

NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

octubre 2022



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

ÍNDICE

1.	Despido objetivo: el TS interpreta el “prohibido despedir” durante la pandemia	4
2.	Reducción de jornada por conciliación: ¿cuándo puede modificarse la concreción horaria?.....	6
3.	Se incrementan las indemnizaciones para los afectados por accidentes de circulación	7
4.	Videovigilancia: nuevo pronunciamiento sobre la obligación de informar al trabajador.....	8
5.	Publicada la Directiva europea sobre salarios mínimos.....	12
	Dir (UE) 2022/2041, DOUE 25-10-22.....	12
6.	El SEPE dicta instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley de garantía integral de la libertad sexual.....	14
7.	La TGSS aclara cuestiones relacionadas con la aplicación de determinadas bonificaciones.....	16
8.	La depresión causada por una orden de traslado es accidente de trabajo	17
9.	¿Está justificado prohibir llevar símbolos religiosos, políticos o filosóficos en el trabajo?.....	18
10.	Nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad	21
11.	Se crea el fondo de compensación del amianto.....	22
12.	Modificaciones en los planes de pensiones de empleo	24
13.	El TS incrementa la pensión de orfandad en los supuestos de privación de patria potestad.....	25
14.	La agorafobia no justifica el reconocimiento de una IPA al no impedir el teletrabajo	27
15.	Calendario de fiestas laborales para 2023	28
16.	Aprobado el proyecto de Presupuestos Generales del Estado 2023.....	29
17.	¿Cómo se prueba la existencia de autorización verbal para el disfrute de las vacaciones?.....	39
18.	Permiso por asuntos propios: ¿puede reducirse en proporción al tiempo trabajado?	40
19.	Teletrabajo. Las incorrecciones en el registro horario son causa de despido	41

20. El TS interpreta con perspectiva de género el cuadro de enfermedades profesionales
43
21. Nuevo pronunciamiento de la AN sobre el contenido del acuerdo de trabajo a
distancia..... 45
22. ¿Cuándo es válida una cláusula de rendimiento mínimo en el contrato de trabajo? 48
23. ¿Prescribe el derecho al disfrute de las vacaciones si el trabajador no las solicita? 50

1. Despido objetivo: el TS interpreta el “prohibido despedir” durante la pandemia

STSUD 19-10-22, rec. 2206/2021

El TS declara que el despido producido desconociendo lo previsto en el RDL 9/2020 art.2 debe ser calificado como improcedente salvo que exista alguna causa que determine su nulidad. El TS entiende que esta norma no contiene una prohibición de despedir y tampoco establece la consecuencia en caso de despido fraudulento sea su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa.

Improcedencia de despido objetivo

El demandante venía prestando servicios mediante un contrato de trabajo en prácticas cuya finalización estaba prevista el 31-1-2021. El 15-5-2020, la empresa le notifica el despido por causas organizativas debido a la reducción de la actividad y la paralización de los proyectos asignados. Disconforme con el despido, el trabajador interpone demanda de despido, que es declarado improcedente en la instancia y nulo en suplicación. EL TSJ consideró que con el despido la empresa había cometido un fraude de ley al haber dejado sin efecto la decisión legislativa de impedir el despido por las causas asociadas a la pandemia (RDL 9/2020 art.2;RDL 8/2020 art.22 y 23). Disconforme la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar cómo debe calificarse un despido por causas objetivas fundamentado en las circunstancias excepcionales derivadas de la COVID 19 y la declaración del estado de alarma. En concreto, la calificación del despido desconociendo lo establecido por el RDL 9/2020 art.2 sin que se haya producido la vulneración de un derecho fundamental.

Para resolver la cuestión, el TS parte de considerar que el RDL 9/2020 estableció que las dificultades empresariales generadoras de causas ETOP o de fuerza mayor asociadas a la pandemia o de fuerza mayor debían encauzarse a través de los ERTE y no a través de los despidos.

No obstante, la norma no estableció la calificación del despido producido contradiciendo esta norma. EL TS repasa su doctrina y concluye que el despido desconociendo lo establecido en la legislación de emergencia, en especial del RDL 9/2020 art.2, no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre

despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela). Por tanto estima el recurso, siendo las razones alegadas las siguientes:

1. El RDL 9/2020 no contiene una prohibición de despedir, sino que establece que las causas de crisis empresarial (ETOP o fuerza mayor) derivadas de la pandemia no pueden justificar ninguna extinción del contrato o despido. Esto es crisis empresariales que, de no existir la norma, encajarían en el despido objetivo o colectivo, se convierten en despidos sin causa justificada, que con arreglo a nuestra doctrina, se reconducen la calificación como improcedentes. En efecto, en cuanto en el supuesto enjuiciado, la empresa ha invocado razones genéricas y conectadas con la pandemia, por aplicación del RDL 9/2022 nos encontramos ante un despido sin causa. Esto es, el legislador ni ha establecido una verdadera prohibición ni ha proclamado la nulidad del despido producido desconociendo esta regulación.

La ausencia de causa acreditada, sea cual fuere la invocada por el empresario (o incluso en ausencia de cualquiera), reconduce el supuesto al despido improcedente. Por descontado, salvo que existiera vulneración de derechos fundamentales.

2. Son nulos los despidos producidos con vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, pero no en caso de vulnerar los dispuesto en el RDL 9/2020 art.2, ya que para su modificación se hubiera requerido una Ley Orgánica y el derecho al trabajo (Const art.35), como presunto derecho vulnerado, no es un derecho fundamental. Además, en el supuesto enjuiciado, el trabajador no invocó, ni directa ni indirectamente, la vulneración de derecho fundamental alguno.
3. Aunque el CC establece que la nulidad es la consecuencia de los actos contrarios a las normas prohibidas (CC art.6.3), los efectos de realizar actos contrarios a las normas no son estos sino los específicos del despido. Es decir, la eventual conducta fraudulenta de la empresa no desemboca necesariamente en la nulidad del despido, como establece la teoría general, sino la improcedencia del mismo. Tanto el abuso de derecho, como el fraude de ley suponen que el despido sea calificado de improcedente, porque así se ha establecido legalmente.
4. Al quedar el despido sin causa justificada debe considerarse improcedente. La normativa de emergencia examinada no altera las premisas para calificar los despidos carentes de causa y la doctrina del TS ha calificado como improcedente el despido sin causa, la conclusión es que es que el despido ha de calificarse de improcedente.

5. Por último, el TS considera que la declaración de improcedencia es suficiente para llenar las exigencias preventivas y reparatorias respecto de una decisión ilegal, como sucede en el supuesto enjuiciado. En efecto, la declaración de improcedencia implica que la sola voluntad empresarial no puede suponer la extinción del contrato por lo que la conducta empresarial es sancionada. Asimismo, descartar la nulidad, no vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el incumplimiento del principio de causalidad del despido lleva aparejado una indemnización.

2. Reducción de jornada por conciliación: ¿cuándo puede modificarse la concreción horaria?

STSJ Las Palmas 12-9-22

La adaptación de la jornada concedida por conciliación de la vida laboral y familiar no es un derecho absoluto de los trabajadores. La modificación de la jornada establecida es posible, pero sólo cuando se acredite un cambio en las circunstancias que motivaron su concesión inicial.

Concreción horaria de la reducción de jornada por conciliación: modificación

La actora, que trabaja como vendedora para una compañía dedicada, fundamentalmente, a la venta de productos de electrónica de consumo, disfruta de una reducción de jornada por conciliación familiar -es madre de una niña de 5 años- y concreción horaria reconocidas por resolución judicial de 7-12-2019, prestando servicios de lunes a sábado de 09:00 h. a 15:00 h. El otro progenitor también es trabajador de la mercantil demandada para la que, además, presta servicios todos los festivos.

El 18-10-2021 solicita no prestar servicios los festivos que recaigan en su jornada laboral, petición que es rechazada por la empresa que justifica su negativa por razones organizativas -dada la necesidad de atender al público los días de mayor afluencia-, y teniendo en cuenta que no se han modificado las circunstancias que motivaron el reconocimiento de la reducción de jornada con la concreción horaria solicitada -esto es, de 9.00 a 15.00 h. y de lunes a sábado-.

Disconforme con esta decisión interpone demanda que el juzgado de primera instancia estima condenando, además, a la demandada al abono de una indemnización por daños y perjuicios.

Recurrida en suplicación por la empresa, el TSJ Canarias estima el recurso al considerar que del relato de hechos probados se desprende que, efectivamente, no se ha producido ningún cambio en la situación que motivó el reconocimiento de la concreción horaria inicial, por lo que no existe razón alguna para considerar que la medida de conciliación adoptada judicialmente haya dejado de cumplir su objetivo.

Recuerda la Sala que el derecho a la conciliación no es un derecho absoluto, por lo que no es posible atender peticiones que carecen de la mínima justificación, razonamiento o motivación, en las que la solicitante se limita a invocar la mera existencia de un menor a cargo.

En consecuencia, dado que no concurren los elementos constitutivos del derecho a conciliar en la petición dirigida a la empresa, ni se han aportado razones que justifiquen la necesidad de conceder el cambio solicitado, el TSJ considera que no es necesario examinar el perjuicio organizativo y/o económico que supondría para la empresa el reconocimiento de la medida solicitada.

Por ello, acoge el recurso desestimando íntegramente la demanda de la actora y dejando sin efecto la indemnización de daños y perjuicios, pues no existe incumplimiento alguno imputable a la entidad empleadora susceptible de generar daño moral que precise de reparación.

La sentencia cuenta con VOTO PARTICULAR que considera que la concreta petición de concreción horaria formulada en 2021 no ha sido debatida ni juzgada con anterioridad y no concurre mala fe de la actora. Añade que el requisito de cambio de circunstancias familiares no se exige en la ley y limita las posibilidades de acceso a la justicia.

3. Se incrementan las indemnizaciones para los afectados por accidentes de circulación

RD 907/2022, BOE 28-7-22

Con vigencia desde el 29-10-2022 se incrementan las cuantías de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a las personas afectadas por accidentes de circulación. Este baremo es también el utilizado de forma orientativa para el cálculo de las indemnizaciones por accidente de trabajo.

Nuevas tablas

Con vigencia desde el 29-10-2022 se incrementan las cuantías de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a las personas afectadas por accidentes de circulación, establecidas en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor (RDLeg 8/2004 tit IV), modificando una parte de las tablas.

En concreto, se incrementan las indemnizaciones para los lesionados más graves para adaptarlas a la evolución socio económica, incluyendo la necesaria reparación económica justa de las víctimas. De forma específica, se incrementan:

- Las indemnización por lucro cesante, aumentando las cuantías que percibirían tanto las personas que dependen económicamente de la víctima en caso de fallecimiento en accidente de circulación (conjugue, hijos, padre, hermanos, abuelos, nietos y allegados), como que recibiría el propio lesionado si el accidente le causara incapacidad permanente.
- Las indemnizaciones en caso de necesidad de que el accidentado requiera la ayuda de terceras personas como consecuencia del siniestro.

Este baremo también es el utilizado para el cálculo de las indemnizaciones por AT.

4. Videovigilancia: nuevo pronunciamiento sobre la obligación de informar al trabajador

STCo 119/2022 29-9-22

El TCo reitera que en caso de conducta ilícita flagrante, el deber de informar a los trabajadores y/o a los representantes de los trabajadores sobre la existencia de un sistema de videovigilancia se entiende cumplido cuando se coloca en lugar visible un distintivo que advierte sobre su existencia al público en general. Además, declara que no impide la validez de la prueba haber utilizado las cámaras para la misma finalidad cinco años antes. Cinco de los magistrados emiten voto particular.

Validez de la prueba de videovigilancia

Ante la sospecha de un hecho irregular, la gerencia de la empresa examina las cámaras de seguridad de la empresa instaladas en los lugares de atención al público, verificando la

comisión de una conducta ilícita por parte de uno de los trabajadores con más de 12 años de antigüedad (sustracción de productos propios de la empresa), lo que motiva su despido.

Los trabajadores no habían recibido la información previa y expresa ni de la instalación de las cámaras ni de su eventual uso con fines disciplinarios. No obstante, la instalación del sistema de videovigilancia estaba advertida en un lugar visible de la empresa, mediante un distintivo que se ajustaba a la normativa vigente sobre protección de datos. Además, se trataba de un hecho conocido por los trabajadores, ya que cinco años antes se había acordado el despido de un empleado de la empresa, motivado por la constatación de una conducta ilegal mediante la utilización de las imágenes captadas por el sistema de videovigilancia.

El trabajador presenta demanda contra el despido, que es declarado procedente en la instancia. El Juzgado entendió que el sistema de vigilancia no era ni oculto ni desconocido por el trabajador.

Por el contrario, en suplicación se estima el recurso al considerar que el incumplimiento del trabajador ha sido acreditado mediante una prueba ilícita, declarando la improcedencia del despido. Señala que la utilización de imágenes para el ejercicio de las funciones de control exige una información previa al trabajador, aunque, en caso de ilícitos flagrantes es suficiente que dispositivos estén colocados de forma que informen suficientemente de su existencia, de la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos sobre ello. No obstante, en el supuesto enjuiciado la empresa ya utilizó esos mismos dispositivos para proceder al despido de un trabajador hace 5 años, resultando incomprensible que no se haya regularizado la situación informando adecuadamente a los trabajadores.

Disconforme, la empresa plantea recurso de casación para la unificación de doctrina que, al no apreciar contradicción con la sentencia aportada de contraste, se inadmite. La empresa considera que la prueba era válida, ya que se trataba de verificar un hecho puntual y flagrante, bastando en esos casos con que el trabajador tenga conocimiento de la existencia del sistema de videovigilancia. Entiende que la sentencia dictada en suplicación ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, fundamentalmente por la declaración de ilicitud de la prueba de videovigilancia aportada y plantea recurso de amparo ante el TCo.

Para resolver el recurso el TCo parte de analizar tanto la doctrina constitucional como la del TEDH sobre el derecho a la intimidad y a la protección de datos y su regulación legal a través de la LO 3/2018 y el RGPD (Rgto 2016/679). De esta regulación se deduce que para la adecuada resolución del recurso de amparo se ha de analizar si la instalación se ajusta o

no a la normativa sobre protección de datos y su afectación al derecho a la intimidad del trabajador.

A) Respecto del derecho a la protección de datos.

El TCo señala que el consentimiento del titular y el deber de información es parte del contenido esencial de este derecho. Incumplir esta obligación afectaría a este derecho y no al derecho a la intimidad. Con relación a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral señala lo siguiente:

a) El tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual.

b) Por el contrario, subsiste la obligación de informar al trabajador, que el empresario debe cumplimentar de forma previa, expresa, clara y concisa. No obstante, cuando la conducta ilícita es flagrante, el deber se entiende cumplido colocando en lugar visible de un distintivo que advierta sobre: la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. Con relación al supuesto enjuiciado, el TCo señala lo siguiente:

– No tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo.

– Haber utilizado las cámaras para la misma finalidad cinco años antes no puede ser valorado en perjuicio de la empresa. Señala el TCo que, dada su antigüedad, el trabajador conocía y era consciente de la existencia de las cámaras y de su eventual utilización para fines laborales disciplinarios.

– Esto no supone excluir la responsabilidad de la empresa por el incumplimiento del deber de información, pero de ese dato no se puede deducir la invalidez de la utilización de esas imágenes en los casos de conducta ilícita flagrante, porque la mayor o menor flagrancia de la conducta no depende de la existencia o no de un hecho acreditado con anterioridad a través de esa misma medida.

Por tanto, el TCo concluye que no se ha vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos (Const.18.12). La empresa había colocado el correspondiente distintivo en lugar visible, ajustado a las previsiones legales en materia de protección de datos. Las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó flagrante, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta, como era la irregularidad manifiesta de guardar un

producto de la empresa dentro de una bolsa con el logotipo de una empresa de la competencia, en un lugar no habilitado a tal efecto, del que desapareció al día siguiente. Por tanto, es válido utilizar las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por un trabajador.

B) Sobre el derecho a la intimidad del trabajador.

Para valorar si la colocación y utilización de un sistema de videovigilancia en una empresa con fines de control laboral puede afectar al derecho a la intimidad de los trabajadores se hace necesario realizar un juicio de ponderación. En el supuesto enjuiciado, la medida es:

– Justificada: concurren sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular del trabajador que debía ser verificada.

– Idónea: la finalidad pretendida era la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que quedó confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes.

– Necesaria: no parece posible adoptar otra medida menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral. Cualquier otra medida habría advertido al trabajador, haciendo entonces inútil la actuación de la empresa.

– Proporcionada: las cámaras estaban instaladas en zonas de trabajo abiertas a la atención al público; no estaban instaladas de forma subrepticia, sino que en lugares visibles tanto para los trabajadores como para el público en general y no fueron utilizadas con carácter generalizado o para realizar una investigación prospectiva, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada.

En cuanto el grado de intromisión en la esfera de la intimidad del trabajador no puede considerarse como desequilibrado frente a los derechos e intereses de la empresa en la detección y sanción de las conductas atentatorias, el TCo descarta también que se haya vulnerado el derecho a la intimidad (Const.18.1).

Por tanto, se estima el recurso de amparo declarando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en par fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En consecuencia se declara la nulidad de la Sentencia dictada en suplicación y la inadmisión de recurso de casación al entender la validez de la prueba de videovigilancia.

Nota. Cinco de los magistrados de la sala presentan voto particular discrepando con la opinión mayoritaria de la sala y señalando que el recurso debió de ser desestimado. Entre otras cuestiones, los discrepantes consideran que la normativa actual impide justificar la

captación y uso de imágenes de hechos ilícitos flagrantes de los trabajadores simplemente cumpliendo el deber general de instalar carteles avisando de la existencia de un sistema de videovigilancia, sin aportar explicaciones de las razones por las que se ha omitido el deber específico de información a los trabajadores y a sus representantes.

5. Publicada la Directiva europea sobre salarios mínimos

Dir (UE) 2022/2041, DOUE 25-10-22

Se ha publicado la Directiva sobre salarios mínimos adecuados en el ámbito de la Unión Europea. Aunque la norma entrará en vigor el próximo 15-11-2022, se establece un plazo de 2 años -hasta el 15-11-2024- para que los Estados adopten las medidas necesarias para cumplir lo establecido en la Directiva.

Contenido de la Directiva

Con vigencia desde el 15-11-2022 se ha publicado la Directiva sobre salarios mínimos adecuados en el ámbito de la UE. No obstante, el plazo concedido a los Estados para adaptar la normativa interna no finaliza hasta el 15-11-2024. La norma se aplicará a los trabajadores de la UE que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido en la legislación, en los convenios colectivos o en los usos vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta, además, la jurisprudencia del TJUE. Además, la Directiva establece lo siguiente:

a) Su objeto consiste en adecuar los salarios mínimos legales con el objetivo de lograr unas condiciones de vida y de trabajo dignas. Asimismo, son objetivos perseguidos:

– fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios; y

– mejorar el acceso efectivo de los trabajadores a los derechos a la protección del salario mínimo, cuando así lo establezcan el Derecho nacional o los convenios colectivos.

b) La Directiva respeta las prácticas nacionales de fijación de salarios. Es decir, fijar el nivel de los salarios mínimos, establecer salarios mínimos legales y fomentar el acceso a la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos, sigue siendo competencia de los Estados. Asimismo, en los Estados miembros en los que el salario mínimo ya se fija a través de la negociación colectiva, la directiva no obliga ni a introducir un salario mínimo legal ni a declarar que algún convenio colectivo es universalmente aplicable.

c) Se incluyen medidas para promover la negociación colectiva en la fijación de salarios. A tal efecto, entre otras medidas, se propone: reforzar las capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva; promover negociaciones sobre salarios para que los interlocutores sociales actúen en posición de igualdad, respecto del acceso a la información; proteger a trabajadores y a sus representantes sindicales de los actos discriminatorios por el hecho de participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios y la protección de los sindicatos y organizaciones patronales de cualquier injerencia.

Además, cuando la cobertura de la negociación colectiva sea inferior al 80 % de los trabajadores, deben establecerse planes de acción para promoverla con la participación de sindicatos y patronales. Las empresas que reciben contratos públicos están obligadas a respetar el derecho de sindicación y negociación colectiva de conformidad con los OIT Conv. nº 87 y 98.

e) Se establece el procedimiento para que cada Estado miembro fije y actualice los salarios mínimos adecuados y se guía por los criterios establecidos para contribuir a su adecuación, con el objetivo de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión social y la convergencia social al alza, y reducir la brecha salarial de género. Estos criterios pueden ser:

- el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida;
- cuantía general de los salarios y su distribución;
- tasa de crecimiento de los salarios;
- niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo.

Además, señala que para determinar si los salarios mínimos legales vigentes son adecuados, los Estados pueden tomar como referencia una cesta de bienes y servicios a precios reales o el 60% de la mediana salarial bruta o el 50% del salario medio bruto.

f) Se obliga a los Estados miembros a establecer normas para asegurar el cumplimiento frente a las vulneraciones de los derechos y obligaciones incluidos en el ámbito de la Directiva, en el Derecho nacional o en los convenios. Si se trata de Estados que no disponen de salarios mínimos legales, las normas deben establecer una compensación y/o sanciones contractuales en las normas sobre la ejecución de los convenios colectivos.

g) Se garantiza que la información relativa a los salarios mínimos legales y a la protección del salario mínimo establecida en los convenios colectivos universalmente aplicables, incluida la información sobre los mecanismos de reparación, esté a disposición del público, cuando sea necesario en la lengua más pertinente, según determine el Estado miembro, de manera exhaustiva y fácilmente accesible, también para las personas con discapacidad.

6. El SEPE dicta instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley de garantía integral de la libertad sexual

Instr. SEPE para la aplicación de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual

La Dirección General del SEPE dicta instrucciones provisionales para garantizar a las víctimas de violencias sexuales la misma protección en materia de desempleo y Renta Activa de Inserción que a las víctimas de violencia de género.

Desempleo y Renta Activa de Inserción

Se reconoce a las víctimas de violencias sexuales el derecho a la protección por desempleo y a la Renta Activa de Inserción en las mismas condiciones que las víctimas de violencia de género.

1. Protección por desempleo de las víctimas de violencia sexual

- a) Se encuentran en situación legal de desempleo cuando suspendan o extingan su contrato de trabajo, de forma temporal o definitiva, por propia decisión como consecuencia de dicha violencia. La situación legal de desempleo se acredita mediante la comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral (Certificado de Empresa en el que figure la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo), acompañada de alguno de los documentos acreditativos de la existencia de violencia sexual (LO 10/2022 art.37).
- b) Para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se tienen en cuenta las siguientes reglas:
 1. Si hubieran reducido su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario para hacer efectivo su derecho a la asistencia social integral: las bases de cotización se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

2. Si la situación legal de desempleo se produce estando en reducción de jornada por tal motivo, las cuantías máxima y mínima de su prestación se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la misma.
3. El periodo de suspensión del contrato por alguno de estos motivos tiene la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por desempleo durante un máximo de 6 meses prorrogable judicialmente por períodos de 3 meses hasta un máximo de 18 meses (ET art.48).

2. Renta activa de inserción

Pueden ser beneficiarios del programa de RAI las personas desempleadas menores de 65 años que en la fecha de la solicitud de incorporación al mismo tengan acreditada la condición de víctima de violencia sexual y reúnan los siguientes requisitos:

- a) No convivir con el agresor.
- b) Estar inscritas como demandantes de empleo.
- c) No haber sido beneficiarias de tres derechos al programa de RAI anteriores, aunque no se hubieran disfrutado por el periodo de duración máxima, y
- d) Que el promedio de rentas familiares de cualquier naturaleza (cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos) no supere en cómputo mensual al 75% SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

La RAI es compatible con la ayuda económica de 6 meses de subsidio por desempleo (ampliable a 24 meses en atención a las circunstancias personales y familiares) que pueda percibir por su condición de víctima de violencias sexuales (LO 10/2022 art.41). No obstante, su importe se computa como renta a los efectos de determinar si se cumple el requisito de carencia de rentas de la unidad familiar, conforme a las siguientes reglas:

- a) Si la ayuda se percibe mensualmente: la persona interesada sin cónyuge ni hijos ni menores acogidos, podrá percibir también la renta activa de inserción siempre que carezca de otras rentas, o de que, la suma de todas ellas no supere el 75% del SMI excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.
- b) Si la ayuda se percibe en un pago único, en el mes en que se perciba, la persona no cumplirá el requisito de carencia de rentas, por lo que la RAI se suspende durante un mes. A partir del mes siguiente, se computa el rendimiento efectivo o presunto de la

cuantía total percibida en concepto de ayuda económica, salvo prueba de que ya no se posea total o parcialmente.

7. La TGSS aclara cuestiones relacionadas con la aplicación de determinadas bonificaciones

BNR 9/2022

La TGSS aclara la declaración responsable que se debe presentar para la aplicación de bonificaciones establecidas para los contratos de trabajo para la sustitución de trabajadores durante las situaciones de maternidad, paternidad o riesgos durante la lactancia y el embarazo. Informa, además, de nuevas claves de identificación de contratos, nuevos trámites CASIA y nueva versión SILTRA.

Noticias RED

El nuevo boletín de Noticias RED 9/2022 incorpora información sobre las siguientes cuestiones:

1. Se aclara que para la aplicación de las bonificaciones establecidas para los contratos de trabajo para la sustitución de trabajadores durante las situaciones de maternidad, paternidad o riesgos durante la lactancia y el embarazo (RDL 11/1998) la declaración responsable que se debe aportar a través de CASIA es sobre la no existencia de relación familiar entre el empresario y el trabajador sustituto.

2. Se informa de que próximamente se van a crear nuevas claves de identificación de los contratos de duración determinada de los siguientes colectivos:

4. Deportistas profesionales (RD 1006/1985): los nuevos valores del campo TIPO DE CONTRATO, serán el 413 si la contratación es a tiempo completo y 513 si es a tiempo parcial y con FICT igual o posterior a 31-3-2022.

Hasta la implantación de estos nuevos valores, estos contratos se identificarán a través de los códigos del dato de TIPO DE CONTRATO 402 ó 502 junto con los valores 401 o 409 del campo RELACION LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL, sin que sea necesaria la anotación de los valores de COLECTIVO DE TRABAJADORES 967/968.

5. Contratos de acceso de personal investigador doctor de duración determinada a tiempo completo (L 14/2011 art.22): se crea un nuevo valor del campo TIPO DE

CONTRATO que será el 412, y un nuevo valor del campo RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL 9937-CT ACCESO PERSONAL INVESTIGADOR DOCTOR. Estos valores únicamente serán admisibles en contratos con FICT igual o posterior a 7-9-2022.

Hasta la implantación de estos nuevos valores, en la comunicación del alta de los trabajadores se anotará el valor 402 de CT y el valor 9937 de RLCE, no siendo necesaria la anotación de los valores de COLECTIVO DE TRABAJADORES 967/968. No se admitirán los contratos de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (CT x20 y RLCE 9901) cuya FICT sea igual o posterior a 7-9-2022.

3. Se informa de la inclusión de nuevos trámites en CASIA -ya comunicados mediante avisos de 18-7-2022 y de 18-10-2022- en materia de:

6. Afiliación, altas y bajas; categoría Variación datos trabajadores cuenta ajena;
7. Inscripción de Empresas, Categoría Variación de datos para todos los Regímenes.

Se amplía también el catálogo Casia a los siguientes trámites que no pueden realizarse a través de las funcionalidades del Sistema RED:

8. Solicitud de Anotación de Salarios de Tramitación (materia Afiliación, altas y bajas; categoría Variación datos trabajadores cuenta ajena).
9. Solicitud de Distribución de topes de cotización en pluriempleo (materia Cotización; categoría Pluriempleo).

4. Se publica una nueva versión SILTRA 3.1.4. que incorpora una corrección que soluciona un problema de conexión con la TGSS si se utiliza la versión de Java 8 update 351

8. La depresión causada por una orden de traslado es accidente de trabajo

STSJ país vasco 24-5-22

Se declara accidente de trabajo el trastorno adaptativo con estado de depresivo sufrido por un trabajador sin antecedentes psiquiátricos al que se comunica su traslado inmediato desde Bilbao a Valencia.

Depresión causada por un traslado

Un trabajador que presta servicios en el centro de trabajo de la empleadora en Bilbao recibe comunicación, el 19-6-2019, por la que se le ordena el traslado a Valencia a partir del 22-7-2019. El 10-7-2019 cae en situación de IT por trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo que el INSS acuerda derivado de accidente laboral.

La empresa presenta demanda de determinación de contingencia que es desestimada por el JS nº 5 de Bilbao, por ello recurre en suplicación. Sostiene que no hay relación directa y exclusiva entre la actividad profesional del trabajador y el padecimiento. Considera que ningún detonante de carácter laboral es susceptible de desencadenar tal patología y que debe ser el trabajador quien demuestre que su dolencia psíquica tiene por causa exclusiva la ejecución del trabajo, con la gravedad suficiente como para provocar un entorno negativo susceptible de perjudicar su integridad psíquica no solo desde la perspectiva subjetiva sino también objetivamente considerada.

El TSJ País Vasco señala que una decisión empresarial de traslado desde Bilbao a Valencia inmediato -en menos de un mes – de un trabajador que lleva 30 años de servicio en la empresa puede ser un factor estresor suficiente para provocar una situación de ansiedad en un trabajador sin antecedentes psiquiátricos, teniendo en cuenta además que tuvo que acudir al juzgado de lo social número dos de Valencia que declaró injustificada la decisión empresarial en procedimiento de movilidad geográfica.

Además, nada se aporta para desvirtuar la convicción de que la decisión empresarial fue la causa exclusiva de su incapacidad temporal, ni que la decisión judicial recurrida fuera desacertada. Por ello, el TSJ País Vasco desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

9. ¿Está justificado prohibir llevar símbolos religiosos, políticos o filosóficos en el trabajo?

STJUE 13-10-22, C-344/20

El TJUE se pronuncia de nuevo sobre la prohibición de llevar cualquier forma visible de expresión de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo y reitera que está justificada siempre que se aplique de forma general e indiferenciada. Establece que, a efectos del derecho comunitario, los términos religión o convicciones constituyen

un solo y único motivo de discriminación, que abarca las convicciones religiosas y las filosóficas o espirituales, pero no las opiniones políticas o de cualquier otro tipo.

Aplicación de una política de neutralidad en la empresa

Una mujer de confesión musulmana, que lleva el pañuelo islámico, presenta su candidatura espontánea en una cooperativa de responsabilidad limitada, para realizar unas prácticas no remuneradas de 6 semanas. La actividad de la empresa consiste en el arrendamiento y la explotación de viviendas sociales. Tras una entrevista con los responsables de la cooperativa, le indican que tienen una opinión positiva en cuanto a su candidatura, pero tendría que atenerse a la regla de neutralidad adoptada en la empresa. La normativa interna no permite a los empleados manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean. La candidata indica que se niega a retirarse el pañuelo y a atenerse a la regla de neutralidad. No se da curso a su candidatura, por lo que meses después vuelve a solicitarlo proponiendo cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado. La empresa responde que no puede ofrecerle las prácticas, dado que en sus instalaciones no se permite ninguna prenda que cubra la cabeza, ya sean gorras, gorros o pañuelos.

La candidata denuncia la existencia de una discriminación. El Tribunal de lo Laboral Francófono de Bélgica plantea al TJUE varias cuestiones prejudiciales, en relación con la interpretación de diversos artículos de la Dir 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Considera el órgano jurisdiccional que la interpretación del concepto de discriminación directa realizada por el TJUE en anteriores sentencias sobre esta materia plantea serias dudas, entre ellas:

- a) Si las convicciones religiosas, las convicciones filosóficas y las convicciones políticas constituyen un único criterio, de modo que no sería necesario distinguir entre estos criterios, o varios distintos.
- b) Si subsiste un margen de apreciación para el juez nacional o si se priva a este de toda posibilidad de apreciar en cada caso concreto la comparabilidad de las situaciones.
- c) Si una normativa nacional que confiere una protección separada a las convicciones religiosas, a las convicciones filosóficas y a las convicciones políticas y que pretende así reforzar el grado de protección, acentuando las particularidades de cada una de ellas y dándoles una mayor visibilidad, puede considerarse una disposición nacional más favorable para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la Directiva.

En respuesta a tales cuestiones, el TJUE declara que la Dir 2000/78/CE debe interpretarse de la siguiente forma:

1. Los términos «religión o convicciones» constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales. Sin embargo, el motivo de discriminación basado en «religión o convicciones» debe distinguirse del basado en «opiniones políticas o de cualquier otro tipo». Es decir, la protección contra la discriminación garantizada en la Directiva solo abarca los motivos que se mencionan exhaustivamente en su art.1, de modo que ésta no cubre ni las convicciones políticas o sindicales ni las convicciones o preferencias artísticas, deportivas, estéticas u otras. Por lo tanto, la protección de esas convicciones por los Estados miembros no se rige por las disposiciones de dicha Directiva.

2. Una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada.

Reconoce que una norma interna como la controvertida en el litigio puede constituir una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones si se demuestra que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para las personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar este extremo. No obstante, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

3. Las disposiciones nacionales no pueden interpretar que las convicciones religiosas y las convicciones filosóficas constituyen dos motivos de discriminación distintos. Esto no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional conceda, en el marco de la ponderación de intereses divergentes, mayor importancia a los relativos a la religión o a las convicciones que a los resultantes de la libertad de empresa, siempre que ello se desprenda de su Derecho interno. En tal caso, puede concederse a la libertad de conciencia y de religión una protección mayor que a otras libertades, como la libertad de empresa. Ahora bien, el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no les permite -a éstos o a sus

órganos jurisdiccionales nacionales- dividir, en varios motivos, uno de los motivos de discriminación enumerados de manera exhaustiva en Dir 2000/78/CE art.1.

10. Nuevo procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad

RD 888/2022, BOE 20-10-22

Se aprueba la nueva regulación del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad con la finalidad de adecuar los baremos de valoración de la situación de discapacidad a la CIF-OMS/2001.

Reconocimiento de la condición de persona con discapacidad

El RD 888/2022 regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en el ámbito de los Servicios Sociales y de la Seguridad Social que estará vigente a partir del 20-4-2023.

La evaluación se realizará mediante la aplicación del procedimiento establecido en los anexos I y II y mediante la aplicación de los baremos para la valoración de la situación de discapacidad, que se recogen en los anexos III a VI. Estos baremos se adaptan a la CIF-OMS/2001 (Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud elaborada por la OMS) para contemplar todos los factores ambientales, sociales, psicológicos, de apoyo, etc.

La determinación del grado de discapacidad se realizará añadiendo al porcentaje obtenido en la evaluación de las deficiencias (anexo III), las limitaciones en la actividad (anexo IV) y las restricciones en la participación (anexo V) que presente la persona, la puntuación obtenida en el baremo de Factores Contextuales “Barreras Ambientales” (anexo VI).

El proceso de evaluación de las situaciones de discapacidad se deberá realizar en condiciones de accesibilidad universal de manera que las personas solicitantes puedan interactuar con el equipo multiprofesional de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, pudiendo estar acompañada por una persona de su confianza. Además, se establece la posibilidad de realizar la valoración por medios no presenciales o telemáticos cuando las especiales circunstancias de la persona interesada (que se desarrollarán reglamentariamente en un plazo de 6 meses) lo aconsejen.

El dictamen propuesta del equipo multiprofesional de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad (órganos técnicos competentes de las comunidades autónomas o los equipos de valoración y orientación del IMSERSO en sus respectivos ámbitos competenciales) debe contener como mínimo: el grado de discapacidad, las puntuaciones obtenidas con la aplicación de los distintos baremos, los códigos de diagnóstico, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad de concurso, en su caso, y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos.

La administración competente, a la vista del dictamen propuesta, debe dictar resolución expresa en el plazo de 6 meses a contra desde la fecha de solicitud en la que se debe indicar la fecha en que puede tener lugar la revisión. Cuando concurren razones de interés público relacionadas con la salud, la violencia de género la esperanza de vida u otras de índole humana, se podrá acordar la tramitación urgente, reduciéndose los plazos a la mitad.

Las personas que ya tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% no precisarán de un nuevo reconocimiento, pero las revisiones de su situación deberán ajustarse al nuevo procedimiento.

Nota:

A partir del 20-4-2023 queda derogado el RD 1971/1999 que recoge hasta esa fecha el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad,; así como la OM 2-11-2000 por la que se determina la composición, organización y funciones de los EVO.

11. Se crea el fondo de compensación del amianto

L 21/2022, BOE 20-10-22

Con vigencia a partir del 9-11-2022 se crea el fondo de compensación del amianto. Su finalidad es la reparación íntegra de los daños y perjuicios sobre la salud producidos por una exposición al amianto en el ámbito laboral, doméstico o ambiental en España. Los beneficiarios tendrán derecho a las compensaciones que se determinen reglamentariamente.

Compensaciones a las víctimas del amianto

Con vigencia desde el 9-11-2022 se ha publicado la L 21/2022 por la que se crea el fondo de compensación del amianto. Se trata de un fondo carente de personalidad jurídica gestionado por el INSS. Su finalidad es la reparación íntegra de los daños y perjuicios sobre la salud producidos por una exposición al amianto en el ámbito laboral, doméstico o ambiental en España.

Son beneficiarios de las compensaciones, que serán determinadas reglamentariamente, las personas:

- que hayan obtenido el reconocimiento de una enfermedad profesional ocasionada por el amianto;
- con una enfermedad que no pueda ser reconocida como profesional, de la que haya determinado o pueda determinarse que su causa principal o coadyuvante haya sido su exposición al amianto.
- causahabientes de los beneficiarios mencionados en las letras anteriores, en los términos que se determinen reglamentariamente.

El diagnóstico y la valoración de la enfermedad, su calificación y revisión y la determinación de su causa o del fallecimiento se realizará por los equipos de valoración que se determinen reglamentariamente.

El procedimiento para la gestión de las compensaciones financiadas por el fondo se iniciará mediante solicitud de la persona perjudicada o sus causahabientes dirigida al INSS. La solicitud debe acompañarse con:

- a) Los documentos acreditativos de la enfermedad y lesiones padecidas, así como de que han sido originadas o han podido serlo por la exposición al amianto (certificados médicos, informe sanitario del PIVISTEA y los documentos necesarios para probar la realidad de la exposición al amianto).
- b) Exclusivamente la resolución de reconocimiento, si ya se hubiera determinado el origen profesional de la enfermedad.
- c) En su caso, de la información relativa a las acciones judiciales y extrajudiciales que estén en curso en el momento de la solicitud y de las prestaciones o compensaciones reconocidas como consecuencia de su exposición al amianto.

La propuesta de resolución se formula en el plazo de 3 meses desde la presentación de la solicitud, indicando las lesiones, la discapacidad reconocida y, en su caso, la discapacidad que se reconoce y compensación que corresponde. En caso de falta de conformidad el INSS emite resolución desestimando la solicitud y de ser aceptada, estimando la procedencia de la compensación. Transcurridos 6 meses sin resolución, la solicitud se entiende desestimada (silencio negativo).

12. Modificaciones en los planes de pensiones de empleo

RD 885/2022, BOE 19-10-22

Se modifica el RD 304/2020 sobre planes de pensiones de empleo para regular la organización y funcionamiento de la Comisión promotora y Seguimiento de los fondos de pensiones de empleo. Además, se fijan las retribuciones de las entidades depositarias de los fondos de pensiones.

Medidas incluidas

Con vigencia desde el 20-10-2022 se modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones (RD 304/2004). A tal efecto se añade un nuevo título VI y una nueva disposición adicional 10ª. Las modificaciones incluidas son las siguientes:

a) Se regula la Comisión Promotora y de Seguimiento. Se trata de un órgano colegiado interministerial. Su finalidad es supervisar el funcionamiento y buen gobierno de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos.

Asimismo, se establece un procedimiento para velar por el adecuado funcionamiento y buen gobierno de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. También se regula el régimen de constitución y funcionamiento del otro órgano de vigilancia de los fondos y planes de pensiones de empleo, la Comisión de Control Especial, y estipula las condiciones de retribución de sus integrantes.

b) Se fija el régimen de retribuciones de las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones de promoción pública abiertos. Se establece que las comisiones devengadas por las entidades depositarias deben ser inferiores al 0,10% anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse. No obstante, con independencia de esta comisión pueden percibirse comisiones por la liquidación de operaciones de inversión. Las comisiones de las entidades gestoras, incluyendo la retribución de la retribución fija y en

su caso la dependiente de los resultados, deben ser inferiores al 0,30% anual del valor de las cuentas de posición a las que deban imputarse.

Además, las entidades gestoras y depositarias, de forma excepcional y vinculada a los gastos en los que incurran a la hora de conectarse a la Plataforma Digital Común, pueden repercutir estos costes durante un plazo máximo de 5 años. Se establece asimismo un régimen de máxima transparencia en los gastos directos e indirectos incurridos por las entidades gestora y depositaria en los informes trimestrales y semestrales.

13. El TS incrementa la pensión de orfandad en los supuestos de privación de patria potestad

STSUD 7-9-22

Resumen

El TS incrementa la prestación de orfandad a una huérfana de madre cuyo padre, vivo, fue privado de la patria potestad al acreditarse que no se había interesado por ella ni cubierto sus necesidades. Se asimila esta situación a la de orfandad absoluta incrementando su cuantía con la pensión de viudedad no reconocida al padre.

Cuantía de la pensión de orfandad

Tras el fallecimiento de su madre, la demandante solicita una pensión de orfandad. Su padre había sido privado de la patria potestad hace 9 años al no haberse interesado por ella ni cubierto sus necesidades económicas y afectivas. Considera que esta situación es equiparable a la de orfandad absoluta y solicita incrementar la pensión de orfandad con la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad. El padre de la solicitante no percibía la pensión de viudedad.

El INSS deniega la solicitud y la solicitante presenta demanda de Seguridad Social. Aunque se estima en la instancia, en suplicación, el TSJ Cataluña realiza una interpretación literal y sistemática de la normativa aplicable y declara que el acrecimiento de la prestación de orfandad con la pensión de viudedad solo es posible cuando exista una orfandad absoluta, lo que en el supuesto enjuiciado no sucede. Disconforme, la solicitante interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por tanto, la cuestión a examinar por el TS consiste en determinar si procede o no el incremento de la pensión de orfandad cuando el padre, que no percibe pensión de viudedad, ha sido privado de la patria potestad.

El TS recuerda que el Reglamento de prestaciones (RD 296/2009 art.38.2) establece que la cuantía de la pensión de orfandad se incrementa en el importe correspondiente a la pensión de viudedad, además de en los casos de orfandad absoluta, cuando el otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género (LO 1/2004 disp.adic.1ª) y cuando se trata del huérfano de un solo progenitor conocido.

En el supuesto enjuiciado, en el que la solicitante no es huérfana absoluta, el TS entiende que debe apartarse de su doctrina tradicional e interpretar la legislación aplicable atendiendo a la finalidad de la norma. La norma aplicable contempla otras circunstancias distintas de la orfandad absoluta (condena por violencia de género y huérfano de un solo progenitor conocido) que provocan un estado de necesidad asimilable a la de la orfandad absoluta. La existencia de un progenitor vivo privado de la patria potestad en razón de la prolongada desatención a las necesidades del hijo, constituye una situación análoga a las previstas expresamente, pues al hecho de que no hay quien perciba la pensión de viudedad cuyo acrecimiento se pretende, se une un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre. Se trata de un supuesto no previsto en la norma, que sí regula otro semejante con el que se aprecia identidad de razón, por lo que procede la interpretación analógica de la norma.

Para el TS, resulta evidente que la razón del incremento de la pensión de orfandad en los casos de violencia de género o falta de conocimiento del progenitor no causante, es atender una situación de necesidad, de especial vulnerabilidad del huérfano derivada de la absoluta desatención e incumplimiento de las obligaciones. En consecuencia, aunque la privación de la patria potestad al progenitor no causante por incumplir sus obligaciones no está prevista expresamente por la norma, el TS concluye que este supuesto guarda absoluta identidad de razón con las previstas expresamente, procediendo a asimilar esta situación a la de orfandad absoluta.

Por último, debe tenerse en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece en que los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

Por todo ello, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado y se declara la firmeza de la sentencia de instancia.

14. La agorafobia no justifica el reconocimiento de una IPA al no impedir el teletrabajo

STSJ Madrid 22-6-22

Resumen

El TSJ Madrid resuelve que no procede el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta a una trabajadora que presta servicios como mediadora educadora en un centro de acogida y que padece de agorafobia, al considerar que esta patología no le impide realizar otras actividades profesionales en régimen de teletrabajo.

Incapacidad permanente compatible con un trastorno agorafóbico

La actora, afiliada al RGSS desde 2006, presta servicios como mediadora educadora en un centro de acogida. Iniciado expediente de incapacidad permanente, el Equipo de Valoración de Incapacidades emite dictamen en el que diagnostica un cuadro clínico residual de trastorno agorafóbico, considerando que estas lesiones no son constitutivas de incapacidad permanente en grado alguno, por no implicar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen la capacidad laboral.

En fecha el 22-6-2020, el INSS dicta resolución en el mismo sentido. Contra la referida resolución del INSS, formula reclamación previa, la cual es desestimada, y posterior reclamación judicial.

La sentencia de instancia estima la demanda y declara a la actora en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Disconforme con esta resolución interpone recurso de suplicación en el que alega que las patologías que padece le impiden salir a la calle y relacionarse con terceras personas, y le producen ataques de pánico y palpitaciones, por lo que no le permiten realizar actividad profesional alguna.

El TSJ Madrid desestima el recurso. Recuerda que la agorafobia es un trastorno de ansiedad que se caracteriza por el miedo a ciertos lugares y situaciones de los que la persona cree que es difícil escapar, como los espacios abiertos y el transporte público.

Considera que el juzgador de instancia, cuando ha valorado las patologías de la actora, ya ha tenido en cuenta que es mediadora social y necesita el contacto con terceras personas. No obstante, ello no le impide realizar un trabajo que implique menos contacto social o,

incluso, prestar servicios en régimen de teletrabajo, por lo que no procede el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta.

15. Calendario de fiestas laborales para 2023

DGTr Resol 7-10-22, BOE 10-10-22

Resumen

Se ha publicado el calendario de fiestas laborales para 2023. El calendario recoge los 12 festivos distribuidos por CCAA, y se debe completar con los 2 festivos locales que se fije por cada municipio.

Festivos de las CCAA

Se fija el calendario de fiestas nacionales y de las correspondientes a las CCAA para el año 2022.

El ET establece 14 días al año como periodos de descanso retribuidos y no recuperables (ET art.37). En cualquier caso deben respetarse como fiestas de ámbito nacional: el 1 de enero (Año Nuevo), el 1 de mayo (Fiesta del Trabajo), el 12 de octubre (Fiesta Nacional de España) y el 25 de diciembre (Natividad del Señor). Junto con estas fiestas se fijan cada año, los festivos nacionales no sustituibles.

En la fijación de las fiestas laborales para el año 2023, las CCAA deben respetar las siguientes fiestas nacionales no sustituibles:

- 7 de abril: Viernes Santo;
- 1 de mayo: Fiesta del trabajo;
- 15 de agosto: Asunción de la Virgen;
- 12 de octubre: Fiesta Nacional de España
- 1 de noviembre: Todos los Santos;
- 6 de diciembre: día de la Constitución Española;
- 8 de diciembre: Inmaculada Concepción;

– 25 de diciembre: Natividad del Señor.

Respecto del 6 de enero, Epifanía del Señor, a pesar de ser una fiesta nacional sustituible, esta facultad no ha sido utilizada por ninguna de ellas, siendo festivo en todas las CCAA.

Las CCAA fijan otros 3 festivos, bien adoptando festivos nacionales sustituibles, bien fijando las que, por tradición, les son propias. Además, pueden trasladar al lunes los festivos que coincidan en domingo.

El calendario de fiestas laborales se completa con los 2 festivos locales que se publican en el boletín oficial de la correspondiente provincia o comunidad autónoma.

16. Aprobado el proyecto de Presupuestos Generales del Estado 2023

Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023

Resumen

Se ha presentado para su tramitación el proyecto de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. Se prevé que, tras su tramitación parlamentaria, sea aprobado el 24 de noviembre de 2022.

Medidas sociolaborales incluidas

El proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (PLPG/23) ha iniciado su tramitación parlamentaria presentando, para 2023, las siguientes novedades sociales:

Pensiones

- Para el ejercicio 2023 se establece una revalorización media de las pensiones igual al incremento del IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022 (art.36) que no van a poder superar el límite máximo fijado para el año 2022 (2.819,18 €/mes) incrementado en el mismo porcentaje que experimente el IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022 (art.39 y 42). El límite de ingresos para percibir los complementos por mínimos se fija en 7.939,00 euros/año

incrementado en el mismo porcentaje que experimente el IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022 (art.43 y 44).

- La cuantía de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez no contributiva se incrementa en el mismo porcentaje que experimente el IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022. El complemento por vivienda se fija en 525 euros/año, para el pensionista que acredite fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y tener, como residencia habitual, una vivienda alquilada (art.45).
- Las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer, experimentarán en 2023 un incremento igual al que se apruebe para el SMI para dicho año (art.45.3).
- Las pensiones del SOVI se incrementa en el mismo porcentaje que experimente el IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022 (art.46).
- Se fijan las cuantías de las prestaciones familiares y del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género quedando incrementadas, con carácter general, en el mismo porcentaje que experimente el IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022 (disp.adic.34^a). También se fija en 588 €/año la cuantía de la asignación económica y el límite de ingresos anuales para los beneficiarios que, de conformidad con las disposiciones transitorias del ingreso mínimo vital, mantengan el derecho a la asignación económica por cada hijo menor de 18 años o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33% (disp.adic.34.^a).
- Se fijan las cuantías de los subsidios económicos de garantía de ingresos mínimos y ayuda por tercera persona. El importe fijado para 2022 para el de movilidad y compensación por gastos de transporte se incrementa en el mismo porcentaje que experimente el IPC entre los meses de diciembre 2021 y noviembre de 2022 (disp.adic.35^a).
- Se aplaza una vez más el establecimiento un sistema de compensación para reconocer en favor de las personas interesadas, de un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias (L 27/2011 disp.adic.28^a redacc disp.adic.39^a).

Prestación de desempleo

A partir del 1-1-2023 el importe de la prestación por desempleo a partir del día 181 se incrementa hasta el 60% de la base reguladora (antes 50%) (LGSS art.270.2 redacc disp.final 21ª). Este porcentaje se aplicará también a quienes a 1-1-2023 estuvieran ya percibiendo una prestación por desempleo (disp.trans.8ª)

Cotizaciones a la Seguridad Social (art.122)

A partir del 1-1-2023 se aplica el mecanismo de equidad intergeneracional (L 21/2022 disp.final 4ª). que supondrá la aplicación un 0,6% (0,5% empresario, 0,1% trabajador) a la base de cotización por contingencias comunes en todas las situaciones de alta o asimiladas a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en las que exista obligación de cotizar para la cobertura de la pensión de jubilación.

a) En el RGSS:

- Se fija el tope máximo de la base de cotización en 4.495,50 euros mensuales, lo que supone un incremento del 7,92% con respecto al año 2022. El tope mínimo queda pendiente de la aprobación del SMI ya que su cuantía es equivalente al SMI vigente en cada momento, incrementado en un sexto.
- Las bases máximas de cotización quedan establecidas para 2023 en 4.495,50 euros mensuales. Las bases mínimas, según categorías profesionales y grupos de cotización, se incrementarán en el mismo porcentaje en que aumente el SMI.
- Se mantienen los tipos de cotización hasta ahora vigentes.
- En los contratos para la formación y el aprendizaje y en los contratos de formación en alternancia, las cuotas únicas por cada día trabajado, aplicables a partir del 1-1-2023, serán las del año 2022 incrementadas en la misma proporción que lo haga el SMI para 2023.
- Se incorpora al texto de la LPGE las previsiones previstas por el RDL 16/2022 para la cotización en el sistema especial de empleados de hogar (ver novedad). En el año 2023 las retribuciones mensuales y las bases de cotización por contingencias

comunes y profesionales, serán las contenidas en la siguiente escala, cuyas cuantías se actualizarán en la misma proporción que lo haga el SMI para el año 2023:

Tramo	Retribución mensual Euros/mes	Base de cotización Euros/mes
1.º	Hasta 269,00	250,00
2.º	Desde 269,01 Hasta 418,00	357,00
3.º	Desde 418,01 Hasta 568,00	493,00
4.º	Desde 568,01 Hasta 718,00	643,00
5.º	Desde 718,01 Hasta 869,00	794,00
6.º	Desde 869,01 Hasta 1.017,00	943,00
7.º	Desde 1.017,01 Hasta 1.166,669	1.166,70
8.º	Desde 1.166,67	Retribución mensual

b) En el RETA: se establecen las tablas reducida y general vigentes en 2023 para la aplicación del nuevo sistema de cotización en función de los ingresos reales. La tabla es la prevista en el RDL 13/2022 disp.trans.1ª incrementando la base máxima de los 2 últimos tramos (tramos 11 y 12) hasta el tope máximo de cotización fijado para 2023:

	Tramos de rendimientos netos 2023 – Euros/mes		Base mínima – Euros /mes	Base máxima – Euros/mes
Tabla reducida.	Tramo 1.	≤ 670	751,63	849,66
	Tramo 2.	> 670 y ≤ 900	849,67	900
	Tramo 3.	> 900 y $< 1.166,70$	898,69	1.166,70
Tabla general.	Tramo 1.	$\geq 1.166,70$ y ≤ 1.300	950,98	1.300
	Tramo 2.	> 1.300 y ≤ 1.500	960,78	1.500

	Tramos de rendimientos netos 2023 – Euros/mes		Base mínima – Euros /mes	Base máxima – Euros/mes
	Tramo 3.	> 1.500 y ≤ 1.700	960,78	1.700
	Tramo 4.	> 1.700 y ≤ 1.850	1.013,07	1.850
	Tramo 5.	> 1.850 y ≤ 2.030	1.029,41	2.030
	Tramo 6.	> 2.030 y ≤ 2.330	1.045,75	2.330
	Tramo 7.	> 2.330 y ≤ 2.760	1.078,43	2.760
	Tramo 8.	> 2.760 y ≤ 3.190	1.143,79	3.190
	Tramo 9.	> 3.190 y ≤ 3.620	1.209,15	3.620

	Tramos de rendimientos netos 2023 – Euros/mes		Base mínima – Euros /mes	Base máxima – Euros/mes
	Tramo 10.	> 3.620 y ≤ 4.050	1.274,51	4.050
	Tramo 11.	> 4.050 y ≤ 6.000	1.372,55	4.492,50
	Tramo 12.	> 6.000	1.633,99	4.492,50

Los trabajadores que hubieran solicitado la actualización automática de su base de cotización a partir de enero de 2023 será la de 31-12-2022 incrementada en un 8,6% siempre que se encuentre en alguno de los tramos de las tablas.

Se mantienen los tipos de cotización fijados para 2022.

Bonificaciones y reducciones

- Se mantiene la suspensión del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales por disminución de la siniestralidad laboral (bonus prevención) para las cotizaciones que se generen durante el año 2023. Esta suspensión se extenderá hasta que se proceda a la reforma de la norma reguladora (disp.adic.87ª).
- Durante 2022 para el Sistema Especial para manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación se prevé una reducción del 50% (60% en 2022)

y una bonificación del 7,50% en la aportación empresarial a la cotización por contingencias comunes (art.122.5).

- Empleados de hogar: se mantienen las bonificaciones y reducciones en la cotización establecidas por el RDL 16/2022 (art.122.cuatro):
 - o Una reducción del 20% por ciento en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes (del 30% al 45% si se cumplen determinados de patrimonio y/o renta de la unidad familiar o de convivencia).
 - o Una bonificación del 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA.
 - o Eliminación de las bonificaciones del 45% a la contratación de cuidadores en familias numerosas, aunque se mantienen las que se estuvieran aplicando hasta la baja del cuidador).

Interés legal del dinero

Se incrementan los importes del interés legal del dinero quedando fijado en el 3,25% (antes 3%) y del interés de demora en el 4,0625 (antes 3,75%) (disp.adic.40ª).

IPREM

Las cuantías del IPREM se incrementan en 3,6% quedando establecidas para el año 2023 (disp.adic.81ª):

- Diario: 20 euros.
- Mensual: 600 euros.
- Anual: 8.400 o 7.200 euros si expresamente se excluyen las pagas extras.

Formación profesional

Se establecen las fuentes de financiación de la formación profesional para el empleo para 2023 (disp.adic.82ª).

Asimismo, al objeto de impulsar y extender a los trabajadores ocupados una formación que responda a las necesidades del mercado laboral y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento, se prevé que parte de los fondos provenientes de la cuota de formación profesional se destinen a la financiación de la formación profesional vinculada al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. Estos programas serán gestionados por la Secretaría General de Formación profesional (disp.adic.83ª).

Sector público (art. 19 y 20):

- Se incrementan las retribuciones del personal al servicio del sector público en un 2,5% respecto a las vigentes a 31-12-2022, no así los gastos de acción social que no experimentarán incremento alguno. Se permite, además, realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos siempre que no se supere el incremento global fijado. Además, se prevé un incremento adicional máximo del 0,5% vinculado a la evolución del Índice de Precios al Consumo Armonizado (IPCA) y otro del mismo porcentaje vinculado a la evolución del PIB nominal en el año 2023.
- Se permite una tasa de reposición de efectivos del 120% en los sectores prioritarios y del 110% en los demás sectores. No obstante en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuerpos de Policía Autonómica y Policías Locales la tasa de reposición será del 125%.
- La contratación de personal laboral, así como los nombramientos de personal funcionario y estatutario habrán de realizarse con carácter fijo, indefinido o permanente, según proceda. No se permite la contratación de personal temporal, ni realizar nombramientos de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.
- Se establece la obligación de las Administraciones Públicas de aprobar, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres para sus

respectivos ámbitos . Los planes deberán registrarse en el Registro de Planes de Igualdad específico que se deberá crear en los 3 primeros meses del año (EBEP disp..adic.7ª redacc disp..final 20ª).

- Se actualizan las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la AGE para cada persona beneficiaria del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia(disp. adic. 96ª).

Otras cuestiones

- Se regulan planes específicos de empleo para La Palma (disp.adic.77), Andalucía (disp.adic.78ª); Extremadura (disp.adic.79ª); y Canarias (disp.adic.80ª).
- Se modifica la LGSS reduciendo la cuantía mínima de la reserva de estabilización de Contingencias Profesionales, de contingencias comunes y por cese de actividad de las MCSS. También se modifica la aplicación del excedente que resulte después de dotar la Reserva de Estabilización de Contingencias Profesionales (LGSS art.95 y 96 redacc disp.final 21ª).
- Desde 1-1-2023 la condición de beneficiario de la prestación económica del ingreso mínimo vital será incompatible con las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro. Estas pensiones quedarán extinguidas cuando se reconozca a sus beneficiarios, a partir del 1-1- 2023, la prestación del ingreso mínimo vital, ya sea a título individual o como integrantes de una unidad de convivencia (L 19/2021 disp.trans.9ª redacc disp.final 27ª).
- Se introducen cambios en los límites a la aportación a los planes de pensiones para el caso de que la aportación empresarial sea de entre 500 y 1.500 euros. En este caso, la aportación máxima del trabajador va a ser 1.250 euros, más el resultado de multiplicar por 0,25 la diferencia entre la contribución empresarial y 500 euros (LIRPF disp..adic.16ª). Se modifica para ello el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (L 1/2002 art.5.3.a redacc disp.final 9ª).

17. ¿Cómo se prueba la existencia de autorización verbal para el disfrute de las vacaciones?

STSJ Castilla La Mancha 14-7-22

Resumen

Siendo práctica habitual en la empresa autorizar de forma verbal el disfrute de las vacaciones en fecha diferente al del resto de compañeros, es esta quien debe hacer saber al trabajador su disconformidad y requerirle de forma clara y contundente para que se reincorpore al trabajo. No hacerlo así, y comunicarle el despido a su regreso, es contrario a la buena fe y constitutivo de despido improcedente.

Autorización verbal de vacaciones

Todos los trabajadores de la empresa disfrutaban de las vacaciones al mismo tiempo coincidiendo con las fiestas locales, entre el 14 y el 23 de agosto. Pero uno de los trabajadores no se reincorpora hasta el 6-9-2021, por lo que la empresa le comunica su despido por faltar al trabajo sin causa justificada. El trabajador presenta demanda de despido justificando sus ausencias en el disfrute de vacaciones, que le habían sido autorizadas de forma verbal. Estimada la demanda en primera instancia, recurre la empresa en suplicación alegando que el trabajador no puede, de forma unilateral, dejar de acudir al trabajo aunque lo haya comunicado a la empresa.

El TSJ Castilla-La Mancha tiene en cuenta que en la empresa es práctica habitual que si algún trabajador tiene más días de vacaciones o precisa otras fechas, pacte verbalmente con la empresa el disfrute de vacaciones en otras fechas. Por ello, corresponde a la empresa mostrar su disconformidad con la solicitud haciéndoselo saber al trabajador y requiriéndole de forma clara y contundente para que se reincorpore al trabajo una vez finalizadas las fiestas locales. Al no hacerlo así, lo único que puede deducirse es que efectivamente existió esa autorización verbal y que la conducta de la empresa es contraria a la buena fe. Por ello, no puede estimarse que el trabajador haya incurrido en ausencia injustificada al trabajo y despido debe ser declarado improcedente.

En cuanto al cálculo del finiquito, aplica la doctrina según la cual si la empresa abona el importe de las pagas extra de forma prorrateada a lo largo del año incumplimiento la prohibición del convenio colectivo, debe entenderse que el abono no se ha producido debiendo incluirse en el cálculo del finiquito.

18. Permiso por asuntos propios: ¿puede reducirse en proporción al tiempo trabajado?

SAN 15-9-22

Resumen

La AN declara que, salvo pacto en contrario, los días de asuntos propios establecidos por el convenio no pueden reducirse en proporción al tiempo trabajado cuando el trabajador ha estado en situación de IT.

Interpretación de convenio colectivo

La representación sindical en la empresa, una fundación, interpone demanda de conflicto colectivo en la que solicita que se interprete la disposición del convenio colectivo que establece una licencia retribuida de tres días por asuntos propios. La empresa interpreta que la licencia se ha de disfrutar de modo proporcional al tiempo de servicios prestados, denegando su disfrute de modo completo cuando los trabajadores han estado en situación de IT. Por el contrario, la representación de los trabajadores entiende que el disfrute proporcional de los días por asuntos propios, tan solo está regulada para los trabajadores que inicien su relación contractual a lo largo del año natural.

La cuestión controvertida consiste en determinar si resulta ajustada a derecho la práctica empresarial consistente en reconocer el disfrute de la licencia por asuntos propios a aquellos trabajadores que causan baja por IT únicamente en proporción a la prestación de servicios efectivos.

Para resolver la interpretación del convenio la AN acude a los criterios establecidos por la jurisprudencia y estima la demanda sindical por las siguientes razones:

- a) Interpretación gramatical del precepto. No cabe identificar estar al servicio de la empresa con prestar servicios efectivos para la empresa. Durante la situación de IT aunque no existe la obligación de prestar servicios y de remunerarlos, se mantienen el resto de los derechos y obligaciones sin que el contrato de trabajo quede extinguido por dicha causa.
- b) Interpretación finalista. Los permisos o licencias por asuntos propios de los convenios colectivos tienen la finalidad de facilitar a los trabajadores, que tienen ocupado todos los días laborables con la jornada de trabajo, tiempo para gestiones personales que no puedan

efectuarse durante el descanso semanal. En muchos casos la situación de es impeditiva para realizar las gestiones que se tienden a facilitar con la licencia por asuntos propios, de ahí que se considere que el reconocimiento del disfrute proporcional para los trabajadores que han causado baja por IT sea contraria a la finalidad de la licencia.

c) Interpretación analógica de las cláusulas de los convenios. Doctrinalmente está prohibido aplicar la interpretación analógica a los convenios colectivos, extender el razonamiento a supuestos distintos de los expresamente contemplados. En el supuesto enjuiciado el único supuesto en el que se prevé expresamente un disfrute proporcional de la licencia es el de los trabajadores que ingresen en la empresa después del 1 de enero de cada ejercicio y no puede extenderse a las situaciones de IT al tratarse de un supuesto diferente

Además, la sala se ha pronunciado en el mismo sentido en otro pronunciamiento, declarando el derecho a disfrutar el permiso por asuntos propios en su totalidad, a trabajadores que habían tenido suspendido su contrato a causa de un ERTE (AN 30-6-21, proc 528/2020)

19. Teletrabajo. Las incorrecciones en el registro horario son causa de despido

STSJ Madrid 18-7-22

Resumen

La información reportada en los partes diarios de trabajo debe ser veraz y rigurosa para cumplir con su finalidad de permitir el control empresarial. Por ello, el registro de una jornada falsa supone una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza sancionable con el despido.

Registro falso de jornada

El 31-7-2021, el trabajador firma con la empresa un acuerdo de trabajo a distancia acordando realizar el 100% de la jornada en teletrabajo, siendo el horario el establecido en el convenio colectivo aplicable, con pleno respeto a la flexibilidad y duración de la jornada. Se establece que el fichaje de control de asistencia al trabajo se efectuará de conformidad con el registro de la jornada establecido.

La empresa constata que, al menos 3 días, el trabajador realizó un parte de fichaje de 8 h a 15 h y, sin embargo, durante la jornada laboral abandonó el puesto de trabajo para acompañar a su pareja a una cita médica, ir a la peluquería, hacer compras o llevar su vehículo a un lavado automático sin solicitar permiso para ello ni reflejarlo en el registro de jornada. La empresa considera que esta conducta supone una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por lo que comunica al trabajador la sanción de despido por abandono del puesto de trabajo, y dar información falsa sobre su actividad laboral.

El trabajador presenta demanda de despido alegando que no se ha ponderado la teoría de la gradualidad de las sanciones existiendo en la empresa libertad y flexibilidad de horario y que otras veces realizó un exceso de horas sin reflejarlo en los partes de actividad y sin reclamar horas extra ni compensación horaria.

El TSJ Madrid señala que si el trabajador tiene que hacer algún cambio dentro de su horario para atender asuntos personales, ya fueran médicos o de otro tipo, debe hacerlo constar en los partes de fichaje. Consignar la realización de una jornada a tiempo completo, sin incidencias, supone privar al empresario del control sobre el trabajo diario. Y, aunque el convenio colectivo prevé flexibilidad horaria en cuanto a la entrada y la salida, respecto del control de asistencia y registro de jornada establece la obligación de comunicar a la empresa las ausencias al trabajo que se puedan producir por cualquier causa, con la mayor antelación posible y, en todo caso, dentro de las 2 horas siguientes a la del horario de entrada. La información reportada en los partes diarios de trabajo debe ser, por lo tanto, veraz y rigurosa para cumplir su finalidad.

La información aportada por el trabajador vulnera la confianza depositada por la empresa en el trabajador, máxime cuando se realizaba la actividad laboral fuera de las instalaciones de la empresa siendo más difícil el control por la misma. No resulta aplicable la teoría gradualista y tener en cuenta que en otras ocasiones el horario se extendió o alargó, y es que en la confianza no hay grados y la sanción es ajustada a derecho si, como ocurre en este caso, la infracción acreditada está correctamente incluida en el precepto convencional que la tipifica.

Por ello, el TSJ Madrid desestima el recurso de suplicación y confirma la declaración de procedencia del despido.

20. El TS interpreta con perspectiva de género el cuadro de enfermedades profesionales

STSUD 20-9-22

Resumen

El TS, aplicando la perspectiva de género, declara que la rotura del manguito rotador es una enfermedad profesional para la actividad de limpiadora, a pesar de no estar incluida en cuadro de enfermedades profesionales (RD 1299/2006). Considera un supuesto de discriminación indirecta, no incluir la profesión de limpiadora -fuertemente feminizada- entre las que tienen las que disfrutan de la presunción de laboralidad.

Enfermedad profesional en la actividad de limpiadora

La trabajadora, que presta servicios para la empresa con la categoría de limpiadora, inicia un proceso de IT con el diagnóstico de rotura de manguito rotador de hombro izquierdo. Solicita que se declare el origen profesional de la contingencia por lo que plantea demanda que es desestimada tanto en la instancia como en suplicación. Señala el TSJ que, aunque la enfermedad está incluida en el listado de enfermedades profesionales, en la actividad desempeñada no se producen movimientos continuos de abducción o flexión, por lo que no alcanza la presunción legal de la existencia de enfermedad profesional. Tampoco se aprecia la existencia de AT al no probarse causalidad entre la lesión y trabajo. Disconforme, la trabajadora plantea recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar las dolencias -rotura de manguito rotador de hombro izquierdo- que han desencadenado la IT de la trabajadora, que presta sus servicios como limpiadora, han de considerarse como derivadas de enfermedad profesional, aunque esta actividad no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar la enfermedad profesional.

Para resolverla, el TS recuerda que su jurisprudencia se ha pronunciado repetidamente calificando como enfermedad profesional las dolencias de una trabajadora incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales, aunque la profesión desempeñada por la trabajadora no estuviera incluida en citado cuadro. Las razones alegadas son las siguientes:

a) El cuadro de enfermedades profesionales establece un sistema de lista en el que las enfermedades profesionales se relacionan con las principales actividades capaces de producirlas. Por tanto, para calificar una enfermedad como profesional requiere: que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena; que

se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan; y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad.

b) A diferencia del accidente de trabajo, no se exige probar la causalidad entre trabajo y lesión. Existe una presunción iuris et de iure del carácter profesional de todas las enfermedades incluidas en el listado.

c) El elenco de actividades profesionales en relación con cada una de las enfermedades profesiones es indicativo, admitiendo su extensión a otros oficios diferentes.

En el supuesto enjuiciado, aunque la profesión de limpiadora no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional, no se excluye que la rotura de manguito rotador pueda estar asociado a las tareas propias de una limpiadora y que, por tanto, conlleve la calificación de enfermedad profesional. Aunque no todo el tiempo, las limpiadoras realizan tareas de esfuerzo físico y su actividad requiere, en numerosas ocasiones, mantener los codos en posición elevada como sucede en la limpieza de techos, paredes o tensar los tendones, como sucede en las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, lo que exige repetición de movimientos y conlleva tensar los tendones. Además, señala el TS que el INSS sí ha incluido la actividad de limpiadora en sus directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales con relación a la patología tendinosa crónica del manguito rotador.

A los anteriores razonamientos, el TS añade la obligación de aplicar la perspectiva de género al supuesto enjuiciado. Recuerda que las normas deben interpretarse y aplicarse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres, lo que supone examinar de todas las soluciones posibles la hace más efectivo el principio de igualdad. Tratándose de un principio transversal que ha de informar y vincula la actuación de todos los poderes públicos. En consecuencia, el TS concluye lo siguiente;

1.La profesión de limpiadora, como es notorio, es una profesión feminizada y no aparece contemplada en el cuadro de enfermedades profesionales como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, espacialmente movimientos repetitivos.

2.En el cuadro de enfermedades profesionales aparecen profesiones masculinizadas como pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles y otras en que la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada como carniceros, pescaderos, pero no aparecen contempladas profesiones

muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas.

.Las labores realizadas por las limpiadoras conllevan requerimientos encajan con la descripción contenida en el cuadro de enfermedades profesionales.

4. No incluir la profesión de limpiadora en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectadas por una enfermedad profesional supone una discriminación indirecta por razón de sexo. Mientras que las profesiones contempladas a título ejemplificativo y que se benefician de la presunción de enfermedad profesional -pintores escayolistas, montadores de estructuras- están fuertemente masculinizadas, en la profesión de limpiadora, fuertemente feminizada para el diagnóstico de la enfermedad profesional se exige acreditar la realización de dichos movimientos.

5. Tanto el TS como los TSJs se han pronunciado calificando de enfermedad profesional determinadas dolencias padecidas por limpiadoras, aplicando la perspectiva de género (síndrome de túnel carpiano, tendinitis calificante de hombro, síndrome del manguito rotador, tendinopatía de supraespinoso...)

Por todo lo expuesto, se estima el recurso de casación planteado y se declara que la incapacidad temporal de la trabajadora deriva de enfermedad profesional.

21. Nuevo pronunciamiento de la AN sobre el contenido del acuerdo de trabajo a distancia

SAN 12-9-22

Resumen

La AN se pronuncia sobre la validez de determinadas cláusulas de un acuerdo de trabajo a distancia. Se pronuncia sobre el tratamiento de la reversibilidad, la potestad de los responsables de fijar los tiempos de trabajo a distancia y la fijación de un preaviso para alterar los días presenciales. Asimismo, declara como tiempo efectivo de trabajo el de suspensión del trabajo por avería o incidencia no imputable y la obligatoriedad de concretar la distribución entre trabajo presencial y a distancia.

Validez y nulidad de las cláusulas del ATD

Por parte de una de las representaciones sindicales en la empresa, incluida en el sector de Contac center, se plantea demanda de conflicto colectivo en el que se solicita que se declare la nulidad de parte del acuerdo sobre trabajo a distancia suscritos entre la empresa y los trabajadores.

Con carácter previo, la AN se pronuncia sobre la legitimación de los sindicatos para impugnar las cláusulas de los acuerdos sobre trabajo a distancia. Parte de considerar que los sindicatos, ya a través de la negociación colectiva, ya por tener encomendada la defensa de los intereses de los trabajadores están legitimados para verificar, incluso empleando la tutela judicial, la conformidad con los acuerdos alcanzados entre empresario y trabajador con la legislación aplicable. Asimismo, señala que el modelo de contrato ofertado a los trabajadores pueda ser considerado un contrato de adhesión – su intervención se ha limitado a prestar su conformidad a su previo redactado – no significa per se que el contrato sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas.

Las cuestiones suscitadas en la demanda y sobre las que se pronuncia la AN son las siguientes:

1.Reversibilidad y plazos de preaviso. El acuerdo de teletrabajo establece plazos diferenciados, 15 días para el empresario y un mes trabajador, para el ejercicio efectivo de la reversibilidad, la AN considera que esta cláusula es válida ya que su ejercicio se fija por la negociación colectiva o, en su defecto por el acuerdo de trabajo a distancia. Esto supone que, salvo que se apreciara abuso de derecho resulta adecuado que en el contrato se establezcan plazos diferenciados para su ejercicio. No obstante, el acuerdo establece que en el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador, a empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades. La AN considera que esto supone condicionar la decisión voluntaria del trabajador a las posibilidades empresariales, en definitiva, a su personal voluntad, lo que resulta contrario a derecho. Por tanto, se declara la nulidad de esta cláusula.

2. Distribución entre trabajo a distancia y presencial. Se solicita la nulidad de la cláusula que establece que la determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. La AN entiende que es evidente que esta cláusula deja en manos del empresario la determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que resulta contrario a las previsiones de la Ley de trabajo a distancia (L 10/2020 art.8.1) que establece que la modificación de las condiciones del acuerdo de trabajo a distancia requiere el acuerdo de empresa y la persona trabajadora. Por tanto, se declara la nulidad de esta cláusula.

3. Averías o incidencias. Se solicita que se considere como tiempo de trabajo el que tiene lugar cuando por razón de avería o incidencias, el trabajador a distancia no pueda prestar el servicio. La AN resuelve la cuestión planteada atendiendo a sus pronunciamientos anteriores (AN 104/2021, EDJ 574521) y establece que la pretensión ha de ser estimada por las siguientes razones:

Si la caída del suministro no implica para los trabajadores presenciales la obligación de prestar servicios en otro momento, en aplicación del principio de no puede suponer una consecuencia distinta para los trabajadores que trabajan a distancia.

El principio de ajenidad en los medios implica que, aún en el caso del teletrabajo, cualquier funcionamiento defectuoso de los mismos por causa no imputable al trabajador debe ser imputable al empleador que es quién tiene la obligación de proporcionar los medios al empleado para que realice su trabajo.

El hecho de que formalmente sea el trabajador o un tercero distinto del empleador el que haya concertado el contrato de suministro con la compañía eléctrica en los supuestos de teletrabajo no ha de implicar una exoneración por parte del empleador de su obligación de dar ocupación al trabajador, y ello sin perjuicio, de que la caída de suministro sea susceptible de operar como fuerza mayor que suspenda el contrato de trabajo, o de las acciones que el empleador pueda ejercitar frente al responsable del suministro.

4. Concreción del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia .En el supuesto enjuiciado, en los contratos se elude la fijación del porcentaje entre trabajo a distancia y presencial en los contratos. La AN recuerda que la La Ley de trabajo a distancia establece como contenido mínimo y obligatorio la referencia en los contratos a la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia. Por tanto, se estima la pretensión.

5. Remisión de los contratos a distancia a la RLT. La Ley de trabajo a distancia (L 10/2020 art.6.2) establece la obligación ineludible de entregar a la RLT una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia y de sus actualizaciones. EN cuanto que en el supuesto enjuiciado no se ha probado el cumplimiento de esta obligación se estima esta pretensión.

22. ¿Cuándo es válida una cláusula de rendimiento mínimo en el contrato de trabajo?

STSJ Madrid 14-7-22

Resumen

El TSJ Madrid declara que es posible pactar en el contrato de trabajo una cláusula de rendimiento mínimo que establezca la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador no alcance un determinado porcentaje de ventas, en relación con la media de producción mensual conseguida por todos los trabajadores, siempre que no sea abusivo y se respeten los límites normales o ajustados a los principios de la buena fe.

Validez de una cláusula de rendimiento mínimo

La trabajadora presta servicios como gestor telefónico. En su contrato se establece que la relación laboral puede ser resuelta en caso de que la trabajadora, en dos meses consecutivos o en tres meses no consecutivos dentro de un período de cinco, no alcance el 60% de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores de la plataforma a la que está adscrita. Al inicio de cada mes se comunica a los trabajadores las medias alcanzadas en el mes precedente. La trabajadora recibe carta de despido causado por un rendimiento insuficiente, al estar por debajo de la media de sus compañeros en los siguientes términos:

enero: resultado medio de la plataforma 670,79 euros, resultado individual 102, porcentaje respecto del Proyecto 15%;

febrero: resultado medio de la plataforma 640 euros, resultado individual 414, porcentaje respecto del promedio 65%;

marzo: resultado medio de la plataforma 450,13 euros, resultado individual 166,83 euros, porcentaje 37,06%;

abril: resultado medio de la plataforma 356 euros, resultado individual 263 euros, porcentaje 73,88%; y

mayo: resultado medio de la plataforma 722,65 euros, resultado individual 169 euros, porcentaje 23%.

la trabajadora reclama contra el despido que es declarado procedente en la instancia, por lo que interpone recurso de suplicación ante el TSJ en el que la cuestión a debatir consiste en determinar si es válida la citada cláusula de rendimiento mínimo.

Recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, cuando se ejercita la extinción del contrato por el incumplimiento de un valor determinado de ventas, sin tener en cuenta factores absolutamente ajenos a la voluntad de trabajador (la situación del mercado, los precios ofertados, la competencia de otras compañías, etc.), se requiere de la empresa que se ajuste a los principios de la buena fe para no incurrir en un abuso manifiesto de derecho. Por ello, al ejercitar la extinción ha de tener elementos suficientes para que pueda alcanzarse la convicción de que hubo realmente un incumplimiento contractual por parte del trabajador.

En este caso, el TSJ reconoce que la carta de despido no indica los datos de los trabajadores que se computan para las medias proporcionadas, si estos realizan las mismas tareas, si son tareas de clientes de cartera o clientes denominados a puerta fría y si son trabajadores comparables con situaciones homogéneas. No obstante, considera que la ausencia de estos elementos, que hubieran permitido a la trabajadora tener un conocimiento cabal de su rendimiento y el de sus compañeros, no genera indefensión porque en la carta de despido se concreta el resultado medio de la plataforma que es donde ella presta servicios y que la permite defenderse adecuadamente.

Por otra parte, los datos ofrecidos en la carta de despido permiten la constatación de realidades laborables comparables. La causa del cese estaba pactada por las partes en el contrato de trabajo, tiene su encaje jurídico en el ET art.49.1.b) y constituye una legítima causa de extinción del contrato de trabajo.

Para el TSJ, los hechos objetivos en los que se funda la extinción han quedado plenamente acreditados. Estima irrelevante el error de que en la carta de despido figure 75% mientras que en el contrato 60%, dado que la trabajadora no ha alcanzado ese 60%. Por su parte, la empleada no ha desvirtuado los resultados alegados por la empresa, acreditando haber alcanzado los resultados fijados de media.

Por tanto se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

23. ¿Prescribe el derecho al disfrute de las vacaciones si el trabajador no las solicita?

STJUE 22-9-22

Resumen

El empresario no puede invocar la prescripción del derecho del trabajador al disfrute de las vacaciones anuales retribuidas si no le da la posibilidad de ejercerlo de manera efectiva. Lo contrario implicaría validar un enriquecimiento injusto del empresario.

Disfrute del derecho a las vacaciones

Tras la extinción de su relación laboral, el trabajador reclama una compensación económica por los 101 días de vacaciones anuales retribuidas acumuladas en los 5 años anteriores que no había podido disfrutar. El tribunal de apelación alemán reconoció el derecho reclamado al considerar que ni estaba extinguido ni prescrito pues el empleador no había contribuido a que el trabajador pudiera disfrutar de sus vacaciones.

Recurrida la sentencia en casación, el TS de lo laboral alemán presenta ante el TJUE cuestión prejudicial planteando la cuestión relativa a si es contrario al derecho de la UE la prescripción del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por el transcurso del plazo de 3 años previsto en la legislación alemana, cuando el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva.

El TJUE ya ha señalado que una normativa nacional puede disponer la pérdida del derecho a las vacaciones anuales retribuidas al término del período de devengo o del período de prórroga siempre que el trabajador haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercer el derecho (TJUE 6-11-18, C-619/16). Pero el cometido de velar por el ejercicio efectivo del derecho no debe recaer por completo en el trabajador permitiendo al empresario liberarse de cumplir sus propias obligaciones alegando la falta de solicitud por parte del trabajador. Admitir que el empresario pueda invocar la prescripción de los derechos del trabajador sin haberle dado la posibilidad de ejercerlos de manera efectiva implicaría validar un comportamiento que daría lugar a un enriquecimiento injusto del empresario.

Por ello, el TJUE declara contrario al derecho de la UE una normativa nacional con arreglo a la cual el derecho a vacaciones anuales retribuidas prescribe al término de un plazo cuando el empresario no ha posibilitado ejercer tal derecho de forma efectiva.

Santiago Blanes Mompó. Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios