

# NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

---

Noviembre 2022



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## ÍNDICE

1. ¿Se puede acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo desde una situación de ERTE parcial? .....	4
2. El servicio social femenino se debe computar a efectos del acceso a la jubilación parcial <sup>5</sup>	
3. Se condonan determinadas cuotas por manutención y desplazamiento de los músicos	6
4. ¿Se debe sustituir al relevista cesado durante un ERTE de suspensión que afecta a toda la plantilla? .....	6
5. ¿Puede la empresa despedir por conductas cometidas fuera del tiempo y lugar de trabajo? .....	8
6. ¿Quién abona la pensión de incapacidad permanente en caso de infracotización? ..	9
STSUD 27-10-22.....	9
7. Las cláusulas que evitan compensar los gastos del teletrabajo son nulas .....	10
8. La DGOSS contradice al INSS: el accidente de trabajo sufrido en el RGSS no tiene esta calificación en el RETA .....	12
9. Despido por ofensas graves a compañeros de trabajo: ¿es válida la grabación aportada por el trabajador ofendido? .....	13
10. Inscripción como demandante de empleo y situación asimilada al alta: aplicación de la perspectiva de género .....	14
11. ¿Cómo se solicita la reincorporación de un trabajador tras el ERTE?.....	16
12. Se declara accidente de trabajo una caída ocurrida en teletrabajo .....	17
13. Nuevo criterio de gestión de la INSS sobre el complemento para la reducción de la brecha de género.....	18
14. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. ¿Cómo se calcula el requisito de carencia de rentas? .....	19
15. El TS recuerda las reglas de cómputo de los permisos retribuidos .....	20
16. El tiempo en ERTE computa a efectos de promoción profesional .....	22
17. Señalar la fecha de juicio para 3 años después de presentar la demanda vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	23
18. Obligación de registrar el plan de igualdad: ¿qué sucede cuando la autoridad laboral no resuelve?.....	25

19. ¿Puede reducirse un complemento de asistencia y puntualidad en proporción a la jornada trabajada? .....	26
20. Complemento de maternidad. ¿Se aplica a la pensión de gran invalidez reconocida por revisión de una IPT? .....	28
21. Publicado el procedimiento para la valoración de puestos de trabajo.....	29
22. La AN anula por abusiva una cláusula de rendimiento mínimo impuesta a teleoperadores.....	30

## **1. ¿Se puede acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo desde una situación de ERTE parcial?**

### **STSJ Madrid 29-9-22**

El TSJ Madrid confirma la condena por vulneración de derechos fundamentales y por daños y perjuicios a una empresa que denegó a una embarazada en ERTE parcial por causas económicas la tramitación de la baja por riesgo durante el embarazo, y optó por afectarla al ERTE total. Considera que esta conducta supone una vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la no discriminación.

### **Prestación de riesgo durante el embarazo de trabajadora en ERTE parcial**

La actora en el presente procedimiento, que presta habitualmente servicios como tripulante de cabina, está incluida, junto al resto de la plantilla, en ERTE por fuerza mayor desde el 18-3-2020 hasta el 28-3-2020, y en ERTE parcial por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción desde el 1-7-2021 hasta el 1-2-2022.

El 17-8-2021 comunica su embarazo a su superior jerárquico, adjuntando el informe del médico de cabecera para tramitar la baja por riesgo durante el embarazo. La empresa, siguiendo los criterios de afectación previstos en el ERTE y consensuados con los representantes de los trabajadores -incluir en el ERTE al personal de baja o que no puede trabajar- concluye que procede su afectación al ERTE total y no la tramitación del REM, obligándola, en un primer momento, a coger vacaciones.

El 12-1-2022 el servicio de prevención emite informe de riesgo durante el embarazo, recomendando la adaptación o el cambio de puesto de trabajo. El 4-2-2022 la mutua comunica a la demandante la concesión del subsidio por riesgo durante el embarazo.

Disconforme con esta actuación empresarial, la trabajadora interpone demanda por vulneración de derechos fundamentales que el juzgado de lo social estima y el TSJ Madrid confirma en sede de suplicación. Concluye que la empresa ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud de la trabajadora y a no ser discriminada y condena a la empresa al abono de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales, y otra por los daños y perjuicios causados por la diferencia percibida por estar en ERTE en vez de en situación de baja por REM.

La Sala considera acreditado que la actora trabajó en turnos en el mes de julio y también tenía planificados turnos en el mes de agosto cuando comunicó su embarazo, por lo que, estando prestando servicios y en riesgo por embarazo, nada impedía que la empresa la

hubiese remitido a la mutua y hubiese tramitado su pase a la situación de baja por REM. La decisión de afectarla al ERTE total responde únicamente a su situación de embarazo, lo que implica una discriminación por esta situación, que obligó a la demandante a estar constantemente gestionando su situación con la potencial tensión emocional que ello puede provocar.

Por ello concluye que, si bien es cierto los actos de la empresa impidieron que se materializara peligro alguno en la integridad física de la trabajadora, deben reputarse vulneradores de su derecho a la integridad física al haberse negado la tramitación de la baja por REM que resultaba procedente.

## **2. El servicio social femenino se debe computar a efectos del acceso a la jubilación parcial**

### **L 24/2022, BOE 26-11-2022**

Con vigencia a partir del 26-11-2022, se modifica la LGSS para ampliar a la jubilación parcial la equiparación del servicio social femenino al servicio militar obligatorio ya existente a efectos del acceso a la jubilación anticipada.

### **Período cotizado**

La Ley 24/2022 modifica, con vigencia a partir del 26-11-2022, el art.215 de la LGSS, para reconocer al período de prestación del servicio social femenino obligatorio los mismos efectos ya reconocidos al servicio militar obligatorio y a la prestación social sustitutoria para el acceso a la jubilación parcial.

A partir de esta fecha se va a computar, con el límite de un año, el tiempo del servicio social femenino a efectos de acreditar el período de cotización requerido para el acceso a la jubilación parcial.

Se completa, así, la equiparación de la cobertura por pensiones entre mujeres y hombres iniciada por la L 21/2021 en relación con la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora y a la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada (LGSS art.207.1.c y 208.1.b).

### **3. Se condonan determinadas cuotas por manutención y desplazamiento de los músicos**

**L 24/2022, BOE 26-11-2022**

Se condonan las deudas de cotización de los músicos con contratos de menos de 5 días por gastos de manutención y los gastos y pluses de distancia que hayan declaradas por un pronunciamiento judicial firme que tenga causa en procedimientos anteriores al 13-10-2021.

#### **Gastos de manutención y desplazamiento**

Con vigencia a partir del 13-10-2021, el RDL 17/2020 excluyó de la base de cotización de los músicos sujetos a la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos que se desplacen a realizar actuaciones mediante contratos de menos de 5 días, los gastos de manutención y los gastos y pluses de distancia por el desplazamiento desde su domicilio a la localidad donde se celebre el espectáculo, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa del IRPF. Esta exclusión se aplicó a procedimientos sancionadores y de liquidación de cuotas a la Seguridad Social que se encontraran en trámite o en los que hubiera recaído resolución que no sea firme a fecha 13-10-2021.

A partir del 26-11-2022, se modifica la disp.adic.38ª de la LGSS para introducir la condonación de las deudas por estos conceptos declaradas por un pronunciamiento judicial firme que tenga causa en procedimientos sancionadores y de liquidación de cuotas a la Seguridad Social anteriores al 13-10-2021, siempre que no hayan transcurrido más de 5 años desde la fecha de levantamiento del Acta de la ITSS.

### **4. ¿Se debe sustituir al relevista cesado durante un ERTE de suspensión que afecta a toda la plantilla?**

**STSUD 25-10-22**

La obligación de contratar a un trabajador relevista hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada no desaparece por el hecho de que la empresa haya paralizado su actividad productiva tras aplicar un ERTE de suspensión de contratos de trabajo a la totalidad de su plantilla.

## **Cese del trabajador relevista**

La empresa celebra un contrato de relevo con duración de 27-7-2012 a 24-7-2016, fecha en la que se prevé que el jubilado parcial sustituido pase a la situación de jubilación ordinaria. No obstante, el contrato de relevo se extingue el 31-6-2016, sin que se produzca su sustitución, en el marco de un ERTE de suspensión que afecta a la totalidad de la plantilla durante el período comprendido entre el 10-3-2016 y el 10-7-2016. El INSS declara la responsabilidad de la empresa en el importe de la pensión de jubilación parcial abonada en el período comprendido entre el 1-7-2016 a 24-7-2016 en que la empresa no sustituyó al relevista cesado.

Frente a la sentencia del TSJ Cataluña que declaró ajustada a derecho la resolución del INSS, recurre la empresa en casación para unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si procede declarar la responsabilidad de la empresa en el pago de la pensión de jubilación parcial, por incumplir la obligación de sustituir al trabajador relevista.

El TS resuelve la cuestión atendiendo a la norma legal en esta materia que establece la obligación de la empresa de sustituir al trabajador relevista si se produce la extinción de su contrato antes de que el trabajador sustituido alcance la edad de acceso a la jubilación ordinaria o anticipada, debiendo, en caso de incumplimiento, abonar a la Entidad gestora el importe de la prestación de jubilación parcial desde la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (RD 1131/2002 disp.adic.2ª).

La norma tiene una doble finalidad: fomentar una política de empleo que no suponga la pérdida de puestos de trabajo, y evitar que los ingresos de la Seguridad Social se vean mermados garantizando el equilibrio económico en las cuentas de la Seguridad Social. Ninguno de estos objetivos se cumpliría si se admitiera que la suspensión de la relación laboral de los trabajadores de la empresa puede permitir que no se sustituya al trabajador relevista cuyo contrato se extingue antes de que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada. Esto daría lugar a la pérdida de un puesto de trabajo en tal periodo, y al injustificado abono durante el mismo de la prestación de jubilación parcial con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social.

La respuesta correcta a la situación generada por la suspensión colectiva de la totalidad de contratos de la plantilla debería ser la de suspender igualmente el contrato del relevista, que no la de eludir la obligación de sustituirlo por otro trabajador ante el hecho de que la actividad productiva se vea paralizada de manera coyuntural durante un determinado periodo de tiempo.

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

## 5. ¿Puede la empresa despedir por conductas cometidas fuera del tiempo y lugar de trabajo?

### STSUD 2-11-22

El TS declara la procedencia del despido disciplinario de un vigilante de seguridad condenado por la comisión de un delito que implica la retirada de la habilitación para prestar servicios en el ámbito de la seguridad privada. Aunque la conducta delictiva se produjo fuera de la jornada y del lugar de trabajo, la misma tiene consecuencias relevantes en el ámbito laboral.

### **Vigilantes de seguridad: pérdida de la habilitación y despido disciplinario**

El 4-5-2018 la empresa remite al actor, que presta servicios como vigilante de seguridad privada, carta por la que le notifica su despido disciplinario por la comisión de una falta muy grave consistente en la participación en un delito que conlleva la retirada de la habilitación para trabajar como vigilante de seguridad -conducción con permiso no vigente por pérdida total de puntos-.

Disconforme con la decisión empresarial, el actor interpone demanda por despido que es desestimada en la instancia y confirmada en sede de suplicación.

Ya en casación para unificación de doctrina, la cuestión litigiosa se centra en determinar si la pérdida de la habilitación como personal de seguridad privada por la comisión de un delito doloso cuando el actor no está desempeñando sus funciones constituye una causa de despido disciplinario o bien de despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

El TS señala que, si bien es cierto que, como regla general, el poder de dirección del empresario se centra en la conducta del trabajador en el tiempo y lugar de trabajo, ello no implica que el despido disciplinario únicamente pueda justificarse en incumplimientos contractuales producidos en el tiempo y lugar de trabajo.

En efecto, las actuaciones ilegales del trabajador cometidas fuera de su jornada y lugar de trabajo deben quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, siempre que no tengan ninguna vinculación con la actividad laboral y no causen ningún perjuicio a la empresa. Por el contrario, cuando esa conducta repercute contra los intereses de la empresa no puede excluirse la competencia del empresario para imponer sanciones por pérdida de confianza y transgresión de la buena fe.

A ello hay que añadir que el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad tipifica como falta muy grave la comisión de un delito que conlleve la retirada de la habilitación



para los vigilantes de seguridad, porque sin ella no pueden ejercitar su profesión, sin referencia alguna a la exigencia de que el delito tenga que haber sido cometido en el desempeño de sus funciones.

La Sala concluye que el actor incurrió en un incumplimiento contractual grave y culpable que justifica su despido disciplinario, en atención, por un lado, a la normativa legal que impide que un condenado por un delito doloso pueda prestar servicios como vigilante de seguridad, incompatibles con la existencia de antecedentes penales; y por otro, a la existencia de una norma colectiva que prevé expresamente que dicha conducta delictiva constituye una infracción muy grave que justifica el despido disciplinario.

Por todo lo expuesto, el TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina y confirma la sentencia que declaró la procedencia de la decisión extintiva de la empresa.

## **6. ¿Quién abona la pensión de incapacidad permanente en caso de infracotización?**

### **STSUD 27-10-22**

El TS declara que la empresa es responsable, en la parte correspondiente, de la pensión de IPA derivada de accidente de trabajo, cuando ha existido infracotización en los periodos previos a la fecha del accidente por el abono de un complemento salarial tras la reclamación del trabajador.

### **Responsabilidad en el abono de las prestaciones**

Como consecuencia de un accidente de trabajo, un trabajador es reconocido afecto a IPA.

El INSS declara que la responsabilidad del pago de la prestación corresponde tanto a la Mutua como a la empresa. La responsabilidad de la empresa es consecuencia de una reclamación del trabajador solicitando el abono de un complemento salarial, correspondiente a periodos anteriores al AT, que finaliza con acuerdo y supone tanto el abono de la diferencias salariales como en ingreso de las cotizaciones complementarias por diferencias de cotización.

Disconforme con la resolución del INSS, la empresa interpone demanda de Seguridad Social y en suplicación se declara a la Mutua como única responsable del abono de la prestación de PA reconocida. El INSS plantea recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión planteada en el recurso consiste en determinar si una empresa puede ser declarada responsable, en la parte correspondiente, de la pensión de IPA derivada de accidente de trabajo, cuando ha existido infracotización en los periodos previos a la fecha del accidente.

El TS resuelve la cuestión y estima el recurso, declarando la responsabilidad de la empresa por las siguientes razones:

a) La doctrina del TS establece que la fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar la entidad responsable de las secuelas del accidente de trabajo y de las correspondientes prestaciones es la fecha en que se produjo el accidente. Ha de estarse, en consecuencia, a esta fecha y si en ella existía infracotización por parte de la empresa, esta será proporcionalmente responsable, y no solo la correspondiente mutua, de la prestación de la Seguridad Social ((TS 26-2-08, EDJ 25838; 16-12-09, EDJ 332718).

b) El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas de cotización que determina la exigencia de responsabilidad respecto al pago de las prestaciones, incluye los supuestos en los que se cotiza por una cantidad inferior en cuanto influya sobre el importe de la prestación (LGSS art.167.2).

c) La a empresa es la responsable de abonar la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador, de haber cumplido correctamente el empresario su obligación de cotización, y la que le corresponda asumir a la Seguridad Social (o a la mutua) por las cuotas efectivamente ingresadas (LGSS art.94.2.c).

## **7. Las cláusulas que evitan compensar los gastos del teletrabajo son nulas**

### **SAN 10-11-22**

La AN se pronuncia de nuevo sobre la validez de las cláusulas de un acuerdo de trabajo a distancia. Declara la nulidad de una cláusula en la que se establece que no se incurre en gasto alguno por el hecho de prestar servicios en teletrabajo y que, de incurrir, éstos se ven plenamente compensados por los ahorros que esta modalidad laboral facilita.

### **Nulidad de cláusula de acuerdo a distancia**

Una de las representaciones sindicales de la empresa interpone demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare la nulidad de determinadas cláusulas del acuerdo

colectivo del teletrabajo y las concordantes del acuerdo individual. Entre ellas, las relativas a la compensación de los gastos durante el teletrabajo y a la forma de realizar la evaluación de riesgos laborales. La AN resuelve lo siguiente:

a) Gastos de teletrabajo. El acuerdo de teletrabajo de la empresa establece que la persona trabajadora no incurrirá en gasto alguno por el hecho de prestar servicios en teletrabajo y que, de incurrir, éstos se ven plenamente compensados por los ahorros que esta modalidad laboral facilita. La AN recuerda que la Ley de Trabajo a Distancia (L 10/2021 art.7) establece que en el acuerdo debe figurar la enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia y forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma. Esto supone que la cláusula del acuerdo es contraria a la Ley ya que esta contiene una obligación empresarial expresa de compensar los gastos en que pudiera incurrir el trabajador por el hecho de prestar servicios a distancia. Por ello, una cláusula que establece que la prestación de servicios a distancia no genera gasto alguno, y que caso de producirse, queda compensado con el ahorro que dicha forma de trabajo produce, es contraria a la norma y debe declararse nula en su integridad.

b) Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. El acuerdo de teletrabajo establece cuando la persona trabajadora no permita acceder al lugar de trabajo, el trabajador debe declarar haber recibido la formación necesaria por parte de la empresa y que el lugar designado para la prestación de servicios cumple los requisitos necesarios desde la perspectiva de la prevención de riesgos. Para la representación sindical no es suficiente con exigir al trabajador una autoevaluación de los riesgos, por lo que solicita que se declare el derecho de los trabajadores a la realización de una evaluación con métodos alternativos en caso de ausencia de consentimiento sobre el acceso a su domicilio particular. La AN entiende que esta cláusula cumple con lo establecido en la Ley de Trabajo a Distancia. No vulnera esta norma que la persona trabajadora se comprometa a cumplir las normas de seguridad necesarias y a realizar los cambios que sean precisos para que el lugar en el que preste sus servicios sea el adecuado para garantizar su seguridad y su salud, ya que es la empresa la que debe sufragar los gastos del teletrabajo, especialmente los precisos para cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales.

Por todo ello, la AN estima parcialmente la demanda planteada.

## **8. La DGOSS contradice al INSS: el accidente de trabajo sufrido en el RGSS no tiene esta calificación en el RETA**

### **Oficio DGOSS ITCP Pluriactividad**

La DGOSS rectifica el criterio de gestión 3/2022 del INSS en relación con la calificación de la contingencia de que derivan las prestaciones de Seguridad Social cuando un trabajador en situación de pluriactividad sufre un accidente de trabajo.

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

La DGOSS rectifica el criterio de gestión 3/2022 del INSS en relación con la calificación de la contingencia de que derivan las prestaciones de Seguridad Social cuando un trabajador en situación de pluriactividad sufre un accidente de trabajo.

Ante la falta de regulación expresa y las diferencias de criterio entre las mutuas y el INSS esta entidad gestora plantea a la DGOSS la cuestión relativa a determinar de qué contingencia derivan las prestaciones del sistema de Seguridad Social cuando un trabajador en situación de pluriactividad sufre un accidente de trabajo en una de las actividades.

La DGOSS, tras analizar los conceptos de accidente de trabajo en el RGSS y en el RETA, señala que para calificar como profesional un accidente de trabajo, este debe estar vinculado con la concreta actividad laboral (trabajadores por cuenta ajena, RGSS) o profesional (trabajadores por cuenta propia, RETA) que estaba realizando el trabajador o se disponía a realizar.

Por ello concluye que, estando el concepto de AT legalmente vinculado a la actividad concreta que desempeñaba o que se dirigía a desempeñar el trabajador en el momento de producirse el accidente, no cabe aplicar esta calificación en régimen distinto a aquel en el que se estaba ejerciendo a actividad en el que se ha producido el accidente. Esta conclusión es aplicable también a los accidentes in itinere, a las enfermedades que reciben el tratamiento de accidente de trabajo y a los accidentes de trabajo sufridos por los TRADE, incluidos los producidos in itinere.

## 9. Despido por ofensas graves a compañeros de trabajo: ¿es válida la grabación aportada por el trabajador ofendido?

### STSJ Madrid 23-9-22

No vulnera el secreto de las comunicaciones una grabación que prueba un maltrato de obra grave a un compañero de trabajo, cuando esta se efectúa por el destinatario de las comunicaciones. Si, además, supera los juicios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad tampoco vulnera el derecho a la intimidad. Se declara válida la prueba de grabación.

### Validez de la prueba de grabación

El trabajador prestaba servicios para una empresa de seguridad hasta su despido disciplinario por malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y de consideración a un compañero de trabajo. En la carta de despido, la empresa alega que, en conversación telefónica, se ha dirigido a un compañero dirigiéndole frases como: «¿qué pasa payasete? ¿Qué quieres que te reviente la puta cabeza o qué? Imbécil, vuelve a hacer eso otra vez que vas a ver tú como nos vamos a ver tú y yo». Los hechos habían sido comunicados a la empresa por el trabajador ofendido, aportando una grabación de la conversación- El trabajador despedido interpone demanda de despido, que es desestimada por lo que el trabajador interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si es válida como prueba de la causa de despido una grabación efectuada por el compañero sobre el que se profirió el maltrato de palabra. Señalando que la falta de validez a esta prueba supondría la nulidad de la misma.

Para resolver la cuestión el TSJ, en coincidencia con la sentencia de instancia, recuerda que:

a) No vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones aportar grabaciones en las que participa como interlocutor quien pretende valerse de las mismas y puede aportarse al proceso, siempre que no vulnere otro derecho fundamental, como el derecho a la intimidad.

b) Para determinar si una prueba de grabación y sonido vulnera el derecho a la intimidad se debe valorar si se superan los tres elementos del clásico test establecido por la jurisprudencia del TCo: juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad.

En el supuesto enjuiciado, el trabajador destinatario de las amenazas y el menosprecio participa en la conversación por lo que no se vulnera el secreto de las comunicaciones; ha puesto en conocimiento de la empresa su contenido, y en cuanto no existía otro medio de

prueba más eficaz para demostrar las amenazas, ese medio resulta idóneo, necesario y proporcionado, sin que se aprecie tampoco vulneración del derecho a la intimidad.

El TSJ coincide con la argumentación de la sentencia de instancia y declara que la prueba de grabación es lícita, por lo que no han sido obtenidos mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Por otra parte, admitida la prueba, coincide que los hechos llevados a cabo por el trabajador despedido suponen un comportamiento grave y culpable con la suficiente entidad e intensidad como para justificar la decisión patronal de despido, al tratarse de hechos que rompen la convivencia entre ofensor y ofendido.

Por todo ello, se desestima el recurso de suplicación confirmando la sentencia de instancia.

## **10. Inscripción como demandante de empleo y situación asimilada al alta: aplicación de la perspectiva de género**

### **SJ Social nº 1 de Granada 13-10-22**

La no inscripción como demandante de empleo, a la que se condiciona el mantenimiento de la situación de asimilación al alta y la aplicación del mecanismo de integración de lagunas en el RETA, en un periodo que coincide con la dedicación de la mujer al cuidado de los hijos no impide la aplicación de dicho mecanismo. El juzgado interpreta la normativa que lo regula desde una perspectiva de género y concluye que, en caso contrario, se estaría produciendo una discriminación indirecta, al ser las mujeres quienes cesan mayoritariamente en la búsqueda activa de empleo para dedicarse al cuidado de los hijos menores.

### **Interpretación del requisito de inscripción como demandante de empleo desde una perspectiva de género**

Con fecha de 1-7-2021, el INSS dicta resolución por la que reconoce a la actora, madre de 3 hijos y que figura en alta en el RGSS hasta el 24-6-1988 y posteriormente en el RETA desde el 1-3-2004, el derecho a percibir una pensión de jubilación en el RETA con una base reguladora de 840,99 € y un porcentaje del 81,76%.

Disconforme con el cálculo de la base reguladora efectuado, interpone reclamación previa, que es desestimada, y posterior demanda judicial en la que solicita un aumento de la base reguladora de la pensión por aplicación del mecanismo de integración de lagunas,

computando por las bases mínimas el período comprendido entre 1997 y 2004 en que no trabajó ni se inscribió como demandante de empleo.

La sentencia recuerda que el art.209.1.b) de la LGSS, que señala que la integración de lagunas, cuando durante el período que deba tomarse para el cálculo de la base reguladora apareciesen meses durante los que no hubiese existido obligación de cotizar, no es de aplicación en el RETA, régimen en el que se causa la pensión (LGSS art.318.d).

Esta previsión tiene que ser matizada a la luz de la Circular 4/2003 que prevé que, aunque la pensión se cause en un régimen en el que no se contemple la integración de lagunas, la misma será aplicable en aquellos períodos de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar subsiguientes a una situación de alta en un régimen que prevea dicha integración.

Este requisito de asimilación al alta ha sido interpretado por el TS de modo no formalista, considerándolo cumplido cuando, en atención a las circunstancias, es razonable que se haya descuidado la inscripción como demandante de empleo (TS 19-7-21, EDJ 69390).

A ello se une la necesidad de aplicar la perspectiva de género en la interpretación de las normas, a fin de lograr la efectiva igualdad de mujeres y hombres (a partir de TS 21-12-09, EDJ 327336) y la posibilidad de recurrir a datos estadísticos para demostrar la discriminación indirecta (TJUE 3-10-19, asunto C-274/18; TCo 91/2019).

Así, el criterio de condicionar la situación asimilada al alta a la inscripción como demandante de empleo se revela, en principio, como un criterio neutro, pero si se valora la incidencia que tiene en relación al colectivo de mujeres es claro que supone una discriminación indirecta, puesto que es el colectivo femenino el que de manera abrumadora cesa temporalmente en la búsqueda activa de empleo para dedicarse al cuidado de los hijos menores.

En aplicación de estos criterios interpretativos, la sentencia considera acreditado que el alejamiento de la actora, con una dilatada carrera profesional, del mercado laboral coincidió con la minoría de edad de sus hijos, reintegrándose de nuevo a la vida laboral activa una vez alcanzada la mayoría de edad, lo que demuestra que siempre existió un ánimo de trabajar, aunque no formalizase su inscripción como demandante de empleo, por lo que no puede excluirse la posibilidad de llevar a cabo la integración de lagunas.

NOTA. La sentencia de juzgado sigue la línea de otras resoluciones judiciales que imponen la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación de las norma jurídicas (entre otras, TSJ Galicia 30-3-22, EDJ 562528; TCo 79/2020).

## **11. ¿Cómo se solicita la reincorporación de un trabajador tras el ERTE?**

### **STSJ Madrid 19-9-22**

El TSJ Madrid declara que la empresa debe utilizar todos los medios para solicitar la reincorporación del trabajador tras un ERTE. No haber agotado todos los medios posibles, incluido en WhatsApp, supone que no resulten acreditados los incumplimientos que son causa del despido.

### **Despido disciplinario por no reincorporarse al ERTE**

Un trabajador, que prestaba servicios como camarero, es incluido en un ERTE hasta que el 27-4-2021, la empresa, mediante correo electrónico, le solicita su reincorporación a la empresa. Realiza la misma comunicación mediante burofax remitido al domicilio facilitado por el trabajador sin recibir respuesta alguna.

El 1-5-2021, la empresa reitera la comunicación por los mismos medios, advirtiéndole que, en caso de no justificar la ausencia, la empresa procedería a su despido disciplinario. Ante la falta de respuesta, el 5-5-2021, la empresa le comunica su despido por los mismos medios. El mismo día y tras la recepción de un SMS de la TGSS notificándole su baja en la Seguridad social, el trabajador se pone en contacto con la empresa mediante WhatsApp preguntando por su finiquito. La empresa le responde por la misma vía. Todos los burofaxes fueron devueltos por los funcionarios de correos al resultar desconocido el destinatario y no consta si el trabajador leyó o no los correos electrónicos. El trabajador presenta demanda de despido y al ser declarado procedente, interpone recurso de suplicación ante el TSJ Madrid.

Para resolver la cuestión, el TSJ recuerda que el ET art.55 establece que el despido debe ser notificado por escrito al trabajador y que en la carta de despido deben constar tanto los hechos que lo motivan como la fecha de efectos y, además, que su incumplimiento determina la improcedencia del despido.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial interpreta que la expresión «ser notificado» supone que si es el trabajador quien con su conducta impide la recepción de la carta de despido, no se puede imputar este incumplimiento al empresario. Además, ante la trascendencia de la medida sancionadora a imponer, establece que el empresario está obligado a agotar diligentemente todos los mecanismos regulares de comunicación a su alcance, entre los que se encuentra el WhatsApp.



En el supuesto enjuiciado, el TSJ considera acreditado que el trabajador conoce por primera vez la obligación de reincorporarse a la empresa y su despido, a través de la comunicación por WhatsApp. Es decir, hasta ese momento no se puede acreditar que el trabajador ha conocido la orden empresarial de reingreso. Por ello, el TSJ no entiende que solo se acuda a esta vía para informar al trabajador de su cese, y no antes para requerirle para su reintegro a su puesto de trabajo. Considera que, si procedió a comunicar esta circunstancia vía telemática y postal, también pudo haber acudido al uso del WhatsApp, a la cual tenía a su acceso como evidenció el hecho de haber sido dicho cauce para comunicar el despido.

Por ello, el TSJ concluye que en el trabajador no se ausentó de manera voluntaria de su puesto de trabajo en los términos exigidos por el convenio colectivo para aplicar la sanción de despido, por lo que esto supone que se estima el recurso y se declara la improcedencia del despido, con opción entre la readmisión en las mismas condiciones o la indemnización.

## **12. Se declara accidente de trabajo una caída ocurrida en teletrabajo**

### **SJSocial nº 1 de Cáceres 26-10-22**

El JS núm 1 de Cáceres ha declarado que es accidente de trabajo la caída sufrida por una trabajadora que prestaba servicios en régimen de trabajo cuando salía del cuarto de baño de su domicilio para retomar su actividad laboral.

#### **Caída en casa**

Una teleoperadora que presta sus servicios mediante teletrabajo sentada frente a la pantalla de ordenador en su domicilio sufre un accidente resultando un traumatismo en el codo y en la parrilla costal. El accidente se produjo sobre las 13:45, cuando acudió al baño de su domicilio y al salir, para retomar su tarea, tropezó y cayó al suelo. La caída se consideró accidente no laboral por lo que la trabajadora presenta demanda de determinación de contingencia solicitando que se declare el accidente como laboral.

La MCSS no discute que el accidente se produjera en tiempo de trabajo. Sin embargo rechaza la contingencia profesional por no estar la trabajadora en el que considera su lugar de trabajo: sentada frente al ordenador en su domicilio. Pero para el JS, la obligada visita al aseo para atender una necesidad fisiológica durante el desempeño de la jornada laboral no puede enervar la presunción de laboralidad de los accidentes sufridos en tiempo y lugar

de trabajo. Nadie pondría en duda considerar accidente de trabajo el sufrido por un trabajador en idénticas circunstancias si trabajara en una fábrica, oficina o taller. No existe una interrupción del nexo causal como ocurriría, p.e, si en tiempo de trabajo se cortara accidentalmente con un cuchillo en la cocina de su domicilio. Añade el JS que no se trata de hacer de mejor condición a quien teletrabaja, sino que, al contrario, se busca evitar su desprotección.

Por ello, el JS nº 1 Cáceres estima la demanda y declara que el accidente es imputable a accidente de trabajo.

### **13. Nuevo criterio de gestión de la INSS sobre el complemento para la reducción de la brecha de género**

#### **Criterio de gestión INSS 20/2022**

El INSS aclara qué se considera por pensión pública de menor renta a efectos de asignarle el complemento para la reducción de la brecha de género cuando los dos progenitores reúnan los requisitos para su reconocimiento.

#### **Pensión pública de menor cuantía**

El INSS concreta qué se entiende por pensiones públicas de menor cuantía a efectos de asignarle el complemento para la reducción de la brecha de género cuando los dos progenitores reúnen los requisitos para su reconocimiento.

La finalidad perseguida por el complemento para la reducción de la brecha de género es compensar a quien presumiblemente ha sufrido un perjuicio de su carrera de cotización como consecuencia del cuidado de hijos. En atención a esta finalidad la pensión que permite determinar cual de los dos progenitores tiene una pensión menor y, por lo tanto, tiene presumiblemente un perjuicio de su carrera de cotización, es la pensión inicial. Si se tomara en consideración la pensión efectivamente percibida no se estarían comparando las respectivas carreras de cotización.

Por ello, se debe tomar en consideración la pensión inicial con las revalorizaciones que correspondan en su caso. No se tienen en cuenta los complementos por mínimos, garantías de importe mínimo de pensión, reducciones por superar el importe máximo, suspensión o minoración del importe de la pensión por desempeño de trabajo o actividad

incompatible o cualquier otro importe no consolidable que, en su caso, pueda corresponder.

## **14. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. ¿Cómo se calcula el requisito de carencia de rentas?**

### **STS 27-9-22**

La comprobación del requisito de carencia de rentas exigido para acceder al subsidio por desempleo para mayores de 52 años se realiza teniendo en cuenta las rentas del beneficiario, no las de la unidad familiar.

### **Carencia de rentas**

Un beneficiario del subsidio por desempleo para mayores de 52 años percibe, en 2015, ingresos propios por el vencimiento de un bono en cuantía de 7.500€. El 5-9-2016 el SEPE comunica la extinción del subsidio por haber percibido rentas superiores en cómputo anual al 75% SMI así como la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas.

El TSJ Madrid, estimando el recurso de suplicación planteado por el solicitante ante la sentencia desestimatoria de su demanda en instancia, considera reunido el requisito de carencia de rentas y, por lo tanto, reconoce el derecho al subsidio por desempleo. Llega a esta conclusión tras dividir los ingresos percibidos por el solicitante (7.500 €/año o 625 €/mes) entre los 4 miembros de la unidad familiar (el solicitante incluido), siendo el resultado (156,25 €) inferior al 75% SMI para el año 2015 (648,60 € x 75% = 486,45 €). El SEPE recurre en casación para la unificación de doctrina considerando incumplido el requisito de carencia de rentas del propio solicitante. Plantea por ello la cuestión relativa a determinar si el beneficiario del subsidio carece o no de rentas propias superiores al 75% del SMI y de qué forma deben ser consideradas las cargas familiares.

El TS señala que el requisito de la carencia de rentas de la unidad familiar, que es lo que ha tenido en cuenta el TSJ Madrid, únicamente se tiene en cuenta a efectos de reunir el requisito de tener responsabilidades familiares a cargo. Pero con carácter previo debe cumplirse el requisito sine qua non de carencia de rentas propias del solicitante. El requisito legalmente previsto para lucrar el subsidio está referido en exclusiva a quien pretende acceder al subsidio por desempleo, sin que deba tenerse en cuenta el número de miembros que integran la unidad familiar. De este modo, para tener derecho al subsidio de desempleo se debe cumplir un primer requisito consistente en que el solicitante carezca

de rentas propias de cualquier naturaleza superiores al 75% del SMI vigente. Solo cuando este requisito sine qua non ha sido superado pueden acreditarse, en su caso, las cargas familiares.

En el caso analizado, el solicitante percibe unos ingresos de 625 €/mes lo que supera el 75% del SMI que, para ese año, quedaba fijado en 486,45 €/mes. Por ello, no quedando cumplido el requisito de carencia de rentas propias, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina denegando el derecho del solicitante al subsidio de desempleo reclamado, debiendo proceder al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.

## **15. El TS recuerda las reglas de cómputo de los permisos retribuidos**

### **STS 18-10-2022**

Con relación al cómputo de los permisos retribuidos el TS reitera que la fecha inicial del permiso debe ser el primer día hábil para quien lo disfrute; que, salvo en el caso de matrimonio, el cómputo ha de excluir las fechas en las que no existe la obligación de trabajar. Asimismo, reitera que, si el hecho desencadenante del permiso sucede durante las vacaciones, el permiso no surge.

### **Reglas de cómputo**

Tres de las representaciones sindicales en una empresa perteneciente al sector del comercio interponen demanda de conflicto colectivo sobre la interpretación de las disposiciones relativas al disfrute de los permisos retribuidos ante la AN. Esta estima en parte las demandas sindicales y ambas partes interponen recurso de casación ante el TS.

Las cuestiones planteadas en el recurso, tanto por la representación sindical como por la empresa, versan sobre las siguientes cuestiones: a) En qué fecha en que comienza a correr la duración de los permisos; b) Si el cómputo va referido a fechas naturales o laborables; y c) Las consecuencias que se producen cuando la causa generadora del permiso sobreviene durante las vacaciones.

Para resolverla, el TS recuerda su doctrina y señala lo siguiente:

a) Con relación al día inicial de inicio del cómputo del periodo de disfrute de permisos y licencias retribuidas reconocidas en convenio colectivo, recuerda que su doctrina ha

establecido que en los casos en los que el hecho causante del permiso suceda en día no laborable para el trabajador, el día inicial debe ser el primer día laborable siguiente. La razón es que la finalidad de estos permisos no es conceder al trabajador un descanso, sino liberarles de acudir al trabajo sin pérdida de retribución para atender determinadas situaciones.

b) Con relación al sistema de cómputo aplicable a la duración de los permisos, el TS ha establecido que el permiso sólo tiene sentido si se proyecta sobre un período de tiempo en el que existe obligación de trabajar, pues -de lo contrario- carecería de sentido que su principal efecto fuese ausentarse del trabajo; en consecuencia, lo normal es que los permisos se refieran a días laborables, salvo previsión normativa en contrario. Asimismo, señala que de la regulación de los permisos retribuidos (ET art.37.3) se evidencia que el permiso se da para ausentarse del trabajo en día laborable, pues en día festivo no hace falta.

c) Respecto de la superposición de permiso y vacaciones, el TS su jurisprudencia y la del TJUE que establece que mientras las vacaciones constituyen tiempo de libre disposición para el trabajador durante los cuales puede desarrollar actividades absolutamente ajenas al trabajo y que tienen su razón de ser en el derecho al descanso, los permisos están conectados a la causa que los provoca. Esto supone que el permiso solo tiene sentido si sirve para atender la causa que lo permite, de ahí que se exija una cierta inmediatez entre la necesidad que cubre el permiso y el efectivo disfrute de éste. Desde esa misma perspectiva, el disfrute del permiso sólo tiene sentido cuando el hecho causante sucede en tiempo de trabajo, pues si el hecho causante sucediera en un momento diferente no tendría sentido la ausencia del trabajo, y mucho menos diferir el permiso para un momento posterior en el que se hubiera reanudado la prestación laboral.

Por todo ello, se desestima el recurso y se declara lo siguiente:

– Que los trabajadores afectados por el conflicto colectivo tienen derecho a que el «dies a quo» del cómputo de los permisos retribuidos regulados en el convenio colectivo en los casos en que el hecho causante del permiso suceda en día no laborable para el trabajador, tenga que iniciarse en el primer día laborable siguiente. El día inicial del disfrute de estos permisos no puede ser un día festivo o no laborable, sino el primer día laborable que le siga a aquél en que se produjo el hecho que da derecho al permiso.

– Que los permisos regulados en el convenio deben disfrutarse en días hábiles. El permiso por matrimonio, reconocido legal y convencionalmente, está referido a días naturales, que incluyen días laborables y no laborables.

– También se declara que cuando los acontecimientos que justifican la concesión de cualesquiera de los permisos retribuidos acaezcan durante un período de vacaciones anuales retribuidas, no surge el derecho a su disfrute durante un período de trabajo subsiguiente.

## **16. El tiempo en ERTE computa a efectos de promoción profesional**

### **SAN 4-10-2022**

La AN reconoce el derecho de los trabajadores afectados por un ERTE de fuerza mayor a que se computen los tiempos de suspensión de contratos y reducción de jornada a efectos de la progresión y promoción profesional en todos los niveles.

### **ERTE por fuerza mayor y promoción profesional**

La cuestión que se plantea en procedimiento de conflicto colectivo se centra en determinar si el tiempo en que los trabajadores permanecen afectados por un ERTE de suspensión de contratos y reducción de jornada computa a efectos del tiempo de permanencia y del tiempo de prestación de servicios efectivos en la empresa, a cuales se condiciona la progresión profesional, conforme a lo previsto en el IV Convenio Colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (BOE 27-12-2019).

Con carácter previo, la AN reconoce la legitimación activa del sindicato actor dado que cuenta con un 15% de participación en los órganos de representación de la empresa.

En relación al fondo del asunto, el convenio condiciona la progresión y promoción profesional, entre otros requisitos, al cumplimiento de un período mínimo de permanencia en el nivel anterior y a la prestación activa y efectiva de servicios durante, al menos, un 96% del período de permanencia. A estos efectos, prevé que los permisos retribuidos y las ausencias por accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como la excedencia forzosa, la maternidad y la paternidad computen como tiempo de servicio activo, pero no contiene ninguna previsión respecto a los períodos de suspensión del contrato o reducción de jornada por ERTE por fuerza mayor.

La Sala considera, en primer lugar, que el tiempo en ERTE debe considerarse como período de permanencia. En el caso de reducciones de jornada, porque continúan prestando servicios, aunque con una jornada inferior. Y, en el caso de las suspensiones de contrato,

porque la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar, pero la relación laboral no se extingue, sino que trabajador y empresario siguen vinculados, con obligación de cumplir sus deberes básicos, incluyendo el de no concurrencia con la actividad de la empresa.

Y, en segundo lugar, respecto a su consideración como tiempo efectivo de servicios, la AN concluye que:

1. No puede computarse como tal respecto de los trabajadores afectados por un ERTE de suspensión, ya que no existe prestación efectiva de servicios. No obstante, la Sala acoge la petición subsidiaria formulada en el acto del juicio y excluye el período del ERTE suspensivo del cómputo del 96% exigido por el convenio colectivo.

De este modo, reconoce el derecho de los trabajadores a progresar de nivel si durante el resto del período alcanzan un 96% de prestación efectiva de servicios.

2. Respecto a los trabajadores afectados por un ERTE de reducción, la Sala considera que la prestación de servicios es real y efectiva por lo que, al no exigir el convenio, en ningún caso, la realización de una jornada completa debe considerarse como tiempo efectivo de trabajo.

Por todo ello, la AN acuerda la estimación parcial de la demanda interpuesta por las centrales sindicales.

## **17. Señalar la fecha de juicio para 3 años después de presentar la demanda vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**

**STCo 125/2022, de 10-10-2022**

El TCo declara vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por un Juzgado de lo Social que señaló la fecha para los actos de conciliación y juicio para tres años y casi cinco meses después de la presentación de la demanda en reclamación de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la formalización de contrato postdoctoral.

### **Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**

que señaló la fecha para los actos de conciliación y juicio para tres años y casi cinco meses después de la presentación de la demanda contra la Universidad, en reclamación de

indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la formalización de contrato postdoctoral.

Aunque el demandante recurrió el señalamiento, fue desestimado tanto en reposición como en revisión, alegando el Juzgado de lo Social que el señalamiento se realizó conforme a los criterios generales y teniendo en cuenta la sobrecarga de trabajo y la falta de medios.

El TCo considera vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aplicando al caso los criterios objetivos precisados por la doctrina constitucional (TCo 129/2016 y 54/2014):

1. Escasa complejidad del litigio al tratarse de una simple reclamación de cantidad derivada del incumplimiento de unos compromisos laborales previos.
2. El plazo de señalamiento (3 años y 5 meses desde la presentación de la demanda), es claramente superior a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los Juzgados de lo Social de España en 2021, que se situaba en 14,5 meses.
3. El interés que arriesga el recurrente es una reclamación de cantidad que puede tener un impacto muy significativo teniendo en cuenta que la negativa a formalizar el contrato posdoctoral implica que el recurrente se encuentre en situación de desempleo y sin la que hasta el momento venía siendo su fuente de ingresos (contrato predoctoral de formación).
4. La conducta del recurrente no merece ningún reproche pues no ha propiciado el retraso y ha utilizado cuantos medios legales estaban a su disposición para tratar de reducir el tiempo del litigio.
5. La conducta del órgano judicial se ha limitado a justificar la dilación en la sobrecarga de trabajo permanente o estructural y la carencia de medios personales. Pero esta circunstancia no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues no altera su naturaleza injustificada en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramita el pleito no legitima el retraso en resolver (TCo 54/2014).

Por ello, el TCo estima el recurso de amparo y, declarando la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas, encomienda al JS que efectúe un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.



## **18. Obligación de registrar el plan de igualdad: ¿qué sucede cuando la autoridad laboral no resuelve?**

### **STSJ Madrid 30-9-22**

El TSJ Madrid declara que, en cuanto la inscripción y registro de los planes de igualdad es un procedimiento administrativo, rige la obligación de resolver expresamente, por lo que transcurrido el plazo de 3 meses sin haber dictado resolución expresa, la Autoridad laboral competente debe inscribir y registrar el plan por silencio administrativo positivo.

### **Aprobación por silencio positivo**

La empresa que contaba con un plan de igualdad anterior a la entrada en vigor del RD 902/2022, regulador de los planes de igualdad y su registro, procede, conjuntamente con la parte social, a adaptarlo a la nueva regulación.

El 1-7-2021 solicita su inscripción en el registro de convenios colectivos y planes de igualdad de la Dirección General de Trabajo del MTES. Esta Dirección General requiere a la empresa para que subsane los defectos encontrados en respectivas resoluciones de 6-7-2021 y de 18-8-2021, que presenta su último escrito de alegaciones el 8-9-2021, sin recibir respuesta de la Administración desde esa fecha.

En consecuencia, el 22-10-2021 la empresa solicita al órgano administrativo superior que expida un certificado del silencio administrativo estimatorio, al haber transcurrido más de 3 meses sin haber recaído resolución expresa. El 29-10-2021 dicho órgano administrativo dicta resolución denegando la inscripción del plan. Disconforme, la empresa presenta recurso de alzada y al ser desestimado, interpone demanda de impugnación de actos administrativos.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si, transcurrido el plazo de 3 meses sin haber recaído resolución expresa sobre la inscripción de un plan de igualdad, debe procederse a su inscripción por silencio administrativo positivo.

El TSJ recuerda que la LPAC art.24.1 regula el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado estableciendo la obligación de dictar resolución expresa. Por ello, transcurrido el plazo máximo para resolver, los interesados están legitimados para entender estimada la solicitud por silencio administrativo positivo. Esta regla tiene como excepción los supuestos en los que una norma establezca lo contrario. Asimismo, la LPAC señala cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo alguno este será de 3 meses que, en caso de procedimientos iniciados a solicitud del

interesado, se computarán desde la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación.

En el supuesto enjuiciado la solicitud tuvo entrada en el registro el 1-7-2021 y el plazo de 3 meses fue suspendido por los dos requerimientos de subsanación de defectos (de 6-7-2021 y de 18-7-2021), habiendo presentado la actora escritos de alegaciones, respectivamente los días 20-7-2021 y de 8-9-2021. Por tanto, el cómputo del nuevo plazo de 3 meses para resolver debe entenderse finalizado el 8-12-2021 sin haber recaído resolución expresa. Aunque la administración demandada considera que se trata de un supuesto excepcionado de un silencio administrativo por entender que con los Planes de Igualdad se transfieren al solicitante facultades relativas al servicio público (LO 3/2007 art.45 y 46), el TSJ entiende que de esta regulación no se extrae la atribución de facultades de estas facultades a las empresas que han de elaborarlo e implantarlo.

Por tanto, el TSJ concluye que operó el silencio administrativo positivo por el transcurso del plazo de tres meses sin resolución expresa. Por otra parte, señala que la resolución desestimatoria de 29-12-2022 carece de relevancia ya que la LPAC establece que en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. Por tanto, al ser desestimatoria es contra legem, por lo que concluye que operó el silencio administrativo positivo.

Por todo ello, se estima la demanda, declarando no conforme a Derecho la resolución impugnada que se deja sin efecto, al haber operado el silencio administrativo positivo.

## **19. ¿Puede reducirse un complemento de asistencia y puntualidad en proporción a la jornada trabajada?**

### **STSUD 4-10-22**

El TS declara que carece de sentido reducir la cuantía de los complementos de asistencia y puntualidad cuando la persona trabajadora tiene jornada reducida por guarda legal. Si la trabajadora asiste al trabajo y cumple su horario de trabajo tiene derecho a la totalidad del complemento que retribuye la asistencia al trabajo y el cumplimiento del horario.

## **Percepción íntegra del complemento de asistencia y puntualidad**

Una de las representaciones de la empresa interpone demanda de conflicto colectivo en la que solicita que se declare contraria a derecho la práctica empresarial de reducir la cuantía del complemento salarial de puntualidad y asistencia regulado en el convenio colectivo a los trabajadores con jornada reducida por guarda legal. La demanda es estimada por el juzgado de lo social que declara el derecho de los trabajadores a percibir el complemento en su integridad. Por el contrario, en suplicación el TSJ desestima la demanda y la representación de los trabajadores interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si, en los casos de reducción de jornada por guarda legal, procede aplicar la disminución proporcional del complemento salarial de asistencia y puntualidad que perciben las personas trabajadoras de la empresa.

Ambos complementos aparecen regulados en el convenio colectivo aplicable a la empresa. El complemento de asistencia y puntualidad, cuya cuantía es fija para todos los trabajadores, incentiva la asistencia y el cumplimiento del horario y se adquiere respectivamente si la persona trabajadora no falta ningún día al trabajo y si el trabajador no llega tarde ni sale antes de las horas en las que tenga que hacerlo. El TS entiende que, por tanto, ambos complementos no dependen del tiempo trabajado, ni de la mayor o menor jornada realizada por la persona trabajadora. Es decir, el complemento se adquiere si no se falta al trabajo y si no se llega tarde ni se sale antes de la hora establecida.

Por tanto, el TS concluye que carece de sentido reducir su cuantía en función de si la persona trabajadora tiene jornada reducida por guarda legal, ya que si una persona trabajadora con menor jornada asiste al trabajo y cumple con su horario tendrá derecho a la integridad del complemento. La naturaleza del complemento está en función del puntual cumplimiento de la jornada de trabajo y del horario que tenga cada persona trabajadora.

Además, el TS recuerda que la evidencia empírica acredita que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercen el derecho a la reducción de jornada por guarda legal, lo que supone que en la interpretación del complemento también sean relevantes las normas sobre discriminación. En consecuencia, también la perspectiva de género conduce a interpretar el complemento convencional en el sentido anteriormente expuesto.

Por todo ello, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, confirmando la sentencia del juzgado de lo social.

## **20. Complemento de maternidad. ¿Se aplica a la pensión de gran invalidez reconocida por revisión de una IPT?**

### **STSUD 4-10-22**

La gran invalidez reconocida con posterioridad al 1-1-2016 como consecuencia de la revisión por agravación de una incapacidad permanente total reconocida antes de esa fecha no es un grado autónomo de la incapacidad permanente. El hecho causante de la prestación es, por lo tanto, anterior a la fecha de instauración del complemento de maternidad por aportación demográfica, lo que excluye su devengo.

### **Revisión del grado de incapacidad permanente**

El 16-3-2015 el INSS declara a una trabajadora en situación de incapacidad permanente total. Instada la revisión por agravación, se declara la incapacidad permanente absoluta mediante resolución del INSS de 19-2-2018. La mujer impugna la resolución que el TSJ Madrid estima parcialmente reconociendo la gran invalidez. Deniega, por el contrario, el complemento de maternidad por aportación demográfica solicitado por ser el hecho causante de la pensión anterior al 1-1-2016. La mujer considera que la fecha del hecho causante es la del reconocimiento de la gran invalidez por ser esta un grado autónomo de la incapacidad permanente distinto de la absoluta. Por ello recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si tiene derecho a percibir el complemento de maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social.

El TS recuerda que el complemento controvertido se aplica, cuando concurren los requisitos exigidos, a la cuantía inicial de las pensiones causadas a partir del 1-1-2016 (LGSS art.60 y disp.final única), pero en el caso analizado la pensión de incapacidad permanente se reconoció antes de dicha fecha, el 16-3-2015, cuando se declaró la incapacidad permanente total. Rechaza que deba tomarse en consideración la fecha de reconocimiento de la gran invalidez pues, según reiterada doctrina jurisprudencial, la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, es decir, un grado superior de la pensión de incapacidad permanente, pero no una prestación distinta e independiente. No altera esta conclusión el hecho de que la fecha inicial del devengo de la pensión reconocida a consecuencia de la revisión del grado sea el día siguiente a la fecha de la resolución del INSS.

En el caso analizado, a la demandante se le reconoció la pensión de incapacidad permanente en 2015 y, con posterioridad a la implantación del complemento de maternidad por aportación demográfica, se le reconoció un grado distinto de dicha

pensión. En consecuencia, el hecho causante de la pensión de incapacidad permanente es anterior a 1-1-2016, por lo que no cabe acceder al complemento de maternidad propugnado.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina presentado por la demandante.

Nota:

La sentencia contiene un voto particular por considerar que la prestación de incapacidad permanente absoluta, al igual que la Gran invalidez tienen autonomía propia, cada una de ellas con un hecho causante determinado y concreto y con una fecha de efectos económicos concretos.

## **21. Publicado el procedimiento para la valoración de puestos de trabajo**

**OM PCM/1047/2022, BOE 3-11-22**

Con vigencia desde el 4-11-2022, se aprueba y publicita el procedimiento para la valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género. Asimismo, se establece que la valoración de puestos de trabajo realizada utilizando la herramienta publicada en las páginas web del MTES y del Ministerio de Igualdad cumple los requisitos formales exigidos.

### **Procedimiento de valoración de puestos de trabajo**

Para cumplir las obligaciones legales para las que resulta necesario realizar una valoración de los puestos de trabajo, se previó el establecimiento de un procedimiento que sería aprobado mediante propuesta conjunta del MTES y del Ministerio de Igualdad (RD 902/2020 disp.final.2).

En cumplimiento de este mandato, el MTES y el instituto de las Mujeres, con la participación de los interlocutores sociales, han desarrollado una herramienta informática que incorpora un modelo voluntario para que cada empresa pueda evaluar el valor que aporta cada puesto de trabajo al conjunto de la organización y visibilizar aquellas tareas que, por estar ligadas a puestos de trabajo altamente feminizados, no se valoran debidamente.

Mediante esta orden y con vigencia desde el 4-11-2022, se aprueba y publicita este procedimiento de valoración de los puestos de trabajo con perspectiva de género a los efectos de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. La implementación del procedimiento tiene carácter voluntario y se llevará a cabo a través de la herramienta elaborada al efecto para evaluar la contribución de cada puesto de trabajo al conjunto de la organización.

Asimismo, se establece que la valoración de puestos de trabajo realizada utilizando la herramienta publicada en las páginas web del MTES y del Ministerio de Igualdad cumple los requisitos formales exigidos para el cumplimiento de lo establecido en el RD 902/2020.

El seguimiento de la implementación tanto de la herramienta de valoración de los puestos de trabajo, como de la herramienta de igualdad retributiva (IR!) está encomendado al MTES y al Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, realizarán, junto con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

Junto con la herramienta de valoración de puestos de trabajo se prevé la publicación de una guía de uso que, igualmente, ya ha sido publicada.

## **22. La AN anula por abusiva una cláusula de rendimiento mínimo impuesta a teleoperadores**

### **SAN 19-10-22**

La AN considera abusiva una cláusula de rendimiento mínimo impuesta unilateralmente por la empresa que prevé la extinción automática del contrato por bajo rendimiento continuado del trabajador, sin tener en cuenta factores objetivos o subjetivos que pudieran haber influido en el bajo rendimiento.

### **Requisitos de validez de la cláusula resolutoria por bajo rendimiento**

La AN se pronuncia sobre la validez de una cláusula de resolución del contrato por bajo rendimiento impuesta a los teleoperadores.

La sentencia resuelve la demanda de conflicto colectivo interpuesta por las centrales sindicales que cuestionan la licitud de la cláusula que prevé como motivo válidamente consignado para la resolución del contrato el bajo rendimiento del trabajador que, en 3 meses consecutivos o en 4 alternos dentro de un período de 6, no alcance el 75 % de la

media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio al que esté adscrito.

La AN analiza la jurisprudencia sobre los requisitos de validez de las cláusulas extintivas pactadas y su relación con el despido por bajo rendimiento. Considera que no es fácil fijar una línea divisoria entre ambas figuras por lo que, en algunos casos, se ha entendido que la única forma de resolver el contrato de trabajo por bajo rendimiento es la de despido por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (ET art.54.2.e); no obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha venido admitiendo el incumplimiento del pacto de rendimiento como una condición resolutoria válida (ET art.49.1.b), siempre que el rendimiento pactado no sea abusivo.

En cualquier caso, con independencia de otras circunstancias como la gravedad, voluntariedad y continuidad, que pueden servir para delimitar las dos figuras de extinción contractual, lo que parece claro es que la consideración del bajo rendimiento como incumplimiento contractual a efectos de justificar la resolución del contrato de trabajo, requiere, ineludiblemente, la existencia de un elemento de comparación.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, la Sala considera que la citada cláusula es abusiva en base a los siguientes argumentos:

1.- Se trata de una cláusula no negociada con la representación legal de los trabajadores que la empresa impone en el contrato de su trabajo, de modo que su no aceptación frustraría el contrato.

A ello se añade que los contratos en los que se incluye se refieren a puestos en los que el nivel de formación del trabajador no es excesivamente alto, por lo que las oportunidades de encontrar una ocupación son menores, resultando la libertad del trabajador aún más limitada.

2.- Si bien a la hora de fijar el rendimiento a alcanzar se contiene un elemento comparativo -el 75 % de la media de producción mensual conseguida por los trabajadores del servicio al que esté adscrito -, la cláusula opera ipso facto como una causa de resolución contractual prescindiendo de todo elemento subjetivo u objetivo que haya podido incidir en dicha falta de rendimiento.

Y ello constituye, a juicio de la Sala, un manifiesto abuso de derecho pues la aplicación automática de la cláusula permite al empleador extinguir el contrato sin necesidad de tramitar un despido por bajo rendimiento, lo cual exigiría, por un lado, acreditar la culpabilidad y la gravedad de la conducta del trabajador y, por otro, cumplir las exigencias formales que impone el art.55 del ET para el despido disciplinario.

Finalmente, la AN considera que la introducción de esta cláusula vulnera el derecho a la negociación colectiva, ya que el propio convenio colectivo ya prevé como conducta sancionable con el despido disciplinario la disminución continuada en el rendimiento del trabajador, pero impone un requisito de voluntariedad que se pretende eludir ahora con la inclusión de una cláusula resolutoria que opera de forma automática.

La sentencia es recurrible en casación ante el TS.

Santiago Blanes Mompó.

Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios