligación de la empresa de justificar las razones objetivas por las que se plantea propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación y no solo cuando denegaba la petición, como se exigía anteriormente.

Por último, en relación con la posibilidad de regreso a la situación anterior a la adaptación, la nueva redacción convierte el derecho a solicitar el regreso en el derecho automático al regreso concluido el periodo acordado o previsto para la adaptación o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En tales supuestos no se prevé una posible denegación del derecho de regreso por parte de la empresa. Tan solo se prevé una eventual negativa empresarial justificada objetivamente para casos, diferentes de los anteriores, en que un cambio de circunstancias justifique la petición de regreso de la persona trabajadora.

2.1.8. Ampliación del periodo de suspensión con reserva de puesto para el progenitor monoparental de hijo discapacitado

También ha sido objeto de modificación el régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento y cuidado de menor contenido en el artículo 48.6 ET para que las familias monoparentales puedan disfrutar de forma completa de las ampliaciones previstas para los dos progenitores en caso de discapacidad del hijo.

Sobre este particular se había pronunciado muy recientemente nuestra Sala de lo Social del Tribunal Supremo, concretamente en su sentencia de 2 de marzo de 2023 (núm. recurso 3972/2020), denegando a la única progenitora en familia monoparental una prestación por nacimiento y cuidado del menor nueva y coincidente con la que hubiera correspondido al otro progenitor, en aplicación de la normativa vigente, por cuanto la función de los jueces y tribunales es estrictamente la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho cuando dicha ampliación no estaba prevista en nuestra normativa. Dicha resolución, contiene un voto particular, defendido por dos magistrados de la Sala, que, con base en una interpretación integrada de la normativa laboral, de seguridad social, constitucional y de protección de niños y menores, consideran que debería haberse concedido la prestación pretendida.
A través del Real Decreto-Ley 5/2023 se pone fin, de esta suerte, a la disparidad de criterios que podían suscitarse en torno a esta cuestión, pero solo en cuanto a lo que se refiere a las ampliaciones previstas para los dos progenitores en caso de discapacidad del hijo.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

2.2. Refuerzo del principio de no discriminación

El Real Decreto-ley viene a reforzar el principio de no discriminación por razón de sexo y fomenta la corresponsabilidad. A tal fin, introduce las siguientes modificaciones:

En primer lugar, amplía el alcance del artículo 4.2. ET sobre derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral incluyendo como motivos de posible discriminación los relacionados con la discapacidad, al hilo de las últimas reformas que se han llevado a cabo al respecto, y detallando como ejemplo de supuesto discriminatorio por razón de sexo, el trato desfavorable dispensado a mujeres y hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral.

Además de la anterior referencia a la corresponsabilidad, se refuerza dicho objetivo con rotundidad con la nueva redacción introducida en los artículos 37.6 y 46.3 ET cuyo tenor literal coincide al postular que en el ejercicio de los correlativos derechos se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y la evitación de la perpetuación de roles y estereotipos de género.

Dichas modificaciones no implican cambios significativos, entre otras razones, porque nuestros tribunales ya venían inspirándose en dicho principio de corresponsabilidad, especialmente desde la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, cuyo preámbulo consideraba ya discriminatorio por razón de sexo un trato desigual basado en el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral. Ello no debe otorgar tampoco carácter anodino a la modificación normativa analizada, puesto que toda referencia legal a los principios a tomar en consideración al juzgar este tipo de situaciones, refuerzan los propósitos de la norma y contribuyen a dar una mayor visibilidad al nuevo escenario social.

Por último, amplía los supuestos de nulidad de la extinción por causas objetivas y de despido disciplinario para recoger así los nuevos derechos de conciliación, ofreciendo una nueva redacción a los artículos 53.4 y 55 ET. De esta suerte, la extinción contractual llevada a cabo durante, por ejemplo, el disfrute del nuevo permiso parental será nula, salvo que se demuestre su procedencia, desapareciendo de este modo un eventual escenario de improcedencia.

Se da lógica consistencia así al régimen de nulidad previsto en la normativa laboral cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación previstas constitucional o legalmente, y se cumple, paralelamente, con lo establecido en el artículo 11 de la Directiva 2019/1158 que obliga a los estados miembros a configurar mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación.

3. Conclusión

Los nuevos derechos de conciliación o corresponsabilidad incorporados en nuestro ordenamiento a través del Real Decreto-Ley 5/2023 van mayoritariamente en línea con los derechos que contiene la Directiva 2019/1158 que debiera haberse transpuesto en nuestro país hace más de un año. La precipitación y celeridad que han regido la tramitación y aprobación del Real Decreto-Ley 5/2023 han propiciado, lamentablemente, la aparición de conceptos imprecisos e indeterminados que tendrán que perfilar nuestros tribunales y la negociación colectiva y que, hasta entonces, incrementarán la conflictividad en torno al ejercicio de estos derechos. Habrá que ver también, con su ejercicio práctico, si efectivamente se cumplen los objetivos de la norma en relación con el reparto corresponsable de las tareas de cuidado o si contribuyen a perpetuar estereotipos y roles de género al facilitar mayores ausencias a quien históricamente se encarga de dichas funciones.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Teletrabajo

Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

Incentivos a la contratación laboral

El BOE del 11 de enero de 2023 publicaba el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral. A partir del 1 de septiembre de 2023 se aplicará un nuevo sistema de incentivos a la contratación laboral, se añaden nuevos requisitos para las empresas y nuevo régimen de reintegros en caso de incumplimiento.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

La aprobación de la Ley 15/2022 no implica que el despido durante la baja por incapacidad temporal devenga automáticamente nulo

María Olabarría Álvarez | Abogada

› Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2023 (Rec. 1066/2023)

Siguiendo la línea de otras sentencias comentadas con anterioridad en la Newsletter de Laboral, Compensación y Beneficios de la edición de septiembre, conviene traer a colación una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que vuelve a poner sobre la mesa la aplicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y la no discriminación (la **"Ley 15/2022"**), si bien esta vez lo hace en relación con el despido de un trabajador que se encontraba de baja por incapacidad temporal.

En el caso concreto enjuiciado, nos encontramos ante un trabajador que venía prestando servicios como cocinero para la empresa Mediares Social Residencias, S.L. (la **"Empresa"**) en la Residencia Mirador del Duero, sita en Tudela del Duero, Valladolid. Pues bien, en fecha 10 de marzo de 2022 el trabajador inicia una situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, situación que estaba prevista como baja de corta duración, siendo sustituido por una nueva cocinera contratada por la Empresa tras el inicio de su baja.

Meses después, en concreto el 5 de agosto de 2022, la Mutua Fremap realiza un estudio al trabajador, estudio por el que se detectan, entre otros, los siguientes problemas, los cuales podrían alargar la duración de la baja: una incipiente discopatía degenerativa en los tres últimos niveles lumbares, una pequeña hernia foraminal izquierda en la L3-L4, un leve abombamiento foraminal derecho, una protrusión discal circunferencial con impronta en ambos recesos laterales en la L4-L5 y una pequeña hernia discal posterior central en la L5-S1.

Con fecha 18 de agosto de 2022, la Empresa comunica al trabajador su despido disciplinario con base en una serie de incumplimientos que constituyen infracciones de carácter muy grave y culpable. Entre ellos se encuentran los siguientes: (i) incumplimientos en materia de elaboración y conservación de comidas (i.e., género en mal estado durante los turnos, uso de productos caducados, falta de seguimiento del procedimiento de descongelación establecido); (ii) incumplimientos en materia de análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC) (i.e., omisión de la toma de temperatura en la recepción de materias primas); (iii) incumplimientos de las normas de seguridad e higiene (i.e., muebles de almacenamiento con restos de comida, desorden en las cámaras de almacenamiento, manipulación de alimentos sin lavarse las manos previamente); (iv) incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales derivadas del COVID-19 (i.e., falta de uso de la mascarilla durante el ejercicio de sus funciones); y (v) desatención de los menús y las dietas establecidas de conformidad con las indicaciones del servicio médico. Así pues, en atención a las infracciones mencionadas, la Empresa procede al despido del trabajador por fraude, deslealtad y abuso de confianza, así como falta de disciplina e incumplimiento de las normas establecidas en materia de seguridad y salud, todo ello al haber puesto en riesgo la salud e integridad física de los usuarios de la Residencia Mirador del Duero.

El trabajador, disconforme con su despido, interpone demanda en fecha 7 de septiembre de 2022 solicitando la declaración de nulidad, y subsidiaria improcedencia del despido, así como una indemnización por vulneración de derechos fundamentales por valor de 20.000 euros. Tras la celebración del juicio, el Juzgado de lo Social nº 5 de Valladolid declara la improcedencia del despido.

Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Valladolid el trabajador interpone recurso de suplicación solicitando la nulidad del despido y por su parte, la Empresa solicita la confirmación de la sentencia del Juzgado, llegando el caso ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

A este respecto, antes de entrar a analizar el fondo del asunto y conocer cómo resolvió el Tribunal conviene traer a colación los fundamentos jurídicos sobre los que se sostiene el debate:

- **Artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores**: señala las causas de nulidad del despido, incluyéndose entre ellas aquellas donde se discrimine al trabajador, se le vulneren sus derechos fundamentales y libertades públicas o se le despida encontrándose el trabajador en una situación protegida (i.e., excedencia, permiso por nacimiento, etc.).
- **Artículos 2.1, 3, 6, 26 y 30 de la Ley 15/2022: hacen mención**: (i) el derecho a la no discriminación por razón de enfermedad o condición de salud; (ii) la aplicación de la Ley 15/2022 a las condiciones de empleo, incluyendo el despido; (iii) los diferentes tipos de discriminación (directa, indirecta, por asociación, por error, múltiple e interseccional, etc.); (iv) la nulidad de los actos discriminatorios; y (v) la carga de la prueba en los casos de discriminación (i.e., prueba indiciaria).
- **Artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social**: hace referencia a la carga de la prueba en los casos de discriminación. En concreto, señala que en los casos de discriminación corresponde a la parte actora presentar indicios de discriminación para que se produzca la inversión de la carga de la prueba y el demandado tenga que aportar una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada.
- **Artículos 2.1. y 3.1.c) de la Directiva 2000/78 para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**: los cuales indican los diferentes tipos de discriminación que existen y la necesidad de una justificación objetiva y una finalidad legítima para que no se entienda que existe discriminación. Asimismo, señalan que la Directiva resulta de aplicación a las condiciones de empleo, incluyéndose entre ellas el despido.
- **Artículos 14 y 15 de la Constitución Española**: hacen referencia al derecho a la no discriminación y a la integridad física y moral.

Teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos anteriores, el trabajador procede a defender que el despido debe calificarse como nulo ya que el mismo acontece mientras se encuentra de baja por incapacidad temporal. Así pues, la baja se inicia el 10 de marzo de 2022 y el despido se produce el 18 de agosto de 2022, encontrándose el trabajador aún de baja por incapacidad temporal, incurriendo así la Empresa en una situación de discriminación por su condición de salud/enfermedad. Por su parte, la Empresa alega que el despido no puede devenir nulo ya que el trabajador no ha aportado ningún indicio de discriminación para que opere la inversión de la carga procesal.

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

i) La primera cuestión analizada por el Tribunal es si procede la revisión del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina jurisprudencial existente sobre el mismo. Al respecto, el Tribunal señala que la Ley 15/2022 ha introducido ciertos cambios, incorporando nuevos supuestos de nulidad del despido. En concreto, señala que la Ley 15/2022 ha incorporado **la enfermedad como una situación de discriminación**, lo que afecta directamente a aquellos trabajadores que se encuentren de baja por incapacidad temporal ya que será nula toda conducta empresarial que implique una discriminación por razón de enfermedad. Asimismo, la citada Ley 15/2022 también **presume la existencia de daño moral una vez acreditada la discriminación**, lo que tendrá una incidencia directa para los trabajadores a la hora de reclamar en sede judicial una indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental.

   No obstante, lo anterior, el Tribunal hace una matización importante. El despido será nulo siempre y cuando se aporten indicios suficientes de esa discriminación por enfermedad o condición de salud. En otras palabras, **no operará la nulidad automática del despido cuando el trabajador se encuentre en situación de baja por incapacidad temporal**, sino que existirán dos escenarios alternativos:

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

1) Si el trabajador aporta indicios suficientes de discriminación por enfermedad, el despido será nulo de no aportarse por la empresa una justificación suficiente sobre la ausencia del móvil discriminatorio.

2) Si, por el contrario, el trabajador no aporta indicios suficientes y el despido se fundamenta en una causa objetiva o disciplinaria, el despido será procedente o improcedente en atención a la prueba y entidad de la causa.

Por ende, si bien la Ley 15/2022 ha introducido la enfermedad como una situación más de discriminación, la misma no ha modificado el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que la situación de baja médica constituya una causa de nulidad objetiva o automática, por lo que **el trabajador deberá acreditar la posible conexión entre la extinción del contrato y su enfermedad, no siendo la presente situación análoga al despido de una trabajadora embarazada**:

> *"Por lo tanto, ni antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ni tampoco siquiera después de ella, la situación de incapacidad temporal en el momento del despido conduce de forma automática a una declaración de nulidad." (Fundamento Jurídico Segundo)*

ii) La segunda cuestión discutida por el Tribunal es la carga procesal a los efectos de la prueba. Así pues, matiza el Tribunal que en los supuestos donde se alegue la vulneración de derechos fundamentales **opera la prueba indiciaria (i.e., apariencia lesiva) y posteriormente, el desplazamiento de la carga procesal**. Por tanto, corresponde primero al trabajador aportar un indicio probatorio de que el empresario le ha discriminado por razón de su enfermedad, es decir, que el despido se basa en su situación de baja por incapacidad temporal, para que, una vez acreditado el indicio, le corresponda a la Empresa probar que existe una causa objetiva suficiente, razonable y ajena a la enfermedad del trabajador que justifica el despido.

Sobre este segundo punto el Tribunal matiza también que se debe aportar un indicio razonable, y que dicho indicio no puede consistir en la mera alegación de vulneración del derecho, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que se haya producido dicha vulneración.

En conclusión, el Tribunal entiende que procederá la declaración de nulidad cuando **el trabajador haya aportado indicios suficientes para sospechar que el despido tiene su origen en el ejercicio de un derecho constitucional y la empresa no destruya esta presunción** mediante la aportación de argumentos y pruebas que demuestren lo contrario:

> *"[…] cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y **aporte indicios** fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una **justificación objetiva y razonable**, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad." (Fundamento Jurídico Segundo)*

Aterrizando los argumentos anteriores al presente supuesto, el Tribunal indica que, si bien la carta de despido entregada por la Empresa al trabajador contiene una relación genérica de los incumplimientos que se le imputan sin precisar las fechas e infracciones concretas, y que existe correlación entre la fecha de inicio de la baja y la del despido disciplinario (i.e., ya que se le despidió cuando no estaba prestando servicios y, por ende, no podía incurrir en incumplimientos), el trabajador no ha aportado ningún indicio que provoque la inversión de la carga probatoria hacia la Empresa y, por tanto, no es posible declarar la nulidad del despido, sino únicamente su improcedencia. Asimismo, no existiendo nulidad, el Tribunal no entra a analizar la solicitud de 20.000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios, puesto que esta solo opera en casos donde se haya producido una vulneración de derechos fundamentales.

Del fallo emitido por el Tribunal declarando la improcedencia del despido cabe extraer, pues, las siguientes conclusiones:

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

1) El simple hecho de despedir a un trabajador que se halla en situación de incapacidad temporal no predica la nulidad automática del despido, siendo fundamental probar indicios suficientes de la discriminación alegada.

2) La correlación de las fechas en que suceden los hechos (inicio de la baja y despido) no son acreditativos en sí mismos de la discriminación. En este sentido, en el caso concreto, se inició la baja calificada como de corta duración, sin que se hubiese demostrado en ningún momento que el trabajador hubiese estado antes en otras situaciones incapacitantes para el trabajo, ni tampoco que los resultados del informe de la Mutua Fremap fueran conocidos por la Empresa.

3) Si no se aportan indicios suficientes de discriminación, existe la posibilidad de que el Tribunal declare la improcedencia del despido, si el incumplimiento no se acredita, pero es completamente ajeno a todo móvil discriminatorio, no siendo la situación de baja médica una circunstancia en la que únicamente quepa declarar la procedencia o la nulidad.

En virtud de todo lo expuesto, no queda sino seguir atentos a los futuros pronunciamientos por parte de los tribunales que irán trazando los límites y poniendo el foco en aquellas cuestiones que sean de relevancia a la hora de aplicar la Ley 15/2022, la cual está dando más juego del que se esperaba a la hora de determinar si existe discriminación y, en consecuencia, nulidad en los diferentes escenarios que se presentan.

A vueltas con el registro diario de la jornada

Fernando Lisbona González | Asesor jurídico

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4056/2023 de 26 de junio (Rec. Núm. 6558/2022)

1. Preliminar: la obligación del empresario al registro diario de la jornada

A lo largo de estos últimos años, hemos asistido a una extensa aplicación judicial de la regulación sobre el control horario inaugurada en 2019, entendiéndose por tal la obligación empresarial de contabilizar las horas que ha trabajado cada uno de los empleados, así como su distribución a lo largo de su jornada.

Más concretamente, la normativa española establece que la empresa está obligada a registrar diariamente el inicio y finalización de la jornada de trabajo de todas las personas trabajadoras y, además, cabe destacar que este registro horario debe ser almacenado por la empresa, como mínimo durante 4 años, y debe estar a disposición de los miembros de la organización, los representantes legales y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Junto a esto, el Tribunal Supremo ha reiterado que el registro de jornada tiene que cumplir los requisitos de "fiabilidad", "objetividad" y "accesibilidad", conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de mayo de 2019, Asunto CCOO vs Deutsche Bank (C-55/2018).

Debe recordarse asimismo que este incumplimiento del registro horario constituye una infracción grave en materia laboral, y la graduación de su penalización en la LISOS obedece a 3 factores de análisis que califican su gravedad:

- Sanciones leves: de 60 a 625 euros por cada trabajador. Quedarían delimitadas a acciones concretas, como no poner a disposición de los empleados los registros, o no informar de las condiciones laborales a los mismos, entre otras.
- Sanciones graves: de 626 a 6.250 euros por cada trabajador. Corresponden a errores en los registros que deriven en horas extras no computadas.
- Sanciones muy graves: hasta 187.515 euros por cada trabajador. En este caso, se producen cuando se detectan problemas importantes como la superación de horas extras anuales, o la no remuneración o abono de estas.

Tradicionalmente, se sostenía en la doctrina legal que era responsabilidad del empleado demostrar que había trabajado más horas de lo estipulado en su jornada laboral, lo que implicaba la necesidad de proporcionar pruebas detalladas y rigurosas sobre las horas extraordinarias realizadas, y no bastaba simplemente

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

con afirmar haberlas cumplido. Esta perspectiva se respaldaba en la norma general establecida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (**"LEC"**), que establece que, en términos generales, la carga de la prueba recae sobre el demandante cuando se trata de los hechos en los que basa su reclamación.

No obstante, dicha corriente jurisprudencial ha venido siendo matizada o incluso inaplicada desde la entrada en vigor, en fecha de 13 de marzo de 2019, del Real Decreto Ley 8/2019, que modifica el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (ET) añadiendo un nuevo párrafo noveno que afirma que: «La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora».

La implementación de esta modificación ha llevado a la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) a adoptar la perspectiva de que, cuando un empleador no cumple con su obligación de llevar un registro de las horas trabajadas, se presume a favor del empleado el registro aportado por él, siempre y cuando existan pruebas suficientes que indiquen la realización de las horas extraordinarias reclamadas. Entre estos fallos judiciales notables, se pueden mencionar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de junio de 2022 (recurso 5087/2021) y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de septiembre de 2020 (número 314/2020), de 9 de junio de 2022 (número 308/2022) y de 14 de abril de 2022 (recurso 6963/2021).

2. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 4056/2023 de 26 de junio.

Los antecedentes de la sentencia comentada se remiten al juzgado de lo social 2 Granollers, que desestima la demanda sobre reclamación de cantidad de una persona trabajadora en la que se pretendía el abono de 1.250 horas extraordinarias realizadas entre 2020 y 2021. La recurrente fundamenta la infracción de tales preceptos partiendo de la nueva regulación legal introducida en el art. 34.9 ET. El fundamento jurídico segundo de la sentencia afirma literalmente que: "En este caso, entendemos que no queda acreditada la realización de horas extraordinarias, ya que no se aporta ningún soporte probatorio que permita acreditarlas". Por ello, el magistrado "a quo" no considera probada por el trabajador demandante -por las causas que expone de forma razonada- la realización de horas extraordinarias, de lo que se infiere la desestimación de la demanda por la insuficiencia de prueba de su realización. Todo ello lleva a concluir al juzgador que "se desestima la reclamación de diferencias salariales por no haberse acreditado por la parte actora la realización de horas extraordinarias".

Frente a esta sentencia, el trabajador, disconforme con su fallo, recurre en suplicación. Ya en la instancia superior, la parte recurrente sostiene que con la nueva regulación legal en la que se establece la obligación de la empresa de llevanza de un registro diario de jornada, resulta exigible al empleador que aporte dicho registro al proceso con objeto de acreditar los excesos de jornada postulados en la demanda y, en contra de lo acordado por el órgano judicial. De modo que, si la empresa demandada no atiende dicho requerimiento y niega este medio probatorio a la parte accionante, procede invertir la carga de la prueba, trasladándose a la empresa demandada la obligación de acreditar que la jornada no excede de la ordinaria.

A la hora de analizar el caso, el TSJ de Cataluña realiza un análisis jurisprudencial de ese artículo 34.9 ET. Partiendo de la sentencia de 1 de septiembre de 2021 (recurso 2121/2021), en la que ya expone que corresponde al empresario la llevanza del correspondiente registro de la jornada. Todo ello, argumentando que siendo el registro diario un elemento probatorio de importancia a efectos de acreditar el número de horas de trabajo efectivo que realizó el actor en cada uno de los días que reclame la realización de horas extras y, por tanto: "la falta de llevanza del mismo o la no presentación del registro para probar la realidad de la jornada realizada nunca puede favorecer a la parte que incumplió con sus obligaciones". Concluyendo que es la empresa a la que le corresponde la carga de la prueba y no al trabajador de modo que, en el presente caso en que la empresa no compareció a juicio, se deben tener por acreditas todas las horas que el trabajador dice que realizó.

Por ello respecto a las infracciones art. 34.9 ET, en relación con el artículo 217 LEC, razona la sentencia que la llevanza de registro horario constituye una obligación

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

legalmente establecida para el empleador, no pudiendo redundar en su beneficio, dejando sin prueba al trabajador demandante, ya que es al empresario al que le corresponde aportar a las actuaciones el registro diario de la jornada laboral del demandante a los efectos de acreditar la realización de las horas extraordinarias. Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia debe interpretarse que se infringió el art. 217.2 LEC, pues se trasladó la carga de la prueba al demandante en lugar de imponerse al demandado infractor. Por ello, revocan la sentencia de instancia, condenando al empleador demandado al pago de la cantidad de 15.212,50 euros más el 10% de interés por mora.

3. Conclusiones

Esta resolución judicial comparte razonamiento con la también reciente sentencia del TSJ de las Islas Baleares (Sala de lo Social, sentencia núm. 240/2023, de 2 de mayo). En ese caso concreto, no hubo incomparecencia por parte de la empresa al juicio, pero vuelve a acogerse el criterio de que "la no práctica o acreditación de incumplimiento de la empresa demandada y no puesta en conocimiento podría generar una indefensión" y, por tanto, ante la falta de un registro, se establece la presunción de veracidad de las horas reclamadas por el trabajador. Si se advierte, esta interpretación puede entrañar un riesgo para la empresa ante reclamaciones de los trabajadores que, aun infundadas, pudieran prevalecer por no disponer aquella del registro obligatorio capaz de contrarrestar tales peticiones.

En definitiva, haciendo un análisis de la evolución de los tribunales españoles sobre esta materia, parece que todos se están pronunciando en torno a una misma corriente jurisprudencial, aun cuando hay que guardar cautela, porque todavía falta una resolución del Tribunal Supremo que establezca un criterio definitivo, ratificando o desestimando esta posición. Con todo, a la vista de la problemática para contabilizar las horas de trabajo, es importante que las empresas normalicen ya no solo la instalación y llevanza de un registro horario, sino que además éste contabilice y pruebe la jornada con medios seguros y fiables. De otra forma, la empresa se expone al riesgo de que el trabajador reclame todas las horas que crea conveniente y que, pese a no poder probarlas, se entiendan judicialmente como concedidas, con la consiguiente asunción de costes imprevistos para la empresa incumplidora que se sumarían a la propia multa derivada de la infracción administrativa.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León delimita el alcance del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores

Abogado

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 27 de julio (Rec. Núm. 1562/2022)

1. El derecho de adaptación de la jornada de trabajo

La vida laboral de las personas trabajadoras se ve condicionada no solo por circunstancias inherentes a la propia relación laboral, sino también a todo lo que acontece fuera de ella y que afecta en mayor o menor medida a la cotidianidad del empleado. Esta interdependencia (y la necesidad de dar respuesta a las necesidades de conciliación sin que ello supusiera una merma de los derechos laborales de quien necesite acogerse a estas situaciones) propició que en 2019 se modificara el art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (el **"ET"**) con el fin de garantizar a las personas trabajadoras su derecho efectivo a la conciliación de la vida familiar y laboral desvinculándolo de una eventual regulación convencional (tal y como se exigía hasta esa fecha).

Dicho lo cual, el art. 34.8 del ET no da al trabajador un derecho de modificación unilateral de la relación laboral, sino que más bien otorga un poder de negociación de buena fe e introduce dos elementos adicionales: la razonabilidad y la proporcionalidad de la solicitud, además de la valoración de las necesidades de conciliación con las organizativas y productivas de la empresa.

A la vista de lo anterior, son muchas las dudas interpretativas respecto a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida y los intereses que deben prevalecer

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

para que sea aceptada una solicitud de este tipo, si bien los primeros pronunciamientos que se han emitido tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (que modificó el art. 34.8 ET en el sentido indicado) permiten extraer la siguiente conclusión: si la empresa no acredita una razón organizativa suficiente, el art. 34.8 del ET favorece a la persona trabajadora titular de la expectativa de derecho a la adaptación prevista en dicho precepto (si bien no nos encontramos ante una cuestión ni mucho menos pacífica).

Este panorama tampoco se ha visto modificado sustancialmente como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (el "**RD-l 5/2023**"), en virtud del cual se incorporan importantes novedades a este precepto para adaptar la normativa española a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 sobre fórmulas de trabajo flexible.

En primer lugar, se incrementan los sujetos causantes de este derecho, avalándose la solicitud de este tipo de adaptaciones también en aquellos casos de trabajadores que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio y, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos (debiendo justificar las circunstancias en las que se fundamenta su petición).

La segunda novedad que arroja el RD-l 5/2023 en materia de conciliación obliga a que la empresa, ante la solicitud del trabajador, deba abrir un proceso de negociación que habrá de desarrollar con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de 15 días (que se reduce desde los 30 días inicialmente vigentes, evitando así prácticas dilatorias), presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

2. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de julio de 2023

Partiendo del escenario anterior, resulta de especial interés la reciente sentencia de 27 de julio de 2023, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (el "**Tribunal**" o la "**Sala**"). En ella se desestima la demanda presentada por una trabajadora ante la negativa de su empleadora de acoger una petición de adaptación de jornada al amparo del art. 34.8 del ET, confirmando así la sentencia de instancia.

En concreto, el caso enjuiciado analiza el supuesto de una trabajadora que venía realizando de manera presencial turnos rotatorios de mañana y tarde en semanas alternas, y pretendía pasar a prestar servicios un día a la semana de manera presencial, sólo en horario de mañana, y los 4 restantes mediante trabajo en remoto, con flexibilidad horaria y en un máximo de dos tramos diarios, aludiendo a razones de conciliación de su vida familiar al amparo de lo previsto en el art. 34.8 ET.

En su recurso ante el Tribunal, la trabajadora argumentaba, a grandes rasgos, que la empresa no habría abierto el periodo de negociación exigible legalmente ni tampoco comunicado las razones objetivas en que sustentar su negativa a la adaptación de jornada solicitada. En el caso en cuestión, la empresa no compartió las razones objetivas que amparaban su decisión hasta que no se celebró el juicio de instancia lo que, en opinión de la recurrente, constituía un incumplimiento directo de lo dispuesto en el art. 34.8 que debía abocar a la estimación de su recurso.

Pese a lo anterior, la Sala no acoge estas argumentaciones al entender que del relato fáctico de los hechos se evidenciaba una sucesión de correos cruzados entre la actora y la empresa en torno a su solicitud de adaptación de jornada y que, en cualquier caso, "*la falta de acuerdo no supone desde luego falta de negociación como tampoco el que por la demandada no se hiciera propuesta en los términos solicitados por la trabajadora*". Por lo tanto, que la empresa no compartiera inicialmente las razones objetivas detrás de su negativa a conceder la modificación de jornada pretendida sin excluir otras formas de conciliación (y que, en su lugar, lo hiciera en el acto del juicio) no justifica, en opinión del Tribunal, que debiera concederse la solicitud pretendida *ipso iure*.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

De hecho, la Sala entiende que en este caso la trabajadora se sirvió de una genérica necesidad de conciliación de su vida familiar –sin mayor concreción al respecto– que no bastaba, por sí sola, para enervar la posición de la empresa (a la vista de que este tipo de peticiones exigen una apariencia de buen derecho que se encontraba ausente en este supuesto).

Así, nos encontramos ante un pronunciamiento que, alejándose del automatismo prevalente en numerosos pronunciamientos judiciales dictados hasta la fecha (en los que se ofrecía una visión tuitiva de la posición de la persona trabajadora), permite desgranar dos premisas básicas:

i) La persona trabajadora ha de poder acreditas las concretas necesidades de conciliación y la relación entre las necesidades de conciliación y la solicitud de cambio en la empresa.

ii) La negociación prevista en el art. 34.8 del ET ha de entenderse en términos flexibles, sin que resulte exigible que la empresa se vea obligada a formular contrapropuestas en los términos solicitados ni tampoco a indicar las razones objetivas detrás de su eventual negativa.

   Lo anterior se aleja notablemente de reiterados pronunciamientos en la materia, en los que se ha venido afirmado que la falta de negociación (en sentido amplio) y/o la falta de motivación de la denegación han de considerarse un rechazo injustificado y contrario al mandato del ET e, incluso, causa justificadora para la concesión de un derecho a indemnización por los daños morales y económicos sufridos.

3. Conclusión

En definitiva: nos encontramos ante un pronunciamiento que matiza la interpretación mayoritaria que han venido acogiendo nuestros tribunales (ejemplificada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 5499/2022, de 9 de diciembre, sobre la que ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos en la *Newsletter* del pasado mes de marzo de 2023) limitando así la invocación del presupuesto objetivo de la existencia de un/a menor (en el intento de transformar el derecho de conciliación en un derecho absoluto) con la finalidad de evitar el ejercicio caprichoso o abusivo de un derecho, aun cuando el propio ET reconoce su carácter condicionado o limitado.

Otra importante lectura de todo lo anterior es que el de deber negociar no es, en modo alguno, sinónimo del deber de acordar. Queda claro, a la vista de esta sentencia, que no existe una obligación de convenir, sino más limitadamente contestar al escrito de promoción, constituir un ámbito de diálogo y negociar de buena fe, lo que no significa que tenga necesariamente que concluirse un acuerdo. Lo que no deja de ser coherente con el mandato del legislador, en la medida en que no estamos ante un derecho indubitado del trabajador a adaptar su jornada, sino ante una mera expectativa de derecho (máxime si se tiene en cuenta que su reconocimiento queda supeditado a lo que se establezca en el convenio colectivo y, en defecto de previsión, a las circunstancias concurrentes en el particularismo de cada caso).

Es decir, que lo que se pretende con esta norma es que se despliegue una postura proactiva por ambas partes, recayendo sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su petición y su interés en la adaptación de la jornada y, sobre el empresario, la concreción de qué razones organizativas o productivas impiden acceder a la solicitud (ya sea durante la negociación o, como hemos visto, en la propia sede judicial).

Dicho lo cual, las limitaciones de redacción de esta norma (y la disparidad de criterios que se han venido sucediendo al respecto) permiten adivinar que el Tribunal Supremo se verá abocado a unificar doctrina en la materia y tratar de conciliar así la evidente pulsión entre, por un lado, (i) el derecho del trabajador a una adaptación que le resulte eficaz a los efectos de satisfacer la necesidad de que se trate y, por otro, (ii) el derecho de la empresa a no conceder aquello que sea irrazonable o desproporcionado valorado conforme a los criterios de carácter económico, técnico organizativo o de producción.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

Extinciones voluntarias de los trabajadores como determinantes de la consideración de un despido colectivo encubierto en un supuesto de subrogación convencional derivada de una sucesión de contratas

Eva Láuzara González | Abogada

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 449/2023, de 23 de junio (Rec. núm. 223/2022)

En fecha de 22 de junio de 2023 el Tribunal Supremo, en una sentencia dictada por el pleno de la Sala de lo Social, en un supuesto de subrogación convencional derivada de una sucesión de contratas, ha considerado que, a los efectos del cómputo de los umbrales del despido colectivo, deben tenerse en cuenta las bajas voluntarias de aquellas personas trabajadoras de la contratista saliente previas a su inmediata contratación por la contratista entrante, al apreciarse fraude en el comportamiento de la contratista entrante.

El caso se desarrolla en el contexto de la subrogación convencional de personas trabajadoras cuando una nueva empresa, en este caso, Alcor Seguridad, S.L., toma el relevo de la contratista saliente para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada sin armas en dos centros de acogida de Tenerife -concretamente, el centro de Las Raíces y el centro de Las Canteras-.

Lo especialmente interesante y relevante de la resolución del Alto Tribunal, es el tratamiento de las bajas voluntarias de ciertas personas trabajadoras comunicadas un día antes de la transición en la prestación del servicio entre la contratista saliente y la contratista entrante al apreciar la existencia de una conducta fraudulenta por parte de la contratista entrante, y cómo esto afecta al cómputo de los umbrales de un despido colectivo, así como a la determinación de la contratista responsable del mismo.

Del total de las 108 personas trabajadoras objeto de subrogación convencional según el pliego, la contratista entrante comunicó a la contratista saliente su decisión de no subrogar a un total de 22 personas trabajadoras. Concretamente, en el centro de Las Raíces, de las 13 personas trabajadoras que no fueron subrogadas, 8 presentaron la baja voluntaria en la contratista saliente, y fueron contratadas por la nueva contratista al día siguiente, coincidiendo con el inicio de la prestación de los servicios.

La cuestión legal fundamental radica en si las bajas voluntarias de las 13 personas trabajadoras deben ser consideradas al calcular la proporción de personas trabajadoras afectadas en un posible despido colectivo encubierto. Esto es crucial porque, teniendo en cuenta que el número de personas trabajadoras en el centro de Las Raíces era de 62, si las bajas voluntarias no se tienen en cuenta, el número total de despidos no alcanzaría los umbrales necesarios para ser considerado un despido colectivo bajo la legislación laboral española (pues únicamente se habrían extinguido 5 contratos de trabajo).

Es más, cabe mentar como uno de los hechos determinantes para la resolución de este supuesto que parte de esas 13 personas trabajadoras que presentaron su baja voluntaria expresaron a la contratista saliente que el único motivo de para presentar la baja era lograr la contratación en la contratista entrante, la cual se negaba a su subrogación.

En vista de la situación anterior, la Federación de Trabajadores de Seguridad Privada (FTSP-USO) interpuso demanda de impugnación de despido colectivo y de reconocimiento de derecho de subrogación, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias suplicando se dictara sentencia por la que, con carácter principal, (i) se declarase el derecho de las personas trabajadoras despedidas a ser subrogadas por la contratista entrante -en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores- declarando la nulidad de la decisión extintiva y decretando la reincorporación a sus puestos de trabajo con el abono de los salarios dejados de percibir o, subsidiariamente, (ii) en caso de no reconocerse la subrogación empresarial, se declarase la nulidad de los

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

despidos, condenando a la contratista saliente a la inmediata readmisión de las personas trabajadoras afectadas con el abono de los salarios de tramitación, o, subsidiariamente a la petición anterior, (iii) se declarase la improcedencia de los despidos.

La demanda fue estimada y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, basándose en el hecho de que (i) las personas trabajadoras que no fueron subrogadas y que presentaron una baja voluntaria fueron contratadas *ex novo* inmediatamente por la contratista entrante, así como que (ii) algunas de ellas manifestaron que la causa real de la baja voluntaria fue la contratación por la contratista entrante, concluyó que la contratista entrante había cometido un fraude en la subrogación, y que, consecuentemente, las bajas voluntarias debían computar a los efectos de los umbrales del despido colectivo, declarando la nulidad de las extinciones de las 13 personas trabajadoras y la consecuencia inherente de readmisión en las mismas condiciones que ostentaban en el momento de la terminación, junto con los salarios de tramitación.

Frente a la anterior resolución, la contratista entrante presentó recurso de casación para la unificación de doctrina, manifestando que un grupo de personas trabajadoras no podían computar al efecto de computar los umbrales fijados para el despido colectivo, ya que, exista o no fraude de ley en la subrogación de las personas trabajadoras, no existió, bajo ningún concepto, un despido.

Planteado el escollo en los términos expuestos, el Tribunal Supremo, reafirmando el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, para calificar el caso de despido colectivo o de subrogación fraudulenta, efectúa un recorrido por el criterio doctrinal elaborado por la Sala.

Así, en materia de la unidad de cómputo, destaca aquellos precedentes que recuerdan una cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea que cuestionaba la aplicación del criterio de interpretación literal llevada a cabo por la normativa española, declarando que, en cuanto a la unidad de cómputo de los umbrales del despido colectivo, se debe tener presente tanto los centros de trabajo de más de vente personas trabajadoras en aquellos casos en que los despidos se lleven a cabo en un centro de trabajo aisladamente considerado, (siempre y cuando superen los umbrales establecidos por el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores), así como la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de esta.

Asimismo, en segundo lugar y como criterio de delimitación de los umbrales del despido colectivo, señala que en el cómputo para la determinación de los mismos deberán incluirse los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata los cuales finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solamente las extinciones que se produzcan por motivos inherentes a la persona trabajadora así como las que se produzcan por cumplimiento del término fijado en el propio contrato.

Así, la Sala consideró que las bajas voluntarias de las personas trabajadoras debían ser consideradas en realidad como bajas producidas por voluntad de la contratista entrante, dado que ésta se negó a la subrogación y contrató *ex novo* y sin reconocimiento de antigüedad a 8 personas trabajadoras de las 13 que presentaron su baja voluntaria, a pesar de que la totalidad de las personas trabajadoras del centro cumplían con los requisitos que establecía el convenio colectivo de aplicación para ser subrogadas, de lo que se desprende que los ceses se produjeron como consecuencia de la oferta de contratación sujeta a la condición de renuncia en la contratista saliente.

Así, atendiendo a la totalización numérica del centro de trabajo de Las Raíces (62, por lo tanto, más de 20 personas trabajadoras en plantilla y menos de 100), siendo 13 las personas trabajadoras de este centro que la contratista entrante manifestó inicialmente que no subrogaría, se habría superado el umbral del 10 personas trabajadoras establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Con todo, queda ampliamente probado el ánimo fraudulento por parte de la contratista entrante y la vulneración del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, por lo que se condena a esta última responsable del despido colectivo, calificándolo como nulo, respecto de esas 13

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

personas trabajadoras que no fueron subrogadas, así como a su reconocimiento y contratación de las mismas en las mismas condiciones que tenían en el momento de la extinción y baja voluntaria, junto con los salarios de tramitación dejados de percibir.

En resumen, esta sentencia tiene un alcance considerable en el ámbito laboral, ya que podría tener un impacto significativo en casos futuros relacionados con la sucesión de contratas y la subrogación de trabajadores. También podría ampliar la aplicación de las reglas de despido colectivo a situaciones en las que previamente no se consideraba aplicable. Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que se espera una decisión adicional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para obtener una mayor claridad y orientación sobre este asunto.

Artículo doctrinal
Novedades legislativas
Novedades jurisprudenciales

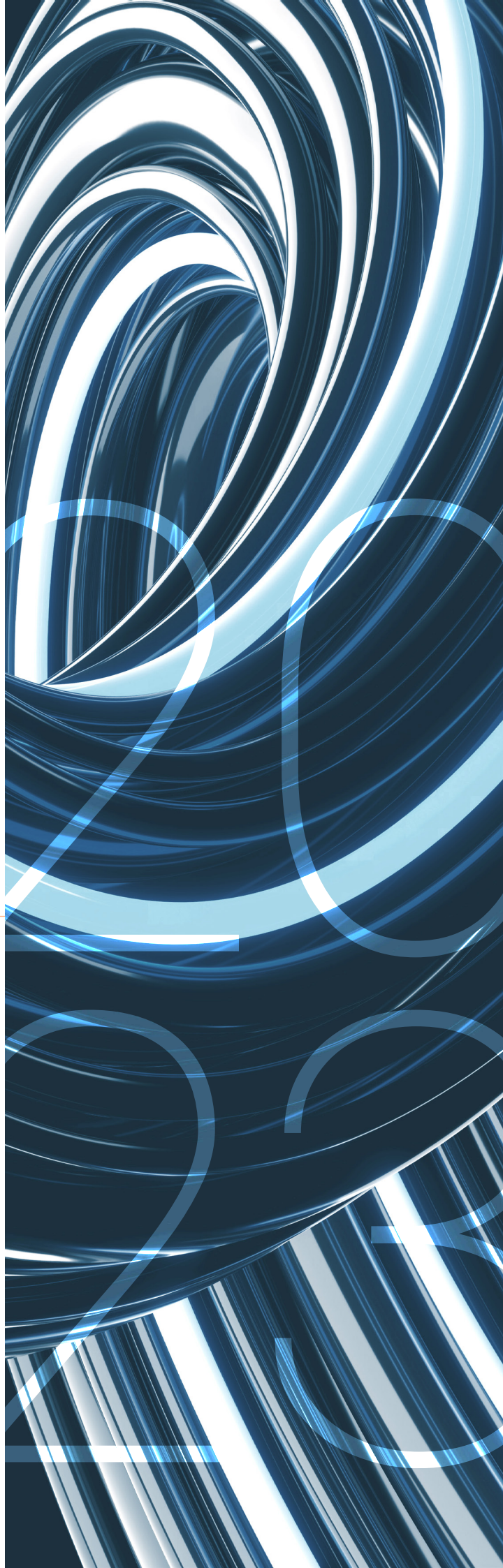
Coordinadores de la Newsletter

Yolanda Valdeolivas | Of Counsel de Laboral
yvaldeolivas@perezllorca.com
T. +34 91 389 01 80

Copyright © 2023 Pérez-Llorca.
Todos los derechos reservados.
Esta comunicación es una selección de doctrina y normativa que se ha considerado relevante sobre los temas de referencia durante el período especificado. La información de esta página no constituye asesoramiento jurídico en ningún campo de nuestra actuación profesional.

YA DISPONIBLE | **Nueva App Pérez-Llorca**

DISPONIBLE EN App Store
DISPONIBLE EN Google Play



Pérez-Llorca

Castellana 50
28046 – Madrid
–
Castellana 259 A
28046 – Madrid
–
Diagonal 640, 8ºA
08017 – Barcelona
–
17 Hill Street
W1J 5LJ – London
–
375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York
–
Rue Belliard 9
1040 – Brussels
–
8 Marina Blvd
018981 – Singapore
–
Rua Barata Salgueiro, 21
1250-141 – Lisbon
www.perezllorca.com