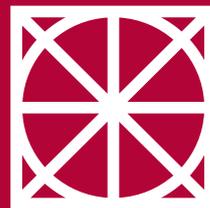


newsletter



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

JURÍDICO - LABORAL · Mayo 2021

#05

newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Mayo 2021

#05

Santiago Blanes Mompó
Socio Área Laboral



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

INDICE

1. Habilitados los canales telefónico y telemático para trámites y actuaciones ante la Seguridad Social	5
2. Sector cultural: Prórroga de la protección excepcional por desempleo (RDL 11/2021).....	6
3. Se amplía la protección por desempleo hasta el 30-9-2021 (RDL 11/2021).....	7
4. Nuevas bonificaciones a la contratación de personas con capacidad intelectual límite (RDL 11/2021).....	9
5. ERTes COVID-19: prorrogados hasta el 30-9-2021 (RDL 11/2021)	10
6. Se prorrogan hasta el 30-9-2021 las medidas de protección para autónomos.....	16
7. Prórroga del Plan MECUIDA (RDL 11/2021).....	22
8. Medidas para la reincorporación de los fijos discontinuos (RDL 11/2021).....	24
9. La DGTr aclara de nuevo la obligación de mantenimiento del empleo	25
10. Nuevas medidas de fomento de empleo de personas con capacidad intelectual límite.....	26
11. Anulado por discriminatorio el despido de una víctima de violencia de género	27
12. Contrato de relevo: ¿puede mantenerse tras la jubilación anticipada del trabajador relevado?	28
13. La AEPD publica una guía sobre protección de datos en las relaciones laborales.....	29
14. El TSJ Cataluña admite la posibilidad de elevar la indemnización de los despidos improcedentes	31
15. Se aprueban medidas para paliar los daños causados por la borrasca "Filomena"	33
16. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales. ¿Cómo se acredita el arraigo laboral?.....	34
17. ¿Se puede exigir al trabajador incluido en un ERTE por fuerza mayor la reincorporación a tiempo parcial?	35
18. ¿Puede un convenio colectivo prohibir que los trabajadores publiquen fotos y difundan información sobre su actividad laboral?.....	36

19. El TS reconoce la pensión de viudedad a una pareja de hecho no inscrita en el registro	38
20. Condenado a un año de prisión un empresario que accedió al correo electrónico particular de un trabajador.....	39
21. Publicada la regulación del trabajo de los repartidores a domicilio en las plataformas digitales.....	40
22. Se declara nulo el despido de un padre al apreciar discriminación por razón de sexo	41
23. Adaptación de jornada: ignorar la solicitud de trabajo a distancia puede dar lugar a indemnización por daños y perjuicios	43
24. Incapacidad permanente del RETA: ¿es el desempleo involuntario una situación asimilada al alta?	44
25. Dimisión del trabajador: ¿es abusivo exigir un preaviso de 5 meses?	46
26. Se prorroga hasta el 31-12-2021 la posibilidad para los sanitarios de compatibilizar la jubilación con el ejercicio de la profesión.....	47
27. Sanción por infracción en materia de prevención. ¿Qué efectos produce el recurso de alzada resuelto 7 años después?.....	49
28. Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (2º trimestre 2021).....	50
29. Las ETTs deben incluir en su registro salarial a los trabajadores cedidos a las empresas usuarias.....	51

1. Habilitados los canales telefónico y telemático para trámites y actuaciones ante la Seguridad Social

SESSP Resol 25-5-21, BOE 31-3-21

Resumen

Con vigencia desde el 1-6-2021 se habilita la presentación de solicitudes y documentos, así como la realización de trámites y el acceso a servicios a través de los canales telefónico y telemático. Se establecen diferentes sistemas de identificación ante la Seguridad Social.

Desarrollo

Con vigencia desde el 1-6-2021 se habilita la presentación de solicitudes y documentos, así como la realización de trámites y el acceso a servicios a través de los canales telefónico y telemático. Se establece la siguiente regulación

1. Para la realización de estos trámites y actuaciones que así lo requieran será necesario identificarse ante la Administración de la Seguridad Social a través de alguno de los siguientes sistemas de identificación:
 - a) Basados en certificados electrónicos cualificados, entre los que se incluyen los incorporados al DNI.
 - b) Distintos de los basados en certificados electrónicos cualificados, entre los que se incluyen:
 - Sistema Cl@ve (PINy permanente).
 - Acceso vía SMS; mediante código de un solo uso enviado al móvil del ciudadano cuyo número se encuentre registrado en la Seguridad Social.
 - CSV/CEA, código seguro de verificación o código electrónico de autenticidad que conste en el acto o comunicación de que se trate, así como otros sistemas de identificación basados en datos de contraste (referencia, contraseñas u otros).
 - c) A distancia mediante videoconferencia o vídeo-identificación.
 - d) Distintos de la video-identificación, basados en datos biométricos.
2. Las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social podrán además facilitar a los formularios electrónicos que integren la verificación de la identidad del interesado o del representante y de la expresión de su voluntad y consentimiento, mediante sistemas que incorporen al procedimiento de forma simultánea:
 - Una imagen legible de su rostro mostrando la cara delantera de su documento identificativo, que deberá ser capturada en el momento de la solicitud.
 - Una dirección de correo electrónico o un número de teléfono móvil cuya validez será contrastada en línea por el sistema.
 - La expresión del consentimiento y la voluntad de firma del solicitante, puesta de manifiesto de manera inequívoca mediante una acción explícita de aceptación (por ejemplo, mediante requerimiento expreso de la introducción en línea de un código de un solo

uso y validez temporal limitada enviado a la dirección de correo electrónico o número de teléfono indicado).

La evidencia de la transacción debe incorporarse al expediente administrativo de forma que se garantice el no repudio, la trazabilidad y el sellado de la información presentada, siempre que se trate de la presentación de solicitudes, declaraciones responsables o comunicaciones, la interposición de recursos, el desistimiento de acciones o la renuncia de derechos.

3. La comparecencia por videoconferencia o vídeo-identificación podrá utilizarse además para acreditar la vivencia de los beneficiarios de prestaciones contributivas de la Seguridad Social, residentes en el extranjero y, en su caso, el cumplimiento de los requisitos previstos en otros procedimientos de la Seguridad Social
4. Tras la utilización de estos servicios, la entidad gestora o el servicio común competente debe facilitar al interesado un justificante del trámite realizado que garantice su autenticidad e integridad mediante:
 - Comunicación verbal, en ese mismo acto, del CSV/CEA del justificante.
 - Envío inmediato del CSV/CEA del justificante a través de un correo electrónico o SMS a la dirección de correo electrónico o al número de teléfono facilitado por el ciudadano.
5. Los procedimientos y trámites accesibles a través de los canales telefónico y telemático serán los publicados en la sede electrónica de la Seguridad Social. También se publicarán los protocolos aprobados por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social para la aplicación a los distintos trámites y actuaciones de los sistemas de identificación previstos.
6. Los servicios que se habiliten de acuerdo con esta resolución serán accesibles, para el acceso electrónico, a través de internet y, para la atención telefónica, mediante los números de teléfono que se indiquen en la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones.

2. Sector cultural: Prórroga de la protección excepcional por desempleo (RDL 11/2021)

RDL 11/2021, BOE 28-5-11

Resumen

Se amplía hasta el 30-9-2021 la protección las prestaciones extraordinarias para profesionales taurinos y del sector cultural.

Desarrollo

El RDL 11/2021 modifica los artículos 2, 3 y 4 del RDL 32/2020 para prorrogar hasta el 30-9-2021 las siguientes ayudas medidas de apoyo al sector cultural:

- a) Acceso extraordinario a las prestaciones económicas por desempleo de artistas en espectáculos públicos que, por su intermitencia, no hubieran quedado amparados por su inclusión en un ERTE (RDL 17/2020 art.2).

Además, se amplía esta protección, también hasta el 30-9-2021, a los artistas en espectáculos públicos que no hubieran accedido a esta prestación con anterioridad y acrediten, en el periodo comprendido entre el 11-6-2020 y el 31-5-2021, 5 días de alta en la Seguridad Social con prestación real de servicios. A los beneficiarios se les va a:

- b) Subsidio por desempleo excepcional para personal técnico y auxiliar del sector de la cultura.
- c) Acceso extraordinario a la prestación por desempleo de profesionales taurinos.

Las solicitudes de prestaciones extraordinarias por desempleo que a 28-5-2021 se encuentran pendientes de resolución se resolverán de acuerdo con la nueva fecha límite. Si hubieran sido resueltas favorablemente sin haberse agotado la prestación, se reconocerá su prórroga de oficio hasta el 30-9-2021. Por el contrario, si se hubiera agotado la prestación, podrán presentar una nueva solicitud (RDL 11/2021 disp. trans. 1ª).

3. Se amplía la protección por desempleo hasta el 30-9-2021 (RDL 11/2021)

RDL 11/2021, BOE 28-5-11

Resumen

Se amplía hasta el 30-9-2021 la protección por desempleo de los trabajadores afectados por ERTE derivados del COVID-19. Hasta entonces se puede acceder a la prestación por desempleo sin necesidad de acreditar la carencia mínima y sin que consuma prestaciones futuras.

Desarrollo

El RDL 11/2021, vigente desde el 28-5-2021, prorroga las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo recogidas en el RDL 30/2020 art.8 en los siguientes términos (RDL 11/2021 art.4):

1. Se extiende hasta el 30-9-2021 la prestación de desempleo sin exigencia de período de carencia a las personas trabajadoras afectadas por un ERTE como consecuencia del COVID-19. Se aclara ahora que para el acceso a esta prestación es preciso que la relación laboral se haya iniciado antes de la fecha de efectos del ERTE (RDL 8/2020 art.25.2).

Esta medida es de aplicación a los trabajadores afectados por ERTE por fuerza mayor o ETOP derivadas de COVID-19, a los ERTE por impedimento o limitaciones de actividad como consecuencia de restricciones adoptadas por autoridades, así como a los ERTE prorrogados hasta el 30-9-2021 (ver novedad).

La medida es también aplicable a socios trabajadores de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo que tengan previsto cotizar por desempleo. Para acreditar las situaciones legales de desempleo se exige que las causas que han originado la suspensión o reducción temporal de la jornada hayan sido debidamente constatadas por la autoridad laboral competente.

La cuantía de la prestación de desempleo va a ser del 70% de la base reguladora, sin que se reduzca al 50% a partir de los 180 días consumidos.

Las empresas que ya hubieran presentado solicitud colectiva de acceso a la prestación por desempleo en virtud de un ERTE prorrogado, no están obligadas a presentar una nueva solicitud respecto de las personas trabajadoras incluidas en la anterior.

2. Se mantiene la no reposición de la prestación por desempleo (contador a cero) hasta el 30-9-2021. Desde esa fecha el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo no computa para quienes, antes del 1-1-2022 accedan a la prestación por desempleo por alguna de las siguientes causas:
 - Finalización de un contrato de duración determinada.
 - Despido, individual o colectivo, por causas ETOP.
 - Despido por cualquier causa declarado improcedente.
3. Se mantiene, hasta el 30-9-2021, la prestación extraordinaria para trabajadores fijos discontinuos o que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas. Además se permite, a los beneficiarios de la prestación de desempleo, optar por percibir la prestación extraordinaria si renuncian a la prestación de nivel contributivo o asistencial a que tuvieran derecho (RDL 30/2020 art.9).
4. Los trabajadores que no sean beneficiarios de prestaciones de desempleo, durante los periodos de suspensión de contratos o reducción de jornada, y respecto de las que la empresa no está obligada a cotizar, se considerarán en situación asimilada al alta durante dichos periodos, y hasta el 30-6-2021, a los efectos de considerar estos como efectivamente cotizados. La base de cotización a tener en cuenta durante los periodos de suspensión o reducción de jornada será el promedio de las bases de cotización de los 6 meses inmediatamente anteriores al inicio de dichas situaciones (RDL 30/2020 art.10; RDL 11/2021 art,4.2).
5. Hasta el 30-6-2021, cuando se compatibilice una prestación por desempleo derivada de un ERTE con un trabajo a tiempo parcial, no se deduce de la cuantía de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado (RDL30/2020 art.11; RDL 11/2021 art,4.3).

4. Nuevas bonificaciones a la contratación de personas con capacidad intelectual límite (RDL 11/2021)

RDL 11/2021, BOE 28-5-11

Resumen

A partir del 1-6-2021 los empleadores que contraten de manera indefinida a personas con capacidad intelectual límite van a tener derecho a una bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante 4 años.

Desarrollo

El RDL 11/2021 modifica la L 43/2006 para incluir en el programa de fomento de empleo a las personas con capacidad con capacidad intelectual límite.

Así, a partir del 1-6-2021 los empleadores que contraten por tiempo indefinido a estas personas van a poder beneficiarse de una bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 125 €/mes (1.500 €/año) durante 4 años, sin que pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social que hubiera correspondido ingresar. Tampoco pueden, en concurrencia con otras medidas de apoyo público –sean bonificaciones o reducciones tributarias o de Seguridad Social y cualquier tipo de subvenciones– establecidas para la misma finalidad, superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica.

Pueden ser beneficiarios de estas bonificaciones las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo siempre que hayan optado, en este último caso, por un régimen de Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena. Para ello, deben reunir los requisitos de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social y no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas.

En caso de sucesión de empresas, el nuevo empleador no pierde el derecho a las bonificaciones disfrutadas por el anterior, beneficiándose de ellas por el tiempo que reste hasta el período máximo que correspondiera.

Están excluidas de estas bonificaciones las Administraciones públicas.

El contrato debe celebrarse por escrito y en modelo oficial.

La obtención y el disfrute indebido de cualquier tipo de reducciones, bonificaciones o incentivos en relación con el importe de las cuotas sociales que corresponda se considera se considera una infracción grave sancionable con multa de 626 a 6.250 €.

NOTA. Estas bonificaciones se suman a las ayudas ya previstas por el RD 368/2021 para fomentar el empleo de las personas con capacidad intelectual límite (ver novedad).

5. ERTEs COVID-19: prorrogados hasta el 30-9-2021 (RDL 11/2021)

RDL 11/2021, BOE 28-5-11

Resumen

Mediante el RDL 11/2021, que incluye el acuerdo con los agentes sociales, se prorrogan los ERTE hasta el 30-9-2021 en condiciones similares a las reguladas anteriormente. Se regulan nuevos ERTES de impedimento y de limitación y la posibilidad de paso de ERTE de limitación a ERTE de impedimento y viceversa. Se incrementan las exoneraciones para las empresas que pertenezcan a sectores con elevada tasa de ERTE o reducida tasa de recuperación, respecto de los trabajadores que reinicien la actividad y se incluyen nuevos sectores.

Desarrollo

Regulación de los ERTEs en empresas pertenecientes a sectores con reducida tasa de recuperación de la actividad

Con vigencia a partir del 1-6-2021, se consideran empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad aquellas que tengan ERTES prorrogados automáticamente hasta el 30-9-2021 y cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la CNAE incluidos en el anexo de la norma. A estos efectos, debe tenerse en cuenta el código de la CNAE-09 aplicado para determinar los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de AT/EP respecto de las liquidaciones de cuotas presentadas en septiembre de 2020 (L 42/2006 disp. adic. 4ª). Se incluyen nuevas actividades que no habían sido incluidas en el RDL 30/2020 anexo.

Respecto de estas empresas, se regulan exoneraciones para los ERTES por fuerza mayor prorrogados hasta el 30-9-2021 que pertenezcan a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad. Estas se aplican sobre los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión y su cuantía, que dependen del número de trabajadores en alta en la empresa a 29-2-2020. Se diferencian las siguientes situaciones:

- a) Trabajadores en ERTE que hayan reiniciado su actividad a partir del 1-6-2021, o que la hubieran reiniciado desde el 13-5-2020 (entrada en vigor del RDL 18/2020), según el número de trabajadores a 29-2-2020:
 - Menos de 50 trabajadores: exoneración del 95 % de la aportación empresarial devengada en junio, julio, agosto y septiembre de 2021.
 - 50 o más trabajadores: exoneración del 85 % de la aportación empresarial devengada en junio, julio, agosto y septiembre de 2021.
- b) Trabajadores en ERTE que tengan sus actividades suspendidas entre el 1-6-2021 y el 30-9-2021, según el número de trabajadores a 29-2-2020:
 - Menos de 50 trabajadores: exoneración del 85 % de la aportación empresarial devengada en junio, julio, agosto de 2021 y el 70% de la devengada en septiembre de 2021.

- 50 o más trabajadores: exoneración del 75 % de la aportación empresarial devengada en junio, julio, agosto de 2021 y el 60% de la devengada en septiembre de 2021.

Estas exenciones son incompatibles con las exoneraciones correspondientes a los ERTEs por impedimento o limitación de la actividad (RDL 2/2021 art.1 y 2) y se aplican sobre el aportación empresarial prevista (LGSS art 273.2) y sobre las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

Empresas beneficiarias

Son beneficiarias de las exoneraciones las siguientes empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura de ERTE y reducida tasa de recuperación de la actividad:

- a) Empresas con ERTEs FM prorrogados automáticamente hasta el 30-9-2021 cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la CNAE-09 previstos en RDL 11/2021 anexo (ver actividades).
- b) Empresas que entre el 1-6-2021 y el 30-9-2021 transiten desde un ERTE FM prorrogado a un ERTE ETOP.
- c) Empresas a incluidas en el RDL 30/2020 disp. adic. 1ª.3 b) y c), que sean titulares de un ERTE por causas ETOP (RDL 8/2020 art.23) que hubieran tenido derecho a las exenciones y cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de CNAE-09 incluidos en el RDL 11/2021 anexo (ver actividades).
- d) Empresas a las que se prorrogue automáticamente el ERTE por fuerza mayor vigente cuyo negocio de https:// analisisdenovedades.com/?post_type=cpt-social-new&p=92901&preview=trueenda, indirectamente y en su mayoría, de las empresas a anteriores o que formen parte de la cadena de valor de estas, que son aquellas a las que se haya reconocido esta consideración (RDL 30/2020 disp. adic.1ª.2).
- e) Empresas que, habiendo sido calificadas como dependientes o integrantes de la cadena de valor, hayan transitado o transiten en el período comprendido entre el 1-6-2021 y el 30-9-2021 desde un ERTE por causas de fuerza mayor (RDL 8/2020 art.22) a uno por causas ETOP (RDL 30/2020 art.3).

NOTA. El nuevo listado de la CNAE añade a la lista de sectores protegidos por este tipo de ERTES los sectores siguientes:

- Confección y otras prendas de vestir y accesorios.
- Comercio al por mayor de te, café, cacao y especias.
- Actividades de fotografía.

Por el contrario, salen de la lista de los sectores protegidos siguientes:

- Artes gráficas y servicios relacionados con las mismas.
- Fabricación de instrumentos de óptica y equipo fotográfico.
- Comercio al por menor de ordenadores, equipos periféricos y programas informáticos en establecimientos especializados.
- Transporte espacial.
- Alquiler de medios de navegación.

Prórroga de los ERTE ETOP

Hasta el 30-9-2021 se mantiene la regulación de los ERTEs ETOP establecida por el RDL 30/2020 art.3. Por tanto, en el procedimiento a seguir en la tramitación de los ERTEs deben seguir es el abreviado regulado en el RDL 8/2020 art.23 con las especialidades siguientes (RDL 11/2021 art.3.1):

1. Su tramitación puede iniciarse mientras esté vigente un ERTE fuerza mayor.
2. Cuando el ERTE ETOP se inicie tras la finalización de un ERTE fuerza mayor, la fecha de efectos de aquel se retrotraerá a la fecha de finalización de este.
3. Los ERTEs ETOP vigentes el 1-6-2021 seguirán siendo aplicables en los términos previstos en la comunicación final de la empresa y hasta su término. No obstante, es posible su prórroga, siempre que se acuerde en el periodo de consultas. Esta prórroga debe tramitarse ante la autoridad laboral receptora de la comunicación final del expediente inicial (RD 1483/2012; RDL 8/2020 art.23).

Los ERTEs tramitados por estas causas únicamente tienen derecho a la exoneración de cuotas cuando se refieran a empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura de por ERTEs y reducida tasa de recuperación de actividad.

Reglas y limitaciones de las empresas afectadas por los ERTEs

Hasta el 30-9-2021 y con respecto de las empresas acogidas a los ERTEs, se mantienen las siguientes consideraciones y limitaciones:

1. Se mantiene la prohibición de tramitar ERTEs ETOP o de fuerza mayor, incluyendo los tramitados por limitación o impedimento de actividad, a las empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales (RDL 30/2020 art.4; RDL 11/2021 art.3.3).
2. También se mantiene la prohibición para las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas acogidas a estos ERTEs de repartir dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen, salvo que abonen previamente el importe correspondiente a la exoneración a las cuotas de la seguridad social aplicada y hayan renunciado a ella. Durante este ejercicio, la falta de reparto de los dividendos no se tendrá en cuenta a los efectos de derecho de separación de los socios (LSC art.348 bis.1). Esta limitación no se aplica a las entidades de menos de 50 personas trabajadores o asimilados en situación de alta (RDL 30/2020 art.4; RDL 11/2021 art.3.2).
3. No se permite la realización de horas extraordinarias (RDL 30/2020 art.7; RDL 11/2021 art.3.5).
4. No pueden concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, durante la aplicación de los ERTEs. Tampoco pueden establecer nuevas externalizaciones de la actividad. No obstante, esto sí es posible cuando las personas reguladas y que prestan servicios en el centro de trabajo afectado por las nuevas contrataciones, directas o indirectas, o externalizaciones, no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras (RDL 30/2020 art.7; RDL 11/2021 art.3.5)

5. Con la finalidad de proteger el empleo, hasta el 30-9-2021 se mantienen las siguientes medidas de protección al empleo (RDL 11/2021 art.3.6):
 - No se consideran causas justificativas de despido o extinción del contrato la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa del COVID-19 (RDL 8/2020 art.22 y 23; L 3/2021 art.2).
 - El tiempo de suspensión de los contratos temporales (incluidos los formativos, los de relevo o de interinidad) a causa de un ERTE por fuerza mayor o por causas económicas, organizativas o de producción derivadas del COVID-19 interrumpe el cómputo de su duración y de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas (L 3/2021 art.5).
6. Se renueva el compromiso de mantenimiento del empleo de las empresas beneficiarias de las exoneraciones durante 6 meses más. Este compromiso se aplica a los ERTEs por fuerza mayor (RDL 8/2020 art.22 y disp.adic.6), a los de rebrote (RDL 24/202 art.6) a los ETOP y a los ERTEs de limitación e impedimento de la actividad. A las empresas que reciban nuevas exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social se les aplica un nuevo periodo de 6 meses de salvaguarda del empleo. Si la empresa estuviese afectada por un compromiso de anterior, el inicio del nuevo compromiso se producirá cuando aquel haya terminado (RDL 11/2021 art.4).

ERTEs por limitación e impedimento: nuevos ERTEs y cambio de modalidad

El RDL 11/2021 regula, de nuevo, la posibilidad tanto de tramitar nuevos ERTEs por impedimento o limitación de la actividad (RDL 11/2021 art.1.2) como de pasar de ERTEs de impedimento a limitación y viceversa (RDL 11/2021 art.1.3) . Su regulación es la siguiente (RDL 11/2021 art.2):

Nuevos ERTEs por limitación o impedimento

A partir del 1-6-2021 y hasta el 30-9-2021 se prevé que las empresas afectadas por restricciones y medidas de contención sanitaria puedan solicitar un nuevo ERTE por impedimento o limitaciones a la actividad (RDL 30/2020 art.2).

El impedimento o la limitación de la actividad debe referirse a cada centro de trabajo y las ERTEs deben tramitarse a través del procedimiento regulado en el ET art.47.3. Los porcentajes de exoneración aplicables para los meses de junio a septiembre de 2021 son los siguientes:

- a) ERTE de impedimento, según el número de trabajadores en alta a 29-2-2020:
 - Menos de 50: 100% de la aportación empresarial.
 - 50 o más: 90% de la aportación empresarial.
- b) ERTE de limitación, según el número de trabajadores en alta a 29-2-2020:
 - Menos de 50: exoneración del 85, 85, 75 y 75%, para los meses de junio, julio, agosto y septiembre respectivamente.
 - 50 o más trabajadores: exoneración del 75, 75, 65 y 65%, para los meses de junio, julio, agosto y septiembre respectivamente.

Paso de ERTE de limitación a ERTE de impedimento y viceversa

Una vez que la autoridad laboral constate la concurrencia de alguna de las anteriores situaciones constitutivas de fuerza mayor a, mediante la correspondiente resolución estimatoria, expresa o por silencio, el paso de la situación de impedimento a limitación o viceversa no requiere la tramitación de un nuevo ERTE de empleo.

En cada momento, se aplican los porcentajes de exoneración correspondientes, en función de la naturaleza impeditiva o limitativa de la situación de fuerza mayor en la que se encuentre la empresa.

La empresa debe cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Comunicar el cambio de situación, la fecha de efectos, y los centros y personas trabajadoras afectadas, a la autoridad laboral que hubiese aprobado el expediente y a la representación legal de las personas trabajadoras.
- b) Presentar declaración responsable ante la TGSS, respecto de cada código de cuenta de cotización y mes de devengo, sobre el mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación de empleo (RDL 30/2020 art.2.3). Su presentación es suficiente para aplicar los porcentajes de exención correspondientes en función de la naturaleza impeditiva o limitativa de la situación de fuerza mayor en la que se encuentre la empresa en cada momento.

La autoridad laboral debe trasladar la comunicación a la ITSS, a efectos del desarrollo de aquellas acciones de control que se determinen sobre la correcta aplicación de las exenciones en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

La posibilidad de pasar a de ERTE de impedimento a de limitación en el desarrollo normalizado de la actividad y viceversa se aplica también a los ERTEs por fuerza mayor autorizados de forma expresa o por silencio administrativo entre el 30-6-2020 y el 30-9-2020 (RDL 24/2020 disp. adic.1.2), entre el 1-10-2020 y el 31-1-2021 (RDL 30/2020 art.2) y entre el 1-2-2021 y el 31-5-2021 (RDL 2/2021 art.2).

Prórroga de los ERTEs Fuerza mayor

Mediante el RDL 11/2021, que incluye el Acuerdo Social en Defensa del Empleo adoptado por el Gobierno, los sindicatos y las asociaciones patronales, se modifica de nuevo la regulación de los ERTEs adoptados como consecuencia de situación producida por el COVID-19, prorrogando las medidas hasta el 30-9-2021. La nueva regulación sobre ERTEs por fuerza mayor es la siguiente:

1. Prórroga automática de todos los ERTEs por fuerza mayor vigentes basados en el RDL 8/2020 art.22 a efectos de desempleo y suspensión de los contratos de los trabajadores. Respecto de la exoneración de cuotas, de nuevo, se limita a las empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura de por ERTEs y reducida tasa de recuperación de actividad.
2. También se prorrogan automáticamente todos los ERTEs por impedimento en el desarrollo de la actividad autorizados (RDL 24/2020 disp. adic.1.2; RDL 30/2020 art.2.1; RDL 2/2021 art.2.1), que se mantienen vigentes en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias, expresas o por silencio, sin que sea precisa la tramitación de un nuevo ERTE. Los porcentajes de exoneración aplicables, según el número de trabajadores en alta el 29-2-2020 son los siguientes:

- Menos de 50 trabajadores: 100% de la aportación empresarial.
- 50 o más trabajadores: 90% de la aportación empresarial.

Las exoneraciones se aplicarán durante el periodo de cierre y, en todo caso, finalizarán el 30-9-2021.

3. Igualmente, se prorrogan automáticamente hasta el 30-9-2021 los ERTes por limitación al desarrollo normalizado de la actividad (RDL 30/2020 art.2.2;RDL 2/2021 art.1.3). Se mantienen vigentes en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias, expresas o por silencio, sin que sea precisa la tramitación de un nuevo ERTE.

Desde el 1-6-2021, las exoneraciones aplicables según el número de trabajadores en alta a 29-2-2020, son las siguientes:

	junio	julio	agosto	septiembre
Menos de 50 trabajadores	85%	85%	75%	75%
50 o más trabajadores	75%	75%	65%	65%

El procedimiento y requisitos para la aplicación de las exoneraciones es el establecido por el RDL 30/2020 art.2. Esto supone que:

- a) Todas las exenciones en la cotización se aplican por la TGSS a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y período de la suspensión o reducción de jornada, y previa presentación de declaración responsable, respecto de cada código de cuenta de cotización y mes de devengo, sobre el mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación de empleo. Las declaraciones responsables se deben presentar antes de solicitar el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al período de devengo de cuotas sobre el que tengan efectos dichas declaraciones.
- b) La renuncia expresa al ERTE, que también deben comunicar a la TGSS, determina la finalización de estas exenciones desde la fecha de efectos de la renuncia. Tanto la presentación de las declaraciones responsables como la comunicación de la renuncia al ERTE debe realizarse a través del sistema RED.
- c) Las exenciones en la cotización no tienen efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado.
- d) La financiación de estas exenciones se realiza con cargo a los presupuestos de la SS, las MCSS y del FOGASA, respecto de las aportaciones que financien las prestaciones cubiertas por cada uno de ellos.
- e) La exoneración se aplica sobre respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, al abono de la aportación empresarial, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

6. Se prorrogan hasta el 30-9-2021 las medidas de protección para autónomos

RDL 11/2021, BOE 28-5-11

Resumen

El RDL 11/2021 prorroga, hasta el 30-9-2021, las medidas extraordinarias de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos establecidas para hacer frente a la crisis ocasionada por el COVID-19. Además, se establecen exenciones en la cotización hasta el 90% entre los meses de junio y septiembre de 2021.

Desarrollo

Prestación extraordinaria de cese de actividad para los trabajadores de temporada (art. 9)

Los trabajadores de temporada que desarrollen su actividad en el RETA o en RETM durante un mínimo de 4 meses y un máximo de 7 meses en cada uno de los años 2018 y 2019, pueden percibir una prestación extraordinaria de cese de actividad hasta el 30-9-2021, en los siguientes términos.

1. Pueden ser beneficiarios quienes reúnan los siguientes requisitos:
 - Haber estado de alta y cotizado en el RETA o en RETM durante un mínimo de 4 meses y un máximo de 7 meses de cada uno de los años 2018 y 2019, siempre que ese marco temporal abarque un mínimo de 2 meses entre los meses de junio y septiembre de esos años.
 - No haber estado en alta o asimilado al alta como trabajador por cuenta ajena más de 60 días durante el segundo y tercer trimestre de 2021.
 - No obtener durante el segundo y tercer trimestre de 2021 unos ingresos netos computables fiscalmente que superen los 6.650 euros.
 - Estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, sin perjuicio de que pueda ser invitado al pago. La regularización del descubierto producirá plenos efectos para la adquisición del derecho a la protección.

Esta prestación es también aplicable a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento como trabajadores por cuenta propia, siempre que reúnan los requisitos exigidos.

2. La solicitud se puede presentar ante la MCSS o el ISM hasta el 31-7-2021. No obstante si se presenta hasta el 21-6-2021, la prestación se reconoce con efectos de 1-6-2021. Si se presenta más tarde, los efectos se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud. A partir del 1-1-2022, las MCSS o el ISM revisarán las resoluciones provisionales adoptadas iniciando, en su caso, los trámites de reclamación de cantidades indebidamente percibidas.

El autónomo puede renunciar a la prestación en cualquier momento hasta el 30-8-2021, con efectos a partir del mes siguiente a su comunicación. También puede devolver por iniciativa

propia la prestación si considera que los rendimientos que pueda percibir van a superar los umbrales requeridos.

3. La cuantía de la prestación es equivalente al 70% de la base mínima de cotización que corresponda.
4. Durante la percepción de la prestación no existe obligación de cotizar, permaneciendo el trabajador en situación de alta o asimilada al alta en el régimen de Seguridad Social correspondiente. Las cotizaciones son asumidas por la entidad a cuyo cargo esté la prestación (MCSS o ISM).
5. Esta prestación es incompatible con el trabajo por cuenta ajena; con cualquier prestación de Seguridad Social que el beneficiario viniera percibiendo salvo que fuera compatible con el desempeño de la actividad como trabajador por cuenta propia; con el trabajo por cuenta propia y con la percepción de rendimientos procedentes de la sociedad cuya actividad se haya visto afectada por el cierre, cuando los ingresos que se perciban en el segundo y tercer trimestre de 2021 superen los 6.650 euros. En el caso de los trabajadores incluidos en el RETM, la prestación es además incompatible con las ayudas por paralización de la flota.

Se encomienda a la comisión de seguimiento de las medidas de apoyo para la recuperación de la actividad de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Seguridad Social el seguimiento y evaluación de estas medidas (RDL 11/2021 disp.adic.7ª).

Prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia

Los trabajadores autónomos van a poder percibir, hasta el 30-9-2021, la prestación ordinaria de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia en los siguientes términos:

1. Son beneficiarios los trabajadores autónomos que reúnan los requisitos establecidos para acceder a la prestación ordinaria por cese de actividad salvo hallarse en situación legal de cese de actividad. Se requiere para ello:

Acreditar en el segundo y tercer trimestre de 2021 una reducción de los ingresos de la actividad por cuenta propia de más del 50 % de los habidos en el segundo y tercer trimestre de 2019 y que no supongan unos rendimientos netos computables fiscalmente superiores a 7.980 €. Para el cálculo de la reducción de ingresos se tendrá en cuenta el periodo en alta en el segundo y tercer trimestre de 2019 y se comparará con el segundo y tercer trimestre 2021. En caso de cese definitivo de la actividad antes del 30-9-2021, estos límites se toman en proporción al tiempo de duración de la actividad, computándose completo el mes en que se produzca la baja.

Si tienen trabajadores a su cargo deben acreditar el cumplimiento de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social que tengan asumidas, emitiendo para ello una declaración responsable.

Los autónomos que, a 31-5-2021, vinieran percibiendo la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia, podrán continuar percibiéndola hasta el 30-9-2021 siempre que no hayan agotado el período de prestación previsto (LGSS art.338.1).

2. La prestación es también compatible con el trabajo por cuenta ajena siempre que los ingresos no superen 1,25 veces el SMI y la suma con los ingresos derivados de la actividad por cuenta propia no superen 2,2 veces el SMI. En este caso, la cuantía de la prestación

se reduce al 50 % de la base de cotización mínima que le corresponda en función de la actividad.

3. Durante el percibo de la prestación, el autónomo está obligado a ingresar la totalidad de las cotizaciones aplicando los tipos vigentes a la base de cotización correspondiente. No obstante, la MCSS o el ISM, abona al trabajador, junto con la prestación, el importe de las cotizaciones por contingencias comunes que le hubiera correspondido ingresar de no desarrollar actividad alguna.
4. La solicitud debe presentarse ante la MCSS o el ISM hasta el 21-6-2021. Si se presenta en este plazo, la prestación se reconoce con efectos de 1-6-2021. Si se presenta más tarde, los efectos se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud. A partir del 1-1-2022, las MCSS o el ISM revisarán las resoluciones provisionales adoptadas iniciando, en su caso, los trámites de reclamación de cantidades indebidamente percibidas.

El autónomo puede renunciar a la prestación en cualquier momento hasta el 31-8-2021, con efectos a partir del mes siguiente a su comunicación. También puede devolver por iniciativa propia la prestación si considera que los rendimientos netos computables durante el segundo y tercer trimestre de 2021 van a superar los umbrales requeridos.

Se encomienda a la comisión de seguimiento de las medidas de apoyo para la recuperación de la actividad de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Seguridad Social el seguimiento y evaluación de estas medidas (RDL 11/2021 disp.adic.7ª).

Prestación extraordinaria de cese de actividad por bajos ingresos

El RDL 11/2021 recoge la posibilidad de que los trabajadores que no se vean afectados por el cierre de su actividad puedan acceder, a partir del 1-6-2021, a una prestación extraordinaria de cese de actividad en los siguientes términos.

1. Los beneficiarios son los trabajadores autónomos que reúnan los siguientes requisitos:
 - Percibir a 31-5-2021 una prestación extraordinaria de cese de actividad por bajos ingresos (RDL 2/2021 art.6) o una prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 2/2021 art.7) y no poder causar derecho a la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia a partir del 1-6-2021 (RDL 11/2021 art.7).
 - Estar de alta en el RETA o RETM antes del 1-4-2020 y estar al corriente en el pago de las cotizaciones, sin perjuicio de la invitación al pago.
 - Tener unos rendimientos netos computables fiscalmente por su actividad por cuenta propia en el segundo y tercer trimestre de 2021 que no sean superiores a 6.650 euros y que, además, sean inferiores a los habidos en el primer trimestre de 2020.
 - En caso de tener trabajadores a su cargo: acreditar, mediante declaración responsable, el cumplimiento de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social.

Esta prestación es también aplicable a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento como trabajadores por cuenta propia, siempre que reúnan los requisitos exigidos.

2. La solicitud debe presentarse ante la MCSS o el ISM hasta el 21-6-2021. Si se presenta en este plazo, la prestación se reconoce con efectos de 1-6-2021. Si se presenta más tarde, los efectos se producirán a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud. A partir

del 1-1-2022, las MCSS o el ISM revisarán las resoluciones provisionales adoptadas iniciando, en su caso, los trámites de reclamación de cantidades indebidamente percibidas.

El autónomo puede renunciar a la prestación en cualquier momento hasta el 31-8-2021, con efectos a partir del mes siguiente a su comunicación. También puede devolver por iniciativa propia la prestación si considera que los rendimientos netos computables durante el segundo y tercer trimestre de 2021 van a superar los umbrales requeridos.

3. La prestación tiene una duración máxima de 4 meses, sin que pueda exceder 30-9-2021. La prestación se extingue si durante su percepción concurren los requisitos para acceder a la prestación de cese de actividad ordinaria o compatible con el trabajo por cuenta propia.
4. La cuantía de la prestación es del 50% de la base mínima de cotización que corresponda. Cuando convivan en un mismo domicilio personas unidas por vínculo familiar o unidad análoga de convivencia hasta el primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad, y dos o más miembros tengan derecho a esta u otra prestación de cese de actividad, la cuantía de la prestación es del 40%.
5. Durante el percibo de la prestación, el autónomo está obligado a permanecer en alta en la SS e ingresar la totalidad de las cotizaciones aplicando los tipos vigentes a la base de cotización correspondiente. No obstante, la MCSS o el ISM, abona al trabajador, junto con la prestación, el importe de las cotizaciones por contingencias comunes que le hubiera correspondido ingresar de no desarrollar actividad alguna. La base de cotización aplicable durante todo el percibo de la prestación es la establecido al inicio de la misma.
6. Esta prestación es incompatible con la retribución por el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena; con el desempeño de otra actividad por cuenta propia; con la percepción de rendimientos procedentes de una sociedad; así como con la percepción de una prestación de Seguridad Social salvo aquella que el beneficiario viniera percibiendo por ser compatible con el desempeño de la actividad que desarrollaba. En el caso de los trabajadores incluidos en el RETM, la prestación es además incompatible con las ayudas por paralización de la flota.

Se encomienda a la comisión de seguimiento de las medidas de apoyo para la recuperación de la actividad de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Seguridad Social el seguimiento y evaluación de estas medidas (RDL 11/2021 disp. adic. 7ª).

Prestación extraordinaria por cierre de la actividad

El RDL 11/2021 regula la prestación extraordinaria por cese de actividad en favor de los autónomos de alta en el RETA o en el RETM que se vean obligados a suspender totalmente sus actividades en virtud de la resolución adoptada por la autoridad competente. La medida, aplicable a partir del 1-6-2021, se reconoce en los siguientes términos:

1. Los beneficiarios deben reunir los siguientes requisitos:
 - Estar afiliados y de alta en el RETA o en el RETM al menos 30 días naturales antes de la resolución que acuerde la suspensión de la actividad. Si la resolución se dictó antes del 1-6-2021, el alta debe ser anterior al inicio de la suspensión de la actividad.
 - Estar al corriente en el pago de la cuotas a la Seguridad, sin perjuicio de la invitación al pago.

Esta prestación es también aplicable a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento como trabajadores por cuenta propia, siempre que reúnan los requisitos exigidos.

2. La solicitud debe presentarse ante la MCSS o el ISM en el plazo de 21 días naturales siguientes a la entrada en vigor del acuerdo o resolución de cierre de actividad. Si la suspensión de la actividad se acordó con anterioridad al 1-6-2021, la solicitud debe presentarse antes del 21-6-2021.

En la solicitud se deben comunicar los miembros de la unidad familiar y si alguno puede tener derecho a una prestación por cese de actividad o tiene algún otro tipo de ingreso. Además, el solicitante debe aportar una declaración jurada de los ingresos que perciba por su trabajo por cuenta ajena y una autorización para que la administración de la Seguridad Social y las MCSS para que recaben de la administración tributaria los datos tributarios necesarios para la revisión de los requisitos de acceso a la prestación.

3. El derecho a la prestación nace desde el día siguiente a la adopción de la medida de cierre de actividad, o desde el 1-6-2021 si se mantiene la suspensión de actividad iniciada con anterioridad siempre que se solicite en plazo. Si se solicita fuera de plazo, el derecho a la prestación se inicia el primer día del mes siguiente al de la solicitud. Las MCSS o el ISM revisarán las resoluciones provisionales adoptadas, una vez finalizada la medida de cierre de actividad, iniciando, en su caso, los trámites de reclamación de cantidades indebidamente percibidas.
4. La prestación tiene una duración máxima de 4 meses, finalizando el derecho a la misma el último día del mes en que se acuerde el levantamiento de las medidas o el 30-9-2021 si esta última fecha es anterior.
5. La cuantía de la prestación es del 70% de la base mínima de cotización que corresponda. Cuando dos o más miembros de una misma unidad familiar (hasta el primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad) tengan derecho a esta prestación, la cuantía de cada una de las prestaciones es del 40%.
6. Se establecen los siguientes beneficios:
 - Durante el tiempo que permanezca la actividad suspendida se mantiene el alta en el régimen especial correspondiente.
 - Exoneración de la obligación de cotizar desde el primer día del mes en el que se adopta la medida de cierre de actividad, o desde el 1-6-2021 si se mantiene la suspensión de actividad iniciada con anterioridad, y hasta el último día del mes siguiente al que se levante dicha medida o hasta el 30-9-2021, si esta última fecha es anterior. El período de exoneración se entiende como cotizado, siendo la base de cotización aplicable la establecida en el momento de inicio de la prestación por cese de actividad.

Si la solicitud se presenta fuera de plazo, la exoneración de la obligación de cotizar se inicia desde el día que nace la prestación.

El tiempo de percepción de la prestación no reduce los periodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro.

7. El percibo de la prestación es incompatible con el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena, salvo que los ingresos sean inferiores a 1,25 veces el importe del SMI; con el des-

empeño de otra actividad por cuenta propia; con la percepción de rendimientos procedentes de la sociedad cuya actividad se haya visto afectada por el cierre; así como con la percepción de una prestación de Seguridad Social salvo aquella que el beneficiario viniera percibiendo por ser compatible con el desempeño de la actividad que desarrollaba. En el caso de los trabajadores incluidos en el RETM, la prestación es además incompatible con las ayudas por paralización de la flota.

Se encomienda a la comisión de seguimiento de las medidas de apoyo para la recuperación de la actividad de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Seguridad Social el seguimiento y evaluación de estas medidas (RDL 11/2021 disp.adic.7ª).

Exención en la cotización

A partir del 1-6-2021, los trabajadores autónomos incluidos en el RETA o en el RETM tienen derecho a exenciones en sus cotizaciones a la Seguridad Social y Formación profesional. Para ello deben reunir los siguientes requisitos:

- Estar de alta en la Seguridad Social a 1-6-2021 y mantenerlo hasta el 30-9-2021.
- Percibir a 31-5-2021 una prestación extraordinaria por cese de actividad por no tener acceso a la prestación ordinaria de cese de actividad ni a la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 2/2021 art.6) o la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 2/2021 art.7).

También pueden acceder a esta exención los trabajadores autónomos que agoten la prestación por cese de actividad por suspensión temporal de toda actividad reconocida a partir del 1-6-2021. En este caso, las exenciones se aplican desde que finalicen las exenciones asociadas a esta prestación y hasta el 30-9-2021.

La cuantía de la exención es la siguiente:

- Cotizaciones del mes de junio: 90%.
- Cotizaciones del mes de julio: 75%.
- Cotizaciones del mes de agosto: 50%.
- Cotizaciones del mes de septiembre: 25%.

Estos porcentajes se aplican sobre la base de cotización por la venía cotizando el trabajador autónomo antes de acceder a la prestación por cese de actividad.

El período exento de cotización tiene la consideración de efectivamente cotizado a todos los efectos (RDL 11/2021 disp. adic. 4ª). Esta misma consideración se aplica a las exenciones a la cotización previstas para los trabajadores autónomos para los meses de julio, agosto y septiembre de 2020 (RDL 24/2020 art.8).

Estas exenciones son incompatibles con la percepción de la prestación por cese de actividad.

7. Prórroga del Plan MECUIDA (RDL 11/2021)

RDL 2/2021

Resumen

Se prorroga hasta el 30-9-2021 la vigencia del art.6 del RDL 8/2020 que regula el plan MECUIDA. El Plan permite adaptar el horario y reducir la jornada cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19.

Desarrollo

El RDL 8/2020 art.6 implantó el derecho de adaptación del horario y reducción de jornada de los trabajadores por cuenta ajena cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19. La vigencia de esta medida, posteriormente denominada Plan MECUIDA ha sido prorrogada manteniendo su vigencia hasta el 30-9-2021 (RDL 11/2021 disp.adic.6ª)

Las características principales del plan MECUIDA son las siguientes:

- a) Permite a las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de la misma cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias excepcionales:
 - Que sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para atender a alguna de las personas indicadas, que por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo.
 - Que existan decisiones adoptadas por las Autoridades que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos.
 - Que quien esté encargado del cuidado o asistencia de las personas indicadas no pueda seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el Covid-19.
- b) El derecho a la adaptación o reducción de jornada es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores.
- c) La petición del trabajador debe estar justificada y ser razonable y proporcionada, teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa, particularmente en caso de que sean varios los trabajadores que acceden a la misma en la misma empresa.
- d) El ejercicio de estos derechos se considera ejercicio de derechos de conciliación a todos los efectos y los conflictos que puedan generarse en su aplicación deben resolverse por la jurisdicción social a través del procedimiento especial para el ejercicio de los derechos de conciliación (LRJS art.139).

- e) Los trabajadores que ya estén disfrutando de una adaptación de su jornada por conciliación, de una reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares o de alguno de los derechos de conciliación pueden renunciar temporalmente a ellos o solicitar que se modifiquen los términos de su ejercicio.
- f) La solicitud debe limitarse al período excepcional de duración de la crisis sanitaria y acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar el trabajador, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa.

Medidas previstas

Son las siguientes:

A. Derecho a la adaptación de la jornada (RDL 8/2020 art.6.2)

Es una prerrogativa del trabajador a quien corresponde determinar su alcance y contenido. La empresa y el trabajador deben hacer lo posible por llegar a un acuerdo.

Puede referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo:

- Cambio de turno.
- Alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada.
- Cambio de centro de trabajo.
- Cambio de funciones.
- Cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia:
- Cualquier otro cambio de condiciones disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas, que se limita al período excepcional de duración del COVID19.

B. Derecho a la reducción de jornada (RDL 8/2020 art.6.3)

Los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales descritas pueden solicitar una reducción especial de jornada por guarda legal o cuidado directo de familiar, que se regirá por lo dispuesto con carácter general en los art.37.6 y 37.7 del ET con las siguientes especialidades:

- No se exige que el familiar que requiera atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.
- Debe ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación.
- Puede alcanzar el 100% de la jornada, siempre que se justifique y sea razonable y proporcionada en atención a la situación de la empresa.

8. Medidas para la reincorporación de los fijos discontinuos (RDL 11/2021)

RDL 11/2021, BOE 28-5-11

Resumen

Se regula la situación de los trabajadores fijos discontinuos o que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas cuyo llamamiento deba producirse entre el 1-6-2021 y el 30-9-2021. Diferencia según haya sido o no posible su reincorporación a la actividad.

Desarrollo

El RDL 11/2021, con vigencia desde el 28-4-2021, dentro del Acuerdo de defensa del empleo firmado por el Gobierno, los sindicatos y las asociaciones empresariales, incluye medidas para la incorporación efectiva a la actividad o la inclusión en los ERTE de personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo o que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas. Son las siguientes:

1. Las empresas tienen la obligación de incorporarlas a la actividad durante el periodo teórico de llamamiento.

Como periodo teórico de llamamiento se entiende que es el correspondiente al trabajo efectivo desarrollado por cada una de las personas trabajadoras de ellas entre el 1-6-2019 y el 30-6-2019. En caso de que la contratación hubiera sido posterior a esta fecha (30-9-2019), debe tomarse como referencia el mismo periodo teórico de llamamiento correspondiente al ejercicio 2020.

2. Cuando a consecuencia de las restricciones y medidas de contención sanitaria no puedan reincorporarlas a la actividad efectiva en el periodo de llamamiento indicado, la empresa debe incluirlas en el correspondiente ERTE, ya vigente a 28-5-2021 ya autorizado con posterioridad. La empresa debe mantener a la persona trabajadora en esta situación hasta:
 - Que tenga lugar su reincorporación efectiva.
 - O, en su caso, hasta la fecha de interrupción de su actividad, dentro del periodo teórico de llamamiento (del 1-6-2021 al 30-9-2021).

Las empresas tienen un plazo de 15 días desde la afectación, para solicitar, de no haberlo hecho previamente, la incorporación de estas personas al ERTE de empleo, ante la autoridad laboral y para tramitar ante la entidad gestora la solicitud colectiva de prestaciones por desempleo.

3. La prestación extraordinaria de desempleo para trabajadores fijos discontinuos o fijos periódicos que se repitan en fechas ciertas (RDL 30/2020 art.9; RDL 11/2021 art.4) resultará aplicable a los supuestos en los que el periodo teórico de llamamiento no esté comprendido entre el 1-6-2021 y el 30-6-2021, y una vez finalizado este, así como durante las interrupciones ordinarias de actividad en aquellos casos en que haya incorporación efectiva.

9. La DGTr aclara de nuevo la obligación de mantenimiento del empleo

DGT-SGON-1147CRA (definitivo)

Resumen

La DGTr ha aclarado que, en caso de incumplimiento de la cláusula de salvaguarda, las empresas están obligadas a devolver la totalidad de las cuotas exoneradas correspondientes al ámbito del centro de trabajo afectado por el despido de la persona o personas trabajadoras respecto de las cuales se considere incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo.

Desarrollo

La DGTr ha expresado en contestación a consultas anteriores que el incumplimiento del compromiso empresarial de mantenimiento del empleo derivado de la extinción de los contratos de trabajo por razones vinculados a la COVID-19 (RDL 8/2020 disp. adic. 6ª), no se limita a la devolución de las exenciones de cuotas correspondientes al trabajador o trabajadores cuyos contratos se extinguen (informe 10-11-2020, DGT-SGON-1147CRA).

Por el contrario, ha señalado que este compromiso de mantenimiento del empleo tiene un alcance más amplio que el del trabajador o trabajadores afectados, puesto que la voluntad del legislador ha sido vincular los beneficios en la cotización aplicables a los ERTes al objetivo de mantenimiento del empleo en la empresa que se beneficia de ellos.

Partiendo de lo anterior, la cuestión que se plantea ahora ante la DGTr es la de determinar el ámbito al que la obligación de mantenimiento del empleo debe entenderse referida, si a la empresa en su conjunto o al centro o centros de trabajo afectados.

La DGTr recuerda que respecto del RDL 18/2020 consideró en uno de sus criterios que una empresa con un mismo ERTE puede estar a la vez en fuerza mayor parcial respecto de los centros de trabajo donde haya podido reiniciar su actividad y haya reincorporado, pero manteniendo los otros trabajadores en FM total.

Del criterio anterior se deduce que, en la práctica, puede suceder que, en el seno de una misma empresa, el inicio del cómputo de 6 meses se haya iniciado en fecha distinta en cada uno de sus centros de trabajo, por diversas circunstancias, que en la mayoría de las ocasiones derivara de la salida de la fuerza mayor total en momentos diversos en cada uno o en varios de los establecimientos. Considera que carecería de sentido, lógico y jurídico, entender que las empresas pueden aplicar medidas extraordinarias en materia de cotización por centro de trabajo, pero negase la aplicación de dicho ámbito cuando la entidad beneficiaria ha de devolver las cuotas por transgresión del único requisito extinguido para su mantenimiento.

En consecuencia la DGTr responde que en caso de incumplimiento, las empresas están obligadas a la devolución de la totalidad de las cuotas exoneradas correspondientes al ámbito del centro de trabajo afectado por el despido de la persona o personas trabajadoras respecto de las cuales se considere incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo.

10. Nuevas medidas de fomento de empleo de personas con capacidad intelectual límite

RD 368/2021, BOE 26-5-21

Resumen

El RD 368/2021, vigente a partir del 1-6-2021, define qué debe entenderse como persona con capacidad intelectual límite y establece las medidas de acción positiva para promover su acceso al empleo y favorecer su integración laboral en el mercado ordinario de trabajo.

Desarrollo

Con vigencia a partir del 1-6-2021, se establecen medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo ordinario de las personas con capacidad intelectual límite que tengan reconocida oficialmente esta situación por reunir los siguientes requisitos:

- Estar inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados.
- Acreditar oficialmente entre un 20% y un 30% de discapacidad intelectual.

Pueden ser beneficiarios de estas medidas:

- Las empresas y autónomos que contraten a personas con capacidad intelectual límite.
- Las sociedades laborales y las cooperativas a las que se incorporen como socios y socias trabajadores o de trabajo las personas con capacidad intelectual límite siempre que, en el caso de las cooperativas, se haya optado por la modalidad de asimilados a personas trabajadoras por cuenta ajena, a los efectos de la Seguridad Social.

Por el contrario, se excluye el acceso de estos beneficios del sector público (L 40/2015 art.2).

Las medidas de acción positiva establecidas son las siguientes:

1. Contratación por tiempo indefinido a tiempo completo de personas con capacidad intelectual límite:
 - Subvención de 2.000 euros por cada contrato, sin que pueda superar, en concurrencia con otras ayudas públicas para la misma finalidad, el 60% del coste salarial anual del contrato.
 - Ayudas para la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios, por un importe máximo de 901,52 €, para evitar accidentes laborales al trabajador contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo.
2. Inclusión de las personas con capacidad intelectual límite entre los destinatarios finales del programa de empleo con apoyo como medida de integración en el mercado ordinario de trabajo, con las siguientes particularidades:
 - El tiempo mínimo de atención de los preparadores laborales es de una doceava parte de la jornada de trabajo del trabajador con capacidad intelectual límite.

- La cuantía de las subvenciones destinadas a financiar costes laborales y de seguridad social derivados de la contratación de los preparadores es de 1.625 euros anuales por cada trabajador.
3. Se introducen las siguientes peculiaridades en el contrato para la formación y el aprendizaje celebrados con estas personas:
- Ampliación de la duración máxima del contrato hasta un máximo de 4 años cuando el trabajador no haya alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo debido al tipo y grado de discapacidad y demás circunstancias individuales y profesionales, así como las características del proceso formativo. Se exige informe favorable del Servicio Público de Empleo que, a estos efectos, puede recabar, informe de los equipos técnicos de valoración y orientación de la discapacidad.
 - Posibilidad de realizar en el puesto de trabajo o en procesos formativos presenciales la formación de módulos formativos que no sean a distancia.

11. Anulado por discriminatorio el despido de una víctima de violencia de género

STSJ COM VAL 21-4-21

Resumen

El TSJ Valenciano declara nulo el despido de una trabajadora que se produjo por la imposibilidad de cumplir con su trabajo tras imponerse al administrador único de la sociedad una orden de alejamiento por ejercer sobre ella violencia de género. El despido es claramente discriminatorio pues sanciona y castiga de nuevo a la víctima de violencia de género

Desarrollo

El 6-5-2019, el Juzgado de violencia sobre la mujer dicta sentencia condenando al administrador único de la empresa como autor de un delito de malos tratos sobre su pareja y compañera de trabajo, imponiéndosele, entre otras medidas, una orden de alejamiento a una distancia de 300 metros durante 2 años. El 17-5-2019, la trabajadora recibe carta de despido por la imposibilidad de cumplir con su puesto de trabajo, reconociéndose de forma expresa la improcedencia del despido.

Frente a la declaración de improcedencia del despido por el Juzgado de primera instancia, recurre la trabajadora en suplicación. Solicita la nulidad del despido por ser discriminatorio por razón de sexo, pues considera que lo que motivó su cese fue su condición de víctima de violencia de género ejercida por el propio administrador social, ya que no existe causa alguna que le impidiera ejercer su trabajo.

El TSJ C. Valenciana considera el despido nulo por discriminatorio, pues existe una clara conexión temporal entre la resolución condenatoria del administrador de la empresa y el cese

de la trabajadora 11 días después, que se refrenda cuando la carta de despido alude expresamente al procedimiento penal iniciado tras la agresión.

En caso de que realmente existiera una imposibilidad de desempeño del trabajo por la orden de alejamiento impuesta al empresario, debieron adoptarse las medidas necesarias para continuar con la protección de la trabajadora, máxime cuando el condenado por la agresión está en el mismo círculo laboral.

También se debió dejar optar a la trabajadora por cualquiera de las medidas existentes para llevar a cabo su protección en el ámbito laboral: reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio del centro de trabajo, suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y extinción del contrato. Todas estas medidas son una opción de la trabajadora, y no del agresor, para hacer efectiva una protección y tutela plena de su persona.

Pero lo que no se puede es amparar el cese de la trabajadora en su condición de víctima de violencia de género restringiéndose sus derechos de forma evidente frente a su agresor al que no se impone ninguna restricción en el ámbito laboral.

Por ello, el TSJ C. Valenciana estima el recurso y declara la nulidad del despido, condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora así como al abono de los salarios de tramitación y de una indemnización de 6.250 euros.

12. Contrato de relevo: ¿puede mantenerse tras la jubilación anticipada del trabajador relevado?

STSUD 5-5-21

Resumen

Aunque el contrato de relevo debió finalizar cuando el relevado se jubiló anticipadamente, no es contrario a la regulación legal mantener su duración, ampliando la jornada y el salario del trabajador, a partir de esa fecha y hasta la finalización de la fecha inicialmente prevista en el contrato. El TS considera que se ha respetado la finalidad del contrato de relevo y tampoco se ha causado perjuicio alguno y, por tanto, no se ha producido una situación de fraude.

Desarrollo

El 5-5-2014, la trabajadora suscribe un contrato de relevo a tiempo parcial del 75% de la jornada, por el acceso a la jubilación parcial de una trabajadora y con una duración inicial hasta el 18-4-2018. El 18-4-2017, la trabajadora relevada accede a la jubilación anticipada con 64 años de edad y la empresa, a partir del día siguiente y sin firmar un nuevo contrato, amplía la jornada de la trabajadora al 100%. El 11-4-2018 la empresa le comunica la extinción de su contrato con efectos 18-4-2018.

La trabajadora interpone demanda de despido que es declarado improcedente en la instancia al entender que la empresa debió extinguir el contrato de relevo y hacer otro temporal de un año en

lugar de llevar a cabo una novación. La empresa interpone recurso de suplicación que es estimado y, en consecuencia, trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en determinar si finalizar un contrato de relevo hasta la fecha de jubilación ordinaria del relevado, tras acceder éste a la jubilación anticipada a los 64 años, supone un fraude de ley en la contratación que convierte la extinción de la relación laboral en un despido.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su jurisprudencia anterior (TS 31-1-2018, rec, 619/2016) que al respecto ha establecido lo siguiente:

- a) Que la originaria conexión -que no dependencia- entre los contratos del relevado y el contrato de relevo, es solamente externa y no determina una estricta dependencia funcional entre el contrato de relevo y la situación jubilación-empleo parcial. Así lo establece el ET art.12.7. b que desvincula la duración del contrato al del relevista, que ha de ser indefinido o como mínimo hasta que el relevado alcance los 65 años.
- b) Que los objetivos pretendidos por el legislador son, por una parte, que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo y , por otra, que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados.
- c) Que en cumplimiento de estos objetivos, la obligación empresarial de mantener ese volumen de empleo se extienda hasta que el jubilado parcial alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total.

En el supuesto enjuiciado, en el que la trabajadora suscribe un contrato suscrito de relevo que se mantiene tras la jubilación anticipada de la trabajadora relevada, ampliándose su jornada hasta el 100%, sin firmar nuevo contrato, el TS considera que el iter seguido a la contratación no es contrario a la regulación legal. Se ha respetado la finalidad de la institución del contrato de relevo, que finalizó cuando el relevado alcanzó la edad ordinaria de jubilación, con la ampliación de la jornada desde la jubilación anticipada, sin causar perjuicio alguno, por lo que concluye que no se ha producido una situación de fraude y que, por tanto, tampoco el despido puede calificarse como improcedente.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado contra la sentencia dictada por el TSJ.

13. La AEPD publica una guía sobre protección de datos en las relaciones laborales

AEPD Guía protección de datos en las relaciones laborales

Resumen

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha publicado la guía 'Protección de datos en las relaciones laborales' como herramienta práctica para el correcto cumplimiento de la legislación por parte de las empresas. La guía aborda, entre otros, cuestiones como la

consulta de las redes sociales de la persona trabajadora, los sistemas internos de denuncias (whistleblowing), el registro de la jornada laboral, la protección de los datos de las víctimas de acoso en el trabajo o víctimas de violencia de género o el uso de la tecnología wearable como elemento de control.

Desarrollo

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha publicado la guía 'Protección de datos en las relaciones laborales' que ha elaborado con la participación del MTES y de los agentes sociales. Es una herramienta práctica de ayuda a las empresas para un adecuado cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos.

La guía comienza recogiendo las bases que legitiman el tratamiento de datos personales (ejecución del contrato, intereses legítimos y obligación legal), la información que es necesario facilitar y los derechos de protección de datos aplicados al entorno laboral. Analiza también el principio de minimización (que limita los datos personales de los trabajadores que el empleador puede conocer a los estrictamente necesarios para el normal desarrollo de la relación laboral) y los deberes de secreto y seguridad (aseguran que los datos personales solo sean conocidos por el afectado y por aquellos usuarios de la organización con competencias para usar, consultar o modificarlos). El documento también recoge los límites al tratamiento de datos en los procesos de selección y contratación de personal, en el desarrollo de la relación laboral, en el control de la actividad laboral, representación unitaria y sindical y vigilancia de la salud.

La guía aborda, cuestiones que se plantean cada vez con mayor frecuencia. Entre otras:

- a) La consulta por parte del empleador de las redes sociales de la persona trabajadora: la Agencia detalla que las personas no están obligadas a permitir que el empleador indague en sus perfiles de redes sociales, ni durante el proceso de selección ni durante la ejecución del contrato.
- b) Los sistemas internos de denuncias (whistleblowing): se admiten sistemas de denuncias anónimas y, en caso de que no serlo, debe quedar a salvo la confidencialidad de la información del denunciante y no debe facilitarse su identificación al denunciado.
- c) El registro de la jornada obligatorio: el sistema no puede ser de acceso público ni estar situado en un lugar visible. Además, los datos del registro no pueden utilizarse para finalidades distintas al control de la jornada de trabajo, como comprobar la ubicación (geolocalización).
- d) La protección de los datos de las víctimas de acoso en el trabajo o víctimas de violencia de género: sus datos personales y su identidad, tienen, con carácter general, la consideración de categorías especiales de datos personales y, en todo caso, son datos sensibles que exigen una protección reforzada. El empleador puede conocer y tratar los datos cuando resulte necesario para el cumplimiento de las obligaciones legales pero la documentación de la empresa debe incluir un código que no permita que terceros puedan asociar esa información con la trabajadora.
- e) El uso de la tecnología wearable como elemento de control: está prohibido a menos que esté establecida por ley o reglamentariamente.
- f) Derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, incluida la elaboración de perfiles, que pueden incidir en las condiciones, el acceso y mantenimiento del empleo.

14. El TSJ Cataluña admite la posibilidad de elevar la indemnización de los despidos improcedentes

STSJ Cataluña 23-4-21

Resumen

El TSJ Cataluña declara que cuando un despido sea declarado improcedente por fraudulento y la indemnización legal tasada se considere insuficiente, en aplicación del Convenio OIT núm 158, es posible reconocer una indemnización adicional, si se concretan y prueban los daños y perjuicios que el despido hubiera podido causar.

Desarrollo

El trabajador que prestaba servicios para la empresa desde el 1-10-2019 es despedido en 2-4-2020 alegando causas objetivas asociadas al COVID-19.

Reclama contra el despido que se declara improcedente por fraudulento y condena a la empresa a abonar una indemnización equivalente al salario de 9 meses y por suma global de 60.000 €, a compensar con la indemnización ya abonada.

La indemnización legalmente tasada ascendía a 4.219,22 € (7 meses a razón de 33 días de salario por año de servicio, prorrateando por meses los periodos inferiores).

Para el juzgado la indemnización superior fijada cumple los requisitos de adecuación y carácter disuasorio establecidos en el Convenio OIT nº158 ratificado por España, pues la indemnización tasada no alcanzaba ni siquiera una mensualidad.

Ambas partes interponen recurso de suplicación ante el TSJ, el trabajador solicitando la nulidad del despido y el reconocimiento de los intereses de mora y le empresa, que reconoce la improcedencia del despido, impugnando la cuantía de la indemnización.

El TSJ desestima el recurso de trabajador y estima el de la empresa realizando las siguientes consideraciones:

- a) El despido fraudulento, determina la improcedencia del despido y no su nulidad, porque esta está exclusivamente vinculada a motivos tasados. Para el TSJ esta regulación no contradice normas internacionales y tampoco vulnera el derecho al trabajo (Const art. 35) porque la legislación española cumple con la reparación alternativa prevista en el OIT Convenio núm 158 art. 4 y porque las normas internacionales expresamente contemplan la indemnización como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido.
- b) Tampoco cabe la calificación de nulidad respecto del despido sin causa realizado en el marco de la pandemia. EL TSJ entiende que la "prohibición" temporal de despedir durante la pandemia que no lleva aparejada ninguna calificación concreta (RDL 9/2020 art. 2), en realidad, impide la extinción válida de un contrato por causas objetivas relacionadas con el COVID-19 y que hubieran motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna tales como los ERTES por fuerza mayor y causas ETOP por causas derivadas del COVID-19. Considera que la nulidad y la readmisión obligatoria, en estos casos de despido pondrían en peligro el mantenimiento del empleo.

- c) La sentencia rechaza la existencia de interés moratorio respecto de la indemnización reclamada por el trabajador en suplicación (ex CC art. 1108). Se descarta porque la indemnización no era líquida, vencida y exigible. Sí se hubiesen devengado intereses si la empresa hubiere reconocido la improcedencia en la carta de despido la improcedencia fijando el derecho al percibo de la indemnización.
- c) Con carácter general, la cuantía de la indemnización por despido viene fijada en el ET de forma baremada en función del salario y los años de prestación de servicios con unos topes máximos (ET art. 50, 53 y 56). Asimismo, cuando la extinción se ha adoptado por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas es posible reconocer una indemnización adicional. También lo es en ejecución de sentencia, ya que los jueces pueden incrementar las indemnizaciones tasadas hasta en 15 días por año de servicio hasta un máximo de 12 mensualidades (LRJS art. 281.2 b).
- d) El TSJ admite la posibilidad de cuando un órgano jurisdiccional considere que el monto de la indemnización tasada no es adecuado ni disuasorio y, en aplicación del OIT Convenio, pueda fijar una indemnización superior adecuada y disuasoria. Para lo que se requiere el cumplimiento de dos requisitos:
- La notoria y evidente insuficiencia de la indemnización establecida legalmente por resultar la misma manifiestamente exigua.
 - Que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato.

Respecto de la cuantía de la indemnización adicional, el TSJ entiende que cuando el despido cause perjuicios a la persona asalariada puede incluir otros conceptos resarcitorios más allá del propio lucro cesante. Para ello, es necesario que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio (daño emergente, lucro cesante, daño moral...), descartándose la aplicación de oficio por el órgano judicial.

Concluye el TSJ, que para evitar cualquier arbitrariedad o indefensión, el trabajador despedido ha de concretar en su demanda los daños y perjuicios que quiera que sean tenidos en cuenta para fijar la indemnización y para que puedan ser rebatidos en juicio por empresa.

En cuanto en el supuesto enjuiciado el trabajador no ha acreditado los específicos daños y perjuicios, se estima el recurso de la empresa fijando la cuantía de la indemnización por despido en la tasada legalmente.

15. Se aprueban medidas para paliar los daños causados por la borrasca "Filomena"

RDL 10/2021, BOE 19-5-21

Resumen

Se establecen medidas urgentes, entre ellas Laborales y de Seguridad Social, destinadas a paliar los daños causados por la borrasca Filomena. La norma entra en vigor el 20-5-2021.

Desarrollo

El presente RDL, con vigencia desde el 20-5-2021, tiene por objeto adoptar medidas urgentes complementarias a las adoptadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19-1-2021 para paliar los daños causados por la borrasca «Filomena», ampliando la consideración de zonas afectadas gravemente por una emergencia de protección civil a las siguientes CCAA: Canarias, Cantabria, Cataluña, Región de Murcia y Comunidad Valenciana.

Entre las medidas adoptadas se incluyen las siguientes en el ámbito laboral y de la Seguridad Social:

- a) Respecto de los trabajadores autónomos se prevén las siguientes medidas:
 - Respecto de la prestación por cese de actividad que traigan su causa inmediata de los sucesos incluidos en el ámbito de aplicación de este RDL:
 - No computar a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos, los cuatro primeros meses de percepción de la prestación que traigan su causa inmediata de los sucesos incluidos en el ámbito de aplicación de este RDL.
 - Considerar como cumplido, a los efectos de poder acceder a la prestación por cese de actividad, el requisito de periodo mínimo de cotización de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese de actividad, para los trabajadores por cuenta propia afectados por los siniestros descritos.
 - Mantenimiento del derecho a bonificaciones o reducciones en las cuotas de la SS por tiempo que hubiese quedado pendiente de disfrute cuando a consecuencia directa e inmediata de estos sucesos hubieran solicitado la baja en el régimen de la SS correspondiente.
- b) Para llevar a cabo las obras de reparación de los daños causados, las AAPP y las entidades sin ánimo de lucro podrán solicitar del SEPE competente la adscripción de trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo para trabajos de colaboración social.

Las medidas laborales aplicables y la aplicación de exenciones y moratorias en el pago de cotizaciones a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta por los daños sufridos o por las pérdidas de actividad directamente derivadas de la borrasca «Filomena», dentro este ámbito territorial, se regula tanto por lo dispuesto por la normativa reguladora del sistema nacional de protección civil (L 17/2015 art.24.2. b) y por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19-1-2021.

La norma faculta al Gobierno y las personas titulares de los distintos Departamentos ministeriales, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones necesarias para el desarrollo y la ejecución de lo dispuesto en este RDL.

16. Autorización de residencia por circunstancias excepcionales. ¿Cómo se acredita el arraigo laboral?

STS cont-adm 25-3-21

Resumen

Los extranjeros que soliciten una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral pueden acreditar la relación laboral requerida y su duración por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluidos los certificados de vida laboral que acrediten una relación laboral que pueda haber derivado de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia.

Desarrollo

Un nacional de Marruecos solicita una autorización de residencia por la circunstancia excepcional de arraigo laboral, que implica demostrar la existencia de una relación laboral durante al menos 6 meses.

A ese fin, aporta un certificado de vida laboral que demuestra que ha trabajado durante al menos ese periodo, al amparo de una autorización provisional de residencia y trabajo que ya no está vigente. La Subdelegación del Gobierno desestima su solicitud, por considerar que la vida laboral no es un medio de prueba válido, ya que los únicos que pueden aportarse son resoluciones judiciales que reconozcan la relación laboral o resoluciones administrativas confirmatorias del acta de infracción de la ITSS que la acredite (RD 557/2011 art.124.1 párr.2).

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo confirma la decisión. Interpuesto recurso de apelación, la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ estima el recurso y concede a la solicitante la autorización de residencia. Argumenta que es posible utilizar otros medios de prueba, además de los previstos en el RD 557/2011 art.124.1. párr.2. La Abogacía del Estado recurre la sentencia en casación para unificación de doctrina.

La cuestión consiste en determinar si, para poder obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, es imprescindible o no que la acreditación de la relación laboral y de su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos por la norma, por tratarse de una enumeración tasada (RD 557/2011 art.124.1 párr.2).

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TS considera que, al tratarse de un derecho fundamental y, por ende, extensible a los extranjeros, la interpretación de la norma no puede ser restrictiva (Cons art.24) (TCo 107/84; 99/85).

Resuelve que, para obtener una autorización de residencia temporal en España por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, no es imprescindible que la acreditación de la relación laboral y de su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos en el RD 557/2011 art.124.1.párr.2, pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba válido, incluido el certificado de vida laboral que acredita una relación laboral derivada de la autorización de residencia que ya no está vigente. De lo contrario, si el solicitante hubiera estado trabajando de forma clandestina, y ello hubiera sido constatado por resolución judicial o la Inspección de Trabajo, se estaría en el supuesto recogido por la norma, y habría podido obtener la autorización de residencia; lo que pondría de manifiesto el desvalor a situaciones laborales plenamente lícitas (como era el caso del solicitante, que había trabajado de forma legal al amparo de una autorización de residencia anterior que perdió su vigencia).

Por ello, el TS confirma la sentencia del TSJ recurrida, desestimando el recurso de casación de la Abogacía del Estado y concede a la interesada la autorización de residencia.

17. ¿Se puede exigir al trabajador incluido en un ERTE por fuerza mayor la reincorporación a tiempo parcial?

STSJ Galicia 8-2-21

Resumen

El TSJ Galicia declara que un trabajador a tiempo completo incluido en un ERTE suspensivo por fuerza mayor vinculada a COVID-19 no puede ser obligado a reincorporarse a tiempo parcial. La medida supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo, por lo que el trabajador puede solicitar la resolución indemnizada del contrato.

Desarrollo

El 17-6-2020, la empresa comunica a la trabajadora, incluida en un ERTE suspensivo por motivos de fuerza mayor vinculada a COVID-19, su reincorporación a tiempo parcial. La trabajadora rechaza la reincorporación al considera que supone una conversión de su contrato de trabajo a tiempo completo en a tiempo parcial y comunica a la empresa su deseo de proceder a la rescisión del contrato con abono de la indemnización de 20 días por año de servicio. Días más tarde recibe burofax de la empresa por el que se le comunica carta de despido disciplinario por falta de asistencia al trabajo.

La trabajadora presenta demandas acumuladas de rescisión del contrato y de despido que el juzgado de primera instancia desestima. Por eso, recurre en suplicación.

Alega la empresa que la medida está amparada por la normativa COVID (RD 18/2020 art.1.2) que establece que cuando las circunstancias que motivaron el ERTE COVID lo permitan, las empresas deben reincorporar a las personas trabajadoras afectadas, en la medida necesaria para el desarrollo de la actividad y primando los ajustes en términos de reducción de jornada.

Para el TSJ Galicia, no hay duda de que lo que se ha producido es una conversión del contrato que de ser a tiempo completo, pasa a ser a tiempo parcial. Esta conversión tiene carácter voluntario para el trabajador (ET art.12.4.e) y no puede ser impuesto de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, lo que se ha producido es precisamente una modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecta a la jornada de la trabajadora y que debe ser implantada respetando el procedimiento legalmente establecido, sin que la regulación COVID permita desconocerlo. No habiéndose respetado el procedimiento legalmente previsto y resultando perjudicada por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la trabajadora tiene derecho a la resolución indemnizada del contrato.

Por ello, el TSJ Galicia estima el recurso de suplicación y declara extinguida la relación laboral condenando a la empresa al abono de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

18. ¿Puede un convenio colectivo prohibir que los trabajadores publiquen fotos y difundan información sobre su actividad laboral?

SAN 31-3-21

Resumen

La AN declara que es proporcional y justificado el precepto del convenio que obliga a los trabajadores a guardar secreto profesional respecto de todas las informaciones que se conozcan con motivo del desempeño de su actividad laboral, impidiendo su difusión a terceros o en redes sociales. Es una restricción necesaria del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información por el grave perjuicio que puede suponer para el normal desarrollo de la actividad empresarial.

Desarrollo

El convenio colectivo de la empresa pública (TRAGSA) establece que los trabajadores pertenecientes al servicio de prevención de incendios tienen la obligación de guardar el secreto profesional respecto de todas las informaciones que se conozcan con motivo del desempeño de su actividad laboral, respecto de la difusión a terceros o en redes sociales de información, instrucciones internas, documentación, mensajes, imágenes o vídeos, y sin que exista autorización expresa de la empresa. El incumplimiento de estas obligaciones se sanciona como falta grave. Uno de los sindicatos más representativos en la empresa considera que la regulación del convenio vulnera el derecho a la libertad de expresión e información en el ámbito del contrato de trabajo (ET art.20) e interpone demanda de impugnación de convenio colectivo ante la Sala de lo Social de la AN.

La AN recuerda que la doctrina constitucional ha establecido que para su validez cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental debe superar un juicio de proporcionalidad, que supone constatar que la medida cumple las siguientes condiciones: a) ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) no existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y c) ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Para la AN la regulación del convenio colectivo enjuiciado no establece una prohibición absoluta, pues se trata de una medida adecuada para preservar beneficios superiores a los perjuicios que puedan causar la limitación de la libertad de expresión. Por lo que se cumple el test de proporcionalidad sin perjuicio de que en cada caso concreto se pueda analizar si una determinada actuación cumple los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad:

- a) Necesidad: señala que la finalidad de la medida es la de salvaguardar la seguridad, atención y concentración que requiere el personal del servicio de extinción de incendios forestales para no comprometer la vida propia y la de otras personas y de evitar la confusión en la evolución de las tareas de extinción, dar por controlado un siniestro, publicar un perímetro, o cualquier información técnica procedente de las labores realizadas en el siniestro. Es por ello que la competencia para recabar los datos corresponda a la Dirección Técnica de Extinción, que además es quien tiene todos los datos para que esa información sea lo más real posible, proporcionando información, en tiempo real, de sus actuaciones mediante el uso común del sistema de gestión de emergencias-, la obligación de obtener autorización previa de la empresa para la realización de determinadas actividades, se revela como necesaria.
- b) Idoneidad. En cuanto a si la medida es idónea, es decir, adecuada para conseguir el fin pretendido, se ha puesto de relieve al examinar el requisito de la necesidad, la idoneidad de la medida como cautela para evitar el incumplimiento de la obligación de confidencialidad, así como para garantizar el correcto desarrollo de las labores para las cuales han sido contratados, la efectividad del servicio y la seguridad de los empleados y de otras personas.
- c) Proporcionalidad. Se señala que el secreto profesional no es discrecional, sino que aparece limitado a determinados supuestos y en concreto a las informaciones relativas al servicio de extinción de incendios forestales respecto a «instrucciones internas, documentación, mensajes, imágenes o videos» que se conozca con motivo del desempeño de la actividad laboral.

En definitiva, la AN concluye que el precepto del convenio establece una restricción necesaria del derecho a la libertad de expresión, y del derecho a la libertad de información que supera el juicio de proporcionalidad por el grave perjuicio que para el normal desarrollo de la actividad empresarial puede suponer la difusión a terceros o en redes sociales de información, instrucciones internas, documentación, mensajes, imágenes o videos que se conozcan con motivo del desempeño de la actividad laboral.

Considera que el deber de confidencialidad es una consecuencia del servicio de extinción y prevención de incendios forestales y de la dimensión pública que las mismas tienen en algunos aspectos de su organización y actividad. Por lo que los trabajadores que forman parte de estos dispositivos no podrán en su condición de tales invocar una titularidad de derechos que no tienen, cuando se trata de información, instrucciones internas, documentación, mensajes, imágenes o videos que se conozcan con motivo del desempeño de la actividad laboral. No

obstante, este deber no impide que relaten en sus cuentas detalles o anécdotas relacionados con su trabajo, pero sin utilizar contenidos propiedad de la empresa y diferenciando entre sus cuentas personales y profesionales. Guardando especial cuidado y sin poner en peligro la independencia y el prestigio de la empresa.

Por todo ello, se desestima la demanda.

19. El TS reconoce la pensión de viudedad a una pareja de hecho no inscrita en el registro

STS cont-adm 7-4-21

Resumen

La Sala Contencioso administrativa del TS establece que, a efectos de la pensión de viudedad, la existencia de la pareja de hecho puede acreditarse también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca. Así sucede en un caso en que la pareja mantuvo una convivencia durante más de 30 años de la que nacieron 3 hijos en común, compraron una vivienda en común que constituyó el domicilio familiar, estaban empadronados en el mismo domicilio y realizaban declaraciones conjuntas de IRPF.

Desarrollo

Una mujer solicita la pensión de viudedad por el fallecimiento, el 29-3-2016, de su pareja de hecho, miembro del cuerpo de la Guardia Civil. La pareja mantuvo una relación de más de 30 años y tuvo 3 hijos en común entre 1986 y 1989, pero no estaba inscrita en un registro de parejas de hecho como exige el art.38.4 de la Ley de Clases Pasivas del Estado (LCP).

Ante la denegación de la pensión por silencio administrativo, la mujer presenta recurso administrativo que la AN estima declarando el derecho de la mujer a la pensión de viudedad al considerar que, pese a no estar registrada, la existencia de pareja de hecho se acredita por las circunstancias concurrentes. Y es que la pareja mantuvo una convivencia durante más de 30 años de la que nacieron 3 hijos en común, compraron una vivienda en común que constituyó el domicilio familiar, estaban empadronados en el mismo domicilio y realizaban declaraciones conjuntas de IRPF.

La abogacía del Estado recurre en casación planteando la cuestión consistente en determinar si los requisitos exigidos en el art.38.4 de la LCP para acreditar la existencia de la pareja de hecho en aras a generar el derecho a la pensión de viudedad son exclusivamente los previstos en dicho precepto o si, por el contrario, se puede acreditar su existencia mediante otros medios distintos.

Aún recordado que no existe exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden distinto, la sala contencioso-administrativo del TS analiza la

solución alcanzada en el orden Social sobre esta cuestión puesto que tanto la LGSS como la LCP regulan la pensión de viudedad de las parejas de hecho en idénticos términos. Sobre el particular, la jurisprudencia de la sala de lo Social del TS mantiene que la LGSS exige, para que las parejas de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad, dos requisitos:

1. La convivencia estable durante los 5 años previos al fallecimiento del causante, la cual se puede acreditar por cualquier medio de prueba,
2. La existencia de la pareja de hecho, que solo se puede probar del modo legalmente establecido, esto es, la inscripción en el registro específico o su formalización en documento público con una anticipación mínima de 2 años anteriores al fallecimiento.

La sala cont-adm, observa el mismo criterio para interpretar el requisito de la convivencia estable, pudiendo ser acreditada además de mediante el empadronamiento, por cualquier medio de prueba válido en Derecho. Sin embargo, respecto de la acreditación de la pareja de hecho, se aparta del criterio de la Sala Social y fija como doctrina que no solo puede acreditarse mediante la inscripción en un registro autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público que sean anteriores, al menos, en 2 años al fallecimiento del causante, sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.

Por ello, el TS declara que no ha lugar al recurso de casación.

20. Condenado a un año de prisión un empresario que accedió al correo electrónico particular de un trabajador

STS penal 22-4-21

Resumen

El TS confirma la pena de prisión de un año por un delito de descubrimiento y revelación de secretos a un empresario que, en la búsqueda de pruebas que acreditaran la deslealtad con la que fundamentar una demanda de despido, accedió en reiteradas ocasiones al correo electrónico particular del trabajador que este había instalado, sin consentimiento, en el ordenador puesto a su disposición por la empresa.

Desarrollo

El empresario, sospechando que uno de sus empleados pudiera estar realizando trabajos que le hacían la competencia sin su conocimiento y utilizando materiales de la empresa, accede al ordenador del trabajador y a su correo corporativo en busca de pruebas. Accede, además, al correo personal que el trabajador había instalado en el ordenador puesto a su disposición por el empresario e imprime algunos correos que utilizó como prueba documental en la querrela que interpuso contra el trabajador por la comisión de delitos continuados de hurto y otros. El

trabajador, por su parte, se querrela contra el empresario acusándole de un delito de descubrimiento y revelación de secreto.

El JP nº2 de Madrid condena al empresario a la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Ante la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el empresario, recurre este en casación por infracción de ley. Alega, en su defensa, la ausencia de dolo pues su intención no era vulnerar los secretos o la intimidad del trabajador, sino ejercitar las facultades de inspección que las normas laborales le conceden para fiscalizar la adecuada utilización de los medios productivos puestos al alcance de los trabajadores. Alega, además, legítima defensa frente a un comportamiento del trabajador que entendió delictivo y que ponía en peligro la viabilidad de la empresa.

El TS rechaza las alegaciones. Ni la utilización compartida por todos los empleados de la empresa de las claves corporativas ni la definición en el convenio colectivo como infracción disciplinaria grave de la utilización de los medios productivos puestos a disposición del trabajador son suficientes para legitimar la grave intromisión del empleador en la cuenta particular del trabajador. Frente a la versión empresarial de que el acceso a las cuentas privadas fue prácticamente inevitable por el funcionamiento del sistema, lo que indican los hechos probados es lo contrario. Su conducta no se limitó a un contacto casual con el correo privado que no se quería conocer, sino que se imprimieron mensajes y correos electrónicos recibidos a lo largo de 3 meses, lo que indica la intensidad de la injerencia en la intimidad del trabajador.

Por otro lado, aunque el trabajador puede pactar con el empresario la renuncia a la inviolabilidad de las comunicaciones, tal renuncia ha de ser expresa y consciente. No puede entenderse que exista una renuncia presunta por el hecho de que, conociendo el trabajador la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa, incumpla ese mandato. En este caso el trabajador incurre en una infracción que debe ser sancionada en los términos propios de la relación laboral. La hipotética comisión por parte del trabajador de una infracción disciplinaria grave, derivada de la indebida utilización del ordenador puesto a su disposición por la empresa, solo permite a esta sancionar el incumplimiento, pero no irrumpir en los correos electrónicos generados durante 3 meses en una cuenta privada.

Por ello, el TS desestima el recurso y confirma la pena impuesta.

21. Publicada la regulación del trabajo de los repartidores a domicilio en las plataformas digitales

RDL 9/2021, BOE 12-5-2021

Resumen

El nuevo RDL 9/2021 establece una presunción de laboralidad de las actividades de reparto o distribución efectuado a través de una plataforma digital e incluye la obligación de estas pla-

taformas de informar a la RLT de las reglas en las que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo. La norma entrará en vigor el 12-8-2021.

Desarrollo

Se ha publicado el RDL 9/2021 con la finalidad de garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. La nueva norma es fruto del acuerdo adoptado el 10-3-2021 entre el Gobierno y las organizaciones sindicales (UGT y CCOO) y las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) e incluye la doctrina de TS que ha declarado la laboralidad de las prestación de servicios a través de plataformas digitales (TS 25-9-20).

El RDL cuenta con un artículo y dos disposiciones finales e incluye las siguientes modificaciones en el ET:

- a) Derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras (ET art.64-.4). Se añade un nuevo apartado en el que se reconoce el derecho del comité de empresa a ser informado de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.
- b) Presunción de laboralidad (ET disp. adic.22). Se incluye una nueva disposición adicional en la que se establece una presunción de laboralidad para las actividades de reparto o distribución de cualquier tipo de producto o mercancía, cuando la empresa ejerce sus facultades de organización, dirección y control, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo establecido en el ET art.1.3.

La norma entra en vigor a los tres meses desde su publicación, esto es el 12-8-2021.

22. Se declara nulo el despido de un padre al apreciar discriminación por razón de sexo

STSJ Galicia 16-4-21

Resumen

El TSJ Galicia declara la nulidad del despido de un trabajador por haberse vulnerado el derecho a la igualdad y apreciar discriminación por razón de sexo. Se ha producido un despido por discriminación refleja, ya que la causa ha sido el parto o el nacimiento de un hijo, a pesar de que no concurrir en el trabajador, que ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, y por ello, se le aplica la protección otorgada por ET art.55.5.

Desarrollo

El trabajador venía prestando servicios para la empresa hasta su despido disciplinario por disminución del rendimiento el 29-4-2019 y con efectos desde el 22-4-2020. La empresa reconoce la improcedencia del despido y le abona la correspondiente indemnización. El trabajador alega que, en realidad, el despido se ha producido tras comunicar su futura paternidad y tras el nacimiento de su hijo. Interpone demanda solicitando que se declare la nulidad del despido. En la instancia se confirma la improcedencia del despido y el trabajador presenta recurso de suplicación.

La cuestión que se debate consiste en determinar si la causa del despido ha sido la futura paternidad del trabajador o, al menos, si hay una prueba verosímil de que ello haya sido así, lo que supondría la vulneración de derechos fundamentales.

Para resolver el recurso, el TSJ recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva también se protege a través de la garantía de indemnidad, que supone que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva – o de los actos preparatorios o previos al mismo -incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso – no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. Alegada esta vulneración de forma indiciaria, se invierte la carga de la prueba.

En el supuesto enjuiciado, el trabajador comunica a la empresa el nacimiento de su hijo el 22-4-2020, despidiéndosele disciplinariamente cuando ya se conocía dicha circunstancia. Para el TSJ esta comunicación es un indicio de que pudiera existir una conexión entre el parto (y su condición de padre) y la decisión empresarial de despido, al concurrir una inmediatez temporal entre uno y otra. Además, la empresa no ha llegado a probar ningún incumplimiento o causa que haya podido amparar la decisión de despido, fuera de aquella vinculación con el parto. Todo ello, constituye un indicio verosímil de que el despido pudiese responder a un móvil discriminatorio (la condición de padre) y la empresa, al invertirse la carga de la prueba, no ha alejado la sospecha de la existencia de una causa objetiva, ajena y no espuria de su decisión. Por lo tanto, ha de declararse el despido nulo con todos sus efectos.

El TSJ considera que a la misma conclusión puede llegarse a través de la discriminación refleja o por asociación, situación a través de la cual una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas).

En el supuesto enjuiciado, al trabajador se le despide por motivo del parto o nacimiento de un hijo, que pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz, aunque es ciertamente padre ya), el motivo del trato menos favorable se ha fundamentado en dicha característica, pues -precisamente- su despido se ha producido por el hecho del embarazo – parto de su mujer y todas las consecuencias que se puedan derivar del mismo (permisos, bajas, etc.); por lo que ciertamente nos encontramos ante un despido por discriminación refleja.

Al haberse vulnerado el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo) se le proyecta -indirectamente- la protección otorgada por el ET art.55.5; sin que se la empresa haya aportado prueba alguna en contrario. Por ello, el TSJ concluye que la actuación de la empresa ocasionó una discriminación contraria al Const art.14 – discriminación por razón de sexo de su mujer embarazada- que proyecta efectos perjudiciales en el patrimonio jurídico del actor, al despedirlo sin otra causa que la discriminación prohibida (ET art.55.5).

Además, al producirse la vulneración de un derecho fundamental, el TSJ debe producirse sobre la correspondiente indemnización por daño moral – con una finalidad tanto resarcitoria como de prevención general- utilizando el criterio orientador de las sanciones pecuniarias establecidas en la LISOS que califica como infracción muy grave las decisiones empresariales discriminatorias (LISOS art.8.1) le impone una indemnización de 6.251 euros.

Por todo ello, se estima el recurso y se revoca la sentencia de instancia declarando la nulidad el despido condenando a la empresa a la readmisión del trabajador, con abono de los correspondientes salarios de tramitación y a abonar una indemnización por daño moral de 6.251 euros.

23. Adaptación de jornada: ignorar la solicitud de trabajo a distancia puede dar lugar a indemnización por daños y perjuicios

STSJ Galicia 5-2-21

Resumen

La falta de negociación de la solicitud del trabajador de prestación del trabajo a distancia como medida de adaptación de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación de su vida familiar y laboral, obliga a este a acudir a la Jurisdicción Social para obtener respuesta a su solicitud con los consiguientes gastos y retraso en la aplicación de la medida conciliatoria solicitada. Por ello, cabe imponer la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el trabajador.

Desarrollo

La Directora de una residencia de mayores de titularidad pública solicita, el 7-1-2019 y el 24-4-2019, el traslado a dos centros con el puesto de dirección vacante para conciliar su vida laboral con la familiar puesto que forma familia monoparental con su hijo de 7 años.

La trabajadora venía realizando un horario de 9:00 a 17:00 h de lunes a viernes, teniendo que invertir una hora en cada trayecto de ida y vuelta. Ante la falta de respuesta a las solicitudes formuladas la trabajadora solicita, el 23-8-2019, acogerse a la modalidad de trabajo a distancia 3 días a la semana. Tampoco en este caso la empresa contesta ni hace propuesta alguna y el 6-12-2019 se remite el primer email entre las abogadas de las partes que tratan de llegar a un acuerdo haciendo varias propuestas.

La trabajadora presenta demanda que es estimada en primera instancia mediante sentencia que declara su derecho a conciliar su vida familiar y laboral, adaptar su jornada y acogerse a la modalidad de trabajo a distancia y condena a la empresa al pago de una indemnización de 3.500 euros por daño moral. La empresa recurre en suplicación al entender que el trabajo de dirección de una residencia es necesariamente presencial, y no admite la posibilidad del teletrabajo.

Para el TSJ Galicia no cabe duda de que la trabajadora tiene derecho a la conciliación solicitada toda vez que el mantenimiento del horario actual dificulta de manera notoria su organización familiar. No impide alcanzar esta conclusión el hecho de que el hijo pase toda la mañana en el colegio pues la hora de salida es a las 14:30 h y a esa hora su madre no puede recogerlo porque acaba su jornada a las 17:00 h y tiene una hora de trayecto hasta su domicilio. Lo mismo ocurre con las actividades extraescolares que finalizan a las 17:00 h los lunes y miércoles y a las 18:00 h los martes. Además, vistas las funciones que desarrolla un director de residencias, no se ocasionan graves perjuicios o menoscabos de carácter organizativo o de producción a la empresa, pudiendo realizar muchas de ellas a través del teletrabajo y el resto puede organizarlas para desarrollarlas los días de trabajo presencial. Por otro lado, la empresa no aporta ninguna prueba de la existencia de razones organizativas o productivas que justifiquen la denegación de la medida ni que permitan mantener que la presencia de la trabajadora en la residencia fuera imprescindible, máxime teniendo en cuenta las funciones que se le exigen.

Rebate también la empresa la indemnización de 3.500 euros por daño moral considerándola improcedente al no existir datos objetivos para sustentarlo. El TSJ Galicia considera razonable el importe de la indemnización impuesta aunque considera que no debe imponerse por daño moral, implícita a la vulneración de cualquier derecho fundamental, sino por los daños y perjuicios ocasionados por no obtener respuesta de la empresa hasta que acudió a la vía judicial. Y es que art.34.8 del ET impone a la empresa un deber de negociación ante la solicitud de adaptación de jornada, y esta lo omitió deliberada y caprichosamente, como ya había hecho antes en las dos ocasiones en que la trabajadora solicitó el traslado sin obtener respuesta alguna. Ante esta falta de negociación, tuvo que acudir a la Jurisdicción Social para obtener respuesta a su solicitud con los consiguientes gastos y retraso en la aplicación de la medida conciliatoria solicitada.

Por ello, el TSJ Galicia desestima el recurso de suplicación y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

24. Incapacidad permanente del RETA: ¿es el desempleo involuntario una situación asimilada al alta?

STUDS 20-4-21

Resumen

El TS declara que el desempleo involuntario es una situación asimilada para causar derecho a la prestación de IP. Requiere mantener la inscripción como demandante de empleo de forma ininterrumpida y actualizada durante todo el periodo de tiempo, sin que se considere justificada una interrupción de más de dos años tras la baja en el RETA.

Desarrollo

El trabajador se encontraba en alta en el RETA causando baja en el mismo en fecha de 31-3-2010. Permanece inscrito en el INEM desde el 22-10-2012 hasta el 13-7-2015, fecha

en la que causa baja, siendo nueva alta el 20-7-2015. El 18-12-2015 solicita la declaración de incapacidad permanente que es denegada por el INSS al no cumplir el requisito alta o asimilada. El trabajador presenta demanda de prestaciones de Seguridad Social que, al considerar que el trabajador se encontraba en situación asimilada al alta, es estimada tanto en la instancia como en suplicación. La entidad gestora considera que no se encuentra en situación asimilada al alta quienes han permanecido sin inscribirse en la oficina de empleo durante cierto tiempo y sin causa que lo justifique en interpone recurso de casación para la unificación de doctrina

La cuestión controvertida consiste en determinar si el demandante se encontraba en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante de la pensión de incapacidad permanente total.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que para causar derecho a las prestaciones del RGSS, las personas incluidas en su campo de aplicación deben estar afiliadas y en alta o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida. Considerando como situación asimilada la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

La jurisprudencia del TS ha interpretado, por un lado que ese supuesto de asimilación al alta también se aplica respecto de los trabajadores incluidos en el RETA que carecen de derecho a las mismas y por otro, que esta situación asimilada a la de alta supone el mantenimiento de la voluntad de incorporarse al trabajo tras el agotamiento de la prestación o el subsidio de desempleo y que la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse por el mantenimiento de la inscripción ininterrumpida y actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo.

Asimismo, señala esta situación asimilada ha sido objeto de una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección. Considera que no puede presumirse un abandono por parte del trabajador del Sistema de Seguridad Social, en aquellos supuestos en los que, por su estado no podía realmente efectuar gran parte de actividades con habitualidad, rendimiento y eficacia, siendo fundadamente explicable que pudiera haber dilatado su inscripción formal como demandante de empleo (interrupciones de breve duración, permanencia en prisión o grave dolencia que impide desarrollar una actividad laboral con regularidad y eficacia). Por el contrario, se ha negado la situación asimilada al alta cuando existen interrupciones significativas en la inscripción como demandante de empleo sin que se acredite la existencia de un impedimento grave, capaz de sustituir la voluntad del afectado.

En el supuesto enjuiciado el trabajador después de la baja en el RETA con efectos del 31-3-2010, transcurrieron dos años siete meses y un día hasta que el demandante se inscribió como demandante de empleo el día 22-10-2012. Posteriormente hubo otra breve interrupción de 7 días. Considera el TS que no consta circunstancia justificativa de la falta de inscripción como demandante de empleo. Considera que el que la regulación legal exige que se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, evidencia el mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo. Es decir que la persistencia de esa voluntad de trabajo ha de evidenciarse por el mantenimiento de la inscripción ininterrumpida y actualizada como demandante de trabajo en la correspondiente oficina de empleo. Interpretar lo contrario supondría privar de virtualidad a dicho requisito.

Por todo ello, el TS concluye que se evidencia la voluntad del trabajador de apartarse del mundo laboral, por lo que estima el recurso de casación para la unificación de doctrina de casando y anulando la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de tal clase formulado en su día por la entidad gestora.

25. Dimisión del trabajador: ¿es abusivo exigir un preaviso de 5 meses?

STS 7-4-21

Resumen

El TS declara que fijar un plazo de preaviso de 5 meses está justificado cuando se ha establecido mediante de un convenio colectivo válidamente negociado por las partes y, además, concurren circunstancias que justifican este plazo.

Desarrollo

Uno de los sindicatos del sector tránsito aéreo (USCA) plantea demanda de impugnación de convenio colectivo ante la sala de lo social de la AN en la que se solicita se declare ilegal el precepto del convenio que establece que cuando el contrato de trabajo de los controladores de tránsito aéreo se extinga por dimisión o baja voluntaria, el trabajador debe preavisar con una antelación de 5 meses, señalando que, de incumplirse este plazo, el trabajador debe abonar a la empresa tantos días de salario como días de preaviso hayan sido omitidos. Dicho convenio colectivo ha sido negociado y aprobado por las restantes partes negociadoras, que señalan que la razón del citado plazo se encuentra en el largo periodo de formación requerido para la sustitución del trabajador que presenta la dimisión (aproximadamente 12 meses).

La AN considera que este plazo es conforme a derecho y desestima la demanda. En cuanto que entiende que un preaviso tan amplio limita de forma injustificada el derecho a la libre elección de los trabajadores afectados, siendo abusivo y contrario a la costumbre en otros sectores también considerados estratégicos, el sindicato interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación consiste en determinar si un preaviso de 5 meses establecido para el supuesto de dimisión de un controlador de tránsito aéreo es o no abusivo.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda que en caso de dimisión del trabajador, el preaviso debe ser el establecido por los convenios colectivos o la costumbre del lugar (ET art.49.1. d). Es decir que no se establece un plazo de preaviso y tampoco dispone ninguna limitación cuando este es fijado a través del convenio aplicable, que en el supuesto enjuiciado lo ha establecido en 5 meses. También recuerda que su jurisprudencia señala el carácter tuitivo del preaviso cuya finalidad es proteger de los intereses del destinatario –la empresa- para prevenir los perjuicios derivados de una intempestiva ruptura de la relación laboral, adoptando

-en el periodo de preaviso- las medidas oportunas; garantizando también la continuidad de la relación en favor del trabajador durante el periodo en que se está dando cumplimiento al mismo (TS 31-3-11, EDL 79328).

Respecto de la penalización por incumplimiento del preaviso, el TS considera que tiene su justificación en la cláusula penal y pudiendo ser pactadas en los convenios colectivos, evitando la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y concretar su cuantía.

Por todo ello, el TS considera que tanto el plazo de 5 meses como la penalización en caso de incumplimiento establecidos en el supuesto enjuiciado son conformes a derecho. Además, tampoco pueden considerarse cláusulas abusivas puesto que en el propio convenio se establecen las causas que justifican la fijación de este plazo de preaviso (carácter esencial del servicio prestado; la carga formativa de la empresa para acceder al puesto; y las especiales dificultades de adecuación y aptitud personal que presentan los procesos de selección de esta naturaleza). Añade el TS que dicho plazo ha sido establecido en un convenio colectivo válidamente suscrito por las partes que representaban la mayoría suficiente para ello y que las causas elegidas por el convenio para establecer este plazo han sido acreditadas, causas a las que añade un problema estructural de rotación de plantilla.

Esto supone que el TS justifique que el convenio haya establecido el plazo de preaviso de 5 meses, por lo que se desestima el recurso de casación planteado confirmando sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN.

26. Se prorroga hasta el 31-12-2021 la posibilidad para los sanitarios de compatibilizar la jubilación con el ejercicio de la profesión

RDL 8/2021, BOE 5-5-2021

Resumen

Se prorroga hasta el 31-12-2021 la posibilidad de que los profesionales sanitarios jubilados compatibilicen la pensión de jubilación con el desarrollo de tareas sanitarias dirigidas a la lucha contra el COVID, sin que se vea mermada la cuantía de la pensión.

Desarrollo

Ante el fin de la vigencia del estado de alarma, el 9-5-2021, se prorroga a partir de esta fecha la medida establecida en el art.5 del RDL 3/2021 por la que se permitía compatibilizar la pensión de jubilación de los profesionales sanitarios con el desempeño de su actividad para llevar a cabo tareas dirigidas a la lucha contra el COVID-19. Esta compatibilidad, hasta ahora prevista para quienes fueran nombrados como personal estatutario, se amplía ahora al personal contratado al amparo del ordenamiento laboral tanto en centros públicos como privados.

Esta compatibilidad se rige por las siguientes normas:

1. La compatibilidad alcanza a la pensión de jubilación, de cualquier modalidad, que estuvieran percibiendo al tiempo de la reincorporación, incluyendo, en su caso, el complemento a mínimos.
2. El beneficiario tiene la consideración de pensionista todos los efectos.
3. Durante la realización de este trabajo por cuenta ajena se mantienen las obligaciones generales relativas a las siguientes materias:
 - Afiliación, alta, baja, variación de datos (LGSS art. 16).
 - Obligación de cotización común (LGSS art. 18 y 19). No se les aplica la norma específica sobre cotización reducida en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo (LGSS art. 153).
4. Durante la realización del trabajo tienen la siguiente cobertura de Seguridad Social:
 - Están protegidos frente a todas las contingencias comunes y profesionales, siempre que reúnan los requisitos necesarios para causarlas.
 - Se aplica el régimen de limitación de las pensiones, incompatibilidades y el ejercicio del derecho de opción.
5. El subsidio por IT causado durante esta situación se extingue, además de las causas generales, por la finalización del trabajo por cuenta ajena.
6. Al finalizar el trabajo, las nuevas cotizaciones:
 - Pueden dar lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación, que permanece inalterable.
 - También surten efectos para determinar el porcentaje aplicable a las jubilaciones anticipadas ya causadas, manteniendo la misma base reguladora.
 - No surten efecto con relación a los porcentajes adicionales establecidos por prolongación de la edad de jubilación (LGSS art.210.2).

Este régimen de compatibilidad, se va a mantener mientras subsista el contrato de trabajo o el nombramiento estatutario y como máximo hasta el 31-12-2021.

NOTA. Las prestaciones de servicios de los profesionales sanitarios que se vayan a realizar en centros pertenecientes al sector privado deberán ser comunicadas al INSS con carácter previo al inicio de la actividad. Las prestaciones de servicios que ya se vinieran realizando en centros privados en virtud de un contrato laboral celebrado antes del 9-5-2021 deben ser comunicadas al INSS antes del 9-6-2021.

27. Sanción por infracción en materia de prevención. ¿Qué efectos produce el recurso de alzada resuelto 7 años después?

STSUD 24-3-21

Resumen

El recurso de alzada frente a la resolución por la que la autoridad laboral impone una sanción se entiende desestimado por silencio administrativo si no se resuelve en el plazo de 3 meses. A partir de ahí comienza a correr el plazo de prescripción de modo que, si el recurso se resuelve expresamente 7 años después, la sanción se entiende prescrita.

Desarrollo

Mediante resolución de 29-7-2011 de la Consejería de Empleo de la Comunidad de Madrid se impone a la empresa sanción por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales por unos hechos constatados por la ITSS el 9-12-2010.

La empresa presenta recurso de alzada contra la resolución, que es resuelto el 11-1-2018 en sentido desestimatorio. La empresa, presenta demanda de impugnación de la sanción que es estimada por el JS dejándola sin efecto al considerarla prescrita. Sin embargo, para el TSJ Madrid la sanción es imprescriptible mientras pende el recurso de alzada. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina

Nos encontramos aquí ante una sanción que se rige por el marco legal anteriormente vigente (L 30/1992). Esta norma no recoge de manera expresa, la incidencia del recurso de alzada sobre el plazo de prescripción de la sanción. Es el art.30 de la vigente L 40/2015 el que, reproduciendo el art.132.3 de la L 30/1992, introduce un apartado específico señalando que “en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución del recurso.” No obstante, la falta de mención literal en la L 30/1992 no permite entender que la sanción deje de prescribir en los casos de tardanza desorbitada en la resolución de la Administración ya que la aplicación retroactiva del art. 30 de la L 40/2015 tiene perfecto amparo en el artículo 26.2 de la misma, al establecer que las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor.

El art.132.3 de la L 30/1992, igual que el actual art.30 de la L 40/2015, establecía que la prescripción comienza a contarse desde el día siguiente a la firmeza de la resolución que impone la sanción. Por lo tanto, en caso de recurso la prescripción se inicia desde el momento en que se resuelva, siendo el plazo máximo para dictar y notificar la resolución de 3 meses. En caso de ausencia de resolución expresa en ese plazo, el recurso se entiende desestimado por silencio negativo (L 30/1992 art.115.2) y la empresa puede acceder a la vía judicial para combatir la desestimación. Sin embargo la desestimación no fue combatida por la empresa por lo que la resolución devino firme poniéndose en marcha la prescripción de la sanción.

De este modo, si el recurso de alzada se interpuso el 1-9-2011, el día a quo del plazo de prescripción es el día siguiente a aquel en que se cumplió el plazo de 3 meses sin resolución expresa. Es claro, por lo tanto, que el plazo de prescripción de la sanción se había agotado con creces en el momento en que la administración dictó la resolución escrita en enero de 2018, puesto que había transcurrido tanto el plazo de 3 años establecido, en general, para las infracciones muy graves (L 30/1992 art.132.1) como el específico de 5 años del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social (RD 928/1998).

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina.

28. Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (2º trimestre 2021)

SEPE Resol 26-3-21, BOE 4-5-21

Resumen

Se publica el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el segundo trimestre de 2021. Se incluyen tanto ocupaciones relacionadas con el sector de Marina Mercante como con entrenadores y deportistas profesionales.

Desarrollo

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena dirigida al extranjero.

El catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el segundo trimestre de 2021, es el siguiente:

- a) Ocupaciones aprobadas por Acuerdo con la Secretaría de Estado para el Deporte, que aparecen en todas las provincias e islas.
 - 3721.104.4 Deportistas profesionales.
 - 3722.102.9 Entrenadores deportivos.
- b) Ocupaciones aprobadas, a propuesta de la Administración General del Estado, en el sector de la Marina Mercante, que aparecen en todas las provincias costeras más Lleida y Madrid.
 - 3151.101.4 Frigoristas navales.
 - 3151.102.5 Jefes de máquinas de buque mercante.
 - 3151.103.6 Maquinistas navales.
 - 3151.104.7 Mecánicos de litoral.

- 3151.105.8 Mecánicos navales.
- 3152.104.4 Pilotos de buques mercantes.
- 3152.106.6 Sobrecargos de buques.
- 3833.101.5 Oficiales radioelectrónicos de la marina mercante.
- 5110.101.5 Cocineros de barco.
- 5821.101.8 Auxiliares de buques de pasaje.
- 5821.103.6 Camareros de barco.
- 5821.104.5 Mayordomos de buque.
- 8192.101.0 Caldereros (maestranzas).
- 8192.102.1 Engrasadores de máquinas de barcos.
- 8340.101.5 Bomberos de buques especializados.
- 8340.102.6 Contra maestres de cubierta (excepto pesca).
- 8340.103.7 Marineros de cubierta (excepto pesca).
- 8340.104.8 Mozos de cubierta.

29. Las ETTs deben incluir en su registro salarial a los trabajadores cedidos a las empresas usuarias

DGT-SGON-882PGG

Resumen

La DGT ha resuelto que las ETT están obligadas a llevar el registro retributivo y efectuar la auditoría retributiva de toda su plantilla- tanto de su personal de estructura como del contratado para ser puesto a disposición de empresas usuarias.

Desarrollo

La cuestión planteada ante la Dirección General de Trabajo consiste en determinar si personal puesto a disposición de una empresa usuaria por una ETT debe estar incluido en los registros retributivos y en las auditorías de las empresa usuaria o en los de la ETT.

Para resolver la cuestión la DGT recuerda que el obligado a llevar un registro retributivo- con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor- es el empresario respecto de su plantilla, esto es, respecto de los trabajadores con los que tenga un vínculo contractual.

Asimismo, recuerda la actividad fundamental de las ETTs consiste en poner a disposición de otra empresa (denominada empresa usuaria), con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. Por lo que la relación laboral se establece entre la ETT y la persona trabajadora y no entre la empresa usuaria y el trabajador puesto a disposición, con independencia de que las facultades de dirección y control de la actividad laboral de las personas trabajadoras puestas a disposición durante el tiempo en que estas presten servicios en su ámbito corresponden a la empresa usuaria.

Es decir, pese a que la prestación efectiva de servicios se realiza en la empresa usuaria, son personas trabajadoras de la ETT, correspondiéndole a esta el cumplimiento de las obligaciones salariales y de SS en relación con las personas trabajadoras puestas a disposición. Señala la DGT que esta conclusión no está afectada por el hecho de que el personal puesto a disposición por empresas de trabajo temporal deba ser tenido en cuenta a efectos del plan de igualdad de la empresa usuaria, como son:

- En la cuantificación de la plantilla mínima para que la empresa usuaria quede obligada a elaborar el plan de igualdad.
- En la elaboración del diagnóstico de situación, que debe analizar las condiciones de trabajo de todo el personal, incluidos los trabajadores y trabajadoras puestos a disposición en la empresa usuaria.
- En la aplicación de las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria a las personas trabajadoras cedidas por ETTs durante los períodos de prestación de servicios.

Por todo ello, la DGT concluye la obligación de la obligación legal de llevar un registro retributivo y efectuar la auditoría retributiva de toda su plantilla- tanto de su personal de estructura como del contratado para ser puesto a disposición de empresas usuarias-corresponde a la ETT.



TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

VALENCIA

Avenida de Aragón 30 (Edificio Europa) · Planta 1ª · 46021 Valencia

MADRID

Calle de Alfonso XII, 62 (Edificio Spaces Retiro) · Planta 2ª · 28014 Madrid

BARCELONA

Calle Tuset, 32, 4, 3 · 08006 Barcelona

Tel. +34 96 339 47 53 · Fax + 34 96 369 39 81

tomarial@tomarial.com · www.tomarial.com

