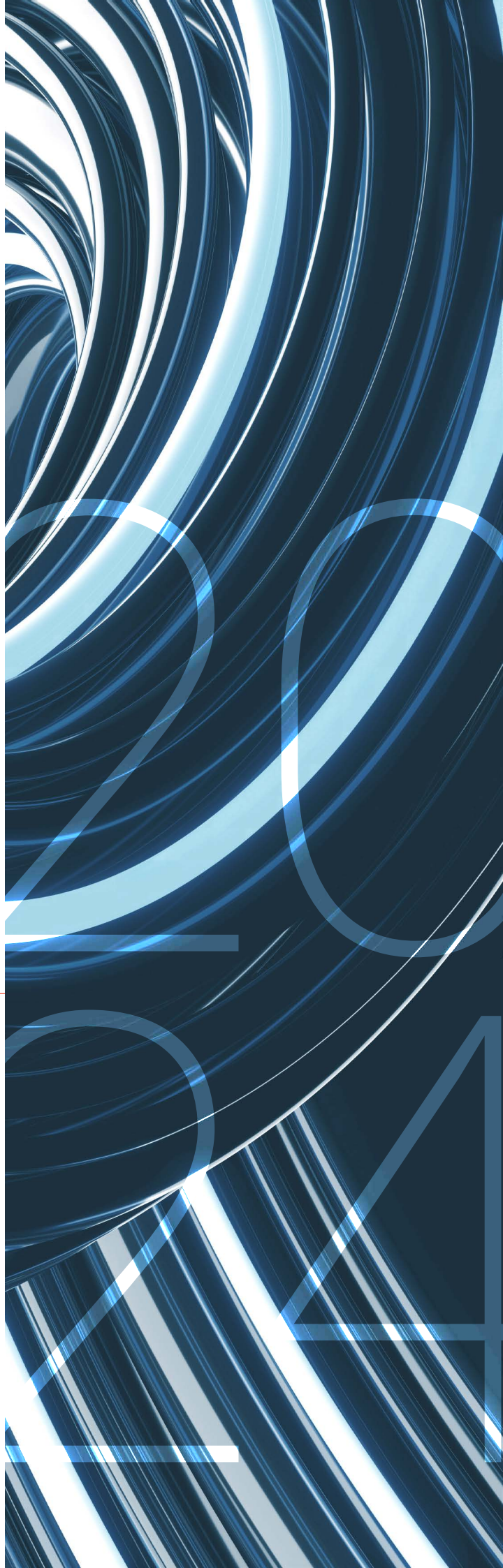


Pérez-Llorca

Newsletter
**Laboral,
compensación
y beneficios**

SEPTIEMBRE 2024



Índice

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas /3

Seguridad Social /3

NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

ARTÍCULO DOCTRINAL

La progresiva influencia de la ordenación europea y su jurisprudencia en nuestra normativa y jurisdicción social /6

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El TSJ de Cataluña recuerda que la adaptación de jornada (artículo 34.8 ET) no es un derecho absoluto del trabajador /10

Sobre la no aplicación de la obligación de subrogación en caso de trabajadores autónomos que comiencen a desarrollar un servicio sustituyendo a empleados por cuenta ajena /13

Las comunicaciones al trabajador durante una incapacidad temporal: respeto al derecho al descanso y a la desconexión digital /15

La última doctrina judicial en materia de permisos por razones de conciliación /17

NOVEDADES LEGISLATIVAS

Medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas

Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas. Desarrolla reglamentariamente la obligación empresarial de contar con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, mandato establecido en el artículo 15.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

¿Qué obligaciones establece el real decreto? Establece la obligación para las empresas de establecer una serie de medidas planificadas para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. Además, debe incluir el desarrollo de un protocolo frente al acoso y la violencia donde se identifiquen prácticas preventivas y mecanismos de detección y de actuación frente a estos. Estas medidas se aplicarán a todas las personas que trabajan en la empresa, independientemente del vínculo jurídico que las una a esta.

¿Quiénes son las empresas obligadas? Estarán obligadas a contar con estas medidas planificadas y con el protocolo de actuación las empresas que cuenten con más de 50 personas trabajadoras.

¿Cómo se contabiliza el número de trabajadores? Para calcular el número de personas trabajadoras se tendrá en cuenta la plantilla total de la empresa, independientemente del número de centros de trabajo y cualquiera que sea la forma de contratación laboral. Es decir, se incluye en la contabilización a las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada, con contratos a tiempo parcial y las personas contratadas para ser puestas a disposición.

Para la contabilización de las personas con contratos de duración determinada, se sumarán los contratos de duración determinada que hayan estado vigentes en la empresa durante los seis meses anteriores y se hayan extinguido en el momento de efectuar el cómputo. En este caso, cada cien días trabajados o fracción se computará como una persona trabajadora más.

El cómputo se hará el día de la constitución de la comisión negociadora y se mantendrá inalterado hasta que concluya el período de vigencia de las medidas planificadas, incluso si durante el transcurso el número de personas trabajadoras baja de 51.

¿Cómo se fijan las medidas planificadas? Las medidas deben ser pactadas mediante negociación colectiva y acordadas con los representantes de los trabajadores. En ausencia de convenio colectivo de aplicación, las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras negociarán las medidas planificadas mediante acuerdos de empresa. En las empresas donde no exista representación legal de las personas trabajadoras y que carezcan de convenio colectivo de aplicación, se creará una comisión negociadora constituida por la representación de la empresa y por una representación de las personas trabajadoras integrada por los sindicatos más representativos y los sindicatos representativos en el sector al que pertenezca la empresa.

¿Cuándo deben de empezar el procedimiento de negociación las empresas? Las empresas obligadas deben iniciar el procedimiento de negociación dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto. Esto significa que el plazo para iniciar la negociación finaliza el 10 de enero de 2025. El real decreto entró en vigor el 10 de octubre del 2024.

¿Qué pasa en caso de que las empresas no lleguen a un acuerdo? Si transcurridos 3 meses desde la constitución de la comisión negociadora no se ha llegado a un acuerdo, la empresa podrá aprobar el Plan LGTBI conforme al contenido dispuesto en el Anexo I y II del real decreto, cuanto menos provisionalmente.

Seguridad Social

Resolución de 23 de septiembre de 2024, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de las resoluciones derivadas de la regularización anual de

Novedades legislativas

cotizaciones de profesionales taurinos, empresas y trabajadores, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, y de las resoluciones sobre actualización del censo de activos de profesionales taurinos

Resolución de 23 de septiembre de 2024, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establece la tramitación automatizada de las resoluciones relativas a la regularización anual de la cotización de los artistas incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y a su inclusión y baja en dicho régimen durante los periodos de inactividad

NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

Proyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social

Modificará la Ley de Cooperativas, de Empresas de Inserción y de la Economía Social, en especial destaca la modificación que lleva a cabo del principio cooperativo de igualdad se reflejará de forma más efectiva con la elaboración de planes de igualdad cooperativos y evitará el uso abusivo de las cooperativas recurriendo al procedimiento administrativo de la descalificación, haciendo especial hincapié en los casos de subcontratación con un nivel de dependencia económica de la contratista que sea igual o superior al 75%. De esta forma se buscar reforzar los mecanismos de lucha contra el fraude de algunas empresas que utilizan la fórmula cooperativa para evitar cumplir la ley laboral.

La progresiva influencia de la ordenación europea y su jurisprudencia en nuestra normativa y jurisdicción social

Yolanda Valdeolivas | Of Counsel

El significativo avance en la construcción de un Modelo Social Europeo a lo largo de las dos últimas décadas del siglo pasado, sobre romper una inicial pretensión de mera convergencia económica a nivel comunitario que trasladaba las cuestiones sociales a un papel puramente secundario o simple reflejo de aquella, ha provocado la atribución a la Unión Europea de relevantes competencias compartidas con los Estados miembros en materia laboral y social, en base al artículo 153 del Tratado de la Unión Europea (“TUE”). Inicialmente, ello propició la elaboración y aprobación de variados productos normativos que inauguraron la fase de consolidación de una ordenación común europea de las relaciones de trabajo, bajo la forma de directivas. En efecto, las Directivas europeas, caracterizadas por requerir para su aplicación y obligatoriedad para los particulares de transposición o recepción en el derecho interno de los Estados miembros (únicos destinatarios y obligados a dar cumplimiento a los objetivos de la norma europea), obligaban a garantizar en este contexto un marco armonizado de mínimos que ha influido notablemente en nuestra acción legislativa. Reconocimiento de un ámbito regulador europeo en materia de relaciones laborales que fue acompañado de un impulso del diálogo social a ese mismo nivel y de un sucesivo mayor protagonismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), que sirve para interpretar el verdadero alcance de una técnica legislativa intrínsecamente ambigua y generalista para permitir su asequible acomodación a las legislaciones nacionales.

No se trata ahora de hacer un recordatorio de esa construcción de la dimensión social europea, generalmente conocida, sino de advertir tan solo, y sobre esos antecedentes, cómo hemos venido asistiendo en el tiempo, tras fases de aparente agonía de la iniciativa legislativa europea en los primeros años de este siglo, a una indudable revitalización de la regulación común en el ámbito de la Unión Europea sobre los derechos de los trabajadores y las condiciones de trabajo. Revitalización a la que no es ajeno el Pilar Social Europeo (2017), que se asienta en tres objetivos principales: la igualdad de oportunidades, la garantía de condiciones de trabajo dignas y justas y la protección social adecuada, lo que justifica una amplia esfera de actuación en materia laboral. Estos objetivos son coherentes también con las líneas de acción normativa del Derecho Social Europeo inspiradoras, de una parte, de la vigente Agenda Social Europea 2019-2024 y, de otra, del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que oficializó la Comisión Europea en 2021 y que, en un período que alcanza hasta 2030, fija una serie de objetivos dirigidos a asegurar “una Europa social fuerte (que) allane el camino para una recuperación socioeconómica justa, integradora y resiliente”.

Este renovado impulso social europeo ya cuenta en su haber con algunos resultados relevantes de reciente aprobación y, sobre todo, de muy cercano plazo de recepción en nuestro derecho interno. Así, acabamos de transponer, o quedan pendientes de hacerse en su total integridad, iniciativas legislativas tan significativas como la Directiva 2019/1152, de información de condiciones esenciales de trabajo a los trabajadores (pendiente todavía de integrarse internamente, aunque con borradores de textos ya conocidos para ese traspaso a nuestro ordenamiento); la Directiva 2019/1158, de permisos y trabajo flexible en materia de conciliación familiar y laboral (de transposición controvertida en lo que afecta al permiso parental); la Directiva 2022/2041, de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea y, por señalar un último ejemplo, la Directiva 2023/970, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de las medidas de transparencia retributiva (estas dos últimas en plazo de transposición). A ellas se suman, en este mismo año, la Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la aún no publicada pero aprobada hace escasas fechas relativa a la regulación de las plataformas digitales. Junto a otras que están en tramitación, todo este conjunto legislativo conforma una ordenación que está llamada a producir cambios regulatorios de alcance en nuestro sistema laboral. De ahí que cualquier reforma del Estatuto de

los Trabajadores y normas concordantes haya de tener en cuenta necesariamente la normativa europea sucintamente referida y, desde luego, los criterios para su interpretación aportados por el TJUE.

En todo caso, el resultado de todo este proceso es el reconocimiento de un genuino Derecho Social Europeo con un profundo impacto en nuestra actuación legislativa y en la interpretación y aplicación que de ella hacen nuestros órganos judiciales.

Parece poco objetable señalar que a día de hoy, no cabe entender ya nuestro Derecho del Trabajo sin ese acervo europeo y su correlativa interpretación por la jurisprudencia del TJUE, de especial relevancia en algunas instituciones jurídicas laborales. Influencia también desplegada a la hora de emprender reformas en este bloque normativo por el planteamiento europeo de la *flexiseguridad* laboral, estrategia que combina flexibilidad en el trabajo con seguridad de los trabajadores, en especial en sus transiciones laborales, superando la protección del puesto de trabajo en la empresa y sustituyéndola por la del empleo y la del propio trabajador. Este enfoque ha constituido un instrumento modernizador decisivo que ha inspirado claramente algunas de nuestras propias reformas laborales producidas durante las dos últimas décadas.

Normativa, por cierto, de la que debe igualmente destacarse que abre en muchas ocasiones la posibilidad de que su recepción en el derecho interno se produzca a través de la negociación colectiva. Esta podría ser una vía más que interesante para la transposición del derecho comunitario por el derecho interno, evitando la intervención legislativa y garantizando la implicación de los agentes sociales en la asunción, en la práctica de las relaciones laborales, de los principios del derecho europeo. Y conecta, además, con los planteamientos que muchos operadores jurídicos y sociales reclaman sobre la necesaria “contención” legislativa y el reconocimiento y atribución del papel ordenador principal de las relaciones de trabajo a la negociación colectiva. Ello debería, además, facilitar la revisión de la tradición del legislador español de aumentar sistemáticamente, con ocasión de la recepción interna, las garantías o los niveles de exigencia impuestos por la normativa europea, lo que es fuente de inseguridad jurídica y de dificultades añadidas para la competitividad de nuestras empresas en ese espacio común, cuando no de flagrantes incoherencias y aun errores internos.

De estas últimas deficiencias da buena muestra el reciente Real Decreto Ley 2/2024, cuya disposición final duodécima y la regulación estatutaria concordante que modifica se manifiesta de modo expreso en el sentido de dar por cerrada la transposición de la Directiva citada en materia de derechos conciliatorios de la que trae causa aquella normativa interna, sin advertir que con ello incurre en contradicciones de no fácil resolución que arrancan de interpretaciones parciales y no integradas de la norma europea. Se hace referencia, como se adivinará, al carácter retribuido o no del permiso parental que incorpora a nuestro Estatuto de los Trabajadores el Real Decreto Ley 5/2023 de transposición de la directiva en materia conciliatoria y que, empleando la denominación europea, regula, sin embargo, un derecho no coincidente con el homónimo europeo, provocando problemas aplicativos. Como se anticipaba, ello es producto de transponer preceptos sin atender a la total regulación europea e interna, ya mejorada esta segunda en materia de permisos y suspensiones por cuidado de hijos de la normativa europea en su conjunto.

Sea como fuere, esta indudable influencia del Derecho Social Europeo, unido a la creciente doctrina interpretativa del TJUE, constituyen ahora elementos intrínsecos a las reformas laborales y a la evolución del Derecho del Trabajo en nuestro país, así como a la acción aplicativa propia de nuestros tribunales internos. Se ha normalizado en las resoluciones de la jurisdicción social española la referencia abundante y recurrente a las normas europeas y a las propias sentencias del TJUE como fuente interpretativa ineludible de la legislación española, en claro contraste con lo observable en etapas inmediatamente anteriores. Pero esa normalización va acompañada, en más ocasiones de las deseables, de interpretaciones “creativas” en ocasiones dudosamente conformes tanto a la normativa española como a la supranacional, resultado, a imagen de lo recién señalado en el caso del legislador, de una visión sectorializada de las reglas laborales que distorsiona su sentido integrado y sistémico.

Se viene asistiendo a un excesivo uso del control de convencionalidad que, en virtud de la supremacía del derecho internacional y europeo sobre el español, desplaza de forma inmediata la aplicación de normas laborales internas interpretadas en sede judicial como opuestas o no plenamente conformes a la regulación europea. No se duda del valor de esta técnica para garantizar el cumplimiento de las normas internacionales, y en particular europeas, siempre que sean autoaplicables, pero es precisamente esta condición la que suele echarse en falta en este tipo de enjuiciamientos. Y, desde luego, tampoco puede objetarse que la fórmula en cuestión ha servido en nuestro contexto para que los particulares invoquen normas europeas o internacionales que los tribunales estiman justamente como cauce para eludir la aplicación de la regulación interna presuntamente más desfavorable.

Ello no solo introduce serios riesgos de inseguridad jurídica, sino que quiebra a su vez la capacidad del poder legislativo para modificar elementos normativos precedentes, alterando nuestro sistema de fuentes y aun de división de poderes. Y es que, en un entorno de reformas laborales constantes, los jueces del orden social se han acogido a este instrumento para sortear presuntos recortes o modificaciones legislativas y revertir esas nuevas reglas, lo que supone un uso inadecuado y extensivo del control de convencionalidad, con el solo fin de desplazar la aplicación de normas internas y sustituirla por soluciones que ni siquiera la norma internacional aplicada contiene. De nuevo, claro ejemplo de ello es el reciente debate sobre la indemnización por despido improcedente previsto en nuestro sistema, que algunos tribunales han interpretado como inadecuada a la Carta Social Europea, resolviendo con la condena a indemnizaciones adicionales para acomodarse a la presunta exigencia de una disposición europea cuyo carácter genérico y abierto no admite fácilmente ese desenlace.

Más oportuno parecería, cuando se duda de la adecuación de nuestra normativa interna a la normativa europea, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Pero, sobre todo, el control de convencionalidad debe atenerse a un criterio interpretativo sistemático e integral, no meramente individualizado o casuístico. El desplazamiento de un elemento singular de la normativa interna, además de esquivar un análisis del ordenamiento laboral en su conjunto y en su completo juego de pesos y contrapesos, extrae de la norma internacional consecuencias no siempre dispuestas de forma clara en la misma, porque con frecuencia tal norma internacional no es autoejecutable. Recuérdese que la naturaleza más propia de las Directivas, por aludir al ejemplo que más frecuente atención nos reclama en este punto, es su necesidad de adecuación al derecho interno de los Estados miembros, de ahí que deban ser transpuestas a los mismos mediante normas específicas y que no suelen contener mandatos fácilmente autoaplicables en ausencia de esa transposición.

Otra conclusión seguramente traduce una lectura unilateral, parcial y sesgada, cuando no interesada, de un solo precepto susceptible de romper la integridad y coherencia interna de un ordenamiento y de aplicar soluciones ajenas a nuestro sistema y de sentido diverso al que de él emana que, además, no corresponden al órgano judicial. Y es que aquellas normas internacionales que deben ejecutarse por medio de la legislación interna y que no resultan de aplicación directa no debieran convertirse, de forma ordinaria, en mecanismos que reemplazan la norma nacional.

En definitiva, hay que entender que la normativa europea y la jurisprudencia del TJUE, por aludir al bloque más frecuentemente afectado por la circunstancia analizada, cuando sean el origen que cuestiona la validez o conformidad de una norma nacional, deben requerir del legislador la correspondiente modificación o adecuación reguladora, limitando que los tribunales, so pretexto de la disconformidad, creen derecho *ex novo*, traspasando su función jurisdiccional. Otra vez, los ejemplos serán clarificadores del sentido de la afirmación.

Como se sabe, la reciente STJUE de 18 de enero de 2024 ha cuestionado la validez del vigente artículo 49 del ET, por considerarlo disconforme con la Directiva 2000/78, relativa a la igualdad de trato en el trabajo. El TJUE no señala qué ordenación sería la adecuada en nuestro derecho interno, limitándose a señalar que es contrario a la Directiva una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente debido a una discapacidad sobrevinida durante la

relación laboral sin que, con carácter previo, realice o intente ajustes razonables del puesto de trabajo. Si un tribunal, por ejemplo, declarara la nulidad de esta extinción por considerarla contraria a la normativa europea sobre igualdad por razón de enfermedad o estado de salud, y su expresa transposición a nuestro Derecho interno a través de la Ley 15/2022, estaría contrariando la regulación del art. 49.1.e) ET, que hace de la incapacidad permanente, como de la muerte, una causa de extinción automática. Ha hecho bien, pues, el ejecutivo en proponer una reforma legislativa de este precepto (Proyecto de Ley publicado el Boletín de las Cortes Generales de 13 de septiembre de 2024), que independiza la incapacidad permanente de ese apartado para crear una distinta causa extintiva en un nuevo apartado n), con una regulación prolija dirigida a dar respuesta a esta incoherencia de nuestro sistema. En ella, se contemplan cuestiones y aspectos del régimen jurídico de estos ajustes razonables que, sin duda, ni están en la normativa europea ni podrían ser completados mediante un presunto control de convencionalidad por nuestros tribunales, so riesgo de flagrante extralimitación de la función judicial.

Al margen de la valoración que merezca su contenido, lo cierto es que la técnica recién descrita de reforma legal de la figura resulta mucho más respetuosa de la naturaleza no autoaplicable de la Directiva y de la elusión del efecto sustitución por los órganos judiciales de la voluntad del legislador, que otros supuestos bien conocidos y de anterior referencia han defraudado. En otras palabras, es mejor legislar que, como hace en esta misma materia la STSJ de Islas Canarias de 25 de enero de 2024, interpretar directamente la aplicación de la Directiva al caso concreto, desplazando el artículo 49 ET, para terminar declarando la nulidad del despido enjuiciado. Porque ello no solo contraría el reiterado precepto estatutario, sino que, a su vez, tampoco deriva de la también citada Ley 15/2022. Esta norma refuerza, sin duda, la posición y protección de los trabajadores con problemas de salud, excluyendo su discriminación y facilitando su integración, pero no lleva a un automatismo incondicional de la calificación del despido de un enfermo o discapacitado sobrevenido como nulo.

Los expuestos son algunos de los riesgos propios de la legislación y tutela judicial multinivel. La perfecta coordinación de las normativas y jurisdicciones implicadas es un elemento esencial a efectos de que el modelo no haga aguas y para que los distintos poderes afectados no superen sus respectivos ámbitos de competencia. Es, además, una garantía imprescindible de seguridad jurídica.

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

El TSJ de Cataluña recuerda que la adaptación de jornada (artículo 34.8 ET) no es un derecho absoluto del trabajador

Paola Vegazo Rico | Abogada

› Sentencia nº 4006/2024 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de julio; Rec.núm 1782/2024

1. Antecedentes de hecho

La demanda origen del presente procedimiento pretendía la declaración del derecho de la demandante a reducir su jornada a 30 horas semanales, realizando dicha jornada desde las 09:00 horas hasta las 15:00 horas, con la correlativa disminución del salario, así como el abono de una indemnización por daños y perjuicios en la cuantía de 18.75,50€.

En el presente caso, la trabajadora prestaba servicios en una clínica dental con la categoría profesional de higienista, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos de Cataluña.

La trabajadora tenía la guarda y custodia de su hija menor, habiéndose suspendido el régimen de visitas, comunicación y estancia del padre tras haberse iniciado un procedimiento por “violencia doméstica”, tal y cómo señala literalmente la sentencia objeto de recurso.

Como consecuencia de lo anterior, en fecha 11 de mayo de 2022, la trabajadora fue despedida después de haber solicitado la reducción de jornada para poder cuidar de su hija. Dicho despido fue declarado nulo, imponiéndose una indemnización de 14.000€ por vulneración de derechos fundamentales.

Ante esta situación, la empresa optó por la readmisión de la trabajadora, quien se incorporó en fecha 26 de junio de 2023 con un horario de 10:00 a 14:00 y de 16:00 a 20:00. Como consecuencia de dicho horario, la trabajadora volvió a solicitar la reducción de jornada para poder hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar y laboral y con la concreción horaria de 09:00 a 15:00.

Frente a la solicitud de la trabajadora, la empresa le propuso realizar la jornada dentro del horario de la clínica, esto es, comenzando a partir de las 09:30, ya que la empresa cuenta con 9 empleados en su plantilla y el horario para todos ellos está fijado de 09:30 a 14:00 y de 15:30 a 20:00.

Alternativa a la que la trabajadora se opuso, alegando que dicho horario le obligaba a reducir la jornada laboral en exceso, o bien a realizar una jornada partida que no resultaba compatible con la recogida de su hija del colegio.

2. Fundamentación jurídica

La sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Social 14 de Barcelona, entendió que, habiendo aceptado la empresa la reducción de jornada solicitada, no parecía asumible la solicitud de iniciar la jornada a las 09:00 horas y, en consecuencia, tampoco era razonable la pretensión de indemnización, no habiéndose vulnerado ningún derecho fundamental, estimando parcialmente la demanda.

Frente a esta situación, el Tribunal Superior de Justicia trae a colación los preceptos aplicables al caso, citando los que siguen:

Artículo 34 ET. Jornada

“8. Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán

se razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.

[...]

En la negociación colectiva se podrán establecer, con respecto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose si concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.

Finalizando el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.

La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el periodo acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.

En el resto de los supuestos, de concurrir con un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa solo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”

Artículo 37 ET. Descanso semanal, fiestas y permisos

“6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.”

Artículo 217 LEC. Carga de la prueba

“2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

5. En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y

razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal debería tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

Artículo 70 CC. Derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género.

“Estas trabajadoras tienen derecho:

1) A la reducción de su jornada con disminución proporcional del salario entre, al menos una cuarta parte y un máximo de tres cuartas partes, de la duración de aquella. La concreción horaria de la reducción corresponderá a la trabajadora y en caso de desacuerdo con la empresa las discrepancias serán resueltas por el procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

2) A la reordenación de su tiempo de trabajo mediante la adaptación de su horario conforme al que establezcan de mutuo acuerdo la empresa y la trabajadora afectada.”

Con base en lo anterior, el TSJ de Cataluña viene a desestimar el recurso.

En primer lugar, recuerda que el artículo 34.8 ET, a diferencia de lo establecido en el artículo 37 ET sobre reducción de jornada para el cuidado de menor, simplemente es un derecho a una negociación leal entre la persona trabajadora y la empresa para alcanzar un acuerdo que, de ser posible, satisfaga a ambas partes, imponiendo a su vez a esta última la obligación de dar una explicación motivada, sustentada en razones objetivas, en el supuesto de terminar denegando la pretensión planteada; debiendo ser razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.

Y, en segundo lugar, a pesar de que en el presente caso nos encontremos ante una situación compleja, dado que la trabajadora demandante es víctima de violencia de género y trata de conciliar su vida personal, familiar y laboral, con el fin de atender las necesidades de su hija menor, ello no implica que no le sean aplicables las normas procesales, además de las previsiones del artículo 34.8 ET y artículo 70 del convenio colectivo de aplicación. Por lo que le correspondía aportar prueba o, como mínimo, traer indicios al proceso, de la necesidad de la adaptación horaria solicitada, así como de lo razonable de la petición en relación con la propuesta realizada por la empresa.

Sin embargo, la trabajadora se limitó a pretender entrar a trabajar a las 09:00, sin ni si siquiera haber alegado o explicado las razones de su pretensión, que trata de concretar en el presente recurso por primera vez, consistiendo en que normalmente llevaría a su hija al colegio antes de las 09:00, al existir una posibilidad de acogida a partir de las 08:00, extremo que no prueba ni probó en el acto de juicio, en relación con el tiempo que le supone el desplazamiento del colegio a la empresa.

De este modo, no es aceptable para el tribunal que en esta fase del procedimiento la actora trate de introducir alegatos y razones nuevas que permitan variar la decisión adoptada por el Juzgado de lo Social. A mayor abundamiento, a la vista de que no se ha acreditado la necesidad de iniciar la jornada a las 09:00, es irrelevante entrar a discutir si la jornada de la empresa se inicia a las 09:30 como posible causa de denegación o modificación de la solicitud de la trabajadora.

Por todo lo anterior, el TSJ determina que no se ha vulnerado ninguna previsión legal, lo que supone la desestimación del recurso. Asimismo, no

habiendo quedado probada la vulneración de ningún derecho de la demandante, declara que no procede indemnización alguna por tal concepto.

3. Conclusiones

Con la presente resolución el TSJ de Cataluña recuerda que, a diferencia del derecho a la reducción de jornada por cuidado de menor recogido en el artículo 37 ET, que no requiere una especial acreditación de las circunstancias o necesidad de cuidado, que se presupone, la adaptación de la jornada del artículo 34 ET no es un derecho absoluto, sino que se encuentra sometido a la prueba de aquella necesidad. En efecto, este último precepto lo que otorga a la persona trabajadora es el derecho a deducir una pretensión de modificación de horario que resuelva sus problemas de conciliación y tenga en cuenta al mismo tiempo las necesidades y posibilidades de la empresa, imponiendo a esta última la obligación de negociar y, en caso de no alcanzarse un acuerdo, de aportar una explicación suficiente de las razones que lo impiden.

Todo ello, sujeto a una revisión jurisdiccional que deberá analizar si la negociación llevada a cabo, entre la persona trabajadora y la empresa, en torno a la adaptación de jornada se ha realizado: (i) de manera leal y razonable y (ii) si la decisión final responde a los intereses, necesidades y posibilidades de las dos partes.

Sobre la no aplicación de la obligación de subrogación en caso de trabajadores autónomos que comiencen a desarrollar un servicio sustituyendo a empleados por cuenta ajena

Carlos Zaera | Abogado

› Sentencia nº 999/2024 del Tribunal Supremo del 9 de julio; Rec. Núm. 849/2023

El Tribunal Supremo, en su sentencia nº 999/2024, de 9 de julio ha declarado que el trabajador autónomo que resulta adjudicatario de un servicio de limpieza que realiza por sí mismo y sin auxilio de empleado alguno, no debe asumir la obligación de subrogación del personal adscrito al servicio de limpieza que prestaba servicios para la anterior adjudicataria.

Así, el Tribunal Supremo ha sentenciado que los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores a su cargo no deben subrogarse incluso si la subrogación viene recogida como una obligación en el convenio colectivo que sea de aplicación a los empleados de la empresa saliente.

1. Marco legal de la subrogación en contratas

En primer lugar, y con carácter general, la figura de la subrogación de trabajadores en la sucesión de contratas se encuentra en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (“ET”), que regula la transmisión de empresa y establece que, cuando se produce un cambio en la titularidad de una entidad económica o una unidad productiva autónoma, el nuevo empleador debe asumir las obligaciones laborales del anterior, lo que incluye la subrogación de los trabajadores. Adicionalmente a lo establecido en artículo 44 ET, esta obligación está frecuentemente reforzada por los convenios colectivos sectoriales que imponen de manera específica la obligación de que la nueva empresa adjudicataria de una contrata asuma la plantilla de la anterior. En el caso analizado esta obligación de subrogación se recoge en el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Málaga, que establece expresamente dicha obligación en su artículo 10.

Sin embargo, como aclara el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 999/2024 de 9 de julio, dicha obligación de subrogación no es de aplicación automática en todos los supuestos de sucesión de contratas. Para que la subrogación convencional tenga lugar, es necesario que se cumplan una serie de requisitos, entre los que destaca que el nuevo contratista se encuentre dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo que impone la subrogación. Esto implica que el contratista debe tener la condición de empresario en el

sentido del artículo 1.2 del ET más allá del concepto mercantil de empresario, por lo que es necesario que se emplee a trabajadores por cuenta ajena para el desarrollo de la actividad económica.

Obligación de subrogación en el caso de trabajadores autónomos

En el caso analizado, la nueva adjudicataria de la contrata no era una sociedad mercantil, sino un trabajador autónomo que asumía personalmente la prestación de los servicios de limpieza sin emplear a trabajadores por cuenta ajena y sin subcontratar la actividad. La sentencia del Tribunal Supremo parte de esta premisa para concluir que un autónomo que trabaja por cuenta propia, sin trabajadores a su cargo, no puede ser considerado empresario laboral y, por tanto, no está obligado a la subrogación de los empleados de la contrata anterior, aun cuando el convenio colectivo del sector imponga dicha obligación a las empresas.

Esta conclusión se apoya en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que anteriormente ya había señalado que la aplicación de las disposiciones convencionales relativas a la subrogación exige que los sujetos afectados estén dentro del ámbito de aplicación del convenio. En este caso, el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Málaga establece su aplicabilidad a las empresas que se dedican a dicha actividad, pero la definición de "empresa" que recoge el propio convenio no incluye a los autónomos que no tienen trabajadores.

2. Revisión del criterio anteriormente mantenido por el Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo refuerza su postura al recordar sentencias previas que ya habían dado respuesta a cuestiones similares. En este sentido, en la Sentencia de 8 de enero de 2019 el Tribunal Supremo ya estableció que la subrogación de trabajadores en el sector de la limpieza es una obligación que, si bien está claramente ligada a la continuidad de la actividad, solo es exigible cuando el nuevo contratista asume una parte sustancial del personal de la empresa saliente. Esto es especialmente relevante en sectores como el de la limpieza o el de seguridad, donde la mano de obra es el principal recurso económico de la actividad.

En esta línea, la reciente Sentencia del 9 de julio de 2024 reafirma que, en situaciones en las que el nuevo contratista es un trabajador autónomo que realiza la actividad por sí mismo y sin necesidad de emplear a otros, no se puede exigir la subrogación. El Tribunal advierte además que imponer la subrogación a un autónomo sin empleados, como se estableció por el Juzgado de lo Social nº 5 de Málaga, además de no estar previsto en la normativa, supondría una situación de desventaja para el propio autónomo, al obligarlo a hacerse cargo de un pasivo laboral que no necesita para la ejecución de su actividad.

i) Riesgo sobre los falsos autónomos

Es importante resaltar que, aunque el Tribunal Supremo excluye a los trabajadores autónomos de la obligación de subrogación cuando estos no tienen empleados a su cargo, esta alternativa para evitar la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente debe ser valorada con cautela. El uso de trabajadores autónomos para evitar la subrogación de los empleados de la empresa saliente podría derivar en la aparición del riesgo de que el trabajador autónomo sea reconocido como "*falso autónomo*" y se declare la existencia de una relación laboral.

ii) Conclusiones

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2024 clarifica de manera definitiva que los trabajadores autónomos que no tienen empleados a su cargo no están sujetos a las obligaciones de subrogación de personal que imponen los convenios colectivos en situaciones de sucesión de contratas. Esta conclusión se desprende de una interpretación literal del artículo 1.2 del ET y del concepto de empresario

Este fallo es de particular relevancia para el sector de la limpieza y otros sectores donde la sucesión de contratas y la subrogación de

trabajadores son prácticas habituales, al tiempo que establece un precedente claro para la interpretación de las obligaciones convencionales en relación con los trabajadores autónomos.

Las comunicaciones al trabajador durante una incapacidad temporal: respeto al derecho al descanso y a la desconexión digital

Miguel Alonso | En formación

- › Sentencia no 534/2024 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 26 de junio de 2024; rec. núm 267/2024

1. Supuesto de hecho

La sentencia que nos ocupa entra a analizar si el envío de comunicaciones a un trabajador, en situación de incapacidad temporal, vulnera su derecho al descanso y a la desconexión digital.

En el caso que aborda la sentencia, nos encontramos ante una profesora de un centro de educación secundaria de la Comunidad de Madrid quien, tras una serie de experiencias violentas y de naturaleza sexual con un alumno del centro, a raíz de las cuales es diagnosticada con síntomas de ansiedad y depresión, inicia un proceso de incapacidad temporal el 3 de mayo de 2023.

Entre tantas otras cuestiones, surgidas con motivo de la experiencia con el alumno en cuestión, la docente alegó ante el Juzgado de lo Social no 36 de Madrid la vulneración, por parte la dirección del centro docente, de su derecho fundamental a la desconexión digital, así como al descanso, a lo largo de su incapacidad temporal. Dicha alegación se sustentaba en el envío, por parte del centro docente a la profesora, de correos electrónicos durante su periodo de recuperación. Más concretamente, dichos correos electrónicos fueron en su totalidad enviados de forma automática por la cuenta corporativa del centro a través de un listado de las cuentas profesionales de los trabajadores, salvo por un correo enviado a título personal por el director del centro docente. No obstante, todas las comunicaciones por estas vías cesaron en junio de 2023, siendo la interesada eliminada de la lista de difusión automática, con lo que podía tenerse por atendida la solicitud de la profesora de no recibir dichas comunicaciones, ya que aseguraba que dificultaban su recuperación y el cuidado de su salud mental.

La actora quiso blindar sus pretensiones haciendo mención a las siguientes disposiciones normativas: artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, artículo 7.4 del Reglamento (UE) 2016/678, artículo 18 de la Constitución Española, artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 14 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

La sentencia, en respuesta a dichas alegaciones, desestimó la demanda formulada en materia de vulneración de derechos fundamentales. Recurriendo la trabajadora esta resolución, presentó el recurso de suplicación que ocupa a la sentencia analizada, y cuyo resultado fue, de nuevo, desestimatorio de sus pretensiones.

2. Fundamentación jurídica

A la hora de desestimar el Tribunal Superior de Justicia de Madrid las pretensiones de la actora, se esgrimen los siguientes argumentos:

- Está dentro de toda normalidad que no se dé de baja a un trabajador de su correo corporativo por una suspensión de sus funciones debido a una incapacidad temporal por enfermedad. Se entiende que, manteniendo esas comunicaciones genéricas e informativas para el conjunto de los empleados, se evita una situación discriminatoria y de desinformación para con la trabajadora temporalmente ausente. Este argumento se recoge en otras sentencias, como por ejemplo la Sentencia no 5288/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de noviembre de 2022 (rec.núm 4175/2022).

- ii) Queda claro además que, de la recepción de correos electrónicos corporativos, con intención de informar a la generalidad de trabajadores del centro de trabajo, **no se genera una obligación** por parte de la trabajadora en situación de baja de dar por leídas, ni tan siquiera por recibidas, dichas comunicaciones.
- iii) **Se respetó la voluntad de la trabajadora** de ser dada de baja del sistema de envío automático de los correos corporativos en cuestión. Del mismo modo, el director se abstuvo de enviar cualquier correo personal adicional a la trabajadora una vez supo de la voluntad de esta de quedar totalmente incomunicada y desinformada en lo relativo al centro de trabajo.

Esta interpretación nos permite afinar y concretar la posición jurisdiccional en lo relativo a la protección del derecho a la desconexión digital y al descanso, la cual merece de una mayor clarificación. En este sentido, podríamos traer a colación la Sentencia no 115/2024 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 4 de marzo de 2024 (rec.núm 5647/2023). Esta sentencia, de la cual se puede leer el análisis completo en la [Newsletter de junio de 2024](#), procedió a exponer un listado de buenas prácticas en materia de desconexión digital, que recordamos a continuación: (a) la prohibición de enviar correos electrónicos y realizar llamadas fuera del horario laboral; (b) la prohibición de organizar reuniones en periodos de descanso (comidas, pausas de café, etc.); (c) la prohibición de contactar con compañeros de trabajo en fines de semana o festivos salvo casos necesarios o urgentes; (d) la prohibición de contactar a los empleados a través de teléfonos privados de los empleados, aunque hayan dado su consentimiento, salvo situaciones de emergencia o necesidad; (e) la necesidad de que se regulen aquellas situaciones que se entienden excepcionales y donde no se aplicarían las prohibiciones anteriores, pudiendo contactarse con el trabajador.

En este resumen de la posición doctrinal, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia no previó el envío de comunicaciones por parte de la empresa al trabajador durante una incapacidad temporal. Por ello, la sentencia que nos ocupa añade elementos relevantes a la construcción de una posición jurisdiccional, estableciendo una **mayor permisividad** sobre aquellas comunicaciones **genéricas** que se hagan durante la incapacidad temporal del trabajador.

Se aclara de nuevo que la aplicación del derecho a la desconexión digital debe ser distinta ante situaciones distintas. La sentencia no 115/2024 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia imponía a la empresa una indemnización al trabajador por vulneración de este derecho fundamental, defendiendo que el derecho se componía de dos vertientes; (a) **el deber de abstención de la empresa a no ponerse en contacto con el trabajador fuera de su horario de trabajo**, y (b) **el derecho del trabajador a no responder a las comunicaciones del empresario o de terceros**. La sentencia que nos ocupa tan sólo da por achacable esta segunda, ante una situación de incapacidad temporal y en la cual las comunicaciones fueron, en su práctica totalidad, genéricas.

3. Conclusión

La sentencia presentada es relevante en cuanto permite definir con mayor precisión los límites y fronteras del derecho a la desconexión digital, al descanso, aportando su valor interpretativo a la hora de concretar qué actuaciones por parte de la empresa vulneran, o no, este derecho fundamental. El hecho de que su vulneración suponga el deber de la empresa a indemnizar en términos económicos al trabajador, es algo a tener en cuenta a la hora de buscar una comunicación con el trabajador, fuera de su horario laboral, así como durante una situación de baja.

La sentencia analizada abre la puerta al envío de **comunicaciones genéricas** al trabajador, a su medio de contacto profesional, durante una incapacidad temporal. Queda claro, no obstante, que de esas comunicaciones genéricas **nunca debe derivarse una obligación** para el trabajador de leerlas o contestarlas, y que **no deben ser transmitidas a medios de contacto personales**. Del mismo modo, se entiende de esta sentencia que la **negativa del trabajador** a recibir dichas comunicaciones **debe respetarse**, para que no se vea vulnerado su derecho.

Vista la cierta permisividad ante una situación de incapacidad temporal, cabe, de nuevo, recordar que la jurisprudencia ha venido endureciéndose en materia de protección del derecho a la desconexión digital para aquellos casos en los que se buscaba contactar con el trabajador fuera de su horario de trabajo (comparativa de las mencionadas STSJ de Galicia 5288/2022, de 23 de noviembre de 2022 y la posterior STSJ de Galicia 115/2024, de 4 de marzo de 2024). La confianza que pueda brindar la sentencia presentada debe, en todo caso, ser puesta en un contexto jurisprudencial y legislativo tendente a una mayor protección y blindaje del derecho a la desconexión digital.

La última doctrina judicial en materia de permisos por razones de conciliación

Mónica Almagro | En formación

- › Comentario a las recientes sentencias de la Audiencia Nacional nº 101/2024, de 24 de julio y nº 102/2024, de 12 de septiembre, así como otras de interés

La todavía reciente entrada en vigor y aplicación en las empresas de la reforma en materia de permisos por razón de conciliación de la vida laboral y familiar ha planteado en la práctica numerosas dudas interpretativas y aplicativas, algunas de las cuales ya han sido objeto de atención por la jurisdicción social.

Al margen de otras cuestiones igualmente merecedoras de atención en este contexto, el objeto de este comentario propone el análisis de dos aspectos relativos al permiso de cinco 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 por 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. Derecho recogido en el art.37.3 b) ET, del que han dado cuenta las sentencias que se reseñan a continuación, con especificaciones de interés sobre su alcance y contenido que especifican la genericidad del precepto legal.

- 1) **Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, nº 101/2024, de 24 de Julio 2024; rec.núm 157/2024**

El permiso por hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de familiares puede que sea el supuesto más litigioso de la lista de nuevos permisos introducidos en transposición de la concordante Directiva europea. Este permiso establece el disfrute remunerado de *“cinco 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 por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja a 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”*.

Como se anticipaba, poco a poco vamos conociendo pronunciamientos judiciales que, a falta de desarrollo reglamentario o mayor concreción legal, van aclarando las dudas sobre el disfrute de este permiso.

Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Nacional nº101/2024 que inicia el presente comentario establece, como doctrina interpretativa de interés, que el alta hospitalaria no determina, por sí misma, la finalización de la licencia retribuida por hospitalización de familiares mientras el causante se mantenga en situación de reposo domiciliario prescrito.

En el supuesto enjuiciado, el sindicato de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) y UGT interponen demanda frente a una sociedad anónima unipersonal dedicada a la fabricación de productos cárnicos. La Compañía no concedía la totalidad de la duración del permiso a sus trabajadores en los casos de alta hospitalaria con reposo prescrito por el personal sanitario, considerando finalizada la causa del permiso en el momento en que se concede el alta hospitalaria.

Sin embargo, frente a esta interpretación de la empresa, opuesta a la visión sindical, la Sala declara que el reposo domiciliario debe estar incluido en el marco del permiso legalmente contemplado ya que está relacionado directamente con la intervención quirúrgica, de modo que el permiso no finaliza por el alta (fin de la hospitalización en sentido estricto) si aún se derivan efectos propios de dicha hospitalización. En este sentido, añade el tribunal que para que el reposo domiciliario cumpla esta finalidad de continuidad de la causa es necesario que el paciente requiera contar con la atención de terceros (para actos esenciales como el aseo personal, la limpieza, hacer la compra, preparar la comida...). Conclusión que se ve reforzada si, además, se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos, el alta hospitalaria no va acompañada de alta médica, sino que casi siempre va seguida de la recomendación facultativa de un periodo de reposo que casi siempre presupone la ayuda de un tercero.

En conclusión, el alta hospitalaria no implica, de forma automática y suficiente, la finalización del permiso de cinco días retribuidos por hospitalización de familiares mientras el causante se mantenga en situación de reposo domiciliario prescrito. Tanto la literalidad como la finalidad del precepto impiden a la Sala sostener la interpretación pretendida por la empresa demandada.

Además, es importante destacar que la Audiencia Nacional añade un último criterio de interpretación sociológico o basado en la realidad social, relativo a que los permisos vinculados a cuidados de familiares son mayoritariamente ejercitados por mujeres y debe velarse por la búsqueda de la corresponsabilidad en la asunción de los deberes familiares.

2) Sentencia de la audiencia Nacional, Sala de lo Social, nº 102/2024 de 12 de Septiembre 2024; rec.núm 167/2024

Precisamente en relación con la perspectiva de género, se añade a este estudio el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en la Sentencia nº102/2024, de 12 de septiembre (rec.núm167/2024). La empresa demandada consideraba en el caso enjuiciado que el inicio del permiso debe coincidir con el primer día laborable a partir del suceso que lo ocasiona, en coherencia con sentencias anteriores dictadas en esta misma línea interpretativa. De esta manera, la persona trabajadora no podría solicitar el permiso por cuidado de familiar días después del accidente, hospitalización o intervención quirúrgica, aunque permanezca el hecho causante.

La Sala entiende que el objeto del permiso es la prestación de cuidados al cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, señalando que la interpretación restrictiva de la empresa ha de considerarse indebidamente limitadora del disfrute del permiso.

Además, la Audiencia Nacional resalta aquí la importancia que, a su vez, es reiterada por la Directiva 2019/1158 de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo a los hombres y a las mujeres con responsabilidades en el cuidado de familias. En este caso, la consideración de la empresa según la cual el permiso debe iniciarse de forma obligatoria a la fecha del hecho causante es considerada por la Sala contraria al principio de igualdad. Si se obedece al razonamiento de la empresa, el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados, las mujeres, vería reducidos sus derechos. Por ello, la Audiencia Nacional vela por la incorporación de una inevitable perspectiva de género que debe inspirar la aplicación de los preceptos relativos a derechos conciliatorios.

Por ello, las dudas interpretativas que se sigan de este precepto deben ser analizadas con perspectiva de género con la finalidad de que (i) se reconozca el hecho de que el colectivo que comúnmente asume los cuidados, esto es, las mujeres, no vea mermados sus derechos y (ii) los hombres sean incentivados a asumir su deber de corresponsabilidad en las cargas familiares, facilitando su incorporación a las tareas de cuidado.

3) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, nº 87/2024 de 11 de Julio 2024; rec.núm 146/2024

Finalmente, en este otro supuesto enjuiciado también por la Audiencia Nacional, el sindicato de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras

(CCOO), UGT, CGT, CSIF y COBAS interponen demanda contra una empresa de servicios de ingeniería, por considerar que la adaptación de un acuerdo con el fin de cumplir una reciente actualización legislativa supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo si esta se lleva a cabo sin consulta previa a la representación legal de los trabajadores.

En concreto, tras la promulgación del Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio, del que trae causa el permiso del que se viene hablando, la empresa modificó su guía de medidas de flexibilidad, permisos y licencias en lo relativo al permiso por *hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de familiar*. Con anterioridad a la promulgación de la norma, la guía establecía un permiso retribuido de tres días naturales ampliables a seis si se requería efectuar desplazamiento. Tras la actualización de la guía, se modificó este precepto estableciendo que el permiso será de cinco días laborales (sin días añadidos a consecuencia del desplazamiento), coincidiendo, pues, con el precepto legal.

Entiende la Audiencia Nacional que para que exista una modificación sustancial de las condiciones de trabajo como la que reclaman los sindicatos esta debe responder a una exclusiva voluntad de la empresa y no a la necesidad de aplicar una norma legal vigente. En efecto, en este caso, la causa que motiva la modificación de la guía de medidas de flexibilidad, permiso y licencias es la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023 y su necesidad de adaptarse a la normativa, no la voluntad unilateral de la empresa.

Asimismo, razona la Audiencia Nacional que el nuevo régimen instaurado es más beneficioso para los trabajadores ya que (i) los días disfrutados pasan de ser naturales a hábiles y (ii) se amplían de tres a cinco días. De forma adicional, destaca la Audiencia Nacional que estos cinco días reconocidos en el permiso unidos al fin de semana intermedio o final hace que se incremente de facto sustancialmente el periodo de disfrute.

Por último, la Sala añade que pretender que se mantengan los días adicionales por desplazamiento supondría alterar el régimen legal. Se observa, así, que el legislador no ha querido ampliar ahora la duración de este permiso en supuestos de desplazamiento como sí lo hace, por ejemplo, con el permiso por fallecimiento.

4) Otros recientes pronunciamientos judiciales de interés sobre el permiso

En este mismo ámbito, merece cita también, por su doctrina y por su reciente fecha, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, nº 3691/2024 de 26 de Junio 2024, \(rec. núm 581/2024\)](#). En este caso, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora, empleada con categoría profesional de “encargada de tienda” de una tienda de moda joven por irse de vacaciones durante el disfrute del permiso retribuido por cuidado de familiar solicitado en tales términos a la empresa.

En efecto, la empleada solicitó el permiso recogido en el artículo 37.3 b) ET con el fin de cuidar a su madre que se encontraba hospitalizada en el Hospital de Santiago de Compostela, pero el permiso no fue utilizado para su propósito inicial. La trabajadora, en cambio, estuvo disfrutando, como mostró de modo indubitado en sus publicaciones en redes social, de unos días de vacaciones en las Islas Baleares. Las fotos subidas a Instagram y el certificado conforme a estos datos de la compañía aérea en la que la actora voló los días alegados por la empresa constatan la prueba de una grave transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Además, sostiene el Tribunal que la especial posición de la trabajadora como encargada supone un mayor grado de confianza por parte de la empleadora y una asunción de mayor responsabilidad por parte de la empleada. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma, pues, la decisión del Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona de que trae causa el recurso de suplicación, declarando procedente el despido.

Finalmente, sobre este permiso, se ha pronunciado también en el mes de septiembre el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en una sentencia de la que no se conoce aún publicación (ni número) pero que ha podido

ser consultada para este comentario por vía indirecta. En este caso, se plantea conflicto colectivo contra la federación Gallega de Personas con Discapacidades (COGAMI) a raíz de que la federación comunicase a sus trabajadores, a través de circular informativa, los criterios de aplicación del permiso recogido en el art. 37.3 b) ET. Entre estos requisitos se encuentra (i) la obligación de justificar la convivencia con el enfermo o accidentado en el mismo domicilio y (ii) que se requiera el cuidado efectivo del trabajador solicitante del permiso.

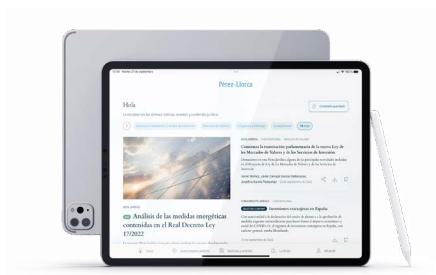
El Tribunal ha fallado en contra del criterio empresarial por el cual consideraba que era necesario acreditar (i) el cuidado y (ii) la convivencia con el enfermo. La Sala de lo Social ha declarado que los trabajadores tienen derecho a los cinco días de permiso retribuido sin necesidad de justificar la convivencia en el mismo domicilio ni la necesidad de cuidado efectivo cuando existe vínculo familiar con la persona necesitada de cuidados. La existencia de vínculo familiar otorga el derecho a este permiso sin ser preciso acreditar la convivencia con el enfermo o accidentado, ni que este requiera el cuidado del solicitante. Por tanto, estas exigencias solo son exigibles en los casos que los convivientes no se encuentren unidos por ningún vínculo familiar o conyugal.

En definitiva, a modo de conclusión, cabe observar cómo poco a poco los tribunales van resolviendo las dudas sobre la aplicación de este y otros permisos por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, aunque todavía quedan varias cuestiones por solventar que habrán de analizarse a medida que se vayan pronunciando los órganos judiciales. La gran cantidad de resoluciones en los últimos meses acerca de este concreto permiso de hospitalización muestra la incertidumbre en relación con su exacto contenido y a las distintas interpretaciones que están adoptando las empresas a la hora de implantarlo.

Coordinadora 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, 8ºA
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

–
Montes Urales 632
1100 – Mexico City

–
Av. Ricardo Margain 440, Suite-904,
66265 – Monterrey

–
375 Park Avenue 38th floor
10152 – New York

–
8 Marina Blvd
018981 – Singapore
www.perezllorca.com

