

# NEWSLETTER JURÍDICO-LABORAL

---

Abril 2023



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## ÍNDICE

1.	Publicada la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027...	4
2.	¿Qué plazo tiene el trabajador para arrepentirse de su decisión de dimitir? .....	6
	STSJ Murcia 21-3-23 .....	6
3.	Cuidado de menor con cáncer. ¿Qué efectos produce la declaración de nulidad del despido que provocó la extinción de la prestación? .....	7
4.	Vulneración del pacto de permanencia: ¿puede probarse mediante el perfil de LinkedIn? .....	8
5.	¿Prescribe el derecho a reclamar frente a una reducción salarial si se consiente de manera prolongada? .....	10
6.	Declarada la nulidad del cese de un trabajador tras el anuncio su próxima paternidad.....	11
7.	Contrato a tiempo parcial. ¿Cuándo debe retribuirse como contrato a tiempo completo? .....	13
8.	IPT de mayores de 55 años reconocida judicialmente: ¿desde cuándo se recibirá el incremento del 20%? .....	15
9.	El TS declara la nulidad de un despido colectivo por falta de comunicación de la decisión final a la RLT .....	16
10.	¿Quién responde de los salarios de tramitación devengados durante la ampliación de la demanda de despido frente al administrador concursal? .....	18
11.	¿Hasta cuándo puede solicitarse el reingreso tras una excedencia voluntaria?.....	19
12.	Ya se pueden solicitar las ayudas para proyectos piloto de reducción de la jornada laboral.....	21
13.	Gestación subrogada. ¿Cuándo se inicia el permiso por nacimiento y cuidado de menor?.....	22
14.	Paga de beneficios: ¿Cómo computan las ausencias por conciliación o uso del crédito sindical?.....	24
15.	Aprobado el calendario de implantación del Sistema de Formación Profesional...	26
16.	El TS rectifica su doctrina sobre la calificación de la ceguera como gran invalidez	27
17.	El TSJ Málaga admite negociar planes de igualdad a través de comisiones ad hoc cuando los sindicatos no responden .....	29
18.	¿Es causa de despido el positivo en drogas si no se evidencian sus efectos? .....	31

19. Plus de presencia: ¿cómo se calcula en caso de huelga?.....	33
20. Regularización de las cotizaciones afectadas por las nuevas bases mínimas de cotización .....	34
21. España se adhiere al Convenio de la OIT sobre trabajo decente para trabajadores domésticos.....	36

# 1. Publicada la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

**SEESS Resol 20-4-23, BOE 28-4-23**

## **Resumen**

La Estrategia ha sido consensuada con los interlocutores sociales y las comunidades autónomas, con la finalidad de mejorar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo e intentar anticiparse y gestionar las posibles amenazas y riesgos para la salud de las personas trabajadoras. Se ha elaborado en torno a 6 objetivos estratégicos y presenta 33 líneas de actuación. Como novedades incluye la salud mental entre sus prioridades, la puesta en marcha de una Agenda Nacional para la Prevención del Cáncer de Origen Profesional y el impulso de la perspectiva de género.

## **Estrategia Salud y Seguridad Laboral**

Se ha publicado la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, consensuada con los interlocutores sociales y las comunidades autónomas.

La estrategia establece la hoja de ruta para el desarrollo y mejora de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y su objetivo es conseguir la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y la reducción de la siniestralidad laboral.

La Estrategia ordena las actuaciones que se llevarán a cabo por los diferentes agentes relevantes en la prevención de riesgos laborales hasta 2027. A tal fin:

- Se actuará sobre las actividades de mayor peligrosidad y sobre los riesgos que producen daño en la salud de las personas trabajadoras.
- Se promoverá un mayor nivel de protección de los colectivos más vulnerables evitando cualquier tipo de violencia o discriminación.
- Se integrará la perspectiva de género en la gestión de la prevención y se apoyará a las pequeñas empresas en la aplicación de la normativa.

Con ese fin, la Estrategia ha sido configurada en torno a seis objetivos estratégicos:

- Objetivo 01: mejorar la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y su prioridad es reducir los daños en la salud de las personas trabajadoras.

- Objetivo 02: gestionar los cambios derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, los cambios demográfico y climático desde la óptica preventiva; y su prioridad es anticiparse y gestionar los riesgos nuevos y emergentes.
- Objetivo 03: mejorar la gestión de la seguridad y salud en las pymes. Una apuesta por la integración y la formación en prevención de riesgos laborales; y su prioridad es integrar la prevención de riesgos laborales en las pequeñas empresas promoviendo una mayor implicación de recursos propios.
- Objetivo 04: reforzar la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad; y prioridad es Elevar el nivel de protección de los colectivos más vulnerables.
- Objetivo 05: introducir la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo; y su prioridad es incorporar la perspectiva de género en las políticas públicas y en la gestión de la prevención.
- Objetivo 06: fortalecer el sistema nacional de seguridad y salud para afrontar con éxito futuras crisis; y su prioridad es mejorar las instituciones y los mecanismos de coordinación.

Estos objetivos para procurar entornos de trabajo seguros y saludables contribuyen positivamente a la salud de las personas trabajadoras y al progreso de las empresas, se desarrollen de forma práctica en un total 33 líneas de actuación entre las que destacan acciones como la creación de la Agenda Nacional para la Prevención del Cáncer de Origen Profesional, que permitirá avanzar en la mejora de identificación de enfermedades profesionales. De esto modo, se podrá adaptar la normativa a la vez que mejorar la detección temprana y prevención de las enfermedades.

## 2. ¿Qué plazo tiene el trabajador para arrepentirse de su decisión de dimitir?

**STSJ Murcia 21-3-23**

### **Resumen**

No es posible retractarse de la dimisión cuando la empresa ya ha firmado un precontrato con el nuevo trabajador seleccionado para cubrir el puesto, ya que, de admitirse, supondría un grave perjuicio para la empresa y para un tercero.

### **Retractación de la dimisión**

El 6-4-22 el trabajador notifica por escrito a la empresa su decisión de finalizar su relación laboral, con un plazo de preaviso de 30 días. La empresa inicia un proceso de selección publicando una oferta de empleo en la red LinkedIn y el 3-5-22 firma un precontrato con el candidato seleccionado, con el compromiso de incorporarse el 7-6-22. Sin embargo, el 5-5-22 el trabajador dimitido notifica a la empresa, por correo electrónico, su decisión de dejar sin efecto su petición de baja voluntaria, cuya fecha de efecto hubiera sido el 7-5-22. No obstante, la empresa cursa la baja del trabajador en la TGSS con fecha de 8-5-22. Frente a ello, el trabajador presenta demanda de despido.

La cuestión a dilucidar es determinar cuál es la función del plazo de preaviso, teniendo en cuenta que, desde el mismo conocimiento de la voluntad de dimisión del trabajador, la empresa desarrolló una importante actividad para encontrar a la persona apropiada para el mismo.

El TSJ Murcia recuerda que la doctrina del TS establece que, una vez comunicada con eficacia inmediata, la dimisión no es susceptible de retractación posterior, salvo que se pruebe la existencia de alguna deficiencia en el consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico. Como excepción, ha admitido la efectividad y validez de la retractación en los supuestos de preaviso, pero siempre que la relación jurídica siga existiendo y no se irroge un perjuicio sustancial a terceros o a la empresa. Así, considera que constituye despido no aceptar la retractación del trabajador realizada durante el preaviso, en base al principio de la buena fe contractual, si no se ha ocasionado ningún perjuicio al empresario porque todavía no ha contratado a ningún sustituto. De modo que, si hay un perjuicio o se ha contratado a un tercero, no hay despido improcedente.

En el caso en cuestión, hay un precontrato que obliga a las partes firmantes, la empresa y el nuevo trabajador, y cuya realidad no impugna el trabajador que dimite. Por tanto, con la retractación la empleadora se encuentra ante un daño claramente constatable.

Así pues, el carácter voluble de la voluntad del trabajador que se retracta de su dimisión no puede derivar en la improcedencia del despido, ya que el incumplimiento del precontrato de trabajo supone un grave perjuicio para el patrimonio de la empresa y para la vida profesional del trabajador con el que se suscribió.

### **3. Cuidado de menor con cáncer. ¿Qué efectos produce la declaración de nulidad del despido que provocó la extinción de la prestación?**

**STSJ Madrid 17-3-23**

#### **Resumen**

El TSJ Madrid ha declarado que, en caso de despido nulo de trabajadora beneficiaria de la prestación por nacimiento y cuidado de menor afectado de cáncer, la prestación se restaura desde la readmisión. Además, deben reintegrarse las cantidades dejadas de percibir en el período comprendido entre el despido y la readmisión aunque no existiera jornada laboral que reducir para atender al cuidado del menor.

#### **Pérdida de la prestación y despido nulo**

La beneficiaria de la prestación de cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave desde 26-7-18, es despedida con efectos de 10-5-21, dejando de percibir desde ese momento la prestación. La empresa reconoce la nulidad del despido el 10-11-21 y la trabajadora reclama la prestación correspondiente al periodo comprendido entre el despido y la readmisión. Desestimada la solicitud por la mutua aseguradora, la trabajadora presenta demanda.

A la vista de que no existe regulación concreta sobre la relación entre el periodo de tramitación por despido nulo y la prestación, el juez de instancia aplica la regulación concreta de la prestación. En base a ella, deniega la prestación al considerar que durante el periodo de tramitación del despido nulo ni se puede reducir una jornada que no existe ni se puede cumplir la finalidad de la prestación, pues durante ese periodo la trabajadora

dispone de todo el tiempo que corresponde a la jornada laboral al no tener el deber de acudir al trabajo.

El TSJ Madrid, por el contrario, considera que ante la falta de regulación concreta, debe aplicarse una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, dando una respuesta homogénea a la relación laboral y a la de Seguridad Social. Así, considera que si el despido nulo tiene como consecuencia restaurar la relación extinguida con obligación de readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, no existe impedimento alguno para que se le abone la prestación de la Seguridad Social.

La situación de necesidad protegida, desde la perspectiva de la Seguridad Social, sigue existiendo sin que pueda aceptarse el argumento de que durante el periodo de tramitación del despido nulo no ha existido una jornada que cumplir y un trabajo efectivo porque, por el mismo argumento, entonces no se devengarían salarios de tramitación al no haberse trabajado.

Por ello, el TSJ Madrid estima el recurso y declara el derecho de la trabajadora al reintegro de la prestación por cuidado de menor con efectos del 10/05/2021, condenando a la mutua a su abono en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido.

#### **4. Vulneración del pacto de permanencia: ¿puede probarse mediante el perfil de LinkedIn?**

**STSJ Madrid 22-2-23**

##### **Resumen**

El TSJ Madrid declara válido un pacto de permanencia pactado con un trabajador tras haber recibido una formación especializada abonada íntegramente por la empresa, pero reduciendo su duración de 4 a 2 años. Se admite como prueba el perfil en LinkedIn donde aparece con una posición superior consecuencia, en parte, de la formación abonada por la empresa.

##### **Formación especializada ofrecida por la empresa**

El trabajador, que en la actualidad aparece en su perfil de LinkedIn como director de marketing en una empresa, prestó servicios para otra desde 2012. En 2014, se le

seleccionó para realizar un master de desarrollo de directivo por el que la empresa abonó 25.850 euros, pactando que si el trabajador dimitía dentro de los siguientes 4 años contados desde el 1-4-2014, debería abonar un porcentaje de su coste (100% el primer año y el 20% el 4º). El máster fue impartido por una entidad de reconocido prestigio, tratándose de una formación cualificada, que supone un coste extraordinario para la empresa y un enriquecimiento del valor profesional del trabajador, excediendo de la formación profesional ordinaria debida.

El actor dimite el 17-5-2016 (2 años y un mes y medio después de la realización del máster) y la empresa le descuenta del finiquito 15.510 euros, equivalentes al 60% del importe del máster- porcentaje establecido para el supuesto de que el cese se produjera dentro del tercer año).

Disconforme con la actuación empresarial el trabajador interpone demanda de reclamación de cantidad solicitando la devolución de cantidad deducida. El juzgado estima la demanda, condenando a la empresa y el trabajador, disconforme, plantea recurso de suplicación ante el TSJ en el que se plantea si es válido el pacto de permanencia establecido entre las partes.

El TSJ asume los argumentos del juzgado de los social y desestima el recurso planteado. Las razones son las siguientes:

a) Aunque el pacto de permanencia excedía del máximo legal de 2 años, lo fijaba desde el inicio del curso y no desde su término, como dispone el texto legal mencionado, el pacto de permanencia es plenamente válido. No obstante, su eficacia debe limitarse a los dos años que exige la ley. Por ello, finalizaba el 3-12-2016 y, en consecuencia, el trabajador debía reembolsar a la empresa el 60% del valor del pacto.

b) Se trata de una especialización singular o cualificada y tampoco que el pacto de permanencia firmado fuera desproporcionado a la ventaja de la formación ofrecida a cambio: Tampoco se discute que tal formación supusiera un plus en la cualificación del trabajador, recibiendo mayores facilidades de colocación en el futuro.

c) El perjuicio causado por la baja voluntaria del trabajador, formado sin haber resarcido a la empleadora su esfuerzo, se considera acreditado, sin que existan razones para dudar del perfil de LinkedIn del demandado donde aparece como Director de Marketing , siendo únicamente «Marketing Manager Nobel» en las fechas en que prestaba sus servicios para la empresa. Asimismo, se acredita que la formación recibida iba precisamente dirigida a formar al demandado en aptitudes de «alta dirección».

d) Se acredita por la vida laboral del trabajador que el alta en la nueva empresa se produjo el 23-5-2016, lo que confirma y acredita que la formación le supuso ese plus de cualificación que facilitaba su contratación en el futuro.

Por todo ello, se acredita que resulta indudable que se ha producido un perjuicio para la empresa por lo que la demanda debía ser estimada íntegramente, condenando al demandado al abono de la cantidad de 15.510 euros en concepto de indemnización por la formación recibida y su baja voluntaria, con incumplimiento del pacto de permanencia suscrito, sin que sean de recibo las alegaciones del recurrente, carentes de justificación.

## **5. ¿Prescribe el derecho a reclamar frente a una reducción salarial si se consiente de manera prolongada?**

**STSUD 16-3-23**

### **Resumen**

El TS reitera que la reducción a la mitad de un complemento salarial sin la tramitación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo constituye el incumplimiento de una obligación salarial.

Siendo esta obligación de tracto sucesivo, el derecho a percibir el complemento no prescribe, aunque hayan transcurrido más de 9 años desde la reducción, pero sí el derecho a reclamar las cantidades vencidas y no cobradas, ni exigidas.

### **Reducción unilateral de complemento salarial**

La trabajadora venía prestando servicios para una escuela infantil desde 1983 percibiendo, entre otros conceptos salariales, un complemento de cooperativa. El complemento se fijó en 470,46 euros mensuales hasta que, hacia 2009, se vio reducido a la mitad por decisión de la empresa. En 2017, una nueva empresa se hace cargo del servicio y de la trabajadora, incluyendo en la retribución el complemento de cooperativa en la cantidad venía abonando la empresa saliente. La trabajadora presenta demanda en 2018 reclamando a la empresa el derecho al abono del complemento cooperativa en su integridad, y el abono de las diferencias salariales correspondientes al año inmediatamente anterior. La sentencia de suplicación, revocando la de instancia, desestima la demanda por entender que la reducción de complemento a la mitad constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo que la trabajadora

aceptó tácitamente al no haber intentado atacarla en forma. La trabajadora recurre en casación para la unificación de doctrina

La trabajadora recurre en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a determinar si la reducción a la mitad del concepto salarial se ha consolidado por el consentimiento de la trabajadora que no planteó la acción hasta 9 años después.

Para el TS, la reducción del complemento de cooperativa a la mitad por parte de la empresa que en 2009 gestionaba las escuelas infantiles no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo puesto que la empresa no siguió el procedimiento legalmente establecido para ello (ET art.41). Es más, en 2009, ni siquiera estaba previsto legalmente este procedimiento para llevar a cabo una modificación de la cuantía salarial. En definitiva, la reducción unilateral del complemento retributivo no supuso una modificación sustancial de condiciones de trabajo sino un claro incumplimiento empresarial de su obligación en materia salarial con la consiguiente vulneración del derecho de la trabajadora a percibir la remuneración pactada. Siendo esta obligación de tracto sucesivo, la acción para reclamar su cumplimiento se mantiene viva mientras la obligación subsista, aunque la acción para reclamar diferencias salariales concretas siga el régimen prescriptivo general del año. Es decir, no prescribe el derecho al complemento sino el derecho a reclamar las cantidades vencidas y no cobradas y exigidas.

En el supuesto enjuiciado la trabajadora ha reclamado el complemento de cooperativa en 2018 ciñendo la retroactividad de su reclamación a un año, por lo que el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Nota: Reitera doctrina de TS 13-6-22 y de 29-9-22.

## **6. Declarada la nulidad del cese de un trabajador tras el anuncio su próxima paternidad**

**STSJ Cataluña 6-3-23**

### **Resumen**

El TSJ Cataluña califica como nulo el cese de un trabajador tras anunciar el segundo embarazo de su mujer al considerar vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón de género y apreciar, asimismo, discriminación por asociación

ligada a la condición de embarazo de su mujer. Declara la nulidad del despido procede el reconocimiento de una indemnización por daño moral.

### **Despido discriminatorio por razón de género y por asociación**

El TSJ Cataluña estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el actor al considerar que su cese constituye un despido nulo, no improcedente, condenando a la empresa a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, y en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de una indemnización por daño moral.

El actor prestaba servicios como comercial para la multinacional demandada. Tras comunicar a la empresa el segundo embarazo de su mujer, recibe comunicación escrita por la que se le notifica la extinción de su contrato por causas objetivas con base en la reorganización de la zona en la que prestaba servicios.

Frente a esta decisión empresarial interpone demanda por despido que es estimada parcialmente en la instancia al considerar el juzgado que el cese constituye un despido improcedente -no nulo- dado que el hecho de la futura paternidad no se considera indicativo de discriminación porque el futuro padre no está protegido específicamente por la interdicción de discriminación del artículo 14 CE.

Disconforme con esta resolución, el trabajador cesado interpone recurso de suplicación.

La Sala considera acreditada la existencia de una conexión causal entre el despido y el anuncio por parte del trabajador del embarazo de su mujer, y consiguiente futura paternidad, lo que unido al disfrute reciente de un permiso de paternidad anterior constituyen indicios suficientes de lesión del derecho fundamental a la igualdad por razón de género.

Asume que, aunque mayoritariamente son las mujeres quienes ejercen los derechos de conciliación, viéndose perjudicadas por ello, el hecho de que el demandante sea varón no impide apreciar discriminación por razón de género.

El TSJ añade que también puede apreciarse una discriminación por asociación o refleja ligada a la condición de embarazo de su mujer. Recuerda que todo trato desfavorable a las mujeres vinculado al embarazo o la maternidad supone una discriminación directa por razón de sexo. Y, aunque el trabajador es un varón, existen indicios de que el despido se produce por su relación con la persona en quien concurre la condición personal amparada por el derecho a la igualdad por razón de sexo, que no es otra que el embarazo.

No aprecia, por el contrario, vulneración de la garantía de indemnidad, dado que el actor no ejercitó ningún derecho o reclamación concreta, ni solicitó el disfrute de permiso de paternidad alguno.

Pues bien, acreditado un panorama indiciario de vulneración del derecho a la igualdad por razón de género o por razón de sexo por discriminación refleja o por asociación, la Sala considera que la empresa no ha aportado justificación objetiva suficiente de su decisión de proceder a la extinción del contrato del actor. No es suficiente a tal fin una explicación genérica, en este caso la reorganización de la zona del actor, sino que es preciso acreditar ad casum que la decisión extintiva está totalmente desvinculada de la lesión de los derechos fundamentales alegados.

Y acreditada la existencia de vulneración de un derecho fundamental procede el reconocimiento de una indemnización resarcitoria del daño moral (7.000 euros), que la Sala cuantifica siguiendo como criterio orientativo el de las sanciones contempladas en la LISOS.

NOTA. La sentencia es recurrible en casación para unificación de doctrina

## **7. Contrato a tiempo parcial. ¿Cuándo debe retribuirse como contrato a tiempo completo?**

**STSJ Galicia 6-2-23**

### **Resumen**

Recientes pronunciamientos han declarado que la falta de registro de jornada en un contrato a tiempo parcial produce el efecto de considerar celebrado el contrato a tiempo completo, correspondiendo al empresario la carga de probar su parcialidad. Pero si lo que se reclama son horas extraordinarias, corresponde a la trabajadora acreditar su realización.

### **Carga de la prueba**

Una trabajadora es contratada como community manager, para prestar servicios a tiempo parcial, a razón de 20 horas semanales.

Extinguido el contrato, la trabajadora reclama diferencias salariales que la sentencia de instancia estima reconociendo la jornada a tiempo completo como consecuencia de la no

llevar a cabo el registro horario. La empresa recurre en suplicación considerando que ha quedado acreditado que la prestación de servicios se produjo a jornada parcial durante toda la relación contractual y que el juzgador de instancia no valoró los correos electrónicos dirigidos a la trabajadora requiriéndola para que cubriese los documentos del registro horario. Considera que la actuación de la trabajadora desoyendo estos requerimientos constituyen un atentado a la buena fe y a la diligencia debida y que no es acertado achacar a la empresa la no llevanza del registro horario como fundamento único para entender celebrado el contrato a tiempo completo.

El TSJ Galicia recuerda que la obligación de registro recogida en el art.12.4.c ET (L 1/2014) sanciona el incumplimiento de las obligaciones de registro diario de la jornada a tiempo parcial, el contrato se presume celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios. Esta presunción de completud es la que ha aplicado el juzgado de instancia, sin que los correos dirigidos a la trabajadora ni el hecho de que prestara servicios en régimen de teletrabajo o en horario flexible demuestre que la trabajadora realizara una jornada inferior a la completa. Por ello, ante la ausencia de registros horarios, la jornada se presume realizada a jornada completa.

Corresponde a la empresa la carga de probar la parcialidad de la jornada, sin que pueda obligarse al trabajador a demostrar la completud de la jornada. Y esta norma se aplica también a quienes realizan el trabajo en régimen de teletrabajo o en horario flexible, pues la norma no excluye de la aplicación de la presunción de completud a ninguna categoría general de trabajadores.

Nota:

El TSJ Málaga ha declarado que el efecto de considerar, ante la falta de registro del control horario, que la jornada se realizó a tiempo completo únicamente es apreciable si la demanda se dirige en este sentido. Si la trabajadora a tiempo parcial no reclama dicha consideración, sino la realización de horas extraordinarias, la sentencia no puede entrar a conocer de aquel debate, correspondiendo a la trabajadora la carga de probar la realización de horas extraordinarias aunque la empresa haya incumplido la obligación de registro de jornada (TSJ Málaga 22-2-23).

## **8. IPT de mayores de 55 años reconocida judicialmente: ¿desde cuándo se recibirá el incremento del 20%?**

**STSUD 22-3-23**

### **Resumen**

El TS reitera doctrina y declara que cuando la pensión de IPT de un mayor de 55 años sea reconocida por sentencia judicial, el incremento del 20% no es automático y debe retrotraerse a los 3 meses anteriores a la solicitud y no desde el cumplimiento de los 55 años.

### **Incremento de IPT mayores de 55 años**

El trabajador, mayor de 55 años y afectado de diversas dolencias, solicita al INSS pensión de incapacidad permanente, que finalmente es reconocido judicialmente en el grado de total (55% de la base reguladora), aunque sin reconocer su modalidad cualificada (75% de la base reguladora) ya que esta no había sido solicitada.

Disconforme con el porcentaje vuelve a formular reclamación previa al INSS solicitando que se le reconozca el porcentaje del 20% de la IPT cualificada desde el cumplimiento de los 55 años. Al desestimarse la solicitud, interpone demanda de Seguridad Social que es desestimada en todas las instancias. Plantea recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión debatida consiste en determinar si el incremento del 20% de la IPT cualificada por razón de edad debe retrotraer su reconocimiento a los tres meses anteriores a la solicitud o al momento en el que el demandante cumplió 55 años, en un supuesto en el que en el momento de dictarse la sentencia que reconoció la incapacidad ya se había cumplido dicha edad.

La sala resuelve la cuestión controvertida acudiendo a su doctrina anterior (TS 12-3-07, EDJ 23377; 9-10-08, EDJ 222483; 25-9-09, EDJ 166004) y establece lo siguiente:

1. La regulación del complemento establece que para obtener el incremento del 20% no solo es necesario tener una determinada edad sino también a la concurrencia de otras circunstancias que den lugar a presumir la dificultad del interesado para obtener otro empleo en actividad distinta de aquella para la que fue declarado incapaz. Asimismo, señala que la ley no establece que el reconocimiento del incremento de la prestación deba ser automático.

2. El incremento del 20% se configura como un complemento de la IPT, con autonomía en su tratamiento. Esto supone que su régimen jurídico sea el propio de una prestación por lo que en algunos aspectos se aplican las normas aplicables a una auténtica prestación de la Seguridad Social. Al ser un complemento de naturaleza prestacional, se le aplica el mismo régimen jurídico de la prescripción. Esto supone que los efectos del reconocimiento de este se retrotraen a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud como ha sostenido en ISS en e el supuesto enjuiciado.

3. No se aplica la doctrina de la sala según la cual no existe incongruencia judicial cuando en supuesto de reconocimiento de IPT para un trabajador mayor de 55 años, el órgano judicial reconoce el complemento del 20% en la pensión, aunque no haya sido solicitado expresamente, si concurren las circunstancias necesarias. Se trata de un supuesto distinto, ya que en el supuesto enjuiciado el órgano judicial no lo ha concedido y el trabajador lo ha solicitado con posterioridad, por lo que los efectos se limitan a los tres meses anteriores a la solicitud.

Por todo ello, se desestima el recurso planteado y se confirma la sentencia recurrida.

## **9. El TS declara la nulidad de un despido colectivo por falta de comunicación de la decisión final a la RLT**

**STS 15-2-23**

### **Resumen**

El TS ha ratificado la declaración de nulidad de un despido colectivo por falta de comunicación a la RLT de la decisión final sobre el mismo, una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo. La comunicación se configura como un requisito constitutivo a partir de la cual se inicia el cómputo del plazo para impugnarlo y la posibilidad de notificar los despidos individuales. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que el período de consultas se hubiera celebrado con una comisión ad hoc, la cual debería haber sido notificada, al no existir RLT.

## **Despido colectivo: comunicación tras la finalización del período de consultas**

Frente a la sentencia del TSJ Navarra que declaró la nulidad del despido colectivo adoptado por la empresa por la omisión de la comunicación de la decisión final del periodo de consultas a la RLT, se alza la asociación demandada en casación.

El 15-2-2022 la asociación comunica por escrito a los trabajadores del centro afectado su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo que afectaría a la totalidad de la plantilla como consecuencia del cese de actividad en el mismo. A tal fin se constituye una comisión negociadora integrada por las representaciones de la asociación y de los trabajadores. Igualmente se recuerda a los trabajadores la necesidad de nombrar una comisión ad-hoc al carecer el centro de RLT. El 4-4-2022 se levanta acta de fin del periodo de consultas sin acuerdo. La asociación comunica a la autoridad laboral la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, así como su decisión final sobre las medidas a aplicar, pero no remite comunicación alguna a la RLT -en este caso la comisión ad hoc-.

La cuestión que se plantea en casación radica en determinar si debe declararse nulo el despido colectivo porque, aunque el periodo de consultas finalizó sin acuerdo, la decisión final de la empresa no se comunicó debidamente a la RLT.

La Sala recuerda que la comunicación de la decisión final de despido colectivo por el empresario a la RLT (ET art.51.2) se erige en presupuesto constitutivo de la extinción, de modo que si no hay comunicación no hay despido.

Su finalidad es distinta de la que tiene la comunicación de dicha decisión a la autoridad laboral, por lo que esta última comunicación no hace innecesaria la primera.

Además, solo tras la comunicación de aquella decisión final el empresario puede notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, y se inicia el cómputo del plazo para impugnar el despido por parte de los sujetos colectivos legitimados.

En definitiva, el TS concluye que la omisión de la exigencia de comunicar a la RLT la decisión de despido colectivo no es un mero incumplimiento de un deber informativo, sino un requisito esencial para la efectividad primero del despido colectivo y de los subsiguientes despidos individuales. Y no obsta a esta conclusión el hecho de que el período de consultas se hubiera llevado a cabo con la comisión ad hoc

Por tanto, el TS confirma la sentencia que declaró la nulidad del despido y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación en sus puestos de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su efectiva readmisión.

## **10. ¿Quién responde de los salarios de tramitación devengados durante la ampliación de la demanda de despido frente al administrador concursal?**

**STSUD 21-3-23**

### **Resumen**

En caso de responsabilidad del Estado de los salarios de tramitación por el transcurso de más de 90 días entre la fecha de presentación de la demanda y la de la sentencia, no se deben descontar los devengados durante la suspensión del procedimiento para ampliar la demanda debido a la declaración en concurso de acreedores de las empresas inicialmente demandadas.

### **Responsabilidad del Estado**

Los trabajadores presentan demanda reclamando al Estado los salarios de tramitación por los días que exceden de los 90 días hábiles desde la fecha en que presentaron la demanda de despido colectivo hasta la sentencia firme (ET art.56). La sentencia estimatoria del JS fue revocada por el TSJ Cataluña al no apreciar anormal funcionamiento de la justicia pues el retraso en la resolución de la demanda se debió a dos ampliaciones de la demanda debidas a la declaración en concurso de acreedores de dos de las codemandadas.

Los trabajadores recurren en casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a decidir si de la responsabilidad del Estado en el pago de salarios de tramitación hay que descontar el tiempo transcurrido debido a la suspensión de las actuaciones para la ampliación de la demanda frente a los administradores concursales de las empresas demandadas.

El TS recuerda que en el desarrollo del proceso de despido pueden acontecer circunstancias no imputables a la Administración de Justicia que demoren el pronunciamiento de la sentencia más allá de 90 días hábiles desde la presentación de la demanda. Por ello, el artículo 119.1 LRJS faculta al juez para detraer del cómputo de los citados 90 días el tiempo en los que el proceso haya estado paralizado a causa del actuar de las partes por alguna de las causas que se enumeran en dicha norma. Pero esas causas

no pueden extenderse a supuestos distintos que la norma, pudiendo haberlo hecho, no ha querido incluir.

La necesidad sobrevenida de ampliar la demanda contra los administradores concursales de las codemandadas ni está prevista expresamente en el art.119.1 LRJS ni puede asimilarse al tiempo invertido en la subsanación de la demanda. Ello excluye la responsabilidad de los trabajadores demandantes en el retraso del procedimiento evidenciando, por el contrario, un claro y palmario supuesto de anormal funcionamiento de la administración de justicia, del que debe responder el Estado (ET art.56.5). Y es que, una vez acordada la suspensión para que se ampliase la demanda contra el administrador concursal de la demandada, no se cumplió la previsión de señalar nuevamente los actos de conciliación y juicio en el plazo de los 10 días siguientes (LRJS art.83.1), sino que transcurrieron más de dos meses y medio. Y lo mismo ocurrió, en el momento de la segunda suspensión por la necesidad de ampliar la demanda, esta vez contra el administrador concursal de otra empresa codemandada que también había sido declarada en situación de concurso, transcurriendo más de 2 meses desde la suspensión.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina anulando la sentencia recurrida y declarando la firmeza de la sentencia de instancia.

## **11. ¿Hasta cuándo puede solicitarse el reingreso tras una excedencia voluntaria?**

**STSUD 22-3-23**

### **Resumen**

El TS declara que cuando el empresario da por supuesto o sobreentendido el derecho del trabajador al reingreso, pero le niega la reincorporación por no existir vacante, el plazo de prescripción, que es el general de 1 año, se inicia cuando la producción de vacante sea conocida por el trabajador.

### **Prescripción de la acción de reingreso**

El 2-9-2008, un trabajador solicita el paso a la situación de excedencia voluntaria hasta el 16-10-2009. El trabajador solicita sucesivas prórrogas anuales hasta que el 26-5-2011 solicita el reingreso. La empresa responde que le comunicará la existencia de vacantes en cuanto se produzcan y, al no recibir respuesta, el 6-3-2017 se pone en contacto con la

empresa solicitando de nuevo el reingreso, obteniendo de la empresa la misma respuesta.

El trabajador interpone demanda solicitando el reingreso, que es desestimada tanto en la instancia como en suplicación. En consecuencia, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en determinar cuando debe considerarse prescrita la acción de reingreso de un excedente voluntario.

Para resolver la cuestión el TS recuerda que su doctrina diferencia las siguientes situaciones:

a) Cuando el empresario se opone a la petición de reincorporación del trabajador excedente de manera abierta, clara y terminante: este rechazo es equivalente a un despido por lo que el plazo de caducidad es el de la acción de despido (ET art.59.3).

b) Cuando el empresario da por supuesto o sobreentendido el derecho del trabajador, pero le niega de momento la reincorporación, so pretexto de que no existe vacante, el plazo de prescripción, que es el general de 1 año, se inicia con la producción de vacante, conocida por el trabajador (ET art.59.2).

En el supuesto enjuiciado la empresa ha contestado a las dos peticiones de reingreso señalando la imposibilidad de acceder a la solicitud por no existir vacantes en la categoría, sin que, en efecto, conste su existencia. Al solicitar la reincorporación, la empresa le comunicó que le notificaría la fase de reingreso de los excedentes, pero ni consta comunicación alguna de la empresa, ni que el trabajador conociera la existencia de vacantes. En consecuencia, el TS concluye que la acción de reingreso no está prescrita porque no pudo ejercitarse con anterioridad por razones imputables a la empresa, que se comprometió a informar al trabajador y no lo hizo.

En consecuencia, se estima el recurso planteado, lo que obliga a reponer lo actuado al momento de dictarse la sentencia de suplicación.

## **12. Ya se pueden solicitar las ayudas para proyectos piloto de reducción de la jornada laboral**

**Resol 11-4-23, BOE 13-4-23**

### **Resumen**

Se abre el plazo para solicitar las ayudas a pequeñas y medianas empresas industriales que lleven a cabo proyectos piloto de reducción de la jornada laboral sin reducción de salario. Las solicitudes se pueden presentar hasta el 13-5-2023.

### **Convocatoria**

Se ha aprobado la convocatoria para solicitar ayudas directas para la puesta en marcha de proyectos piloto de innovación en materia de organización empresarial que permitan mejorar la productividad de las PYMES industriales mediante la adopción, entre otras, de medidas destinadas a la reducción de las jornadas laborales.

Pueden ser beneficiarias las pequeñas y medianas empresas que no formen parte del sector público y que desarrollen una actividad industrial de las enumeradas en el anexo I.

Los proyectos piloto deben suponer un compromiso empresarial de reducción de la jornada laboral ordinaria en un mínimo del 10% en cómputo semanal sin reducción salarial durante, al menos, dos años. La medida únicamente se aplicará a contratos indefinidos a tiempo completo debiendo afectar al siguiente porcentaje mínimo en función de la plantilla de la empresa o centro de trabajo:

- hasta 20 trabajadores: 30%;
- entre 21 y 249 trabajadores: al menos al 25%.

Los proyectos piloto deberán acordarse, antes de la solicitud de la ayuda, con la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, con las organizaciones sindicales más representativas del sector o con una comisión negociadora.

Los gastos subvencionables son los siguientes:

1. Costes salariales del personal soportado por la empresa como consecuencia de la reducción de la jornada durante el primer año (sueldos y cotizaciones sociales) con los siguientes límites en función de la plantilla:

- hasta 10 trabajadores: 90%;

- entre 11 y 52: 80%;
- entre 53 y 249: 75%.

En todo caso, el límite máximo subvencionable es de 150.000 euros.

2. Gastos de contratación de los servicios de formación relativa a la optimización del tiempo de trabajo: hasta el 100 % del gasto justificado.
3. Gastos de contratación de servicios externos de asesoramiento o costes de personal implicado en esas mismas funciones: hasta el 80% del gasto justificado.
4. El gasto derivado del informe de auditoría: hasta el 100% del gasto justificado con el límite del 1 % de la totalidad del presupuesto subvencionable del proyecto.

Las solicitudes se deben presentar telemáticamente a la Fundación EOI, F.S.P en el plazo que finaliza el 13-5-2023. Las solicitudes presentadas serán evaluadas por una comisión y el otorgamiento de la subvención se resolverá en concurrencia competitiva, de modo que sólo las que alcanzan las mejores puntuaciones resultarán beneficiadas por la subvención.

A la finalización de los proyectos piloto se hará un análisis de los diferentes tipos de medidas puestos en marcha para identificar las mejores prácticas de entre las propuestas por las empresas participantes.

### **13. Gestación subrogada. ¿Cuándo se inicia el permiso por nacimiento y cuidado de menor?**

**STSJ Castilla-León (Burgos) 9-2-23**

#### **Resumen**

El TSJ Burgos equipara la situación del nacimiento por gestación subrogada a la adopción y considera que el hecho causante de la prestación no es el nacimiento del menor sino la fecha de la resolución judicial reconociendo la filiación. Por ello, reconoce en su integridad la prestación a un padre por subrogación que la solicitó casi once meses después del nacimiento del menor.

## **Hecho causante de la prestación**

Un trabajador suscribe junto con su esposa un contrato de gestación subrogada en virtud del cual nace su hijo en Kiev (Ucrania), al que reciben el 22-1-2021. El registro civil consular de Kiev deniega la inscripción de la filiación por lo que promueve proceso de filiación que finaliza mediante sentencia de 27-7-21, quedando el menor finalmente inscrito en el registro civil el 14-10-2021. El 9-11-2021 solicita prestación por nacimiento y cuidado del menor que el INSS deniega por no haberse presentado la solicitud inmediatamente después del nacimiento del menor.

El JS estima la demanda presentada por el trabajador y reconoce el derecho a la prestación durante 16 semanas computadas desde el 8-11-2021. El INSS y la TGSS recurren en suplicación.

Para determinar el derecho del trabajador a la prestación ha de comprobarse el tiempo transcurrido entre la fecha del hecho causante y la de la solicitud, pues los efectos económicos de la prestación se retrotraen un máximo de 3 meses (LGSS art.53.1). El debate surge en torno a la determinación del hecho causante en el caso del nacimiento por gestación subrogada. El INSS y la TGSS defienden que este se fija en la fecha del nacimiento del menor (22-1-2021) por lo que, habiéndose presentado la solicitud el 9-11-2021, el trabajador habría perdido el derecho a la prestación correspondiente a las 6 semanas inmediatamente posteriores de disfrute obligatorio, y solo tendría derecho a las 10 semanas restantes, que pueden disfrutarse de forma acumulada o interrumpida dentro de los 12 meses siguientes.

El TSJ Burgos, por su parte, considera incontrovertible que el hecho causante viene determinado por la resolución judicial que declaró la filiación, con la consiguiente inscripción en el Registro Civil. El trabajador no pudo invocar los efectos propios de la filiación a partir del nacimiento del menor, sino que tuvo que esperar hasta la firmeza de la sentencia ya que la paternidad estaba sometida a controversia judicial y administrativamente. Por otro lado, aunque reconoce que la maternidad por gestación subrogada es una situación no prevista en la norma, la considera asimilable por analogía a la adopción para la que el cómputo de semanas de disfrute del permiso se inicia inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento (ET art.48.5). Así lo señala el RD 295/2009 art.2.2 que considera jurídicamente equiparable a la adopción y al acogimiento, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo de duración superior a un año.

Esta asimilación está, además, avalada por el TS que ha admitido la aplicación analógica en función del interés de cuidado y protección del menor (TS 16-11-16, EDJ 224710).

En el caso analizado no se conoce la fecha de firmeza de la sentencia sobre filiación, que hubiera determinado el dies a quo para el cómputo de los efectos económicos de la prestación. El único dato de que se dispone es la expedición de exhortos al registro civil consular de Kiev el 14-10-2021 por lo que la presentación de la solicitud en menos de 3 meses (el 9-11-2021) no supone la pérdida de cantidad alguna.

Por ello, el TSJ Burgos desestima la demanda y confirmando la sentencia de instancia reconoce la prestación solicitada de 16 semanas de duración.

## **14. Paga de beneficios: ¿Cómo computan las ausencias por conciliación o uso del crédito sindical?**

**SAN 6-3-23**

### **Resumen**

La AN concluye que es discriminatoria y, por tanto, nula la práctica empresarial de considerar como ausencias al trabajo, a efectos del devengo de la paga de beneficios, los períodos de baja por maternidad/paternidad, de excedencia para el cuidado de hijo o ascendiente, así como las ausencias motivadas por el ejercicio de funciones sindicales. Solución contraria concluye en el caso de las faltas de asistencia al trabajo durante los períodos de baja por IT.

### **Cómputo de ausencias**

Las secciones sindicales interponen demanda de conflicto colectivo en la que suplican que se declare que para cumplir las condiciones exigidas para percibir el reparto extraordinario de beneficios acordado en la empresa -entre ellas el no haber superado un total de 90 días de ausencia al trabajo- no computen como tales las que obedezcan a disfrute de crédito horario sindical, IT, excedencia por cuidado de hijo o ascendiente que no puede valerse por sí mismo y permiso de maternidad y paternidad.

La AN, antes de resolver sobre el fondo del asunto, se pronuncia sobre las siguientes excepciones procesales:

1. Inadecuación de procedimiento: el hecho de que un conflicto colectivo pueda tener un interés individualizable, en el sentido de que lo declarado en él pueda luego concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuada esta modalidad procesal.
2. Falta de legitimación activa de los sindicatos demandantes: no discutida la implantación de los sindicatos en el ámbito del conflicto, pueden ejercitar la acción en representación de los trabajadores de la empresa sin necesidad de su autorización expresa.
3. Prescripción: el plazo de prescripción para el ejercicio de acciones se inicia a partir de la firmeza de la sentencia que extendió el ámbito del conflicto a todos los centros de la empresa, y no solo a aquellos del otro centro que interpusieron una primera demanda de conflicto colectivo con idénticas pretensiones.
4. Falta de legitimación pasiva de la empresa demandada, por considerar la Sala irrelevante el origen de los fondos y de la decisión de su abono, al ser una retribución que se abona intramuros de la relación empresa-trabajadores.

Respecto al fondo del asunto, la Sala considera que computar la baja por maternidad o paternidad o la excedencia para el cuidado de hijo o ascendiente como períodos de ausencia del trabajo a efectos de recibir una paga de beneficios constituye una medida discriminatoria por vulnerar derechos como la no discriminación por razón de sexo, la salud o el derecho a la conciliación de las familias -sin obtener un trato menos favorable por ello- y, por tanto, nula.

En el mismo sentido concluye que la consideración como ausencias del ejercicio de funciones de carácter sindical no solo limita la libre disponibilidad de dichos períodos, sino que, además, perjudica de forma evidente a quienes, en uso de una facultad reconocida legalmente, ven reducida su retribución.

Sin embargo, la AN considera que es legal descontar los días de baja por enfermedad, ya que durante dichos períodos el contrato de trabajo se encuentra suspendido. Esta conclusión ni produce discriminación alguna ni lesiona derechos fundamentales.

## **15. Aprobado el calendario de implantación del Sistema de Formación Profesional**

**RD 278/2023, BOE 12-4-23**

### **Resumen**

El RD 278/2023 establece el calendario de implantación del Sistema de Formación Profesional que recoge los plazos para el desarrollo de sus elementos integrantes e instrumentos de gestión. Recoge además los plazos de implantación de las Ofertas formativas del Sistema de Formación Profesional así como la extinción gradual de los planes de estudios existentes y la equivalencia de titulaciones, certificados y acreditaciones.

### **Implantación del Sistema de Formación Profesional**

El RD 278/2023 establece la implantación, a lo largo de 4 años, del nuevo sistema de Formación Profesional, conforme al siguiente calendario:

1. Antes del 1-9-2023 se llevará a cabo el desarrollo reglamentario de los elementos del nuevo sistema de FP integrados por los catálogos nacionales de Estándares de Competencia y de Ofertas de Formación Profesional y el Catálogo Modular de Formación Profesional.
2. Se establece el 1-9-2023 como fecha límite para poner en marcha de los Registros Estatales de Formación Profesional y de Acreditaciones de Competencias Profesionales Adquiridas por la Experiencia Laboral o Vías no Formales e Informales y del Registro General de Centros de Formación Profesional.
3. La nueva oferta formativa se implantará de manera gradual a partir del año académico 2023-2024:
  - la correspondiente a los grados A, B y C, debe comenzar antes del 1-9-2023 y se completará el 1-1-2024.
  - el grado D empezará en el curso 2023-24, y se completará en los dos años siguientes, extinguiéndose paralelamente los currículos de los actuales ciclos.
  - grados E: cada administración implantará a partir del curso 2023-2024 los grados que considere; en el curso 2024-25 se implantarán con carácter general.

4. Antes del 31-1-2024, el Gobierno deberá hacer pública la Estrategia General de Orientación Profesional.

## **16. El TS rectifica su doctrina sobre la calificación de la ceguera como gran invalidez**

**STSUD 16-3-23**

### **Resumen**

El TS abandona el criterio objetivo y declara que la sola presencia de una determinada dolencia, en este supuesto la ceguera absoluta, no permite por sí misma declarar a una persona afecta a gran invalidez. Lo que caracteriza a esta situación es la necesidad de una tercera persona para atender los actos esenciales de la vida, no la dolencia que se padece.

### **Ceguera como gran invalidez. Rectificación de doctrina**

La trabajadora, que presta servicios como agente vendedor de cupón, presenta, desde 1993, una ceguera completa, aunque en 1977 tenía una visión inferior al 15%. En 2018 solicita una pensión de gran invalidez. Tras la denegación del INSS, la trabajadora presenta demanda de SS, que en la instancia le reconoce una Incapacidad permanente absoluta. Disconformes, tanto el INSS como la trabajadora presentan recurso de suplicación, la actora solicitando una gran invalidez y el INSS solicitando que se desestime la demanda. El TSJ desestima ambos recursos al entender que la trabajadora no necesita la ayuda de una tercera persona para los actos esenciales de la vida. Considera acreditado que vive sola, va sola al trabajo andando y aunque una persona le hace la comida, come sola, se baña y se viste sola. La trabajadora, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, en el que la cuestión planteada consiste en determinar si la trabajadora se encuentra en situación de gran invalidez.

El TS recuerda que, aunque su tradicional doctrina ha calificado la ceguera total o pérdida de visión a ella equiparable a la gran invalidez, considera que debe ser revisada. Las razones alegadas son las siguientes:

1. Por gran invalidez debe entenderse la situación del trabajador que necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, cualquiera que sea el grado de IP que le haya

sido reconocida -parcial, total o absoluta-. Para obtener la calificación de gran invalidez, la enfermedad a la que se refiera debe ir acompañada de una acreditación de que la persona no está en condiciones de atender los actos más esenciales de la vida. Esto supone que es necesario atender a si las circunstancias concurrentes ponen de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprende los actos más esenciales de la vida, se precisa la asistencia de una persona, ya que padecer una misma dolencia no implica que quienes la presentan se desenvuelvan de igual forma en ese ámbito personal.

2.El hecho de que la GI o la IPA sean compatibles con un trabajo adecuado es una circunstancia ajena e irrelevante ya que no se cuestiona si la actividad laboral impide reconocerlas. Esta situación también se produce en quien está declarado en IPT para su profesión habitual, lo que no le impide estar prestando servicios con otra profesión.

3. La sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida ya que, la regulación de la IP en la LGSS no se establece en función de un sistema de listado de enfermedades. Es evidente que un cuadro de padecimientos puede tener distinto alcance en los sujetos a los que afecta, atendidas las circunstancias que le puedan rodear (edad, situación anterior y posterior, momento en que se presenta la dolencia...). Por tanto considera no aceptable que para la GI, la enfermedad, como la que aquí se presenta, sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto.

4. Excluir el criterio de objetividad en la valoración del grado de incapacidad, no elimina la doctrina de la Sala sobre el alcance de lo que se entiende por actos más esenciales de la vida que precisen y necesiten la asistencia de otra persona. Supone retornar al criterio general para todas las situaciones de incapacidad permanente, sea cual sea el padecimiento que se presente, sin discriminar unas de otras por su naturaleza. El TS considera que lo que no es asumible que en esta situación solo valore la enfermedad que presenta cuando su marco jurídico no es ese. Del mismo modo que el legislador desvinculó la GI de la situación de IPA, de forma que basta con que esté afecto de una incapacidad permanente, bien podía haber extendido aquella calificación a determinadas dolencias. Objetivar la dolencia para identificarla como grado de incapacidad permanente sin más requiere de la oportuna regulación que así lo disponga.

5. La valoración de la gran invalidez, acudiendo a los criterios subjetivos de cada uno de los afectados por la ceguera total sea desmotivador y obstaculizador de la reinserción social y laboral. No se incurre en desprotección ni desatención a los discapacitados ciegos totales por el solo hecho de que la gran invalidez no atienda criterios objetivos.

Aplicando esta nueva doctrina al supuesto enjuiciado, en cuanto se considera acreditado que la trabajadora puede atender los actos más esenciales de la vida, por lo que se desestima el recurso planteado confirmando la sentencia dictada por el TSJ.

## **17. El TSJ Málaga admite negociar planes de igualdad a través de comisiones ad hoc cuando los sindicatos no responden**

**STSJ Andalucía -Málaga- 25-1-23**

### **Resumen**

Aunque la aprobación de un plan de igualdad en empresas sin RLT requiere que la empresa comunique su intención a los sindicatos más representativos, si los sindicatos no responden al requerimiento en 10 días, el TSJ entiende que la empresa puede elaborar y aprobar el plan a través de una comisión ad hoc. Considera que la empresa no tiene la obligación de remitir sucesivos requerimientos al no estar previsto ni legal ni reglamentariamente, ya que supondría reconocer a los sindicatos la posibilidad de bloquear indefinidamente la aprobación del plan.

### **Falta de respuesta de los sindicatos**

El 18-10-2020 la empresa inicia los trámites para la negociación e implantación de un plan de igualdad. A tal efecto, el 25-3-2021 dirige una comunicación a CCOO y UGT, en su condición de sindicatos más representativos, con objeto de que, en el plazo de los 10 días siguientes, procedieran a la designación e información de las personas que debían formar parte de la Comisión negociadora del plan de igualdad, sin que los mismos contestasen a dicha comunicación en el plazo antes reseñado. Ante la falta de contestación de los referidos sindicatos y dada la inexistencia de representación legal o unitaria de los trabajadores en la empresa, se continúa el proceso de elaboración del plan con una comisión ad hoc constituida por y entre los trabajadores de la empresa. Finalizada la elaboración del plan, la empresa solicita su registro ante la Dirección General de Trabajo, que se deniega por esta causa. La empresa recurre la resolución de la DGT y, tras ser desestimada, interpone demanda sobre impugnación de actos administrativos ante el TSJ.

El TSJ recuerda que el RD 902/2020 art.5.2 regula la composición de la comisión negociadora de los planes de igualdad, indicando que en las empresas donde no existan las representaciones legales referidas anteriormente se creará una comisión negociadora constituida, de un lado, por la representación de la empresa y, de otro lado, por una representación de las personas trabajadoras, integrada por los sindicatos más representativos y por los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa y la comisión se considerará válidamente integrada por aquella organización que respondan a la convocatoria de la empresa en el plazo de 10 días. Por otra parte, se recuerda que la doctrina jurisprudencial ha declarado que no es factible sustituir a los representantes unitarios sindicales por una comisión ad hoc, al tratarse de una fórmula negociadora excepcional, habilitada por el legislador, cuando no hay representación legal de los trabajadores, para acometer la negociación de determinadas modalidades de negociación colectiva ( movilidad geográfica, MSCT...) sin que pueda utilizarse para supuestos no estén expresamente contemplados por la norma, lo que no sucede con la negociación de los planes de igualdad (TS 26-1-21; TS 25-1-2021).

Señala el TSJ que en el supuesto enjuiciado no se discute la legitimación de una comisión ad hoc para negociar un plan de igualdad, si no si, una vez efectuado el requerimiento por parte de la empresa a los sindicatos con legitimación para negociar el plan de igualdad y finalizado el plazo de diez días previsto, la empresa puede continuar con el proceso de elaboración del plan de igualdad, o si, por el contrario, ha de reiterar el requerimiento una y otra vez hasta que sea contestado positivamente por los sindicatos y se forme la correspondiente Comisión negociadora.

El TSJ interpreta que la válida aprobación de un plan de igualdad se requiere que la empresa haya comunicado a los sindicatos más representativos su intención de proceder a la negociación de un plan de igualdad, pero si los mismos no responden a dicho requerimiento en el plazo de 10 días se ha de entender que la empresa puede proceder a la aprobación de dicho plan de igualdad. Lo que se exige es dar a los sindicatos la posibilidad de participar en la negociación del plan, pero la empresa no puede imponerles participar. Lo contrario implicaría aceptar que el cumplimiento de esta obligación depende de la voluntad de un tercero y que la falta de respuesta de los sindicatos sería suficiente para impedir el cumplimiento de la obligación empresarial, con las consecuencias negativas que de ello puedan derivarse para la empresa. Añade que esta posibilidad ya ha sido admitida por la jurisprudencia en circunstancias excepcionales de un bloqueo negociador por parte de los representantes de los trabajadores o de los sindicatos, siempre y cuando la se acredite haber requerido a la representación legal o sindical de los trabajadores para que formen parte de la Comisión negociadora del plan y los mismos se hayan negado injustificadamente a la negociación (TS 14-2-17; 13-9-18).

Por todo ello, concluye que en el supuesto enjuiciado, la empresa, ante la falta de RLT y la obligatoriedad de contar con un plan de igualdad, dirigió comunicaciones a los sindicatos más representativos, requiriéndoles para en 10 días designasen las personas que debían formar parte de la Comisión negociadora del plan de igualdad, sin recibir respuesta. Considera que la empresa no tenía la obligación de remitir sucesivos requerimientos, pues ello no se encuentra previsto ni legal ni reglamentariamente, pudiendo continuar con los trámites para la aprobación del plan de igualdad. No puede aceptarse la postura de la DGTr que requiere que en ausencia de respuesta o negativa, la empresa tenga que requerirles cuantas veces sean necesarias pues sería reconocer a los sindicatos la posibilidad de bloquear indefinidamente la aprobación de un plan de igualdad, lo que resulta difícilmente compatible con la obligatoriedad del plan de igualdad y las consecuencias negativas en el caso de inexistencia.

Por todo ello, se estima la demanda promovida por la empresa acordando la revocación de la resolución de la DGT.

## **18. ¿Es causa de despido el positivo en drogas si no se evidencian sus efectos?**

**STSUD 21-2-23**

### **Resumen**

El TS unifica doctrina y declara que en el sector de transporte de viajeros por carretera es causa de despido disciplinario el positivo en drogas comprobado en un control rutinario de la Guardia Civil, sin que sea necesaria la existencia de maniobras extrañas o siniestro circulatorio.

### **Despido por consumo de drogas**

Un conductor de autobús en servicio da positivo en cocaína en un control rutinario de alcoholemia y drogas. Como consecuencia, el vehículo es inmovilizado, debiendo desplazarse dos compañeros a la zona para terminar el servicio. Estos hechos motivaron las quejas de los viajeros, viéndose la empresa obligada a devolver los importes de los billetes.

Esta situación supuso el despido disciplinario del trabajador que el TSJ Castilla-La Mancha declara improcedente, argumentando que el laudo arbitral aplicable en el sector, solo

alude a la conducción bajo los efectos de drogas o similares y el simple hecho de dar positivo no comporta que así suceda. Máxime cuando el rastro en sangre puede perdurar varios días desde que cesó su influencia en las facultades cognitivas y volitivas del consumidor.

La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina discutiendo la interpretación de la previsión del Laudo arbitral respecto del consumo de drogas.

Para el TS, el Laudo arbitral aplicable en materia disciplinaria contempla dos situaciones diversas: superar una tasa de alcoholemia y la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes. Ninguna de ellas requiere requisitos adicionales (presencia policial, previa detección de anomalías viales, protesta de usuarios de transporte, proximidad cronológica de la ingesta, o reiteración del comportamiento). Respecto de la superación de la tasa de alcoholemia, es este hecho el que constituye en sí mismo el incumplimiento sancionable, sin que sea precisa su percepción subjetiva por parte de terceros. El tipo sancionador queda integrado, del mismo modo, por estar afectado por sustancias estupefacientes, sin que pueda equipararse a que existan pruebas que acrediten la irregularidad de la conducción. Esta interpretación concuerda con la legislación sobre seguridad vial, que tipifica como infracción muy grave la mera conducción con presencia de drogas en el organismo (RD 6/2015 art.14 y 77 c).

Añade el TS que en el sector de transporte por carretera la presencia de sustancias alcohólicas o estupefacientes se aborda con un enfoque diverso al de otros ámbitos, debiendo prestar especial atención a la integridad física de los pasajeros. Así, interpreta el TS que la conducta tipificada por las normas sectoriales del transporte de viajeros por carretera como “conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes” concurre si se acredita analíticamente la persistencia de tales sustancias, sin que sea necesario la existencia de maniobras extrañas o siniestro circulatorio.

Por ello, el TS estima el recurso y considera procedente el despido porque el trabajador ha consumido drogas sabiendo que iba a conducir un autobús de transporte de pasajeros, lo que supone asumir el riesgo de que tal ingesta le provocase una alteración en sus condiciones y aptitudes respecto de la seguridad vial. Este consumo se produjo pese al conocimiento de su prohibición, vulnerando la confianza depositada por la empleadora. Además, valora las consecuencias negativas sobre la empresa que resulta perjudicada en su reputación, además de tener que devolver el importe de los billetes. Estas conductas suponen una transgresión de la buena fe contractual.

## 19. Plus de presencia: ¿cómo se calcula en caso de huelga?

**STSUD 9-2-23**

### **Resumen**

El TS declara que vulnera el derecho de huelga la práctica empresarial de computar como absentismo, a efectos del percibir el plus de presencia, las ausencias que por el ejercicio del derecho de huelga. Señala que sólo es posible su cómputo cuando esté previsto en el convenio colectivo aplicable.

### **Vulneración del derecho de huelga**

Uno de los sindicatos convoca una huelga general de 24 horas el 8-3-2018. La empresa computa para los trabajadores que secundaron las 8 horas de huelga como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el convenio colectivo aplicable.

Una de las representaciones sindicales, junto a 17 trabajadores afiliados, que habían ejercido el derecho de huelga, presenta demanda de tutela de los derechos fundamentales por vulneración del derecho de huelga. La demanda es estimada en la instancia y desestimada en suplicación. El TSJ no aprecia vulneración del derecho de huelga pues considera el cómputo del tiempo de ejercicio del derecho de huelga a efectos de valorar el absentismo es una cuestión de legalidad ordinaria y no resulta adecuado el proceso de tutela. El sindicato plantea recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión planteada consiste en determinar si vulnera el derecho de huelga incluir las ausencias causadas como consecuencia del derecho de huelga en el cómputo del absentismo a efectos de percibir el denominado premio por presencia. También se plantea si el procedimiento de tutela es adecuado en el supuesto enjuiciado.

Con relación a la utilización de la modalidad procesal de tutela, el TS considera que el cómputo como absentismo del tiempo del ejercicio del derecho de huelga no es una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena a la tutela y protección del derecho de huelga. Entiende que se trata de una cuestión de relieve constitucional directamente relacionada con el derecho de huelga, en cuanto que puede disuadir del ejercicio del derecho, por lo que sí resulta adecuada.

En cuanto a si se ha producido una vulneración del derecho de huelga, para resolver el recurso, el TS recuerda su doctrina consolidada en la que establece que para que el

tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus es preciso que conste expresamente en el convenio colectivo aplicable. En caso de que el convenio colectivo guarde silencio, este no puede interpretarse como una autorización para que, a los efectos de la percepción del complemento o plus, la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo. Por el contrario, este silencio debe interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental.

En el supuesto enjuiciado, el convenio colectivo aplicable no computa como absentismo, a los efectos del premio por presencia, el accidente laboral, los permisos especiales por matrimonio, la enfermedad grave o el fallecimiento de un familiar de primer grado y los retrasos en el transporte de la empresa, pero guarda silencio con relación a la huelga, que ni se incluye ni se excluye del cómputo. Por ello, aplicando su doctrina anterior, el TS concluye que solo sería posible incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiese establecido, sin que el silencio del convenio pueda interpretarse en el sentido más desfavorable al derecho fundamental.

Por todo ello, se estima el recurso, casando y anulando la sentencia dictada en suplicación confirmando la sentencia de instancia.

## **20. Regularización de las cotizaciones afectadas por las nuevas bases mínimas de cotización**

**BNR 5/2023**

### **Resumen**

La TGSS ha publicado un nuevo BNR 5/2023 en el que informa de la regularización de las liquidaciones de cuotas afectadas por la publicación de las nuevas bases mínimas de cotización en el RGSS y en el Sistema especial de Empleados de hogar. Informa además de cómo solicitar la base de cotización reducida establecida para los artistas con ingresos inferiores a 3.000 euros anuales incluidos en el RETA.

## **Noticias RED**

A través del BNR 5/2023, la TGSS informa de las siguientes cuestiones:

1. Como consecuencia de la publicación de las nuevas bases de cotización mínimas para 2023, se informa de que se van a cerrar todos los servicios del Sistema de Liquidación Directa durante los primeros días de abril (OM PCM/313/2023).

Posteriormente, se procederá a realizar la correspondiente regularización de las liquidaciones de cuotas ya presentadas respecto de los períodos de liquidación de enero y febrero de 2023. Las diferencias de cotización podrán ingresarse sin recargo hasta el último día del mes siguiente a aquel en el que la TGSS comunique la actualización de las liquidaciones de cuotas afectadas.

Por ello, no se deben presentar liquidaciones complementarias con el fin de evitar duplicidades posteriores.

2. En el Sistema Especial de empleados de hogar la regularización se llevará a cabo de la siguiente manera:

- Cuotas correspondientes al período de liquidación de marzo de 2023: se calcularán aplicando ya las nuevas bases de cotización.
- Cuotas correspondientes al periodo de liquidación de febrero de 2023: se regularizarán en el mes de mayo mediante la emisión de la correspondiente liquidación complementaria, y se cargará junto con las cuotas del mes de abril.
- Cuotas correspondientes al período de liquidación de enero de 2023: se regularizarán a partir del mes de junio de 2023.

Los responsables del pago de las cuotas no deberán realizar actuación alguna y podrán consultar el importe de las cuotas complementarias, a partir del día 26 del mes, accediendo a su Área Personal en el Portal de la TGSS – IMPORTASS.

3. En relación con los artistas incluidos en el RETA cuyos ingresos anuales sean iguales o inferiores a 3.000 euros, la base de cotización se fija para 2023 en 526,14 €/mes. Esta base se podrá solicitar a través del Sistema RED, a partir del 11 de abril, de las siguientes maneras:

- junto con la solicitud de alta que se realice a través del Sistema RED, con efectos desde la fecha de alta;

– a través del servicio “Cambio de base de cotización en el régimen especial de trabajadores autónomos”, si se pide después del alta.

El plazo de ingreso de las cuotas será el establecido con carácter general, salvo que el interesado solicite expresamente que sea trimestral a través de un nuevo Servicio que estará operativo en la Oficina Virtual, previsiblemente, a partir de junio de 2023 y que permitirá también renunciar al pago trimestral de las cuotas. Hasta entonces, tanto la solicitud como la renuncia al plazo reglamentario de ingreso trimestral de las cuotas de los artistas con bajos ingresos integrados en el RETA, deberá realizarse por CASIA, a través del trámite “Cambio plazo de ingreso” de la materia “Cotización”.

## **21. España se adhiere al Convenio de la OIT sobre trabajo decente para trabajadores domésticos**

**Instrumento de adhesión al Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, BOE 3-4-2023**

### **Resumen**

España ha ratificado el convenio de la OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. entrará en vigor el 29-2-2024.

### **Adhesión al Convenio OIT**

España ha ratificado el convenio OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos. Aunque el convenio entró en vigor con carácter general el 5-9-2013, para España se fija una vigencia a partir del 29-2-2024.

El convenio se aplica a todos los trabajadores domésticos. No obstante, previa consulta de las asociaciones más representativas de los empleadores y trabajadores, puede excluir total o parcialmente de su aplicación a trabajadores para las que esté previsto otro tipo de protección equivalente o que planteen problemas de carácter sustantivo.

El Convenio obliga a los Estados miembro a adoptar medidas para asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos, adoptando las medidas necesarias para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo (libertad de asociación y sindical, prohibición del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, no discriminación).

Asimismo, el convenio establece las siguientes obligaciones a los Estados miembros:

- a) Fijar una edad mínima para los trabajadores domésticos, que no podrá ser inferior a la edad mínima estipulada en la legislación nacional para los trabajadores en general.
- b) Adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.
- c) Adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente y si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad.
- e) Asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos.
- f) Garantizar que los trabajadores domésticos migrantes reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo adecuadas. También deben especificar las condiciones según las cuales tienen derecho a la repatriación tras la finalización de su contrato.
- g) Asegurar que puedan acordar residir o no en el hogar familiar y a no permanecer en el mismo durante los periodos de descanso (semanal, diario, vacaciones...). También tienen derecho a conservar sus documentos de viaje.
- h) Adoptar medidas para asegurar la igualdad de trato entre los los trabajadores domésticos y los trabajadores en general. Se establece un periodo de descanso de, al menos, 24 horas consecutivas.
- i) Asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, sin discriminación por motivo de sexo. Asimismo a que el salario sea abonado a intervalos regulares, como mínimo mensualmente, ya en efectivo, mediante transferencia u otra medio de pago.

Santiago Blanes Mompó.

Socio del Dpto. laboral de Tomarial Abogados y Asesores Tributarios