

Newsletter Laboral

España

GARRIGUES

Septiembre 2022

Índice

1. La contratación laboral tras la reforma

Federico Durán López

2. Flashes de actualidad

3. Sentencias

4. Garrigues Laboral y Sostenible

5. En el Blog Laboral

6. En la prensa

1. La contratación laboral tras la reforma

Federico Durán López

Plenamente operativa ya la reciente reforma laboral, comienzan a delinearse con bastante claridad sus efectos sobre el empleo y sobre la contratación laboral. Más allá de los objetivos proclamados por el legislador y de las pretensiones de los impulsores del cambio normativo, la evolución del mercado de trabajo nos permite identificar las tendencias que, previsiblemente, van a consolidarse mientras esté vigente el marco regulador introducido por el Real Decreto-ley 32/2021.

Los efectos sobre el empleo, en primer lugar, parece que no han sido significativos. La evolución de los datos de empleo, de contratación y de afiliación a la Seguridad Social ha seguido dependiendo del ciclo económico y de la evolución de la actividad, sin que pueda adivinarse influencia significativa alguna, por ahora, del cambio normativo. No hay que olvidar que nuestra tasa de desempleo se situó, en el mes de julio, según datos de Eurostat, en el 12,6%, casi duplicando la tasa media europea (6,6%). Ello, unido a la desaceleración producida en la afiliación a la Seguridad Social y teniendo en cuenta el cambio estadístico derivado de la sustitución de contratación temporal por contratación fija discontinua, a la que seguidamente me referiré, obliga a ser cautelosos en la valoración de los datos del mercado de trabajo.

Más relevantes, sin embargo, son los cambios que se vienen produciendo en la contratación laboral. Siendo el objetivo declarado de la reforma la reducción de las tasas de temporalidad y la consiguiente sustitución de empleo temporal por empleo fijo, el cambio normativo se centra en reforzar la causalidad de los contratos temporales, en limitar su duración y en reforzar la prohibición de encadenamiento de vinculaciones temporales. Ello lleva a un marco regulador de la contratación temporal bastante más rígido que el de los países de nuestro entorno. La limitación de la duración de los contratos temporales (6 meses, ampliables a 12) es más estricta de la que suele regir en el derecho comparado (12/24), la exigencia de causalidad es más rigurosa (llama la atención la continuada ausencia, en nuestro ordenamiento, del contrato por lanzamiento de nueva actividad, consolidado en otros ordenamientos) y la regulación del encadenamiento de contratos más rígida. Si a ello unimos la inexistencia entre nosotros de una norma que limite la aplicación de la legislación de despido a los supuestos en los que se haya superado una determinada duración de la relación laboral (seis meses en Alemania, dos años en Gran Bretaña), podemos concluir que, como hemos indicado, la rigidez del ordenamiento español en cuanto a las posibilidades de contratación temporal por las empresas es superior, por regla general, a la de los países de nuestro entorno (lo cual, paradójicamente, no es garantía de existencia de una menor tasa de temporalidad. Al contrario, esta es inferior en países con una mayor permisividad en relación con los contratos temporales).

Las consecuencias de ello, en el ámbito de la contratación laboral, no se han hecho esperar. Por una parte, se ha producido una revitalización del periodo de prueba como instrumento para garantizar la temporalidad de la vinculación laboral durante los primeros meses desde su establecimiento. La posibilidad de pactar un periodo de prueba de seis meses para los técnicos titulados y de dos meses para el resto (tres, en las empresas de menos de 25 trabajadores), ofrece, en efecto, una vinculación temporal inicial de una gran flexibilidad (a pesar de las limitaciones para la extinción contractual en el periodo de prueba que afloran a veces en la doctrina judicial). La extinción del contrato, sin causa (si bien, con la exigencia de que no exista una causa torpe) durante el periodo de prueba sigue asegurada y el costo indemnizatorio, a diferencia de lo que sucede en caso de suscripción de un contrato temporal, no existe. Aunque se han alzado ya algunas voces alertando contra esta utilización del periodo de prueba, debemos considerar que esta finalidad de garantizar una vinculación inicial temporal forma parte de su naturaleza. No hay que olvidar que, en Alemania, por ejemplo, la existencia de un periodo de prueba se configura expresamente como una de las causas de contratación temporal.

Por otra parte, y esto es sin duda mucho más relevante, se ha empezado a producir una intensa sustitución de contratación temporal por contratación fija discontinua. El contrato de trabajo fijo discontinuo es, en mi opinión, la figura central de la reforma en lo que se refiere a la contratación laboral. Es el elemento de flexibilidad con que cuentan las empresas para ordenar su contratación laboral en un marco de gran rigidez de la regulación del contrato temporal. El contrato fijo discontinuo evita los límites impuestos a la contratación temporal y al encadenamiento de contratos; garantiza la disponibilidad de la mano de obra precisa en los periodos de actividad de la empresa, suprimiendo las cargas laborales en los periodos de inactividad sin necesidad de recurrir a otros mecanismos suspensivos, o extintivos, más costosos en términos procedimentales y económicos; evita la inseguridad jurídica derivada de la necesidad de justificar la concurrencia de una causa de temporalidad; y aleja discrepancias interpretativas y actuaciones sancionadoras que, teniendo en cuenta la consideración de una infracción sancionable por cada trabajador contratado irregularmente de manera temporal, y la cuantía de las sanciones previstas, pueden ser muy graves, llegando incluso a afectar a las propias posibilidades de mantenimiento de la actividad empresarial. Y todo ello sin más coste que el de elevar la indemnización futura, en caso de extinción del contrato, a veinte días en vez de los doce asociados al contrato temporal. Al mismo tiempo, ofrece a los trabajadores una vinculación estable con la empresa y les puede garantizar incluso, si así se pacta, un periodo mínimo de actividad.

Un adecuado desarrollo convencional del contrato fijo discontinuo, adaptándolo a las peculiaridades del sector, o incluso de la empresa, puede, además, reforzar su atractivo para las empresas y aumentar la seguridad de los trabajadores. Las amplias posibilidades de regulación convencional (incluso por acuerdo de empresa) de todo lo relativo al llamamiento para los periodos de actividad, deja en manos de los agentes sociales la concreción del régimen jurídico de la figura. Y la regulación legal de los contratos fijos discontinuos justificados por contrata o concesiones administrativas, permite también a la negociación sectorial un amplio margen de actuación. La defectuosa técnica legislativa al respecto (no tiene sentido decir que los convenios podrán fijar una duración máxima de los periodos de inactividad entre contratas, y a renglón seguido decir que en defecto de previsión convencional esa duración será de tres meses. Esto último solo tiene sentido si se dijera que los convenios deberán fijar una duración máxima. Si la fijación de la duración máxima es potestativa va contra la lógica establecer una duración máxima en defecto de la previsión convencional), permite que los convenios sectoriales exploren regulaciones más razonables.

En ese sentido, por ejemplo, el Acuerdo de modificación del VI convenio colectivo general del sector de la construcción (publicado por Resolución de 23 de julio de 2022, en el BOE del 5 de agosto) ofrece una pauta de enorme interés: “el plazo máximo de inactividad se corresponderá con el periodo de tiempo en el que no sea precisa la prestación de servicios de la persona trabajadora porque la actividad de la empresa no lo requiera o por no existir necesidad de incrementar la plantilla, en la provincia en la cual aquélla suscribió el contrato de trabajo”. Esto, unido al resto de la regulación de la figura contractual en el artículo 25 del convenio, constituye un ejemplo de las posibilidades que la misma ofrece para las empresas y de las mayores garantías de que pueden disfrutar los trabajadores.

Si se avanza por esa línea, y se incentivan otras figuras, como la de las bolsas sectoriales de empleo previstas en la ley, el contrato fijo discontinuo puede consolidarse como una figura contractual central, como dijimos, de nuestro sistema de relaciones laborales. Y la reducción de la temporalidad que su desarrollo conlleva es una reducción real y no, como sin fundamento se denuncia en ocasiones, meramente formal o estadística.

2. Flashes de actualidad

El Gobierno plantea a los agentes sociales una subida del salario mínimo interprofesional que alcance el 60% del salario medio español

El Ministerio de Trabajo ha convocado un comité de expertos para determinar la cuantía exacta de la subida del salario mínimo interprofesional, si bien el compromiso adquirido es que ascienda al 60% del salario medio español.

La previsión es que la decisión se adopte en el mes de noviembre de 2022, mes en el que se publicará la inflación media del año, previéndose que el importe mensual del SMI podría alcanzar los 1.078 euros brutos en 14 pagas.

El Consejo de Ministros aprueba un conjunto de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural

Se ha publicado en el BOE el Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural. Como informamos en esta [alerta](#), la norma introduce obligaciones en materia de climatización de edificios públicos y privados, generando interrogantes sobre su aplicación en el ámbito laboral.

La Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual incorpora derechos y obligaciones en materia laboral

El 7 de septiembre de 2022 se ha publicado en el BOE la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, la cual regula los deberes de prevención y sensibilización en el ámbito laboral y equipara las víctimas de violencias sexuales a las víctimas de violencia de género o terrorismo, tal como anunciamos en esta [alerta](#).

La norma prevé la obligación por parte de las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Se aprueba el nuevo sistema de cotización en función de los rendimientos del autónomo y el Gobierno se plantea la subida de la base máxima de cotización a la Seguridad Social

En esta [alerta](#), anunciábamos la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

La norma modifica el sistema de cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se basará en los rendimientos anuales del autónomo en lugar de la mera elección de las bases de cotización.

Por otra parte, el Gobierno plantea el incremento gradual de la base de cotización máxima del Régimen General, que supondrá también una adaptación de la pensión máxima.

Si bien en un momento inicial se planteó la posibilidad de eliminar el tope máximo, finalmente se ha acordado en el seno del Pacto de Toledo que se produzca un incremento gradual de la base de cotización máxima. En la actualidad, la base máxima de cotización a la Seguridad Social se encuentra en 4.139,40 euros mensuales.

Publicada la Ley para el impulso de los planes de pensiones de empleo

El 1 de julio de 2022 se ha publicado en el BOE la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. Entre otras cuestiones, se regulan los nuevos fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y se introduce la figura de los planes de pensiones de empleo simplificados, como publicamos en esta [alerta](#).

La nueva Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación se aplica también en el ámbito laboral

En esta [alerta](#), comunicábamos la publicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual tiene por objeto garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y respetar la igual dignidad de las personas.

Dentro del ámbito de aplicación de la norma se incluye la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven de su propio proceso de tratamiento, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

Se establecen medidas para el control del bienestar de los animales en los mataderos mediante la instalación de sistemas de videovigilancia

El 24 de agosto de 2022 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado [el Real Decreto 695/2022, de 23 de agosto, por el que se establecen medidas para el control del bienestar de los animales en los mataderos mediante la instalación de sistemas de videovigilancia](#).

Esta normativa establece unos requisitos para la instalación y funcionamiento de un sistema de videovigilancia. Así, los operadores de los mataderos deberán informar por escrito, con carácter previo y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y las condiciones que debe cumplir este sistema. La normativa entrará en vigor el 24 de agosto de 2023, salvo para los pequeños mataderos, en cuyo caso entrará en vigor el 24 de agosto de 2024.

El Consejo de Ministros aprueba el Proyecto de Ley Orgánica que incluye el derecho a la incapacidad temporal por cuadros médicos que se deriven de menstruaciones incapacitantes

El Consejo de Ministros ha aprobado y remitido a las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

En el citado proyecto, se prevé una incapacidad temporal sufragada íntegramente por la Seguridad Social para las menstruaciones dolorosas o incapacitantes. El proyecto puede ser modificado durante su tramitación parlamentaria.

Los empleados de hogar tendrán prestación por desempleo

El [Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar](#) introduce la protección por desempleo de los empleados de hogar y otras medidas de Seguridad Social (equiparando en este ámbito a los empleados del hogar con el resto de trabajadores por cuenta ajena).

Además, modifica el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (por ejemplo, estableciendo la presunción de carácter indefinido de la relación laboral y eliminando la figura del desistimiento) y el Estatuto de los Trabajadores (proporcionando cobertura de garantía salarial a este colectivo), entre otros.

Prorrogadas las limitaciones para despidos vinculados a causas derivadas de la guerra en Ucrania

El Gobierno ha prorrogado las limitaciones para despidos objetivos para las empresas beneficiarias de las ayudas por la invasión de Ucrania hasta el 31 de diciembre de 2022, según informábamos en esta [alerta](#).

El Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania prorroga hasta el 31 de diciembre de 2022 la previsión por la que el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido aplicable a las empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en la norma.

La abogada general del TJUE concluye que la empresa debe abonar el coste de las gafas graduadas de un trabajador para permitir que pueda continuar trabajando con pantallas

La abogada general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha [concluido](#) que la empresa debe proporcionar a los trabajadores gafas graduadas (o bien abonar su coste) que corrijan el deterioro de su visión y permitan seguir trabajando con pantallas de visualización de datos.

En el procedimiento se analiza el artículo 9 de la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Estas conclusiones no son vinculantes, por lo que es necesario esperar a la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial planteada.

3. Sentencias

El Tribunal Supremo reitera que es lícito reajustar el crédito horario de los delegados sindicales cuando la plantilla disminuye

El Tribunal Supremo, en su [sentencia de 14 de julio de 2022](#), reitera su doctrina por la cual reajustar el crédito horario de los delegados sindicales después de una disminución de la plantilla no supone una vulneración de la libertad sindical. Así, recuerda que, en estos supuestos, la empresa puede acomodar el crédito horario al número real de trabajadores con los que los delegados sindicales deben desarrollar su función.

En el caso enjuiciado, la plantilla disminuyó por debajo de los 751 trabajadores como consecuencia de la extinción de varios contratos de trabajo, justificando la decisión del empleador de reducir el crédito horario del delegado sindical, sin que esto suponga una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical. El Supremo también afirma que, en caso de recuperar la plantilla anterior, se deberá volver a adecuar el crédito horario.

La existencia de una prueba que vulnera derechos fundamentales en un procedimiento de despido puede conllevar la declaración de nulidad o improcedencia en función de su conexión con la extinción del contrato de trabajo

En su [sentencia de 26 de julio de 2022](#), el Tribunal Supremo ha analizado un despido disciplinario basado en las imágenes de cámara oculta, obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. El debate se centró en determinar si el despido debe calificarse como nulo o improcedente, teniendo en cuenta que era pacífico que las imágenes se habían obtenido vulnerando los derechos fundamentales.

El tribunal resuelve la cuestión señalando que, para determinar la existencia de un supuesto de nulidad del despido, debe atenderse a la “conexidad” entre la vulneración de derechos fundamentales y el despido en cuestión, analizando las circunstancias concurrentes. Por tanto, no siempre que exista una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de una prueba esto implicará que deba declararse la nulidad del despido.

La reducción unilateral de un complemento salarial es un incumplimiento de la obligación salarial de la empresa y no prescribe el derecho del trabajador a reclamarlo

El Tribunal Supremo, en una [sentencia de 13 de junio de 2022](#), este establece que la acción del trabajador para reclamar un complemento salarial no abonado no prescribe, si bien la posibilidad de reclamar concretas diferencias salariales sí prescribe al año. El Supremo afirma que la reducción unilateral del complemento retributivo por parte de la empresa nueve años atrás no supuso en puridad una modificación sustancial de las condiciones de trabajo “sino un claro incumplimiento empresarial de su obligación en materia salarial, con la consiguiente vulneración del derecho del trabajador a percibir la remuneración pactada”. Por ende, siendo esta obligación de tracto sucesivo, establece que no prescribe el derecho al complemento cuestionado, sino el derecho a reclamar las cantidades vencidas y no cobradas, ni exigidas.

La Audiencia Nacional determina la invalidez de una cláusula que obligaba a los trabajadores a facilitar su correo electrónico personal a la empresa

En su [sentencia de 27 de junio de 2022](#), la Audiencia Nacional ha considerado que es contraria a derecho la práctica empresarial de requerir la puesta a disposición del correo personal de los trabajadores en determinadas actuaciones de la empresa.

Asimismo, se declara el derecho de las organizaciones sindicales a contar con el directorio de correo o con una herramienta virtual en la que libremente y sin cortapisas puedan publicar los avisos sindicales que correspondan. En el caso concreto, señala la sentencia que el único medio idóneo para difundir información sindical es contar con el directorio de correos, puesto que se debe garantizar que no existen intromisiones sindicales.

La sentencia también afirma que la empresa no acreditó la existencia de medidas de contención adoptadas a consecuencia de la pandemia, confirmando que, en todo caso, le resultaría plenamente aplicable la obligación contenida en el artículo 11 de la ley de teletrabajo.

Despido procedente de una trabajadora que disfrutó de un permiso que había solicitado a la empresa y esta le había denegado

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha validado la procedencia de un despido de una trabajadora que faltó a su puesto de trabajo a pesar de habersele denegado el permiso solicitado para ausentarse. En el caso enjuiciado en la [sentencia de 18 de julio de 2022](#), ante la negativa de la empresa, la trabajadora decidió faltar a su puesto de trabajo igualmente, decidiendo así “tutelarse a sí misma”. El tribunal ha determinado que, ante la falta de reincorporación después de los requerimientos realizados por la empresa, las ausencias están injustificadas, siendo, de conformidad con el convenio aplicable, una falta muy grave que faculta al empresario para imponer como sanción el despido.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ratifica un despido por realizar actividades privadas durante el teletrabajo

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su [sentencia de 18 de julio de 2022](#), ha declarado la procedencia de un despido de un trabajador por realizar actividades privadas durante su jornada laboral, dejando de cumplir con sus funciones laborales. El trabajador falseaba los partes diarios de actividad, abandonando su puesto de trabajo durante sus jornadas de teletrabajo, sin haber solicitado permiso a la empresa ni haber informado al efecto con posterioridad. Estos incumplimientos, acreditados de manera posterior a la firma del acuerdo de teletrabajo, se consideran justificativos del despido disciplinario.

4. Garrigues Laboral y Sostenible

Se publica la guía técnica para la elaboración de auditorías retributivas con perspectiva de género

El Ministerio de Igualdad ha elaborado, con la participación del Ministerio de Trabajo y los interlocutores sociales, un documento con carácter informativo que pretende facilitar el cumplimiento de las obligaciones en materia de auditoría retributiva.

La UE logra un acuerdo político provisional sobre la paridad de género en los consejos de administración de las empresas cotizadas

Las empresas cotizadas deberán promover que al menos el 40% de los puestos de consejero no ejecutivo lo ocupen personas del sexo infrarrepresentado, o el 33% entre todos los consejeros, incluyendo los ejecutivos. El texto también marca pautas a seguir en los procesos de selección.

La CNMV adopta las nuevas directrices de la EBA sobre políticas de remuneración y gobernanza interna para empresas de servicios de inversión

Los nuevos criterios introducen novedades en relación con la concesión y pago de remuneración variable para el personal identificado, así como nuevas obligaciones sobre los sistemas de gobernanza interna, entre otras cuestiones.

5. En el Blog Laboral

[¿Despido nulo por estar resfriado?](#)

[¿Cómo afecta el plan de eficiencia energética del Gobierno a la climatización en las empresas? Interrogantes desde el punto de vista laboral](#)

[¿Qué papel pueden jugar las empresas en materia de salud mental?](#)

[Las bicicletas son para los funcionarios: medidas de ahorro energético en la Administración](#)

[Se avecinan nuevos cambios laborales en materia de conciliación](#)

[Taxonomía social sí, pero sin lastres: el nuevo gran reto para las empresas](#)

[Días de libre disposición: las claves para determinar si son días recuperables y si computan para el cálculo de la jornada anual máxima](#)

[‘Employer of record’: el intermediario que facilita la contratación de empleados en otras jurisdicciones](#)

[La diversidad y la igualdad se abren paso en las empresas](#)

[Día Mundial del Refugiado: la normativa que reconoce su derecho a trabajar](#)

[Detectives y videovigilancia: una nueva variante en la cada vez más flexible posibilidad de controlar a los trabajadores a través de una cámara “Verde que te quiero verde”: el derecho laboral será más verde que nunca](#)

La incapacidad permanente total o absoluta extingue automáticamente el contrato de trabajo

El permiso de paternidad, bajo la lupa judicial

6. En la prensa

Efectos de la reforma laboral en la contratación temporal: la gran incógnita

Marta Fernández Echevarría, asociada sénior del Departamento Laboral de Garrigues (revista iFAE de la Confederación de Asociaciones Empresariales de Burgos (FAE Burgos)).

Más información:
Departamento Laboral

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© **J&A Garrigues, S.L.P.**, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

garrigues.com