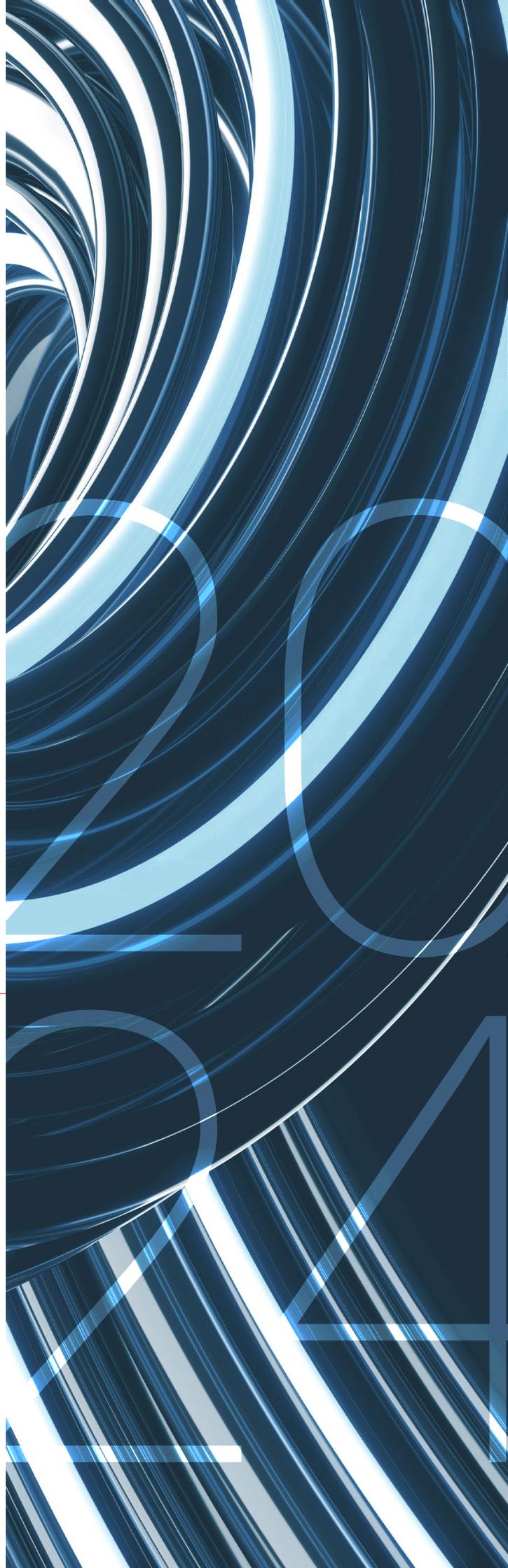


Pérez-Llorca

Newsletter
**Laboral,
compensación
y beneficios**

ENERO 2024



Índice

ARTÍCULO DOCTRINAL

El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI *versus* reformas laborales parciales y permanentes: oportunidad de una reforma laboral integral /3

NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Medidas urgentes /9

Seguridad Social /9

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Conciliación de la vida laboral y familiar: la constante controversia existente en materia de adaptación de la jornada /10

El Tribunal Supremo vuelve a delimitar los supuestos para declarar procedente una extinción por voluntad del trabajador por retrasos indebidos e impagos en el abono del salario /12

La Audiencia Nacional impone una importante sanción económica a una empresa por haber impedido la negociación de un plan de igualdad, con un enfoque innovador sobre la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios causados al sindicato demandante /15

La importancia de un informe pericial informático para declarar la procedencia de un despido disciplinario por disminución del rendimiento en régimen de teletrabajo /19

ARTÍCULO DOCTRINAL

El Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI *versus* reformas laborales parciales y permanentes: oportunidad de una reforma laboral integral

Yolanda Valdeolivas | *Of Counsel* de Laboral, Compensación y Beneficios

La anunciada y esperada aprobación de un renovado estatuto de los trabajadores, como ordenación central o código normativo básico en el ámbito laboral, sigue acumulando hitos y expresiones legales y no legales que, no obstante, siguen sin culminar el propósito principal de ese compromiso:

- i) Adaptar la normativa laboral a las actuales necesidades de las relaciones de trabajo en un entorno socioeconómico cambiante.
- ii) Contar con una ordenación capaz de responder con equilibrio, realismo y eficacia a los retos de la globalización, digitalización, transición verde, cambio demográfico y otros factores disruptivos que afectan al mundo del trabajo y tensionan la regulación jurídica vigente, sin satisfacer en ocasiones ni los intereses de las empresas, ni de las personas trabajadoras ni, en fin, del sistema en su conjunto.

Esa estrategia reguladora, generalmente denominada como Estatuto del Trabajo del siglo XXI quedó explicitada ya en la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto-Ley 8/2019, que comprometía al Gobierno a constituir, con anterioridad al 30 de junio de 2019, un grupo de expertos y expertas para llevar a cabo los trabajos y estudios preparatorios dirigidos a la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores, cuya composición y funciones se definiría previa audiencia de los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social abierta en aquel momento. Mandato incumplido pero revalidado, sin mención ahora a la citada Comisión, en el acuerdo de coalición entre PSOE y Sumar de fecha 24 de octubre de 2023, que contempla la culminación de un “Estatuto del Trabajo del siglo XXI”. Lo que se halla en el trasfondo de estas menciones y de tantas declaraciones de responsables políticos, interlocutores sociales y operadores jurídicos en general es la necesidad de acometer una reforma estructural, integral y sistémica de nuestra norma laboral nuclear, que ponga freno a una interminable sucesión aluvional de reformas fragmentarias y contingentes aprobadas estos últimos años que amenazan la congruencia del sistema y no resuelven los problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo.

Es poco discutible la insuficiencia e incapacidad de reformas laborales puntuales, más o menos exitosas pero comúnmente movidas por propósitos parciales y exigencias coyunturales, para superar los desafíos que impactan sobre las modernas formas de producir y de organizar los recursos humanos en las empresas; razones empresariales emergentes que se añaden a las hasta hace poco desconocidas fórmulas de prestación de trabajo y, a su vez, diversa expresión de necesidades y expectativas de quienes lo prestan. Una metodología de modificación aluvional y fragmentaria de la norma estatutaria que ha provocado, además de incoherencias internas, descoordinación, dispersión y problemas serios de carácter técnico jurídico, un incremento de la inseguridad jurídica y la litigiosidad, generando incertidumbre en los actores implicados en un ámbito, el de las relaciones laborales, tan sensible a estas circunstancias, en detrimento de la competitividad empresarial y de la cantidad y calidad del empleo. Realidad laboral tan compleja y diversificada requiere una intervención legal con visión de conjunto, integradora y global, así como susceptible de actuar en condiciones socioeconómicas tan diferentes y de superar reglas que inspiraron un modelo contractual y un entorno colectivo tan alejado del actual, imposible de actualizar con retoques singulares. El marco regulatorio laboral es un complejo puzzle donde cada pieza debe engarzarse con las restantes para reconocer su verdadero alcance y la segmentación por instituciones o medidas aisladas termina descomponiendo el modelo y quebrando sus delicados equilibrios internos.

Se impone, pues, una reforma definitivamente modernizadora y transformadora del modelo regulatorio laboral que aborde la totalidad del andamiaje del derecho individual y colectivo del trabajo, sin aplazar elementos esenciales que son objeto de confrontación política y social. Tales elementos, a veces soslayados por

la consecución de reformas menores, ya no deben quedar extramuros de la construcción de un modelo entero renovado, que atienda más al equilibrio y eficiencia del marco regulatorio global que a la satisfacción partidista de aspectos puntuales propensos a desdibujar la unidad y congruencia de la entera legislación laboral. Lo cierto es que, superado con creces el cuadragésimo aniversario del texto original del Estatuto de los Trabajadores (1980), las numerosas modificaciones de dicho texto realmente no han respondido a un planteamiento innovador y completo de esa neurálgica regulación laboral ni de sus presupuestos estructurales o transversales, conservándose, si no muchos de los contenidos primigenios, sí su ordenación y fundamentos nucleares, en un pretendido marco de equilibrio y protección de los intereses contrapuestos hoy superado. No es solo que se hayan alterado las condiciones de entorno de la relación laboral, es que han cambiado el objeto y los sujetos mismos que participan de ella, identificando un nuevo paradigma de trabajo e incluso un nuevo concepto de empleo de calidad a tutelar que inevitablemente remueve los iniciales equilibrios con que se venía solventando el conflicto social que es trasfondo del Derecho del Trabajo.

El cambio del paradigma jurídico laboral, tan ambicioso y complejo como imprescindible y urgente, requiere un esfuerzo riguroso y participado desde múltiples instancias, a nivel político, social, académico, judicial y cuantas otras puedan contribuir a una tarea de mirada larga que probablemente exija una legislatura completa, pese a los muchos avances existentes y los numerosos foros de reflexión abiertos al efecto. Parece adecuada la constitución de una Comisión de Expertos multidisciplinar capaz de diseñar un modelo renovado para el actual estado de cosas, susceptible de aunar múltiples enfoques y con intervención de todos los agentes implicados, pero sobre una base de imprescindible expertise que asegure mayor neutralidad de juicio. En efecto, tal modelo tiene la virtualidad de minorar los riesgos de polarización que obstaculizan la consecución de una norma con pretensiones de estabilidad, ajena a los vaivenes partidistas y a posiciones iniciales maximalistas de los interlocutores sociales, facilitando el gran pacto político y social que la materia requiere. No se trata, desde luego, de eludir la confrontación de posiciones opuestas, ni de negar el innegable tinte ideológico de las diversas opciones posibles a dilucidar, sino de acortar el recorrido de la disensión avanzando el debate hasta un punto de mayor dificultad de retroceso o paralización.

En todo caso, nada elude el diálogo social, porque el acuerdo en esa sede otorga legitimidad, estabilidad y confianza en el sistema, aunque aquel debiera situarse por fin en una visión integral y de conjunto capaz de superar su lógica enfrentada en aspectos parciales. Los agentes sociales han demostrado que, lejos de los focos y en negociación discreta, aun en tiempos convulsos, como evidencia el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante, VAENC) son capaces de acordar líneas reformistas y anticipar marcos regulatorios dirigidos a la mejora de la productividad, la creación de riqueza, el incremento del empleo y su calidad y la contribución a la cohesión social. Acuerdo social que, por lo demás, debiera influir decisivamente en el máximo consenso político, también indispensable en un contexto merecedor de un gran pacto de Estado.

Respecto del contenido de ese futuro Estatuto (en adelante, ET), el alcance subjetivo de la norma, que debiera tener vocación de código laboral, habría de incorporar todas las formas de prestación de servicios, no solo la relación de trabajo ordinaria. Así, parece oportuno incluir las relaciones laborales especiales, ahora dispersas y con regulación específica, adaptando ordenaciones casi siempre obsoletas y poco congruentes entre sí en un marco unitario y simplificado. Inclusión extensible al propio trabajo autónomo, toda vez que su (a veces) difusa frontera con el trabajo por cuenta ajena recomienda que ambos modelos de empleo dialoguen en una misma norma, clarificando formas atípicas de trabajo de difícil encaje por separar aspectos a veces compartidos. Y del lado ahora del empleador, también conviene atender en el nuevo marco laboral, entre otras cuestiones, a la dimensión empresarial, con una eventual dualidad normativa selectiva y motivada, para que un régimen excepcional no desincentive el crecimiento de las empresas en una economía donde la concentración empresarial aumenta la competitividad y resiliencia, pero que tampoco ignore las mayores dificultades y riesgos para su viabilidad y la del empleo de la PYME fruto de una legislación igual sin distinguos en todas las unidades productivas. Ya existen regulaciones diferenciadas, pero no faltan voces que abogan por su ampliación a otros aspectos laborales que, en el marco del necesario equilibrio de las empresas y la evitación de competencia desleal entre ellas, merecen ser considerados para su previsión o no.

Por su parte, en lo relativo a cuestiones de carácter más material u objetivo, es imprescindible que el nuevo ET proceda, de una parte, a una innovadora estructura de su articulado, a una renovada ordenación interna que facilite la mejor comprensión de sus bloques temáticos y disposiciones y la supresión de innecesarias e inapropiadas duplicidades reguladoras. No es aceptable en buena técnica jurídica que, por ejemplificar, varios preceptos estatutarios reproduzcan los sujetos legitimados para negociar en períodos de consultas sobre diversas medidas, o las causas para la adopción de decisiones empresariales cuando no añaden condiciones diversas o más exigentes, o los límites cuantitativos y temporales de las decisiones colectivas o, en fin, las causas de nulidad del despido que repiten las diferentes fórmulas extintivas. El ET debe tender a una regulación simplificada que pasa por expresar reglas y principios generales conformadores de un verdadero sistema jurídico al que sobreponer después el régimen jurídico singular y propio de las diversas instituciones. De otra parte, la sucesión de contenidos estatutarios debe guardar una lógica interna diferente, ofreciendo un discursar natural por las diferentes fases del contrato, desde su celebración y modalidades hasta su extinción, pasando por los diferentes contenidos contractuales y el régimen de sus modificaciones. A ello debieran anteceder unas primeras disposiciones relativas a la identificación del ámbito de aplicación y fuentes de la relación laboral, de manera más clara y completa que la vigente, con especial énfasis en la negociación colectiva. Por último, es indispensable suprimir ciertas regulaciones disfuncionales y obsoletas (como es el caso de los arts. 18, 19 y 81 ET), homogeneizar y clarificar la redacción legal (abundan disposiciones con dicciones muy poco cuidadas y confusas y el lenguaje inclusivo, por poner un mero ejemplo, solo tras pasa unos pocos preceptos) y, sobre todo, incorporar de forma sistemática y unitaria contenidos ahora ausentes de la norma estatutaria pero intrínsecos al actual mundo del trabajo. Este segundo caso afecta de manera muy especial a los derechos y deberes relativos a la digitalización del trabajo e impacto de la inteligencia artificial, que ponen en tensión muchos derechos fundamentales de los trabajadores, pero capaces de incidir seriamente también sobre intereses de las empresas. Nueva generación de contenidos fruto de la generalización de las TIC que tampoco resta importancia a otras expresiones de derechos hoy superadas o dispersas en diversas normas, como demuestra de forma prototípica la no discriminación, pero que afecta igualmente a otros derechos afectados, como este último, por un acervo normativo y jurisprudencial, europeo e interno, que la norma laboral básica debe incorporar para asegurar su renovado sentido y funcionalidad. En este capítulo de derechos, pero igualmente en otros numerosos aspectos laborales, hay margen para reflejar relevantes interpretaciones judiciales consolidadas que han venido rellenando en estos años ambigüedades o lagunas legales.

Por su parte, en orden a los elementos transversales del nuevo marco regulador, parece adecuado destacar un doble ingrediente de la argamasa con que construir el renovado edificio laboral. Primero, el reconocimiento de la negociación colectiva como fórmula ideal de gobernanza de la relación laboral, que reclama un nuevo paradigma en la relación ley-convenio comúnmente aceptado, pero legalmente defraudado. Segundo, la completa regulación estatutaria en clave de flexiseguridad, que combina flexibilidad y adaptabilidad en el trabajo, amplificando la capacidad empresarial y la eficiencia productiva, con seguridad de los trabajadores en las transiciones laborales, superando la protección del puesto de trabajo en la empresa para acentuar la del empleo y la del propio trabajador, en lo que constituye un factor modernizador decisivo que ha inspirado nuestras reformas laborales en este siglo.

En lo relativo a la negociación colectiva, una realidad heterogénea, cambiante y crecientemente diversificada, tanto del lado de empresas como de trabajadores y empleo en general, pugnará con frecuencia con una regulación legal uniforme, incapaz de atender a las exigencias objetivas y subjetivas de sectores y empresas, pero también de trabajadores. Hay que otorgar mayor espacio a la negociación colectiva, al tiempo que la norma estatal debe reconocer a aquella verdadera autonomía, promoviendo un sistema de relaciones laborales menos intervenido y más autogobernado por los sujetos colectivos. La ordenación del ET en esta materia, aun con notables reformas, no ha transformado realmente su cualidad original, de modo que se impone un replanteamiento global de la negociación colectiva hasta convertirla en la pieza reguladora central, con capacidad de decidir libremente sin condicionamientos heterónomos ni cuestionamiento de sus regulaciones. En un estadio de evolución de las relaciones colectivas profundamente

diverso del que acompañó la inicial redacción del Título III del Estatuto de los Trabajadores, cuyas bases intrínsecas subsisten, las tradicionales reglas de “dirección” u “orientación” legal de la autonomía colectiva, a menudo imperativas, si justificadas en ese momento, carecen hoy de sentido.

En apariencia, la ley atribuye a la regulación del convenio colectivo un incrementado catálogo de materias sobre las que presupone una amplia libertad ordenadora y una preferencia por la regulación convencional, pero apenas se oculta el ingente número de condiciones que acompañan a esa atribución ni, desde luego, la predeterminación de elementos constitutivos tan esenciales como las unidades de negociación, las reglas de articulación convencional o el propio contenido de los convenios. De modo que la expresada libertad negocial es ficticia y se encuentra muy intervenida o encorsetada. La ordenación legal (y, sobre todo, reglamentaria) ha de simplificarse y reducirse hasta hacerse mayoritariamente dispositiva o subsidiaria para supuestos de vacío de regulación; y ello es compatible con que la norma estatal preserve su regulación mínima en aquellos aspectos de la relación de trabajo que no pueden quedar a expensas de la negociación colectiva por comprometer aspectos esenciales de la relación de trabajo susceptibles de alterar de modo sustancial el equilibrio contractual. En el resto, una regulación homogénea pretendidamente garantista de la posición de debilidad en la relación laboral, sobre mostrar desconfianza en la madurez y responsabilidad del modelo de autogobierno y en sus artífices, puede tornarse disfuncional para la productividad y el crecimiento económico, terminando por amenazar el mayor y mejor empleo.

En todo caso, el éxito de este modelo autónomo sin interferencias, orientado a fortalecer la negociación colectiva y a generar convenios mejor articulados, más flexibles y dinámicos y con mayor potencial de contenidos innovadores, presupone la actuación de unos sujetos colectivos representativos, sólidos y estables, que generen credibilidad en ambas partes de la relación laboral y certidumbre en el entero sistema. Si ello, aun con disfunciones menores, resulta más asequible en la negociación colectiva sectorial, con sujetos fácilmente reconocibles en pie de igualdad, no siempre es tan evidente a nivel empresarial. La reforma debe transitar sin duda por incrementar las fórmulas de negociación colectiva empresarial, aunque, en un tejido productivo como el español con tan mayoritaria presencia de PYME, esa negociación (y participación colectiva, en general) inter pares puede mostrar signos de debilidad y desequilibrar las posiciones de las partes, generando desconfianza, especialmente en la parte social, excluida a veces del sistema por la inexistencia de interlocutores a ese nivel. Ello recomienda una refundación no solo de la negociación colectiva, sino de gran parte del derecho colectivo del trabajo y, singularmente, del modelo de representación en las empresas (también de la representatividad empresarial, por razones diversas). He aquí un nuevo ejemplo de la interdependencia de cada pieza del puzzle decisivo también en el global funcionamiento del sistema y en las propias estrategias sindicales y patronales, aunque, paradójicamente, suele estar ausente del debate reformista. La renovación del ET no debiera prescindir, por tanto, de actuar sobre estos elementos configuradores ni, desde luego, sobre ese anacrónico doble canal de representación en la empresa generador de distorsiones e inconsecuente con la especial posición y legitimidad del sindicato, que termina pervirtiendo su lógica interna y su papel de gestor del conflicto social.

Pero retomando la negociación colectiva, el nuevo papel reclamado para ella impone un parejo fortalecimiento de una de sus principales expresiones, los procedimientos de solución autónoma de conflictos, consolidados pero requeridos de un potencial espacio de juego amplificado. Se trata del segundo eje transversal de un modelo más autónomamente gobernado por los sujetos colectivos que, sobre corregir las desventajas de una vía judicial colapsada, lenta y apenas participada por los sujetos en conflicto, evita la dificultad del juzgador para mantener el delicado equilibrio colectivo que subyace en muchas de las cuestiones litigiosas de carácter laboral; a lo que se suma, a tenor de la aceleración de los cambios en la actual dinámica empresarial, la grave disfuncionalidad de decisiones judiciales intempestivas que inciden sobre una realidad empresarial que puede no ser la original que suscitó el conflicto, provocando problemas añadidos. Así, el modelo de autocomposición de conflictos colectivos y aun individuales de trabajo es más respetuoso con la voluntad de las partes y más coherente con la frecuente naturaleza de conflicto de intereses, más que jurídico, que revisten muchas de las controversias planteadas ante la jurisdicción social.

Sirvan como ejemplo paradigmático las relativas a las solicitudes de medidas conciliatorias que enfrentan intereses individuales y empresariales desde un plano no estrictamente jurídico y que, amenazando con sobrecargar la jurisdicción laboral, hallan acomodo idóneo en los mecanismos de solución autónoma de conflictos completamente alternativos a la vía judicial, con mayor intervención de las partes y capacidad del mediador o árbitro para resolver con ecuanimidad. Pero son muchas otras las cuestiones abordables de este modo, en especial las relativas a tiempo de trabajo y descansos o trabajo a distancia, entre otras.

Por último, en cuanto a las fórmulas de ordenación laboral en ese nuevo marco legal menos intervencionista y simplificado, debe atenderse también a un razonable juego de los sujetos individuales en la consecución de sus legítimas expectativas profesionales y personales cuando no entren en contradicción con ámbitos de protección colectiva inexcusable de situaciones de desigualdad contractual, normalizando sin prejuicios la autonomía individual, como fuente también de satisfacción equilibrada de intereses de ambas partes que merece un espacio de reconocimiento, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional. Asimismo, sería deseable que las cláusulas convencionales asumieran con naturalidad el desenvolvimiento de la autonomía individual, formulando remisiones a ella donde cobren sentido y evitando presuponer que todo lo contenido en un convenio resulta absolutamente indisponible por contrato y constitutivo de un pacto individual antisindical.

Por lo demás, un segundo elemento sistemático que, se anticipó, debe expresar el modelo estatutario renovado es la flexibilidad, en su significado de capacidad de adaptación a necesidades económicas y empresariales cambiantes e inciertas. Concepto opuesto a la rigidez, frecuentemente interpretado como una rebaja incondicionada y asequible de condiciones laborales, aunque realmente no es tal su finalidad intrínseca, orientada a la acomodación al cambio de condiciones productivas y organizativas en las empresas, lo que, indirectamente, promueve la estabilidad en el empleo. Probablemente usos abusivos en momentos críticos recientes de devaluación, quizá injustificada de las condiciones de trabajo, han pervertido el concepto de flexibilidad laboral y lo han equiparado a absoluta discrecionalidad empresarial. Pero la flexibilidad solo implica atender a circunstancias empresariales fundadas, lo que hay que asumir en la confianza de su razonable utilización por parte de los empleadores (y de los representantes de los trabajadores en sus funciones participativas). Los fraudes, excesos o irregularidades producidos en un sistema flexible, sometido a control judicial y vigilancia y sanción de la autoridad laboral, no son más abundantes que los que se advierten en un sistema rígido y este segundo, además, puede actuar de freno al crecimiento y mejora del empleo. Si la normativa laboral se ha solido concebir como respuesta a la sola tutela de los derechos e intereses de los trabajadores, limitativos del poder del empleador y no equiparados a los de la correcta organización de las actividades productivas y necesaria eficiencia empresarial (cuya garantía exige considerar decisiones amparadas en la libertad de empresa, constitucionalmente consagrada), emerge ahora una resignificación del concepto de flexibilidad laboral que promueva respuestas normativas igualmente adecuadas a las necesidades organizativas y productivas de las empresas, que aseguren no solo su viabilidad sino su competitividad y crecimiento. Respuestas cuya articulación, claro es, deben salvaguardar los derechos de los trabajadores, pero desde una metodología diversa de su sola y sistemática ampliación, obviando o subordinando a ellos, de forma mecánica y apriorística, las exigencias productivas de las empresas. El reiterado equilibrio del modelo requiere que sus piezas también sustenten las soluciones normativas que tales exigencias requieren que, no se olvide, son presupuesto de que los derechos laborales se desenvuelvan y dispongan de un espacio ancho y estable para ejercerse.

En un contexto de volatilidad económica y transformaciones de los modos de producción y trabajo, cobran especial valor las medidas de flexibilidad interna que aseguran la adaptabilidad a las circunstancias cambiantes y la viabilidad de empresas y empleo. El conflicto de intereses subyacente (de la empresa de modificar las condiciones laborales con agilidad y con los límites mínimos y del trabajador de no aceptar aquella modificación no consentida), parece equilibrarse legalmente de forma adecuada en la exigencia de una causa suficiente, un procedimiento garantista y la capacidad resolutoria indemnizada del trabajador, con control judicial sobre la causa y procedimiento. No obstante, hay margen para reducir un foco de inseguridad jurídica que en ocasiones sitúa al órgano

judicial ante un complejo análisis de elementos de gestión empresarial atinentes a la libertad de empresa que requiere cautela. Situación que reconoce de nuevo a la negociación colectiva como el mejor garante del imprescindible equilibrio de posiciones.

A su vez, la reforma legal debe considerar otros dos elementos. Primero, debe introducir la digitalización y el impacto de las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial entre las causas que permiten la adopción de estas medidas de flexibilidad, dado su protagonismo en la organización del trabajo. Y, segundo, debiera apostar con claridad, en caso de necesidades empresariales, por las medidas de flexibilidad interna frente a la extinción contractual, aun cuando carecemos de incentivos reales que propugnen una suerte de prelación por la decisión menos aflictiva para el empleo respecto de la más grave; al contrario, el sistema apenas discrimina la causalidad y rigor procedimental de una y otra. Así, en la práctica, las medidas conservadoras del empleo pueden terminar resultando para la empresa más arriesgadas jurídicamente y menos previsibles en términos de coste empresarial que el despido. No se trata de establecer una preceptiva secuencia de medidas de ajuste previas a la extinción, cuya selección solo ha de corresponder a la empresa en su legítimo ámbito de gestión, pero tampoco de ignorar que el despido puede prevalecer por una regulación poco congruente entre la exigencia empresarial causal y procedimental a la altura de sus consecuencias laborales. De ahí que debiera trasladarse a la redacción legal la consideración de medidas razonablemente progresivas y de respuesta a grados escalonados de menor a mayor gravedad de la situación empresarial que, sin obligar a las empresas a su necesaria adopción en un cierto orden, sí incentive la aplicación de las medidas de flexibilidad interna por disponer de un régimen más asequible y con idéntica seguridad jurídica. De igual modo que sería conveniente diferenciar el rigor exigible a medidas estructurales y definitivas o meramente coyunturales, donde la posición del trabajador resulta menos perjudicada.

Desde esta premisa, serán más fácilmente abordables las eventuales modificaciones legales en materia de despido, tan protagonista estos últimos meses al hilo del debate sobre las indemnizaciones y otras cuestiones interconectadas. El modelo indemnizatorio ha funcionado en general y no parece que deba ser ni su cuantía ni su diversificación, según condiciones del trabajador o carácter disuasorio para el empleador, elementos a reconsiderar. Con todo, la reforma integral del Estatuto no puede dejar de abordar el perfecto encaje del despido en el nuevo modelo resultante ni, desde luego, mantener algunos focos de inseguridad jurídica bien detectados capaces al tiempo de incrementar costes empresariales, en detrimento todo ello también del empleo. Equilibrio de posiciones y de intereses recurrente, como se anticipó, y medible, más que institución por institución, desde una visión elevada del modelo en su conjunto, la única adecuada y ecuánime, aun cuando cueste trascender de esa mirada parcial que ha venido operando de manera casi exclusiva en la mayoría de las reformas laborales.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

BOE

Medidas urgentes

Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición 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, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.

Seguridad Social

Real Decreto 1133/2023, de 19 de diciembre, por el que se regula el cómputo de los períodos trabajados en organizaciones internacionales intergubernamentales a efectos del reconocimiento y cálculo de determinadas pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Conciliación de la vida laboral y familiar: la constante controversia existente en materia de adaptación de la jornada

María Olabarriá Álvarez | Abogada

- › Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 2 de octubre de 2023 (Rec. 1195/2023)

La sentencia que nos ocupa hace referencia al derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, concretamente, al derecho a la adaptación de la jornada laboral. En este caso nos encontramos con una trabajadora que presta sus servicios para una empresa de Contact Center como teleoperadora especialista con una jornada laboral con concreción horaria de 20 horas semanales, de lunes a domingo, y turno de tarde de 15.00 a 19.00 horas, siéndole de aplicación el II Convenio Colectivo Estatal del Sector del Contact Center. Asimismo, la citada trabajadora presta sus servicios en modalidad de teletrabajo y se encuentra adscrita a una campaña denominada “*Campaña Vodafone tú a tú*”, la cual atiende a los clientes de lunes a sábado en horario de 8.00 a 22.00 horas.

Pues bien, la trabajadora presenta demanda ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Ponferrada como consecuencia de la denegación por parte de la empresa de su petición de adaptación de jornada, de forma que únicamente prestase sus servicios en el turno de mañana de 09.30 a 13.30 horas, solicitando así dicha adaptación al objeto de poder conciliar su vida laboral y familiar. Asimismo, la trabajadora solicita en su demanda que se le abone el importe 3.150 euros en concepto de indemnización por daño moral consecuencia de la referida negativa empresarial a su solicitud de adaptación del tiempo de trabajo.

Concretamente, la trabajadora sustenta su petición de adaptación de jornada en el hecho de que la misma es la cuidadora principal de sus hijos menores de edad, de 9 y 5 años respectivamente, y que en horario de tarde su marido no está disponible para atenderles ni se halla tampoco abierta en este horario la escuela, la cual cierra a las 14.00 horas.

Por su parte, la empresa esgrime como motivos para su denegación que: (i) la trabajadora dispone ya de una concreción horaria, prestando el resto de sus compañeros servicios en horario de tarde de 15.00 a 24.00 horas; (ii) la trabajadora presta sus servicios en modalidad de teletrabajo; (iii) la empresa sufre un sobredimensionamiento de su plantilla, concretamente en el servicio de destino donde presta servicios la trabajadora; y (iv) el 49% de la plantilla de mañana cuenta con concreción horaria, habiendo solicitado la empresa empleados voluntarios para que pasen a prestar servicios en la jornada de tarde.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ponferrada desestima la demanda y la trabajadora interpone recurso de suplicación. En este sentido, la trabajadora argumenta en su recurso que se ha infringido el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”), en relación con el artículo 14 de la Constitución Española (“CE”) sobre la no discriminación, así como el artículo 39 de la CE sobre la protección de la familia, todo ello al ser cuidadora principal de sus hijos menores y estar su marido trabajando rotativamente en horario de lunes a viernes de 6.00 a 14.00 horas, de 14.00 a 22.00 horas y de 22.00 a 6.00 horas, con viajes frecuentes al extranjero. De igual manera, la trabajadora complementa su argumento haciendo hincapié en la relevancia constitucional de los derechos de conciliación, defendiendo que se debe tener presente que el objetivo de los mismos no es sino fomentar una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de las obligaciones familiares y, por ende, garantizar un reparto más equilibrado de las cargas y una mayor igualdad (SSTC 3/2007, de 15 de enero, 26/2011, de 14 de marzo, 119/2021, de 31 de mayo).

Frente a la argumentación anterior, la empresa expone los siguientes razonamientos:

- i) Como primer argumento alude a los artículos 191.2 f) y 200 de la LRJS y a una sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022, donde se indica

que no cabe recurso de suplicación en los procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el art. 139 de la LRJS. Este argumento lo completa alegando que además la trabajadora no ha incluido qué derechos fundamentales se vulneran, ni ha argumentado sobre la indemnización de daños y perjuicios solicitada.

- ii) Como segundo argumento, alude al artículo 38.4 del ET, defendiendo que la adaptación de la jornada debe ser razonable y proporcionada en atención a las necesidades organizativas y productivas de la empresa y de la trabajadora, y justifica que en el presente supuesto la empresa cuenta con el 49% de la plantilla con concreción de jornada y que además sufre un sobredimensionamiento de la misma que ha llegado a obligarla a solicitar a trabajadores de la jornada de mañana su cambio de jornada para prestar servicios en el turno de tarde.

Pues bien, el tribunal rechaza el primer argumento porque, a pesar de que el art. 192.1 f) de la LRJS habla de la irrecurribilidad de la materia en los procesos relativos “a los procedimientos sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el art. 139”, olvida la excepción que contempla la regla y que permite su recurribilidad “cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios”. Asimismo, razona que la trabajadora, aunque de forma dispersa, sí ha alegado como vulnerados los artículos 14 y 39 de la CE y que resulta suficiente la invocación de esos derechos para solicitar la indemnización por daño moral, requisito, como hemos dicho, que permite la recurribilidad.

Por otro lado, con respecto al segundo argumento, el tribunal considera que, a pesar de que la trabajadora es madre de dos menores de edad, escolarizados en horario de mañana en su localidad de residencia, y que presta servicios de 15.00 a 19.00 horas en modalidad de teletrabajo, **no existe ni ha quedado acreditada imposibilidad de conciliación ni incompatibilidad horaria**. Lo anterior en base a los siguientes hechos:

- El padre puede dedicarse al cuidado de los hijos en los periodos laborales no coincidentes, ya que no siempre tiene asignado el turno de tarde de 14.00 a 22.00 horas, sino que rota y, además, no se ha podido acreditar la frecuencia de sus viajes al extranjero.
- La empresa cuenta con el 49% de la plantilla de mañana con concreción horaria, habiendo solicitado la empresa voluntarios para que pasen a prestar servicios en jornada de tarde.
- Existe un sobredimensionamiento de la plantilla en el destino donde la trabajadora presta sus servicios.
- La trabajadora tiene ya una concreción horaria y presta sus servicios en modalidad de teletrabajo, lo que le otorga una mayor flexibilidad y capacidad conciliatoria.
- Durante la mañana, de 9.00 a 14.00 horas, los hijos están escolarizados.

Como consecuencia de todo lo anterior, el tribunal desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ponferrada, considerando ajustada a derecho la denegación de la empresa de la solicitud de la empleada.

Con carácter conclusivo, del fallo emitido por el tribunal se pueden extraer las siguientes consideraciones de interés:

- A pesar de que el Tribunal debe valorar la dimensión constitucional de todas las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde el derecho a la no discriminación por razón de sexo como por circunstancias personales, además de proteger a la familia y a la infancia; **también está obligado atender a las necesidades de producción y organización** de las empresas para determinar qué trabajadores se necesitan en cada momento, así como que las adaptaciones de horario, jornada, etc. son razonables y proporcionadas en atención a estas últimas.
- La **existencia de otras medidas tendentes a la conciliación de la vida familiar y laboral cobra peso** a la hora de conceder la adaptación de jornada, dándose, en este caso, especial importancia a la existencia de un 49% de la plantilla con concreción de jornada.

- La empresa **puede entrar a valorar la situación de familiares**, principalmente de la pareja, para ver si efectivamente existe dicha incompatibilidad. Concretamente, en el supuesto se otorgaba relevancia al hecho de que el padre tuviese horarios no coincidentes para cuidar a los hijos. Sobre este punto, parece oportuno destacar que existe en la actualidad cierta controversia, al entrar en conflicto con el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, lo que ha llevado a pronunciamientos judiciales no coincidentes en este aspecto.
- Toda incompatibilidad en la que se sustente la solicitud de adaptación de jornada **debe quedar acreditada mediante prueba**. De hecho, creemos que de haberse acreditado una elevada frecuencia de viajes a Francia por parte del padre la decisión del tribunal podía haber sido diferente, o al menos podía haber resultado más difícil para la empresa denegar la adaptación.
- El derecho de adaptación, a diferencia de la reducción de jornada, **no opera de forma automática, sino que debe entrar a valorarse la razonabilidad y proporcionalidad de la solicitud**, todo ello atendiendo, además, a las necesidades organizativas y productivas de la empresa. En otras palabras, se requiere de una apariencia de buen derecho.
- El hecho de que los hijos **fueran menores de 12 años permite que no sea necesario acreditar la necesidad de cuidado**, la cual se presupone, pero sí que efectivamente existe dicha necesidad adaptativa de la jornada laboral.

En definitiva, esta sentencia parece seguir la misma línea que la **sentencia de 27 de julio de 2023 (Rec. 1562/2022)** emitida por este mismo Juzgado con anterioridad donde se denegaba la adaptación de jornada como resultado de haber quedado acreditadas las dificultades organizativas de la empresa y la existencia de compatibilidad de horario del padre. Es más, en dicha sentencia **se llegaba incluso a considerar ajustada la denegación de la adaptación de jornada, aunque la misma hubiese sido acreditada directamente en juicio y no en la comunicación empresarial de denegación**.

Por ende y, para finalizar, queda claro que en lo que a adaptación de jornada respecta, deberemos entrar a valorar muy a fondo todos los requisitos que concurren en el supuesto concreto incluyendo los de los familiares, si bien estos últimos resultan controvertidos, así como la forma de proceder de las partes en cuanto al proceso de negociación y las pruebas que se aportan, a los fines de determinar con fundamento suficiente si procede o no la concesión de la adaptación de jornada.

El Tribunal Supremo vuelve a delimitar los supuestos para declarar procedente una extinción por voluntad del trabajador por retrasos indebidos e impagos en el abono del salario

Fernando Lisbona González | Asesor jurídico

› Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sentencia 719/2023, de 4 octubre (Rec. Núm. 3715/2022)

1. El derecho a la rescisión unilateral del contrato por parte del trabajador

El ordenamiento jurídico español contempla una forma de extinción del contrato de trabajo que parte de la propia iniciativa justificada del trabajador y basada en un incumplimiento empresarial grave. Esta fórmula extintiva implica percibir en la finalización del contrato la indemnización correspondiente al despido improcedente y permitir el acceso del trabajador a la prestación por desempleo, de cumplirse los requisitos exigidos, fundamentándose en que la resolución del contrato de trabajo se basa en un motivo que es ajeno a su propia voluntad y concurre, por tanto, la situación legal de desempleo.

Esta figura, conocida, según acaba de anticiparse, como extinción por incumplimiento del empresario se regula en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, que contempla:

«1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

(...)

b) *La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*

(...)

2. *En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente».*

Para percibir la indemnización por despido improcedente que menciona el apartado 2 del artículo 50 ET, la misma debe ser acordada judicialmente cuando el empresario no atiende a la solicitud de rescisión indemnizada del trabajador. Ello implica que el trabajador debe continuar prestando servicios en la empresa durante todo el tiempo transcurrido desde la solicitud hasta que se dicte una sentencia (que además debe adquirir firmeza) o hasta que las partes acuerden esta resolución en fase de conciliación judicial o extrajudicial.

El problema surge, entonces, en ausencia de criterio preciso ya sea en el Estatuto de los Trabajadores ya en alguna otra norma concordante, cuándo un incumplimiento o retraso en el pago de salarios supone el incumplimiento empresarial que permite el ejercicio del derecho de la persona trabajadora a la resolución de su contrato laboral con derecho a percibir la indemnización equivalente al despido improcedente.

Ante este vacío, la jurisprudencia se ha encargado de generar unos parámetros básicos o líneas interpretativas a seguir a la hora de aplicar este artículo, que cabe resumir de la siguiente manera:

- i) No es obligatoria la culpabilidad en el incumplimiento del empresario. Es decir, la mala situación económica empresarial no influye en la posible consideración del impago como causa de extinción justificada¹.
- ii) Se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento. A efectos de determinar tal gravedad se debe ponderar el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal (el número de retrasos y su persistencia a lo largo de la relación laboral) y cuantitativo (cantidad total que debe la empresa al trabajador)².
- iii) Este criterio objetivo de valoración no es apreciable cuando el retraso no supera los tres meses. Es decir, que, si el retraso se debe a una situación puntual inferior a tres meses, en ese caso no se puede considerar procedente la resolución unilateral del contrato por parte del trabajador³.

2. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sentencia 719/2023 de 4 Oct. 2023 (Rec. núm 3715/2022)

Partiendo del escenario anterior, resulta de especial interés la reciente sentencia de 4 de octubre de 2023, dictada por la Sala de lo Social del Supremo (el “Tribunal” o la “Sala”). En ella se estima la demanda presentada por un trabajador ante los retrasos e impagos en el salario de su empleador bajo las premisas del artículo 50.1.b) ET.

En concreto, el actor es un trabajador por cuenta ajena que trabaja en una empresa del sector de la construcción. Consta como hecho probado que el demandado ha venido abonando al actor su salario con retrasos de 8 días de media en un periodo de 17 meses. En concreto, 10 retrasos cortos (menos de una semana de retraso), retrasos medios (menos de un mes de retraso) y 4 retrasos largos (más de un mes de retraso). Aparte de ello, la empresa adeudaba al actor dos mensualidades de su salario.

Ante este incumplimiento empresarial, el actor demanda a la empresa y solicita la extinción de su relación laboral bajo el amparo del artículo 50.1.b) ET, solicitando a su vez el abono de los salarios endeudados.

1. Criterio recogido por las SSTs 22 de diciembre de 2008 (rec. núm 294/2008), 3 diciembre de 2012 (rec. núm 612/2012), 20 mayo de 2013 (rec. núm 1037/2012) y 26 de julio de 2012 (rec. núm 4115/2011), entre otras.

2. Criterio recogido por las SSTs 9 de diciembre de 2010 (rec. núm 3762/2009), 20 mayo de 2013 (rec. núm 1037/2012), 16 julio de 2013 (rec. núm 2275/2012), 3 diciembre de 2013 (rec. núm 540/2013) y 19 de enero 2015 (rec. núm 569/2014), entre otras.

3. Criterio recogido por las SSTs 25 de septiembre 1995 (rec. núm 756/1995), 10 de junio 2009 (rec. núm 2461/2008) y 9 diciembre de 2016 (rec. núm 743/2015), entre otras.

En primera instancia se estimó parcialmente las pretensiones del demandante, pues condenaron a la empresa a abonar lo adeudado, pero se desestimó, en cambio, la pretensión de extinción de la relación laboral con derecho a indemnización, al no considerarse como suficientemente graves los retrasos e impagos acreditados.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias volvió a confirmar el fallo de primera instancia, ya que este tampoco valoró indicio suficiente en los hechos para activar el mecanismo del artículo 50 ET.

Ante ello, el actor formalizó un recurso de casación para la unificación de doctrina alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 31 de marzo de 2022 (rec.núm 39/2022).

La sentencia que utiliza la parte actora para alegar la contradicción necesaria se refiere a otro trabajador de la misma empresa, de igual categoría profesional, al que, de manera muy similar, se le viene abonando el salario con retraso desde el mes de diciembre de 2018 a enero de 2021, resultando impagados los meses de marzo y abril de 2021 y 25 días de mayo. Como en la propia sentencia se indica, el retraso en el abono de los salarios del trabajador es como media de 3,6 días en un período de 25 mensualidades. En concreto, 22 retrasos cortos (menos de una semana de retraso) y 3 retrasos medios (menos de un mes de retraso). En este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, entendió que ese incumplimiento empresarial sí era presupuesto para albergar la suficiente gravedad que requiere el artículo 50.1.b) ET, estimando como procedente la finalización unilateral por parte del trabajador de la relación laboral.

El Tribunal Supremo, al analizar los dos casos, confirma la identidad de hechos y la disparidad de resultados necesarias para cumplir los términos del artículo 219.1º LRJS, afirmando en sus propias palabras que: “Los datos de las sentencias en comparación demuestran claramente la manifiesta identidad sustancial de los hechos, y no cabe otra conclusión que apreciar la existencia de contradicción”.

Así, a la hora de analizar el fondo del asunto, hace referencia a la STS 9/2023, de 10 de enero (rec.núm 2166/2021) donde, en un caso parecido, ya se pronunció el órgano judicial sobre los requisitos necesarios para extinguir la relación laboral unilateralmente por parte del trabajador ante los retrasos o impagos en el abono de los salarios. En ella afirman ya que, para que prospere la causa resolutoria en el incumplimiento empresarial, es esencial la presencia del requisito de gravedad.

En este sentido, a fin de evaluar dicha gravedad, se afirma que se debe considerar exclusivamente si el retraso o la falta de pago son significativos o trascendentes en relación con la obligación de pagar el salario puntualmente, de acuerdo con los artículos 4.2.f) y 29.1 ET. Esta valoración implica ponderar la magnitud del incumplimiento según criterios temporales (retrasos prolongados y persistentes) y cuantitativos (monto adeudado). La gravedad se manifiesta, pues, cuando el impago de salarios no es un simple retraso ocasional, sino un patrón persistente de comportamiento, evidenciando una falta continuada en el deber de abonar los salarios debidos.

A lo anterior, se añade que para la concurrencia de esa causa extintiva habrá de aplicarse un criterio objetivo en la valoración de la conducta de la empresa, basado en los principios que ya se mencionaron en la introducción de este comentario, esto es, la irrelevancia de culpa en el incumplimiento del empresario, la no justificación de los retrasos en las malas condiciones económicas de la empresa y la no exigibilidad al trabajador de adaptación al retraso sólo porque este se reitere en el tiempo de manera previsible.

Por todo ello, la Sala estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y revoca en parte la sentencia de instancia para estimar en su integridad la demanda, declarar extinguido el contrato de trabajo y condenar a la empresa al pago de una indemnización por despido improcedente de 37.310,62 euros.

3. Criterios delimitadores utilizados por la jurisprudencia.

Una vez analizadas estas pautas orientadoras, es conveniente aportar una perspectiva global de lo que el Alto Tribunal ha estimado como de suficiente gravedad para activar el mecanismo del artículo 50 ET.

Así vemos que, se consideran de suficiente gravedad circunstancias como las siguientes:

- i) Dilaciones que oscilaron entre 10 y 15 días durante el periodo de febrero 2003 a diciembre 2007 (STS de 10 de junio de 2009, rec. núm 2461/2008).
- ii) Retrasos que tuvieron lugar de manera ininterrumpida durante un lapso de nueve meses, con demoras variables de entre 8 y 17 días, y un retardo promedio de 13,5 días (STS 3 de diciembre de 2012, rec.núm 612/2012).
- iii) La demora que se extendió entre 18 y 26 días en cinco mensualidades (STS de 20 mayo 2013, rec. núm 1037/2012).
- iv) Retrasos distribuidos a lo largo de 14 meses consecutivos, con dilaciones que variaron entre 3 y 28 días, y una media aproximada de 11 días por mes (STS 24 de septiembre 2013, rec. núm 3850/2011).
- v) Dilaciones que se prolongaron durante un período continuado de 15 meses, con el retraso fluctuando entre 15 y 26 días, alcanzando un promedio de 22,5 días (STS 16 de julio de 2013, rec. núm 2275/2012).
- vi) Los retrasos continuados de entre 1 y 2 meses durante un periodo superior al año (STS de 19 noviembre de 2013, rec.núm 2800/2012).
- vii) En caso de que la empresa aún adeudara tres mensualidades y una paga extraordinaria en la fecha del juicio (STS 3 de diciembre 2013, rec. núm 540/2013).
- viii) Un retraso persistente y reiterado que se prolonga a lo largo de un período ininterrumpido de trece meses, con un tiempo de duración media de 13,6 días (STS 6 de noviembre de 2017, rec. núm 683/2016).
- ix) El retraso que afecta a cinco mensualidades, abonadas con demoras comprendidas entre 15 días y 3 meses (STS de 19 diciembre de 2019, rec. núm 2915/2017);

De la lectura de estas sentencias se puede extraer que el Tribunal Supremo valora como suficientemente grave una media de retrasos en el pago de los salarios de en torno a 10 días si éste se extiende a lo largo de más de medio año aproximadamente.

Como se puede apreciar, el criterio de esta sentencia (17 mensualidades de retrasos y 2 de impagos) superan manifiestamente el canon asentado por resoluciones anteriores. Todo ello se une a otros muchos pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con la resolución unilateral del contrato por parte del trabajador. Doctrina judicial imprescindible, pues ha sido la jurisprudencia la encargada de rellenar el vacío legal provocado por la abierta y genérica redacción del artículo 50 ET, que requiere la colaboración de la interpretación judicial para fijar el límite de este incumplimiento a efectos de su consideración como grave y continuado, con cuantos efectos indemnizatorios y de protección social se deriva de esta calificación.

La Audiencia Nacional impone una importante sanción económica a una empresa por haber impedido la negociación de un plan de igualdad, con un enfoque innovador sobre la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios causados al sindicato demandante

Blanca Nieto | Abogada

- › Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, número 126/2023 de 17 de noviembre (Rec. núm 226/2023)

Toda empresa está obligada a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular

quienes hayan sido objeto del mismo. Además, tratándose de empresas de más de 50 trabajadores, las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad.

Sobre este deber de elaboración y aplicación de un plan de igualdad se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su reciente sentencia número 126/2023 de 17 de noviembre, imponiendo una importante sanción económica a una empresa por no haber cumplido con la obligación de negociar e implantar el plan de igualdad, con toda una serie de obstáculos que acabarían vulnerando el derecho de libertad sindical, en su vertiente funcional del derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante. En este contexto, es crucial resaltar que la sentencia en cuestión adquiere una importancia significativa debido a la manera en que se determina la cuantía de la sanción que debe ser abonada al sindicato demandante.

Pues bien, el litigio se origina a raíz de la presentación de una demanda en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas por parte del sindicato colectivo independiente de trabajadores de prevención y salud y frente a la empresa ASPY PREVENCIÓN, S.L.U., siendo sus pretensiones las siguientes:

“1.- Se declare la existencia de vulneración del Derecho Fundamental a la Libertad Sindical del art. 28 CE, en su vertiente de negociación colectiva.

2. Se ordene el cese inmediato de la actuación contraria a libertades públicas así como la nulidad de la conducta vulneradora, consistente el impedimento continuado del procedimiento negociador, mediante la no aportación de documentación preceptiva para la realización del diagnóstico.

3.- Así como, que se condene a la empresa ASPY PREVENCIÓN S.L.U. a la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración del Derecho a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva que en la presente se impugna, incluido el abono de una indemnización ex art 182 LRJS calculada en monto de:

- 74,72 euros diarios para el período comprendido entre la finalización del plazo, el 1 de diciembre de 2019, para tener negociado, aprobado y presentada la solicitud de registro de su plan de igualdad, por un total de 73000. Este importe a penas alcanza el 0,01% de la cifra de negocios de la empresa de 2021.

-113 euros diarios para el período comprendido entre la interposición de esta demanda y la Sentencia, cuyo aumento se justifica, además del sufrimiento arbitrario e injusto por parte de la actora en la conducta sindical impugnada, por la necesidad en que se ha visto de recurrir y costear el proceso judicial.

-150,66 euros diarios para el período comprendido entre la Sentencia y el definitivo establecimiento de un Plan de Igualdad válido”. [Énfasis añadido].

En el antecedente de hecho segundo de la sentencia se recoge una amplia explicación de las vulneraciones de la legalidad que habría cometido la empresa a juicio de la demandante, consistiendo básicamente en la falta de información relativa a la realización del diagnóstico previo de situación para elaborar el plan de igualdad.

Por la parte empresarial, si bien se reconoció que no se habían cumplido los plazos legalmente previstos para la puesta en marcha del plan de igualdad, se insistió en que se habían celebrado numerosas reuniones y que se había facilitado amplia información a la parte trabajadora, por lo que había existido una auténtica negociación, aun cuando no se hubiera podido llegar a un acuerdo.

Dicho lo anterior, conviene resaltar que en los hechos probados de la sentencia se destaca que, habiéndose constituido el 22 de septiembre de 2020 una Comisión de Igualdad de Oportunidades, y habiéndose producido más de 23 reuniones (siendo la primera el 6 de octubre de 2020 y la última el 9 de junio de 2023), no se habría alcanzado avance alguno en las negociaciones puesto que la

empresa habría realizado un diagnóstico previo de forma unilateral y sin facilitar a la representación legal de las personas trabajadoras la información requerida. Esto habría ocurrido a pesar de que se presentó una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 29 de abril de 2022 por parte de la representación legal de los trabajadores, requiriéndose a la empresa la entrega de cierta documentación, así como formándose 4 grupos distintos de trabajo cuya finalidad era promover las negociaciones.

Igualmente, se da debida cuenta en los hechos probados de la elaboración por parte de la consultora PwC, a petición empresarial, de una auditoría retributiva, habiéndose formulado varias observaciones por la representación legal de las personas trabajadoras, siendo una de ellas *“su desacuerdo con la valoración de puestos de trabajo, al no aportarse datos ni descripción de dichos puestos, ni el alcance ni el criterio empleado para la valoración y puntuación de los diferentes factores y subfactores evaluados”, así como que “los datos son de 2021 cuando el año en curso es el 2023, siendo esto contrario a la ley por ser necesario contar con los datos del año en curso”*.

Al abordar la resolución del conflicto, la conclusión de la Audiencia Nacional de estar en presencia de actuaciones empresariales que han vulnerado el derecho de negociación colectiva, obstaculizando de tal manera la aprobación del plan de igualdad hasta hacer inviable su aprobación, es clara e indubitada, afirmando que basta una lectura detenida de las 23 actas de las reuniones celebradas durante tres años para comprobar *“como de forma reiterada y constante, las distintas Secciones Sindicales que componían la representación de las personas trabajadoras en la comisión negociadora del plan, solicitaron a la empresa se presentara la información necesaria para la elaboración del diagnóstico de situación y del plan de igualdad. No son una ni dos las actas que ponen de manifiesto las deficiencias e insuficiencias de la información solicitada, sin que se haya obtenido por la empresa una respuesta satisfactoria a las indicaciones de la RLT”,* desglosando la actuación empresarial en la mayor parte de las reuniones, en las que no daba, o lo hacía de forma muy deficiente, respuesta a todas las peticiones formuladas por la parte trabajadora.

Además, la Audiencia Nacional califica de *“inadmisible”* la conducta empresarial, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo número 832/2028 de 13 de septiembre, al afirma que *“la actividad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, se ha visto frustrada por una conducta empresarial ausente de justificación que ha malogrado la aprobación del Plan de Igualdad en el plazo legalmente previsto. Plazo, que como se resaltó anteriormente, se declara imperativo por el RD 901/2022 y que ha sido incumplido a todas luces. Véase que reunión tras reunión, la RLT reiteró y requirió hasta la saciedad a la parte empresarial a que presentara los datos necesarios e imprescindibles para elaborar el diagnóstico de situación, pieza imprescindible del puzzle para elaborar el plan de igualdad. Y reunión tras reunión, solo se obtuvo respuestas evasivas, amparadas en supuestas dificultades técnicas, informáticas, de cambios de gestoría o atinentes a la actividad de la empresa contratada para elaborar el registro retributivo. O se presentaba una excusa o directamente, no se aportaba la información requerida”*.

La sala subraya que ni siquiera la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hizo cambiar la forma de actuar de la empresa, que siguió dilando sus respuestas a las peticiones de la parte trabajadora, llegando la Sala a manifestar que la conducta empresarial era *“evasiva y contraria al principio de buena fe negocial”*.

Tras todo lo anteriormente expuesto, y quedando probado que la empresa ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la parte demandante en su vertiente funcional del derecho a la negociación colectiva, se impone la estimación de la demanda, que incluye *“el inmediato cese de la conducta vulneradora (de tal derecho)”*.

Pues bien, en cuanto a las pretensiones económicas que, como hemos mencionado con anterioridad, consideramos de especial relevancia por la fórmula empleada para su cálculo, en el fundamento de derecho cuarto se recogen los motivos por los que la Audiencia Nacional acepta la cuantía formulada en la demanda que consiste en un importe diario de distinta cuantía para un total de tres periodos temporales, siendo estos motivos los siguientes:

“a) la reiteración de la conducta empresarial, pese a las advertencias constantes de la RLT; b) el tiempo transcurrido desde la constitución de la comisión negociadora hasta la fecha de interposición de la demanda; c) la imposibilidad de aprobarse un plan de igualdad en plazo; d) la desprotección de parte de los trabajadores de la plantilla que no disponen de un Plan de Igualdad actualizado, y aplicable a toda la plantilla, por el que puedan resultar amparados; e) la inutilidad de una indemnización única, siendo la expuesta en demanda adecuada tanto a la reparación del daño como al fin anhelado que no es otro que negociar y obtener el instrumento perseguido de forma rápida y eficaz siendo proporcional a la entidad y resultados de la empresa (véase los resultados de la misma al ordinal vigésimo). Todo ello con la indicación expresa a esta última que en su mano se encuentra dar respuesta efectiva y con premura de la obligación que le incumbe, obteniendo también así la reducción de la indemnización que se anuda al plazo que se inicia a partir del dictado de la presente resolución”

De este modo, la sala sostiene que, a la hora de cuantificar la indemnización por los daños causados, el criterio de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social es de carácter meramente informador, siendo necesario acudir a una valoración de las circunstancias concurrentes a cada caso concreto. Además, la Audiencia Nacional sostiene que, al tratarse de la negociación de un plan de igualdad, y siendo responsabilidad de la empresa impulsar dichas negociaciones, establecer una sanción económica diaria hasta la efectiva implementación del plan de igualdad sería plenamente conforme a la legalidad. Esto se debe a que la empresa tendría en sus manos la capacidad de reducir el monto de la sanción al lograr el establecimiento del mencionado plan.

Dado lo expuesto, parece que la Audiencia Nacional aboga por establecer una sanción que no solo busque resarcir el perjuicio, sino que también persiga un propósito disuasorio, con el fin de prevenir la persistencia de incumplimientos por parte de las empresas, subrayándose el deber de promover una negociación real del lado empresarial mediante la realización de intentos serios de negociación; lo que, por lo demás, se corresponde con el principio de buena fe negocial que afecta a cualquier expresión de la autonomía colectiva.

No obstante lo anterior, este deber de promover las negociaciones por parte de las empresas no impide que, en casos como los contemplados en la sentencia del Tribunal Supremo, número 907/2023, de 17 de octubre, en el que los sindicatos más representativos del sector no acuden a los llamamientos de la empresa pese a los reiterados intentos de esta última de constituir la comisión negociadora del plan de igualdad, no pueda ser válido un plan aprobado unilateralmente por la empresa. De modo que, en esta ocasión, si la buena fe negocial o la falta de cumplimiento de la obligación de negociar recae en la parte social, la empresa puede cumplir su obligación de forma unilateral y la autoridad laboral debe registrar el Plan, dados los efectos que para aquella tiene el incumplimiento de esta obligación. Ello demuestra la necesidad de que ambas partes cumplan correctamente con sus respectivas obligaciones en pos de la igualdad en el trabajo y la implantación de las medidas oportunas en el Plan correspondiente.

En definitiva, y a pesar de que cabe recurso de casación frente a la sentencia objeto del presente comentario, consideramos que la misma goza de relevancia por (i) el subrayado que contiene respecto del deber de las empresas de promover una negociación real tendente a la implantación de un plan de igualdad, utilizando todos los medios a su alcance y (ii) la particularidad en la estimación del daño, y en especial por la obligación impuesta de sanción permanente mientras no se dé debido cumplimiento al fallo. Estaremos atentos para determinar si esta innovadora y sensible fórmula de cuantificación aceptada por la Audiencia Nacional establece un precedente, aplicándose de manera análoga por el resto de nuestros órganos judiciales.

La importancia de un informe pericial informático para declarar la procedencia de un despido disciplinario por disminución del rendimiento en régimen de teletrabajo

Eva Láuzara González | Abogada

- › Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia 1061/2023, de 29 de noviembre (Rec. Núm. 370/2023)

El despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento del trabajo normal o pactado es una de las causas de extinción del contrato de trabajo que se regula en el Estatuto de los Trabajadores (ET). Si bien es un tipo de despido bastante recurrente en la práctica, la calificación de su calificación como procedente precisa de un fuerte valor causal y probatorio por parte de la empresa que lo lleva a cabo, como demuestra la sentencia que se comenta.

En fecha 29 de noviembre de 2023, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el “**Tribunal**” o la “**Sala**”) ha revocado la declaración de improcedencia del despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de un trabajador que prestaba servicios en régimen de trabajo a distancia y declara la procedencia del despido, siendo clave para dicha calificación un informe pericial informático, entre otros hechos probados.

El trabajador con categoría de coordinador (siendo de aplicación el convenio colectivo de ámbito estatal de Contact Center) venía prestando servicios desde enero de 2013 en la misma compañía. El 22 de julio de 2022 la empresa comunicó por escrito a la parte actora la extinción de su contrato de trabajo. En dicha carta se exponían una serie de hechos y faltas laborales observadas a este trabajador que en el momento de su ocurrencia estaba en situación de trabajo a distancia. Entre otras, la carta mencionaba indisciplina, falta de atención a sus funciones, abandono del puesto de trabajo, escasez de resultados en comparación con trabajadores en su misma posición en la empresa, así como abuso de confianza por parte del trabajador. Incluso en numerosas ocasiones la empresa recibió quejas por parte de sus compañeros sobre la desatención del trabajador a sus funciones, llegando a veces a afectar al resto de compañeros de forma directa.

La gravedad en la dejación de sus funciones, su falta de coordinación y el perjuicio que supone a la empresa provoca que, para probar los elementos de la carta, se grabe durante dos días la actividad del ordenador del trabajador, donde se comprueba que dejaba abandonado su puesto de trabajo temporalmente, no atendía a los trabajadores a su cargo y no realizaba las tareas encargadas en su puesto de responsabilidad. Grabación que fue aportada en primera instancia para probar la procedencia del despido, no obstante lo cual se declara el despido como improcedente.

Asimismo, la empresa justifica la disminución del rendimiento sobre la base de criterios comparativos de dicho rendimiento del trabajador respecto de otros compañeros con idéntico puesto de trabajo y mismas funciones.

Dictada la sentencia en instancia, se alza la empresa en suplicación al amparo del art. 193. c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (“**LRJS**”), denunciando la infracción de los arts. 4.2 c), 5, 54, 55 y 56 del ET, solicitando que se declare el despido como procedente.

En vía de recurso, la Sala, al volver a examinar los hechos, insiste en recalcar que es necesario que concurren las notas de voluntariedad o intencionalidad del sujeto, así como las de reiteración y continuidad en la conducta, como presupuesto de un despido de carácter disciplinario por la cuasa imputada, pero añade también que para constatar la disminución del rendimiento del trabajador se tiene que hacer a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (el rendimiento pactado), o bien en función del que deba ser considerado debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo, conforme al art. 20.2 ET (el rendimiento normal). Y, como sigue afirmando el tribunal, en ambos casos “la determinación de dichos rendimientos tiene que

remitirse a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otros compañeros de trabajo”.

Por todo ello, y ante la situación de régimen de teletrabajo en la que se encontraba el trabajador, se estima que la forma óptima de probar este descenso continuado y la comparación de sus resultados frente al de los compañeros era a través de una prueba pericial informática que dejara constancia de todas estas infracciones. Gracias a la misma, la empresa ha podido probar que el trabajador se mostraba inactivo durante varias horas continuadas a lo largo de la jornada laboral, acreditándose la existencia de mensajes no atendidos y de tareas inherentes a su puesto que o se hicieron tarde, o directamente quedaron sin hacerse, constatando en consecuencia, en palabras de la sala, que: “esta falta de rendimiento no está justificada y se viene produciendo desde hace meses, como así ha quedado corroborado por el informe pericial informático”, cumpliendo las notas de continuidad, gravedad y culpabilidad necesarias para declarar la procedencia del despido, estimando el recurso interpuesto por la empresa.

Con todo, se determina como elemento fundamental probatorio para justificar la causa del despido por descenso del rendimiento de un trabajador que únicamente presta servicios en régimen de trabajo a distancia un informe pericial informático, informe que se lleva a cabo mediante la intromisión por parte de la empresa (en este caso a través de un tercero) en el ordenador de la persona trabajadora para realizar un rastreo de su actividad diaria. Esta actuación de la empresa se interpreta enmarcada dentro de las facultades de control empresarial en virtud del artículo 22 de la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, cuando establece que *“la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, sus circunstancias personales, como la concurrencia de una discapacidad”*, cuya literalidad habilita esa presunta intromisión.

En definitiva, consideramos que se trata de una sentencia muy interesante, dado que parte de una declaración de improcedencia del despido por parte del juzgado de lo Social nº 47 de Madrid que acaba por determinarse como procedente en sentencia del Tribunal en base a los mismo hechos valorados de manera diversa, salvando así en suplicación la dificultad que en numerosas ocasiones supone para las empresas poder acreditar las causas y los hechos en situaciones de despido disciplinario por bajada de rendimiento.

No obstante, creemos que la sala, en su argumentación, no aborda situaciones o valoraciones relevantes susceptibles de verse afectadas en un asunto como el de autos, como pueden ser (i) la intromisión del derecho a la intimidad y al honor recogido en el artículo 18 de la Constitución Española así como el art.18 ET relativo a la inviolabilidad de la persona del trabajador; (ii) analizar respecto de las actuaciones de la empresa o mentar el artículo 22 de la Ley 10/2021 de Trabajo a Distancia; y (iii) la realización por parte de la Sala de un juicio de proporcionalidad sobre la forma de obtención y acreditación de las conductas y disminución del rendimiento. Y es que las posibilidades de control empresarial pueden ser aflictivas de esos derechos del trabajador, en una ponderación de intereses probablemente casuístico.

No obstante, todavía cabe recurso contra esta sentencia, por lo que quedamos a la espera de cómo pueda ser el desenlace en el supuesto de que el Tribunal Supremo tenga oportunidad de pronunciarse al respecto, lo que pueda dar oportunidad a una mayor reconsideración de esos intereses en conflicto.

Coordinadores de la Newsletter

Copyright © 2024 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

Diagonal 640, 8^ºA
08017 – Barcelona

—

Rue Belliard 9
1040 – Brussels

—

Rua Barata Salgueiro, 21
1250-141 – Lisbon

—

17 Hill Street
W1J 5LJ – London

—

Castellana 50
28006 – Madrid

—

Castellana 259 A
28046 – Madrid

—

375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

—

8 Marina Blvd
018981 – Singapore
www.perezllorca.com

