TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL MARZO DE 2022

Índice

1. Publicada la Orden de cotización para 2022 4

2. Medidas extraordinarias para hacer frente a las consecuencias de la guerra en Ucrania 9

3. Primera sentencia española reconociendo el derecho de una empleada de hogar a cotizar por desempleo 12

4. Fin de las cuarentenas: ¿Se debe acudir al trabajo en caso de contagio por COVID-19? 13

5. Despido disciplinario. ¿Puede un banco auditar la cuenta corriente de una trabajadora como medio de prueba de incumplimientos laborales? 14

6. Despido nulo y daño moral. Para percibir la indemnización basta con solicitarla si hay vulneración de derecho fundamental 16

7. Se mejoran las condiciones laborales del sector artístico 17

8. Mejora de la prestación de orfandad para hijos de víctimas de violencia de género 19

9. Transporte por carretera. Novedades en tiempos de conducción y descanso 20

10. Financiación de la IT. Se modifican los plazos para que las MCSS acrediten la insuficiencia financiera 22

11. El TS avala compensar los incrementos del SMI con los trienios 23

12. Pausa del bocadillo. ¿Puede computarse como tiempo de trabajo solo para una parte de la plantilla? 24

13. Aprobado el procedimiento para la solicitud de ERTEs del Mecanismo RED 25

14. Medidas urgentes de apoyo al sector agrario (RDL 4/2022) 27

15. Trabajadores con discapacidad. Finaliza el plazo para comunicar el cumplimiento de la cuota de reserva 29

16. Control del trabajo en remoto. ¿Es nulo el despido por vulnerar el derecho a la intimidad? 31

17. El TS aplica la doctrina europea sobre las guardias de presencia al sector de transporte en ambulancias 32

18. La AN cuestiona la validez del registro de jornada en papel 34

19. Adaptación de jornada por cuidado de hijo: debe concederse, aunque ello implique un cambio de departamento 35

20. Entra en vigor la obligación de disponer de un plan de igualdad para las empresas de 50 o más trabajadores 37

21. Actualización de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por accidentes de circulación 38

22. El TS reconoce el complemento por maternidad a los pensionistas varones con efectos retroactivos..... 38

23. El TS extiende a los miembros de comunidades de bienes la imposibilidad de acceder a la jubilación activa plena..... 40

24. Se mejora la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuo .. 41

25. Nueva regulación para la puesta a disposición de trabajadores de la estiba y desestiba..... 43

26. Reversión de servicio público, ¿fijo o indefinido no fijo?..... 44

1. Publicada la Orden de cotización para 2022

OM PCM/244/2022, BOE 31-3-22

Resumen

Se establecen las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad Fondo de Garantía Salarial y Formación profesional vigentes desde el 1-1-2022.

Desarrollo

Normas de cotización en el RGSS

La OM PCM/244/2022 desarrolla las normas de cotización aplicables en 2022. Reproduce las normas establecidas por la LPGE introduciendo como únicos cambios los que se recogen a continuación.

A. TOPES Y BASES MÍNIMAS DE COTIZACIÓN

A partir del 1-1-2022, el tope mínimo de cotización queda fijado en la cuantía del SMI incrementada en 1/6, por lo que asciende 1.166,70 euros mensuales.

Las bases mínimas de cotización quedan fijadas en las siguientes cuantías:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas (Euros/mes)
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores	1.629,30
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados	1.351,20
3	Jefes Administrativos y de Taller	1.175,40
4	Ayudantes no Titulados	1.166,70
5	Oficiales Administrativos	1.166,70
6	Subalternos	1.166,70
7	Auxiliares Administrativos	1.166,70
		Euros/día
8	Oficiales de primera y segunda	38,89
9	Oficiales de tercera y Especialistas	38,89
10	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional	38,89

Sistemas especiales integrados en el RGSS

También cambian, desde el 1-1-2022, las bases mínimas de cotización en los Sistemas especiales integrados en el RGSS.

Así, en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios, las bases mínimas quedan fijadas en las siguientes cuantías:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas (Euros/mes)	Bases mínimas por jornadas reales (Euros/día)
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.	1.629,30	70,84
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados.	1.351,20	58,75
3	Jefes Administrativos y de Taller.	1.175,40	51,10
4	Ayudantes no Titulados.	1.166,70	50,73
5	Oficiales Administrativos.	1.166,70	50,73
6	Subalternos.	1.166,70	50,73
7	Auxiliares Administrativos.	1.166,70	50,73
8	Oficiales de primera y segunda.	1.166,70	50,73
9	Oficiales de tercera y especialistas.	1.166,70	50,73
10	Peones.	1.166,70	50,73
11	Trabajadores menores de 18 años.	1.166,70	50,73

También se incrementa la base mensual de cotización durante los períodos de inactividad que pasa de 1.125,90 euros a 1.166,70 euros mensuales desde el 1-1-2022.

En sistema especial para empleados de hogar, desde el 1-1-2022 las bases de cotización por contingencias comunes van a ser las determinadas en la siguiente escala:

Tramo	Retribución mensual (Euros/mes)	Base de cotización (Euros/mes)
1.º	Hasta 269,00	231,00
2.º	Desde 269,01 Hasta 418,00	379,00
3.º	Desde 418,01 Hasta 568,00	528,00
4.º	Desde 568,01 Hasta 718,00	677,00
5.º	Desde 718,01 Hasta 869,00	827,00
6.º	Desde 869,01 Hasta 1.017,00	976,00
7.º	Desde 1.017,01 Hasta 1.166,70	1.166,70
8.º	Desde 1.166,71 Hasta 1.273,00	1.220,00
9.º	Desde 1.273,01 Hasta 1.439,00	1.370,00

Tramo	Retribución mensual (Euros/mes)	Base de cotización (Euros/mes)
10.º	Desde 1.439,01	Retribución mensual

Además, se mantienen las reglas para establecer la base mínima de cotización cuando la TGSS determine la cuota a ingresar en función de los datos de que dispone.

TIPOS DE COTIZACIÓN

Se mantienen los tipos de cotización vigentes hasta ahora.

No obstante, se incrementan las cuotas únicas de cotización de los contratos para la formación y el aprendizaje, que se extienden ahora a los nuevos contratos formativos en alternancia. Desde el 1-1-2022 la cuota única de cotización queda establecida de la siguiente manera:

- Contingencias comunes: 56,71 € de los que 47,28 € son a cargo del empresario y 9,43 € del trabajador (antes 54,73 € de los que 45,63 € a cargo del empresario y 9,10 € del trabajador).

- Contingencias profesionales: 6,51 € a cargo del empresario (antes 6,28 €).

- Fondo de Garantía Salarial: 3,59 a cargo del empresario (antes 3,46 €).

Otras normas de cotización

La Orden de Cotización para 2022 establece las bases y tipos de cotización aplicables en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2022. Las diferencias de cotización que se produzcan respecto de las cotizaciones efectuadas desde el 1-1-2022 se pueden ingresar sin recargo hasta el 30-9-2022.

Además de la normas generales de cotización en el RGSS, se establecen las normas de aplicación a los siguientes supuestos concretos:

A) Cotización de los trabajadores a tiempo parcial (art. 35 a 42)

Desde el 1-1-2022, la cotización a la Seguridad Social, desempleo, FOGASA y Formación Profesional de los contratos a tiempo parcial así como la determinación de las correspondientes bases de cotización se realiza de igual forma que hasta ahora; si bien se actualizan las cuantías del tope máximo y mínimo de cotización que quedan fijados en 4.139,40 euros mensuales y en 7,03 euros por cada hora trabajada respectivamente.

Además, se actualizan, las cuantías de las bases mínimas por horas aplicables a los contratos a tiempo parcial que, desde el 1-1-2022, son las siguientes:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Base mínima por hora (Euros)
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.	9,82
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados.	8,14
3	Jefes Administrativos y de Taller.	7,08
4	Ayudantes no Titulados.	7,03
5	Oficiales Administrativos.	7,03
6	Subalternos.	7,03
7	Auxiliares Administrativos.	7,03
8	Oficiales de primera y segunda.	7,03
9	Oficiales de tercera y Especialistas.	7,03
10	Trabajadores mayores de dieciocho años no cualificados.	7,03
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional.	7,03

Cuando el contrato a tiempo parcial sea desarrollado por socios de cooperativas de trabajo asociado, la base de cotización por contingencias comunes y profesionales no puede ser inferior a las siguientes cuantías:

Grupo de cotización	Base mínima mensual
1	733,20
2	540,50
3	470,20
4 a 11	466,70

No se introducen novedades respecto de la forma de calcular la base diaria de cotización en los supuestos de IT, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y nacimiento y cuidado de menor, ejercicio corresponsable del cuidado del lactante y en los casos de compatibilidad del subsidio por nacimiento y cuidado del menor con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial. Desde el 26-7-2015, es la base reguladora diaria de la correspondiente prestación y se aplica durante todos los días naturales en que el trabajador permanezca en las mismas (RD 2064/1995 art.65.4).

B) Cotización en los contratos para la formación y el aprendizaje y en los contratos formativos en alternancia (art. 43)

La cotización de estos trabajadores consiste en una cuota única mensual por cada contingencia. Desde el 1-1-2022 son las siguientes:

Cotización	A cargo del empresario (Euros)	A cargo del Trabajador (Euros)	TOTAL (Euros)
Contingencias comunes	47,28	9,43	56,71
Contingencias profesionales	6,51	–	6,51
FOGASA	3,59	–	3,59

C) Cotización en supuestos especiales (art.26 a 30):

contratos de duración determinada inferior a 30 días: a su finalización mismo se debe ingresar una cotización adicional de 27,53 euros a cargo del empresario. Esta cotización adicional no se aplica a los trabajadores incluidos en el Sistema especial de trabajadores por cuenta ajena agrarios, en el Sistema especial de empleados de hogar o en el Régimen especial para la Minería del Carbón, ni a los contratos por sustitución;

salarios retroactivos: el ingreso de las liquidaciones que deban efectuarse a la Seguridad Social, desempleo, FOGASA y FP como consecuencia de los salarios abonados con carácter retroactivo, se debe efectuar mediante la correspondiente liquidación complementaria, con las bases, tipos y condiciones vigentes en los meses a que los citados salarios correspondan;

vacaciones devengadas y no disfrutadas: las percepciones que se retribuyan al finalizar la relación laboral por este concepto deben ser objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de extinción del contrato. La liquidación complementaria debe comprender los días de duración de las vacaciones, aunque alcancen el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral;

se mantiene la obligación de cotizar por los salarios de tramitación por el empresario;

trabajadores mayores de 65 años: continúan exentos de la obligación de cotizar por contingencias comunes, excepto por IT, siempre que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación. El tipo de cotización por IT se mantiene en el 1,55%.

D) Cotización adicional para jubilación anticipada. Los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, miembros del cuerpo de la Ertzaintza, de los Mossos d´Esquadra, de la Policía Foral de Navarra y de la policía local, deben aplicar un tipo de cotización adicional del 10,60% (8,84% empresa y 1,76% trabajador).

E) Los coeficientes de cotización por convenio especial aplicables desde el 1-1- 2022 se mantienen sin cambios respecto de las vigentes hasta ahora (art.22).

F) Reducción de jornada o suspensión del contrato por causas ETOP o Fuerza Mayor y Mecanismo RED. Se mantienen las reglas de cotización aplicables en caso de causar derecho a la prestación por desempleo. Se establece, además, la forma de cálculo de las bases de cotización para determinar la aportación empresarial por contingencias comunes y profesionales. La base de cotización es el promedio de las bases de cotización por dichas contingencias en lis 6 meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de la situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. En los supuestos de reducción temporal de jornada, la base de cotización así calculada se reduce en función de la jornada de trabajo no realizada (art.9).

G) Se mantienen las reglas de cotización aplicables en los supuestos de trabajadores desempleados que realicen trabajos de colaboración social (disp. adic 2ª); durante la prestación por desempleo por víctimas de violencia de género (disp. adic 3ª) y de las personas sometidas a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (disp. adic 5ª).

H) En el RETA se mantienen las normas de cotización hasta ahora vigentes reproduciendo sin cambios las bases y tipos de cotización ya establecidas por la L 22/2021 art.106.Seis.

2. Medidas extraordinarias para hacer frente a las consecuencias de la guerra en Ucrania

RDL 6/2022, BOE 30-3-2022

Resumen

El RDL 6/2022 establece, con vigencia a partir del 31-3-2022, medidas para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Entre las materias sociolaborales se establece la prohibición de despedir por causas objetivas basadas en el aumento de los costes energético para las empresas beneficiarias de ayudas directas y para las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contrato por causas ETOP o fuerza mayor. En materia de Seguridad Social, se prevén aplazamientos en las cuotas de Seguridad Social en los sectores agrario, marítimo y de transporte urbano y por carretera. Además, se incrementa en un 15% el importe del IMV para los meses de abril a junio de 2022.

Desarrollo

Medidas sociolaborales

El RDL 6/2022 recoge medidas urgente en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. En materia socio-laboral se adoptan las siguientes medidas que entran en vigor el 31-3-2022:

1. Se establece la posibilidad de solicitar aplazamientos en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta para las empresas y trabajadores autónomos que se encuentren al corriente en las obligaciones con la Seguridad Social, no tengan otro aplazamiento en vigor y pertenezcan a los siguientes sectores (RDL 6/2022 art.28, 37 y disp.final 38ª):

a) Sector de transporte urbano y por carretera (CNAE 4931, 4932, 4939, 4941 y 4942). En estos casos, las cuotas aplazables son las siguientes:

empresas: las devengadas entre los meses de abril a julio de 2022;

trabajadores autónomos: las devengadas entre los meses de mayo a agosto de 2022.

b) Régimen especial de Trabajadores del Mar (RETM). Las cuotas que se pueden aplazar son las devengadas entre los meses de marzo a junio de 2022.

c) Sector agrario. Se modifica a estos efectos el art.2 RDL 4/2022 para ampliar en un mes el aplazamiento de cuotas ya previsto. De este modo las cuotas aplazables son las siguientes:

empresas: las devengadas entre los meses de marzo a junio de 2022;

trabajadores autónomos: las devengadas entre los meses de abril a julio de 2022.

Los aplazamientos presentan las siguientes particularidades con respecto a las condiciones establecidas con carácter general (LGSS art.23):

Se aplica un interés reducido del 0,5% (en lugar del 3,75%)

Las solicitudes deben presentarse en los 10 primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso correspondientes a las cuotas aplazadas. Una vez presentada la solicitud, se considera al deudor al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la resolución, que será única con independencia de los meses que comprenda.

El plazo de amortización es de 4 meses por cada mensualidad solicitada sin que pueda exceder en total de 16 mensualidades.

2. Se establecen las siguientes medidas de apoyo a trabajadores (RDL 6/2022 art.44)

Hasta el 30-6-2022, las empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el RDL 6/2022 no van a poder justificar despidos objetivos basados en el aumento de los costes energéticos. El incumplimiento de esta previsión conlleva el reintegro de la ayuda recibida.

Las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos por causas ETOP o fuerza mayor relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no pueden utilizar estas causas para realizar despidos.

. Los tripulantes ucranianos enrolados en buques mercantes de bandera española van a poder solicitar la prolongación de su contrato temporal de trabajo hasta una duración máxima de 12 meses (límite máximo previsto por el Convenio Internacional de Trabajo Marítimo, 2006). Las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena se extenderán por el período necesario con la mera comunicación por la empresa naviera de la prolongación del contrato (RDL 6/2022 art.22).

Estas ampliaciones permiten a los marinos ucranianos permanecer embarcados en buques mercantes de bandera española sin tener que retornar a Ucrania o solicitar el estatus de refugiado.

4. Incremento extraordinario del importe de la prestación del Ingreso Mínimo Vital (IMV) correspondiente a los meses de abril, mayo y junio de 2022 mediante la aplicación de un porcentaje del 15% al importe reconocido en cada caso (RDL 6/2022 art.45).

Además, se modifica la L 19/2021 para introducir las siguientes novedades aplicables a todas las prestaciones causadas desde el 1-6-2020 (RDL 6/2022 disp.trans.6ª):

Se elimina la obligación de las personas beneficiarias del IMV de acreditar la inscripción de cómo demandante de empleo. El INSS remitirá la identificación de los beneficiario a los Servicios Públicos de Empleo de la comunidad autónoma en que beneficiario tengan su domicilio para que les inscriban de oficio como demandantes de empleo y se apliquen los instrumentos de política de empleo que correspondan (L 19/2021 art.36 y disp.. adic.11ª redacc RDL 6/2022 disp.final 35ª).

Se establece la suspensión de la prestación en caso de incumplimiento, durante 2 ejercicios fiscales, de la obligación de presentar la declaración del IRPF (RDL 6/2022 disp.final 35ª).

3. Primera sentencia española reconociendo el derecho de una empleada de hogar a cotizar por desempleo

JCA Vigo núm 2, 17-3-22, Sent. 68/22

Resumen

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Vigo ha emitido la primera sentencia firme declarando el derecho de una empleada de hogar a cotizar por la contingencia de desempleo. Aplica, así, la doctrina dictada por el TJUE 24-2-22, C-389/20, que consideró discriminatoria la legislación española que excluye a este colectivo de la prestación por desempleo.

Desarrollo

El TJUE, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por el JCA núm.2 Vigo, consideró contrario a la Directiva 79/7 sobre igualdad de trato el art.215 d) de la LGSS, que excluye del sistema especial de Seguridad Social para empleadas de hogar la prestación por desempleo, colectivo mayoritariamente formado por mujeres (TJUE 24-2-22 C-389/20). A la luz de esta doctrina, el Juzgado remitente resuelve ahora la demanda presentada por una empleada de hogar en solicitud de que se declare su derecho a cotizar por la prestación por desempleo.

El JCA núm 2 de Vigo recuerda que nuestro ordenamiento constitucional configura como esencial la garantía de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (Const. art.41), y que la imposibilidad de que las empleadas de hogar puedan ser beneficiarias de la prestación por desempleo deriva de la ausencia de previsión para su cotización (LGSS art.251.d y 264.1). Por ello, la acción de cotización para garantizar la cobertura de la contingencia de desempleo, se configura como un derecho del trabajador cuyo contenido requiere de determinación legal.

Rechaza que existan factores objetivos ni finalidad legítima que avale la limitación de derechos en este sistema de SS. Considera paradójica la argumentación de la TGSS que sostiene que un aumento de la acción protectora pudiera redundar negativamente en el volumen de empleo y paralelamente incrementar las cifras del trabajo ilegal, del fraude social. En este sentido el JCA rechaza que se deba renunciar a los objetivos legítimos de política social a costa o detrimento del ámbito de la acción protectora debiendo, de ser posible, alcanzarse ambas finalidades.

Añade el JCA, que el desamparo generado por la carencia de la acción protectora trasciende a la simple imposibilidad de percibir la prestación por desempleo. Y es que para acceder a determinadas ayudas sociales dirigidas a colectivos de desempleados, o a otras prestaciones sociales, es preciso haber agotado la prestación por desempleo, de

modo que el colectivo de empleados de hogar estaría excluido del acceso a estas ayudas.

Por ello, siendo la sentencia del TJUE de plena efectividad en el ordenamiento español y, por lo tanto, inaplicable el art.251 d) de la LGSS, el JCA núm 2 de Vigo declara el derecho de la demandante a cotizar como empleada de hogar por la contingencia de desempleo. No obstante, no atiende la pretensión de la aplicación retroactiva de este pronunciamiento al momento de su solicitud ante el INSS.

El reconocimiento del derecho de cotizar por desempleo se producirá desde el momento mismo de la sentencia, aunque tendrá plena efectividad cuando la Ley lo desarrolle.

La sentencia es firme, por lo que no cabe interponer recurso ordinario alguno.

4. Fin de las cuarentenas: ¿Se debe acudir al trabajo en caso de contagio por COVID-19?

Estrategia de vigilancia y control frente a COVID-19 tras la fase aguda de la pandemia (23-3-2022)

Resumen

Desde el 28-3-2022 las personas contagiadas de COVID-19 no deben guardar cuarentena, recomendándose el teletrabajo en caso de que la situación no sea constitutiva de IT. No deben acudir al centro de trabajo quienes trabajan en ámbitos vulnerables o de cuidado a personas vulnerables.

Desarrollo

Desde el 28-3-2022, las personas contagiadas de COVID-19 con síntomas leves y los contactos estrechos están exceptuadas de hacer cuarentena. Únicamente se establecen las siguientes medidas:

extremar las precauciones y reducir todo lo posible las interacciones sociales utilizando de forma constante la mascarilla y manteniendo una adecuada higiene de manos durante los 10 días posteriores al inicio de síntomas;

evitar especialmente el contacto con personas vulnerables y la participación en eventos multitudinarios;

siempre que sea posible y en caso de que no sea susceptible de una IT por su sintomatología, se recomienda el teletrabajo.

En caso de presentar síntomas de gravedad o mala evolución (disnea, fiebre > 38ºC mantenida más de tres días…) deberá contactar con su sistema sanitario según se establezca en cada Comunidad o Ciudad Autónoma, donde se le indicará la conducta a seguir.

Las personas que trabajan en ámbitos vulnerables y los trabajadores que prestan apoyo y cuidados a personas vulnerables, no deben acudir a su centro de trabajo durante los primeros 5 días desde el inicio de síntomas o de la fecha de diagnóstico en caso de personas asintomáticas. Pasado este tiempo, y siempre que hayan transcurrido 24 horas tras la desaparición de la fiebre o presente mejoría de los síntomas, se realizará una prueba de Ag y si el resultado es negativo podrá volver a incorporarse a su lugar de trabajo. Si el resultado es positivo podrá repetirse la realización de la misma cada 24 horas hasta obtener un resultado negativo para poder incorporarse a su lugar de trabajo.

5. Despido disciplinario. ¿Puede un banco auditar la cuenta corriente de una trabajadora como medio de prueba de incumplimientos laborales?

STSUD 8-3-22

Resumen

El TS rechaza que una entidad bancaria pueda utilizar los datos obtenidos de una auditoría interna de las cuentas corrientes de una trabajadora como medio de prueba de incumplimientos laborales. El tratamiento de los datos personales de una cuenta corriente con una finalidad distinta a la inherente al propio contrato bancario requiere autorización expresa del titular.

Desarrollo

La actora presta servicios para la entidad bancaria demandada en virtud de contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo. El 29-3-2017 la empresa le entrega carta de despido por entender que ha cometido irregularidades que constituyen faltas muy graves de apropiación, transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza e infracción de las normas de la empresa.

Frente a esta decisión interpone demanda por despido. El juzgado de lo social estima la demanda y declara improcedente el despido al considerar inválida, por vulnerar derechos

fundamentales, la prueba de auditoria aportada por la empresa para justificar los incumplimientos ya que, además de realizar una auditoría interna destinada a comprobar el cumplimiento regular de sus obligaciones en el puesto de trabajo, llevó a cabo una investigación pormenorizada sobre las cuentas corrientes de las que era titular.

Recurrida en suplicación por la entidad bancaria, el TSJ estima parcialmente el recurso y declara la procedencia del cese. Aunque tampoco admite la validez de la auditoria al considerar que se ha obtenido con vulneración del derecho fundamental a la intimidad, considera acreditado, a través del resto de pruebas practicadas, el incumplimiento por la actora de la normativa interna y el uso inadecuado de los aplicativos de la entidad bancaria.

Esta sentencia es recurrida en casación para la unificación de doctrina por la entidad bancaria. No se cuestiona la declaración de procedencia del despido, que adquiere firmeza, ya que la trabajadora no formula recurso alguno y el recurso de la empresa no cuestiona tal calificación, sino que tiene como única pretensión determinar si una entidad bancaria puede utilizar, sin autorización, su conocimiento de los datos de la cuenta corriente de una trabajadora para configurar prueba de posibles incumplimientos laborales.

En primer lugar, el TS confirma la legitimación para recurrir de la empresa, a pesar de no haberse impugnado la declaración de procedencia del despido. Considera que concurre un interés legítimo dado que no sólo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino de manera especial y principal, la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador.

En cuanto a la validez de la prueba, el TS señala que la demandante mantiene una doble relación con la entidad bancaria, por un lado, como trabajadora de la misma y, por otro, como titular de un contrato de cuenta corriente. Recuerda que los datos que figuran en la cuenta corriente son datos de carácter personal y que la actora no ha prestado consentimiento para el tratamiento de sus datos bancarios con finalidades distintas a la de gestión del contrato bancario.

Tampoco la intervención empresarial se encuentra amparada por el art.20.3 del ET, que habilita al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, las cuales deben respetar, en todo caso, los derechos fundamentales del trabajador y, de manera especial, los vinculados a su derecho a la intimidad y a la protección de datos.

Por todo lo expuesto, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto.

6. Despido nulo y daño moral. Para percibir la indemnización basta con solicitarla si hay vulneración de derecho fundamental

STSUD 23-2-22

Resumen

Apreciada la existencia de vulneración de derecho fundamental, el órgano judicial puede establecer prudencialmente la cuantía de la indemnización por daños morales, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación.

Desarrollo

Un trabajador recibe carta de extinción de su contrato para obra o servicio determinado tras las denuncias interpuestas ante la ITSS. Considerando que la decisión empresarial supone una vulneración de su derecho fundamental a la indemnidad, presenta demanda de despido solicitando la declaración de nulidad así como una indemnización por daños morales que, tomando como referencia las sanciones por faltas muy graves en materia de relaciones laborales, cuantifica en 15.525 euros (LISOS art.8, 11 y 12). La sentencia de suplicación, revocando la de instancia, declara la nulidad del despido pero niega el derecho a la indemnización reclamada porque la demanda no acredita las bases para su cálculo. El trabajador recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si para obtener la indemnización de daño moral basta con solicitarla, aunque sea de manera poco detallada, cuando ha quedado acreditada la vulneración del derecho fundamental.

El art.183 LRJS establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización por daño moral que, en su caso, le corresponda al demandante por haber sufrido una lesión de sus derechos fundamentales. Y añade que el tribunal se debe pronunciar sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa.

La aplicación de esta disposición ha llevado al TS a señalar que, al estar los daños morales indisolublemente unidos a la vulneración de un derecho fundamental, y siendo especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización (TS 5-10-17, EDJ 232953). De esta forma, la sentencia que se dicte debe disponer la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho fundamental, incluyendo expresamente la indemnización por daño moral, y ha de pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente, sin que

pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, puesto que en esta materia no existen parámetros que permitan traducir en términos económicos, con precisión, el sufrimiento en que el daño moral consiste. De este modo, y dado que su estimación detallada resulta singularmente difícil y costosa, la valoración de los daños morales está excepcionada de la obligación de identificar con precisión las bases relevantes para su cálculo.

Por ello, el TS estima el recurso reconociendo el derecho del trabajador a la indemnización por daño moral. No obstante, toma como referencia la cuantía inferior correspondiente de la sanción por faltas muy graves en materia de relaciones laborales y la cuantifica en 6.251 euros al considerarla más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso.

7. Se mejoran las condiciones laborales del sector artístico

RDL 5/2022, BOE 23-3-22

Resumen

Se modifica el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas para incluir las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, hasta ahora excluidas. Además, se mejoran las condiciones del contrato de duración determinada de este colectivo mediante, entre otras cuestiones, la ampliación de la indemnización prevista para su extinción.

Desarrollo

Con vigencia a partir del 31-3-2022, el RDL 5/2022 adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas para incluir las actividades conexas que no implican actuar materialmente encima del escenario. A estos efectos, se modifica el art.2.1. e del ET para considerar relación laboral especial la de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

En el mismo sentido, se modifica el RD 1435/1985, que desarrolla la relación laboral especial de este colectivo, en los siguientes aspectos:

Ámbito de aplicación (art.1 redacc RDL 5/2022)

Se amplía el ámbito subjetivo de esta relación laboral especial para incluir al personal técnico o auxiliar. No obstante, no van a ser aplicables a este colectivo las normas sobre

capacidad de contratar de menores de 16 años y extranjeros (art.2), derechos y deberes de las partes (art.6), retribución (art.7), jornada (art.8) y descansos y vacaciones (art.9).

Se recoge, con carácter no exhaustivo, una relación de las actividades que forman parte de su ámbito subjetivo. En ella se incluyen:

actividades artísticas, sean dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas;

actividades de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual;

artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical;

personal técnico y auxiliar, hasta ahora excluido expresamente. Se entiende por tal el que presta servicios vinculados directamente a la actividad artística y que resulten imprescindibles para su ejecución, tales como: la preparación, montaje y asistencia técnica del evento, o cualquier trabajo necesario para la completa ejecución de aquella, así como la sastrería, peluquería y maquillaje y otras actividades entendidas como auxiliares, siempre que no se desarrollen de forma estructural o permanente por la empresa, aunque sean de modo cíclico.

Entre las formas de ejecución de estas actividades se incluye, ahora, la comunicación o difusión por cualquier medio o soporte técnico incluido internet o la difusión mediante streaming.

Contrato artístico (art.3, 5 y 10 redacc RDL 5/2022)

El contrato laboral con este colectivo se puede celebrar por tiempo indefinido o por tiempo determinado, pero siempre por escrito.

El contrato de duración determinada solo se va a poder celebrar para cubrir necesidades temporales de la empresa, pudiendo prorrogarse únicamente si la necesidad temporal de la empresa persiste. En consonancia con la reforma laboral (RDL 32/2022), se impone la exigencia de acreditar la causa que justifica la contratación y de la duración temporal del contrato, cuyo incumplimiento implica la consideración de contrato indefinido. También se aplican las normas sobre adquisición de la condición de fijos por incumplimiento de las obligaciones o encadenamiento de contratos de duración determinada (ET art.15.4 y 5).

En relación con la extinción del contrato de duración determinada, se amplía la indemnización, que hasta ahora se abonaba en la cuantía establecida en el convenio colectivo o, en su defecto, equivalente a 7 días de salario por año de servicio. A partir del

31-3-2022 la indemnización va a ser igual a 12 días de salario por año de servicio, salvo que la duración del contrato, incluidas sus prórrogas, sea superior a 18 meses, en cuyo caso será equivalente a 20 días. No se aplica a estos contratos, la cotización adicional establecida en la reforma laboral para la extinción de los contratos de duración determinada inferior a 30 días (LGSS art.151.3 redacc RDL 5/2022).

Los contratos celebrados antes del 31-3-2022 se seguirán rigiendo por la normativa vigente en la fecha en que se celebraron (RDL 5/2022 disp.trans.única).

NOTA:

1) Se modifica el art.32.1 y 3 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RD 2064/1995) para acomodarlo a la nueva regulación del RD 1435/1985.

2) Se prevé el desarrollo normativo de un régimen de cotización reducida para los artistas incluidos en el RETA con rendimientos anuales inferiores a 3.000 euros (RDL 5/2022 disp. adic. 1ª).

8. Mejora de la prestación de orfandad para hijos de víctimas de violencia de género

LO 2/2022, BOE 22-3-22

Resumen

Se modifica la LGSS para ampliar el derecho a la orfandad absoluta a los supuestos en que el agresor no es el padre así a aquellos en que el progenitor supérstite abandona toda responsabilidad familiar. La prestación se va a suspender cuando el nivel de renta de la unidad familiar, incluida la adoptiva, supere el 75% SMI, pudiendo recuperarse si la situación se revierte.

Desarrollo

La LO 2/2022 modifica los art.216 y 224 de la LGSS para mejorar la protección por orfandad de los hijos de víctimas de violencia de género en los siguientes aspectos:

1. Se establece la suspensión del percibo de la pensión o prestación de orfandad, cuando los ingresos de la unidad familiar en que se integren los hijos de la causante fallecida, divididos por el número de miembros que la componen, superen en cómputo anual el 75% SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Esta suspensión se aplica en los siguientes casos:

adopción de los hijos de la mujer fallecida como consecuencia de la violencia de género;

cuando la muerte de la causante se haya producido por un agresor distinto del padre.

Se podrá recuperar el derecho a la pensión o prestación cuando los ingresos de la unidad de convivencia no superen el límite establecido, produciendo los siguientes efectos:

si se solicita en los 3 meses siguientes a la modificación de los ingresos percibidos: al día siguiente;

si la solicitud se realiza más tarde: con una retroactividad máxima de 3 meses desde la solicitud.

En caso de adopción, la nueva prestación de orfandad que pueda generarse como consecuencia del fallecimiento de uno de los adoptantes es incompatible con la que se venía percibiendo, debiendo optar por una de ellas.

2. Se presume la orfandad absoluta el progenitor supérstite abandone toda responsabilidad familiar sobre los hijos y se otorgue el acogimiento o tutela a favor de terceros o familiares.

La modificación entra en vigor el 23-3-2022.

NOTA:

Se modifica el art.42 de la LCP para reconocer los mismos derechos en el Régimen de Clases pasivas.

9. Transporte por carretera. Novedades en tiempos de conducción y descanso

DGTT Resol 18-3-22, BOE 22-3-22

DGTT Resol 19-3-22, BOE 22-3-22

Resumen

Se establecen las normas para los controles mínimos sobre las jornadas de trabajo de los conductores en el transporte por carretera, que se realizarán en los locales de la empresa y en carretera. Además, se establecen excepciones a los tiempos de

conducción y descanso en los transportes de mercancías por carretera entre el 17 y el 27 de marzo.

Desarrollo

Se establecen los sistemas de control de las jornadas de trabajo de los conductores de vehículos de transporte por carretera de mercancías y viajeros. Los controles van a alcanzar el 3% de las jornadas de trabajo de los conductores y se van a realizar tanto en carretera como en los locales de la empresa conforme a los siguientes criterios:

a) Control en carretera:

van a suponer al menos el 30% de los controles;

debe realizarse sin discriminación alguna en cuanto al país donde esté matriculado el vehículo, el país de residencia del conductor, el país donde esté establecida la empresa, el origen y destino del trayecto o el tipo de tacógrafo, analógico o digital;

en relación con la jornada, se van a comprobar: los tiempos diarios y semanales de conducción, pausas y períodos de descanso diarios y semanales; las hojas de registro de las jornadas precedentes que deben hallarse a bordo del vehículo y/o los datos almacenados correspondientes al mismo período en la tarjeta de conductor y/o en la memoria del aparato de control, y/o impresiones en papel.

b) Control en los locales de la empresa:

van a suponer, al menos, el 50% de los controles;

*se organizarán según los criterios establecidos en los planes anuales de inspección atendiendo a la experiencia adquirida en relación con las diferentes clases de transporte y empresas. Las empresas con una clasificación de alto riesgo serán objeto de controles más estrictos y frecuentes.

además de los aspectos comprobados en carretera, se van a controlar: los períodos de descanso semanal y los tiempos de conducción entre dichos períodos de descanso, el límite quincenal de tiempos de conducción, las hojas de registro, los datos y las impresiones en papel de la tarjeta de conductor y de la unidad instalada en el vehículo, así como la observancia de las obligaciones de las empresas en lo que respecta al pago del alojamiento de los conductores y a la organización de su trabajo.

NOTA:

Entre el 17 y el 27 de marzo de 2022 se sustituyen los siguientes tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías por carretera (DGTT Resol 19-3-22, BOE 22-3-22):

a) El límite de conducción máximo diario de 9 horas por uno de 11 horas; el semanal de 56 horas por uno de 60 horas y el bisemanal de 90 horas por uno de 102 horas.

b) El descanso diario de 11 horas por uno de 9 horas.

c) Posibilidad de tomar dos descansos semanales reducidos consecutivos de al menos 24 horas, siempre que se tome la compensación de los mismos unida al siguiente descanso semanal normal.

10. Financiación de la IT. Se modifican los plazos para que las MCSS acrediten la insuficiencia financiera

DGOSS Resol 8-3-22, BOE 22-3-22

Resumen

Se amplía el plazo para que las MCSS acrediten la insuficiencia financiera y las circunstancias estructurales con el fin de resolver, con carácter definitivo, la autorización para la aplicación en 2021 de los coeficientes adicionales sobre la cuota correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes para la financiación de la IT de los trabajadores al servicio de sus empresas asociadas.

Desarrollo

Las funciones y actividades atribuidas a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS) para la gestión de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena al servicio de sus empresas asociadas, se financian mediante la aplicación de un coeficiente sobre la cuota íntegra correspondiente a la aportación empresarial y de los trabajadores por contingencias comunes. Entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2021, este coeficiente fue del 0,051, con carácter general, del 0,055 para las MCSS con insuficiencia financiera del coeficiente general en base a circunstancias estructurales, o del 0,060 cuando la suma de los resultados a distribuir para la aplicación o dotación de reservas de contingencias comunes y profesionales resulte negativa tras el reconocimiento del coeficiente que corresponda. Sin embargo, la Orden de Cotización para 2021 modificó estos coeficientes fijándose el coeficiente general en el 0,06, y en el 0,07 y el 0,075 los coeficientes adicionales según el supuesto (O PCM/1353/2021 art.23.1).

Se pospone ahora el plazo, para que las MCSS presenten la documentación justificativa de los requisitos de insuficiencia financiera y causas estructurales exigidos para la aplicación de los coeficientes adicionales. Esta documentación deberá presentarse en el

plazo de los 15 días siguientes a la rendición -en lugar de formulación- de sus cuentas anuales definitivamente rendidas por las mutuas correspondientes al ejercicio 2021.

Las mutuas que no formularan la solicitud antes del 1-10-2021 y observen según las cuentas rendidas del ejercicio 2021 que concurren los requisitos establecidos, pueden solicitar a la DGOSS los suplementos financieros en el plazo de los 15 días siguientes a la rendición de cuentas.

11. El TS avala compensar los incrementos del SMI con los trienios

STSUD 26-1-22

Resumen

Las subidas del SMI pueden compensarse con las cantidades percibidas por cada trabajador en concepto de trienios, siempre que el convenio colectivo no lo prohíba expresamente. Así, la base de cálculo a la que hay que añadir la cantidad necesaria para llegar al nuevo SMI está constituida por el salario específico de cada categoría y por lo percibido por los trienios cumplidos por cada trabajador.

Desarrollo

La asociación empresarial demandante interpone demanda de conflicto colectivo en la que insta a la Sala para que se pronuncie sobre la interpretación judicial del RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el SMI para 2019, y su aplicación en el ámbito del VII Convenio colectivo de sector de talleres para personas con discapacidad intelectual de Cataluña.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si para garantizar la efectiva percepción del importe íntegro del SMI aprobado, se debe operar sobre el salario específico de cada categoría o si debe incluirse, también, la cantidad que cada trabajador percibe en concepto de trienios y, sobre la cantidad resultante, añadir lo que falta para cumplir con el nuevo SMI.

El TSJ estima la demanda y resuelve que para cumplir la garantía del SMI deben sumarse al salario de cada categoría los trienios cumplidos por el trabajador.

Frente a esta sentencia se plantean por CCOO y por UGT sendos recursos de casación que el TS desestima en base a los siguientes argumentos.

La revisión del SMI no afecta a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, son superiores a aquel.

Los salarios establecidos en contratos o pactos de naturaleza privada inferiores en su conjunto y en cómputo anual a las cuantías del SMI deben ser modificados en la cuantía necesaria para asegurar la percepción de dichas cuantías. Se incluyen todos los salarios en su conjunto y cómputo anual, sin realizar distinción alguna entre ellos sobre la base de la naturaleza homogénea o heterogénea de algunos de sus complementos, de manera que solo cabe bloquear la compensación y absorción por heterogeneidad de los conceptos salariales cuando se haya convenido así en el convenio colectivo.

De este modo, habrá que estar a las previsiones del convenio para determinar la forma en que ha de darse cumplimiento a esta garantía. El Convenio colectivo de sector de talleres para personas con discapacidad intelectual de Cataluña indica con precisión la metodología a seguir para asegurar, en el ámbito del convenio, la nueva percepción mínima garantizada. Establece la obligación de complementar hasta las nuevas cuantías del SMI el salario base sumado a lo que cada trabajador percibe en concepto de trienios, siempre que la suma de las cantidades percibidas por ambos conceptos, en su conjunto y en cómputo anual, sean inferiores a las fijadas en el nuevo marco normativo de referencia.

Se alcanza así la finalidad pretendida por la norma de garantizar un salario mínimo.

12. Pausa del bocadillo. ¿Puede computarse como tiempo de trabajo solo para una parte de la plantilla?

STSUD 15-2-22

Resumen

El cómputo de la pausa del bocadillo como tiempo de trabajo solo para el colectivo de trabajadores con horario fijo y continuado de 6 horas, no vulnera el derecho a la igualdad de los trabajadores con horario flexible y autoorganización de la prestación de trabajo, aunque la duración de la jornada sea la misma.

Desarrollo

Se plantea ante el TS la cuestión relativa a si el colectivo de “ascensoristas de calle” de la empresa demandada tienen derecho a que se les considere como tiempo de trabajo la pausa diaria por bocadillo de 15 minutos, como sucede con el resto de la plantilla con jornada continuada. La empresa presenta el recurso de casación para la unificación de

doctrina frente a la sentencia del TJ Madrid que, revocando la sentencia de instancia, estimó la demanda al apreciar discriminación hacia este colectivo que, pese a realizar la misma jornada y desempeñar un trabajo más arduo que el resto de la plantilla, no computa el tiempo de bocadillo como tiempo de trabajo.

El TS rechaza que la diferencia de trato entre los colectivos de la empresa tenga un móvil discriminatorio, pues ni siquiera se alega la presencia de un móvil discriminatorio. Considera también inaplicable el principio de igualdad pues las situaciones comparadas no son idénticas ya que la distribución del tiempo de trabajo se ajusta a pautas muy diferentes: quienes disfrutan del derecho demandado tienen horario fijo y continuado de 6 horas mientras que los ascensoristas de calle tienen horario flexible y no consta que tengan horario continuado. Además, autoorganizan la prestación del trabajo -aunque deban registrar telemáticamente todas las actuaciones- mientras que el resto de la plantilla está sometido a las órdenes e instrucciones del empresario y de los clientes en cuyas instalaciones se prestan los servicios. Añade el TS que no basta con la identidad sobre la duración de la jornada para deducir que cualquier diferencia en la ordenación del resto de cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo sea contraria a Derecho.

Además, la diferencia en la consideración de la pausa del bocadillo entre los grupos de trabajadores se debe a la exclusiva voluntad del empresario, constituyendo una condición más beneficiosa, no a un convenio colectivo.

Por ello, el TS estima el recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa.

13. Aprobado el procedimiento para la solicitud de ERTEs del Mecanismo RED

RDL 4/2022, BOE 16-3-22

Resumen

Se regula, con carácter transitorio y hasta que se produzca su desarrollo reglamentario, el procedimiento a seguir por las empresas que deseen acogerse a medidas de suspensión de contrato y reducción de jornada en el ámbito del Mecanismo RED, una vez producida su activación por el Consejo de Ministros. Asimismo, se regulan las especialidades para el acceso a la protección social especial para los trabajadores afectados, que entra en vigor el 30-3-2022.

Desarrollo

El Mecanismo RED es un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permite a las empresas la solicitud de medidas de reestructuración temporal de empleo -reducciones de jornada y suspensiones de contrato- con un régimen específico (ET art.47 bis).

El procedimiento para la solicitud de las medidas de ajuste, en tanto se proceda a su desarrollo reglamentario específico, se rige por las normas generales que regulan la suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas ETOP (RD 1483/2012 cap. II y III), con las siguientes especialidades (RDL 4/2022 disp.trans.2 y 3):

1. No se aplican las previsiones relativas a (RD 1483/2012 art.16.2, 17, 18, 19 y 22):

– la iniciación del procedimiento;

– la documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas;

– la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral;

– el informe de la ITSS;

– los porcentajes máximo y mínimo de reducción de jornada.

2. Cada trabajador solo puede verse afectado por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, pero no por una combinación de ambas, sin perjuicio de la afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada si varían las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas.

3. La dirección de la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar la tramitación del Mecanismo RED, a efectos de la constitución de la comisión representativa.

4. Se regula la documentación que la empresa debe remitir a la comisión representativa junto con la comunicación de inicio del periodo de consultas.

5. Simultáneamente a la comunicación de apertura del período de consultas, la empresa debe presentar la solicitud a la autoridad laboral acompañada de copia de la documentación remitida a la comisión representativa y de la identificación de las personas que la integran.

6. Se regula el contenido mínimo de comunicación final de la empresa a la autoridad laboral, una vez finalizado el período de consultas.

Igualmente, y hasta que se produzca su desarrollo reglamentario, el acceso a la prestación social especial para proteger a los trabajadores afectados por estas medidas

de reestructuración -que entra en vigor el 30-3-2022- se producirá conforme a las siguientes especialidades:

1. La prestación se reconoce con efectos del primer día en que se pudieran aplicar las medidas de suspensión o reducción de jornada, o con efectos de la fecha de presentación de la solicitud de adscripción al mecanismo, en caso de haber sido esta presentada fuera del plazo, y se abonará una vez se reciba la comunicación empresarial.

2. A tal efecto, la empresa debe remitir una comunicación a mes vencido, indicando la información sobre los periodos de actividad e inactividad de los trabajadores en el mes natural inmediato anterior. En el caso de los días trabajados en reducción de jornada, las horas trabajadas se convierten en días completos equivalentes de actividad.

3. El abono de la prestación se realiza a través del circuito establecido para el pago de las prestaciones por desempleo.

Finalmente, se constituye el Fondo RED y se establece el mecanismo de financiación del mismo para afrontar las necesidades presupuestarias del Mecanismo RED (RDL 4/2022 disp.adic.5ª). Transitoriamente, hasta que el Fondo disponga de recursos suficientes, sus gastos se atenderán con cargo a los recursos financiaeros de las entidades competentes en la ejecución del Mecanismo RED (RDL 4/2022 disp.tran.4ª).

Para agilizar el acceso a los datos, las autoridades laborales de las comunidades autónomas podrán remitir directamente la información que obre en su poder relativa a los ERTEs a la TGSS, al SEPE y a la ITSS o poner dicha información a disposición del MTES para su posterior remisión a las citadas entidades (RDL 4/2022 disp.adic.4ª).

14. Medidas urgentes de apoyo al sector agrario (RDL 4/2022)

RDL 4/2022, BOE 16-3-22

Resumen

Se aprueban medidas dirigidas al sector agrario para hacer frente a la situación prolongada de sequía. Entre las medidas en materia de Seguridad Social se establece un aplazamiento en el ingreso de las cuotas de Seguridad Social devengadas entre marzo y junio de 2022, así como una reducción de las jornadas reales cotizadas necesarias para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a favor de trabajadores eventuales agrarios de Andalucía y Extremadura.

Desarrollo

El RDL 4/2022 establece, con vigencia a partir del 17-3-2022, medidas en materia de Seguridad Social dirigidas al sector agrario para hacer frente a la situación prolongada de sequía. Entre las medidas destacan las siguientes:

1. Aplazamiento en el ingreso de cuotas de SS y por conceptos de recaudación conjunta de los trabajadores agrarios cuyo devengo tenga lugar en los siguientes períodos (RDL 4/2022 art.2):

trabajadores por cuenta ajena agrarios: entre los meses de marzo a mayo de 2022.

trabajadores por cuenta propia agrarios: entre los meses de abril a junio de 2022.

Para poder acogerse a esta medida es necesario que la empresa o trabajador autónomo se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tener otro aplazamiento en vigor.

El aplazamiento presenta las siguientes peculiaridades:

debe solicitarse antes del transcurso de los 10 primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso;

se concede mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda. Hasta que se dicte la resolución se considera al deudor al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social respecto de las cuotas cuyo aplazamiento se ha solicitado;

se aplica un interés reducido del 0,5%;

el plazo de amortización es de 4 meses por cada mensualidad solicitada, sin que pueda exceder en total de 12 mensualidades. Se abonan mediante pagos mensuales, siendo el primero de ellos el mes siguiente al de solicitud.

2. Mayor protección por desempleo (RDL 4/2022 art.3)

Hasta el 31-12-2022, se reduce el número de jornadas reales cotizadas necesarias para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a favor de trabajadores eventuales agrarios residentes en el territorio de las CCAA de Andalucía y Extremadura. Ahora van a ser necesarias 20 jornadas reales (en lugar de 30) en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la situación de desempleo. No obstante, se van a considerar acreditadas 35 jornadas reales a los siguientes efectos:

cálculo de la duración del subsidio por desempleo (RD 5/1997 art.5.1.a) y de la renta agraria (RD 426/2003 art.5.1.a) de trabajadores menores de 25 años de edad sin

responsabilidades familiares; y de los trabajadores que, habiendo sido perceptores del empleo comunitario en el año 1983 y perceptores del subsidio en el año inmediatamente anterior (RD5/1997 disp.trans.2ª).

cálculo de la cuantía de la renta agraria (RD 426/2003 art.4.1)

3. Se modifica el art.2 del RD 864/2006, para equiparar la contratación como fijo discontinuo y la contratación eventual de los trabajadores agrarios que desarrollen su actividad en las CCAA de Andalucía y Extremadura a efectos de la protección por desempleo. De este modo, los trabajadores con contrato fijo discontinuo incluidos en el SETA que dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa, o cuando se suspenda la actividad por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, o que, tras esas situaciones cesen involuntariamente en un trabajo eventual agrario, podrán tener la consideración tanto de trabajadores fijos discontinuos como de trabajadores eventuales a efectos de la protección por desempleo siempre que reúnan los requisitos exigidos en cada caso. A efectos del acceso al subsidio no se van a computar las rentas que superen 6 veces el SMI vigente en cada momento, que hasta ahora sí se computaban.

15. Trabajadores con discapacidad. Finaliza el plazo para comunicar el cumplimiento de la cuota de reserva

RD 1451/1983 art. 5

Resumen

El 31 de marzo finaliza el plazo para que las empresas con 50 o más trabajadores comuniquen al Servicio público de empleo la relación de puestos ocupados por trabajadores con discapacidad.

Desarrollo

El art.42 del RDLeg 1/2013 establece la obligación de las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores, de reservar al menos el 2% de los puestos de trabajo para trabajadores con discapacidad.

En relación con esta cuestión, el art.5 del RD 1451/1983 establece la obligación de las empresas de estas características, de enviar a la oficina del servicio público de empleo de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan centros de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad y de aquellos que por sus características queden

reservados a los mismos. Esta obligación debe cumplirse, con conocimiento de los representantes de los trabajadores, dentro del plazo del primer trimestre del año.

De manera excepcional, las empresas pueden quedar exentas de la obligación de reserva de cuota para personas con discapacidad, de forma parcial o total, a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, o, en ausencia de aquellos, por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral. Para ello, deben solicitar del servicio público de empleo competente la declaración de excepcionalidad y, posteriormente, adoptar una medida alternativa que puede consistir en:

a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para:

– el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida, o;

– la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

b) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

c)La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo.

El importe de estas medidas debe suponer, al menos, 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo del 2%.

16. Control del trabajo en remoto. ¿Es nulo el despido por vulnerar el derecho a la intimidad?

STSJ Valladolid 30-12-21

Resumen

No es nulo, sino improcedente, el despido disciplinario de una teleoperadora que presta servicios en régimen de teletrabajo, tras comprobar la empresa incumplimientos genéricos de sus obligaciones laborales a través de un programa de gestión en remoto instalado en el ordenador con autorización de la propia trabajadora. El cese no se ha producido como consecuencia de los incumplimientos comprobados con vulneración del derecho a la intimidad.

Desarrollo

La actora presta servicios como teleoperadora especialista en virtud de un contrato temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial. El 13-3-2022, las partes suscriben un Acuerdo de Teletrabajo para la prestación de los servicios en régimen de trabajo a distancia, reservándose el empresario las facultades de control y supervisión de su actividad. A tal efecto, la empresa instala en el ordenador portátil privado de la trabajadora, con su conocimiento y autorización, un programa de gestión y una aplicación de monitorización que le permiten acceder y realizar capturas de pantalla. Además, la empresa puede escuchar y grabar las llamadas, controlar los tiempos de línea, pausas, descansos y tiempos de codificación.

El 16-3-2020, la coordinadora comprueba a través del sistema de control de llamadas que la actora, que estaba teletrabajando en su domicilio, llevaba varios minutos sin codificar y que estaba en un foro en internet, realizando varias capturas de pantalla. El 19-3-2020 la actora remite a su supervisora, que a su vez lo reenvía a RRHH, un correo electrónico en el que manifiesta su indignación, al entender que la empresa estaba vulnerando su intimidad. Al día siguiente, la empresa entrega a la actora escrito comunicando su despido disciplinario en el que se le imputa una conducta constitutiva de indisciplina y desobediencia en el trabajo, transgresión de la buena fe contractual y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo.

La trabajadora interpone reclamación por despido y la sentencia estima parcialmente la demanda y declara el despido improcedente, pero no nulo. Disconforme con esta resolución se alza la actora en suplicación.

La Sala desestima el recurso en base a los siguientes argumentos:

1) La información sobre los hechos que se le imputan se ha obtenido por los medios habilitados al efecto y no suponen un exceso de control en la aplicación. La Sala considera que, si bien el medio de control de trabajo instalado en el ordenador de la trabajadora no cumple con los estándares de respeto al derecho a la intimidad, el incumplimiento de dicho estándar no vicia de nulidad el despido.

Recuerda que la trabajadora ya había sido informada de la instalación de la aplicación informática y la había autorizado. Además, las imputaciones contenidas en la carta de despido son tan genéricas que, difícilmente, se pueden poner en relación con el uso de tales medios excesivos en la vigilancia del teletrabajo. Por tanto, el despido no se ha producido como consecuencia directa de la información obtenida con la vulneración de derechos fundamentales.

2) La conducta empresarial -que procede al despido disciplinario de la trabajadora al día siguiente a que remitiera un correo electrónico reprochando que las aplicaciones informáticas para el teletrabajo no respetaban su derecho a la intimidad de las comunicaciones-, no puede ser calificada de vulneradora de la garantía de indemnidad, ya que no puede tildarse de reacción de la empresa ante el ejercicio de una acción judicial o la realización de actos preparatorios o previos o, incluso, reclamaciones extrajudiciales por parte de la trabajadora.

La reclamación efectuada por la trabajadora dentro del propio ámbito de la empresa no es suficiente para considerar que la garantía de indemnidad se ha visto afectada, ya que su mensaje no puede equipararse a una reclamación extrajudicial, además de no estar relacionado con los hechos en que se basa el despido.

Por tanto, no procede la declaración de nulidad del despido al no apreciarse que el móvil sea discriminatorio, ni que se haya producido con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas.

17. El TS aplica la doctrina europea sobre las guardias de presencia al sector de transporte en ambulancias

STS 17-2-22

Resumen

El tiempo de espera durante las guardias en que los trabajadores del servicio de emergencia del sector de transporte en ambulancias permanecen en el centro de trabajo a disposición del empleador, es tiempo de trabajo. Por ello deben computarse como

horas trabajadas a efectos del cálculo de la jornada anual y el exceso debe abonarse como horas extraordinarias.

Desarrollo

El convenio colectivo de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia en Castilla y León establece una jornada máxima anual de 1.800 horas. No obstante, para los servicios de emergencia establece una jornada especial en régimen de un día de trabajo de 24 horas y tres días de descanso. La representación sindical considera que las 24 horas de presencia en la base o centro de trabajo son tiempo efectivo de trabajo y deben computarse a efectos del cálculo de la jornada anual de este colectivo que, de esta manera, oscila entre 1992 y 2016 horas. Por ello, presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare que las horas que superen la jornada anual de 1.800 horas tengan la consideración de horas extraordinarias.

Frente a la estimación de la demanda por el TSJ Valladolid, recurre en casación la asociación de empresarios de Ambulancias de Castilla y León alegando que no debe computarse el tiempo de presencia a efectos de la jornada anual ya que, conforme al convenio colectivo, no es tiempo de trabajo efectivo y se remunera con un plus anual. Además, el sector de transporte tiene su propia normativa, el RD 1561/1991 sobre jornadas especiales de trabajo, que distingue entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia.

Previamente a la resolución de la cuestión, el TS rectifica la doctrina establecida por TS 21-4-16 y dictamina que la actividad de transportes de enfermos y accidentados en ambulancia no está incluida en el RD 1561/1995, por lo que resulta de aplicación la Dir 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Esta Directiva distingue entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, conceptos que se excluyen mutuamente sin que se admitan figuras intermedias. En relación con el período de guardia durante el cual el trabajador no lleva a cabo efectivamente ninguna actividad por cuenta del empresario, el TJUE ha interpretado que se dan los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo cuando el trabajador está obligado a hallarse físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En estas situaciones, el trabajador debe permanecer alejado de su entorno social y familiar y goza de poca libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales (TJUE 9-3-21, C-344/19).

a aplicación de la doctrina europea al caso analizado lleva al TS a entender que el tiempo en que los trabajadores del servicio de emergencias prestan el servicio con presencia en la base o centro de trabajo en régimen de 24 horas diarias tiene la condición de tiempo de trabajo a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo.

Por ello, confirma la sentencia recurrida estimatoria de la demanda interpuesta por la representación sindical.

18. La AN cuestiona la validez del registro de jornada en papel

SAN 15-2-22

Resumen

No es válido el registro que hace una estimación del final de la jornada y que se documenta en papel pues incumple la obligación de indicar el concreto final de la jornada y dificulta la puesta de la información a disposición de los trabajadores, de sus representantes legales y de la ITSS.

Desarrollo

En la empresa existe un sistema de registro de jornada que computa el tiempo del personal de servicios a bordo desde la salida del tren hasta la parada final en la estación de destino. Para los períodos de toma y deje de los servicios anteriores y posteriores (en los que se realizan actividades de entrega de documentación y dinero, atención a viajeros …) se establecen unos tiempos fijos estimados. En cada tren existe una tablet de la que pueden hacer uso los empleados para anotar incidencias cuando se rebasen los tiempos estimados.

La representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se condene a la empresa a implantar un sistema de registro de jornada fiable, objetivo y que mida el tiempo real de la jornada de trabajo.

El ET art.34.9 establece la obligación de las empresas de garantizar el registro diario de jornada que incluya el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora. La empresa debe conservar el registro durante 4 años permaneciendo a disposición de los trabajadores, de sus representantes legales y de la ITSS. La AN considera que el sistema de registro implantado en la empresa no cumple la finalidad perseguida por el ET, por las siguientes razones:

1. La empresa solo dispone de una hoja de papel donde el empleado firma cuando toma el servicio. Aunque el ET no expresa el soporte en que deben conservarse los registros de jornada (papel o aplicación informática), la AN considera que el registro en papel dificulta la puesta de esta información a disposición de los trabajadores, de sus representantes y de la ITSS.

2. Desde la toma hasta el deje final del servicio, los trabajadores realizan una actividad real (documentación, recogida de material, despedida de viajeros, comprobación de recaudación) y sin embargo la empresa toma en consideración tiempos estimados y predeterminados de estas operaciones sin estar a la duración real. El sistema no acredita, por lo tanto, el horario concreto de inicio y fin de la jornada diaria de trabajo.

La AN concluye que el sistema implantado no es válido y obliga a la empresa a implantar, en el improrrogable plazo de 30 días, un sistema de registro fiable y objetivo que mida el tiempo real de la jornada de cada trabajador y que sea accesible para los trabajadores su la representación legal.

19. Adaptación de jornada por cuidado de hijo: debe concederse, aunque ello implique un cambio de departamento

STSJ Canarias 3-2-22

Resumen

Se reconoce el derecho de una trabajadora, víctima de violencia de género, que presta servicios en horario rotativo a la adaptación de jornada solicitada para el cuidado de su hijo de 5 años, aunque ello implique su adscripción a un departamento diferente de la empresa con horarios compatibles.

Desarrollo

La actora presta servicios para una empresa de seguridad en horario rotativo de 13.00 a 20.05 horas, de 21.00 a 4.50 horas y, de forma ordinaria, de 15.00 a 22.00 horas. Está separada y es madre de un menor de 5 años. Su cónyuge ha sido declarado culpable de un delito de amenazas en el ámbito familiar, con prohibición de acercarse a la actora, a su trabajo, a su domicilio, ni comunicarse con ella, directa o indirectamente, durante un año. Tampoco tiene otros familiares que puedan hacerse cargo del menor.

En estas circunstancias, solicita a su empresa la adaptación de la jornada de trabajo en horario de 09.00 a 17.00 horas, de lunes a viernes, para el cuidado de su hijo menor de edad.

La empresa deniega la solicitud alegando, por un lado, que no tiene la consideración de víctima de violencia de género, sino de violencia familiar y, por tanto, no resulta de aplicación la previsión del art.37.8 del ET. Y, por otro, que su solicitud implicaría la adscripción a un turno fijo dentro de un horario que no existe en la compañía, lo que

supondría un perjuicio en relación con las necesidades organizativas del servicio, por lo que le propone un turno entre las 13.00 y las 05.00 horas de lunes a viernes.

Disconforme con esta propuesta interpone demanda en procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (adaptación horaria) que es estimada en la instancia en la que, además, se impone a la empresa una indemnización por daño moral de 3.000 euros.

La empresa interpone recurso de suplicación que es desestimado la sala de lo social del TSJ. Considera que la actora sí es víctima de violencia de género en los términos previstos en la LO 1/2004 art.1, por lo que su solicitud de adaptación horaria se ampara en un doble derecho: de un lado, el derecho de adaptación horaria por cuidado de un menor de 12 años (ET art.34.8), y, por otro, desde su posición de especial vulnerabilidad, como mujer víctima de violencia de género (ET art.37.8).

La sentencia realiza un vasto análisis sobre el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, tanto en la regulación internacional, como comunitaria y estatal, integrando las perspectivas de género e infancia.

La proyección de la normativa expuesta lleva al TSJ a desestimar el recurso primando el interés superior del menor y sus necesidades físicas y emocionales a los 5 años, máxime teniendo en cuenta el contexto de violencia intrafamiliar existente, por lo que va a ser necesario un mayor esfuerzo y una mayor dedicación para garantizar su equilibrio emocional.

Respecto a las razones organizativas alegadas por la empresa, considera acreditado que existen otros departamentos que han sido ocupados por trabajadores de la misma categoría profesional que la actora, en los que además ya ha prestado servicios anteriormente y a los que podría ser adscrita con horarios compatibles.

Finalmente, la Sala confirma la indemnización de 3.000 euros por daño moral. La cuantía de las sanciones prevista en la LISOS se configura como un parámetro objetivo adecuado para cuantificar las indemnizaciones por daño moral y, hallándose la cantidad de 3.000 euros dentro del grado mínimo previsto para las sanciones graves, la indemnización se considera proporcionada, sin que a ello obste el hecho de que la empresa ofreciera un horario alternativo al solicitado por la demandante, máxime cuando este horario coincidía con la demanda de cuidados del niño.

Por todo lo expuesto desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

20. Entra en vigor la obligación de disponer de un plan de igualdad para las empresas de 50 o más trabajadores

LO 3/2007 -redacc RDL 6/2019-

Resumen

El 7-3-2022 finaliza el plazo para que las empresas de 50 o más trabajadores aprueben el plan de igualdad que deben implantar. El incumplimiento de esta obligación supone una infracción grave sancionada con multa de 751 a 7.500 euros.

Desarrollo

Desde el 7-3-2022 todas las empresas de 50 o más trabajadores deben contar con un plan de igualdad entendido como un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LO 3/2007 art.45.2 y 46.2).

Se pone así fin al período transitorio de implantación gradual de esta obligación, establecida por la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el tamaño de la empresa:

– empresas de 151 a 250 trabajadores: desde el 7-3-2020;

– empresas de 101 a 150 trabajadores: desde el 7-3-2021;

– empresas de 50 a 100 trabajadores: a partir del 7-3-2022.

El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción grave sancionada con multa de 751 a 7.500 €. También se sanciona con esta multa el incumplimiento de la obligación cuando venga establecida en el convenio colectivo aplicable en la empresa. Si la obligación deriva de una sanción sustitutoria de infracción en materia de discriminación, el incumplimiento constituye una infracción muy grave sancionada con multa de 7.501 a 225.018 €

21. Actualización de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por accidentes de circulación

DGSFP 23-2-22, BOE 7-3-22

Resumen

Se actualizan las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultan de aplicar durante 20122 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Este baremo es el utilizado de forma orientativa para el cálculo de las indemnizaciones por AT/EP.

Desarrollo

La actualización de las cuantías indemnizatorias del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación se produce de forma automática, con efectos desde el de 1 de enero de cada año y en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la LPGE.

En cuanto que la LPGE/22 ha establecido con carácter general un incremento porcentual igual al valor medio de las tasas de variación interanual del IPC de los meses que van desde diciembre de 2020 hasta noviembre de 2021 y que ha ascendido al 2,5%, esta es la revalorización que sobre de las cuantías establecidas para 2021 se debe aplicar a las indemnizaciones causadas por los accidentes causados por vehículos de motor.

Este baremo se utiliza de forma orientativa para el cálculo de las indemnizaciones derivadas de AT/EP.

22. El TS reconoce el complemento por maternidad a los pensionistas varones con efectos retroactivos

STSUD 17-2-22

Resumen

El TS ha dictaminado que el complemento por maternidad de las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social debe reconocerse con efectos retroactivos a los hombres que estuvieran en la misma situación que las mujeres.

Desarrollo

El 2-12-2016, el INSS dicta resolución por la que reconoce al actor una pensión de jubilación con cargo al RETA. En febrero de 2020, solicita la revisión de su pensión y el reconocimiento del complemento por maternidad por ser padre de 2 hijos.

Esta solicitud es denegada por la entidad gestora en razón a que la normativa vigente sobre el complemento por maternidad -LGSS art.60 en su redacción original- solo lo contemplaba respecto de las mujeres que, habiendo tenido 2 o más hijos biológicos o adoptados, causaran derecho a una pensión contributiva de jubilación, IP o viudedad en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social.

Disconforme con esta resolución, el actor interpone reclamación judicial. El juzgado de lo social dicta sentencia por la que reconoce al demandante un complemento de maternidad del 5% aplicado a la pensión más revalorizaciones.

Recurrida en suplicación, el TSJ estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia recurrida en el único aspecto de fijar que los efectos económicos del reconocimiento del complemento debían limitarse a los 3 meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, es decir desde el 1-12-2019.

Contra esta resolución se interpone recurso de casación para unificación de la doctrina por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSS y la TGSS, que defienden que los efectos económicos no pueden retrotraerse más allá de la fecha de publicación de la sentencia del TJUE 12-12-19, asunto C-450/2018 WA contra INSS, que declaró que la norma por la que el complemento se reconocía sólo a las mujeres constituía una discriminación por razón de sexo. El recurso no es impugnado por la parte recurrida que no se persona en las actuaciones.

La cuestión que se plantea se centra en determinar si la fecha de efectos del reconocimiento del complemento por maternidad a un varón debe limitarse a los 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud o bien situar el dies a quo el 17-2-2020, fecha de publicación de la citada sentencia en el DOUE.

El TS realiza, en primer lugar, un análisis sobre la eficacia de las sentencias del TJUE y concluye que, por disposición expresa del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia art.91, las sentencias son obligatorias desde el día de su pronunciamiento. En consecuencia, los efectos económicos del complemento de maternidad solicitado tendrían su inicio, al menos, en la fecha del pronunciamiento del TJUE. La Sala considera que el art.36.2 de la L 40/2015 -que condiciona los efectos de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al derecho de la UE a su publicación en el boletín oficial-, se incardina en el cuerpo normativo que regula la responsabilidad patrimonial de las AAPP y, en todo caso, no podría aplicarse en sentido contrario al derecho de la UE.

Finalmente, la Sala recuerda que la interpretación que hace el TJUE de una norma se limita a aclarar y precisar el significado y alcance de dicha norma, tal como debía haber sido aplicada desde su entrada en vigor. Por ello, los efectos del reconocimiento del complemento deberían retrotraerse al momento del hecho causante de la pensión –efectos ex tunc-. Además, el TJUE no estableció limitación temporal alguna en la sentencia que declaró contrario al derecho comunitario el reconocimiento de dicho complemento a las mujeres.

No obstante, los términos del enjuiciamiento vienen limitados por las posiciones de las partes, por lo que, en aplicación del principio dispositivo, y de los principios de congruencia de las sentencias y de defensa de las partes, la solución no puede ser otra que la de confirmar la sentencia recurrida que declaró que los efectos retroactivos debían limitarse a los 3 meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud.

En el mismo sentido, TS 17-2-22, respecto a una pensión de jubilación en el RGSS.

Nota. Con efectos a partir del 4-2-2021, el complemento para la reducción de la brecha de género sustituye al complemento por maternidad, para adaptarlo a esta doctrina del TJUE que declaró la exclusión de los hombres contraria al derecho de la UE (LGSS art.60 redacc RDL 3/2021).

23. El TS extiende a los miembros de comunidades de bienes la imposibilidad de acceder a la jubilación activa plena

STS Pleno 8-2-22

Resumen

El TS en Pleno extiende la doctrina dictada en relación con los autónomos societarios a los miembros de las comunidades de bienes y rechaza que puedan compatibilizar el trabajo por cuenta propia con el percibo del 100% de la pensión de jubilación.

Desarrollo

El perceptor de una pensión de jubilación activa al 50% en el RETA solicita el acceso a la jubilación activa plena (100%) al reunir el requisito exigido de tener contratado un trabajador por cuenta ajena. El INSS rechaza la solicitud al entender que no reúne tal requisito porque el trabajador por cuenta ajena está contratado por la comunidad de bienes de la que el solicitante es titular al 70%.

Ya en sede judicial, se estima la pretensión del solicitante tanto en primera instancia como en suplicación al entender los tribunales que, aunque es la comunidad de bienes la que actúa como empleadora, no tiene personalidad jurídica propia y el régimen de responsabilidades aplicable hace que quien realmente asume la condición de empresario sea cada uno de los comuneros que la integran. El INSS recurre en casación para la unificación de doctrina.

El acceso a la jubilación activa plena en el RETA exige la concurrencia de dos requisitos: realizar una actividad por cuenta propia y tener contratado a un trabajador por cuenta ajena. Respecto de este último requisito, el TS ya ha advertido que resulta imprescindible que la contratación se haya realizado por la persona jubilada, lo que no concurre en el caso del autónomo societario pues el contratante es la persona jurídica, que responde con su patrimonio social, distinto del de sus socios y administradores sociales (TS 23-7-21, 21-9-21).

El TS extiende ahora esta doctrina al supuesto de los comuneros integrados en la comunidad de bienes que contrata al trabajador por cuenta ajena, al considerar que quien tiene la condición de empleador no son los comuneros sino la comunidad de bienes. El hecho de que los comuneros deban responder de la actividad desplegada por la comunidad de bienes no transforma en empleador a cada uno de los comuneros. Tampoco concede esta condición el hecho de que los comuneros queden obligatoriamente incluidos en el RETA cuando desarrollen una actividad productiva sin limitarse a la administración de los bienes compartidos.

Por ello, el Pleno del TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y revoca la sentencia recurrida.

Nota:

La sentencia contiene un voto particular

24. Se mejora la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuo

RDL 3/2022, BOE 2-3-22

Resumen

El RDL 3/2022 modifica la LGSS para eliminar las normas específicas establecidas para los trabajadores fijos discontinuos y garantizar su acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos que el resto de los trabajadores por cuenta ajena del RGSS.

Desarrollo

La disp. adic. 6ª del RDL 32/2021 estableció la necesidad de mejorar la protección de los trabajadores fijos-discontinuos permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de trabajadores por cuenta ajena del RGSS protegidos por la contingencia de desempleo.

En cumplimiento de este precepto, el RDL 3/2022 modifica los art.277 y 280 de la LGSS para eliminar las normas específicas establecidas para los trabajadores fijos discontinuos en materia de desempleo y aplicar las mismas normas establecidas para los trabajadores indefinidos en los siguientes aspectos:

a) La duración de los subsidios por desempleo causados a partir del 2-3-2022, hasta ahora equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud, de los siguientes trabajadores fijos discontinuos (LGSS art.277):

– que hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares (LGSS 274.1.a),

– que hayan agotado la prestación por desempleo, carezcan de responsabilidades familiares y sean mayores de 45 años (LGSS 274.1.b),

– que no tengan cubierto el período mínimo de cotización para la prestación de modo (LGSS art.274.3), que hasta ahora era equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud.

A los subsidios por desempleo causados por los trabajadores fijos discontinuos antes del 2-3-2022 les resultan de aplicación las normas vigentes a la fecha en que se causaron (RDL 3/2022 disp.trans.4ª).

b) Posibilidad de acceder al subsidio por desempleo para mayores de 52 años aunque mantengan la condición de fijos discontinuos.

c) La cotización durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años (LGSS art.280).

25. Nueva regulación para la puesta a disposición de trabajadores de la estiba y desestiba

L 4/2022 BOE 1-3-22

Resumen

Se modifica la LETT para regular los centros especiales de empleo como empresas de puesta a disposición de trabajadores portuarios especializados en la manipulación de mercancías. Las empresas socias deberán contribuir al mantenimiento del empleo y garantizar la ocupación efectiva.

Desarrollo

Con vigencia a partir del 2-3-2022 se modifica la LETT (L 14/1994) para establecer una nueva regulación de los centros portuarios de empleo (CPE). Ahora se definen como empresas de propiedad conjunta de base mutualista que tienen por objeto satisfacer de forma óptima la necesidad común de los socios de disponer de trabajadores portuarios especializados para prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías. Los CPE también pueden poner sus trabajadores a disposición de empresas no socias siempre que estas sean titulares de la licencia o de la autorización correspondiente.

Pueden ser socias de los centros portuarios de empleo las empresas titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías. Con el fin de favorecer la eficiencia en la gestión de la actividad portuaria y la calidad del empleo, se impone a estas empresas las siguientes obligaciones:

a) Contribuir al mantenimiento del empleo y garantizar la ocupación efectiva del personal del CPE, solicitando la cesión temporal de trabajadores portuarios para las actividades no realizadas por el personal propio. La negociación colectiva podrá establecer las especificaciones necesarias para el desarrollo de esta obligación a través de orientaciones para la organización y distribución del trabajo, incluida la fijación nombramientos y turnos, sistemas de rotación y otros.

b) Colaborar en la formación, perfeccionamiento y promoción profesional del personal del CPE.

c) Participar en la puesta en práctica de medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y en las medidas sociales de acompañamiento.

No obstante, las empresas socias pueden contratar los servicios de estiba y de formación de trabajadores portuarios con otros operadores.

El régimen de puesta a disposición de trabajadores se determinará a través de los estatutos del CPE o de un contrato marco de prestación de servicios con cada socio, cuya adaptación o celebración debe producirse antes del 2-5-2022 (L 4/2022 disp.trans.única). Si esto provocara cambios en la organización del trabajo, a los contratos de trabajo, o la calidad y estabilidad del empleo, deberá informarse y consultar a la representación unitaria de las personas trabajadoras del CPE. El socio que no vote a favor del acuerdo de modificación de los estatutos o no celebre el contrato marco de prestación de servicios podrá separarse del centro portuario de empleo.

26. Reversión de servicio público, ¿fijo o indefinido no fijo?

STSUD 28-1-22

Resumen

El TS fija doctrina estableciendo que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. La integración en la plantilla orgánica de la administración debe hacerse, por tanto, como personal fijo y no como indefinido no fijo.

Desarrollo

La empleada venía prestando servicios como trabajadora familiar especialista mediante contrato de trabajo a tiempo completo y de duración indefinida para una mercantil privada con la que el ayuntamiento de Pamplona tenía organizado el servicio de asistencia domiciliaria.

A partir de 1-3-2017, el Ayuntamiento acuerda asumir directamente la gestión de dicha actividad, lo que comunica a la trabajadora, a la que integra en su plantilla orgánica como personal indefinido no fijo (PINF).

Disconforme con esta decisión, la trabajadora interpone demanda interesando que se reconozca su condición de personal fijo del Ayuntamiento de Pamplona.

El juzgado de lo social dicta sentencia estimando la demanda y acogiendo las pretensiones de la actora, sentencia que es recurrida en suplicación por la entidad pública. El TSJ revoca la sentencia de instancia al considerar que cuando el art.44 ET dispone que la sucesión no extingue por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, en modo alguno está permitiendo el acceso a la fijeza de la trabajadora subrogada sin haber

superado previamente el correspondiente proceso selectivo, con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Interpuesto recurso de casación para unificación de la doctrina el TS dicta sentencia estimando el recurso y confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

La cuestión que se discute se centra en determinar, en definitiva, si la trabajadora de una empresa privada, cuando pasa a tener como empleador al Ayuntamiento como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma, mantiene su condición de fija o se integra como PINF.

El TS acoge, en una decisión adoptada por unanimidad, las pretensiones de la actora fijando como doctrina unificada que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Recuerda en su argumentación que el régimen subrogatorio debe considerarse como un conjunto de previsiones y que no es admisible su fragmentación. Su finalidad es favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenían reconocidos con el anterior.

Insiste en que la norma es aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Recalca, igualmente, que el objeto de la Dir 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión (TJUE 6-4-17, asunto C-336/15).

Así, las previsiones referidas al acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad (Const art.103.3) no pueden derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la citada Directiva. Y es que no se trata de un tema de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas.

Sin embargo, el TS advierte, por un lado, que esta doctrina no permite amparar supuestos fraudulentos y, por otro, que la fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, es decir, únicamente mientras la trabajadora permanezca adscrita al desarrollo de las funciones propias de la unidad productiva que se transmitió.

Fdo. Santiago Blanes Mompó

Socio Área Laboral Tomarial