

Tema del Mes

EFECTOS DEL RD LEY 5/2023 SOBRE LAS MEJORAS DE LOS PERMISOS RETRIBUIDOS PREVISTAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Agosto 2023

Tema del Mes
Daniel Miñana Torres

Comentario de Jurisprudencia
Daniel Rodrigo Bau





ÍNDICE

TEMA DEL MES	1-4
Efectos del RD Ley 5/2023 sobre las mejoras de los permisos retribuidos previstas en los convenios colectivos.	
NOTICIAS DE ACTUALIDAD	5-6
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA	7-10
Cabe comunicar a la RLT el despido objetivo de una persona trabajadora días después de su comunicación a la misma.	
SENTENCIAS DE DE INTERÉS	11-12

En la revista correspondiente al mes de julio, nuestra compañera Rosa Escrig expuso las novedades más relevantes que, en materia laboral, vino a introducir el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de julio, por el que, entre otras, se traspone la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE.

TEMA DEL MES

EFFECTOS DEL RD LEY 5/2023 SOBRE LAS MEJORAS DE LOS PERMISOS RETRIBUIDOS PREVISTAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Si ánimo de reiterarnos, las presentes líneas pretenden centrarse en discernir el modo en que los cambios introducidos en la duración de determinados permisos retribuidos previstos en el 37.3 ET afectan a las cláusulas convencionales que, de un modo u otro, trasponían o mejoraban la regulación legal previa en el RD-ley 5/2023 pero, con posterioridad a su entrada en vigor, se ven claramente superadas por la nueva previsión normativa.

El antiguo permiso por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario previsto en el Estatuto de los Trabajadores tenía una duración de dos días, ampliable hasta cuatro para el caso que la persona trabajadora tuviera que realizar un desplazamiento al efecto. Teniendo ello en cuenta, en una ingente

cantidad de convenios colectivos, sectoriales y propios de empresa o grupos de empresas, se negociaron y pactaron mejoras de diversa índole, como pueda ser incrementando el número de días de permiso -la mejora convencional más habitual es pasar de dos a tres días de permiso- o aumentar el número de días correspondientes al permiso en caso tener que realizar un desplazamiento.

La modificación operada en la regulación legal de este permiso retribuido por parte del RD-ley 5/2023 ha aumentado la duración fijada en el Estatuto de los Trabajadores de dos a cinco días y, además, ha eliminado la referencia a la posibilidad de ampliarse en caso de tener que realizar un desplazamiento con ocasión del hecho causante. Es decir, se ha “simplificado” el funcionamiento del meritado permiso retribuido reconociendo la posibilidad de disfrutar, en todo caso, de cinco días de permiso.

Las preguntas, por tanto, se hacen patentes: ¿qué sucederá con las cláusulas de los convenios colectivos vigentes que introducían mejoras respecto a la regulación anterior pero que, tras la entrada en vigor del RD-ley 5/2023, se ven superadas por la disposición legal? ¿Y con aquellas cláusulas convencionales que, mejorando o no la regulación legal, prevén la ampliación del permiso retribuido en caso de tener que realizar un desplazamiento con ocasión del hecho causante?

La primera pregunta es de fácil resolución. Si una cláusula convencional mejoraba la anterior duración legal del permiso retribuido y, tras la entrada en vigor del RD-ley 5/2023, es inferior a la misma, la previsión convencional debe entenderse inaplicable por haber sido superada normativamente. Todo ello, en estricta aplicación del principio de jerarquía normativa -art. 3 ET-. Esta solución resulta sencilla de aplicar cuando la cláusula convencional es claramente menos favorable que la nueva regulación legal. No obstante, puede complicarse cuando los convenios colectivos prevén cláusulas que, por ejemplo, establecen una duración inferior

del permiso retribuido, pero introducen otros beneficios que hacen que, en su conjunto, el permiso retribuido deba considerarse como más favorable para la persona trabajadora. O también aquellas que prevén el permiso retribuido en días naturales -no laborables-, pero con una duración superior a cinco días. Habrá que analizar caso a caso si una determinada previsión convencional resulta, en su conjunto, más favorable que la normativa legal vigente. Y de ser así, mantener su aplicación. Los permisos retribuidos en el art. 37.3 ET son normas de derecho necesario relativo que, por tanto, pueden ser mejoradas por los convenios colectivos de aplicación (STS 330/2011, de 25 de enero).

La segunda de las cuestiones, en mi opinión, tiene una solución más compleja. Queda claro que si, por ejemplo, una cláusula convencional mejora el permiso retribuido de dos a cuatro días, tras el RD-ley 5/2023 la duración del permiso pasará a ser necesariamente de cinco días, dejando de aplicarse la previsión convencional en favor del art. 37.3 ET. Pero imaginemos que, además de mejorar la duración básica del permiso, adicionalmente, prevé la posibilidad de aumentar su duración en un día más -hasta 5- en caso de tener que desplazarse con ocasión del hecho causante del permiso. Recordemos que el art. 37.3 ET ha eliminado toda referencia a los desplazamientos y unificado la duración del permiso, en todo caso, a 5 días. ¿Debe entenderse que la duración básica del permiso retribuido previsto en el convenio colectivo pasa a ser ahora de 5 días y, adicionalmente, mantenerse el día extra por desplazamiento? ¿O debe entenderse que el día adicional por desplazamiento, que unido a la duración inicial del permiso sumaba 5 días, queda subsumido en el nuevo redactado del art. 37.3 ET?

El debate jurídico más parecido al que planteo y, por tanto, puede servir de ayuda para resolver la cuestión, es el habido respecto a las cláusulas convencionales que prevían el permiso retribuido por nacimiento de hijo y su aplicabilidad tras la entrada en

vigor del RDL 6/2019, que vino a suprimir del Estatuto de los Trabajadores dicho permiso al equipararse la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores por nacimiento y cuidado de menor de doce meses. Reiterada jurisprudencia (SSTS 98/2021, de 27 de enero, 75/2022 de 26 de enero, 301/2022, de 5 de abril y 509/2022, de 1 de junio) ha mantenido constantemente que *“este tipo de mejoras convencionales del régimen legal anteriormente previsto para el permiso de paternidad quedaba indisociablemente vinculada a la propia vigencia y existencia del derecho sobre el que dicha norma versa, de tal manera que una vez desaparecido tal derecho no cabe admitir la pervivencia autónoma y separada de aquella mejora”*. Similar casuística ha sucedido con la ampliación del permiso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario en caso de desplazamiento, ya que ha desaparecido la *“existencia del derecho sobre el que dicha norma versa”*. El permiso retribuido legalmente previsto ya no hace alusión a su posible ampliación por desplazamiento. En consecuencia, difícilmente puedes sostenerse que la voluntad de las partes, al negociar el convenio colectivo vigente, fuese la de conceder días adicionales por desplazamiento con independencia de la duración inicial prevista legalmente.

En este sentido, la reciente STS 502/2023, de 11 de julio, viene a afirmar que *“es evidente que la finalidad de lo pactado en el convenio colectivo no era otra que la de mejorar el régimen de aquel permiso, y no cabe considerar que la común voluntad de las partes pudiese ser el mantenimiento de ese derecho al permiso ni es factible admitir que fuese la de permitir su disfrute una vez agotado el plazo de dicha suspensión”*.

En definitiva, habrá que estar a los próximos pronunciamientos judiciales sobre la cuestión que, seguramente, serán numerosos y diversos. Téngase en cuenta que la resolución de cada supuesto dependerá de diversos factores relacionados con los

criterios de interpretación de los convenios colectivos -tenor literal, conjunto del texto, voluntad de las partes en la negociación, etc.- . Y, en cualquier caso, las negociaciones de convenios colectivos que se retomen tras el verano deberían tener en cuenta este cambio normativo y conminar a las partes a revisar el sistema de permisos retribuidos adaptándolo a la nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores.

Tema del mes
Daniel Miñana
Abogado



ACTUALIDAD

LA AGENCIA TRIBUTARIA PUBLICA UNAS NOTAS RELATIVAS A LOS VEHICULOS DE USO MIXTO CEDIDOS A PERSONAS TRABAJADORAS.



El pasado 28 de julio, la Agencia Tributaria emitió un criterio que explica diversos aspectos con respecto a los vehículos de uso mixto por personas trabajadoras, lo cual ha sido objeto de debate recientemente en el TJUE, la Audiencia Nacional y el TEAC.

A través de este criterio, la Agencia profundiza sobre los siguientes extremos: a) los criterios interpretativos que inciden en el criterio de disponibilidad para uso privado, b) la consideración de la cesión de vehículos por parte del empleador a efectos del IVA, c) la deducibilidad por el empresario o profesional de las cuotas soportadas de IVA en la adquisición de vehículos, d) el autoconsumo de servicios y e) la base imponible a efectos de IVA e IRPF.

NUEVA REGULACIÓN PARA EL SISTEMA DE COTIZACIÓN DE LOS EXPATRIADOS



El próximo 1 de noviembre entrará en vigor la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, que permitirá a los expatriados mantener la cotización a la Seguridad Social española sin límite de tiempo.

En este sentido, la Orden prevé la voluntariedad para el expatriado en la decisión de si mantener o no la cotización a la Seguridad Social española en el supuesto del desplazamiento de personas a un país en que resulte aplicable un instrumento internacional en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Así, en estos casos, a través de la cumplimentación del modelo de acuerdo (aun no publicado) entre la empresa y el expatriado se reflejará dicha decisión.

IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL EMPLEO



La Organización Internacional del Trabajo presentó el pasado 21 de agosto de 2023 un informe en el que evalúa el impacto de la inteligencia artificial generativa en la cantidad y calidad de los empleos.

El estudio, sugiere que la mayoría de los empleos en industrias están solo parcialmente expuestos a la automatización y que es más probable que sean complementados que sustituidos por la última ola de la inteligencia artificial como, por ejemplo, el sonado ChatGPT. Por ello, apuntan que es más probable que el impacto de la tecnología sea más la inclusión de cambios potenciales en la calidad de los puestos de trabajo (intensidad y autonomía) que no la destrucción de empleo.

PROCEDIMIENTO PARA REINTEGRAR AL FOGASA LAS PRESTACIONES PAGADAS INDEBIDAMENTE



El 5 de agosto de 2023, se publicó en BOE, la Orden por la que se regula el procedimiento para el reintegro al FOGASA de las prestaciones pagadas indebidamente.

Hasta el momento, la ausencia de normativa específica que regulara dicho reintegro hacía necesario el establecimiento de un mecanismo jurídico. De este modo, la Orden regula el procedimiento mediante el cual, cuando una unidad administrativa del FOGASA detecte que se ha procedido al pago indebido de una prestación, esta dispondrá de inmediato la restitución de las cantidades indebidamente pagadas, remitiendo propuesta motivada de resolución a la persona titular de la Secretaría General.

¿CÓMO TRIBUTA LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SI SE PERCIBE DE FORMA FRACCIONADA A LO LARGO DE VARIOS EJERCICIOS?



En el caso planteado, se consulta a la Dirección General de Tributos, en el marco de un despido colectivo, cómo debe ser la tributación de la indemnización por despido percibida de modo fraccionado a lo largo de varios ejercicios.

Pues bien, recordando en primer lugar que cuando la cuantía supere la establecida por el Estatuto de los Trabajadores y la cantidad de 180.000 euros; la indemnización estará sujeta y no exenta y por tanto, calificada como rendimiento del trabajo; la DGT indica que a efectos de la reducción prevista en la LIRPF, deberán tenerse en cuenta como periodos impositivos todos aquellos en los se perciba indemnización, incluidos los ejercicios en los que la indemnización esté exenta.

LA UNE 19604:2023 Y LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE COMPLIANCE SOCIOLABORAL



El 27 de julio de 2023 se publicó la UNE 19604:2023 sobre los sistemas de gestión de Compliance sociolaboral, requisitos y orientación para su uso.

A través de esta norma, las organizaciones reciben una guía sobre cómo desarrollar y difundir una cultura positiva de Compliance, especificando los requisitos y directrices que, de acuerdo con la legislación sociolaboral española.

Además de ello, la norma también abarca aspectos como el ejercicio de los derechos constitucionales en la organización como los relativos a la igualdad y la no discriminación.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

CABE COMUNICAR A LA RLT EL DESPIDO OBJETIVO DE UNA PERSONA TRABAJADORA DÍAS DESPUÉS DE SU COMUNICACIÓN A LA MISMA

Daniel Rodrigo Bau



La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado sentencia en fecha 5 de julio de 2023 (N.º de Rec. 105/2022), por la que determina que la comunicación de un despido objetivo, a la Representación Legal de las Personas Trabajadoras, puede realizarse días después de la comunicación del mismo a la persona o personas trabajadoras afectadas por el despido.

El TS desestima el recurso interpuesto por la trabajadora despedida y ratifica la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que declaró la procedencia del despido al entender justificada la causa del despido efectuado y, en lo que a la cuestión casacional se refiere, al considerar que la comunicación efectuada cuatro días después de la fecha de la notificación del despido, cumplía con las exigencias legales.

El caso concreto enjuiciado, versa al respecto del despido objetivo de una trabajadora, efectuado en fecha 25 de septiembre de 2020, con fecha de efectos de ese mismo día, como consecuencia del periodo de transformación y reestructuración que estaba teniendo lugar en organización de la empresa. Dicho despido, junto a otros efectuados en dicha fecha, no fue comunicado a la

representación legal de las personas trabajadoras hasta el 30 de septiembre de 2020.

La cuestión que se debate en el recurso de casación para la unificación de la doctrina alude al momento del cumplimiento del requisito de comunicación de la decisión extintiva a los representantes legales de las



personas trabajadoras en los supuestos de despido objetivo al amparo de las causas previstas en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. Concretamente se resuelve al respecto si dicha comunicación debe efectuarse de manera anterior o simultánea a la notificación a la persona trabajadora del despido, o si, por el contrario, puede efectuarse de manera posterior a dicha notificación.

A este respecto, la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social n.º 16 de Valencia, resolvió desestimando la demanda de despido interpuesta por la trabajadora, declarando la procedencia del despido, al considerar que la comunicación efectuada por la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras, pese a haberse realizado cuatro días después de la comunicación del despido a la trabajadora, cumplía con las exigencias formales derivadas del artículo 53 del ET; lo cual ratificó la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana.

Frente a la sentencia del TSJ, se aportó sentencia de contraste del TSJ de las Islas Canarias, sede de Las Palmas (N.º de Rec. 118/2020), de 29 de junio de 2020, en la cual, el Tribunal, declaró la improcedencia del despido objetivo efectuado a una trabajadora al haberse constatado que la comunicación de dicha extinción no se trasladó al Comité de Empresa hasta un día después de la fecha de efectos del despido. En particular, la sentencia de contraste entiende que, pese a que el retraso en la comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras es breve, existe un incumplimiento en lo que se refiere al requisito formal de entregar en tiempo copia de la comunicación extintiva, motivo por el que debe declararse el despido como improcedente.

Sin embargo, pese a lo resuelto en la sentencia de contraste, el TS resuelve desestimar el recurso presentado por la



trabajadora, declarando la firmeza de la sentencia recurrida al entender que la comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras se puede hacer con posterioridad a la notificación del despido de la persona trabajadora. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal viene a basarse en la doctrina existente hasta la fecha, la cual, pese a no contemplar explícitamente la respuesta a la cuestión objeto de debate, ya contenía la misma, al entender que “la voluntad de la ley consiste en que se produzca la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador”, lo que manifiestamente conlleva que la comunicación a los representantes legales de las personas trabajadoras no pueda realizarse de manera previa a la entrega de la carta a la persona trabajadora despedida.

Eso sí, el Tribunal entiende que dicha comunicación puede realizarse días después, siempre y cuando se realice

en un plazo prudencial que ni frustre la finalidad de la exigencia legal, ni impida que los representantes legales puedan ejercitar los derechos que puedan estar vinculados a la información facilitada, entre los que no cabe desconocer la posibilidad de asesorar a la persona trabajadora sobre las causa y circunstancias del despido efectuado. Entendiendo, en el caso enjuiciado, que la comunicación efectuada a los representantes legales de las personas trabajadoras, cuatro días después de notificarse el despido de la trabajadora, está dentro de un plazo prudencial.

Comentario de jurisprudencia
Daniel Rodrigo
 Abogado



SENTENCIAS DE INTERÉS

ES LA EMPRESA LA QUE DEBE PROBAR EL ABONO DEL SALARIO INCLUSO SI EL PAGO SE HUBIERE REALIZADO EN METÁLICO

STS 474/2023, DE 4 DE JULIO.

La Sala entra a resolver a quién corresponde la carga de probar el pago del salario, cuando no se discute la efectiva existencia de la prestación de servicios laborales durante el periodo reclamado.

En el asunto en cuestión, el trabajador había presado servicios, entre otras obras, en una en Tres Cantos (Madrid), que estaba llevando a cabo la empresa A, que, a su vez, había subcontratado los servicios con la empresa B. Así, éste reclamaba a ambas mercantiles solidariamente la remuneración correspondiente a mayo, junio y julio de 2.017.

Pues bien, la Sala ha dejado claro que, una vez probada la existencia de la relación laboral por parte del trabajador en base a la carga de la prueba impuesta por el Art. 217 LEC debiendo éste probar la certeza de los hechos de que se desprende la correlativa obligación de la empresa, es a la empresa a la que le corresponde aportar elementos de juicio que prueben que el pago se hubiera realizado, incluso cuando éste fuere en metálico debiendo aportar el preceptivo recibo de cobro firmado.

ACUDIR VARIAS VECES AL MÉDICO EN UN CORTO ESPACIO DE TIEMPO NO BASTA PARA DECLARAR NULO EL DESPIDO

STSJ CyL 1059/2023, DE 19 DE JUNIO.

La Sala ratifica la declaración de improcedencia del despido, pero desestima la petición de nulidad de un trabajador que había acudido a consulta médica en varias ocasiones previas al despido, en un corto espacio de tiempo, sin que, no obstante, no se le hubiera expedido parte de baja por incapacidad temporal en la fecha del despido.

Así, recuerda la Sala el test de aplicación en casos de enfermedad para determinar si el despido ha tenido como móvil la misma: a) comprobar si existe una enfermedad previa al despido; b)

determinar si existe panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad y, c) en caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

Por ello, no constando que el trabajador informara a la empresa de las visitas al centro de salud, ni que ésta pudiera sospechar de las mismas, entiende la Sala que no concurre circunstancia alguna que permita establecer el panorama indiciario de discriminación al desconocer la empresa tales visitas y no haber parte de baja hasta después del despido.

EL DESPIDO DURANTE LA BAJA NO ES NULO SI ANTES SE APRECIAN COMPORTAMIENTOS IRREGULARES

STSJ CV 416/2023, DE 16 DE MAYO.

La Sala entiende que el despido disciplinario de un trabajador en situación de IT no es suficiente para entender que concurre un motivo discriminatorio a la luz de la Ley 15/2022, dado que se aprecian comportamientos irregulares anteriores a la baja. En concreto, la empresa acreditó que la decisión extintiva se empezó a gestar mucho antes y a causa de unas quejas e irregularidades; lo cual, si bien no era suficiente para que éste fuera procedente, enervó cualquier indicio de discriminación.

En base a ello, se concluye por la Sala que el hecho de que el despido se produjera durante el proceso de IT es un dato objetivo, que no resulta suficiente para apreciar la existencia de indicios discriminatorios por motivo de enfermedad, máxime cuando han quedado acreditados determinados elementos circunstanciales relacionados con las deficiencias e irregularidades en el servicio que el actor venía prestando con anterioridad a su baja, y la aplicación de un protocolo previo para abordar esta situación.

NO CONSTITUYE SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD EL GOLPEO VOLUNTARIO DE LA CABEZA POR PARTE DEL TRABAJADOR

STSJC 1644/2023, DE 4 DE JULIO.

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, ratificando la declaración de procedencia del despido, aunque no por la comisión de todas las faltas señaladas en la carta de despido.

En concreto, la empresa, entre otras, señaló en la carta de despido la comisión de la falta muy grave por “simulación de enfermedad” ya que el trabajador se golpeó de manera voluntaria la cabeza con una máquina, anunciando acto seguido que “se iba a ir a la Mutua para que le dieran la baja”. De hecho, el

trabajador, acabó acudiendo a urgencias donde le fue expedida una baja médica por un cuadro de ansiedad.

No obstante, pese a la actuación del trabajador, la Sala no considera que mediara ni simulación de enfermedad ni imprudencia en el trabajo; pero sí ratifica la procedencia del despido disciplinario por la comisión de una falta grave de desobediencia, en la cual reincidía el trabajador y una falta muy grave por “causar desperfectos en instalaciones, edificios y enseres, a la vista de las pintadas que hizo en la fábrica”.

¡Gracias!

Si desea recibir esta y otras publicaciones por email, o por el contrario desea darse de baja de nuestro sistema, por favor póngase en contacto con el departamento de Comunicaciones de Navarro & Asociados Abogados mandando su solicitud a info@bnya.es o comunicaciones@bnya.es

Redacción Noticias y Sentencias
Laura Tudela Serna

Maquetación Y Diseño de la Revista
Mar Navarro Suria

NAVARRO&ASOCIADOS
Abogados

VALENCIA
Marqués del Turia, 13 - 1º
46005 Valencia
Tel. 96 351 71 19
Fax 96 352 87 29
valencia@bnya.es

BARCELONA
Diagonal, 405 bis - 1º
08008 Barcelona
Tel. 931621448
Fax 931621446
barcelona@bnya.es

MADRID
Lagasca, 56 - 1º
28001 Madrid
Tel. 91 559 91 12
Fax 91 541 70 84
madrid@bnya.es

BILBAO
Henaonº 11 - 1º
48009 Bilbao
Tel. 94 424 34 26
Fax 94 424 35 52
bilbao@bnya.es

PALMA MALLORCA
Mateu Enric Lladó, 5-3ºE
07002 Palma Mallorca
Tel. 971 72 79 53
Fax 971 46 61 81
pmallorca@bnya.es