



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



FEBRERO 2020

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Febrero 2020

*Desde 1940*

La derogación del despido objetivo por absentismo (art. 52.d TRLET).

El BOE del pasado 19 de febrero publicaba el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se derogaba el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del TRLET. Tras 6 hojas de preámbulo en las que el Gobierno justifica la derogación y la situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita el recurso al RD-ley, dos líneas bastan para derogar una regulación vigente desde 1980. Mucho se ha escrito estos días sobre si era ésta la primera de las medidas con las que el Gobierno pretendía “derogar” la reforma laboral de 2012. En cualquier caso, y con independencia de cualquier valoración, la actual reforma va mucho más allá por cuanto, como decíamos, el despido por absentismo existía desde 1980. Resulta cierto que la reforma del 2012 facilitó esta modalidad de despido objetivo por cuanto suprimió, para su operatividad, la necesidad de que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo superase el 5 por 100 en el periodo temporal de referencia, pero, en cualquier caso, no se modificaron ni el tipo de ausencias computables ni los porcentajes mínimos que permitían su activación.

El precepto siempre fue cuestionado por la doctrina científica y judicial desde la perspectiva del derecho a la salud, por cuanto consideraba computables las ausencias justificadas derivadas de enfermedad o accidente no laboral acordadas por los

servicios sanitarios oficiales y que tenían una duración igual o inferior a 20 días consecutivos, salvo que estuviesen motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud. Sin embargo, muy recientemente, en una sentencia que causó mucho revuelo mediático, el Tribunal Constitucional (STC 118/2019 de 16 de octubre) declaró su constitucionalidad, poniendo el precepto en el “punto de mira” legislativo.

La derogación de este artículo entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, por lo tanto, el 20 de febrero, y no tiene carácter retroactivo, con lo que no afectará a los despidos que ya hubiesen sido comunicados al trabajador alegando dicha causa o que estuviesen siendo cuestionados en sede judicial. No obstante, ha de tenerse consideración que la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de enero de 2020 consideró contrario el precepto a diversas normas internacionales, y de consolidarse y extenderse su doctrina, en esos despidos anteriores, cuando la causa hayan sido ausencias por enfermedad, es posible que los despidos se acaben considerando improcedentes.



La efectividad de la obligación de negociar planes de igualdad en empresas de más de 150 trabajadores: 7 de marzo.

El 7 de marzo de 2019, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación modificó el art. 45 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva (LOIE) para extender la obligación de elaborar un plan de igualdad a las empresas de 50 o más trabajadores.

Esta obligación, no obstante, conforme a la Disp. transit. 12ª de la LOIE, se aplicaba gradualmente. Así, a las empresas de más de 150 personas trabajadoras y hasta 250 se les otorgó un periodo de un año; a las de entre 100 y 150, 2 años, siendo a partir del tercer año cuando la obligación se extenderá a todas las empresas de más de 50 trabajadores. El primer año de prórroga finaliza el próximo 7 de marzo, momento a partir del cual las empresas de más de 150 trabajadores deberán contar con un plan de igualdad.

El plan de igualdad, conforme al art. 45 de la LOIE, debe negociarse con los representantes legales de los trabajadores “en la forma que se determine en la legislación laboral”. Además, debe tenerse en cuenta que el ámbito de aplicación del plan es toda la empresa, sin perjuicio “del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo” (art. 46.3 LOIE).

La legislación laboral no ha establecido normas específicas con relación a esta negociación, de forma que deberán aplicarse las reglas generales. Ello supone que el plan de igualdad deba de negociarse, en virtud del principio de correspondencia, con representantes legales de los trabajadores, sindicales o unitarios, que tengan legitimación para negociar en el ámbito de los distintos

centros de trabajo en los que el plan de igualdad se va a aplicar. Pero ¿qué ocurre cuando en la empresa no existen representantes de los trabajadores? ¿O cuando, de existir, estos no cumplen con el principio de correspondencia porque, por ejemplo, sólo representan a los trabajadores de uno de los centros? ¿Significa ello que la empresa está exonerada de la obligación de tener un plan de igualdad? ¿Que la empresa puede negociarlo con una comisión específica de trabajadores? Se trata de cuestiones aún no del todo resueltas y que sería deseable que el Gobierno aclarase, por ejemplo, en el desarrollo normativo que tiene que dar a los planes de igualdad en materias como la obligación de registro, diagnóstico... (art. 46.6 TRLET). Una necesidad que es más evidente a medida que se amplía el ámbito subjetivo de la obligación y ello supone incluir a cada vez más empresas que, por sus dimensiones, tal vez carezcan de órganos de representación.

Las sentencias empiezan a resolver alguna de esas cuestiones, pero se trata no obstante de soluciones muy casuísticas, de las que no siempre es posible extraer soluciones o conclusiones generales. Lo que sí parece claro es que la inexistencia de representantes de los trabajadores no exime a la empresa de tener plan de igualdad. Si no existen, la obligación subsiste. La reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2019 descarta que pueda negociarse con una comisión específica de trabajadores por cuanto considera que la actuación de esta instancia sólo está prevista en el TRLET para la negociación de medidas de flexibilidad interna o despidos, pero no para otras materias. Una solución que, sin embargo, a nuestro juicio, no debiera descartarse siempre que con ello no se pretendiese eludir la actuación de la



representación legal o sindical. En cualquier caso, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2018 ha admitido que, en casos excepcionales, el empresario pueda, de forma unilateral, elaborar el plan de igualdad. ¿Cuáles son esos casos excepcionales?

La sentencia cita como uno de los casos excepcionales la ausencia de cualquier tipo de representación. Otros son: el bloqueo negociador imputable exclusivamente a la contraparte laboral y la negativa de la parte laboral a negociar.

Registro de la jornada ordinaria y tiempo de trabajo efectivo: cómputo de determinadas pausas (café, cigarrillo...) y autorización de horas extraordinarias.

El establecimiento de la obligación de registrar la jornada está haciendo aflorar la complejidad y las múltiples aristas y dimensiones que, en determinadas ocasiones, tiene la determinación de qué es aquello que debemos considerar como tiempo de trabajo y su relación con esa nueva obligación.

El art. 34.9 del TRLET establece que la empresa garantizará el registro diario de jornada, que “deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo”. ¿Todo aquello que quede registrado entre ese “horario concreto de inicio y finalización” es tiempo de trabajo a los efectos de determinar si se han superado los límites establecidos legal o convencionalmente o a los efectos de determinar si se han realizado horas extraordinarias?

En principio no, pero sí. Permítannos intentar explicarnos.

Conforme el TRLET únicamente el tiempo de trabajo efectivo es el que debe computarse (recuérdese que conforme el art. 34.5 del TRLET “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo” y que el 34.1 habla expresamente de que “la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”). De esta forma, parecería que no necesariamente habría de existir correspondencia entre el tiempo registrado y tiempo de trabajo efectivo a los efectos de computar la jornada ordinaria. Sin embargo, la Dirección General de la Inspección de Trabajo, (ITSS) en el criterio técnico sobre la materia, ha señalado que sería conveniente que el registro ofrezca una “visión adecuada y completa del tiempo de trabajo efectivo (...) en caso contrario, podría presumirse que lo es [jornada ordinaria] toda aquella que transcurre entre la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo registrada, y es al empleador al que le correspondería la acreditación de que ello no es así”. De esta forma, la Inspección va a presumir, salvo prueba en contrario que le corresponde al empresario, que todo el tiempo registrado es tiempo de trabajo ordinario. Para evitar ese efecto, tal y como establece el mismo criterio de la ITSS, mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, el registro de jornada podrá organizarse de manera que incluya las interrupciones o pausas que se consideren, siempre y cuando el registro incluya necesariamente el horario de inicio y finalización de la jornada. Una actuación de depuración o concreción del registro que debe recomendarse para evitar el juego de la presunción.



La reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2019 valida la decisión de una empresa en la que se comunicaba a los trabajadores la necesidad de registrar las salidas y entradas realizadas con el objeto de fumar o tomar un café sin apreciar que exista una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La Audiencia considera que no se llegó a acreditar que estuviésemos ante una condición más beneficiosa, considerando que estábamos ante una mera tolerancia empresarial.

Por su interés debe reseñarse que la sentencia considera lícito la exigencia empresarial de que la realización de horas extraordinarias deba ser autorizada previamente por el superior jerárquico. Una regulación que puede permitir disuadir de prolongaciones artificiales de la jornada decididas unilateralmente por el trabajador. La sentencia, sin embargo, no aclara qué tratamiento deberá darse al exceso de jornada realizado sin esa autorización previa, especialmente si es la carga de trabajo impuesta por la empresa la que ha llevado al trabajador a prolongar su jornada.

Ha de advertirse que nos hallamos ante una sentencia firme que no es firme por cuanto el sindicato demandante ha presentado recurso ante el Tribunal Supremo. Habrá que permanecer atentos.

Cambio de turno por realización de estudios: la necesidad de justificar la negativa. STSJ Galicia de 21 de octubre de 2019.

Una sentencia del Tribunal Superior de Justicia dada a conocer en fechas recientes reconoce el derecho de un trabajador que cursaba estudios a concretar su jornada laboral en un turno fijo de tarde para poder compatibilizar su trabajo con los estudios de un ciclo superior. La sentencia desestima el recurso de la empresa por no haber acreditado de manera suficiente la existencia de causas organizativas que imposibilitasen la asignación y, además, la condena al pago de una indemnización de 3.000 €.

Al respecto debe recordarse que el art. 23.1 del TRLET establece que las personas trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

- Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes. Ha de advertirse que, salvo previsión en convenio o acuerdo, no estamos ante un permiso retribuido.*
- A una preferencia para elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, y cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. No para otro tipo de formaciones.*
- A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional.*
- A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.*

Debe destacarse que la sentencia comentada parte de la concepción de que nos hallamos ante el ejercicio de un derecho que, por su vinculación con los arts. 27.1, 35.1 y 40 de la Constitución, tiene dimensión constitucional. De lo que deriva la imposibilidad de



limitar el alcance y el efecto de las normas que lo reconocen más allá de lo razonable, mediante una interpretación restrictiva carente de justificación alguna. Ello, junto a una cuestionable consideración de dichos derechos como incondicionados, determina que, a juicio del Tribunal, se considere que no nos hallamos ante una facultad discrecional de la empresa, sino una obligación legal.

La sentencia concluye, sin embargo, admitiendo que “podría entenderse que se trataba de una mera discrepancia de legalidad ordinaria” si existieran causas organizativas de entidad que impidieran o dificultaran aceptar la opción del actor por el turno de tarde y así se le hubieran puesto de manifiesto. Pero la empresa no concretó los obstáculos organizativos en el momento de la negativa ni tampoco logró acreditarlos en el juicio salvo unas genéricas alegaciones a “modificaciones en la tienda” y “modificación de la carga de trabajo que se ha incrementado”.