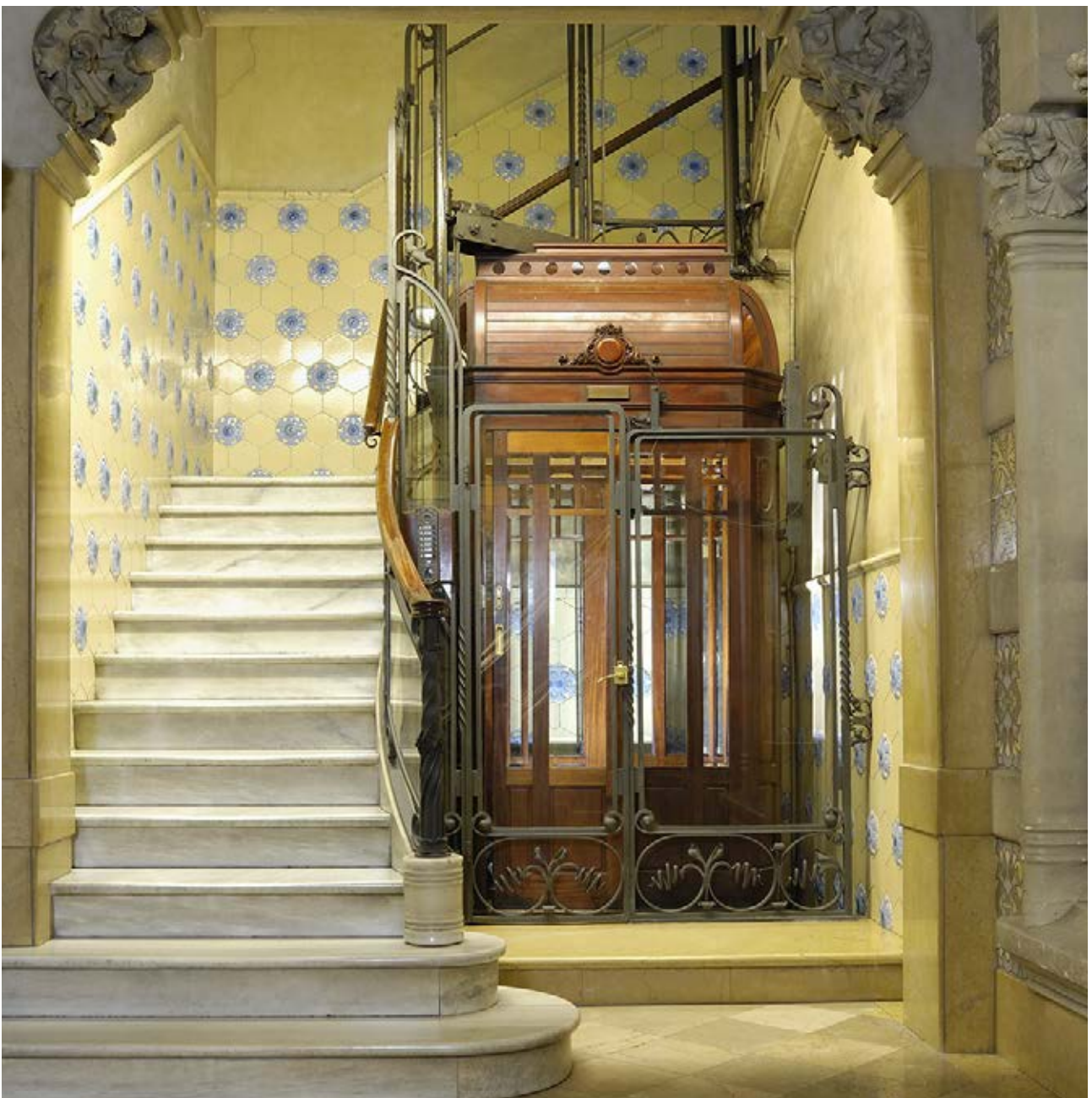




ANTRÀS



*OCTUBRE 2023*

***NEWSLETTER***

# INFORMACIONES LABORALES

Octubre 2023



## Situación actual del teletrabajo. Retroceso del teletrabajo regular, consolidación del ocasional.

Recientemente un estudio realizado entre altos directivos de empresas españolas señalaba que un 78% consideraba que en los próximos años se produciría un retorno a un modelo completamente presencial de trabajo en las oficinas con desaparición de las fórmulas en las que el teletrabajo era la forma de desarrollo habitual de trabajo. Las razones de este cambio se sitúan, según los directivos cuestionados, en el cambio de prioridades estratégicas y en una normativa poco flexible.

Las estadísticas parecen confirmar, en cierta medida, el pronóstico anunciado por el estudio en lo que se refiere al teletrabajo que podemos calificar de regular, menos en lo que se refiere al ocasional. Un teletrabajo ocasional que, por su vinculación con la conciliación y su alta valoración por las personas trabajadoras, creemos que se mantendrá en niveles relevantes. Conforme al flash Datos de Teletrabajo de marzo de 2023 del Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, con el fin de las restricciones por la pandemia, el teletrabajo en España ha experimentado una reducción de manera gradual durante el pasado año. Si se compara el último trimestre de 2022 con el del año anterior, se observa que, a pesar de un leve repunte en el cuarto trimestre, el porcentaje de personas que realizaban esta modalidad ha descendido del 13,6% (2.742.000 personas) al 12,5% (2.563.000 personas).

Según ese mismo estudio, la modalidad de teletrabajo habitual, aquel que se realiza más de

la mitad de la semana, ha bajado en el último año. Sin embargo, el ocasional (realizado durante menos de la mitad de los días trabajados) se ha incrementado de un 5,7% (1.155.000 personas) hasta el 6,1% (1.252.000 personas) en 2022. Unos datos que parecen ser comunes ambos sexos pues si las mujeres teletrabajaban más al inicio de la pandemia, en 2022 las diferencias por sexo se han reducido (12,6% de mujeres ha realizado esta modalidad, frente al 12,5% de hombres). También se aprecia que el teletrabajo está más extendido entre las personas mayores de 25 años. Concretamente lo practican un 13,5% de quienes tienen entre 35 y 54 años. Además, es más común que los grupos de edad de hasta 44 años teletrabajen más en modalidad habitual que ocasional.

A su vez, quienes trabajan por cuenta propia casi triplican en teletrabajo a las personas asalariadas. Un 26,4% de personas que trabajan por cuenta propia lo hace desde su domicilio, mientras que en el grupo de las asalariadas el porcentaje es del 10%. El teletrabajo en personas empleadas por cuenta ajena está lejos del pico máximo del 17% alcanzado en el segundo trimestre de 2020.

En España, la Comunidad de Madrid (19,1%), Cataluña (14,1%) y Comunidad Valenciana (11,9%) tienen el porcentaje más alto de personas que trabajan desde su domicilio. A nivel europeo, España, con un 15,3% de personas teletrabajadoras, se sitúa por debajo de la media europea del 24%.



La percepción de que la actual normativa constituye un freno a la implementación del teletrabajo también requiere de algunas consideraciones que, a nuestro juicio, deben ser valoradas. La primera tiene que ver con el ámbito de aplicación de la Ley del trabajo a distancia. Debe tenerse en consideración que dicha norma sólo resulta de aplicación al trabajo a distancia regular que es aquel que se desarrolla, en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo. De esta forma, al teletrabajo ocasional no le son de aplicación las limitaciones establecidas en aquella norma.

La segunda de las consideraciones a efectuar es que siendo cierto que dicha norma establece limitaciones, en muchos casos, ello se hace con remisión a la negociación colectiva que, de esta forma se erige en el marco normativo referencial. Así, por ejemplo, en el art. 12 respecto a la determinación y compensación o abono de los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral remite a los convenios o acuerdos colectivos el establecimiento del mecanismo para la determinación, compensación o su abono.

Cabe añadir que la implantación de fórmulas de teletrabajo encuentra una limitación importante en la imposibilidad de utilizar el poder de dirección extraordinario para modificar las condiciones de

trabajo establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, que deberán ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora. Al respecto, cabe advertir que con el objeto de garantizar que el teletrabajo se adecue a las posibilidades y necesidades reales de la empresa, en el acuerdo de teletrabajo debería configurarse su duración por periodos breves sujetos a prórrogas o renovaciones acordadas voluntariamente por ambas partes.

Por último, debe destacarse que el teletrabajo constituye una de las posibles modificaciones en las condiciones de trabajo que las personas trabajadoras pueden solicitar, en base al art. 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. En esta hipótesis, aunque la ley no establece una obligación empresarial para efectuar dicha adaptación sí que refuerza la posición de la persona trabajadora por cuanto se exige que se abra un proceso de negociación entre ambas partes, durante un periodo máximo de quince días, en el que la empresa por escrito deberá comunicar su decisión aceptándola, planteando una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestando su negativa a su ejercicio. La propuesta alternativa o la denegatoria deberá estar motivada en razones objetivas. Si la empresa no contesta motivadamente en el plazo de 15 días se presumirá su concesión.





---

## El Plan de Igualdad desde el punto de vista de los efectos de su no realización.

---

En el pasado número de este newsletter reflexionábamos sobre como los buenos resultados que, tanto desde la perspectiva interna de las empresas como desde una visión más amplia del conjunto de la sociedad, han tenido algunas conductas surgidas voluntariamente en el ámbito de la responsabilidad social corporativa han determinado que se hayan convertido en políticas obligatorias por mandato legal. Seguramente uno de los casos más paradigmáticos es el de los planes de igualdad.

Nacidos con el objeto de garantizar eficazmente el desarrollo de políticas empresariales de fomento de la igualdad en el seno de la empresa y evitar actuaciones que pudiesen constituir vulneraciones del derecho a la no discriminación por razón de sexo, esto es, como un fenómeno de compliance laboral, la ley ha determinado que esos planes de igualdad sean obligatorios para cada vez un mayor número de empresas. Así, en la actualidad, todas las empresas con 50 o más trabajadores deberían tener aprobado e implantado su Plan de Igualdad. Una obligación que también puede venir impuesta por el convenio aplicable o bien cuando en el marco de un procedimiento sancionador se acuerde conmutar la sanción a cambio de elaborar un plan de igualdad.

La no elaboración del plan de igualdad constituye una infracción grave que puede ser sancionada con una multa de 751 a 7.500 € (art. 7 y 40 de la Ley de infracciones y sanciones del orden social) e incluso muy grave (sanción de 7.501 a 225.018 €) cuando la no realización, o falta de aplicación vulnera la obligación de realizar dicho plan establecida en una sanción impuesta por la autoridad laboral (art. 46 bis de la LOI). Pero, además de estas sanciones económicas, el incumplimiento de la obligación

de elaborar el plan de igualdad conlleva otros importantes efectos a los que vamos a hacer referencia en este comentario:

### 1. La imposibilidad de beneficiarse de las bonificaciones a la contratación.

El nuevo régimen de bonificaciones a la contratación de nuevas personas trabajadoras, vigente desde el 1 de septiembre, establece que las empresas obligadas a tener Plan de Igualdad y no lo tengan no podrán beneficiarse de las bonificaciones (art. 8.e) del RDLey 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral que, en materia de bonificaciones a la contratación entró en vigor el 1 de septiembre).

La Seguridad Social ha advertido expresamente (vía boletín del Sistema RED de 16 de octubre de 2023) que las empresas que estén obligadas a la implantación de un Plan de Igualdad y no dispongan del mismo, no deberán incluir, en las altas o variaciones de datos, aquellos datos que se indican en el Boletín Noticias RED 11/2023, así como en otros precedentes sobre reducciones de cuotas, como identificadores de colectivos o supuestos a los que resultan de aplicación las bonificaciones o reducciones de cuotas. En el supuesto de que se comuniquen dichos datos a pesar de no disponer del correspondiente Plan de Igualdad, resultará de aplicación lo establecido en el artículo 13 del propio RDL 1/2023, procediendo la devolución de todas las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y los intereses de demora correspondientes, y todo ello sin perjuicio de lo previsto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).



La norma añade que el requisito de tener un plan de igualdad “se entenderá cumplido con la inscripción obligatoria en registro público de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Real Decreto 901/ 2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad”. Una exigencia que será objeto de comentario en la parte final de este comentario.

**2. La exclusión de licitaciones y concursos públicos.** La LPGE para 2023 modificó expresamente la Ley 9/2017 de contratos del sector público para establecer expresamente que las empresas obligadas a tener Plan de Igualdad no podrán contratar con la Administración y demás entidades del sector público si carecen del mismo, una prohibición que ahora ya, expresamente, se extiende a las empresas de 50 o más trabajadores y ya no sólo a las de 250 trabajadores.

Pero como es sabido, el plan de igualdad debe ser negociado con la representación de los trabajadores (arts. 45 y 46 de la Ley Orgánica 3/2007 y art 5 del RD 921/2020), **¿qué ocurre, entonces, en aquellos escenarios en los que la empresa carece de representantes de los trabajadores y está obligada a elaborarlo?**

La empresa deberá dirigirse a los sindicatos más representativos y los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación para constituir una comisión negociadora en la que tendrán derecho a participar proporcionalmente a su representatividad, sin perjuicio, de que la ley la considere “válidamente integrada por aquella organización u organizaciones que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de diez días”. De esta forma, la empresa no podrá negociar el plan de igualdad con una comisión ad hoc sin antes haber intentado de forma real constituir esta comisión negociadora “sindicalizada”.

**Pero ¿qué ocurre si los sindicatos no contestan a ese llamamiento o requerimiento o lo demoran?** Aunque la ley no regula expresamente esa situación debe entenderse que, siempre y cuando la empresa se haya comportado en parámetros propios de la buena fe, podrá elaborar unilateralmente el plan de igualdad. Nos situaríamos ante una de las “circunstancias excepcionales” a las que se refirió el Tribunal Supremo en 2018 para justificar la elaboración unilateral del plan de igualdad por la empresa. No lo sería la simple dificultad o imposibilidad de llegar a un acuerdo que requeriría de circunstancias concurrentes que acreditasen un auténtico y sincero, aunque frustrado, esfuerzo negociador.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha revocado la denegación de la inscripción de un plan de igualdad presentada en el REGCON que, ante la falta de constitución de la comisión sindical, por ausencia de presencia de los sindicatos debidamente requeridos, durante más de un año, había sido elaborado unilateralmente por la empresa. La sentencia de forma lógica considera que “no puede exigirse a la empresa que remueva obstáculos que no está en su mano eliminar. La empresa se encuentra inerte para constituir una comisión negociadora”. En estas circunstancias, señala la sentencia, “nos encontramos ante una situación excepcional, de bloqueo negocial por ausencia de órganos representativos de los trabajadores” que ha de permitir que el plan de igualdad sea elaborado unilateralmente por la empresa y, por ende, registrado.



## **El uso de una aplicación informática como instrumento de información sindical alternativo al correo electrónico.**

*El Tribunal Supremo ha dictado recientemente una interesante sentencia en la que debía resolver si resultaba lícito que la empresa sustituyese la utilización del correo electrónico como medio de información sindical a los trabajadores por la utilización de una aplicación informática. En la empresa con una plantilla de más de 1.000 empleados/as, tradicionalmente los sindicatos habían utilizado las listas de distribución de correos como medio de comunicación. Los sindicatos impugnan la modificación y solicitan poder seguir usando el correo, seguramente por considerar que es medio más eficiente de comunicación y porque consideran que forma parte, en base a la importante sentencia 281/2005, de 7 noviembre, del Tribunal Constitucional, de su derecho a la libertad sindical. El Tribunal Supremo va a desestimar el recurso planteado por los sindicatos y validar la actuación empresarial. Veamos algunos de sus elementos argumentativos más relevantes y otros elementos de necesaria consideración en estos contextos:*

- 1. El derecho a la utilización sindical del correo electrónico en la empresa se refiere a organizaciones en las que dicho instrumento preexista. Los sindicatos no tienen derecho a exigir su implementación cuando no existiese.*
- 2. El derecho a la utilización del correo electrónico de la empresa con fines sindicales no puede perjudicar su uso empresarial que es prevalente y no puede implicar cargas o gravámenes adicionales para la empresa.*
- 3. La empresa puede establecer las condiciones de uso o utilización, siempre que no las excluyera en términos absolutos.*
- 4. La STS 947/2022 de 30 noviembre ha legitimado el bloqueo del correo electrónico a un sindicato que pierde implantación, cuando el perímetro de aplicación contemplado por los negociadores para el uso de los medios electrónicos se ajusta o ciñe a las organizaciones sindicales con implantación o representación en la empresa.*
- 5. El establecimiento de restricciones en la utilización del correo electrónico debe estar amparado en una justificación objetiva y razonable. En este sentido, la STS comentada, confirmando la de instancia, considera que constituyen razones justificativas suficientes las aportadas por la empresa 1º constituye una aplicación multifuncional adecuada para cumplir con las funciones informativas; 2º no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; 3º las funcionalidades de la app compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores; 4º ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos sino al contrario; 5º de los hechos probados de la sentencia se deriva que ese nuevo sistema de comunicación garantiza ese derecho fundamental o la libertad sindical y que el derecho de información y comunicación no sufre ninguna limitación o norma.*



**TJUE: derecho al devengo de vacaciones durante el periodo en el que el trabajador no prestó servicios como consecuencia de un despido que es declarado nulo.**

*La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de octubre de 2023, resolviendo una cuestión prejudicial remitida desde Chequia, establece una doctrina que resulta relevante para aquellos supuestos que se puedan plantear ya en nuestras fronteras como consecuencia de despidos declarados nulos en los que se imponga la readmisión del trabajador. El TJUE establece que es contraria al derecho europeo una jurisprudencia nacional en virtud de la cual un trabajador ilícitamente despedido y posteriormente readmitido en su puesto de trabajo, de conformidad con el Derecho nacional, a raíz de la anulación de su despido mediante resolución judicial, no tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas por el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de su readmisión, debido a que, durante ese periodo, el referido trabajador no realizó un trabajo efectivo al servicio del empresario, toda vez que este último no le asignó un trabajo y ello aunque el trabajador con arreglo a su Derecho nacional, disfrute de una compensación financiera por dicho periodo.*

*Por lo que respecta a la afectación que esta doctrina puede tener en clave nacional, debe destacarse que nuestro Tribunal Supremo ya ha dictado diversas sentencias en sentido similar sobre los efectos que tiene la declaración de nulidad y posterior readmisión del trabajador sobre el devengo de las vacaciones. Así, en una sentencia de julio de 2022, recogiendo otras previas, el Tribunal Supremo afirma que “[l]a restitución cabal de la relación que también provoca una declaración de nulidad del despido de la parte actora, apareja o anuda irremediabilmente el devengo de vacaciones en ese lapso en el que no desempeñó su trabajo por causa imputable al empleador”. Mayores dudas puede plantear su hipotética proyección en los casos de despidos declarados improcedentes. Aunque existen sentencias que reconocen el devengo en supuestos de despido improcedente con readmisión, por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2019, las hipótesis en las que no se opta por aquella readmisión no han sido abordadas frontalmente. Aunque la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, su carácter autónomo y constitutivo, podrían llevar a negar en tales hipótesis el devengo, la lógica hiperproteccionista del derecho de vacaciones del TJUE podría dar lugar a soluciones extensivas que parece apuntar la sentencia del Supremo del 2022 cuando, obiter dicta, establece que “dicha doctrina es aplicable tanto cuando el despido se califique de improcedente como cuando se califique como nulo porque en ambos supuestos concurren la misma involuntariedad en la interrupción en la prestación de servicios, la readmisión y restauración completa del vínculo laboral”.*



**Trabajadores a tiempo parcial. El TJUE considera discriminatorio establecer los mismos umbrales de los trabajadores a tiempo completo para el acceso a una determinada gratificación extraordinaria.**

*También desde el TJUE nos llega una sentencia, en este caso con origen en Alemania, por la que se establece que es contraria al principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial una normativa nacional que supedita el pago de una retribución complementaria de manera uniforme para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores a tiempo completo comparables, a la superación del mismo número de horas de trabajo de una actividad determinada, como la actividad de vuelo de un piloto.*

La información contenida en este Boletín constituye una síntesis que no puede ser aplicada sin un asesoramiento legal previo.  
Quedamos a su disposición para cualquier comentario o aclaración sobre la información contenida en este documento en: [newsletter@antras.net](mailto:newsletter@antras.net).