

NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

Marzo 2023



TOMARIAL
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

ÍNDICE

1.	Se actualiza la cuantía de las bases y topes mínimos de cotización para 2023.....	4
2.	¿Puede la empresa despedir a un comercial que realiza gestiones personales durante el tiempo de trabajo?	8
3.	Entra en vigor el nuevo sistema de tramitación de los partes médicos (IT).....	10
4.	¿Puede reducirse la cuantía del bonus al trabajador que ha estado en IT?.....	11
5.	Nuevas formas de acreditar la vivencia a efectos de pensiones	13
6.	¿Puede la empresa negar el uso sindical del correo electrónico?.....	14
7.	El TS rechaza acumular la prestación por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales.....	15
8.	La Ley de Universidades introduce cambios en las autorizaciones de residencia de estudiantes extranjeros	17
9.	Un tribunal exige la audiencia previa en todos los casos de despido disciplinario.	18
10.	El TJUE declara que el descanso diario no puede acumularse al descanso semanal	20
11.	RDL 2/2023. Novedades sociales	22
12.	Se adelanta la edad de jubilación de rederas, neskatillas y empacadoras	29
13.	Publicada la reforma de las pensiones.....	30
14.	Novedades en la prestación de IT	40
15.	Mejora de la protección de menores con cáncer	42
16.	Nueva regulación de las prácticas formativas no laborales.....	43
17.	Habilitación de los canales telefónico y telemático para la realización de trámites en el ámbito de la Seguridad Social	47
18.	El TSJ Cantabria declara como accidente laboral el suicidio de un trabajador	48
19.	Se deniega la laboralidad de un infarto sufrido en régimen de teletrabajo	50
20.	La AN declara que la actividad docente no es fija discontinua	51
21.	Imponer trabajar en fin de semana es una modificación sustancial, aunque esté previsto en el convenio.....	53
22.	Registro retributivo: ¿debe incluirse la retribución de los grupos profesionales ocupados por un solo trabajador?.....	55
c)	“Trabajo de igual valor” es un concepto jurídico indeterminado y, aunque se ofrecen pautas para su determinación, debe ser objeto de identificación en cada caso concreto. ..	56

23.	Se declara nulo el despido durante el periodo de prueba de un trabajador en IT....	57
24.	Reducción de jornada por guarda legal. Un tribunal computa como jornada de trabajo el tiempo de desplazamiento al centro de trabajo	59
25.	Aunque la finalidad sea identificar al propietario, las pruebas encontradas tras abrir un maletín olvidado no justifican un despido disciplinario.....	60
26.	¿Puede acceder a la prestación de cese de actividad por causas ETOP un autónomo sin pérdidas?.....	63
27.	Incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual: nuevos pronunciamientos judiciales	64
28.	Nuevas situaciones especiales de IT relacionadas con la salud sexual y reproductiva	66
29.	Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos LGTBI. Novedades sociales	68
30.	Caerse camino al bar para merendar durante la hora de bocadillo es accidente de trabajo.....	71

1. Se actualiza la cuantía de las bases y topes mínimos de cotización para 2023

OM PCM/313/2023, BOE 31-3-23

Resumen

Se modifica la Orden de cotización para 2023 para actualizar el tope y las bases mínimas de cotización tras la publicación del SMI aprobado para 2023. También se establece el coeficiente aplicable a los beneficiarios de la prestación especial de desempleo para artistas.

Actualización de las bases mínimas

Con vigencia desde el 1-4-2023, y efectos desde el 1-1-2023, se modifica la Orden de cotización para 2023 (OM PMC/74/2023) para actualizar el tope y las bases mínimas de cotización tras la publicación definitiva del SMI para 2023. Las diferencias de cotización que se produzcan respecto de las cotizaciones efectuadas desde el 1-1-2023 se pueden ingresar sin recargo en los plazos establecidos según el sistema de liquidación utilizado (liquidación directa, simplificada o autoliquidación) (disp.trans. única).

Las modificaciones incluidas son las siguientes:

1. El tope mínimo de cotización por AT/EP para 2023 queda establecido en 1.260,00 euros mensuales.
2. Se establecen las nuevas bases mínimas de cotización en los distintos Regímenes de la SS:

a) Régimen General de la SS:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas (Euros/mes)
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.	1.759,50

2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados.	1.459,20
3	Jefes Administrativos y de Taller.	1.269,30
4	Ayudantes no Titulados.	1.260,00
5	Oficiales Administrativos.	1.260,00
6	Subalternos.	1.260,00
7	Auxiliares Administrativos.	1.260,00
8	Oficiales de Primera y Segunda.	42,00
9	Oficiales de Tercera y Especialistas.	42,00
10	Peones.	42,00
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional.	

b) Régimen especial agrario. También se actualizan las cuantías de las bases correspondientes al RE agrario, tanto mensuales como diarias. Se establece que durante los periodos de inactividad , la base de cotización aplicable será de 1.260,00 euros mensuales.

c) Empleados de hogar. Las nuevas bases de cotización se determinan según la siguiente escala.

Tramo	Retribución mensual (Euros/mes)				Base de cotización (Euros/mes)
1.º	Hasta				270,00
	291,00				
2.º	Desde	291,01	Hasta	451,00	386,00
3.º	Desde	451,01	Hasta	613,00	532,00
4.º	Desde	613,01	Hasta	775,00	694,00
5.º	Desde	775,01	Hasta	939,00	858,00
6.º	Desde	939,01	Hasta	1.098,00	1.018,00
7.º	Desde	1.098,01	Hasta	1.260,00	1.260,00
8.º	Desde	1.260,01			Retribución mensual

3. Se establece que para determinar la cotización que corresponde efectuar por los trabajadores beneficiarios de la prestación especial por desempleo de artistas, aplicable a partir del 1-7-2023, se aplicará un coeficiente reductor 0,20 a deducir de la cuota íntegra resultante. Para el mecanismo de equidad intergeneracional, se aplicará el tipo del 0,60% por ciento sobre la base de cotización por contingencias comunes (0,50 a cargo del SEPE y 0,10 a cargo de la persona beneficiaria de la prestación).

4. La cotización adicional para los contratos de duración determinada inferior a 30 días, queda establecida en 29,74 euros a cargo del empresario.

5. Contratos a tiempo parcial. La base de cotización por AT/EP no puede ser inferior a 7,59 horas trabajadas. También se establecen las siguientes bases mínimas horarias:

Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínima por hora (Euros/mes)
1	Ingenieros y Licenciados. Personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores.	10,60
2	Ingenieros Técnicos, Peritos y Ayudantes Titulados.	8,79
3	Jefes Administrativos y de Taller.	7,65
4	Ayudantes no Titulados.	7,59
5	Oficiales Administrativos.	7,59
6	Subalternos.	7,59
7	Auxiliares Administrativos.	7,59
8	Oficiales de Primera y Segunda.	7,59
9	Oficiales de Tercera y Especialistas.	7,59
10	Trabajadores mayores de dieciocho años no cualificados.	7,59
11	Trabajadores menores de dieciocho años, cualquiera que sea su categoría profesional.	7,59»

6. También se establecen las nuevas bases mínima de cotización de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hubieran optado en sus estatutos por asimilar a los socios trabajadores a trabajadores por cuenta ajena, incluidos en razón de la actividad de la cooperativa en el RGSS, en el REM o en el de la Minería del Carbón. Con relación al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios incluidos en el RGSS la base de cotización por jornada realizada no puede ser inferior a 57,78 euros día.

7. Se actualiza la cotización en los contratos para los contratos formativos en alternancia cuando no se supere la base mínima mensual: La cotización, consistente en una cuota única mensual por cada contingencia, es la siguiente:

Cotización	A cargo del empresario (euros)	A cargo del trabajador (euros)	TOTAL (euros)
Contingencias comunes	51,06	10,18	61,24
Contingencias profesionales	7,03	–	7,03
FOGASA	3,88	–	3,88
Formación profesional	1,90	0,25	2,15

2. ¿Puede la empresa despedir a un comercial que realiza gestiones personales durante el tiempo de trabajo?

STSJ Madrid 1-3-23

Resumen

El TSJ Madrid califica como despido improcedente el cese de un comercial que realiza actividades personales durante el tiempo de prestación de servicios teniendo en cuenta, por un lado, que gozaba de una cierta autonomía en la organización del trabajo y, por otro,

el cumplimiento del 100% de los objetivos y la prestación de servicios fuera del horario laboral y durante fines de semana y vacaciones.

Realización de gestiones personales durante el tiempo de trabajo: despido disciplinario

El actor presta servicios para una industria del sector químico desde el 6-4-2011 con la categoría profesional de comercial. El 26-11-2021, la empresa le remite carta de despido disciplinario por incumplimiento de sus obligaciones y transgresión de la buena fe contractual al constatar, mediante prueba de detectives, que realizaba actividades personales durante el tiempo en el que, según su registro de jornada, se encontraba prestando servicios.

Interpuesta reclamación judicial, la sentencia dictada en la instancia califica el despido como improcedente al considerar que tales actividades personales -llevar a su hija al colegio, acudir al gimnasio o quedar para tomar algo- no han causado perjuicio alguno a la empresa; al contrario, entiende que el trabajador ha realizado su trabajo correctamente, como lo demuestra el cumplimiento del 100% de los objetivos asignados.

Disconforme con esta calificación del despido, se alza la empresa en suplicación.

El TSJ destaca, en primer lugar, la naturaleza y las peculiaridades propias del trabajo de comercial, que es dinámico y exige estar pendiente del mismo todo el día, pero que puede llevarse a cabo desde cualquier lugar gracias a las nuevas tecnologías. A ello se añade que, si bien es cierto que el comercial debía prestar servicios dentro de un horario, de la testifical del director de Recursos Humanos también se deduce que tenía autonomía en la organización del trabajo.

La empresa no ha probado incumplimiento alguno por parte del trabajador, ni falta de asistencia a ninguna de las reuniones fijadas; al contrario, la Sala considera acreditada la plena dedicación del actor a su actividad, prescindiendo de un horario para ceñirse al interés de los clientes, máxime cuando consta su actividad incluso en días de descanso como domingos, festivos y vacaciones.

Por lo expuesto desestima el recurso de suplicación interpuesto y confirma la improcedencia del despido.

3. Entra en vigor el nuevo sistema de tramitación de los partes médicos (IT)

O ISM/2/2023, BOE 12-1-2023

Resumen

El próximo 1-4-2023 entra en vigor el nuevo sistema de tramitación de los partes médicos por IT, conforme al cual se elimina la obligación del trabajador de trasladar a la empresa una copia de los mismos. Corresponde el Servicio Público de salud, la mutua o empresa colaboradora enviar los datos contenidos en los partes al INSS por vía telemática, de manera inmediata y en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

Tramitación de partes médicos (IT)

El próximo 1-4-2023 entra en vigor el nuevo sistema de tramitación de los partes médicos por IT, con el que se pretende, por un lado, eliminar obligaciones burocráticas que prolongan innecesariamente los procesos y, por otro, flexibilizar los plazos máximos que tienen los médicos para revisar las bajas.

Con la implantación del nuevo sistema el facultativo que expida el parte médico de baja, confirmación o alta tan sólo entregará al trabajador una copia del parte. Ya no será necesario que el trabajador traslade una copia de ese parte a la empresa, que lo podrá descargar del Fichero INSS Empresas. A tal efecto, el Servicio Público de Salud, mutua o empresa colaboradora remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al INSS por vía telemática.

Una vez recibida esa información, las empresas podrán consultar los datos a través del Fichero INSS Empresas. Cuando la empresa o el empleador no tenga obligación de incorporarse al Sistema RED, las comunicaciones se realizarán por correo ordinario y por SMS. Esta información estará disponible también en la Sede Electrónica de la Seguridad Social

Con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de 3 días hábiles, la empresa deberá transmitir al INSS a través del sistema RED los datos económicos del parte médico de baja. Ya no tendrán que transmitir los datos económicos contenidos en los partes de confirmación y de alta, simplificando también estos procesos.

Igualmente, en caso de que el parte médico de alta sea expedido por el inspector médico del INSS, solo se entregará al trabajador una copia del parte y será el INSS quien comunique

a la empresa los datos meramente administrativos de los partes, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su expedición.

Por otro lado, se prevé la posibilidad de que los facultativos del Servicio Público de Salud, de la empresa colaboradora o de la mutua fijen plazos de revisión médica inferiores a los previstos en función de la duración estimada del proceso, lo que podría permitir adelantar el fin de la baja médica (RD 625/2014 art.2.3).

Empleados de hogar

Las personas que prestan servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar tampoco tendrán que efectuar estas comunicaciones al titular del hogar familiar, sino que será el INSS quien lo comunique. Así, cuando la persona empleada de hogar inicie una baja médica, el INSS dirigirá una comunicación vía SMS al empleador. Además, se enviará una comunicación postal, para informarle de esta situación. También se realizará una comunicación electrónica que podrá consultarse en la Sede Electrónica de la Seguridad Social.

NOTA. El BNR 4/2023 amplía la información sobre el envío por parte de las empresas de los datos económicos de los partes.

4. ¿Puede reducirse la cuantía del bonus al trabajador que ha estado en IT?

STSUD 25-1-23

Resumen

El TS, aplicando su doctrina, establece que si el convenio colectivo no lo establece, la empresa no puede reducir la cuantía de la retribución variable, excluyendo el tiempo en el que el trabajador permaneció en IT. Además, señala que el cumplimiento de los objetivos tiene carácter colectivo, por lo que debe alcanzar a quienes, aun con sus contratos suspendidos por IT, fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir.

Reducción de retribución variable

El convenio colectivo aplicable a una fundación establece una retribución variable y, en desarrollo de lo establecido por el convenio, la empresa establece que su cuantía se

calculará siempre sobre los días efectivos de trabajo, aplicándose si fuera necesario un coeficiente corrector. En el año 2018 La empresa comunica a los trabajadores su retribución variable correspondiente al año anterior y, con relación a uno de ellos, aplica sobre la cuantía pactada un coeficiente reductor, resultado de ponderar la incidencia de la IT que afectó al trabajador durante el ejercicio anterior. El trabajador considera que los días que ha permanecido en IT no deben afectar a la cuantía de su retribución variable e interpone demanda de reclamación de cantidad. Tanto en la instancia como el TSJ se desestima la demanda al considerar que la forma de calcular el variable ni es contraria a la legalidad ni supone discriminación al considerar razonable que el variable se calcule sobre los sobre los días efectivamente trabajados, excluyendo los periodos de IT superiores a 30 días.

Disconforme interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión a debatir consiste en determinar cuál es la incidencia de la suspensión del contrato por IT sobre la retribución variable. Para resolver la cuestión, el TS recuerda su doctrina que, de modo reiterado, ha establecido lo siguiente:

a) El carácter colectivo del cumplimiento de los objetivos determina que si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos es obvio que también han de hacerlo quienes, aun con sus contratos suspendidos por IT, fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir.

b) No se infringe el ET art. 45.2, que exonera de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo cuando el contrato este en suspenso, ya que no prohíbe establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente

c) Que el convenio colectivo contemple como potestad empresarial, sujeta a disponibilidad presupuestaria, el establecimiento de la retribución variable no significa que los términos en que pueda llevarse a cabo dependan de su criterio interpretativo. Si la restricción a la retribución variable no existe en el convenio colectivo, no puede ser incluida a través un acuerdo o decisión empresarial de efectos generales.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado el TS considera que el tiempo que el trabajador permaneció en IT durante el año natural a que corresponde el bonus en cuestión no puede comportar la minoración de su base salarial-

En consecuencia, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado revocando la sentencia dictada en suplicación.

5. Nuevas formas de acreditar la vivencia a efectos de pensiones

MISSM Resol 16-3-2023, BOE 27-3-23

Resumen

Se amplían los procedimientos disponibles para acreditar la vivencia de los pensionistas de la Seguridad Social residentes en el extranjero, permitiéndose la utilización de los medios electrónicos tales como la video identificación o la firma electrónica, entre otros.

Acreditación de la vivencia

Se incorporan los medios tecnológicos a efectos de que los perceptores de una pensión contributiva de la Seguridad Social que residan en el extranjero acrediten la vivencia para continuar percibiendo la pensión que tuvieran reconocida. Con efectos a partir del 28-3-2023, van a poder optar por uno de los siguientes medios:

- a) Certificado de vida expedido por el Encargado del Registro Civil Consular.
- b) Certificación de comparecencia expedido por la Consejería o Sección de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social ante la que se hubiera personado. Esta puede efectuarse presencialmente, por videoconferencia o vídeo-identificación mostrando su documento identificativo oficial y facilitando la información o los datos de contraste que le sean solicitados a efectos de su identificación.
- c) Firma electrónica efectuada con un certificado electrónico de un solo uso y un sello de tiempo generados a partir de la identificación de la persona interesada efectuada con sistemas de reconocimiento facial biométrico, mediante la comparación de los datos biométricos de la persona interesada capturados en tiempo real con sus datos biométricos previamente capturados y validados, cuando la entidad gestora competente tenga habilitado este sistema para los diferentes tipos de personas receptoras de una pensión de que se trate
- d) Cualesquiera otras medidas electrónicas que se establezcan.

Nota: Se deja sin efecto la SESS Resol 4-3-2014 que recogía hasta ahora los procedimientos de acreditación de la vivencia.

6. ¿Puede la empresa negar el uso sindical del correo electrónico?

STS 25-1-23

Resumen

El TS reconoce el derecho de la sección sindical recurrente a disponer de una cuenta de correo electrónico para facilitar la comunicación con todos los trabajadores, una vez comprobado que la empresa ya posee un sistema de comunicación electrónica y que no acredita la concurrencia de problemas organizativos o de gestión que imposibiliten o desaconsejen la utilización de dicha vía de comunicación. No acoge la exigencia convencional de un acuerdo previo sobre el uso de los medios electrónicos, dado que el precepto que impone dicho acuerdo se refiere a su uso por los órganos de representación unitaria, no los sindicales.

Uso sindical del correo electrónico de la empresa

La Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) interpone demanda de tutela de libertad sindical ante la negativa reiterada de la empresa a facilitarle una cuenta de correo electrónico para comunicarse con la totalidad de la plantilla, en los mismos términos que tiene asignada para comunicarse con trabajadores desplazados y expatriados del centro de trabajo de Sevilla.

La AN desestima la demanda al considerar que el XIX Convenio colectivo del sector de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (EDV 2019/33512) prevé la posibilidad de negociar y acordar en el seno de la empresa la utilización por la RLT de los medios telemáticos propiedad de la misma, así como las condiciones para su uso. Por tanto, considera que del convenio no deriva una obligación absoluta de soportar el uso de dichos medios telemáticos, sino, en todo caso, de negociar para alcanzar un acuerdo, por lo que la pretensión no puede prosperar.

Disconforme con esta decisión, se alza la sección sindical en casación. El TS señala, en primer lugar, la escasa incidencia del precepto convencional para la resolución de la controversia, ya que el mismo se refiere a los órganos de representación unitaria, no a los sindicales.

Descartado el convenio colectivo, el TS analiza la aplicación al caso de la obligación empresarial de poner a disposición de la sección sindical un tablón de anuncios, con la

finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general (LOLS art.8.2.a).

Recuerda que la jurisprudencia ha venido reinterpretando este precepto en el sentido de extender esta obligación al uso de los instrumentos electrónicos de comunicación disponibles. Así, se ha establecido el deber del empresario de permitir el uso razonable del sistema de correo electrónico preexistente por la sección sindical, siempre que su utilización no perjudique a la empresa y se respeten los límites y reglas de uso. Ello no implica que pueda exigirse a la empresa la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad sino, tan solo, que permita el uso del ya preexistente cuando ello no cause perjuicios.

En consecuencia, acreditado que la empresa ya posee un sistema de comunicación electrónica y que no ha probado la concurrencia de problemas organizativos o de gestión que imposibiliten o desaconsejen la utilización por la sección sindical de la vía de comunicación electrónica, ni que interfiera en el proceso productivo o provoque sobrecostes económicos, el TS concluye que la conducta de la empresa ha vulnerado el derecho a la libertad sindical de la sección recurrente. Rechaza así la alegación de la empresa en relación al fracaso de las negociaciones y la ausencia de un acuerdo que considera como imprescindible para su uso.

Por lo expuesto, estima el recurso de casación y condena a la empresa a facilitar a la sección sindical una cuenta de correo electrónico, además de al abono de 6.250 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al sindicato.

NOTA. EL TS revoca la sentencia de la AN de 9-12-20.

7. El TS rechaza acumular la prestación por nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales

STSUD Pleno 2-3-23

Resumen

El Pleno del TS estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y deniega el derecho de una madre de familia monoparental a ampliar su permiso por nacimiento y cuidado del menor en la duración del permiso que hubiera correspondido al otro progenitor. La sentencia contiene un voto particular.

Acumulación de prestaciones

Una trabajadora que constituye una familia monoparental por el nacimiento de su hija, solicita acumular a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, la que le hubiera correspondido al otro progenitor en caso de familia biparental. El INSS deniega la solicitud y la trabajadora presenta demanda que es estimada en segunda instancia por el TSJ País Vasco declarando su derecho a acumular 8 semanas adicionales.

El Ministerio Fiscal recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si en una familia monoparental, la única progenitora que ya disfrutó de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, tiene derecho, además, a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

Dada la trascendencia de la cuestión planteada, el TS resuelve en Pleno. Considera que confirmar la sentencia recurrida implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo:

1. Supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales, que quedaría estrictamente limitada a duplicar la duración de la misma sin modificar los requisitos de carencia o el régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador.
2. Sería necesario modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento y cuidado de hijo (ET art.48.4), lo que afectaría al otro sujeto de la relación contractual -el empleador- que estaría obligado a soportar una duración mayor de la suspensión del contrato, afectando a sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa, sin eximirle del cumplimiento de las obligaciones de cotización.

Una intervención de este tipo no corresponde a los jueces y tribunales cuya función es la aplicación e interpretación de la norma pero no la creación del derecho, mucho menos si puede afectar potencialmente a la economía del sistema contributivo de protección social. Esta función corresponde al legislador y, sin embargo, el Parlamento no ha aprobado una proposición de ley orientada a ampliar el permiso a 32 semanas en caso de familias monoparentales y el Senado ha desestimado una enmienda en este sentido.

Además, la regulación vigente de la protección por nacimiento y cuidado del menor en este tipo de familias ni resulta contraria al principio de igualdad, ni contraviene ningún principio constitucional, sin perjuicio de que pudiera ser deseable que fuera mayor o más intensa. Tampoco existe ningún precepto del derecho de la UE o internacional aplicables en España que obliguen a establecer un concreto nivel de protección a las familias monoparentales.

Tampoco resulta determinante para la resolución del caso una interpretación teniendo en cuenta el interés del menor ni con perspectiva de género.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal. La sentencia contiene un voto particular.

8. La Ley de Universidades introduce cambios en las autorizaciones de residencia de estudiantes extranjeros

LO 2/2023, BOE 23-3-23

Resumen

La LO 2/2023 del Sistema Universitario modifica, con vigencia a partir del 11-4-2023, la vigencia de las autorizaciones iniciales de estancia por estudios superiores cuya duración se extienda más allá de un curso académico y a las prórrogas de las autorizaciones de otras categorías. Además se incluyen modificaciones con respecto de los lugares de presentación de las solicitudes de visado.

Medidas para extranjeros

La LO 2/2023 sustituye al anterior texto del Sistema Universitario (LO 6/2001), que deroga, y modifica regula el sistema universitario así como la función docente y el estatuto del estudiantado. Introduce, además, medidas de interés socio laboral:

1. Se amplía la duración inicial de la autorización de estancia a efectos de estudios, para el caso de que el extranjero vaya a realizar en España más de un curso de estudios superiores. En este caso, la vigencia de la autorización coincidirá con la duración oficial de los estudios siempre que se mantengan los requisitos que dieron lugar al otorgamiento de la autorización (LO 4/2000 art.33.2 redacc LO 2/2023).

En cualquier caso, la prórroga de las autorizaciones de estancia a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado tiene un límite de un año (antes la prórroga era anual) siempre que continúe reuniendo los requisitos exigidos con carácter general y los específicos de cada una de ellas (LO 4/2000 art.33.3 redacc LO 2/2023).

2. Se establece la posibilidad de presentar las solicitudes de visado electrónicamente, así como en los locales de un proveedor de servicios externo con el que el Ministerio de

Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación mantenga un contrato de concesión de servicios autorización (LO 4/2000 disp. adic.3ª redacc LO 2/2023).

3. Se introduce una modificación en la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ampliando la duración de la autorización de residencia para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial a 24 meses (antes 12 meses) y la de la autorización de residencia para prácticas a 12 meses renovables hasta 2 años (antes 6 meses renovables hasta 1 año). La modificación afecta a las disposiciones adicionales 17ª y 18ª, a las que se da la misma redacción ya introducida por la L 28/2022 de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, vigente desde el 23-12-2022.

4. Se establece el régimen de Seguridad Social de Profesores Asociados, Visitantes y Distinguidos previéndose su inclusión obligatoria en el RGSS en los siguientes supuestos (LO 2/2023 disp.adic.12ª):

- Quien esté sujeto al RGSS o a algún Régimen especial distinto al de Clases Pasivas del Estado.
- Quien no esté sujeto a ningún régimen de previsión obligatoria.

El funcionario público sujeto al régimen de clases pasivas del Estado continuará con su respectivo régimen, sin que proceda su alta en el RGSS, por su condición de profesor. Tampoco procede el alta en el RGSS de los profesores eméritos.

9. Un tribunal exige la audiencia previa en todos los casos de despido disciplinario

STSJ palma de Mallorca 13-2-23

Resumen

El TSJ Palma de Mallorca ha declarado improcedente el despido disciplinario de un trabajador al que no se dio audiencia previa respecto de los actos de acoso imputados. Considera que, en aplicación del Convenio nº 158 de la OIT, debe ofrecerse al trabajador la posibilidad de defenderse, en todo caso, de los cargos formulados contra él.

Procedimiento sancionador

Un profesor de la Escuela Superior de Arte Dramático de les Illes Balears recibe carta de despido disciplinario debido a las múltiples denuncias de sus alumnas por acoso sexual y sexista ante la inspección educativa. El despido es declarado procedente por el juzgado de primera instancia, por lo que el trabajador recurre en suplicación alegando defectos formales en el despido.

El TSJ Palma de Mallorca, tras aclarar que el régimen sancionador aplicable al trabajador es el propio del ET, señala que, no existiendo Convenio ni normativa específica que así lo contemple, no se precisa la tramitación de procedimiento disciplinario previo al despido de ningún tipo. No obstante, en atención al carácter prevalente de las normas jurídicas incorporadas en los tratados internacionales, aplica al caso analizado el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT ratificado por España el 18-2-1985. El mandato del precepto analizado, es muy claro y concreto, y, por lo tanto, su aplicación directa, incontestable: “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él», con una sola reserva o excepción, “a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”, lo que queda contraindicado cuando lo que se imputa es un comportamiento de acoso. El incumplimiento de esta garantía elemental, establecida en una norma internacional de aplicación directa y carácter prevalente respecto al ordenamiento jurídico interno, ha de determinar indefectiblemente, que -ya sólo por este motivo- se deba declarar la improcedencia del despido impugnado.

Pero además, la falta de audiencia al demandante respecto a los hechos imputados, ha determinado que la investigación previa al despido no reúna las garantías establecidas en el Acuerdo Marco de la Unión Europea en materia de acoso y violencia en el trabajo, en concreto la del derecho de audiencia y de la imparcialidad. El mandato de analizar la posible concurrencia de comportamientos de posible acoso desde la perspectiva de las víctimas, no puede llevar a ejercer la facultad disciplinaria sin haber escuchado la versión del presunto acosador, como ha ocurrido en el presente caso.

Por estas razones, el TSJ declara la improcedencia del despido, pero aclara que en caso de readmisión, la empresa podrá ejercer nuevamente la facultad disciplinaria, previa audiencia del trabajador, en caso de que, una vez debidamente analizados los hechos, constituyan un comportamiento de acoso sexual.

10. El TJUE declara que el descanso diario no puede acumularse al descanso semanal

STJUE 2-3-23 C-477/21

Resumen

El TJUE declara que cuando los periodos de descanso diario y semanal de un trabajador se suceden de forma contigua, el disfrute del segundo solo puede computarse una vez finalizado el primero, y viceversa.

Son dos derechos distintos que no pueden compensarse ni perjudicar los derechos del trabajadores.

La finalidad del descanso diario es que el trabajador pueda apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas y la del semanal descansar en cada periodo de siete días.

Acumulación de descanso semanal y diario

La planificación mensual del tiempo de trabajo de un trabajador contratado como maquinista establece, entre dos períodos de trabajo, un tiempo de descanso diario en el domicilio de 12 horas, añadiendo un tiempo estándar de desplazamiento de dos veces 30 minutos. Además, semanalmente, se establece un descanso de 48 horas consecutivas. No obstante, cuando se concedía el período de descanso semanal la empresa no le concede ni descanso diario ni el tiempo de desplazamiento.

El trabajador considera que tiene derecho al período de descanso diario inmediatamente anterior o posterior al periodo de descanso semanal o de los permisos o períodos de descanso retribuidos y presenta demanda ante los órganos jurisdiccionales húngaros, reclamando las cantidades por los periodos no disfrutados. La empresa se opone a la petición al entender que solo corresponde conceder el descanso diario entre dos períodos de trabajo que se suceden durante un mismo período de 24 horas, pero no si se prevé ningún nuevo período de trabajo (por conceder el descanso semanal o se disfrutaran permisos retribuidos). Considera que la finalidad del descanso diario es permitir al trabajador recuperar fuerzas entre dos períodos de trabajo.

Al resolver la cuestión, el órgano jurisdiccional húngaro recuerda que la normativa aplicable en la empresa es más favorable que la establecida por la normativa de la UE y plantea cómo debe interpretarse el concepto de descanso semanal, a la luz del derecho de

la UE (Dir 2003/88). En particular, se plantea si, a la luz de la normativa comunitaria, el descanso diario debe sumarse al descanso semanal, de tal modo que se incremente el total del descanso.

El tribunal húngaro plantea cuestiones prejudiciales que el TJUE resuelve en la siguiente forma:

a) Sobre si el descanso diario previsto en la Directiva forma parte del período de descanso semanal o si solo fija la duración mínima de dicho período de descanso semanal.

El TJUE recuerda que todo trabajador tiene derecho a los periodos de descanso diario y semanal y que las disposiciones de la Directiva (Dir 2003/88) tienen el carácter de mínimo, permitiendo que los trabajadores de períodos mínimos de descanso diario y semanal (11 horas por cada período de 24 horas y un descanso ininterrumpido de 24 horas por cada 7 días).

Señala que el derecho al descanso diario y el semanal se regulan en dos disposiciones distintas, lo que indica que se trata de dos derechos autónomos con objetivos distintos: permitir que el trabajador pueda apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no solo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo y, por otra, permitir que el trabajador descanse en cada período de siete días.

Además, la jurisprudencia del TJUE establece que las disposiciones de los estados miembros no pueden vaciar de contenido los derechos consagrados tanto la CDUE como la Directiva, concluyendo que una interpretación según la cual el descanso diario forma parte del descanso semanal equivaldría a vaciar de contenido el derecho al descanso diario, privando al trabajador del disfrute efectivo del período de descanso diario previsto en esa disposición cuando disfruta de su derecho al descanso semanal.

Esto supone que la Dir 2003/88, debe interpretarse en el sentido de que el descanso diario no forma parte del período de descanso semanal, sino que se añade a este.

b) Sobre si cuando la normativa nacional establece un período de descanso semanal superior al de la directiva (35 horas consecutivas) debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario.

El TJUE entiende que el período de descanso semanal previsto en la normativa nacional no influye en la interpretación de la Directiva. Además, el hecho de establecer disposiciones más favorables en materia de descanso semanal no puede privar al trabajador de otros derechos, como es el derecho al descanso diario.

Por tanto, concluye que cuando una normativa nacional establece un período de descanso semanal que excede de 35 horas consecutivas, debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario garantizado.

c) Se plantea si cuando se concede a un trabajador un período de descanso semanal, este tiene también derecho a disfrutar de un período de descanso diario precedente a dicho período de descanso semanal.

Se recuerda que la jurisprudencia del TJUE establece que, para poder descansar efectivamente, el trabajador debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no solo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo.

De ello se deduce que, tras un período de trabajo, todo trabajador debe disfrutar inmediatamente de un período de descanso diario, con independencia de si dicho período de descanso va o no seguido de un período de trabajo.

Además, cuando el descanso diario y el semanal se conceden de manera contigua, el período de descanso semanal solo puede empezar a correr una vez que el trabajador haya disfrutado del descanso diario. Por ello, el TJUE responde que cuando se concede a un trabajador un período de descanso semanal, este tiene también derecho a disfrutar de un período de descanso diario precedente a dicho período de descanso semanal.

11. RDL 2/2023. Novedades sociales

RDL 2/2023, BOE 17-3-23

Resumen

Con vigencia desde el 1-4-2023 se ha publicado el RDL 2/2023, que incluye novedades sociales relacionadas con las cotizaciones, con el cálculo de la pensión de jubilación y sobre la cuantía de las pensiones máximas y mínimas. También incluye novedades aplicables a los artistas, empleados de hogar y una nueva regulación de la IT.

RDL 2/2023. Novedades

Con vigencia desde el 1-4-2023 se ha publicado el RDL 2/2023, que incluye novedades sociales relacionadas con las cotizaciones, con el cálculo de la pensión de jubilación y sobre la cuantía de las pensiones máximas y mínimas. También incluye novedades aplicables a

los trabajadores autónomos, artistas, empleados de hogar y una nueva regulación de la IT. Las novedades incluidas, tratadas en este o en otras novedades ADN son las siguientes:

A. Novedades sobre cotización

1. A partir del 1-1-2024, el tope máximo de cotización se actualizará en el mismo porcentaje en el que se revaloricen las pensiones contributivas de la Seguridad Social incrementado en 1,2 puntos.
2. Con efectos a partir del 1-1-2025, se establece una cotización adicional de solidaridad para las retribuciones cuya cuantía supere el importe de la base máxima de cotización para las personas trabajadoras por cuenta ajena. El importe máximo de las retribuciones sobre las que se aplicará la cotización adicional de solidaridad se establecerá según la cuantía en que se supere la base máxima de cotización (5% si se supera en un 10%; 6% si supera entre un 10 y un 50%, 7% si supera en un 50%).
3. Se desarrolla el mecanismo de equidad intergeneracional. Consiste en una cotización finalista aplicable en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación. Dicha cotización no computa a efectos de prestaciones y nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Tampoco puede ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna ni objeto de disminución por la aplicación de coeficientes correctores u otra fórmula que disminuya la cotización.

En el caso de trabajadores por cuenta ajena, su cuantía se incrementa hasta un porcentaje del 1,2% aplicable a la base de cotización (1% aplicable a la empresa y el 0,2% al trabajador). No obstante, este incremento se va a realizar de forma progresiva, de acuerdo con una escala que finalizará en 2029 y se mantendrá hasta 2050 (LGSS art.127.bis; disp.trans.43).

B. Novedades en la cuantía de las pensiones

1. Se garantiza que, a partir del 1-1-2024, la revalorización anual de todas las pensiones contributivas, máximas y mínimas, se realice según la variación media interanual del IPC, incluyendo el importe del complemento de brecha de género. A partir del 1-1-2025, a la cuantía máxima de las pensiones se les aplicará un porcentaje de revalorización incrementado en 0,115 puntos porcentuales acumulativos cada año hasta 2050. Se

establece el porcentaje aplicable desde 2051 y 2058, cuando se valorará la oportunidad de que el incremento adicional alcance el 30% (LGSS disp.trans.39 redacc RDL 2/2023):

2. Con relación a la cuantía de las pensiones mínimas se establece que a partir de 2027, la cuantía de la jubilación contributiva de mayor de 65 años y de IPA con cónyuge a cargo, no puede ser inferior al umbral de pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos. Este se obtendrá aplicando un coeficiente de 1,5 al umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos 8 años. La aplicación de esta cuantía se realizará progresivamente desde 2024.

También se prevé el incremento de las pensiones no contributivas, que se incrementaran adicionalmente cada año pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

C. Se modifica la regulación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social

D. Forma de cálculo de la pensión de jubilación

1. Con vigencia a partir del 1-1-2026 se modifica la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, ya que será el cociente resultante de la división 378/324 (antes 350/300). Asimismo, para el periodo de cómputo se establece, como novedad, la posibilidad de optar entre las cotizaciones correspondientes a los 29 años anteriores al mes previo al hecho causante (348 meses) y, de estos, se elegirán de oficio los 324 meses de mayor importe (25 años) (LGSS art.209.1 redacc RDL 2/2023). Se establece un periodo progresivo para la aplicación de esta nueva forma de calculo que se inicia en 2026 y finaliza en 2038 en que se aplicará íntegramente.

2. Se establece que antes del 30-6-2023 y, previa negociación en el marco del diálogo social, el Gobierno presente ante el Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial en el sistema de Seguridad Social que garantice un régimen de compatibilidad efectiva de trabajo y pensión; preserve la calidad del empleo de los relevistas; y equilibre el coste que esta modalidad de pensión tiene para el sistema. Para la adopción de las referidas modificaciones se tendrá en cuenta la incidencia que las mismas pueden tener en los distintos sectores de la actividad especialmente en la industria manufacturera (RDL 2/2023 disp.adic.1ª).

3. Con vigencia desde el 17-6-2023, se regula la resolución provisional de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales cuando se compruebe que el solicitante reúne todos los requisitos para acceder al derecho computando únicamente las cotizaciones efectuadas en España; así como cuando las pensiones se reconozcan a prorrata temporis como consecuencia de períodos que otro Estado haya certificado con carácter provisional (LGSS art.50.bis redacc RDL 2/2022). Asimismo, establece el método de cálculo del complemento por mínimos con relación a estas pensiones aplicable desde el 18-3-2023 (LGSS art.59.2 y 3 redacc RDL 2/2023).

E. Complemento de brecha de género

Se modifica la regulación del complemento de brecha de género, para adecuar el mismo a su finalidad, reconociendo el complemento por brecha de género también a los hombres siempre que cumplan determinadas condiciones. Asimismo, desde el 18-3-2023, se amplía la prestación familiar en su modalidad contributiva otorgando la consideración de periodo de cotización efectiva a los 3 años del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de otros familiares. También se incrementan las cotizaciones al 100% durante 3 años en caso de reducción de jornada por cuidado de menor o de familiares. Además se integran las lagunas para el cálculo de la pensión de jubilación desde la mensualidad 49 a la 84 (con el 100% de la base mínima sobre los primeros 12 meses y con el 80% sobre los restantes).

F. Trabajo a tiempo parcial

Con vigencia desde el 1-10-2023, se equipara el trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, ya que se tienen en cuenta los períodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos (LGSS art.247 redacc RDL 2/2023). Asimismo, con vigencia a partir del 1-1-2026 se modifican las reglas aplicables al cálculo de las prestaciones en caso de contratos a tiempo parcial. Se aclara el cálculo de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor cuando no se acrediten cotizaciones superiores a 12 meses o cuando se haya ingresado en la empresa en el mes anterior al del hecho causante (LGSS art.248.2 redacc RDL 2/2023).

Con relación a la IT, se establecen las reglas aplicables a los trabajadores fijos discontinuos a partir del 18-3-2023. Se establece que deben tomarse en consideración las cotizaciones

realizadas desde el alta siguiente al último llamamiento con un máximo de 3 meses inmediatamente anteriores al hecho causante (LGSS art.248.1.c redacc RDL 2/2023).

G. Trabajadores autónomos

1. No resulta de aplicación en el RETA la cotización adicional de solidaridad establecida en el RGSS para el importe del salario que supere la base máxima de cotización (LGSS art.19.bis redacc RDL 2/2023);

2. Para el cálculo de la pensión de jubilación, las lagunas de cotización producidas durante los 6 meses posteriores a la extinción de una prestación por cese de actividad, se integrarán, a partir del 1-1-2026, con la base mínima general de este régimen especial (LGSS art.322 redacc RDL 2/2023).

3. Se aclaran los términos de la aplicación transitoria de la antigua tarifa plana (LETA art.31, 31 bis, 32 y 32 bis), que fue sustituida a partir del 1-1-2023, por la cuota reducida por inicio de una actividad por cuenta propia (LETA art.38 ter). Quienes a 31-12-2022 vinieran percibiendo la reducción o bonificación alternativa a la cuota única mensual, seguirán percibiéndola aplicando la bonificación a la base mínima fijada para 2022 en 960,60 € (RDL 13/2022 disp.trans.3ª redacc RDL 2/2023).

En el caso de los autónomos y socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante o a domicilio, con base de cotización provisional o definitiva inferior a 960,60 €, la cuota a reducir se determina aplicando el tipo de cotización vigente por contingencias comunes a dicha base de cotización inferior a la mínima.

Las cotizaciones realizadas durante los períodos en que resulte de aplicación la tarifa plana, no son objeto de regularización.

4. En relación con la prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por la declaración del estado de alarma para hacer frente al COVID-19, se prevé que la resolución definitiva pueda confirmar el derecho a la prestación si falta uno de los requisitos para acceder por el supuesto solicitado, pero reúne todos los requisitos para otro de los supuestos regulados (RDL 8/2020 art.17.9 redacc RDL 2/2023).

5. Se prevé la creación, en el plazo de 3 meses a partir del 1-4-2023, de un Observatorio para el análisis y seguimiento de la prestación por cese de actividad por causas económicas, así como de la integración de lagunas de períodos sin obligación de cotizar posteriores al cese de actividad. El Observatorio estará integrado por representantes de la

Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de las asociaciones de autónomos (LGSS disp.adic.50ª redacc RDL 2/2023).

H. Empleados de hogar

Con vigencia desde el 1-4-2023, se pone en marcha un procedimiento especial para el ingreso de diferencias en la cotización de los empleadores encuadrados en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. El procedimiento se refiere a las diferencias correspondientes a más de un periodo de liquidación y superiores a 100 euros, constatadas mediante actuaciones de comprobación anteriores al 1-4-2023 (entrada en vigor de la norma). Dichas diferencias se liquidarán sin recargo a través del sistema de domiciliación en cuenta.

I. Artistas

Se establece la posibilidad de aplicar la normativa anterior al 1-4-2023 efectos de compatibilizar la pensión de jubilación con la actividad de creación artística por la que se perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, tanto en el RGSS como en el RETA.

J. Nueva regulación de la gestión y control de la IT

Con la finalidad de simplificar los procedimientos de control y gestión de la IT una vez agotado el plazo de 365 días, se suprime la intervención de los EVI y se establece el pase automático a la prórroga de IT, sin necesidad de declaración expresa. Además, se sustituye la referencia de plazos fijados en meses por días naturales y se concreta la colaboración obligatoria y voluntaria de las empresas en el pago de la prestación.

K. Mejora de la prestación de menores afectados por cáncer

Se amplía la protección de los menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave hasta los 26 años de edad, cuando se acredite una discapacidad del 65%. Además, para

determinados supuestos, se elimina el requisito exigido para acceder a la prestación de que ambos progenitores trabajen.

L. Prácticas formativas no laborales

Se incluye en el sistema de Seguridad social Se da nueva regulación a la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación y se establecen las reglas de cotización.

M. Incapacidad judicial y discapacidad

Se modifican diversos preceptos de la LGSS para adecuarlos a las modificaciones introducidas por la L 8/2021 que suprimió, con vigencia a partir del 25-6-2021, la incapacitación judicial sustituyéndola por diversas medidas de apoyo a la capacidad jurídica. Desde el 18-3-2023, a efectos de la aplicación de la LGSS se entiende que están afectados de un grado de discapacidad igual o superior al 65% aquellas personas para las que se haya nombrado un curador como medida de apoyo a su capacidad jurídica (LGSS disp.adic.25ª redacc RDL 2/2023). Los supuestos de incapacidad judicial declarados antes del 25-6-2023 mediante sentencia, quedan asimilados a la discapacidad en grado igual o superior al 65%, a efectos de la aplicación de la LGSS (RDL 2/2023 disp.trans.3ª).

También se sustituye, a efectos de la pensión de orfandad (LGSS art.234 redacc RDL 2/2023) la mención «personas con capacidad judicial modificada» por «mayores de edad con medidas de apoyo a su capacidad jurídica para percibir la pensión». En el mismo sentido se adapta la regulación de las prestaciones no contributivas por hijo a cargo (LGSS art.352.2.c).

12. Se adelanta la edad de jubilación de rederas, neskatillas y empacadoras

L 5/2023, BOE 18-3-23

Resumen

La L 5/2023 establece, con vigencia a partir del 19-3-2022, mejoras en la protección social de las profesiones del sector marítimo constituidas mayoritaria o exclusivamente por mujeres, adelantando la edad de jubilación y estableciendo la aplicación de nuevos tipos de cotización por contingencias profesionales. Además, se prevé la creación de un catálogo de enfermedades profesionales propias de los trabajadores del mar.

Mejora de la protección social

La L 5/2023 modifica, con vigencia a partir del 19-3-2023, la L 47/2015 reguladora de la protección social en el sector marítimo pesquero para reducir la edad de jubilación de rederas, mariscadoras y neskatillas, sector constituido mayoritaria o exclusivamente por mujeres. De este modo, la edad mínima para la percepción de la pensión de jubilación se calcula mediante la aplicación del coeficiente reductor 0,15.

Se modifica también la cotización por contingencias profesionales se determinará mediante la aplicación de los siguientes tipos:

- a) Actividades de marisqueo, recogida de percebes y recogida de algas: el tipo más alto de los fijados en la tarifa de primas (L 42/2006 dis.adic.4ª).
- b) Rederas, neskatillas y empacadoras y actividades de buceadores extractores de recursos marinos y buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación:

Hasta el 31-3-2023: se aplicará la tarifa correspondiente al código nacional de la actividad económica W.

año 2024, se aplica la tarifa correspondiente al código nacional de la actividad económica V.

a partir del año 2025, se aplicará el tipo más alto de los fijados en la tarifa de primas (L 42/2006 dis.adic.4ª)

Por otro lado, se prevé la elaboración de un Catálogo de Enfermedades Profesionales propias de los trabajadores del mar, atendiendo de forma específica a las condiciones de penosidad y exposiciones a agentes físicos que sufren las personas que se dedican a la recogida de marisco, tanto a pie como a flote, al cultivo del mejillón en batea, a la recogida de percebes en la roca, así como los buceadores en apnea para la recolección de recursos específicos (L 47/2015 disp.adic.7ª redacc L 5/2023).

13. Publicada la reforma de las pensiones

RDL 2/2023, BOE 17-3-23

Resumen

Con vigencia general desde 1-4-2023 se ha publicado el RDL 2/2023 que recoge modificaciones relacionadas con el sistema de pensiones. Entre otras medidas, la norma modifica el cálculo de la pensión de jubilación, desarrolla el MEI y establece una cotización adicional de solidaridad. La norma encomienda a la AIREF el análisis financiero del impacto de la reforma y, a tal efecto, publicará con periodicidad trianual un Informe de Evaluación con las proyecciones del impacto estimado de las medidas adoptadas desde 2020.

Novedades incluidas

Con vigencia a partir del 1-4-2023 se ha publicado el RDL 2/2023 que recoge modificaciones relacionadas con el sistema de pensiones. Entre otras medidas, la norma modifica el cálculo de la pensión de jubilación, desarrolla el MEI y establece una cotización adicional de solidaridad. La norma encomienda a la AIREF el análisis financiero del impacto de la reforma y, a tal efecto, publicará con periodicidad trianual un Informe de Evaluación con las proyecciones del impacto estimado de las medidas adoptadas desde 2020 (RDL 2/2023 disp.adic 2ª). Las principales medidas contenidas en la norma son las siguientes:

Incremento del tope máximo de cotización

A partir del 1-1-2024, el tope máximo de cotización en se actualizará en el mismo porcentaje en el que se revaloricen las pensiones contributivas de la Seguridad Social (LGSS art.19.3 redacc RDL 2/2023). No obstante, desde 2024 a 2050 al tope máximo aprobado a través de las sucesivas LPGE, se la añadirá un porcentaje de revalorización consistente en una cuantía fija anual de 1,2 puntos porcentuales. Cada 5 años, el Gobierno evaluará, en

el marco del diálogo social, el impacto de esta subida de la base máxima y remitirá un informe del Pacto de Toledo (LGSS disp.trans 38 redacc RDL 2/2023).

Cotización adicional de solidaridad

Con efectos a partir del 1-1-2025, se establece una cotización adicional de solidaridad para las retribuciones cuya cuantía supere el importe de la base máxima de cotización para las personas trabajadoras por cuenta ajena. El importe máximo de las retribuciones sobre las que se aplicará la cotización adicional de solidaridad se establecerá según los siguientes tramos (LGSS art.19.bis redacc RDL 2/2023):

Tramo de retribución	% cotización adicional de solidaridad
entre la base máxima y la base máxima + un 10%	5,5%
entre la base máxima +10% y la base máxima +50%	6%
entre la base máxima +50% en adelante	7%

La distribución del tipo de cotización por solidaridad entre empresario y trabajador mantendrá la misma proporción que la distribución del tipo de cotización por contingencias comunes.

La cotización adicional, que no computa para prestaciones, se aplicará progresivamente desde el año 2025 hasta el año 2045 en el que quedará fijada en los porcentajes arriba indicados (LGSS disp.trans.42 redacc RDL 2/2023). La escala aplicable es la siguiente:

Tramo de retribución base máxima (tipo de cotización %)		
hasta 10 % adicional	desde el 10 % adicional hasta 50 % adicional	superiores al 50 % adicional
0,92	1	1,17
1,15	1,25	1,46
1,38	1,5	1,75
1,60	1,75	2,04
1,83	2	2,33
2,06	2,25	2,63
2,29	2,5	2,92
2,52	2,75	3,21
2,75	3	3,50
2,98	3,25	3,79
3,21	3,5	4,08
3,44	3,75	4,38
3,67	4	4,67
3,90	4,25	4,96

Se establecen medidas para la aplicación del MEI en el sector marítimo pesquero (RDL 2/2022 disp.final 2ª).

Reordenación del Mecanismo de equidad intergeneracional

Se desarrolla en mecanismo de equidad intergeneracional. Consiste en una cotización finalista aplicable en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación. Dicha cotización no computa a efectos de prestaciones y nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Tampoco puede ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna ni objeto de disminución por la aplicación de coeficientes correctores u otra fórmula que disminuya la cotización.

En el caso de trabajadores por cuenta ajena, su cuantía se incrementa hasta un porcentaje del 1,2% aplicable a la base de cotización. 1% aplicable a la empresa y el 0,2% al trabajador. No obstante, este incremento se va a realizar de forma progresiva, de acuerdo con la siguiente escala (LGSS art.127.bis; disp.trans.43):

Año	Empresa (%)	Trabajador (%)	Total (%)
2023	0,50	0,10	0,60
2024	0,58	0,12	0,70
2025	0,67	0,13	0,80
2026	0,75	0,15	0,90
2027	0,83	0,17	1
2028	0,92	0,18	1,10
2029 a 2050	1	0,2	1,20

Se establecen medidas para la aplicación del MEI en el sector marítimo pesquero (RDL 2/2022 disp.final 2ª).

En caso de que la AIREF detecte desequilibrios financieros en su informe de evaluación y el Parlamento no adopta medidas correctivas, podrá incrementarse la cuantía del MEI.

Cuantía de las pensiones

1. Se garantiza que, a partir del 1-1-2024, la revalorización anual de todas las pensiones contributivas, máximas y mínimas, se realice según la variación media interanual del IPC, incluyendo el importe del complemento de brecha de género. Desde el 18-3-2023, cuando se trate de pensiones reconocidas por la aplicación de normas internacionales la revalorización se aplicará sobre el porcentaje a cargo de la Seguridad Social española (LGSS art.58 redacc RDL 2/2023).

2. Con relación a las pensiones que, en su importe inicial estén limitadas por el importe de la pensión máxima, se establece que, a partir de 1-1-2025, la revalorización del año siguiente se producirá mediante la aplicación de un porcentaje equivalente a la variación interanual del IPC. Las sucesivas revalorizaciones se efectuarán sobre el importe total resultante de la revalorización del año anterior. Si existen pensiones concurrentes, la suma de todas ellas no puede superar en importe de la cuantía máxima vigente en el momento del hecho causante. Y de extinguirse una de ellas, la suma de las restantes no podrá superar la cuantía máxima vigente en el ejercicio en el que se reconoció (LGSS art.57 redacc RDL 2/2023)

3. A través de las sucesivas LPGE, a la cuantía máxima de las pensiones causadas desde el año 2025 se les aplicará un porcentaje de revalorización incrementado en 0,115 puntos porcentuales acumulativos cada año hasta 2050. A partir de 2051 el incremento anual adicional aplicable será el establecido en la siguiente tabla (LGSS disp.trans.39 redacc RDL 2/2023):

Año	% incremento pensión máxima	Año	% incremento pensión máxima
2051	3,2	2059	9,8
2052	3,6	2060	11,2
2053	4,1	2061	12,7
2054	4,8	2062	14,3
2055	5,5	2063	16,1

2056	6,4	2064	18,0
2057	7,4	2065	20,0
2058	8,5	En adelante	se valora la oportunidad de que el incremento adicional alcance el 30%

4. Con relación a cuantía de las pensiones mínimas se establece lo siguiente (LGSS disp.adic 53):

– Jubilación contributiva de mayor de 65 años y de IPA con cónyuge a cargo. A partir de 2027 su cuantía no puede ser inferior al umbral de pobreza calculado para un hogar compuesto por dos adultos. Este se obtendrá aplicando un coeficiente de 1,5 al umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos 8 años. La aplicación de esta medida supondrá un incremento progresivo de la pensión mínima, que se realizará según la siguiente escala:

Año	Incremento de la cuantía mínima de la pe
2024	Necesario para reducir un 20% la brecha existente
2025	Necesario para reducir un 30% la brecha existente
2026	Necesario para reducir un 50% la brecha existente
2027	Necesario, hasta alcanzar el umbral de pobreza calculado para un hogar de dos adultos.

En el mismo porcentaje se incrementará la pensión de viudedad con cargas familiares, pensión contributiva con cónyuge a cargo, excepto IPT de menores de 60 años.

– Resto de pensiones contributivas, una vez revalorizadas, se incrementarán adicionalmente cada año y en el mismo periodo en un porcentaje equivalente al 50% de los porcentajes anteriores.

– Pensiones no contributivas: una vez revalorizadas se incrementaran adicionalmente cada año pero con la referencia de multiplicar por 0,75 el umbral de la pobreza de un hogar unipersonal.

La determinación de las cuantías anteriores se efectuará por las LPGE para cada año. Además, el Gobierno realizará un seguimiento continuo de la evolución de las pensiones mínimas y de las pensiones no contributivas, elevando un informe al Pacto de Toledo P en el que evaluará el impacto de estas prestaciones (LGSS disp.adic.53 redacc RDL 2/2023).

Regulación del fondo de reserva de la Seguridad Social

Se modifica la regulación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social en el siguiente modo (LGSS art.117 a 121 redacc RDL 2/2023):

- a) Se precisa que su finalidad es atender a las necesidades financieras en materia de prestaciones contributivas.
- b) Los ingresos obtenidos por la aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional formarán parte del fondo de reserva.
- c) Los ingresos obtenidos de la cotización finalista fijada en el apartado 1 del artículo 127 bis se ingresarán en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.
- d) Se establece que el importe recaudado por el mecanismo de equidad intergeneracional (cotización finalista) forma parte del excedente
- e) Lo recaudado por el Mecanismo de equidad intergeneracional se integrará automáticamente en las dotaciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.
- f) Se establece que sea la LPG anual la que en cada ejercicio económico establezca el desembolso anual a efectuar por el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Consistirá en un porcentaje del PIB determinado anualmente (del 0,14% en 2036 al 0,09 en 2053).

Modificaciones en el cálculo de la pensión de jubilación

Con vigencia a partir del 1-1-2026 se modifica la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, ya que será en cociente resultante de dividir 378/324 (antes 350/300). Asimismo, para el periodo de cómputo como novedad se establece la posibilidad de optar entre las cotizaciones correspondientes a los 29 años anteriores al mes previo al hecho causante (348 meses) y, de estos, se elegirán de oficio los 324 meses de mayor importe (25 años) (LGSS art.209.1 redacc RDL 2/2023).

Se establece un periodo progresivo para la aplicación de esta nueva forma de calculo que se inicia en 2026 y finaliza en 2038 en que se aplicará íntegramente. Desde el 1-1-2026, será el resultado de dividir 352,33/302, comprendidas estas últimas dentro del periodo de los 304 meses inmediatamente anteriores al hecho causante (LGSS disp.trans.41 redacc RDL 2/2023).

La normativa anterior a la reforma convivirá con la nueva regulación, en aplicación de la siguiente normativa, , según ha fecha en la que se produzca el hecho causante de la pensión (LGSS disp.trans.4ª redacc RDL 2/2023):

- Entre el 31-12-2025 y 31-12-2040: se aplicará la regulación anterior a la modificación si esta resulta más favorable.
- Durante el año 2041: se aplicará la legislación anterior a la modificación, con una base reguladora que comprende las bases de cotización de los últimos 306 meses entre 357 si esta resulta más favorable.
- Durante 2042: se aplicará la legislación anterior a la modificación, con una base reguladora que comprende las bases de cotización de los últimos 312 meses entre 364, si esta resulta más favorable.
- Durante 2043: se aplicará la legislación anterior a la modificación, con una base reguladora que comprende las bases de cotización de los últimos 318 meses entre 371, si esta resulta más favorable.
- A partir de 2044: se aplicará la nueva legislación.

Brecha de género

1. Se modifica la regulación del complemento de brecha de género, para adecuar el mismo a su finalidad, reconocimiento del complemento por brecha de género también a los hombres siempre que cumplan determinadas condiciones. A tal efecto, se eliminan de su cómputo los períodos cotizados y bases de cotización anteriores o siguientes al nacimiento los beneficios en la cotización de la LGSS art.237 (prestación familiar no contributiva). Se establece la forma de cálculo de las pensiones de los respectivos progenitores para determinar cuál de ellas es más alta a efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener el complemento (LGSS art.60 redacc RDL 2/2023). Esta forma de cálculo se aplicará también a hechos anteriores (LGSS disp.trans 44ª redacc RDL 2/2023).

Junto al complemento de brecha de género, se prevé la posibilidad fijar, en el marco del diálogo social, otras medidas temporales de acción positiva para el cálculo de las prestaciones en favor de las mujeres. Al igual que el complemento, estas medidas se mantendrán hasta que la brecha sea igual o inferior al 5% (LGSS disp.adic.37 redacc RDL 2/2023).

Asimismo, durante el periodo 2024-2025 el importe del complemento de brecha de género se incrementa en un 10 % adicional sobre la revalorización prevista a distribuir entre ambos ejercicios según lo establezcan las correspondientes LPG de cada año (RDL 2/2023 disp.trans 1ª)

2. Desde el 18-3-2023, se amplía la prestación familiar en su modalidad contributiva en el siguiente sentido (LGSS art.237 redacc RDL 2/2023):

– De 1 a 3 años la consideración como periodo de cotización efectiva del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de otros familiares.

– Para todos los supuestos y durante los 3 años, se incrementan las cotizaciones hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo de las cotizaciones realizadas. Antes de la reforma, se preveía un incremento durante 2 años en caso de reducción de jornada por cuidado de menor y de 1 en los demás supuestos.

3. Integración de lagunas. Mientras la brecha de género sea superior al 5% cuando en el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena cuando existan periodos en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la mensualidad 49 a 60 estas se integrarán con el 100% de la base mínima de cotización y desde la mensualidad 61 a la 84 con el 80% de la misma. En caso de hombres se aplican las mismas

reglas siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten que su carrera de cotización se ha visto afectada (LGSS disp.trans.41ª redacc RDL 2/2023).

Otras medidas

1. Con vigencia desde el 1-10-2023, se equipara el trabajo a tiempo parcial al trabajo a tiempo completo a efectos del cómputo de los períodos cotizados para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, ya que se tienen en cuenta los períodos cotizados cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos (LGSS art.247 redacc RDL 2/2023). Asimismo, con vigencia a partir del 1-1-2026 se modifican las reglas aplicables al cálculo de las prestaciones en caso de contratos a tiempo parcial. Se aclara el cálculo de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor cuando no se acrediten cotizaciones superiores a 12 meses o cuando se haya ingresado en la empresa en el mes anterior al del hecho causante (LGSS art.248.2 redacc RDL 2/2023). Con relación a la IT, se establecen las reglas aplicables a los trabajadores fijos discontinuos a partir del 18-3-2023. Establece que deben tomarse en consideración las cotizaciones realizadas desde el alta siguiente al último llamamiento con un máximo de 3 meses inmediatamente anteriores al hecho causante (LGSS art.248.1.c redacc RDL 2/2023)

2. Integración de lagunas en RETA. A partir del 1-1-2026, cuando periodo utilizado para el cálculo de la pensión de jubilación del RETA, aparezcan lagunas de cotización producidas durante los 6 meses posteriores a la extinción de una prestación por cese de actividad, estas se integrarán con la base mínima general de este régimen especial. El funcionamiento de esta medida será objeto de análisis y seguimiento por un observatorio integrado por la integrado por representantes de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de las asociaciones de autónomos, que debe crearse en el plazo de 3 meses a partir del 1-4-2023 (LGSS disp.adic.50 redacc RDL 2/2023).

3. Jubilación parcial. Se establece que antes del 30-6-2023 y, previa negociación en el marco del diálogo social, el Gobierno presente ante el Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial en el sistema de Seguridad Social que garantice un régimen de compatibilidad efectiva de trabajo y pensión; preserve la calidad del empleo de los relevistas; y equilibre el coste que esta modalidad de pensión tiene para el sistema. Para la adopción de las referidas modificaciones se tendrá en cuenta la incidencia que las mismas pueden tener en los distintos sectores de la actividad especialmente en de la industria manufacturera (RDL 2/2023 disp.adic.1ª).

4. Con vigencia desde el 17-6-2023, se regula la resolución provisional de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales cuando se compruebe que el solicitante reúne todos los requisitos para acceder al derecho computando únicamente las cotizaciones efectuadas en España; así como cuando las pensiones se reconozcan a prorrata temporis como consecuencia de períodos que otro Estado haya certificado con carácter provisional (LGSS art.50.bis redacc RDL 2/2022). Asimismo, establece el método de cálculo del complemento por mínimos con relación a estas pensiones aplicable desde el 18-3-2023 (LGSS art.59.2 y 3 redacc RDL 2/2023).

14. Novedades en la prestación de IT

RDL 2/2023, BOE 17-3-23

Resumen

Con efectos a partir del 17-5-2023 y con la finalidad de simplificar los procedimientos de control y gestión de la IT una vez agotado el plazo de 365 días, se suprime la intervención de los EVI y se establece el pase automático a la prórroga de IT, sin necesidad de declaración expresa. Además, se sustituye la referencia de plazos fijados en meses por días naturales y se amplía la colaboración obligatoria y voluntaria de las empresas en el pago de la prestación.

Gestión y control de la IT

En el marco de la reforma del sistema de pensiones aprobado por el RDL 2/2023, de 16 de marzo, se introducen las siguientes modificaciones en los procedimientos de control y gestión de la IT, modificaciones que, con carácter general, van a entrar en vigor el 17-5-2023:

1. Se elimina la posibilidad de que las mutuas puedan dirigirse al INSS en caso de que el servicio público de salud haya desestimado la propuesta de alta que pueden formular cuando consideren que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo (LGSS art.84.2.b). Esta previsión entra en vigor a partir 18-3-2023.
2. En relación con la duración de los procesos de IT durante los períodos de observación por enfermedad profesional se sustituye la referencia a 6 meses por 180 días, a fin de que la duración real del período de observación pueda variar en función de los días que tengan los meses concretos en que se produzca (LGSS art.169.1.b).

3. Se simplifican los procedimientos de gestión y control de la IT una vez agotado el plazo máximo de duración de 365 días (LGSS art.170):

a) Por un lado, se suprime la intervención de los EVI. La entidad gestora, directamente y a través de su inspección médica, será la única competente para emitir el alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos. Igualmente, el INSS, a través de su inspección médica y no de los EVIs, será el único competente para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales posteriores a la resolución denegatoria de la incapacidad permanente.

b) El agotamiento del plazo de 365 días sin emisión de alta médica supone el pase automático a la prórroga de IT, sin necesidad de declaración expresa.

c) Se mantiene la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación durante la prórroga de la IT hasta (1):

– la notificación del alta médica al interesado o;

– hasta el último día del mes en que INSS haya expedido el alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o;

– hasta que se cumpla el periodo máximo de 545 días, finalizando en todo caso en esta fecha.

d) Se extiende hasta la extinción del subsidio, incluida la situación de prolongación de efectos económicos, la obligación de las empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de abonar a su cargo la prestación de IT.

e) Se sustituye la referencia al plazo de 3 meses de que dispone el INSS para examinar el estado del interesado, una vez transcurridos 545 días naturales desde la baja médica, por el de 90 días (LGSS art.174.2).

4. El alta médica con propuesta de incapacidad permanente extingue la IT, cualquiera que sea el momento en el que sea expedida (en la redacción anterior, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los 365 días de duración) (LGSS art.174.4).

5. Se elimina la competencia del Instituto Social de la Marina para el ejercicio de las funciones de control y gestión de la IT atribuidas a la inspección médica, dado que dicha entidad gestora carece de inspectores médicos (LGSS disp.adic.1ª.4).

Estas modificaciones se aplicarán tanto a los procedimientos de IT que se inicien con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, como a los iniciados con anterioridad a dicha fecha. No obstante, el subsidio seguirá abonándose directamente por la entidad gestora o la MCSS cuando, a la fecha de entrada en vigor, y una vez transcurrido el plazo de duración de 365 días, el INSS hubiera dictado resolución acordando la prórroga expresa, el inicio de un expediente de incapacidad permanente o el alta médica.

NOTA. (1) Hasta el 16-5-2023 la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación se mantiene hasta el día en que se dicte dicha resolución, abonándose directamente por la entidad gestora o la mutua el subsidio correspondiente durante el periodo que transcurra entre la fecha de la resolución y su notificación al interesado.

15. Mejora de la protección de menores con cáncer

RDL 2/2023, BOE 17-3-23

Resumen

Se modifica la LGSS y el ET para ampliar la protección de los menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave hasta los 26 años de edad, cuando se acredite una discapacidad del 65%. Además, para determinados supuestos, se elimina el requisito exigido para acceder a la prestación de que ambos progenitores trabajen.

Mejora de la prestación

El RDL 2/2023 modifica los art.190, 191 y 192 de la LGSS, así como el art.37.6 del ET, para ampliar la protección de los menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave. La modificación entra en vigor el 1-4-2023, en los siguientes términos:

1. Se amplía la duración de la prestación económica por cuidado de menor afectado de cáncer hasta los 26 años de edad si antes de alcanzar los 23 años, el causante acredita una discapacidad igual o superior al 65%.

Quienes hubieran visto extinguida su reducción de jornada para el cuidado del menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave antes del 1-4-2023, por haber alcanzado el sujeto causante los 23 años de edad, van a poder volver a solicitarla hasta los 26 años de edad si reúnen los requisitos para ello. Si la persona hubiera contraído matrimonio o constituido pareja de hecho, el derecho a la reducción de jornada corresponde al cónyuge o pareja de hecho si reúne los requisitos para ello (RDL 2/2023 disp.trans.5ª).

2. Se flexibilizan los requisitos para acceder a la prestación en los casos de nulidad, separación o divorcio o extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite la condición de víctima de violencia de género. En estos casos, se reconoce la prestación a favor del progenitor que conviva con la persona enferma aunque el otro progenitor no trabaje.

Nota:

El RDL 2/2023 modifica también el art.49.e del EBEP para extender estas mejoras a los empleados públicos.

16. Nueva regulación de las prácticas formativas no laborales

RDL 2/2023, BOE 17-3-23

Resumen

Se da nueva regulación a la inclusión en el sistema de Seguridad Social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación y se establecen las reglas de cotización.

Inclusión en el Sistema de Seguridad Social

El RDL 2/2023 introduce, con vigencia a partir del 1-10-2023, la nueva disp.adic.52ª en la LGSS para incluir en el Sistema de Seguridad Social a los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación. Tienen esta consideración:

- Las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto.
- Las realizadas por alumnos de formación profesional, siempre que no se presten en el régimen de formación profesional intensiva.

Quienes realicen estas prácticas quedan comprendidos como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el RGSS, excluidos los sistemas especiales, o en el RETM si la práctica o formación se realiza a bordo de embarcaciones.

Acción protectora

La acción protectora es la que corresponda al régimen de Seguridad Social aplicable. No obstante, se excluye la protección por desempleo, FOGASA y formación profesional. Si las prácticas no son remuneradas, se excluye también la protección por la prestación de IT derivada de contingencias comunes.

El abono de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se produce mediante pago directo de la entidad gestora o MCSS. Las prestaciones por IT derivada de contingencias comunes o profesionales se abonan en todo caso mediante pago delegado.

Seguridad Social

El cumplimiento de las obligaciones a la Seguridad Social se ajusta a las siguientes reglas:

a) Prácticas formativas remuneradas:

La obligación de cumplimiento de las obligaciones a la Seguridad Social corresponde a la entidad u organismo que financie el programa de formación, que asume a estos efectos la condición de empresario. Si el programa está cofinanciado por dos o más entidades u organismos, la condición de empresario la ostenta quien haga efectiva la contraprestación económica.

Las altas y bajas en la Seguridad Social se practican conforme a la normativa general de aplicación.

Se aplican las reglas de cotización establecidas para al contrato de formación en alternancia (cuotas únicas de cotización), con las siguientes especialidades:

- No se aplica la regla prevista para los supuestos en que se supere la base mínima de cotización.
- A la cuota por contingencias comunes se le aplica una reducción del 95%, sin que sea de aplicación otro beneficio distinto. En el período comprendido entre el 1-10-2023 y el 31-12-2023 la reducción es del 97% (disp.trans.2ª).
- Está expresamente excluida la cotización del MEI.

A efectos de prestaciones, la base de cotización aplicable es la base mínima del grupo 7 de cotización del RGSS (en 2023, 1.166,70 €/mes).

b) Prácticas formativas no remuneradas:

La obligación de cumplimiento de las obligaciones a la Seguridad Social corresponde a la empresa, institución o entidad en la que se desarrollen. No obstante, en el convenio o acuerdo de cooperación que se suscriba para su realización, se puede acordar que la obligación corresponda al centro de formación responsable de la oferta formativa.

El obligado debe comunicar los días efectivos de prácticas a partir de la información que facilite el centro donde se realice la práctica formativa, y solicitar un CCC específico para este colectivo de personas.

El alta en la Seguridad Social se efectúa al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización de estas, debiendo comunicarse a la TGSS en el plazo de 10 días naturales desde el inicio o finalización de las prácticas.

A efectos de la cotización a la Seguridad social y su acción protectora se tienen en cuenta exclusivamente los días en que se realicen las prácticas.

La cotización consiste en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas por contingencias comunes y por contingencias profesionales que se establecerán en la LPGE de cada ejercicio. En el período comprendido entre el 1-10-2023 y el 31-12-2023, la cuota empresarial por cada día de alta es de 2,36 € por contingencias comunes (con el límite mensual de 53,59 €) y de 0,29 € por contingencias profesionales (con el límite mensual de 6,51€) (disp.trans.2ª). Se excluye la cotización del MEI.

El plazo de ingreso de las cuotas es trimestral (abril, julio, octubre y enero). Quien ostente la condición de empresario debe comunicar a la TGSS el número de días en que el alumno haya realizado prácticas no remuneradas durante los 3 meses anteriores al plazo de ingreso de las cuotas. También debe informar expresamente si en un determinado mes no ha realizado práctica alguna así como los días previstos de realización de prácticas en caso de que se encuentre en situación de IT derivada de contingencias profesionales, nacimiento y cuidado de menor o riesgo durante el embarazo o la lactancia natural.

Si la empresa no comunica en plazo los datos necesarios para la determinación de la cuota a ingresar, el importe de la deuda del período al que se refiera es el resultado de multiplicar la cuota empresarial diaria por el número de días en alta.

A efectos de prestaciones, la base mensual de cotización aplicable es el resultado de multiplicar la base mínima del grupo 8 de cotización del RGSS (en 2023, 38,89 €/mes) por el número de días de prácticas formativas realizadas. Se establece como límite el importe de la base mínima de cotización del grupo 7 de cotización del RGSS (en 2023, 1.166,70 €/mes).

Cada día de prácticas no remuneradas se considera como 1,61 días cotizados, con el límite del número de días del mes correspondiente. Las fracciones de día se computan como día completo.

Convenio especial

Quienes, antes del 1-10-2023, hubieran estado en una situación de prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, pueden suscribir un convenio especial con la Seguridad Social en los términos y condiciones que determine el MISSM. El convenio especial va a permitir computar como cotizados los períodos de formación o realización de prácticas no laborales hasta un máximo de 2 años.

Nota:

1) Desde el 1-8-2014 las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional tienen una bonificación del 100% en la cotización a la Seguridad Social (L 18/2014 disp.adic.26ª).

2) Se deroga la disp.adic.5ª del RDL 28/2018 que regulaba hasta ahora el régimen de Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas.

17. Habilitación de los canales telefónico y telemático para la realización de trámites en el ámbito de la Seguridad Social

SESSP Resol 8-3-23, BOE 16-3-23

Resumen

Con vigencia desde el 16-3-2023 y en el ámbito de la Seguridad Social se habilita la realización de trámites y actuaciones a través de los canales telefónico y telemático. Se establecen los sistemas de identificación y se regula la presentación y firma de las solicitudes mediante formularios electrónicos a través de ambos canales.

Identificación en los canales telefónico y telemático

Con vigencia desde el 16-3-2023 se habilita la presentación de solicitudes y documentos, así como la realización de trámites y acceso de servicios, a través de los canales telefónico y telemático. Esta nueva resolución deroga SESS Resol 25-2-21. Los requisitos para la presentación de las solicitudes a través de estos canales son los siguientes

1. Para la realización de trámites mediante utilización de los canales telemático y telefónico puede utilizarse alguno de los siguientes sistemas de identificación:

- Certificados electrónicos cualificados, entre los que se incluyen los incorporados al DNI.
- Otros, entre los que se incluye: el sistema Cl@ve y el acceso mediante código de un solo uso enviado al teléfono móvil o correo electrónico, el código seguro de verificación o código electrónico de autenticidad (en adelante, CSV/CEA) que conste en el acto o comunicación de que se trate, así como otros sistemas de identificación basados en datos de contraste (referencia, contraseñas u otros).
- A distancia mediante videoconferencia o vídeo-identificación.
- distintos de la vídeo-identificación, basados en datos biométricos.

2. Se establecen sistemas para verificar la identificación de ciudadanos para la realización de trámites a través del canal telefónico y, en su caso, mediante el canal telemático.

3. Las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social puede además facilitar a los ciudadanos la presentación de solicitudes y documentos y la realización de trámites:

a) Mediante formularios electrónicos que integren la verificación de la identidad del interesado o del representante y de la expresión de su voluntad y consentimiento. El

procedimiento debe asegurar la conservación de las evidencias del proceso de identificación y el archivo del documento firmado en el expediente del interesado.

b) Mediante servicios prestados por el canal telefónico que integren sistemas de verificación de la identidad del interesado o del representante y de la expresión de su voluntad, consentimiento y firma. La evidencia de esta transacción se incorporará al expediente administrativo de forma que se garantice el no repudio, la trazabilidad y el sellado de la información presentada, siempre que se trate de la presentación de solicitudes, declaraciones responsables o comunicaciones, la interposición de recursos, el desistimiento de acciones o la renuncia de derechos. Si el interesado actúa a través de representante, deberá acreditarse la representación de forma fidedigna e incorporarse la correspondiente evidencia en el expediente.

4. Se establece un sistema para acreditar el cumplimiento de requisitos en determinados procedimientos administrativos. Así se admite la comparecencia por videoconferencia para acreditar la vivencia en el caso de titulares de una pensión del sistema de la Seguridad Social española, en su modalidad contributiva, residentes en el extranjero.

5. Tras la utilización de este servicio se facilitará al interesado un justificante del trámite realizado.

6. Se informará de los procedimientos, trámites y actuaciones accesibles a través de los canales telefónico y telemático a través de la sede electrónica de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones.

18. El TSJ Cantabria declara como accidente laboral el suicidio de un trabajador

STSJ Cantabria 27-2-23

Resumen

El suicidio de un trabajador ocurrido fuera del tiempo y lugar de trabajo se califica como accidente laboral cuando se acredite la existencia de una relación de causalidad entre el acto suicida y los conflictos laborales, los cuales inciden claramente en su salud mental.

Suicidio derivado de conflictos laborales

El trabajador fallecido prestaba servicios como encargado de una tienda de alimentación con antigüedad desde el 1-6-2011. En enero de 2021 se interpuso denuncia anónima en su contra ante el servicio de prevención mancomunado de riesgos laborales por acoso laboral a una compañera de trabajo (mediante ataques a su vida privada y medidas organizacionales de desprestigio profesional y aislamiento social). La denuncia concluyó con sanción de suspensión de empleo y sueldo y su traslado a otro centro de trabajo con peor consideración profesional y, paralelamente, con el inminente anuncio del inicio de diligencias penales en su contra.

El 12-4-2021 redactó una nota de despedida en su móvil, tras lo cual procedió a quitarse la vida. El expediente de determinación de la contingencia de las prestaciones de viudedad y orfandad causadas imputó dichas prestaciones a la contingencia de enfermedad común. Y ello, a pesar de la existencia de un informe de la IT que concluyó la existencia de nexo causal entre una situación laboral estresante y el suicidio y, por tanto, la consideración de este como accidente de trabajo.

Disconforme con esta calificación su viuda interpone demanda ante el juzgado de lo social y posterior recurso de suplicación.

La Sala señala que el carácter voluntario del acto suicida no impide, necesariamente, la calificación del mismo como accidente de trabajo. El suicidio se produce como consecuencia de una situación de estrés o trastorno mental, el cual puede tener como causa originaria problemas relacionados con el trabajo, lo que determinaría su calificación como accidente de trabajo. En el caso de autos considera evidente que existió una clara conexión o relación de causalidad relevante entre la acción suicida y el trabajo. Los problemas de índole laboral tienen una clara conexión temporal con el acto suicida, pues se inician apenas 3 meses antes del fatal desenlace y están muy presentes los días previos a la toma de la decisión de quitarse la vida.

A ello se añade que no constan antecedentes psiquiátricos o patologías psíquicas previas que pudieran desvincular el fallecimiento con los problemas laborales que sufría.

La sentencia valora también la llamada autopsia psicológica, procedimiento post mortem que se realiza mediante un cuestionario a personas del entorno de la víctima, como medio de prueba complementario para indagar en la motivación del comportamiento suicida.

Finalmente, el TSJ entiende que carecen de relevancia tanto la enfermedad de su padre como los problemas con su mujer, que carecían de la entidad necesaria para poner fin a la relación entre los cónyuges.

Por ello, estima el recurso y declara que las pensiones de viudedad y orfandad causadas derivan de contingencia profesional, condenando a la empresa, la asegurada y la Seguridad Social como responsables del pago de ambas prestaciones, así como de las indemnizaciones correspondientes.

19. Se deniega la laboralidad de un infarto sufrido en régimen de teletrabajo

STSJ Madrid 3-2-23

Resumen

El TSJ Madrid rechaza aplicar la presunción de laboralidad a la isquemia de miocardio sufrida por un trabajador que se preparaba para iniciar, mediante teletrabajo, su jornada laboral a las 9,40 horas de la mañana sin llegar a fichar.

Presunción de laboralidad

Un trabajador fallece a causa de una isquemia de miocardio en el cuarto de baño de su domicilio, al que se dirigió al sentirse indispuerto, a las 9,40 horas de la mañana, cuando se preparaba para iniciar, mediante teletrabajo, su jornada laboral.

La esposa del trabajador presenta demanda solicitando que se declare que el fallecimiento deriva de la contingencia de accidente de trabajo y no de enfermedad común como se le había asignado. El juzgado de primera instancia desestima la demanda al entender que no puede aplicarse la presunción de laboralidad del accidente puesto que se produjo antes de iniciar la jornada laboral ya que el trabajador no había conectado el ordenador para iniciar su jornada, ni había registrado el inicio de la misma en el sistema de registro horario.

La esposa recurre en suplicación alegando que el mes anterior al fallecimiento, su esposo se incorporó todos y cada uno de los días a las 9 h. de la mañana, siendo esa la hora de inicio habitual al trabajo y que no hacía uso de la flexibilidad horaria de la que disponía y que si no se conectó al ordenador se debió a la súbita irrupción de la dolencia. El TSJ Madrid rechaza la pretensión de la recurrente en base a los siguientes argumentos:

En el marco del teletrabajo debe rechazarse una interpretación mecanicista y estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo, no pudiendo reducirse al puesto concreto que físicamente ocupa (una mesa, una silla y un ordenador en su domicilio

particular). Por lo tanto, el hecho de que la isquemia de miocardio tuviera lugar en el cuarto de baño del domicilio no excluye la laboralidad del accidente.

Sin embargo no puede considerarse que sucediera en tiempo de trabajo. Y es que el elemento clave a efectos del inicio de la jornada era el encendido del ordenador a través del cual el trabajador realizaba su actividad diaria. Aunque el inicio de la jornada estaba establecido por la empresa a las 9 horas, existía un acuerdo para flexibilizar tal comienzo entre las 8 h. y las 10 h. Su fallecimiento tuvo lugar aproximadamente a las 9,40 h. y, por lo tanto, aun no estaba obligado a iniciar su jornada. Para el TSJ Madrid, el hecho de que en el mes previo al fallecimiento iniciara la jornada a las 9 h. no es suficiente para demostrar la habitualidad que pretende la demandante, siendo necesario contrastar un período superior. Tampoco se conocen las concretas circunstancias que se dieron el día del fallecimiento y si la isquemia fue precedida de síntomas de la suficiente relevancia como para impedirle iniciar la jornada con anterioridad. Tampoco, que ya sentado en la mesa de trabajo tuviera que abandonarla para dirigirse al cuarto de baño e intentar recuperarse de lo que podía creer que fuera un decaimiento transitorio, ni que se hubieran producido especiales incrementos en la carga de trabajo y/o excesos de jornadas en fechas cercanas, que a su vez generasen específicas situaciones de estrés.

En atención a estas circunstancias, el TSJ Madrid desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia rechazando el origen profesional del fallecimiento.

20. La AN declara que la actividad docente no es fija discontinua

SAN 21-2-23

Resumen

La AN, interpretando el convenio colectivo nacional de enseñanza privada, declara que no procede celebrar contratos fijos discontinuos a los docentes que realizan actividades curriculares, al no corresponderse con una actividad estacional, pues no termina en junio y se inicia en septiembre, como sí ocurre con la actividad del alumnado.

Impugnación del convenio colectivo de enseñanza privada

Por parte de una asociación empresarial de centros de enseñanza privada se interpone ante la sala de lo social de la AN demanda de impugnación del convenio colectivo nacional de enseñanza privada.

Solicita que se declare la nulidad del precepto del convenio colectivo (art.17.bis) que establece que no es posible contratar bajo la modalidad de fijo discontinuo al personal docente dedicado a la impartición de actividades curriculares.

Esta modificación fue introducida con la finalidad de adaptar el convenio a las modificaciones introducidas por la reforma laboral (RDL 32/2021). La asociación que impugna considera que: a) el precepto impugnado vulnera el principio de jerarquía normativa, al dejar sin efecto el ET art.16, que permite contratar a través de la modalidad de fijo discontinuo ; y b) que las características de la relación laboral de los docentes se ajustan a las del fijo discontinuo, al iniciarse el curso escolar en septiembre, terminar en junio y existir un periodo de dos meses sin actividad alguna en época estival.

Analizando tanto la doctrina del TCo como del TS, la AN responde la siguiente:

a) Con relación a la vulneración del principio de jerarquía normativa. En el supuesto enjuiciado, se acredita que las partes pretendieron amoldar o ajustar la regulación del contrato fijo discontinuo contenida en un convenio, a la reforma laboral. El precepto modificado solo contiene una restricción al uso del contrato fijo discontinuo, pero se justifica por la finalidad de conseguir la estabilidad en el empleo de este personal y garantizar su continuidad, y que coincide con la de limitar la temporalidad establecida en la exposición de motivos de la normativa a la que se adapta.

b) Con relación a la actividad de los docentes, la AN recuerda que la doctrina del TS ha establecido que la actividad de la enseñanza general básica es en sí misma una actividad permanente y no cíclica, que goza de unas vacaciones superiores a las previstas como mínimas en el ET art.38. Por otro lado, el convenio colectivo establece que las vacaciones retribuidas son de 1 mes, preferentemente en verano, lo que casa mal con la afirmación de que desde junio hasta septiembre no se ejerce actividad alguna, como sí sucede con la actividad del alumnado.

Por todo ello, la AN concluye que la limitación del uso de la contratación fija discontinua al personal docente que imparte actividades curriculares es legítima y se encuentra justificada, siendo proporcional a los fines pretendidos como es la búsqueda de la estabilidad en el empleo de dicho personal. Además, señala el convenio colectivo puede separarse de lo previsto en la ley y que tampoco puede justificarse un evidente fraude de

ley, puesto que en el supuesto enjuiciado, al actuar en defensa de los intereses económicos de sus miembros, la asociación que reclama persigue el perjuicio de los docente afectados, pretendiendo aplicar una modalidad contractual que no se ajusta a las características de su actividad, con consecuencias negativas en la estabilidad en el empleo y sus derechos salariales.

Por todo ello, se desestima la demanda planteada y, además, atendiendo la naturaleza de la reclamación, se impone a la asociación una multa por temeridad de 1.000 euros, al haber pretendido convalidar un evidente fraude de ley, en perjuicio de los posibles trabajadores afectados por la tesis de la demandante, que verían mermados de forma evidente sus derechos.

21. Imponer trabajar en fin de semana es una modificación sustancial, aunque esté previsto en el convenio

STSUD 8-2-23

Resumen

Imponer el trabajo de lunes a domingo cuando este se ha prestado desde el principio de lunes a viernes constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT). Aunque este tipo de jornada esté prevista en el convenio colectivo, al existir una condición más beneficiosa, debe tramitarse a través del procedimiento previsto en el ET art.41.

Condición más beneficiosa

La empresa, incluida en el sector de contac center, presta servicios de atención al cliente para una compañía telefónica. Aunque los trabajadores que prestan servicios en el departamento de emisión han venido prestando sus servicios de lunes a viernes, en sus contratos de trabajo consta una jornada de trabajo de lunes a domingo y la posibilidad de realizar una distribución irregular de la jornada de trabajo. Por iniciativa del comité de empresa, que solicita un reparto igualitario del trabajo en fin de semana entre todos los departamentos de la empresa, la empresa comunica a los trabajadores que pasarían a prestar sus servicios en fines de semana. Unas de las representaciones sindicales de la empresa, considera que la empresa ha realizado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, consistente en la prestación de servicios los fines de semana, cuando anteriormente venían prestando servicios de lunes a viernes. Por tanto, presenta

demanda solicitando la anulación de la medida. Aunque en la instancia se desestima la demanda, esta se declara nula en suplicación y la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión debatida consiste en determinar si se trata de una MSCT o bien de una manifestación del poder de dirección empresarial.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su doctrina ha establecido lo siguiente

- a) Las modificaciones sustanciales son las que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ejemplificativa del ET art,41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio. Por el contrario, son modificaciones accidentales cuando no tienen dicha condición y son manifestaciones del poder de dirección y del «ius variandi» empresarial. Para calificarlas de una u otra forma ha de valorarse: la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas
- b) Para calificar como sustancial o no una concreta modificación ha de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características
- c) Se incluyen como modificaciones sustanciales las producidas por iniciativa unilateral de la empresa, pero al amparo de causas determinadas. La finalidad es facilitar el ajuste de las estructuras productivas a las circunstancias del mercado, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción.

En el supuesto enjuiciado no se ha recurrido el carácter sustancial del cambio operado a partir de que en el departamento de emisión la prestación de servicios se venía efectuando de lunes a viernes como condición más beneficiosa, y a partir de abril de 2018, decide la empresa que tales trabajadores pasarán a prestar sus servicios en fines de semana, y así lo comunica a los trabajadores. Únicamente, considera que esta decisión es ajustada a lo establecido por el convenio colectivo. Por ello, el TS concluye, que la empresa ha adoptado una decisión que para este departamento supone una modificación sustancial en las condiciones de trabajo. Al modificar el horario y la distribución del tiempo de trabajo. Esto supone que esta decisión no puede considerarse válida al haberse obviado el procedimiento del ET art.41.

Por todo ello, se desestima el recurso planteado, declarando firme la sentencia dictada por el TSJ.

22. Registro retributivo: ¿debe incluirse la retribución de los grupos profesionales ocupados por un solo trabajador?

SAN Baleares 23-2-23

Resumen

La AN declara que es contraria a la Ley una práctica empresarial por la que se mutilan los datos respecto de determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo o por ser identificable la retribución.

Esta práctica priva tanto al registro como a la auditoría retributiva de elementos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia de retribución. No se vulnera la protección de datos al estar permitido el tratamiento cuando así lo prevea una norma de Derecho de la UE o una norma con rango de ley, en este caso en el ET art.28.

Requisitos de registro retributivo

En 2021 se inicia la elaboración del II plan de igualdad de la empresa, incluyendo la obligación de contar con un registro retributivo de igualdad retributiva. La representación sindical entiende que la empresa ha incumplido esta obligación con relación a los grupos de clasificación profesional en los cuales hay poco número de plantilla en los que la empresa no facilita las retribuciones, tanto medias como medianas. Esto implica que en aquellas categorías o puestos de trabajo en la que casualmente hay sólo 1 hombre o 1 mujer la empresa no facilita el dato retributivo correspondiente. La empresa ampara su decisión en la normativa en materia de protección de datos. Disconforme con la esta práctica empresarial, se interpone demanda de conflicto colectivo ante la sala de lo social de la AN.

La AN parte de recordar que la elaboración de un registro retributivo y la auditoría salarial son obligaciones de carácter documental introducidas por la L 3/2007 art. 46 y el ET art.28 y desarrolladas por el RD 902/2020, de igualdad retributiva y considera que, de esta regulación legal se deduce lo siguiente:

a) Tanto el registro retributivo como la auditoría retributiva son documentos que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo entre los trabajadores de una misma empresa.

b) La finalidad de estos documentos es identificar y acabar con las discriminaciones indirectas por razón de sexo a fin de garantizar que los trabajos de igual valor sean retribuidos con una misma retribución, siendo su objeto garantizar el principio de transparencia retributiva, que supone la identificación de discriminaciones tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo.

c) “Trabajo de igual valor” es un concepto jurídico indeterminado y, aunque se ofrecen pautas para su determinación, debe ser objeto de identificación en cada caso concreto.

Por tanto, la AN concluye que es contraria a esta legislación una la práctica empresarial por la que se mutilan los datos respecto de determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo o por ser identificable la retribución. Esta práctica priva tanto al registro como a la auditoría retributiva de elementos necesarios para identificar posibles discriminaciones indirectas por razón de sexo en materia de retribución. Añade que el hecho de que un puesto de trabajo esté únicamente ocupado por personas de un sexo, no implica que otros, ocupados por personas de ambos sexos o solo de uno, no puedan ser considerados de igual valor. Además, el concepto de trabajo de igual valor no debe ser determinado unilateralmente ni por la empresa, ni un tercero, que puede de ser objeto de consideración tanto por la parte social, como por la empresa, y en último caso objeto de determinación en sede judicial.

Con relación a la posible vulneración del derecho a la protección de datos, pues al solo existir una persona en un puesto de trabajo determinado sea fácilmente para el receptor de los datos, identificar la retribución que percibe esa persona en concreto, la AN considera que la legislación de protección de datos permite el tratamiento cuando así lo prevea una norma de Derecho de la UE o una norma con rango de ley. En el supuesto enjuiciado existe una obligación legal (ET art.28) por lo que existe una finalidad legítima ante la que debe decaer el derecho individual del titular de los datos, existiendo por otro lado, una obligación por parte de la representación legal de los trabajadores de guardar sigilo respecto de los datos proporcionados (art. 65 ET).

Se estima la demanda planteada por los sindicatos.

23. Se declara nulo el despido durante el periodo de prueba de un trabajador en IT

STSJ Baleares 24-1-23

Resumen

El TSJ Baleares declara nulo el despido de un trabajador durante el periodo de prueba. Considera que la actuación de la empresa cesando al trabajador exclusivamente por su situación de IT vulnera el derecho fundamental a la integridad física. Añade que, tras la publicación de Ley para la igualdad de trato y la no discriminación (L 15/2022), la enfermedad es una causa de discriminación distinta a la discapacidad, finalizando el debate sobre si la apreciación de la enfermedad como causa de discriminación debiera requerir una larga duración.

Nulidad de despido en situación de IT

El trabajador ingresa en la empresa a través de un contrato temporal que fijaba un periodo de prueba de 1 mes. El 6-7-2020 inicia un proceso de IT derivada de enfermedad común (síntomatología ansioso depresiva) y el 9-7-2020 la empresa comunica por escrito al trabajador la extinción de su contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba. Antes de la contratación, el servicio de PRL contratado por la empresa había emitido un dictamen declarando apto al trabajador para el desempeño del puesto de trabajo. El convenio colectivo aplicable establece que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento que afecten al trabajador/a durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo de duración del periodo de prueba.

El trabajador considera que la causa real de su despido ha sido el temor de que su situación de IT se alargase en el tiempo y presenta demanda de despido. Al ser desestimada en la instancia, interpone recurso de suplicación.

La cuestión que se plantea, por tanto, consiste en determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales del trabajador, especialmente la integridad física y, por tanto, si el despido debe ser calificado como nulo.

El TSJ recuerda que la jurisprudencia del TS ha entendido, en varias ocasiones que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal puede ser constitutivo de la lesión del derecho fundamental a la integridad física, de apreciarse que -aunque sea potencialmente- tal despido incide en el derecho a la Salud. En el supuesto enjuiciado

a) El trabajador alega haber sido presionado antes de la extinción de su contrato en varias ocasiones. Estas alegaciones que quedan respaldadas por el hecho de que la obra para la que había debía finalizar en septiembre de 2020. En cuanto su puesto (jefe de obra) era esencial, su baja obligaba a la empresa buscar un reemplazo en el mínimo plazo posible. Esto hace que el TSJ considere tanto que la causa de cese fue su situación de IT, como es razonable la sospecha de que fue presionado previamente a su cese para que se reincorporara al trabajo.

b) La empresa ha incumplido las previsiones del convenio colectivo que establece la interrupción del período de prueba durante la IT, cuya finalidad es impedir despidos como el producido.

Por todo ello, concluye que la actuación de la empresa cesando al trabajador exclusivamente por su situación de IT, habiéndole instado previamente a su reincorporación, comportó una actuación negativa y perjudicial, contraria al ejercicio de los derechos constitucionales a de la salud y al acceso a las prestaciones de la Seguridad Social y que vulnera el derecho fundamental a la integridad física. Se trata de una actuación u omisión de la empresa que, en aplicación de sus facultades de dirección y control de la actividad labora podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado. Además, coadyuva esta conclusión el hecho de que el legislador, sin duda para prevenir -entre otras- actuaciones esta, haya recogido en la Ley para la igualdad de trato y la no discriminación (L 15/2022) como una de las causas de discriminación prohibida la enfermedad o condición de salud como causa de discriminación distinta a la de la discapacidad, poniendo al debate de si la apreciación de la enfermedad como causa de discriminación debiera requerir el carácter imprevisible de su curación o su larga duración (asunto Daouidi).

En consecuencia, se estima el recurso declarando la nulidad del despido condenando a la readmisión y al abono de los salarios de tramitación, limitados, dado el carácter temporal del contrato, a la fecha de finalización prevista. El TSJ no se pronuncia sobre indemnización resarcitoria por la vulneración del derecho fundamental a la integridad física al no haber sido solicitada en la demanda.

24. Reducción de jornada por guarda legal. Un tribunal computa como jornada de trabajo el tiempo de desplazamiento al centro de trabajo

STSJ Madrid 27-1-23

Resumen

El TSJ Madrid reconoce el derecho de una trabajadora con reducción de jornada por guarda legal a que se compute como jornada laboral el exceso de tiempo que invierte en incorporarse a trabajar como consecuencia del cambio del centro de trabajo al que estaba asignada.

Conciliación de la vida laboral y familiar

Una trabajadora es trasladada a un centro de trabajo distinto del que estaba adscrita en el marco de una contrata, incrementándose el tiempo empleado en desplazamientos en 45 minutos en transporte público en cada trayecto de ida y de vuelta.

La trabajadora tenía la jornada reducida por guarda legal con concreción horaria de 9 a 15 horas de lunes a viernes. El horario del centro donde estaba escolarizada su hija era de 9 a 16 h y estaba situado a 28 km del nuevo centro de trabajo debiendo emplearse en el desplazamiento 80 minutos en transporte público y 60 en transporte privado.

La trabajadora abre una negociación con la empresa tratando de reducir los efectos del traslado en su derecho a la conciliación y sugiere un cambio de centro de trabajo o teletrabajo.

No alcanzado ningún acuerdo, presenta demanda solicitando que se declare el derecho a conciliar su vida laboral y personal regresando a su anterior centro de trabajo o; subsidiariamente que se compute el tiempo dedicado al desplazamiento como tiempo de trabajo y/o el abono de los gastos de transporte privado que cifra en 213 euros/mes.

Contrariamente a lo dispuesto en primera instancia, el TSJ Madrid considera que, aunque no lo especifique expresamente, el art.34.8 ET ampara el cambio de centro de trabajo como medida para hacer efectivo el derecho a la conciliación familiar y laboral. No obstante ese derecho abstracto ha de ser razonable y proporcionado en cuanto a su concreción y ejercicio. Y considera razonable que la empresa se oponga a ese cambio de centro, una vez alegada y probada la inexistencia de vacantes con las mismas condiciones en el centro de destino.

Respecto de la pretensión subsidiaria de que se compute como jornada de trabajo el incremento del tiempo destinado a sus desplazamientos, el TSJ Madrid parte de la consideración de que actuaciones empresariales que en situaciones laborales ordinarias carecerían de trascendencia deben analizarse de manera diferente cuando se producen en el marco de una reducción de jornada por guarda legal. Desde esa perspectiva, considera que una modificación como la analizada puede incidir negativamente en el ejercicio del derecho a la conciliación familiar y laboral de la trabajadora y no se puede considerar como solución una nueva reducción de jornada con la consecuente reducción salarial, teniendo en cuenta que la conducta de la trabajadora ha sido ajena a esa modificación, primando los intereses empresariales.

Por ello estima parcialmente el recurso y declara el derecho de la trabajadora a que se tenga en cuenta, para el cómputo de su horario diario de 9 a 15 h, los 45 minutos de diferencias tanto al principio como al final de la jornada, pero únicamente durante los períodos lectivos, dado que el elemento referencial es el colegio y su hija. En cualquier caso, esta concreción puede cambiar si se modificara su centro de trabajo o la situación del colegio.

Además condena a la empresa a abonar una indemnización de 1.000 euros en concepto de daños morales.

25. Aunque la finalidad sea identificar al propietario, las pruebas encontradas tras abrir un maletín olvidado no justifican un despido disciplinario

STSJ Galicia 15-2-23

Resumen

El TSJ Galicia declara improcedente un despido disciplinario tras declarar nulas las pruebas justificativas obtenidas tras la apertura de un maletín que la trabajadora dejó olvidado en un establecimiento público. Señala que el acceso a su contenido no estaba legitimado ni con la finalidad de identificar a su propietario, ni con la finalidad de comprobar lo que había dentro.

Nulidad de prueba por vulneración de derecho a la intimidad

La trabajadora venía prestando servicios para la empresa desde 2005. El 22-1-2022 es despedida disciplinariamente. El despido es una consecuencia de los documentos encontrados en un maletín extraviado por la trabajadora en un establecimiento de hostelería, que fue entregado en la empresa en la que la trabajadora prestaba servicios. El maletín fue abierto por dos de las trabajadoras de la empresa, que avisan al responsable quien procede al inventariar su contenido. La trabajadora interpone demanda solicitando la nulidad del despido y el abono de una indemnización por daños y perjuicios por importe de 60.000 euros. El despido se declara nulo en la instancia y se desestima la pretensión de indemnización. Tanto la trabajadora como la empresa interpone recurso de suplicación.

La cuestión principal consiste en determinar si en la obtención de la prueba utilizada para acreditar causa de despido disciplinario se ha producido vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora. Y, en su caso, cuales serían las consecuencias de la declaración de nulidad de la prueba.

El TSJ parte de recordar que el ET art.18 permite a la empresa realizar registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. Respetando en su realización la dignidad e intimidad del trabajador y contando con la asistencia de un representante de los trabajadores o de otro trabajador. En el supuesto enjuiciado el TSJ distingue dos momentos temporales: a) aquél en el que dos trabajadoras de la empresa y examinan el contenido del maletín y b) aquel en el que se procede al registro e inventario del mismo por el responsable de la empresa. El acceso inicial se produjo sin mediar ninguna orden de la empresa y en virtud de una decisión motu proprio de la trabajadora que recibió el maletín, el segundo acceso se produjo con todas las garantías del ET art.18.

Aunque la razón del primer acceso no era otro que identificar a su propietario a través de su contenido, el TSJ señala que este simple desconocimiento no legitimaba el acceso a su contenido. El acceso únicamente sería legítimo si la identificación del propietario o la comprobación del contenido fuera algo necesario para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores, lo que no sucede. Tampoco lo legitima la no existencia de ánimo de vulnerar el derecho a la intimidad de la trabajadora.

Con relación al segundo acceso, aunque se hiciese cumpliendo todas las garantías del ET art.18, no concurre la necesidad de protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores, necesidad solo ha surgido en el caso a resultas del ilegítimo acceso inicial. Es decir, el posterior registro ni vale para subsanar el acceso inicial ilícito ya

consumado, ni sus formas lícitas convalidan su causa en cuanto está contaminada por dicho acceso inicial ilícito. Tampoco puede considerarse un hallazgo causal ya que la trabajadora accedió al contenido en ejecución de sus obligaciones laborales por propia iniciativa y el descubrimiento era inevitable. Por otra parte, aunque la prueba no se ha obtenido de manera instrumental, la violación del derecho fundamental afecta al núcleo de la privacidad, y, además, existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración para que de que no se reiteren en el futuro situaciones similares.

Por lo que concluye que, aplicando la LOPJ art. 11 y la LRJS art. 90.2 la prueba del registro del maletín es una prueba ilícita, no tanto directamente pues en su práctica se han cumplido las exigencias formales del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino indirectamente ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín, constituyendo fruto del árbol envenenado.

Respecto de las consecuencias de la ilicitud de la prueba, nulidad del despido o de la prueba, el TSJ declara que en el supuesto enjuiciado ha de tenerse en cuenta que la vulneración del derecho fundamental se produjo sin intervención de la empresa y que a través del despido no se buscaba vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante. Por tanto, la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido que, precisamente por falta de prueba, debe calificarse improcedente.

Con relación a la cuantía de la indemnización, dada la falta de ánimo de vulneración y la calificación como improcedente del despido y que lo que deben indemnizarse son los daños y perjuicios derivados de la obtención de unas pruebas ilegítimas, utilizando orientativamente las sanciones de las infracciones muy graves contenidas en la LISOS fija una indemnización de 6.000 euros.

Por todo lo expuesto, se estima en parte el recurso planteado declarando la improcedencia del despido, fijando el importe de la indemnización en 6.000 euros.

26. ¿Puede acceder a la prestación de cese de actividad por causas ETOP un autónomo sin pérdidas?

STSJ Asturias 7-2-23

Resumen

El TSJ Asturias considera que para acceder a la prestación de cese de actividad por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no es necesario que exista un determinado porcentaje de pérdidas económicas. Basta con que existan motivos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional, pudiendo considerar que concurren causas ETOP en supuestos distintos a los enunciados en el art.331.1.a de la LGSS, como puede ser la obtención de exiguos rendimientos de trabajo.

Causas ETOP

Una trabajadora autónoma solicita la prestación de cese de actividad por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP). La autónoma obtuvo en 2020 unos ingresos de 123.620, 88 euros y unos gastos de 115.340,92 euros, obteniendo unos rendimientos de trabajo totales de 3.917,27 euros.

La MCSS deniega la prestación por considerar que la trabajadora no acredita pérdidas en un año completo superiores al 10% de los ingresos, requisito exigido por el art. 331.1.a.1º LGSS. Desestimada la reclamación previa y la demanda en primera instancia, recurre la trabajadora en suplicación.

El TSJ Asturias, recuerda que el art. 331.1.a de la LGSS es una trasposición al texto de la LGSS de lo originariamente regulado en el art.5 de la L 32/2010. Pero el legislador se excedió en el mandato de delegación al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido. Y es que el texto originario consideraba que “en todo caso” se entenderá que existen motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos cuando concorra alguna de las circunstancias que enumera, lo que lleva a entender que en estos supuestos existe una presunción iuris et de iure de que la causa existe. El texto actual, al omitir la expresión “en todo caso”, podría llevar a entender que necesariamente tendría que concurrir alguna de las circunstancias enumeradas para apreciar la existencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos.

Atendiendo a estas consideraciones, el TSJ Asturias señala que para que exista la situación legal de cese de actividad, no se exige un determinado porcentaje de pérdidas sino que

concurran motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional. Estos motivos se entienden existentes en las situaciones que expresamente describen las cinco letras del art.331.1.a LGSS, pero no constituyen numerus clausus de supuestos que justifican el cese por causas ETOP, existiendo otros diferentes en los que también cabe considerar que concurren.

En el caso analizado, aunque no existen pérdidas, la trabajadora autónoma obtiene unos ingresos tan exiguos (3.917,27 €/año) que no le permiten desempeñar su profesión como medio principal de subsistencia. Esto permite considerar que existen motivos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional y, con ello, el requisito de encontrarse en situación legal de cese de actividad exigido para el devengo de la prestación.

27. Incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual: nuevos pronunciamientos judiciales

STSJ Madrid 16-11-22 y 25-11-22

Resumen

El TSJ Madrid ha dictado sendos pronunciamientos en relación a la eficacia del pacto de no competencia para establecer, en primer lugar, que la aplicación del pacto no exige que se acredite una coincidencia exacta en las actividades de una y otra empresa y, en segundo lugar, que su nulidad por fijar una compensación económica insuficiente no exime de la obligación de devolver las cantidades percibidas por tal concepto, en caso de incumplimiento.

Pacto de no competencia postcontractual: actividades similares y compensación económica suficiente

En el primero de los pronunciamientos, el TSJ Madrid condena al trabajador, que prestaba servicios como comercial, a indemnizar a la empresa con 5.000 euros -cantidad inferior a la reclamada- por incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual.

En el contrato celebrado con la mercantil, dedicada a ofrecer y a aplicar soluciones tecnológicas en el ámbito de las TIC, se incluía una cláusula en virtud de la cual el trabajador se comprometía a no apropiarse de clientes o de proyectos iniciados por la empresa, tanto

por cuenta propia como a través de empresas de la competencia, durante los 2 años posteriores a su extinción. Como contraprestación, percibe la cantidad de 9.944,40 euros.

Tras tener la empresa conocimiento de la incorporación de su antiguo trabajador a una empresa dedicada a la digitalización de tickets y facturas, actividad muy similar a la suya, le reclama la devolución de las cantidades percibidas, reclamación que es estimada parcialmente en la instancia y confirmada en sede de suplicación.

La Sala considera que es erróneo entender que para la aplicación del pacto de no competencia postcontractual es necesario que la empresa demuestre pormenorizadamente las funciones concretas desarrolladas en la nueva entidad, que se acredite una exacta coincidencia en las actividades de una y otra empresa, que se demuestre la existencia de un perjuicio sufrido en términos económicos o que se acredite la culpabilidad del trabajador en la atracción de clientes a la nueva entidad. Debe aplicarse una cierta flexibilidad, en el sentido de no exigir una prueba diabólica, en muchos casos prácticamente imposible, de las situaciones concretas en que la concurrencia prohibida ha tenido lugar, siendo suficiente con acudir a criterios razonables de probabilidad objetiva.

Por tanto, considera vulnerado el pacto, ya que resulta evidente que la nueva mercantil compite directamente con la anterior empleadora, dado que el objeto social de ambas es idéntico y el trabajador ejerce las mismas funciones.

No obstante, como no consta que el demandado haya usurpado clientes, ni tampoco mala fe, reduce el importe de la indemnización a 5.000 euros frente a los 9.944,40 euros reclamados por la mercantil.

En el segundo de los pronunciamientos, se analiza el caso de una trabajadora que presta servicios como cirujana especializada en implantología capilar desde 2014. Su contrato de trabajo incluye una cláusula por la que la empresa le abona, durante la vigencia de la relación laboral, una cantidad equivalente al 30% del salario fijo mensual, estableciéndose unas cantidades mínimas garantizadas. A cambio, la trabajadora se compromete a que, durante los 12 meses siguientes a la extinción del contrato, independientemente de la causa de la extinción, no se dedicará, sin el consentimiento previo y por escrito de la empresa, a realizar una actividad similar a la de la empleadora o del grupo en ninguna forma posible. En 2019, meses después de que la trabajadora hubiera procedido a la extinción voluntaria de su contrato de trabajo, la empresa conoce que está prestando servicios en una empresa de la competencia, por lo que le reclama la cantidad de 241.393,03 euros, en la que se incluyen los 19.111,83 € que le abonó en concepto del pacto.

La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la empresa y declara la nulidad del pacto por falta de una compensación económica adecuada, absolviendo a la trabajadora de cuantas pretensiones se dirigían contra ella. La empresa presenta recurso de suplicación reclamando la devolución de las cantidades percibidas en concepto de tal pacto, a pesar de haberse declarado la nulidad de cláusula por compensación económica insuficiente

El TSJ estima el recurso al considerar que la consecuencia de la nulidad del pacto de no competencia no puede ser que la trabajadora quede exenta de la obligación de devolver la cantidad mensual que compensaba dicho pacto, sino que dicha percepción se ha convertido en una contraprestación sin causa. Por ello, dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, y para evitar un enriquecimiento injusto, deberá proceder al reintegro de las cantidades percibidas en tal concepto.

28. Nuevas situaciones especiales de IT relacionadas con la salud sexual y reproductiva

LO 1/2023, BOE 1-3-23

Resumen

La LO 1/2023 modifica la LO 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y crea tres nuevas situaciones especiales de IT para los casos de menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo y últimas semanas de gestación. Se modifica, además, la prestación por acogimiento familiar de un menor.

Situaciones especiales de incapacidad temporal

La LO 1/2023 crea, con vigencia a partir del 1-6-2023, la figura de la situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes con diferencias con respecto a la IT. Se reconocen como tales las siguientes situaciones (LGSS art.169.1.a redacc LO 1/2023):

a) La baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria, definida como la situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada (L 2/2010 art.2.6 redacc LO 1/2023). Aunque la Ley no aclara cuáles son estas patologías, la exposición de motivos enumera como ejemplos la endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida

de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal.

Para el acceso a la prestación no se requiere período mínimo de cotización. El subsidio se abona a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo.

Cada proceso se considera nuevo, y no como recaída del anterior, de modo que no computa a los efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga.

b) La situación posterior a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. Si la interrupción del embarazo es debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, tendrá la consideración de situación de IT por contingencias profesionales.

Para el acceso a la prestación no se requiere período mínimo de cotización. El subsidio se abona a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo. El salario correspondiente al día de la baja corre íntegramente a cargo del empresario.

c) La de gestación de la mujer desde el día primero de la semana 39, salvo que se encuentre en situación de riesgo durante el embarazo.

El acceso a la prestación está condicionado a que la mujer reúna el mismo período de carencia exigido para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, es decir (LGSS art.178):

- Si es menor de 21 años a la fecha del inicio del descanso: ninguno.
- Si tiene entre 21 y 26 años: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores; o 180 días en toda la vida laboral.
- Si es mayor de 26 años: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores; o 360 días en toda la vida laboral.

El subsidio se abona a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo hasta la fecha del parto. El salario correspondiente al día de la baja corre íntegramente a cargo del empresario.

Durante estas situaciones se mantiene la obligación de cotizar (LGSS art.144.4 redacc LO 1/2023).

Estos derechos se reconocen también a las mujeres del sector marítimo pesquero (L 47/2015), de las Fuerzas Armadas (RDL 1/2000; RD 1726/2007), de las funcionarias de la Administración de Justicia (RDLeg 3/2000); Civiles del Estado (RDLeg 4/2000); del Mutualismo Administrativo (RD 375/2003) o del Mutualismo Judicial (RD 1026/2011).

Por otro lado, en relación con la prestación por nacimiento y cuidado del menor, se elimina el requisito exigido para el caso de acogimiento familiar de un menor de que tenga una duración mínima de un año (ET art.1.d redacc LO 1/2023; RD 295/2009 art.2.1 redacc LO 1/2023; LGSS art.177 redacc LO 1/2023).

29. Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos LGTBI. Novedades sociales

L 4/2023, BOE 1-3-23

Resumen

La L 4/2023 pretende impulsar la protección de los derechos del colectivo LGTBI y erradicar toda forma de discriminación tipificando como infracciones muy graves las conductas discriminatorias y el acoso por razón de identidad sexual, expresión de género y características sexuales. Establece la obligación de las empresas de adoptar medidas de protección y protocolos de actuación para la atención de situaciones de acoso o violencia. Además, amplía la legitimación para la defensa de los derechos del colectivo a partidos políticos y asociaciones y organizaciones sindicales, empresariales y de consumidores.

Igualdad y no discriminación para personas trans y colectivos LGTBI

Con efectos a partir del 2-3-2023, se ha publicado la L 4/2023 con el objetivo primordial de desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales y eliminar toda forma de discriminación.

La Ley se estructura en un título preliminar, 4 títulos, 4 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 20 disposiciones finales.

El Título I define las líneas de actuación de las políticas públicas destinadas a garantizar los derechos de estos colectivos; el Título II incluye un conjunto de medidas para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans; el Título III regula los mecanismos para la protección efectiva y la reparación frente a la discriminación y la violencia; y, finalmente,

el Título IV regula el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI. La norma aborda también las modificaciones legislativas necesarias para adaptar la normativa vigente a las novedades introducidas por la Ley.

Las principales novedades en material laboral son las siguientes:

1. Se reconoce el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI y trans en el ámbito laboral (L 4/2023 art.14 y 55), tanto por cuenta ajena como propia.

Las empresas deben adoptar medidas adecuadas y eficaces para promover y defender sus derechos. Además, en caso de tener más de 50 trabajadores deberán contar, antes del 2-3-2024 con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra estas personas. Las medidas deben pactarse a través de la negociación colectiva (L 4/2023 art.15).

En la elaboración de los planes de igualdad y no discriminación se debe incluir a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans (L 4/2023 art.55.3).

2. A las causas de discriminación prohibidas en las relaciones laborales, se suman las basadas en la identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales (ET art.4.2.c redacc L 4/2023).

Se entienden nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por estas causas (ET art.17 redacc L 4/2023).

El empresario está obligado a tomar medidas de protección frente a la discriminación y la violencia dirigida a las personas LGTBI. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la asunción de responsabilidad del empresario debiendo adoptar medidas adecuadas para su cese inmediato.

3. Aunque la Ley recoge un régimen de infracciones y sanciones para garantizar las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación, en el Orden Social se aplica el régimen regulado por la LISOS (L 4/2023 art.76 s.).

Esta se modifica para sancionar como infracciones muy graves conductas discriminatorias y el acoso por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y

características sexuales, así como la solicitud, en el marco de procesos de selección, de datos personales al respecto. Estas conductas se tipifican como infracciones muy graves sancionables con multa de 7.501 a 225.018 euros.

4. Se modifica la LRJS para reconocer la legitimación en la defensa de los derechos del colectivo LGTBI en el orden social en los siguientes términos (LRJS art.17.5 redacc L 4/2023):

– defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales: tienen legitimación la persona afectada y, previa autorización expresa, los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomas, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias.

Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos señalados anteriormente, así como a los organismos públicos con competencia en la materia.

– en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales la única legitimada es la persona acosada.

5. Se incluye en el término de madre biológica a las personas trans gestantes a efectos del permiso por nacimiento o cuidado de menor (ET art.48.4 redacc L 4/2023).

6. Se devuelve el texto del ET a la redacción anterior a las modificaciones introducidas por la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, eliminando la referencia a las violencias sexuales de los art. 37.8, 40.4, 45.1.n, 49.1.m, 53.4.b y 55.5.b.

30. Caerse camino al bar para merendar durante la hora de bocadillo es accidente de trabajo

STSUD 9-2-23

Resumen

El TS reitera doctrina y, aplicando la teoría de la ocasionalidad relevante, declara que es AT el producido al salir del trabajo para merendar en los minutos de descanso previstos en el convenio colectivo y que lo calificaba como tiempo de trabajo.

Consideración de AT

Una trabajadora sufre una caída cuando se dirigía desde su centro de trabajo a un bar próximo al lugar de trabajo para merendar. Dicha caída provoca una situación de IT que, tras la incoación de un expediente, se concluye que su origen es AT y la responsabilidad de la prestación corresponde a la MCSS. LA Mutua interpone demanda y tanto el juzgado como el TSJ en suplicación declaran que se trata de un AT producido con ocasión del trabajo y durante la media hora de bocadillo que el convenio califica como tiempo de trabajo. Se plantea recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión planteada se centra en determinar si el accidente que sufrió la parte actora debe calificarse como laboral.

Para resolver la cuestión el TS recuerda su doctrina sobre la ocasionalidad relevante que se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla.

En el supuesto enjuiciado se considera aplicable esta doctrina. Por una parte, los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo (circunstancia negativa) y, por otra, el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo han sido condición sin la que no se hubiese producido el evento (circunstancia positiva). Señala el TS que a la vista de este criterio. Las circunstancias del caso evidencian que el accidente ocurrió con ocasión del trabajo, al producirse en el tiempo de trabajo del que dispuso la trabajadora para reponer fuerzas -finalidad que se persigue con el descanso cuyo tiempo se califica, precisamente, como de trabajo-, sin que el hecho de que el lugar en que aconteció el siniestro no fuera propiamente el lugar de su actividad profesional

venga a alterar la vinculación del siniestro con el trabajo en tanto que su salida del centro con ese fin se debe entender como una actividad normal de la vida laboral que de no estar prestando servicios no se hubiera producido.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida sobre la calificación de la incapacidad temporal como contingencia laboral que se adoptó en vía administrativa.

Santiago Blanes Mompó.

Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios