

BLOC DE NOTAS- LABORAL



Año 1 – Número 2 – 2014

JOSE A. BURGOS GONZÁLEZ
Grupo JOMAR, Asesores & Consultores, S.L.
CL. Escritor Antonio Ramos, núm. 27
29013 – Málaga

☎ 679 652 155

☎ 952 654 830

✉ jose@jomarempresas.es

🌐 www.jomarempresas.es

INDICE:	
Modificación de condiciones - ¿Elimino el salario en especie?	2
Excedencia – No tengo trabajo para ti	3
Despido – Subsane el despido	5
Contratación - ¿Necesita contratar a un menor?	7
Despido / Impuestos – No es una indemnización, es un pacto	9
Autónomos - ¿Tiene derecho a indemnización?	11
Derechos de los trabajadores – El mandato ha caducado	13
Subvenciones – Trabajadores cercanos a la jubilación	15
Incapacidad temporal – In itinere: nuevo supuesto	16

MODIFICACIÓN DE CONDICIONES

¿Elimino el salario en especie?

Si debido al incremento de las cotizaciones usted no puede mantener los salarios en especie, ¿puede eliminarlos de forma unilateral?

Desde el pasado 22 de diciembre, su empresa soporta un coste adicional del 30% sobre las retribuciones en especie que satisface, ya que desde esa fecha muchas de ellas están sujetas a cotización (por ejemplo, el seguro médico, el cheque restaurante...). Por ello, se está planteando eliminarlas o sustituirlas por su equivalente en dinero. ¿Puede adoptar esa decisión de forma unilateral?

Los salarios en especie forman parte del sistema de remuneración. Por ello, para eliminarlos deberá seguir el procedimiento de *modificación sustancial de condiciones de trabajo*. Lo mismo ocurrirá si los sustituye por retribuciones dinerarias (en este caso, aunque el coste para su empresa será el mismo, los empleados verán reducido su sueldo neto, ya que perderán la exención fiscal que las retribuciones en especie tienen en el IRPF).

En cualquier caso, la modificación sustancial debe tener unas causas que la justifiquen. *Si la única causa que usted puede alegar es el aumento de cotización, no lo tendrá fácil:*

- *La supresión de la retribución en especie no será posible. ¡Atención! Piense que con esa supresión usted estaría yendo más allá de la simple recuperación del nuevo coste por cotización, y en este caso sería necesario que acreditase causas económicas adicionales.*
- *El nuevo coste de cotización sí que permitirá justificar una reducción de la retribución en especie de forma que el coste de ésta, junto con la cotización que ahora se exige, iguale el coste que soportaba antes del cambio.*

¿Vale la pena? Como mucho, acabará ahorrándose la nueva cotización, por lo que quizá no sea conveniente iniciar una modificación sustancial y generar posibles conflictos con la plantilla para conseguir únicamente este objetivo. Consúltenos y verifique si puede alegar otras causas que le permitan abordar una modificación sustancial de mayor alcance, en la que también podrá incorporar la supresión de las retribuciones en especie.

☞ *Si implantó una política de retribución flexible, podrá suprimirla a través de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.*

EXCEDENCIA

No tengo trabajo para ti

Un empleado de su empresa está en situación de excedencia. Si ahora le pide el reingreso pero usted no tiene trabajo para él, ¿debe reincorporarle igualmente? ¿Qué ocurre si no lo hace?

Muchos trabajadores en situación de excedencia quieren volver a trabajar. Dado que usted cuenta con un trabajador en esta situación, le interesa conocer qué implicaciones tiene para la empresa la solicitud de reincorporación.

POR CUIDADO DE FAMILIARES.

Si su empleado disfruta de una excedencia por cuidado de familiares o de hijos, tiene derecho a una reserva de puesto de trabajo. A estos efectos:

- La excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado puede durar hasta dos años, y la de cuidado de hijos hasta tres años a contar desde la fecha de nacimiento.
- Si la reincorporación se produce durante el primer año, el trabajador tiene derecho a volver a su mismo puesto de trabajo.
- Si la reincorporación se produce pasado ese primer año, la reserva sólo alcanza a un puesto del mismo grupo o a una categoría equivalente. **¡Atención!** Ahora bien, aunque le cambie las funciones, deberá mantenerle el mismo sueldo que cobraba (a no ser que el nuevo trabajo vaya ligado a un sueldo superior).

Tras una excedencia por cuidado de familiares o hijos, *no puede denegar el reingreso* de un trabajador, por mucho que pueda acreditar que su empresa no tiene vacantes. Si lo hace, le acabará saliendo caro:

- La negativa expresa a la reincorporación implicará, en la práctica, el despido del afectado. Dicho despido será declarado nulo, por lo que deberá reincorporarlo y *pagarle los salarios de tramitación desde la fecha en la que debió reingresar.*
- Si se niega de una forma más “suave” (indicando, por ejemplo, que en este momento no existen vacantes), el trabajador no podrá considerarse despedido (ya que usted reconoce el derecho al reingreso, aunque no en ese momento). Aun así, el afectado podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios igual a los salarios devengados durante el período de espera. En la práctica, por tanto, las consecuencias económicas serán las mismas, y usted se verá obligado igualmente a readmitir al afectado.

VOLUNTARIA.

Si su trabajador disfruta de una excedencia voluntaria, la cosa cambia. Esta excedencia se puede disfrutar durante un mínimo de cuatro meses y un máximo de cinco años, y el afectado no tiene derecho a una reserva de puesto de trabajo, sino que sólo conserva *un derecho preferente* al reingreso en una vacante de igual o similar categoría.

En definitiva, si cuando el trabajador le solicita el reingreso usted no tiene vacantes de igual o similar categoría, puede negarse a la reincorporación. En ese caso, la excedencia se prorrogará de forma indefinida hasta que la empresa tenga vacantes; y si éstas se producen, usted quedará obligado a ofrecerlas al excedente.

Si existe una vacante y usted no acepta la reincorporación (o la vacante se produce en el futuro y no la ofrece a quien le solicitó el reingreso), se entenderá que está despidiendo al afectado. Dicho despido se considerará improcedente, con la obligación de satisfacer la correspondiente indemnización.

☞ *Usted no podrá negar el reingreso a un trabajador que disfruta de una excedencia por cuidado de hijos o de familiares. Si lo hace, podrán demandarle por despido nulo y reclamarle una indemnización por daños y perjuicios.*

DESPIDO

Subsane el despido

Tras una discusión, usted le ha dicho a un trabajador que no vuelva más. Ahora bien, si no notifica el despido por escrito, éste será improcedente. ¿Cómo puede arreglar la situación?

Documentos relacionados



Mod. 001- Modelo donde se documenta la presencia de dos testigos en la entrega de la carta de despido

A la hora de comunicar un despido disciplinario, la empresa debe efectuar la notificación por escrito, indicando tanto la fecha de efectos como los hechos que lo motivan. Además, si el despedido es un representante de los trabajadores o está afiliado a un sindicato, se debe abrir un expediente contradictorio o dar audiencia previa a los delegados sindicales. ¿Qué ocurre si la empresa incumple estos requisitos? ¿Existe algún modo de arreglar la situación?

ES IMPROCEDENTE.

Si su empresa incumple alguno de los requisitos comentados, *el despido se declarará improcedente*. En la práctica, esta situación es bastante frecuente:

- Algunos empresarios, tras un calentón, despiden verbalmente al trabajador. **Apunte.** Otras empresas se limitan a notificar los despidos sin expresar con claridad los hechos imputados.
- El convenio puede establecer algún requisito adicional. De este modo, puede obligar a iniciar un expediente contradictorio aunque el afectado no sea un representante, a efectos de que pueda presentar alegaciones.

Si intenta entregar una carta de despido y el trabajador se niega a firmar conforme la recibe, envíesela por burofax ese mismo día. Así dejará constancia de que se ha producido la notificación. Para curarse en salud y evitar controversias, comunique siempre los despidos junto a dos testigos.

SUBSANACIÓN.

Si tras notificar un despido usted se da cuenta de que ha cometido algún error formal, no se alarme. Si no han pasado más de 20 días naturales (es decir, contando festivos y domingos) desde el día siguiente al del despido, podrá efectuar un nuevo despido por los mismos motivos (ahora sí, cumpliendo los requisitos formales). Dicho despido surtirá efectos a partir de esa nueva fecha. Para ello:

- Vuelva a notificar el despido por escrito, reflejando que la empresa comunica *el nuevo despido* subsanando los errores que se han producido en la comunicación anterior.

- Ponga a disposición del trabajador los salarios dejados de percibir desde el primer despido hasta la fecha de efectos del segundo. Asimismo, mantenga en alta al trabajador y cotice por todos esos días.

Si no puede contactar con el empleado, hágale una transferencia a la cuenta donde le pagaba la nómina, y envíele la nueva carta de despido por burofax con el justificante de la transferencia. Si tras el primer despido ya le dio de baja en la Seguridad Social, vuélvalo a dar de alta en esa misma fecha, y contacte con la Tesorería para arreglar la situación (usted sólo podrá anular la primera baja a través del Sistema RED si no han pasado más de 72 horas).

Aunque deberá pagar los salarios y cotizar por los días transcurridos entre los dos despidos, el empleado no deberá prestar servicios durante ese período. Además, por mucho que haya interpuesto la papeleta de conciliación tras el primer despido, usted podrá efectuar el segundo despido si lo hace antes de 20 días.

☞ *Si una empresa comete un error formal a la hora de comunicar un despido disciplinario, éste se declarará improcedente. Ahora bien, podrá subsanar el error dentro de un plazo de 20 días naturales.*

CONTRATACIÓN

¿Necesita contratar a un menor?

Una empresa de publicidad necesita contratar a un niño para grabar un anuncio de televisión. ¿Es válida la contratación de menores de edad? ¿Qué trámites se deben efectuar?

Documentos relacionados



002 - Listado de sectores insalubres, penosos o especialmente peligrosos

Un cliente es una empresa que graba anuncios para la televisión. Si ahora necesita contratar a un menor de edad, ¿debe darlo de alta en la Seguridad Social? ¿Qué ocurre si el niño tiene menos de 16 años?

MENORES DE 16 AÑOS.

Como norma general, *la contratación de trabajadores menores de 16 años está prohibida*. Ahora bien, en determinados supuestos sí se permite contratar a niños. En concreto:

- Si el trabajo consiste en la participación en un espectáculo público. Por ejemplo, el rodaje de un anuncio de televisión o de una película, o la intervención en una obra de teatro.
- La participación del menor no puede suponer un peligro para su salud ni para su formación profesional.

Para controlar que la contratación no supone un peligro para el menor, la empresa debe comunicar previamente a la Autoridad Laboral las características del trabajo, rellenando un formulario que deben firmar los padres del niño. Si la Autoridad Laboral no autoriza la contratación por escrito o la resolución es denegatoria, usted no podrá contratar al menor.

Una vez obtenga la autorización, ya podrá contratar al menor. Al tratarse de un anuncio que se grabará durante unos días, deberá firmar un contrato temporal. Si el trabajo se realizara en un espectáculo permanente, el contrato sería indefinido. En cualquier caso, para dar de alta al trabajador en la Seguridad Social, solicite previamente un CCC en el régimen de artistas, presentando el modelo TA-7.

Al tratarse de un colectivo especialmente protegido, verifique si el convenio establece alguna particularidad. Por ejemplo, el convenio colectivo del sector de actores de Madrid prevé que los menores de 16 años no pueden trabajar más de cinco horas diarias, y que deben estar acompañados en todo momento por un familiar de hasta el segundo grado.

La base máxima de cotización es la misma que se aplica en el Régimen General (3.597 euros en 2014). Sin embargo, la base mínima por contingencias comunes es la base mínima del RETA (875,70 euros en 2014).

Si su empresa contrata a un menor de 16 años fuera de los supuestos indicados, *el contrato de trabajo será nulo*. Usted recibirá una sanción de entre 6.251 y 187.515 euros, y el menor podrá igualmente reclamarle los salarios devengados por su trabajo.

MAYORES DE 16 AÑOS.

Si va a contratar a un menor de edad pero que tenga más de 16 años, sí que podrá hacerlo. Ahora bien, si el menor no está emancipado, necesitará la firma de sus padres. Asimismo, deberá respetar algunas restricciones:

- Estos empleados no pueden realizar trabajos nocturnos (no pueden trabajar entre las diez de la noche y las seis de la mañana). Tampoco podrán realizar horas extras.
- No pueden trabajar en sectores insalubres, penosos o especialmente peligrosos.

☞ *La contratación de menores de 16 años es válida si el trabajo consiste en la participación en un espectáculo público supervisado por la Autoridad Laboral. Fuera de este supuesto, la contratación está prohibida.*

DESPIDO / IMPUESTOS

No es una indemnización, es un pacto

Para que la indemnización por despido improcedente esté exenta de tributar, la improcedencia se debe reconocer en el acto de conciliación. Ahora bien, ¿sabe que en determinados casos la exención no se puede aplicar?

Una empresa contrató a un trabajador y le reconoció la antigüedad que ostentaba en su anterior empleo. Por ello, al despedirlo y reconocer la improcedencia en el acto de conciliación (SMAC), pagó la indemnización de acuerdo con lo pactado, sin practicar retención alguna. ¿Sabe que Hacienda no acepta esta exención?

NORMATIVA FISCAL.

Las indemnizaciones por despido tributan en el IRPF de los perceptores de la siguiente forma:

- La indemnización de 20 días que se abona en un despido objetivo está exenta.
- Los excesos que se pagan respecto a esa cuantía sólo están exentos *si la empresa los reconoce en el acto de conciliación, y hasta el límite de la indemnización por despido improcedente (45 días por año hasta el 11 de febrero de 2012, y 33 días por el período posterior).*
- Si el despido es declarado improcedente, la cantidad exenta es la indicada en el punto anterior.

Pues bien, al haber reconocido una antigüedad superior a la real, la empresa acaba pagando una indemnización superior a la prevista legalmente. Aunque la normativa laboral permite que las partes acuerden indemnizaciones superiores, la normativa fiscal sólo aplica la exención *hasta el importe que debe pagarse legalmente si el despido es improcedente.*

Ejemplo. Si contrató a un empleado el 1 de marzo de 2005 y le reconoció una antigüedad desde el año 2000, vea la retención que deberá aplicar si le despide el 1 de marzo de 2014 y el afectado tiene un sueldo diario de 120 euros:

	Antigüedad real	Antigüedad pactada
Indemnización	45.720	72.720
Exceso	-	27.000
IRPF ⁽¹⁾	-	2.395,98 (14,79%)

1. Cónyuge con ingresos superiores a 1.500 euros y sin hijos a cargo. Se aplica la reducción del 40% por haberse generado en más de dos años.

En este caso deberá practicar retención sobre 16.200 euros, recalculando el tipo aplicable teniendo en cuenta esa misma cifra y los salarios satisfechos hasta la fecha del despido. Si no ingresa los 2.395,98 euros en el modelo 111 del trimestre, Hacienda le reclamará esta cuantía en el futuro.

ARGUMENTO DE DEFENSA.

Sólo podrá evitar dicho ingreso si el reconocimiento de una antigüedad superior deriva de una obligación legal, y no de un pacto con el afectado:

- Si la antigüedad superior se debe a que el trabajador se incorporó en su empresa tras una subrogación empresarial, Hacienda no podrá reclamarle las retenciones.
- Lo mismo ocurre si usted contrató al trabajador tras una serie de contratos temporales concatenados dentro del mismo grupo empresarial. **Apunte.** La fecha correcta de antigüedad es la fecha en la que se incorporó al grupo.

Si se da alguno de estos supuestos, impugne la liquidación de Hacienda presentando los contratos que justifiquen la fecha de inicio de la relación, nóminas, etc.

Fuente

Tribunal Supremo, sentencia de 19 de julio de 2012.

☞ *Si abona una indemnización por despido improcedente computando una antigüedad superior a la real, deberá aplicar retención sobre una parte de la indemnización, por mucho que haya cerrado el trato en el acto de conciliación.*

AUTÓNOMOS

¿Tiene derecho a indemnización?

Su empresa contrató a un agente comercial a través de la figura del TRADE. Si ahora necesita rescindir el contrato, ¿debe alegar alguna causa? ¿Podrá el autónomo reclamar el pago de una indemnización?

Documentos relacionados



002 – Modelo orientativo de contrato de TRADE publicado como anexo en la normativa que regula esta figura

AUTÓNOMO DEPENDIENTE.

Un autónomo que dispone de estructura propia trabaja prácticamente en exclusiva para usted. Por este motivo, en su día firmaron un contrato reconociendo su condición de TRADE (autónomo económicamente dependiente), ya que al menos el 75% de sus ingresos proceden de un único cliente.

Pues bien, si ahora va a cesar al autónomo, lo primero que tiene que hacer es consultar dicho contrato. Tenga en cuenta que éste puede reflejar el importe de la indemnización, o el plazo de preaviso, así como determinadas causas que motivan la extinción (por ejemplo, si no se alcanzan unas ventas o un número de clientes determinado).

INDEMNIZACIÓN.

Vea en qué supuestos la extinción del contrato no implicará el pago de indemnización alguna:

- Si el cese se produce por mutuo acuerdo, o por baja voluntaria del TRADE, a no ser que el contrato firmado diga lo contrario.
- Si usted alega una causa justificada. **Apunte. En este sentido, cabe entender que si se acreditan las mismas causas que servirían para efectuar un despido objetivo o uno disciplinario, no deberá pagar indemnización.**

Si usted no alega causa alguna a la hora de cesar al TRADE, sí que le deberá pagar una indemnización. Además, el autónomo podrá solicitar la rescisión indemnizada si alega un incumplimiento grave de la empresa. Por ejemplo, si pactaron una retribución del 15% de las ventas y sólo ha estado cobrando un 5%.

IMPORTE.

La cuantía a abonar –que está sujeta al IRPF– será la que se haya pactado en el contrato (salvo que pueda considerarse que la cifra consignada constituye un abuso por parte de la empresa). De este modo, se puede fijar una indemnización de un número de días determinado por cada año trabajado.

Pero si el contrato no fija la indemnización a satisfacer y no se ponen de acuerdo, serán los tribunales los que finalmente fijarán el importe exacto. A estos efectos, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

- El tiempo que falte para que venza el contrato o el plazo de preaviso otorgado.
- Las inversiones que haya hecho el autónomo, o la gravedad del incumplimiento.

Con el fin de cumplir con el contrato firmado, el autónomo hizo una importante inversión en maquinaria. Ahora, tres años antes del vencimiento del contrato, usted lo quiere rescindir sin que haya habido incumplimiento por parte del TRADE. Pues bien, en este caso una indemnización razonable podría ser el importe todavía no amortizado de esas inversiones más uno o dos meses de honorarios por cada año pendiente de cumplir. En cualquier caso, siempre será mejor fijar la indemnización (o su modo de cálculo) en el contrato.

☞ *Si extingue el contrato de un TRADE sin justa causa, deberá pagarle una indemnización. Si el importe de ésta no está fijado, deberá calcularla según el tiempo que falte para el vencimiento y las inversiones efectuadas por el autónomo.*

DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

El mandato ha caducado

Su empresa tiene un delegado de personal. Si ha transcurrido el plazo máximo de vigencia del mandato, ¿los trabajadores se quedan sin representantes? ¿Qué ocurre si cesa en sus funciones de forma anticipada?

Su empresa cuenta con un representante de los trabajadores desde hace varios años (en concreto, desde que superó la cifra de cinco empleados, ya que así lo acordaron los trabajadores). ¿Sabe cuánto tiempo puede durar su mandato? Si éste deja de ejercer el cargo, ¿se quedará la empresa sin representantes?

TRANSCURSO DE PLAZO MÁXIMO.

Inicialmente, la duración del cargo es de cuatro años, tanto para los delegados de personal como para los miembros del comité de empresa. Transcurrido dicho plazo, el cargo queda prorrogado hasta que no se celebren nuevas elecciones. En este sentido, si sus empleados no promueven nuevas elecciones, su trabajador seguirá siendo delegado de personal mientras siga prestando sus servicios para su empresa.

Esta situación es frecuente en las pequeñas empresas, donde a la mayoría de empleados ya les va bien que uno de sus compañeros sea el enlace con la empresa. Ello implica que, aunque pasen más de cuatro años desde su elección, su delegado de personal seguirá teniendo las garantías y facultades inherentes a ese cargo: tiene una especial protección ante el despido (es él quien opta por la indemnización o readmisión en caso de despido improcedente), deberá seguir entregándole las copias básicas de los contratos de trabajo, etc.

CESE POR OTROS MOTIVOS.

Por el contrario, puede ocurrir que su delegado de personal deje de ocupar ese cargo antes del transcurso de los cuatro años. Esto puede pasar en los siguientes casos:

- En caso de despido. Ahora bien, si el juez determina que el despido es improcedente y el afectado se reincorpora a la empresa, volverá a ser representante.
- Si su empleado dimite del cargo. En este supuesto, el cese en sus funciones no será totalmente válido hasta que no haya comunicado su decisión al resto de trabajadores (a través del tablón de anuncios), a la empresa y a la Autoridad Laboral.

Los trabajadores también pueden revocar el mandato del representante por mayoría absoluta (es decir, al menos la mitad más uno). Sin embargo, esta revocación sólo se puede llevar a cabo si han pasado como mínimo seis meses desde que el delegado fue elegido. Además, este cese no se puede efectuar si la empresa está tramitando un convenio colectivo.

COBERTURA AUTOMÁTICA.

En cualquier caso, si el delegado de personal de su empresa deja de ejercer el cargo, dicho cargo será cubierto por el empleado que quedó por debajo en las últimas elecciones, y por el tiempo que quede hasta las próximas elecciones (es decir, no se inicia nuevamente el cómputo de los cuatro años). Esta sustitución opera de forma automática, por lo que usted no podrá alegar desconocimiento, incluso aunque no le sea comunicado el cambio.

Si la cobertura automática no fuera posible (por ejemplo, porque en las anteriores elecciones sólo se presentó el trabajador elegido), los trabajadores podrán promover nuevas elecciones (a no ser que la empresa se haya quedado con menos de seis empleados).

☞ *El cargo de un representante de los trabajadores dura cuatro años. Ahora bien, quedará prorrogado automáticamente si en la empresa no se celebran nuevas elecciones sindicales.*

SUBVENCIONES

Trabajadores cercanos a la jubilación

Recientemente se han implantado unas subvenciones (Real Decreto 3/2014) para aquellos empleados cercanos a la jubilación que hayan sido despedidos por causas productivas, organizativas, técnicas o económicas, o por despido colectivo.

Los beneficiarios deben tener una edad inferior de como máximo cuatro años a la edad legal de jubilación (dicha edad legal es de 65 años y dos meses en 2014, si el trabajador ha cotizado menos de 35 años y 6 meses, lleva como mínimo dos años en la empresa y acredita el período de carencia necesario para acceder a la jubilación). Además, deben estar inscritos como demandantes de empleo, y haber agotado la prestación contributiva por desempleo que les hubiera correspondido.

Como norma general, la subvención mensual es del 75% de la suma de las bases de los seis últimos meses dividida entre siete, y la empresa debe hacerse cargo del 60% de dicha cuantía. Aunque ello suponga un coste, la subvención puede ser un buen incentivo a la hora de negociar despidos colectivos y alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores.

- ☞ *Si su empresa lleva a cabo un despido objetivo o colectivo, los afectados podrán solicitar el cobro de una subvención.*

INCAPACIDAD TEMPORAL

In itinere: nuevo supuesto

Un accidente “in itinere” es el que se produce al ir o al volver del trabajo. Pues bien, una reciente sentencia ha declarado como laboral un accidente que tuvo lugar en día festivo. En este caso:

- El trabajador había sido trasladado por la empresa a un centro situado en otra localidad. En consecuencia, trabajaba y dormía allí de lunes a viernes, pero los fines de semana volvía a su pueblo natal.
- Un domingo, al desplazarse al municipio del centro de trabajo, sufrió un accidente de tráfico. El juez consideró el accidente como laboral, argumentando que el desplazamiento no se habría producido si no hubiera existido traslado.

La consideración de un accidente como laboral comporta que el trabajador cobre una mayor prestación desde el primer día, y que la empresa asuma el pago íntegro del día del accidente. Además, muchos convenios obligan a las empresas a complementar la prestación hasta el 100%. Si éste es su caso y el trabajador tiene una base de 1.500 euros, el hecho de calificar el accidente como laboral le supondrá un sobre coste mensual de 375 euros.

☞ *Un accidente en un día festivo puede ser laboral si el trabajador se desplaza al municipio donde está su nuevo centro.*