



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL FEBRERO DE 2022

Índice

1. Es contrario al derecho de la UE excluir a las empleadas de hogar de la prestación por desempleo.....	4
2. ¿Puede una trabajadora autónoma aumentar lícitamente sus bases de cotización durante el embarazo?.....	5
3. Prórroga de los ERTE COVID hasta el 31 de marzo	7
4. Prórroga, hasta el 30 de junio, de las medidas para autónomos frente al COVID (RDL 2/2022)	9
5. Prórroga del Plan MECUIDA (RDL 2/2022).....	13
6. Nueva reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer extinguida por el cumplimiento de la edad máxima	15
7. Aprobado el Salario Mínimo Interprofesional para 2022	17
8. Mejora de la prestación por desempleo de trabajadores afectados por ERTE de fuerza mayor	18
9. El TS declara nulo el despido de una trabajadora que comunica su próximo matrimonio	19
10. Trabajador en formación. ¿Está obligado el empresario a cambiarle de puesto de trabajo si es declarado no apto?	20
11. ¿Se puede elegir el convenio colectivo aplicable?.....	22
12. Se reconoce el derecho de las familias monoparentales a disfrutar de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo durante 26 semanas.....	23
13. Fijo discontinuo. La falta de llamamiento tras negarse a novar el contrato vulnera la garantía de indemnidad	25
14. Nota conjunta de la DGTr y del SEPE en relación con la reforma laboral (RDL 32/2021)	26
15. La prohibición de despedir durante el embarazo se extiende a las empleadas de hogar	27
16. El disfrute de las vacaciones no puede afectar al abono de las horas extraordinarias.....	30
17. Complemento de IT. No se aplica a las bajas por contagio del COVID-19.....	31
18. ¿Los trabajadores afectados por un ERTE tienen derecho a los días de ajuste de jornada?.....	32
19. Vulnera el derecho a la huelga establecer unos servicios mínimos del 100% en uno de los ámbitos del conflicto	34

20. Despido objetivo: ¿es válido el abono de la indemnización por transferencia bancaria que no se recibe hasta varios días después?..... 35
21. ¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento empresarial de un precontrato?... 37
22. La celebración de reuniones con trabajadores sin participación del comité de empresa vulnera el derecho de libertad sindical 38
23. Pluriactividad. El accidente de trabajo sufrido en el RGSS no tiene esta calificación en el RETA.....40
24. ¿Se puede compatibilizar la excedencia forzosa con el trabajo en otra empresa?
41

1. Es contrario al derecho de la UE excluir a las empleadas de hogar de la prestación por desempleo

STJUE 24-2-22, C-389/20

Resumen

El TJUE ha declarado que el art.251.d de la LGSS, que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, colectivo mayoritariamente formado por mujeres, es contrario al derecho de la UE por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

Desarrollo

El JC-A nº2 de Vigo presenta cuestión prejudicial ante el TJUE planteando si el art.251.d de la LGSS, que excluye del sistema especial de Seguridad Social para empleadas de hogar la prestación por desempleo, es contraria a la Directiva 79/7 sobre igualdad de trato, en la medida en que se aplica a un colectivo de trabajadores integrado casi exclusivamente por mujeres.

En el RGSS, el porcentaje de personas trabajadoras mujeres es del 48,96%, de las que el 4,72% está integrado en el sistema especial de empleados de hogar. En el caso de los hombres, solo están incluidos en este sistema especial el 0,21% de los hombres que integran el RGSS y que suponen el 51,04%. En estas circunstancias, la disposición cuestionada entrañaría una discriminación indirecta por razón de sexo a menos que el Estado demuestre que es una medida justificada por responder a un objetivo legítimo de política social y sea necesaria y adecuada para alcanzar dicho objetivo.

El Gobierno español y la TGSS alegan que la decisión de excluir de la protección por desempleo a los empleados de hogar tiene por objeto mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social dado que el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría traducirse en una reducción de las contrataciones y extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal lo que daría lugar a una reducción de la protección de los empleados de hogar. Consideran esta medida proporcionada dado que la contingencia de desempleo no es generalizada en ese colectivo de trabajadores (que presenta elevadas tasas de empleo) y es la única contingencia de las protegidas en el RGSS frente a la que no están protegidos.

Para el TJUE, los objetivos perseguidos por el art.251.d de la LGSS son objetivos legítimos de política social que pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo. No obstante, no considera adecuados los medios elegidos para alcanzarlos por las razones siguientes:

1. La medida no se aplica de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de la prestación por desempleo pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar (como es el caso de jardineros y conductores particulares, trabajadores agrícolas o trabajadores contratados por empresas de limpieza).

2. El resto de contingencias, frente a las que sí están cubiertos los empleados de hogar, presentan aparentemente el mismo riesgo de fraude a la Seguridad que las de desempleo.

Tampoco considera que la exclusión de la protección contra el desempleo sea necesaria para alcanzar los objetivos perseguidos ya que implica la imposibilidad de que los empleados de hogar accedan a otras prestaciones de Seguridad Social cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, como las prestaciones por incapacidad permanente o las ayudas sociales para desempleados, lo que se traduce en una situación de desamparo social.

Por ello, el TJUE declara que es contrario al derecho de la UE una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar en la medida en que sitúe a las trabajadoras en desventaja con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

2. ¿Puede una trabajadora autónoma aumentar lícitamente sus bases de cotización durante el embarazo?

STSJ Cataluña 5-10-2021

Resumen

El incremento de las bases de cotización solicitado por una trabajadora autónoma embarazada se considera efectuado en fraude de ley, con la única voluntad de lucrar una mayor prestación de maternidad, al no existir dato alguno que permita concluir que dicho incremento tiene como finalidad ajustar la base de cotización a sus ingresos.

Desarrollo

La trabajadora cursó alta en el RETA en el año 2012, manteniendo una base de cotización de 919,80 € mensuales. En junio de 2018 la demandante solicitó un cambio en la base de cotización, con efectos desde 1-7-2018, pasando a una base de 1.700 € mensuales. Consta acreditado que al tiempo de solicitar dicho incremento se encontraba embarazada, estando previsto el parto para el mes de noviembre de 2018.

El INSS abonó la prestación de maternidad desde 10-11-2018, a razón de una base reguladora de 56,67€ diarios.

La trabajadora inició nuevo proceso de IT en marzo de 2019, siéndole abonado el subsidio por la mutua con una base reguladora de 31,48 € diarios, sin tomar en consideración el incremento de base de cotización operado desde 1-7-2018.

La actora reclama que se le aplique la base de 56,67 €, pretensión que es rechazada por la mutua y por la sentencia de instancia, al valorar que el incremento de la base de cotización con efectos de 1-7-2018 fue efectuado en fraude de ley, con la única finalidad de incrementar el importe de las prestaciones derivadas de la futura situación de maternidad.

Interpuesto recurso de suplicación, el TSJ recuerda que el fraude de ley tiene que ser acreditado por quien lo invoca, lo que puede hacerse mediante pruebas directas o indirectas, incluyendo las presunciones. En el caso de autos, los hechos acreditados permiten inferir por vía de presunción que el incremento de la base de cotización, duplicando prácticamente su importe, constituyó un simple medio instrumental dirigido a conseguir un incremento en la cuantía de la futura prestación por maternidad.

La Sala reconoce que, aunque legalmente es innegable la posibilidad del autónomo de novar la base de cotización, existe una coincidencia temporal clara entre el incremento de la base de cotización y la situación de embarazo confirmado, con proximidad temporal con el parto e inicio de la baja por maternidad, sin que exista dato alguno que permita afirmar que el incremento obedecía a una finalidad de ajustar sus bases a sus verdaderos ingresos o rendimientos.

Por ello concluye la única finalidad perseguida era cobrar una prestación económica por maternidad más elevada, por lo que desestima el recurso de suplicación interpuesto y confirma la sentencia dictada en la instancia.

NOTA. La sentencia contiene un Voto particular por considerar el Magistrado discrepante que esta valoración supone una discriminación directa por razón de género respecto de la trabajadora autónoma, al presumir la existencia de fraude de ley por el mero hecho de aumentar la base de cotización durante su embarazo.

Recuerda que la normativa permite a las trabajadoras autónomas modificar hasta en 4 ocasiones la base de cotización a lo largo de cada ejercicio anual, sin necesidad de probar que ello responde a mayores ingresos en su actividad ni a otra causa distinta que la sola voluntad de incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora.

Además, añade que no hay norma alguna en el ordenamiento que prohíba el aumento de cotizaciones antes y/o durante el embarazo y, menos aún, el aumento de cotizaciones, precisamente, por razón del embarazo. Por tanto, considera que no hay conducta dirigida a obtener un resultado prohibido por el ordenamiento.

3. Prórroga de los ERTE COVID hasta el 31 de marzo

RDL 2/2022, BOE 23-2-22

Resumen

Se prorrogan automáticamente hasta el 31-3-2022 los ERTE de limitación e impedimento y los ERTE ETOP COVID vigentes a 28-2-2022, pudiendo acceder a exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social de hasta el 90%. En materia de desempleo, se mantienen los mecanismos de protección vigentes, como el contador a cero y la exención de periodo de carencia, y se prolonga un mes más la prestación extraordinaria para las personas con contrato fijo discontinuo.

Desarrollo

El RDL 2/2022 prorroga automáticamente hasta el 31-3-2022 los siguientes ERTE vinculados al COVID-19 que se mantengan vigentes a 28-2-2022 (RDL 2/2022 disp.adic.1ª):

- Los vigentes a 30-9-2021 que hubieran sido prorrogados (RDL 18/2021 art.1).
- Los ERTE de limitación o impedimento implantados a partir del 1-10-2021 como consecuencia de nuevas restricciones y medidas de contención sanitaria vinculadas a la COVID-19 (RDL 18/2021 art.2)
- Los ERTE por Fuerza Mayor vinculados al COVID que solicitaran su tránsito a ERTE ETOP (RDL 18/2021 art.5.1).

Hasta el 31-3-2022 resultan de aplicación las medidas complementarias asociadas a los ERTE relacionados con la COVID-19 (RDL 18/2021). No obstante, se reducen las exenciones en la cotización a la Seguridad Social que, durante el mes de marzo, serán las siguientes (RDL 2/2022 disp.adic.2ª):

1. ERTES de limitación, según el número de trabajadores el alta o situación asimilada y según realicen o no actividades formativas:

Plantilla	Sin acciones formativas para los trabajadores en ERTE	Con acciones formativas para los trabajadores en ERTE
10 o más trabajadores	20% (antes 40%)	60% (antes 80%)
Menos de 10 trabajadores	30% (antes 50%)	60% (antes 80%)

Son también beneficiarias de estas bonificaciones las siguientes empresas y entidades (RDL 18/2021 art.4.3):

a) Empresas que pertenezcan a sectores con elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad cuyo ERTE se prorrogó a partir del 1-10-2021 (RDL 11/2021 disp.adic 1ª 1 y 2).

b) Empresas que transitaran, desde el 1-10-2021, de un ERTE por fuerza mayor a un ERTE ETOP (RDL 11/2021 disp.adic 1ª.1.2ª).

c) Empresas que, habiendo sido calificadas como dependientes o integrantes de la cadena de valor, transitaran, desde el 1-10-2021, de un ERTE por fuerza mayor a un ERTE ETOP.

2. ERTES de impedimento:

Plantilla	Porcentaje (%)
Cualquiera que sea el número de trabajadores	90% (antes 100%) de la aportación devengada durante el periodo de cierre

Desempleo

A las personas trabajadoras afectadas por la prórroga de los ERTE les siguen siendo de aplicación las medidas establecidas hasta ahora en materia de desempleo. Así, se extiende hasta el 31-3-2022 la prestación de desempleo sin exigencia de período de carencia y en cuantía equivalente al 70% de la base reguladora.

Además, se mantiene la reposición de la prestación por desempleo (contador a cero) hasta el 31-3-2022. Desde esa fecha el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo no computa para quienes, antes del 1-1-2023 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;
- por fin o interrupción de la actividad de las personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo, incluidos aquellos con contrato a tiempo parcial que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

En caso de nuevas prestaciones iniciadas a partir del 1-1-2027, no computa el tiempo de prestación consumido desde el 1-10-2020 (RDL 30/2020 art.8.7 redacc RDL 18/2021).

También se prorroga hasta el 31-3-2022, la prestación extraordinaria para personas con contrato fijo discontinuo o que realicen trabajos fijos y periódicos (RDL 18/2021 art.7).

Por su parte, la duración de las prestaciones y subsidios extraordinarios previstos para el sector cultural (artistas en espectáculos públicos, técnicos y auxiliares y profesional taurino) se extienden hasta el 30 de junio de 2022.

4. Prórroga, hasta el 30 de junio, de las medidas para autónomos frente al COVID (RDL 2/2022)

RDL 2/2022, BOE 23-2-22

Resumen

Se prorroga hasta el 30-6-2022, la prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados por una suspensión temporal de toda actividad adoptada por la autoridad competente como medida para contener la propagación del COVID-19. Además, se establecen exenciones en la cotización hasta el 90% entre los meses de abril a junio de 2022 para los autónomos beneficiarios de una prestación por cese de actividad COVID-19 a 28-2-2022.

Desarrollo

Prestación extraordinaria por cese de actividad

El RDL 2/2022 regula en su art.2 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 como consecuencia de una resolución de la autoridad competente como medida de contención del COVID-19. La medida, aplicable a partir del 1-3-2022, se reconoce en los siguientes términos:

1. Los beneficiarios deben reunir los siguientes requisitos:

suspender todas sus actividades a partir del 1-3-2022 en virtud de la resolución adoptada por la autoridad competente como medida de contención de la propagación del COVID-19 o mantener, por los mismos motivos, la suspensión de actividad iniciada anteriormente;

estar afiliados y en alta en el RETA o en el RETM al menos 30 días naturales antes de la fecha de la resolución que acuerde la suspensión de la actividad. Si la resolución se dictó antes del 1-3-2022, el alta debe ser anterior al inicio de la suspensión de la actividad.

estar al corriente en el pago de las 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 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%.

3. 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 1-3-2022, la solicitud debe presentarse antes del 21-3-2022.

La solicitud debe acompañarse de la siguiente documentación:

miembros que integran la unidad familiar y si alguno es o puede ser perceptor de una prestación por cese de actividad o tiene algún otro tipo de ingreso. Se debe aportar un consentimiento de todos los miembros de la unidad familiar para el acceso a la información tributaria.

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.

certificado de empresa y declaración de la renta.

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. El derecho a la prestación nace desde el día en que sea efectiva la medida de cierre de actividad, o desde el 1-3-2022 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. 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 30-6-2022 si esta última fecha es anterior.

5. 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 1-3-2022 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 30-6-2022, si esta última fecha es anterior. El período de exoneración se entiende como cotizado, siendo asumidas las cotizaciones que correspondan por las entidades que cubran la prestación. La base de cotización aplicable es 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 tenga derecho a percibir la prestación.

Agotada la prestación de cese de actividad por levantarse las medidas de cierre, y una vez finalizada la exoneración de la obligación de cotizar, se podrán aplicar las exenciones previstas en el art.1 del RDL 2/2022 (ver novedad).

No se modifican la duración máxima y resto de condiciones de aplicación de las deducciones en la cotización a que pudiera tener derecho el beneficiario de 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.

6. 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 desempeño 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.

Exención en la obligación de cotizar

El art.1 del RDL 2/2022 establece exenciones a las cotizaciones para los trabajadores autónomos que perciban a 28-2-2022 las prestaciones por cese de actividad previstas

para hacer frente al COVID-19 y no accedan a otras nuevas. Las exenciones serán de aplicación a las cotizaciones a la Seguridad Social y formación profesional correspondientes a los meses de abril a junio de 2022.

Beneficiarios

Pueden ser beneficiarios los trabajadores autónomos que reúnan los siguientes requisitos:

Mantenerse en alta en el RETA o en el RETM hasta el 30-6-2022.

Percibir, a 28-2-2022, alguna de las siguientes prestaciones por cese de actividad previstas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19:

la compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 18/2021 art.10)

la prevista para los autónomos que ejercen actividad y a 30-9-2021 percibieran determinadas prestaciones por cese de actividad y no pudieran causar derecho a la prestación por cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia (RDL 18/2021 art.11).

No percibir cualquier prestación por cese de actividad en cualquiera de sus modalidades, dado que ambas medidas son incompatibles.

Son también beneficiarios los trabajadores autónomos que perciban la prestación de cese de actividad a partir del 1-3-2022, por verse afectados por una suspensión temporal de toda actividad como medida de contención de la propagación del COVID-19 . En estos casos, la exención en la cotización se va a percibir a partir de la finalización de las exenciones que viniera percibiendo y hasta el 30-6-2022.

Cuantía

La exención se aplica sobre las cotizaciones a la Seguridad Social y formación profesional en las siguientes cuantías:

Mes de devengo	Exención
Marzo 2022	90%
Abril 2022	75%
Mayo 2022	50%
Junio 2022	25%

A efectos de determinar la exención, la base de cotización es aquella por la que venía cotizando el trabajador autónomo antes de acceder a la prestación por cese de actividad.

Revisión

Las exenciones en las cotizaciones son asumidas por la MCSS y, en su caso, el ISM con cargo a cuyos presupuestos se cubrieron las correspondientes prestaciones de cese de actividad.

La obtención de las exenciones que resulten indebidas como consecuencia de la pérdida del derecho a las prestaciones de cese de actividad, dará lugar a la revisión de oficio por parte de la entidad u organismo competente.

5. Prórroga del Plan MECUIDA (RDL 2/2022)

RDL 2/2022, BOE 23-2-22

Resumen

Se prorroga hasta el 30-6-2022 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 en sucesivas ocasiones extendiéndose ahora su vigencia hasta el 30-6-2022 (RDL 2/2022 disp. adic. 3ª).

Características

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.

6. Nueva reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer extinguida por el cumplimiento de la edad máxima

RDL 2/2022, BOE 23-2-22

Resumen

Se reconoce el derecho de los trabajadores que hubieran visto extinguida su reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, por haber cumplido el causante 18 años de edad antes del 1-1-2022, a volver a solicitarla,

siempre que cumplan los requisitos para ello y el hijo o persona sujeta a guarda con fines de adopción o acogimiento no haya cumplido 23 años.

Desarrollo

La LPG para 2022 ha ampliado el derecho a la reducción de jornada y al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave para los progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente hasta que el causante cumpla los 23 años, cuando persista el padecimiento del cáncer o la enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad, y subsista la necesidad de hospitalización, tratamiento y de cuidado durante el mismo, siempre que se cumplan los requisitos de acreditación (L 22/2021 disp.final 22ª).

Esta medida, que supone una ampliación de la edad del causante de 18 a 23 años, entró en vigor el 1-1-2022.

Los trabajadores que antes de dicha fecha hubieran visto extinguido su derecho a disfrutar de la reducción de jornada por haber cumplido el causante 18 años, pueden volver a solicitar la reducción de la jornada, siempre que sigan acreditando los requisitos para acceder a este derecho y el hijo o persona sujeta a guarda con fines de adopción o a acogimiento de carácter permanente a su cargo no haya cumplido aún 23 años (RDL 2/2022 disp.adic.6ª).

La reducción de jornada se mantendrá mientras siga siendo necesario el cuidado directo, continuo y permanente de esta persona hasta que cumpla, como máximo, 23 años de edad.

Cuando la persona enferma contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, el derecho a la reducción de jornada se reconocerá a quien sea su cónyuge o pareja de hecho, siempre que acredite las condiciones para ser beneficiario.

Esta reducción de jornada se considera situación protegida a efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Estas previsiones son también aplicables a los empleados públicos que vinieran disfrutando de una reducción de jornada por las mismas causas (RDLeg 5/2015 art.49 e).

7. Aprobado el Salario Mínimo Interprofesional para 2022

RD 152/2022, BOE 23-2-22

Resumen

Se fija la cuantía del SMI vigente a partir de 1-1-2022, quedando establecida en 33,33 euros diarios o 1.000 euros mensuales, según el salario esté fijado por días o por meses. Estas cuantías, que suponen un incremento del 3,63% con respecto a las fijadas hasta diciembre de 2021, no resultan de aplicación, salvo que se acuerde lo contrario, en las normas no estatales y en las de carácter privado que utilicen el SMI como referencia.

Desarrollo

Se fija la cuantía del SMI vigente a partir del 1-1-2022, que supone un incremento del 3,63% con respecto a las fijadas hasta el 31-12-2021.

Las cuantías del SMI son las siguientes:

SMI diario	33,33 €
SMI mensual	1.000 €
SMI anual a efectos de compensación y absorción	14.000 €
SMI jornada legal en actividad para trabajadores eventuales y temporeros	47,36 €
SMI hora de empleados de hogar	7,82 €

Las nuevas cuantías del SMI no van a ser de aplicación a las normas de las Comunidades o Ciudades autónomas y entidades locales y contratos y pactos privados vigentes a 31-12-2021 que utilicen el SMI como indicador o referencia. En estos casos, salvo disposición expresa o pacto en contrario, se tomará como referencia la cuantía del SMI vigente hasta ahora.

Estas excepciones no afectan a los salarios fijados en contratos o pactos privados en cuantía inferior al nuevo SMI, que deberán modificarse para alcanzar estas cuantías siendo de aplicación las reglas sobre compensación y absorción.

8. Mejora de la prestación por desempleo de trabajadores afectados por ERTE de fuerza mayor

RDL 2/2022, BOE 23-2-22

Resumen

Se modifica la LGSS para mejorar, a partir del 24-2-2022, la protección por desempleo de los trabajadores afectados por expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, tanto en lo que respecta a los requisitos de acceso a la prestación contributiva como en su cuantía.

Desarrollo

Con efectos a partir del 24-2-2022, se mejora la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores afectados por expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor, tanto de suspensión de contrato como de reducción de jornada, que se benefician de las siguientes medidas (LGSS disp.adic.46^a redacc RDL 2/2022):

1. No se exige período mínimo de carencia para acceder a la prestación.
2. La cuantía de la prestación se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70% durante toda la vigencia de la medida (sin reducción al 50% una vez transcurridos los primeros 180 días). No obstante, se aplican los límites máximos y mínimos previstos con carácter general y que para 2022 son los siguientes:

Límite máximo

Trabajador	IPREM + 1/6	€/mes
Ningún hijo a cargo	175%	1.182,16
Un hijo a cargo	200%	1.351,04
Dos o más hijos a cargo	225%	1.519,92

Límite mínimo

Trabajador	IPREM + 1/6	€/mes
Ningún hijo a cargo	80%	540,42
Hijos a cargo	107%	722,81

3. El acceso a esta prestación no implica el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto.

9. El TS declara nulo el despido de una trabajadora que comunica su próximo matrimonio

STSUD 9-2-2022

Resumen

La extinción del contrato por finalización de la obra o servicio que se produce tras comunicar la trabajadora su próximo matrimonio y el disfrute del correspondiente permiso, debe calificarse como despido nulo por ser discriminatorio por razón de estado civil.

Desarrollo

El 3-4-2018, la trabajadora firma un contrato de obra o servicio determinado vinculado a un proyecto cuya fecha estimada de finalización era el 28-2-2022. El 7-6-2019, la trabajadora comunica su próximo matrimonio el 24-8-19 a efectos de solicitar los 15 días de licencia matrimonial que acumularía a sus vacaciones de verano. El 24-6-2019 la empresa confirma a la trabajadora que su porcentaje mensual de asignación al proyecto es del 100% hasta el 28-2-2002. Sin embargo, al día siguiente se le comunica su cese por fin de contrato y, al negarse a firmar el finiquito, recibe burofax el 27-6-2019 adjuntando liquidación de haberes y nómina.

La trabajadora presenta demanda de despido que es declarado improcedente en primera instancia, y nulo por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de estado civil en suplicación. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina al considerar que el matrimonio no es un derecho fundamental cuya infracción pueda arrastrar la nulidad del despido.

La cuestión que se plantea no se refiere a la temporalidad del contrato o la existencia de un despido debido a la celebración del matrimonio, sino a si el despido debe ser calificado de nulo o de improcedente.

El TS considera que la calificación correcta del despido que se produce como reacción al anuncio de la trabajadora de su futuro matrimonio es la de nulidad por una doble causalidad:

a) Por discriminación a la mujer por razón de estado civil. Aunque el art.14 de la Const no alude al estado civil como una de las circunstancias frente a las que se prohíbe el trato discriminatorio (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), establece una cláusula abierta que comprende cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Para el TS esta cláusula final comprende aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas. Entre ellas puede incluirse el matrimonio de la mujer ya que históricamente se ha asociado al surgimiento de cargas y responsabilidades familiares de modo que, en términos de productividad empresarial, resultaba menos interesante una empleada casada que soltera.

b) Por represalia a quien ejerce su derecho a elegir libremente su estado civil, lo que constituye un aspecto inherente a la dignidad y libertad de las personas.

TS considera, en definitiva, que adoptar un trato peyorativo a una trabajadora como consecuencia de que anuncia o contrae matrimonio es infligirle un trato discriminatorio y opuesto al art.14 Const., por lo que desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

10. Trabajador en formación. ¿Está obligado el empresario a cambiarle de puesto de trabajo si es declarado no apto?

STJUE 10-2-2022

Resumen

A fin de garantizar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el empresario debe realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para adaptarlo a la situación de discapacidad de sus trabajadores. Entre estos ajustes razonables se incluye el cambio de puesto de trabajo de quien, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto para el que ha sido contratado, siempre que no suponga una carga excesiva para el empresario. Y ello, aunque el trabajador esté en período de formación tras su contratación.

Desarrollo

Un trabajador belga es contratado como trabajador de mantenimiento en vías férreas comenzando un período de prácticas el 21-11-2016. En diciembre de 2017 se le diagnostica una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos por las vías férreas, lo que no le permite realizar las tareas para las que había sido contratado.

El 12-6-2018, el servicio de Seguridad Social belga reconoce su discapacidad y el 28-6-2018 el servicio regional de medicina le declara no apto para ejercer las funciones para las que había sido contratado, pudiendo ser empleado en un puesto con actividad moderada, ausencia de exposición a campos electromagnéticos, prohibición de trabajos en altitud y ausencia de exposición a vibraciones. El trabajador recurre la declaración de no apto y es destinado a un puesto de operario de almacén en la misma empresa. Una vez confirmada la declaración de no apto, la empresa procede al despido y a poner fin al período de prácticas debido a su imposibilidad total y definitiva para realizar las tareas para las que había sido contratado.

Recurrida judicialmente la decisión empresarial, el tribunal competente plantea ante el TJUE la cuestión prejudicial relativa a si un empresario está obligado a destinar a un trabajador que, debido a su discapacidad, ya no puede ejercer las funciones esenciales del puesto de trabajo al que estaba adscrito, a otro puesto para el que dispone de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, cuando tal medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

Las partes no discuten que el trabajador tiene una discapacidad en el sentido señalado por la Dir 2000/78/CE que obliga a las empresas, a efectos de garantizar la igualdad de trato, a realizar ajustes razonables. Esto significa que está obligado a adoptar las medidas adecuadas (eficaces y prácticas) para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente o para que se les ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario. Entre las medidas adecuadas, la Directiva menciona, como medida prioritaria, el acondicionamiento del lugar de trabajo que permita a la persona con discapacidad conservar su empleo, como es el traslado a otro puesto de trabajo. No obstante, estas medidas no pueden suponer una carga excesiva para el empresario, de modo que solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay un puesto vacante que el trabajador pueda ocupar. En cualquier caso, puede constituir un elemento de apreciación el hecho de que tras haber sido declarado no apto para el desempeño de las funciones para las que había sido contratado, el trabajador fuera destinado a un puesto de operario de almacén en la misma empresa.

Por consiguiente, el TJUE considera que cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de

puesto de trabajo puede ser una medida adecuada como ajuste razonable en el sentido de que elimina las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

11. ¿Se puede elegir el convenio colectivo aplicable?

STSUD 20-1-2022

Resumen

El TS ha señalado que, si la actividad preponderante de la empresa no está incluida en el ámbito de aplicación de ningún convenio colectivo, las partes pueden acordar libremente someterse al convenio colectivo de su elección.

Desarrollo

Una empresa con domicilio social en Madrid extiende carta de despido disciplinario a un trabajador que presta servicios en el centro de trabajo de Marbella. El trabajador presenta demanda de despido, pero el juzgado de lo social lo declara procedente por considerar que los hechos imputados son constitutivos de una falta muy grave de acuerdo con el convenio colectivo del sector de Comercio de la provincia de Málaga. El TSJ Málaga revoca parcialmente la sentencia y declara que el convenio colectivo aplicable es el de Comercio de Madrid pues así se pactó en el contrato. El trabajador recurre en casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si debe aplicarse el convenio colectivo de comercio de Madrid, que es el pactado en el contrato de trabajo, o el convenio colectivo de comercio de la provincia de Málaga, que es el lugar donde el trabajador presta servicios.

Es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia que cuando las actividades de la empresa puedan subsumirse en varios convenios colectivos, debe aplicarse aquel que se corresponda con la actividad preponderante de la empresa. En el caso analizado, la actividad preponderante de la empresa es comercializar e intermediar como agente distribuidor entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales para realizar ofertas. Como actividad secundaria se dedica a la venta de aparatos de telefonía móvil, tablets, smartwatches, auriculares y artículos complementarios y otros servicios relacionados con la telefonía.

El TS concluye que la actividad principal de la empresa no se subsume en ninguno de los convenios colectivos controvertidos. Aunque la actividad de venta de terminales podría

subsumirse en el convenio colectivo de comercio en general de Málaga, porque su ámbito funcional incluye a las empresas dedicadas a la venta de material y máquinas de informática, este convenio no incluye a las empresas comercializadoras de los operadores de telecomunicaciones. Tampoco esta actividad, está incluida en el ámbito funcional del convenio colectivo de comercio vario de la Comunidad de Madrid.

En consecuencia, no habiendo convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de uno de esos convenios. Este pacto tiene un objeto lícito ya que, al no ser aplicable ningún convenio, no se pueden establecer condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convencionales.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia recurrida.

12. Se reconoce el derecho de las familias monoparentales a disfrutar de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo durante 26 semanas

Juzgado de lo Social de Santander 31-1-2022

Resumen

Con el objetivo de evitar un trato discriminatorio a las familias monoparentales, la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo se amplía hasta 26 semanas, al reconocerse al único progenitor el derecho a disfrutar de la prestación durante 10 semanas adicionales.

Desarrollo

La demandante solicita el 10-9-2021 la prestación por nacimiento y cuidado de hijo que le es reconocida con una duración de 16 semanas. El 22-10-2021 presenta reclamación solicitando la ampliación de la prestación en 16 semanas más, argumentando que constituye una familia monoparental. La reclamación es desestimada por resolución del INSS de 21-10-2021.

Frente a esta resolución interpone demanda ante el juzgado de lo social en la que reitera su reclamación argumentando que, en caso de no acogerse su pretensión, se estaría produciendo una discriminación de los hijos nacidos en familias monoparentales -que solo disfrutaban de 16 semanas de permiso- respecto de las biparentales -que tienen 32, la mitad para cada progenitor-. Se invoca igualmente una discriminación por razón de sexo al estar constituidas mayoritariamente las familias monoparentales por mujeres.

El juzgado de lo social estima la demanda en base a los siguientes argumentos.

El art.48.4 ET fue reformado por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, el cual equiparó la duración de los permisos por nacimiento de hijo de ambos progenitores, estableciéndola, a partir del 1-1-2021, en 16 semanas para cada uno.

La sentencia considera que esta regulación provoca una situación discriminatoria de los hijos nacidos en familias monoparentales contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que establece una proscripción de trato discriminatorio del menor. Estima que no solo se está mermando la atención que en las familias monoparentales se presta a los menores, sino que también introduce un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor.

Razona que, aunque la finalidad de la reforma fue la equiparación de derechos entre hombres y mujeres y conseguir una igualdad efectiva en los permisos de maternidad, pero no proteger el interés del menor, ello no habilita a contravenir tratados internacionales y, en este caso, la prohibición de discriminación.

Además, desde una perspectiva sociológica, el sistema de familia nuclear biparental ha variado, introduciéndose nuevos modelos y entre ellos la familia monoparental que, en términos estadísticos, está constituida en su mayoría por mujeres. Por ello considera que la norma nacional introduce un elemento de discriminación respecto a la mujer y a los fundamentos de la conciliación de la vida familiar.

En cuanto a si la ampliación del permiso debe abarcar 10 o 16 semanas, la sentencia acoge la pretensión subsidiaria del INSS de limitar la ampliación de la prestación a 10 semanas adicionales, con la correspondiente contraprestación económica, ya que respecto de los dos progenitores el disfrute de 6 semanas debe realizarse inmediatamente después del parto, por lo que, en caso de alternancia entre los progenitores, las familias biparentales también disfrutarían de 26 semanas de prestación.

NOTA. La sentencia sigue la línea de otras dictadas en el mismo sentido: TSJ País Vasco 6-10-20, EDJ 704795; TSJ Madrid 13-10-21, EDJ 782685; TSJ Aragón cont-adm 27-10-21, EDJ 727517. En contra, TSJ C. Valenciana 19-10-21, EDJ 746506.

13. Fijo discontinuo. La falta de llamamiento tras negarse a novar el contrato vulnera la garantía de indemnidad

STSUD 20-1-2022

Resumen

Si, tras negarse a novar su contrato temporal por otro indefinido a tiempo parcial, el trabajador presenta demanda de despido y esta se desestima declarándose la relación laboral como fija discontinua, la falta de llamamiento se considera una represalia por el ejercicio de la acción y un despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

Desarrollo

Un tripulante de cabina de pasajeros (TCP) suscribe, entre el 13-9-2007 y el 13-1-2015, seis contratos eventuales por circunstancias de producción de 6 meses de duración cada uno. El 15-5-2015, en cumplimiento de requerimiento de la ITSS para la transformación en indefinidos de los contratos temporales de los TCP, la empresa ofrece al trabajador un contrato indefinido a tiempo parcial que este rechaza por considerar que ya ostenta la condición de indefinido. A la finalización del último contrato eventual, el 12-7-2015, el trabajador solicita de la empresa comunicación sobre su situación y, ante la falta de respuesta, presenta demanda de despido que el TSJ Madrid desestima declarando la inexistencia de despido y calificando la relación entre las partes como fija discontinua.

El trabajador solicita entonces su número de escalafón y la fecha del siguiente llamamiento, ante lo que la empresa le comunica que no está incluido en el escalafón de trabajadores indefinidos de la empresa debido a que había rechazado reiteradamente la oferta de contratación indefinida. Por ello, presenta nueva demanda de despido que es estimada en segunda instancia declarándose el despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad al considerar el TSJ Madrid que la falta de llamamiento del trabajador obedeció a su primera reclamación por despido. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si la falta de llamamiento del trabajador debe calificarse de despido nulo.

El TS, acogiendo el argumento del TSJ Madrid, señala que la negativa del trabajador a firmar el contrato ofrecido por la empresa no constituye una dimisión ya que no manifestó su voluntad expresa ni tácita de extinguir la relación laboral. Únicamente se limitó a expresar su desacuerdo con los términos en que estaba redactado el contrato porque consideraba que tenía la condición de trabajador fijo. Por otro lado, la no inclusión del TCP en el escalafón de la empresa en aplicación del convenio colectivo no puede impedir que la empresa cumpla sus obligaciones con el trabajador fijo discontinuo, debiendo proceder al llamamiento en los períodos de actividad. En consecuencia, la falta de llamamiento del trabajador fijo discontinuo constituye un despido que debe ser

calificado de nulo por vulneración de la garantía de indemnidad. Y es que, ante los indicios aportados por el trabajador, que dejó de ser llamado para la prestación de servicios después de formular una demanda despido, la empresa únicamente alegó que fue la negativa del trabajador a firmar el contrato indefinido la que, en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio colectivo, motivó la falta de llamamiento.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la declaración de nulidad del despido.

14. Nota conjunta de la DGTr y del SEPE en relación con la reforma laboral (RDL 32/2021)

Nota conjunta DGTR y SEPE 10-2-2022

Resumen

La DGTr y el SEPE han elaborado una nota conjunta para aclarar cuestiones relativas a los incentivos aplicables a las nuevas modalidades de contratación de duración determinada y a la formalización de los contratos vinculados a programas de activación para el empleo o al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Desarrollo

Modalidades contractuales e incentivos a la contratación

La DGTr y el SEPE resaltan algunas cuestiones para tener en cuenta en la aplicación del RDL 32/2021, en relación con la reforma de las modalidades de contratación laboral.

En relación con las modalidades de contratación, se van a poder realizar en el marco de un contrato de causa específica diferente a las reguladas en la nueva redacción del artículo 15 del ET los siguientes contratos de duración determinada:

- Contratación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea (RDL 32/2021 disp.adic.5ª): se va a realizar a través del contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos y se formulará en un nuevo modelo con código 406, si es a tiempo completo, o 506, si es a tiempo parcial.
- Los contratos vinculados a programas de activación para el empleo (RDLeg 3/2015 disp. adic. 9ª redacc RDL 32/2021). Se van a formalizar a través del nuevo modelo de contrato para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral, a los

que se le asignarán los códigos 405, si es a tiempo completo y 505 si es a tiempo parcial. La duración del contrato no puede superar los 12 meses.

Hasta la elaboración de estos nuevos modelos se debe utilizar el modelo vigente Cláusulas específicas de interés social/empleo agrario, señalando el código 401 o 501, según corresponda, e indicando, el objeto/causa del contrato.

En relación con los incentivos a la contratación vigentes a la fecha de entrada en vigor del RDL 32/2021, se mantiene su aplicación en relación con los nuevas modalidades contractuales en los siguientes términos:

- Contrato de formación en alternancia (ET art.11.2 redacc RDL 32/2021): se le aplican los beneficios en la cotización a la Seguridad Social establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje (L 3/2012 art.3 y ET disp.adic.20ª).
- Contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (ET art.11.3 redacc RDL 32/2021): resultan de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social para los contratos en prácticas (L 3/2012 art.7; ET disp.adic.20ª).
- Contrato de duración determinada tanto por circunstancias de la producción como por sustitución (ET art.15.2 redacc RDL 32/2021): se mantiene la aplicación de los beneficios en la cotización a la Seguridad Social establecidos para los contratos de trabajo temporales o de duración determinada para determinados colectivos en la Ley 43/2006.
- Contrato de duración determinada por sustitución (ET art.15.3 redacc RDL 32/2021) se aplican las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (RDL 11/1998).

15. La prohibición de despedir durante el embarazo se extiende a las empleadas de hogar

STSUD 11-1-2022

Resumen

El despido de una empleada de hogar embarazada es nulo, aunque en el momento del cese la empleadora no tenga conocimiento de esta circunstancia. El TS extiende así a las empleadas de hogar la nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas

prevista en el ET desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato.

Desarrollo

La demandante, que prestaba servicios como empleada de hogar, inició el 30-6-2017 un proceso de IT por accidente de trabajo. El 21-7-2017, la empleadora le comunica por SMS que queda resuelta la relación laboral y que ya se le comunicará el momento en que puede pasar a recoger sus pertenencias. El 28-7-17 se comunican nuevamente por SMS para concretar esta recogida, momento en que la trabajadora le informa sobre su embarazo. El 4-8-2017 la empleadora le hace entrega del documento de desistimiento empresarial y del finiquito que incluía la indemnización por desistimiento.

Interpuesta demanda por despido, el juzgado de lo social estimó parcialmente las pretensiones de la actora, declaró improcedente el desistimiento y rechazó que se hubiera producido un despido nulo.

La empleada interpuso recurso de suplicación contra dicha sentencia, el cual fue estimado declarando la Sala la nulidad del despido efectuado el 4-8-2017 y condenando a la empleadora a abonar una indemnización por despido -de la que descuenta la ya percibida-, a abonar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia del juzgado de lo social -sin perjuicio de los descuentos que procedan por la situación de IT o la percepción de salarios por realizar otro trabajo-, y a abonar una indemnización adicional por daños y perjuicios.

Frente a dicha sentencia se interpone por la empleadora recurso de casación para la unificación de la doctrina. La cuestión que se plantea se centra en determinar, en definitiva, la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo de la empleada al servicio del hogar familiar, embarazada en el momento de la extinción, sin que esta circunstancia sea conocida por la empleadora.

La extinción por desistimiento de la relación laboral de los empleados de hogar exige, por un lado, comunicación escrita en la que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación por esta causa y, por otro, la puesta a disposición simultánea de una indemnización, que se abonará íntegramente en metálico.

El incumplimiento de estos requisitos determina, como así concluye el TS, que no se haya producido un desistimiento sino un despido.

En cuanto a la calificación del despido, la Sala recuerda que a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se le aplica supletoriamente la regulación sobre extinción del contrato contenida en el ET (RD 1620/2011 art.3.b y 11.1), y el art.55.5.b ET dispone la nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas,

desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión del contrato.

En un principio, la nulidad objetiva del despido por embarazo, introducida en el ET por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no se extendió a la resolución del contrato de trabajo por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba del art.14.2 ET. Ello dio lugar a algunos pronunciamientos judiciales que entendían que la libre y no causal extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba no podía ser discriminatoria ni lesionar los derechos fundamentales, por lo que no podía ser aplicable la nulidad objetiva al desistimiento empresarial.

No obstante, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación modificó la redacción del art.14.2 del ET para extender al período de prueba la nulidad objetiva de la extinción por embarazo, que hasta entonces se ceñía a los supuestos de despido objetivo y disciplinario.

Lógica derivación de lo anterior es que, una vez que la protección objetiva del embarazo se ha extendido al periodo de prueba, la comparación del anterior tratamiento legal de la resolución del contrato durante ese periodo de prueba con el desistimiento empresarial del contrato de las empleadas de hogar tampoco se puede utilizar ya para negar que la protección objetiva del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar.

Finalmente, el TS recuerda que los tribunales deben aplicar el criterio de la perspectiva de género y señala que el embarazo es un elemento diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Además, es notorio que son las mujeres a las que de forma absolutamente mayoritaria se les aplica el RD 1620/2011, sobre la relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

En consecuencia, concluye que, la protección objetiva del embarazo también ha de aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada.

16. El disfrute de las vacaciones no puede afectar al abono de las horas extraordinarias

STJUE 13-1-2022, C-514/20

Resumen

El TJUE declara que es contrario al derecho de la UE un sistema convencional que impide que se abonen las horas extraordinarias realizadas en un mes si no se alcanza el número de horas trabajadas previamente fijado para ese mes por no computarse los días de vacaciones disfrutados.

Desarrollo

El convenio colectivo marco para ETT alemán establece un sistema de compensación de horas extraordinarias que tiene en cuenta el número de horas laborables mensuales, de modo que solo si se superan estas horas trabajadas se devenga la retribución por horas extraordinarias.

En agosto de 2017 (que conforme al CCol tuvo 23 días laborables y 184 horas laborables) el trabajador prestó servicio los 13 primeros días realizando 121,75 horas, y los 10 días restantes disfrutó de vacaciones correspondientes a 84,7 horas de trabajo. El trabajador demanda a la empresa al considerar que, teniendo en cuenta las horas trabajadas (121,75 h.) y las horas de vacaciones (84,7 h.), ha superado en 22,45 las horas laborables del mes (184 h.) debió haber percibido un complemento por esas horas extraordinarias. La demanda fue desestimada en primera instancia y en suplicación. En casación, el TS de lo Laboral de Alemania consideró que solo pueden computarse las horas trabajadas para determinar si el trabajador ha superado el número de horas de la jornada laboral mensual ordinaria. No obstante, considera que el sistema establecido podría incitar a los trabajadores a no disfrutar del período mínimo de vacaciones anuales retribuidas, por lo que plantea ante el TJUE la cuestión prejudicial relativa a si este sistema es contrario al Derecho de la UE (Dir 2003/88 art.7).

El TJUE recuerda que son incompatibles con los objetivos del derecho a las vacaciones anuales retribuidas (descanso efectivo y protección de su seguridad y salud) toda práctica empresarial que tenga un efecto potencialmente disuasorio sobre su disfrute efectivo por un trabajador. Así ocurre cuando se establecen incentivos para que el trabajador renuncie a una parte del tiempo de descanso (TJUE 6-11-18, Kreisiger), o una remuneración inferior a la percibida durante el tiempo de trabajo efectivo (TJUE 13-12-18, Hein), o se producen desventajas económicas de modo diferido a la finalización de la relación contractual (TJUE 22-5-14, Lock).

En el caso analizado, el ejercicio por el trabajador de su derecho a vacaciones en el mes de agosto dio lugar a que la retribución percibida en ese mes fuera inferior a la que hubiera percibido de no haber disfrutado vacaciones en ese mes. Este mecanismo puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho de que, tal y como señala el tribunal remitente, el CCol vincule el derecho al complemento por horas extraordinarias a las horas efectivamente trabajadas. El hecho es que, pese a que el trabajador realizó horas extraordinarias, su derecho al complemento por tales horas quedó neutralizado por la circunstancia de que la unidad de referencia para fijar el umbral del volumen horario tenido en cuenta para tal complemento se define mensualmente y de que el trabajador disfrutó sus vacaciones anuales durante el mes en que realizó las horas extraordinarias.

Por ello, el TJUE declara que un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas como el controvertido no es compatible con el derecho a las vacaciones anuales retribuidas.

17. Complemento de IT. No se aplica a las bajas por contagio del COVID-19

SAN 12-1-2022

Resumen

La AN reitera que el complemento de IT establecido en el convenio colectivo para los supuestos derivados de accidente de trabajo no es de aplicación a las situaciones asimiladas legalmente a accidente de trabajo como son el contagio, aislamiento o restricción de movilidad causados por el COVID-19.

Desarrollo

El convenio colectivo aplicable en una empresa establece un complemento para las situaciones de IT derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional u hospitalización hasta el 100% de los conceptos retributivos que hubiera percibido el trabajador de haber estado trabajando.

Los sindicatos denuncian que este complemento no se está abonando a las situaciones de IT asimilada a accidente de trabajo por haber estado el trabajador aislado, o contagiado debido a la COVID-19. Por ello presentan, el 12-11-2021, demanda en solicitud de que se reconozca este derecho a los trabajadores de la empresa.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si el complemento de IT establecido en el convenio colectivo para los supuestos derivados de accidente de trabajo, es aplicable a las situaciones contempladas en el RDL 6/2020 art.5 que considera como situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente a efectos de la prestación económica por IT del sistema de Seguridad Social, los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del COVID-19.

La AN, reitera los argumentos ya expuestos en su sentencia de 13-5-2021 y señala que la medida incluida por el RDL 6/2020 es de carácter excepcional por lo que debe interpretarse de manera estricta conforme a su contenido literal. De este modo, los períodos de aislamiento y contagio por COVID-19, cuando la enfermedad no haya tenido como causa exclusiva la realización del trabajo, se considerarán como situación asimilada a AT exclusivamente a efectos de lucrar la prestación del sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, no alcanza a las obligaciones de naturaleza contractual contraídas por el empresario como pueden ser los compromisos de complementos de pensiones. Y es que el hecho de que el art.238 LGSS permita al empresario mejorar las prestaciones del sistema de Seguridad Social no altera la naturaleza contractual de estos compromisos, por lo que se rigen por lo acordado en el convenio colectivo.

En el caso analizado el convenio colectivo establece un régimen complementario con cargo al empresario en caso de AT o EP y esta contingencia no tiene lugar en los supuestos de contagio o aislamiento por COVID-19, salvo que se hubiera causado por la actividad laboral.

Por ello, la AN desestima la demanda y absuelve a la empresa de las pretensiones en su contra.

18. ¿Los trabajadores afectados por un ERTE tienen derecho a los días de ajuste de jornada?

STS 16-12-2021

Resumen

El tiempo durante el cual los trabajadores se ven afectados por medidas de suspensión del contrato o de reducción de jornada para hacer frente a crisis provocada por la situación de emergencia sanitaria no puede ser considerado como tiempo de trabajo efectivo a efectos de causar derecho a los días de ajuste de jornada anual previstos en el convenio colectivo.

Desarrollo

La representación sindical de los trabajadores afectados por el Convenio Colectivo del Sector Industrias Siderometalúrgicas para Granada y provincia y (código nº18000305011981), interpone demanda de conflicto colectivo pretendiendo la declaración de nulidad de la decisión empresarial que denegó el disfrute de los días de ajuste de la jornada anual para los trabajadores que hubieran estado incluidos en ERTes -ya fueran de suspensión del contrato o de reducción de jornada-. Defiende, por un lado, que el tiempo de vigencia de los ERTes debía ser considerado como tiempo de trabajo efectivo y, por otro, que la decisión de modificación del calendario se adoptó sin haber sido previamente negociada en el seno de la comisión paritaria del convenio.

La Sala de los Social del TSJ desestimó la demanda interpuesta. Frente a esta resolución judicial se interponen por las partes demandantes sendos recursos de casación que el TS no acoge.

Considera, por un lado, que el tiempo durante el cual los trabajadores se ven afectados por medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria no puede ser considerado como tiempo de trabajo efectivo a efectos de los días de ajuste de jornada que tienen derecho a disfrutar los trabajadores.

Los días de ajustes de jornada, que se deben obtener siempre sobre la jornada completa, se calculan partiendo de la jornada máxima anual que fija el convenio colectivo como de trabajo efectivo y que surge de la diferencia entre los días del año natural y los días en que efectivamente se prestan servicios, descontando los días no laborales, fiestas y vacaciones.

Además, el convenio no prevé la concurrencia de otras situaciones que pudieran producirse durante el año, y que permitirían mantener el derecho a los días de ajuste, más allá de la prestación efectiva de servicios.

Respecto a la obligación de negociar la modificación del calendario laboral en lo relativo a los días de ajuste, no hay en el convenio precepto alguno que obligue a ello. Lo que se discute es si existe derecho a esos días cuando, en el año de referencia, el contrato de trabajo ha sido suspendido o la jornada se ha visto reducida por ERTes aprobados como consecuencia de la crisis sanitaria, que han provocado que los trabajadores afectados no hayan alcanzado la jornada máxima de trabajo efectivo que se exige. No se está ante una modificación de lo pactado que obligue a acudir a una nueva negociación sino, simplemente, ante una discrepancia entre las partes sobre si, ante circunstancias sobrevenidas tras el pacto, se mantiene ese derecho, lo que es materia de interpretación jurídica.

Por todo lo expuesto, el TS desestima los recursos de casación interpuestos y confirma la sentencia dictada en sede de suplicación.

19. Vulnera el derecho a la huelga establecer unos servicios mínimos del 100% en uno de los ámbitos del conflicto

STCo 24-1-2022

Resumen

El establecimiento por parte de la administración de unos servicios esenciales que suponen el 100% de los servicios prestados ordinariamente en uno de los ámbitos del conflicto, pero el 17,75% del conjunto de la plantilla, vulnera los derechos de huelga y a la libertad sindical del sindicato convocante si no existe motivación suficiente para limitar estos derechos.

Desarrollo

Una empresa de hostelería gestiona el 100% de los puntos de venta al público situados en el área de aire (superados los controles de seguridad) de las terminales T1, T2, T3 y T4 satélite del aeropuerto Adolfo Suarez (Madrid) y la práctica totalidad de los puntos de restauración de la T4. También gestiona algunos puntos de venta en el lado de tierra (previo a los controles de seguridad).

El comité de empresa convoca huelga para los días 4, 5, 22, 23, 29 y 30 diciembre de 2017 en horario de 13:00 a 15:00 afectando a los 1.216 trabajadores de los 49 puntos de venta en el aeropuerto y establece un refuerzo del servicio de las máquinas expendedoras. No habiéndose alcanzado un acuerdo sobre los servicios mínimos en los puntos de venta situados en el lado de aire, la autoridad administrativa determinó que debían abrirse todos los establecimientos afectando a la toda la plantilla en esa zona, que supone el 17,75% del total de la plantilla.

La AN desestimó el recurso interpuesto por uno de los sindicatos contra la resolución de la autoridad administrativa al considerar que la empresa tiene adjudicada prácticamente la totalidad de los puntos de restauración del área de aire, que no existen alternativas y que se deben atender las necesidades de las personas que puedan tener problemas de salud. La sentencia fue recurrida en casación pero fue inadmitida. El sindicato presenta recurso de amparo ante el TCo al considerar vulnerado sus derechos de huelga y libertad

sindical ya que el 100% de la plantilla de los centros de trabajo en la zona de aire no pueden ejercer su derecho de huelga al estar adscritos a los servicios mínimos.

Según doctrina del TCo, la decisión de la autoridad gubernativa en la determinación de los servicios esenciales para la comunidad debe ser motivada después de ponderar y valorar los bienes o derechos afectados. Pero la motivación no debe limitarse al uso de fórmulas genéricas que no permitan enjuiciar la proporcionalidad de la restricción al derecho de huelga.

El TCo considera que la resolución administrativa impugnada ha vulnerado el derecho a la huelga del sindicato por falta de motivación suficiente. La resolución administrativa argumenta que el servicio afectado por la huelga puede afectar al derecho a la salud de los pasajeros haciendo referencia, entre otras cuestiones, al contexto físico singular en que se produce la prestación del servicio -al que no se puede acceder con alimentos y bebidas-, a la existencia de potenciales pasajeros con necesidades alimentarias específicas y a ciertos resultados de la encuesta nacional de salud. Pero una motivación suficiente hubiera exigido una motivación específica para justificar que la concreta fijación de los servicios prestados eran los mínimos imprescindibles para garantizar el derecho a la salud de los pasajeros que se intentaba preservar. Más teniendo en cuenta que los paros se iban a producir durante solo dos horas diarias y que el servicio se vería reforzado por un incremento del servicio de las máquinas expendedores. La medida no es, por lo tanto, proporcionada ya que si el servicio prestado se mantiene durante la huelga en el 100% del habitual y, simultáneamente, se obliga a reforzar el servicio de las máquinas expendedoras, la prestación del servicio esencial para la comunidad se desarrolló con un nivel de prestación superior al habitual.

Por ello, el TCo otorga al sindicato demandante el amparo y reconoce su derecho a la huelga y declara la nulidad de la resolución administrativa.

20. Despido objetivo: ¿es válido el abono de la indemnización por transferencia bancaria que no se recibe hasta varios días después?

STSUD 12-1-2022

Resumen

El abono de la indemnización por despido objetivo realizado mediante transferencia bancaria que se hace efectivo varios días después cumple el requisito de simultaneidad entre la comunicación del despido y la puesta a disposición de la indemnización que requiere la correcta ejecución de un despido por causas objetivas.

Desarrollo

La empresa comunica a la parte trabajadora la extinción del contrato por causas objetivas, de tipo económico y productivo el 29-4-2016. El mismo día le abona la indemnización mediante transferencia bancaria cuyo ingreso en cuenta se hace el 3-5-2016. La trabajadora presenta demanda por despido y reclamación de cantidad.

La cuestión que se suscita en el recurso de casación para la unificación de doctrina, se centra en determinar si la empresa ha puesto a disposición del trabajador la indemnización por extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en tiempo oportuno.

El TS recuerda que el criterio general que ya ha reiterado en abundantes ocasiones es que el abono de la indemnización por esta causa de despido debe ser simultáneo a la comunicación de la extinción (ET art.53.1b). No obstante, este criterio ha sido modulado por circunstancias especiales llegando a otras conclusiones.

Precisamente, el TS viene afirmando que la transferencia bancaria es un instrumento adecuado para hacer efectiva la puesta a disposición de la indemnización. Así, cuando se realiza el mismo día de la entrega de la carta extintiva, debe entenderse cumplido el requisito de la simultaneidad exigido por la norma, incluso aunque la transferencia no se abone en la cuenta del trabajador ese mismo día, sino el siguiente.

En aplicación de esta doctrina, el TS concluye que, en el caso analizado, se ha cumplido la puesta a disposición de la indemnización puesto que la transferencia bancaria se hizo en el momento de la extinción del contrato por causas objetivas. La extinción del contrato tuvo lugar un viernes y fue recibida por la trabajadora un martes, siendo día festivo el domingo. Atendiendo a estas circunstancias, se justifica que no es posible aplicar el rigor interpretativo al que alude la sentencia recurrida, por lo que el declara la procedencia del despido.

Por ello estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto y declara procedente la extinción del contrato de trabajo de la parte actora.

21. ¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento empresarial de un precontrato?

STSJ Madrid 2-11-2021

Resumen

El incumplimiento del precontrato genera un perjuicio patrimonial que ha de cuantificarse en los salarios dejados de percibir durante el periodo en que la trabajadora permanece desempleada y sin percibir retribución alguna.

Desarrollo

La trabajadora presta servicios como comercial en una empresa en virtud de un contrato eventual por circunstancias de la producción. Tras realizar una entrevista de trabajo en otra empresa, se le envía un contrato de trabajo indefinido para su incorporación desde el 17-6-2019, con una retribución anual de 16.856,31 € brutos. Por este motivo, la trabajadora presenta su baja voluntaria en la empresa el 13-6-2019 con efectos del día siguiente. Sin embargo, dos días después, la futura empleadora le comunica la no incorporación a su nuevo puesto de trabajo por la existencia de malas referencias.

La trabajadora presenta demanda por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del precontrato, al no poder percibir el desempleo por haber presentado la baja voluntaria. Solicita el abono del salario anual que figuraba en el precontrato y que ascendía a 16.856,31 euros anuales.

El TSJ considera que, en el caso en cuestión, existía una promesa en firme de contratación de la trabajadora, con todas las condiciones laborales que conllevaba (antigüedad, categoría, salario, jornada, etc.) y con fecha de inicio de la relación laboral. Se trata de un verdadero contrato de trabajo de ejecución futura o precontrato que, aunque no está regulado en el ET, sí es admitido por la doctrina jurisprudencial.

El incumplimiento del precontrato se traduce en una reclamación de daños y perjuicios (CC arts.1101 a 1107). El daño emergente consiste en los salarios dejados de percibir a causa de la renuncia al empleo que venía desempeñando, y que se cuantifican en 51,09 euros diarios (18.649,27 euros anuales, según Convenio). Para el cálculo se parte como si la baja voluntaria no se hubiera producido, y tomando ese salario hasta el 25-08-19, fecha en que la trabajadora se incorporó a otra empresa. De este modo, la cuantía dejada de percibir asciende a 3.627,60 euros y es la indemnización que se reconoce.

Por el contrario, no se estima la pretensión de tener en cuenta el lucro cesante en base a la prestación de desempleo que no pudo percibir. La razón es que no cabe computar, en

el mismo período, los salarios dejados de percibir y el abono en abstracto de la prestación de desempleo, por ser ambos incompatibles. Además, faltan los datos familiares necesarios para cuantificar la prestación que podría haber percibido.

Tampoco es de aplicación del principio rebus sic standibus, pues no consta una alteración extraordinaria de las circunstancias, de carácter imprevisible, que hicieran demasiado oneroso el mantenimiento del pacto.

22. La celebración de reuniones con trabajadores sin participación del comité de empresa vulnera el derecho de libertad sindical

STS 21-12-2021

Resumen

La no convocatoria a los miembros del comité de empresa que representan a una parte de la plantilla a las reuniones donde se adoptan decisiones que afectan a la totalidad de los empleados o, simplemente, se informa de decisiones empresariales unilaterales vulnera su derecho de libertad sindical.

Desarrollo

Los sindicatos CCOO y UGT Asturias, así como la empresa demandada, interponen recurso de casación frente a la sentencia que apreció vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical y condenó a la empresa al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

La mercantil demandada dispone de una plantilla de 566 trabajadores, de los que 134 forman parte del colectivo de los economatos, integrado por 12 tiendas que fueron asumidas por subrogación en agosto de 2017. Los trabajadores de los economatos cuentan con un comité de empresa elegido con anterioridad a la subrogación; por el contrario, los restantes trabajadores de la empresa no disponen de un comité de empresa. Con la finalidad de establecer un diálogo y mejorar la comunicación interna y el ambiente laboral, la empresa acordó con estos trabajadores la creación de la figura de los consejeros, con los que, a partir de abril de 2019, celebra diferentes reuniones.

En esas circunstancias, los demandantes sostienen que la actuación de la empresa vulnera su derecho de libertad sindical porque en estas reuniones se adoptan decisiones que afectan a la totalidad de los empleados, a pesar de que una parte de ellos, los que prestan servicios en los economatos, cuentan con su comité de empresa que no es

convocado a las reuniones con los consejeros. El problema surge cuando, desde principios de 2020, se aplica a estos últimos el derecho a disfrutar de un día de vacaciones coincidente con el cumpleaños, en los mismos términos que fueron tratados en las reuniones del consejo de trabajadores.

La Sala de lo Social del TSJ considera que esta conducta vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical y condena a la empresa al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios.

Recurrida en casación, el TS considera que, incluso acogiendo la tesis de la empresa de que en dichas reuniones se limitó a informar de decisiones unilateralmente adoptadas – como la concesión graciosa de ese día adicional de descanso-, su actuación, en la medida en que ha pretendido eludir la intervención del comité de empresa en cuestiones que son de su exclusiva competencia, supone una flagrante vulneración de los derechos de libertad sindical y de información del comité de empresa. Y, aunque la calificación como antisindical de una determinada conducta de la empresa conlleva la nulidad radical del acto mediante el que se ha generado, el objeto del proceso es, precisamente, poner fin a la conducta de la empresa, consistente en tratar cuestiones que afectan a los trabajadores de los economatos en aquellas reuniones que mantiene con el consejo de trabajadores. Si la propia empresa sostiene que el derecho a ese día adicional de descanso es fruto de una decisión unilateral, de una concesión graciosa a los trabajadores de los economatos, no hay razón legal alguna para dejarlo sin efecto en el marco de este procedimiento judicial.

Respecto al importe de la indemnización, la Sala lo considera ajustado, sin que eso suponga una duplicidad en la reparación de las consecuencias de la actuación de la empresa, ya que el objeto del litigio es la nulidad de la conducta antisindical de la empresa mientras que el mantenimiento del derecho al día adicional de descanso deriva de la concesión unilateral de la empresa, en los términos reiterados por la propia recurrente.

Respecto a la posibilidad de extender los efectos de la condena al jefe de personal de la empresa, el TS aprecia falta de legitimación pasiva. El hecho de que intervenga en las diferentes reuniones mantenidas con el consejo de trabajadores no permite atribuirle directamente una responsabilidad a título personal en el desarrollo de la conducta antisindical que se imputa a la empresa.

Por todo lo expuesto, el TS desestima los recursos de casación interpuestos.

23. Pluriactividad. El accidente de trabajo sufrido en el RGSS no tiene esta calificación en el RETA

INSS Criterio 3/2022

Resumen

El INSS aclara la calificación que tiene el accidente sufrido como consecuencia de la prestación de servicios en un régimen de la Seguridad Social en otro Régimen donde el trabajador desempeña su actividad en régimen de pluriactividad.

Desarrollo

La circunstancia determinante a efectos de calificar como profesional en un régimen de Seguridad Social el accidente de trabajo ocurrido en la otra actividad en la que se presta servicios en régimen de pluriactividad es la identidad del concepto protegido. De este modo, solo se puede obtener la protección derivada de la calificación del accidente como laboral en los dos regímenes de la Seguridad Social si la noción de accidente de trabajo tiene el mismo alcance en cada uno de ellos. Pero no se da esta circunstancia entre el RETA y el RGSS, ya que la definición de accidente de trabajo en el RETA es más limitada que la del RGSS.

En el RGSS se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (LGSS art.156). Sin embargo, en el RETA se entiende como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial (LGSS art.316.2).

Por ello, el INSS concluye que todo accidente de trabajo ocurrido en la actividad por cuenta propia será también considerado como accidente de trabajo en la actividad por cuenta ajena, pero no al contrario.

En cuanto al accidente de trabajo in itinere, sí cabe realizar dicha equiparación porque el concepto es el mismo en ambos regímenes. En consecuencia, tanto para el RGSS como para el RETA, todo accidente sufrido al ir o al volver del lugar de trabajo o del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional, tendrá la consideración de accidente de trabajo en las dos actividades.

24. ¿Se puede compatibilizar la excedencia forzosa con el trabajo en otra empresa?

STSUD 14-12-2021

Resumen

La negativa al reingreso de un trabajador tras su excedencia forzosa para el desempeño de cargo público, por haber compatibilizado períodos de excedencia anteriores con un trabajo por cuenta ajena en otra empresa, es constitutiva de despido improcedente.

Desarrollo

Un trabajador encadena, sin solución de continuidad, 5 excedencias forzosas por desempeño de diferentes cargos públicos entre el 19-4-2005 y el 14-5-2017. El 26-5-2017, solicita el reingreso, pero la empresa lo deniega tras comprobar, por medio del informe de vida laboral que solicita el trabajador, que entre el 27-7-2007 y el 31-12-2011 estuvo trabajando por cuenta ajena para otra empresa.

El trabajador presenta demanda de despido que es estimada tanto en primera instancia como en suplicación declarándose la improcedencia del despido. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si puede considerarse como despido la decisión de denegar la reincorporación al puesto de trabajo tras una excedencia forzosa por desempeño de un cargo público cuando el trabajador ha dedicado parte de ese tiempo en excedencia forzosa a trabajar, con contrato laboral, para otra empresa.

La empresa considera que habiendo causado alta en el RGSS para otra empresa entre el 27-7-2007 y el 31-12-2011, desapareció la causa de suspensión del contrato. Denuncia infracción por inaplicación del art.46.1 ET que exige, en los supuestos de excedencia forzosa, el cumplimiento de dos requisitos ineludibles: la designación o elección para cargo público y la imposibilidad de asistencia al trabajo como consecuencia de dicha designación o elección y este último requisito no se cumple si estuvo trabajando para otra empresa. Considera, además, que la actitud del trabajador ocultando que compatibilizaba el desempeño del cargo público con un trabajo remunerado por cuenta ajena y a jornada completa con una tercera empresa, comportó el reconocimiento de una excedencia forzosa viciada por falta de consentimiento ya que este se obtuvo con información sesgada.

El TS recuerda que es doctrina unificada que la excedencia forzosa se concede por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. Pero esta doctrina debe ser matizada en la aplicación al caso analizado. No es en el momento inicial de la concesión de la excedencia cuando el trabajador estuvo de alta en

el RGSS en una tercera empresa, lo que excluye un vicio originario en la concesión de la excedencia. El desempeño simultáneo del cargo público y el trabajo por cuenta ajena para otra empresa ocurrió durante la segunda y tercera excedencia y, con posterioridad, el trabajador solicitó otras dos excedencias más. La eventual carencia de causa en los períodos en que se compatibilizó la excedencia con el trabajo en otra empresa, no cabe extenderla a las excedencias disfrutadas con posterioridad. El empleador podía haber invocado la transgresión de la buena fe contractual o la falta de asistencia al trabajo en esos lapsos en que el trabajador prestó servicios para otra empresa junto al ejercicio de cargo público. Pero no lo hizo y, además, concedió otras dos excedencias más para el desempeño de cargo público con causas específicas e independientes, poniendo de manifiesto la continuidad y mantenimiento del vínculo laboral en situación de suspensión.

Por ello, el TS desestima el recurso y declara que la negativa al reingreso de la última de las excedencias, cuando no existe ningún indicio de inexistencia de causa válida o concurrencia de incompatibilidad en ese período, es constitutiva de despido improcedente.