

Tema del Mes

ENTRADA EN VIGOR EL 1 DE JUNIO DE LAS SITUACIONES ESPECIALES DE IT PARA LAS MUJERES

Mayo 2023

Tema del Mes
Marina Caballero Casañ

Comentario de Jurisprudencia
Inés María Espinosa Rodrigo





ÍNDICE

TEMA DEL MES	1-4
Entrada en vigor el 1 de junio de las situaciones especiales de IT para las mujeres.	
NOTICIAS DE ACTUALIDAD	5-6
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA	7-10
Despido por ineptitud sobrevenida cuando una vez subrogada la persona trabajadora se descubre que no tiene la titulación	
SENTENCIAS DE DE INTERÉS	11-12
BNYAGENDA	13-14

El pasado 1 de marzo se publicó en el BOE la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modificaba la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y en virtud de la cual se introdujeron, entre otras novedades, nuevas situaciones de Incapacidad Temporal para las mujeres.

TEMA DEL MES

ENTRADA EN VIGOR EL 1 DE JUNIO DE LAS SITUACIONES ESPECIALES DE IT PARA LAS MUJERES.

Estas nuevas situaciones especiales de IT, introducidas en esta nueva Ley, entrarán en vigor el próximo día 1 de junio, tal y como establece la Disposición Final Decimoséptima de la meritada Ley. En concreto, se introducen tres situaciones que, si bien hasta la fecha tenían cobertura a través de una Incapacidad Temporal por contingencias comunes, con la nueva regulación, ven ampliada la cobertura, dotando a estas tres situaciones de una especial protección como se verá a continuación.

En primer lugar, se dota de especial protección a aquellas mujeres que padezcan una menstruación incapacitante, pues, hasta la fecha, cualquier mujer con dolores incapacitantes derivados de la menstruación podía acogerse a una situación de incapacidad temporal, siendo ésta por contingencias comunes, sin embargo, a partir del próximo día 1 de junio, se les brinda a las mujeres que padezcan menstruación

incapacitante secundaria, que, en virtud del tenor literal de la ley, se describe como aquella situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.

En concreto, las mujeres con menstruaciones incapacitantes que necesiten acogerse a esta modalidad de IT percibirán en concepto de subsidio del 1º al 20º día el 60% de su base reguladora, y a partir del día 21º, el 75% de dicha base reguladora, como si de una IT por contingencias profesionales se tratase, y todo ello con exclusivo cargo a la Seguridad Social, siendo la única obligación de la empresa la de continuar cotizando durante el periodo de la IT.

Asimismo, y tal y como ocurre con cualquier otro hecho causante que dé lugar a una situación de Incapacidad Temporal, recae sobre el médico de cabecera la obligación de determinar si la sintomatología padecida por la trabajadora durante la menstruación supone una incapacidad o no, así como, en consecuencia, la duración de la baja médica.

En cuanto al contenido que se le ha dado a esta nueva situación que difiere en algunos aspectos de una Incapacidad Temporal por contingencias comunes al uso, aparte del abono del subsidio desde el primer día de baja, es necesario hacer mención a que cada baja médica por menstruación incapacitante de la mujer se considerará un proceso nuevo, sin computar a los efectos de recaída o periodo máximo de duración de la situación de incapacidad, así como a que todas las mujeres tendrán acceso a la misma sin necesidad de que se requiera un periodo mínimo de cotización previa.

En segundo lugar, se introduce la regulación de una especial protección para las incapacidades temporales derivadas de dolencias consecuencia de la interrupción, voluntaria o no, del embarazo, siempre que por la sintomatología se precise asistencia sanitaria de los Servicios Públicos de Salud y que, asimismo, estos síntomas incapaciten a la trabajadora para desarrollar con normalidad su actividad laboral, incapacitación que



deberá estimar el médico de cabecera, como en cualquier IT común.

Esta especial protección se caracteriza por no requerirse un periodo mínimo de cotización previa para tener acceso a la prestación, así como por determinarse que la trabajadora que se encuentre en esta situación percibirá un subsidio del 60% de su base reguladora desde el 2º día de baja y hasta el 20º, y del 75% de dicha base reguladora a partir del día 21º, corriendo a cargo de la Seguridad Social el abono íntegro del meritado subsidio y siendo únicamente obligación del empresario abonar el salario íntegro del 1º día de baja a la trabajadora, así como mantener las cotizaciones durante el periodo de IT.

Pese a que, como ya se ha expuesto, estamos antes una situación de IT por contingencias comunes con especialidades, en aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, la Incapacidad Temporal se categorizará como por contingencias profesionales.

En tercer lugar, con la publicación de la Ley 1/2023, se introduce una especial protección a las mujeres embarazadas en la semana 39ª de gestación, al regularse como una situación de Incapacidad Temporal especial por contingencias comunes la meritada 39ª semana de gestación, desde el primer día de la misma.

Para el acceso a la prestación derivada de esta IT, que consistirá en el abono por parte exclusivamente de la Seguridad Social de un subsidio del 60% de la base reguladora desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, se requiere que la trabajadora embarazada tenga el periodo mínimo de cotización previa que se requiere para la prestación por nacimiento, que varía en función de la edad de la trabajadora.

De esta manera, al corresponderle el abono de la prestación a la Seguridad Social desde el 2º día de baja, es obligación de la empresa abonar a la trabajadora embarazada que se acoja a esta modalidad de IT, el abono íntegro del salario correspondiente al primer día de baja médica, así como mantener las cotizaciones durante la IT.

La nueva regulación dada por la Ley 1/2023, reconociendo esta IT, brinda una especial protección a las trabajadoras embarazadas en la semana 39ª de gestación, dado que, las mujeres que soliciten esta incapacidad, no solo recibirán una prestación desde el segundo día de baja, sino que la misma se extenderá hasta el momento del parto, y se percibirá con independencia de que la mujer se encuentre incapacitada física o mentalmente para desarrollar de forma habitual su actividad, siendo el único requisito cumplir con el periodo mínimo de cotización, por lo que podría considerarse una situación de IT por contingencias comunes "automática".

En conclusión, y a modo de resumen, a partir del 1 de junio, las mujeres trabajadoras dispondrán de una especial protección cuando se encuentren en una situación de incapacidad temporal como las descritas,

consideradas todas ellas situaciones especiales de contingencias comunes en las que se recibirá por las mujeres en situación de IT la prestación o bien desde el mismo día de la baja por menstruación incapacitante o bien desde el 2º día de baja en las otras dos situaciones, pero en todos los casos siendo la única obligada al abono de esta prestación la Seguridad Social, lo que supone que la única obligación surgida para las empresas como consecuencia de estas tres protecciones especiales, será la de abonar el salario del primer día de baja en caso de interrupción del embarazo o de inicio por encontrarse en la 39ª semana de gestación, así como mantener durante los tres tipos de incapacidad temporal las cotizaciones.

Tema del mes
Marina Caballero
Abogada

ACTUALIDAD

LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO 2023 - 2027



El pasado 28 de abril se publicó en BOE la resolución de 20 de abril de 2023, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

El contenido de la estrategia se estructura en seis objetivos concretos, sobre los que, en materia laboral, se verán ampliamente afectadas: la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las nuevas formas de organización del trabajo y el cambio climático desde la óptica preventiva, la apuesta por la integración y la formación en PRL o la perspectiva de género en la seguridad y salud en el trabajo.

LOS REQUERIMIENTOS DE INSPECCIÓN DE TRABAJO EN MATERIA DE IGUALDAD



Según se ha venido advirtiendo y como así se incluye incluso en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, la actuación inspectora tiene en el punto de mira los Planes de Igualdad de las empresas obligadas.

Recientemente se ha podido comprobar el incremento de requerimientos de la Inspección de trabajo en este ámbito, con el objetivo no sólo de verificar que las empresas obligadas a tener un Plan de Igualdad lo tienen, sino que además lo han registrado en el REGCON. Se está solicitando, entre otras, la aportación del Plan de igualdad, su inscripción y registro, la composición de la comisión negociadora, actas de las reuniones, auditoría retributiva y registros, etc.

CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA AUDIENCIA NACIONAL AL TJUE EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO



La Sala (17 de marzo de 2023, rec.350/2022) ha elevado al TJUE la petición de declaración de nulidad de la cláusula de un convenio colectivo que pudiere incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo.

El asunto plantea la posible existencia de trato diferenciado dado que la empresa abona por dietas de manutención a un colectivo fuertemente feminizado una cantidad inferior a la que abona a un colectivo compuesto en su mayoría por varones. El aspecto que motiva la cuestión prejudicial es que en la empresa se aplican dos convenios colectivos distintos, uno para cada colectivo, negociados con diferentes interlocutores sociales.

LA NUEVA LEY “DEL CLIMA” Y LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO



El pasado 12 de mayo fue publicado en BOE el Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y agravamiento de las condiciones del sector primario [...], que, entre otras, regula disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

Entre otras, modifica el Real Decreto 486/1997, e interpone la obligación de tomar medidas, derivadas de la evaluación de riesgos laborales, para la protección de las personas trabajadoras que desarrollen trabajos al aire libre y en lugares de trabajo que no puedan quedar cerrados, frente a cualquier riesgo relacionado con fenómenos meteorológicos adversos, incluidas las temperaturas extremas.

INTENSIFICACIÓN EN LAS INSPECCIONES EN MATERIA DE TELETRABAJO



El teletrabajo se encuentra identificado como una de las materias objeto de verificación de cumplimiento dentro de la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

Así pues, se prevé que la Inspección de Trabajo realice campañas dirigidas a todas aquellas empresas que utilicen la modalidad de prestación laboral a distancia, especialmente en formato teletrabajo, para comprobar el nivel de cumplimiento de la Ley 10/2021, de 9 de julio; en relación no solo con los acuerdos de trabajo a distancia, sino también sobre las disposiciones específicas sobre seguridad y salud relacionadas con los riesgos psicosociales.

NUEVA DIRECTIVA PARA REFORZAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES



El pasado 17 de mayo se publicó en BOE la Directiva 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Entre otras medidas contenidas, se introduce la de realizar por parte de las empresas una evaluación retributiva conjunta con la representación legal de las personas trabajadoras cuando haya una diferencia en el nivel retributivo medio de trabajadoras y trabajadores de al menos el 5% en cualquier categoría, que esta diferencia no se haya justificado y la empresa no haya subsanado esa diferencia injustificada en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Despido por ineptitud sobrevenida cuando una vez subrogada la persona trabajadora se descubre que no tiene la titulación

Inés María Espinosa Rodrigo



La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia 306/2023 de 25 de abril del mismo año declara que cabe el despido objetivo de un trabajador por ineptitud sobrevenida, cuando después de haber sido subrogado, se descubre que el mismo carece de la titulación exigida por el pliego de prescripciones administrativas para desempeñar el puesto de trabajo, y ello a pesar de que ya tenía 5 años de experiencia en el desempeño de dicho puesto de trabajo.

En el caso que nos ocupa, el trabajador venía prestando servicios en una empresa dedicada a la actividad económica de prestación de todo tipo de servicios sociales, educativos, sociosanitarios, socioeducativos y/o psicosociales.

La cuestión que se ha resuelto por el Tribunal Supremo es la determinar si la nueva empresa adjudicataria del servicio puede extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida del trabajador al amparo del artículo 52.a) del ET, una vez que se ha subrogado en los trabajadores de la anterior concesionaria y constata que no dispone de la titulación requerida en pliego de cláusulas administrativas.

Pues bien, el Tribunal Supremo al analizar la cuestión señala que, a pesar de que el trabajador haya estado desempeñando el puesto con la anterior adjudicataria durante cinco años, sin que exista una merma en sus capacidades laborales, al exigir el pliego de cláusulas administrativas una titulación determinada que antes no se exigía, cabe su despido por ineptitud sobrevenida.





En este sentido la sentencia señala dentro del concepto de ineptitud sobrevenida, cabe la ausencia o falta de un condición legal o requisito específico, como puede ser la pérdida de una autorización o título habilitante para el ejercicio de la actividad.

Asimismo, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se señala que la empresa entrante ha cumplido con lo dispuesto en el convenio colectivo en materia de subrogación y que no ha actuado en fraude de ley o de forma torticera ya que pues no existe el menor indicio de que la empresa actuase de forma abusiva, torticera o fraudulenta, o lo que es lo mismo, con el ánimo de eludir sus obligaciones de subrogación, bajo el subterfugio de aparentar la asunción de dicha obligación y articular posteriormente un despido objetivo carente de cualquier base para burlarla.

Todo lo contrario, la empresa cumplió con sus obligaciones en materia de subrogación, y cuando se dio cuenta de que el trabajador carecía de la titulación exigida por el pliego de cláusulas administrativas, extremo este que desconocía la momento de la subrogación pues la empresa saliente solo les facilitó el listado de trabajadores y sus nóminas, intentó conseguir del Ayuntamiento la autorización para mantener al trabajador en su puesto de trabajo pese a no disponer de la titulación exigida para su desempeño, invocando para ello la constatada experiencia profesional adquirida en los cinco años de ejercicio de esa actividad, lo que le fue expresamente denegado por la administración al no admitir que esa trayectoria profesional pudiese suplir la carencia del título.

Teniendo en cuenta lo que se recoge en dicha sentencia, se abre la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas se estén recogiendo o se recoja el cumplimiento de determinados requisitos para el desarrollo de la prestación de servicios, que con posterioridad a la subrogación podrían operar como causa de despido objetivo, siempre que la empresa saliente no informase a la entrante de la carencia o falta de cumplimiento de los trabajadores en los mismos.

Comentario de jurisprudencia
Inés María Espinosa
 Abogada

SENTENCIAS DE INTERÉS

NO EXISTE OBLIGACIÓN DE COMPENSAR EL DÍA FESTIVO QUE COINCIDE CON EL DESCANSO SEMANAL

STSJ MAD 141/2023,, DE 8 DE FEBRERO.

La Sala ha entrado a conocer del conflicto colectivo que plantea si la empresa se encuentra obligada a compensar el solapamiento de un día de descanso cuando este coincide con un festivo, en un colectivo en concreto de personas trabajadoras con una jornada establecida de lunes a domingo y cuyo día de descanso se encuentra siempre establecido de lunes a viernes.

La Sala ha concluido que esta situación no da lugar a compensación alguna por,

en concreto, no infringir la normativa relativa al disfrute de festivos. Tiene en consideración que el artículo 37.2 del ET ya prevé el solapamiento, haciendo única referencia a la coincidencia en domingo, sin otra alusión acerca de aquellos festivos que no sean en domingo y que coincidan con el descanso semanal y, además, recuerda que la consideración de día festivo no deriva de la necesidad de descanso, sino de una celebración social colectiva por motivos culturales, históricos o religiosos, y por tanto, no trabajando ese día la finalidad del festivo es alcanzada.

EL DERECHO DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS A PERCIBIR DÍAS ADICIONALES DE VACACIONES Y PERMISOS SEGÚN ANTIGÜEDAD

STS CyL 1297/2023, DE 27 DE MARZO

El recurso de que ha tenido conocimiento la Sala planteaba la cuestión de si el recurrente, personal laboral fijo discontinuo, tenía derecho a percibir los días adicionales de vacaciones y permisos para asuntos propios con arreglo al tiempo de prestación efectiva de servicios o con arreglo a la antigüedad reconocida desde el inicio de la relación laboral.

Pues bien, el recurso es estimado por la Sala, al tener en cuenta la redacción dada

al artículo 16.6 del ET a través del Real Decreto Ley 32/2021, y que establece que “las personas fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados”. La Sala recuerda que lo relativo al cómputo antigüedad en los términos en que venía haciendo la jurisprudencia no estaba establecido de forma expresa en ninguna disposición y que por tanto, la interpretación jurisprudencial debe entenderse modificada y sin efecto a partir de la vigencia de la nueva redacción

LA CAÍDA EN LA DUCHA DURANTE UN VIAJE DE TRABAJO NO SE CONSIDERA ACCIDENTE LABORAL

STS 278/2023, DE 18 DE ABRIL.

El Tribunal Supremo estima el recurso planteado por la mutua, frente a la postura adoptada tanto por el Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al considerar que no es accidente laboral el producido por una caída en la ducha en el hotel en que se encontraba la persona trabajadora con ocasión de un desplazamiento para asistir a un evento relacionado con su actividad laboral.

En concreto, considera la Sala que no es de aplicación la doctrina sobre la

“ocasionalidad relevante” en el asunto ante la ausencia de datos que enlacen la contingencia con el factor de la misión, añadiendo que solo la concurrencia de datos adicionales permitiría su aplicación. Sin embargo, también apunta la Sala que, dada la necesidad de atender a las múltiples circunstancias de cada caso, esta solución pudiere considerarse no generalizable a todos los casos similares, sino solo a aquellos en que concurren las mismas circunstancias y en especial la ausencia de una conexión especial entre el desplazamiento laboral y el accidente.

POSIBILIDAD DE PLANTEAR UN ERTE SUSPENSIVO DE CARÁCTER PREVENTIVO RESPECTO A UNA HIPOTÉTICA SITUACIÓN FUTURA

SAN 1934/2023, DE 17 DE ABRIL.

La Audiencia Nacional ha entrado a conocer del conflicto colectivo por el que se impugna la decisión empresarial de suspender los contratos de un total de 1.452 personas trabajadoras por la prevista disminución de pedidos a futuro, en base a la ya experimentada a partir del cuarto trimestre de 2022. El empresario, justifica la suspensión ante la necesidad de dotarse de un mecanismo de flexibilidad en el empleo durante el año 2023 en previsión de que la disminución de pedidos pueda seguir produciéndose.

A este respecto, la Sala aprecia que la postura adoptada por el empleador es adecuada y en previsión de que pueda mantenerse la disminución hacia el futuro, entiende justificada que hacia ese futuro se proyecte también la suspensión de contratos como medida preventiva; siendo, por tanto, razonable el número de días de suspensión para el 2023 y que el calendario se deje en manos del empresario, sin necesidad de individualizarse los días de suspensión para cada afectado.

AGENDA

5 MAYO

JORNADA SOBRE PRUEBA PERICIAL, “EXPERT DETERMINATION” Y ARBITRAJE

El pasado 5 de mayo nuestro compañero y Director del área de Derecho Privado del despacho, Manuel de Lorenzo, participó como moderador de la mesa redonda en la Jornada organizada por Garrigues sobre prueba pericial, “expert determination” y arbitraje, celebrada en el Palacio Colomina de la Universidad CEU Cardenal Herrera.

Dicha jornada, contó con la intervención de la Decana de la Facultad de Derecho, D^a. Esperanza Ferrando Nicolau, D. Francisco Soler, socio responsable del área de levante de Garrigues; D^a. M^a Pía Calderón, magistrada del TSJ de la Comunidad Valenciana, D. Pedro Tent Alonso, socio responsable del departamento de litigación y arbitraje de Garrigues en Valencia y D^a. Gabriela Bravo, Consellera de Justicia de la Generalitat Valenciana.

8 MAYO

FIRMA DEL CONVENIO COLECTIVO DE AGENCIAS DE VIAJES



Tras la firma del preacuerdo el pasado 28 de abril, el reciente 8 de mayo la Confederación Española de Agencias de Viajes y toda la representación sindical del sector: UGT, CCOO y Valorian, firmaron el acuerdo para aprobar el nuevo Convenio Colectivo de Agencias de Viajes.

Nuestros compañeros, Javier Jiménez de Eugenio y Fernando Izquierdo Monllor han acompañado y asesorado en este importante hito a la Confederación Española de Agencias de Viajes, consiguiendo un texto que recoge diversos cambios en los que no sólo se ha logrado consenso sino también una adaptación al escenario actual, dotando de estabilidad al sector los próximos dos años.

¡Gracias!

Si desea recibir esta y otras publicaciones por email, o por el contrario desea darse de baja de nuestro sistema, por favor póngase en contacto con el departamento de Comunicaciones de Navarro & Asociados Abogados mandando su solicitud a info@bnya.es o comunicaciones@bnya.es

Redacción Noticias y Sentencias
Laura Tudela Serna

Maquetación Y Diseño de la Revista
Mar Navarro Suria

NAVARRO & ASOCIADOS
Abogados

VALENCIA
Marqués del Turia, 13 - 1º
46005 Valencia
Tel. 96 351 71 19
Fax 96 352 87 29
valencia@bnya.es

BARCELONA
Diagonal, 405 bis - 1º
08008 Barcelona
Tel. 931621448
Fax 931621446
barcelona@bnya.es

MADRID
Lagasca, 56 - 1º
28001 Madrid
Tel. 91 559 91 12
Fax 91 541 70 84
madrid@bnya.es

BILBAO
Henaonº 11 - 1º
48009 Bilbao
Tel. 94 424 34 26
Fax 94 424 35 52
bilbao@bnya.es

PALMA MALLORCA
Mateu Enric Lladó, 5-3ºE
07002 Palma Mallorca
Tel. 971 72 79 53
Fax 971 46 61 81
pmallorca@bnya.es