

Newsletter Laboral

España

GARRIGUES

Enero 2023

Índice

1. Sanción penal de incumplimientos laborales

Federico Durán López

2. Actualidad

3. En el radar

4. Sentencias

5. Y además...

6. Garrigues laboral y sostenible

7. Blog laboral

8. Prensa

1. Sanción penal de incumplimientos laborales

Federico Durán López

La reciente reforma introducida en la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, podría generar inseguridad jurídica e incurre en defectos técnicos en cuanto a la tipificación de las conductas infractoras.

En el Código Penal, tradicionalmente, se han incluido diversos preceptos para la tipificación de delitos cometidos en el ámbito laboral. Ante determinadas infracciones, particularmente graves, de los derechos laborales, el reproche penal se hacía presente, tratando de garantizar así, mediante la máxima expresión de la fuerza de coerción del Estado, el respeto de aquellos derechos. Lo cual no impide que la sanción penal haya sido, y deba seguir siendo, la *última ratio* para conseguir el cumplimiento coactivo de las exigencias del ordenamiento jurídico. La propia exposición de motivos de la reciente Ley Orgánica 14/2022, de 22 diciembre, a la que me voy a referir en esta tribuna, así lo proclama.

Las normas penales constituyen el último baluarte estatal para defender el orden constitucional y social, y la vigencia de los derechos de los ciudadanos. La *contundencia* de la norma penal es indudable: la sanción penal es mucho más aflictiva que las administrativas y puede llevar a la privación de libertad de los infractores. Por ello, debe reflexionarse muy bien acerca de qué conductas se penan y en qué medida o con qué intensidad. Son varias las normas que, en el Código Penal, como ya hemos indicado, contemplan delitos relacionados con la vulneración de derechos laborales y lo hacen respetando el principio de razón última que debe inspirar la intervención penal. No vamos a referirnos a ellas, que ya están suficientemente asentadas en nuestro ordenamiento. Pero sí a la última reforma, introducida por la Ley 14/2022 citada, cuya aprobación se ha producido sin el necesario proceso de debate y de reflexión. Y que tiene un sesgo preocupante de utilización (en contra del carácter de *última ratio* que invoca su exposición de motivos) instrumental de la sanción penal para afrontar un problema administrativo del que la Administración no sabe cómo salir.

Analizando el nuevo artículo 311.2 del Código Penal, parece como si la Administración laboral, enfrentada a un conflicto de interpretación, o de cumplimiento normativo (no nos vamos a pronunciar al respecto) con unos administrados, hubiera agotado su paciencia y hubiera dicho, figuradamente, “ahora os vais a enterar”. Pero ni la Administración puede perder la paciencia ni puede actuar precipitadamente, recurriendo a la sanción extrema, la penal, para doblegar una actitud al menos de enfrentamiento de unos administrados. Insistimos, sin pronunciarnos sobre el fondo del asunto, la irritación que pueda sentir la Administración al no conseguir el aquietamiento del administrado a sus pretensiones e interpretaciones no puede justificar algo tan trascendente como la tipificación de una nueva conducta delictiva en el Código Penal. Ha faltado el necesario debate y la necesaria calma. El recurso a la modificación del Código Penal no puede ser la espada de Alejandro con la que deshacer de un tajo el nudo gordiano con el que se encuentre la Administración.

Y esto es probablemente lo que se ha producido. La modificación de la redacción del artículo 311 del vigente Código Penal, para añadirle un apartado 2, ha dado a la luz una norma que genera una enorme inseguridad jurídica y que incurre en defectos técnicos, en cuanto a la tipificación de las conductas infractoras, muy llamativos. Ante todo, la tipificación de la infracción: se considera que incurren en el delito “los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo”. Repárese en el texto: “condiciones ilegales mediante la contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo”. Tal como se formula, la contratación mediante o bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo parece que determinaría, de por sí, la imposición de condiciones ilegales. Obviamente ello no puede ser así. Lo sería si la única posibilidad admitida de contratación de la prestación de servicios fuese el contrato laboral. Pero hay

otros títulos jurídicos que permiten la contratación de una prestación personal, que no encajan en los moldes del contrato de trabajo. La libertad de contratación permite esas otras vinculaciones contractuales. Podrá establecerse una preferencia por el uso de la figura del contrato de trabajo, incluso, como se hace en el Estatuto de los Trabajadores, una presunción a su favor, pero esas otras posibilidades de contratación seguirán existiendo. La autonomía de la voluntad y la libertad contractual, aunque severamente limitadas por nuestro ordenamiento laboral no han desaparecido. La “contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo” puede plantearse y llevarse a cabo en condiciones de estricta legalidad.

Aparte de eso, la fórmula legal contiene una petición de principio: se hace referencia a los que impongan condiciones ilegales *a sus trabajadores*. Se ignora que lo que puede estar en cuestión es, precisamente la calificación de trabajador, ya que la prestación laboral no es la única forma posible de prestación de servicios. Si se niega la condición de trabajadores de los afectados, habrá que resolver ese punto antes de decidir si se han impuesto condiciones ilegales. Por otra parte, si las “condiciones ilegales” se imponen por otras vías, ¿no existiría delito? ¿Este tendría que reconducirse al artículo 311.1 del Código Penal, cuya formulación es bien distinta? (exige la concurrencia de engaño o abuso de situación de necesidad, y se refiere a condiciones de trabajo que “perjudiquen, supriman o restrinjan” los derechos reconocidos). ¿Y si se alega que las condiciones no son ilegales, sino distintas a las previstas por la ley, incluso que pueden ser más favorables para los interesados? Como se ve, un jardín interpretativo, generador de inseguridad jurídica.

Pero lo más preocupante de la norma, de todas formas, es la referencia a que esas pretendidas condiciones ilegales se “mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa”. Lo del requerimiento no deja de producir perplejidad. Hay que tener en cuenta que la Inspección de Trabajo y la Administración siguen sosteniendo que los requerimientos no son recurribles, aunque de hecho se recurran y existan decisiones judiciales al respecto. Habría que reconstruir el régimen jurídico de los requerimientos, previendo las vías de recurso y las consecuencias de su firmeza. No tiene cabida en un Estado de Derecho plantear siquiera que, ante un requerimiento no recurrible, su inobservancia determine la aplicación de la sanción penal. La sanción administrativa, por otra parte, aunque no se diga, ha de ser firme y aun así habría que plantear con detenimiento su compatibilidad con una represión penal de las conductas persistentes de incumplimiento, cuando el ordenamiento administrativo tiene previsiones específicas para tales situaciones.

La norma, aunque solo fuese por sus defectos técnicos, no podría no ser considerada como inconstitucional y como tal debería ser declarada, para restablecer la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones laborales.

2. Actualidad

[Se publican los nuevos modelos de partes de baja y los mecanismos de comunicación telemática del INSS a las empresas](#)

Se adapta la normativa de la gestión de los partes de baja a los recientes cambios introducidos en los procesos de incapacidad temporal e incorpora los nuevos modelos de partes de baja.

[Publicado el nuevo sistema de incentivos a la contratación laboral](#)

La norma introduce los requisitos y condiciones de las bonificaciones e incentivos a la contratación, entre otras cuestiones.

[El nuevo Estatuto del Artista incluye novedades sobre jubilación, desempleo y protección social](#)

El BOE ha publicado el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de mejora de la protección social de artistas (popularmente conocido como Estatuto del Artista) que afectará a los profesionales del ámbito cultural.

[El INSS remitirá directamente los partes de baja a las empresas](#)

El Real Decreto 1060/2022 introduce cambios en el sistema de gestión y control de los procesos de incapacidad temporal. Entre ellos, establece que será la Administración, por vía telemática, la que comunique los partes médicos de los trabajadores a las empresas.

[Novedades en el ámbito laboral y de la Seguridad Social del Real Decreto-ley 20/2022](#)

La norma introduce medidas como el incremento extraordinario de las pensiones de jubilación e invalidez, la prórroga de la regulación de la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración del contrato de relevo vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, o la prórroga de la vigencia del SMI para 2022, entre otras cuestiones.

[Estas son las novedades laborales de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023](#)

La Ley de Presupuestos recoge una serie de medidas de carácter laboral, como son las bases y tipos de cotización para 2023, la revalorización media de las pensiones, el interés legal del dinero y el IPREM para el año 2023, entre otras cuestiones.

[La Ley de 'Startups' regula el teletrabajo internacional para los nómadas digitales extranjeros](#)

La norma define el teletrabajo de carácter internacional para ejercer una actividad laboral o profesional y los correspondientes requisitos para los visados y autorizaciones de residencia.

3. En el radar

[Continúa la negociación sobre la subida del salario mínimo interprofesional \(SMI\)](#)

El Gobierno y los agentes sociales no han alcanzado un acuerdo todavía sobre la subida del SMI, si bien el objetivo es fijarlo antes de que finalice el mes de enero.

En el informe elaborado a solicitud del Ministerio de Trabajo y cuyos resultados se publicaron en septiembre de 2022, se proponía una horquilla entre 1.040 y 1.082 euros brutos mensuales en catorce pagas. Por su parte, los sindicatos proponen elevarlo hasta los 1.100 euros mensuales en catorce pagas.

El Gobierno aprueba el proyecto de ley que transpone la Directiva 'Whistleblowing'

El objeto del [proyecto de ley](#) reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción es la transposición de la [Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión](#), más conocida como Directiva *Whistleblowing*.

La finalidad principal es garantizar la protección de las personas que, tanto en organizaciones privadas como públicas, comuniquen información relativa a infracciones legales, evitando cualquier represalia para el informante o su entorno.

El proyecto de ley, pendiente de su tramitación parlamentaria, establece que las empresas con 250 trabajadores deberán contar con un sistema interno de información en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la norma. Por su parte, las organizaciones que cuenten con una plantilla de más de 50 trabajadores y hasta 249 deberán implementar el canal interno antes del 31 de diciembre de 2023.

El Ministerio de Trabajo prevé enviar próximamente el borrador de Estatuto del Becario a los agentes sociales

El Ministerio de Trabajo prevé finalizar el nuevo borrador del Estatuto del Becario para trasladarlo a los agentes sociales, después de que no se alcanzase un acuerdo en relación con la versión presentada durante el mes de octubre de 2022.

El objetivo del Gobierno es "evitar la precariedad asociada a las fórmulas de formación" y se prevé que la nueva normativa contemple aspectos como el porcentaje de becarios que pueden existir en la plantilla, la compensación de gastos o el acceso a servicios de la empresa en igualdad de condiciones con el resto de la plantilla.

El Anteproyecto de la Ley de familias incluye nuevos permisos laborales

El 13 de diciembre de 2022, el Consejo de Ministros aprobó el [Anteproyecto de la Ley de familias](#), que contempla novedades en el ámbito laboral, especialmente en materia de conciliación de la vida profesional y familiar.

En particular, el anteproyecto contempla tres nuevos permisos: (i) permiso no retribuido de 8 semanas para los padres trabajadores; (ii) permiso retribuido de cinco días al año para cuidar a familiares o convivientes; y (iii) permiso retribuido de cuatro días para motivos familiares imprevisibles.

La Inspección de Trabajo apuesta por la utilización de herramientas informáticas en el desarrollo de sus funciones

La Inspección de Trabajo levantará actas de infracción "automatizadas" en aquellos casos en los que cuente con información suficiente para imponer una sanción, extraída de forma automática de los organismos públicos de Hacienda, la Seguridad Social u otros organismos del Ministerio de Trabajo.

En caso de que se interpongan alegaciones por parte de las empresas, se dará traslado al Inspector de Trabajo correspondiente para valorar el contenido del acta de infracción.

Asimismo, también continuará utilizando la conocida como “herramienta contra el fraude” para identificar posibles incumplimientos de las modalidades de contratación temporal, cruzando también la información facilitada por los distintos organismos públicos.

4. Sentencias

La utilización del logo en el vehículo o el uso de herramientas informáticas para fijar repartos no son elementos suficientes para que exista cesión ilegal

En su [sentencia](#) de 4 de octubre de 2022, el Tribunal Supremo señala que la utilización del rótulo de la empresa en el vehículo o facilitar herramientas informáticas para fijar los repartos no son elementos suficientes por sí solos para determinar la existencia de cesión ilegal.

Se valida la decisión de externalización de una parte de la actividad, al ejercer la empresa empleadora todas las funciones correspondientes al empresario. En concreto, se acreditó que ambas empresas tenían una estructura material suficiente para llevar a cabo la actividad, así como que la empleadora ejerce plenamente los poderes inherentes al empresario (vacaciones, organización de los turnos, contratación de nuevos trabajadores o funciones disciplinarias).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que un trabajador tiene derecho a no asumir el coste económico del uso de gafas graduadas si se necesitan para el trabajo

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su [sentencia](#) de 22 de diciembre de 2022, ha señalado que un trabajador tiene derecho a no soportar el coste económico que le supone el uso de unas gafas graduadas si concurren los requisitos de la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

La sentencia declara que los “dispositivos correctores especiales” previstos en la norma comprenden las gafas graduadas que sirven específicamente para corregir y prevenir trastornos de la vista relacionados con un trabajo realizado con un equipo que incluye una pantalla de visualización. Asimismo, respecto del carácter especial del dispositivo corrector, declara que sirve para corregir o prevenir trastornos de la vista específicamente relacionados con dicho trabajo y que, en cualquier caso, incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si las gafas graduadas sirven efectivamente para corregir los trastornos de vista relacionados con su trabajo y no problemas de vista de carácter general que no necesariamente guardan relación con las condiciones de trabajo.

La jornada a la carta no supone directamente un derecho a teletrabajar

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su [sentencia de 30 de septiembre de 2022](#), desestima el recurso interpuesto por el trabajador que había solicitado prestar servicios en la modalidad de teletrabajo durante tres días a la semana.

El tribunal resuelve el caso señalando que el trabajador no ha acreditado la necesidad de la adaptación, su racionalidad y proporcionalidad. Asimismo, la sentencia manifiesta que la norma no reconoce un “derecho a adaptar”, sino un “derecho a solicitar”, de modo que debe justificarse la necesidad de dicha adaptación.

Se declara procedente el despido de un trabajador que había insultado a clientes a través de un vídeo publicado en una red social

Inicialmente, el juzgado de lo social había declarado la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, condenando a la empresa a la readmisión y al pago de 6.250 euros. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias estima el recurso presentado por la empresa en su [sentencia](#) de 18 de octubre de 2022 y declara la procedencia del despido disciplinario.

El trabajador había sido despedido por colgar en una red social un vídeo en el que, con la ropa de trabajo de la empresa, insultaba a los clientes en la hora de apertura de la tienda. La resolución fundamenta la procedencia del despido al señalar que la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto y no es ilimitada, especialmente en el ámbito laboral. El tribunal considera que el trabajador atentó contra el honor de los clientes y comprometió la imagen de la empresa, lo que conlleva la procedencia del despido.

Los “tiempos de espera” no se consideran tiempo de trabajo efectivo

La cuestión resuelta por la [sentencia](#) de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2022 se centraba en resolver si el tiempo de espera de los interventores de la empresa que transcurre desde la finalización de un servicio hasta el siguiente tren debe considerarse tiempo efectivo de trabajo.

La Audiencia Nacional considera que no estamos ante tiempo efectivo de trabajo porque durante ese tiempo el trabajador: (i) no se encuentra a disposición de la empresa; (ii) tiene libertad de movimientos o de usar el uniforme; (iii) puede utilizar las taquillas; y (iv) no se le asignan servicios durante el periodo de espera.

Declarada abusiva y fraudulenta una huelga indefinida que se prolongó durante más de 5 años

El Tribunal Supremo, en su [sentencia](#) de 13 de diciembre de 2022, ha resuelto un litigio en el que la huelga había sido convocada de manera indefinida en el año 2012 y no fue desconvocada hasta el 31 de julio de 2018.

Ante esta situación, la propia empresa presentó la demanda de impugnación de la huelga, declarando tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo que la huelga era contraria a derecho. La decisión se fundamenta en que la huelga fue utilizada estratégicamente y de manera intermitente a lo largo de los años en sábados, vísperas de festivos, puentes, regreso de vacaciones o a la finalización de situaciones de baja por incapacidad temporal. Así, la sala señala expresamente que el sindicato convocante promovió que los afectados eludiesen el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

No es tiempo efectivo de trabajo el empleado en ponerse o quitarse los equipos de protección individual

En el caso enjuiciado, se resolvía sobre la demanda presentada por el comité de empresa que solicitaba que se considerase como tiempo efectivo de trabajo el utilizado por los trabajadores para ponerse y quitarse los equipos de protección individual (EPI).

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha [desestima](#) la demanda y señala que el tiempo necesario para ponerse o quitarse los EPI no tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo. La obligación empresarial consiste en proveer a los trabajadores de dichos equipos, sin que exista

ninguna disposición que establezca que el tiempo empleado para su colocación deba considerarse como tiempo de trabajo efectivo. Así, tal y como recoge el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo de trabajo se computa desde que el trabajador se encuentra en su puesto de trabajo, contando ya con los elementos de seguridad necesarios.

5. Y además...

[2023: las novedades legales más relevantes a las que deberán prestar atención las empresas en España](#)

Garrigues analiza desde todos los ángulos del derecho de los negocios los cambios normativos de mayor calado que cabe esperar para el próximo año.

[Derecho laboral y 'outsourcing': crecen las restricciones para esta vía de contratación de personal en Latinoamérica](#)

La regulación del 'outsourcing' o tercerización en diversos países de Latinoamérica está poniendo en dificultades el uso de esta figura, que puede ser estratégica para las empresas en determinados tipos de negocio.

6. Garrigues laboral y sostenible

[Se publica la Directiva sobre información corporativa en materia de sostenibilidad](#)

La nueva norma de la Unión Europea obliga a las empresas a informar regularmente sobre el efecto de su actividad en las personas y el medio ambiente.

[Se publica la Directiva sobre el equilibrio de género en los consejos de administración de las empresas](#)

Las nuevas normas de la Unión Europea, que deberán transponerse al Derecho nacional, promueven una representación de género más equilibrada en los consejos de administración de las empresas cotizadas en todos los Estados miembros.

[Se publica la Decisión del Consejo de la Unión Europea relativa al establecimiento de orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros](#)

Los Estados miembros tendrán en cuenta estas orientaciones que, en línea con otras iniciativas de fomento de la sostenibilidad, determinarán sus políticas de empleo y programas de reforma.

[La inserción laboral de las personas con discapacidad avanza lentamente](#)

El 3 de diciembre se celebró el Día Internacional de las Personas con Discapacidad, sin que, un año más, se hayan producido avances significativos en la integración laboral de este colectivo.

7. Blog laboral

[La reforma en materia de contratación laboral cumple un año: ¿qué ha cambiado?](#)

En el ámbito laboral estamos de aniversario: se cumple un año desde la tan anunciada reforma laboral publicada en el BOE a través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

[Los incrementos salariales se pueden contener en un contexto de inflación](#)

En un entorno marcado por la inflación y la subida generalizada de precios, la negociación colectiva juega un papel relevante a la hora de marcar la tendencia salarial a nivel sectorial y/o empresarial. El incremento retributivo que las empresas tengan que asumir vendrá marcado por la cláusula de revisión que, a tal efecto, establezca el convenio que les sea de aplicación.

[El sistema de evaluación del desempeño tiene implicaciones laborales y también de protección de datos](#)

Los sistemas de medición del rendimiento son un elemento esencial en las empresas, pues la productividad individual de la plantilla redonda directamente en su competitividad. La implantación y/o modificación de estos sistemas, así como la evaluación del desempeño, puede tener muchas implicaciones a nivel jurídico que no se circunscriben al ámbito laboral, sino que afectan a otras áreas como la protección de los datos personales.

[La Ley del “solo sí es sí” también introduce novedades laborales](#)

La norma incluye derechos relacionados con la flexibilidad horaria, funcional y geográfica, y la posible suspensión o extinción del contrato de trabajo. Las empresas, por su parte, tienen la obligación de promover la sensibilización y la formación de todo el personal con el fin de evitar la violencia sexual.

[Cuidado con los comportamientos inadecuados en la cena de Navidad de la empresa: pueden justificar un despido disciplinario](#)

Una sentencia del Tribunal Supremo advierte que el trabajador no dispone, fuera del lugar y horario de trabajo, de libertad absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa o de los compañeros.

[El Día Internacional de las Personas con Discapacidad se celebra destacando la innovación para impulsar un mundo accesible y equitativo](#)

Entre las medidas que deben adoptar tanto organismos públicos como privados para la integración de las personas con discapacidad está el fomento de políticas activas de empleo y el acceso al mercado laboral en igualdad de condiciones.

[¿Puede combatir la empresa los efectos de la inflación con alguna medida laboral?](#)

La inflación y el crecimiento generalizado de precios que se está produciendo en Europa y también en España ha conducido a que las empresas se planteen qué mecanismos de flexibilidad ofrece el

ordenamiento jurídico español para no tener que incrementar en la misma proporción los salarios de sus empleados.

Los empresarios afrontan nuevos retos laborales tras los cambios legales del transporte terrestre de mercancías

La reforma para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, aprobada en marzo de 2022 a raíz de las protestas de los camioneros, incluye medidas como que los conductores ya no tendrán que realizar labores de carga y descarga. Esto supone que las empresas que contratan a los transportistas y las que reciben las mercancías deberán contar ahora con su propio personal para las tareas de carga y descarga, con todo lo que ello implica.

8. Prensa

Despido a la carta, o el regreso a la incertidumbre

Artículo de Bernardo Pérez-Navas, socio del Departamento Laboral de Garrigues ('Cinco Días').

Protocolo de acoso laboral y sexual

Artículo de Javier Navarro y Julián Lozano, socio y asociado principal del Departamento Laboral de Garrigues en Murcia ('La Verdad de Murcia').

Caída del mito de la prohibición de despedir

Artículo de Misi Borrás, socia del Departamento Laboral de Garrigues en Barcelona ('Diari de Tarragona').

**Más información:
Departamento Laboral**

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© **J&A Garrigues, S.L.P.**, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

garrigues.com