

RocaJunyent Informa

Departamento Derecho Laboral
07 de marzo de 2023



En el Boletín Oficial del Estado (BOE) del día 1 de marzo de 2023 se han publicado tres leyes de interés, con impacto directo en las relaciones laborales y en el ámbito de la Seguridad Social.

1. Ley orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Esta Ley, en vigor desde el día 2 de marzo de 2023, tiene por finalidad, entre otros aspectos, (i) garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, (ii) regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y (iii) prevenir y dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo. Centrándonos en su contenido laboral, destacamos:

Reconoce **tres nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal (IT) por contingencias comunes**, que entrarán **en vigor el próximo 1 de junio de 2023**.

- La baja laboral en que pueda encontrarse la mujer en caso de **menstruación incapacitante secundaria**¹.
- La **interrupción del embarazo** sea voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo.
- El periodo comprendido entre el **primer día de la semana 39ª de gestación de la mujer trabajadora hasta el parto**.

En la situación especial de IT por menstruación incapacitante secundaria el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo. En la situación especial de IT por interrupción del embarazo, así como en la situación especial de gestación desde el día primero de la semana 39ª, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

En las nuevas bajas de IT por menstruación incapacitante secundaria o interrupción del embarazo no se exigirán periodos mínimos de cotización.

En las bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria, cada proceso se considerará nuevo, sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT (365 días) y de su posible prórroga (180 días).

El subsidio se abonará mientras se mantenga la situación de IT. No obstante, en la situación especial de IT a partir de la semana 39ª de gestación, se abonará desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual seguirá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación mientras ésta se mantenga.

Acogimiento familiar. Se elimina el requisito de que su duración no sea inferior a un año, para generar el derecho a prestaciones. A tal efecto, se modifica del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula la prestación por nacimiento y cuidado de menor y el art. 45.1.d) del ET que regula las causas de suspensión del contrato de trabajo.

¹ Situación de incapacidad temporal derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.

2. Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo

Su entrada en vigor es el 2 de marzo de 2023. Destacan las siguientes modificaciones:

Inembargabilidad del salario mínimo interprofesional (SMI). Se modifica el apartado 2 del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para establecer que el SMI, en su cuantía, tanto anual como mensual, es inembargable. A efectos de determinar lo anterior se tendrán en cuenta tanto el periodo de devengo como la forma de cómputo, se incluya o no el prorrateo de las pagas extraordinarias, garantizándose la inembargabilidad de la cuantía que resulte en cada caso.

En particular, si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del salario mínimo interprofesional mensual y en el caso de que en el salario mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual prorrateado entre doce meses.

Informe preceptivo de la Inspección de Trabajo (ITSS) sobre las causas en los despidos colectivos y suficiencia documental (artículo 51.2 del ET). El informe preceptivo de la ITSS, que solicita la autoridad laboral tras la comunicación de la apertura del periodo de consultas, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial, y constatará que la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir.

Modificaciones de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Se considerará que presentan un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez.

Derogación del procedimiento de oficio ante la jurisdiccional social, derivado de comunicaciones de la autoridad laboral. Anteriormente, cuando la TGSS o la Autoridad Laboral cuestionaban la naturaleza laboral de la relación en un procedimiento administrativo sancionador o liquidatorio, debían interponer demanda de oficio ante la jurisdicción social. Salvo casos flagrantes, no podían cursar directamente altas de oficio².

² El Real Decreto-ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas dota de facultades de revisión de oficio a la Administración de la Seguridad Social en actos de encuadramiento.

La Ley de Empleo deroga este “procedimiento de oficio” regulado en el artículo 19 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y en el art. 148 d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Las empresas y trabajadores podrán acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, competente para resolver las impugnaciones de los actos administrativos de inscripción y afiliación a la Seguridad Social.

Procedimiento para el reconocimiento de la compensación económica para las personas afectadas por el amianto. Se modifica la Ley 21/2022, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto. El procedimiento se iniciará a solicitud de la persona perjudicada o de sus causahabientes, dirigida al INSS. La solicitud deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de la enfermedad y lesiones padecidas, y por los informes emitidos en los términos que se determinen reglamentariamente.

En las personas trabajadoras afectadas por la exposición al amianto, la solicitud se acompañará también del informe sanitario del PIVISTEA (Plan Integral de Vigilancia de la salud de los trabajadores que estén o estuvieron expuestos al amianto) y de los documentos que se establezcan reglamentariamente para probar la exposición. No obstante, cuando ya se hubiera determinado el origen profesional de la enfermedad, se adjuntará a la petición exclusivamente la resolución de reconocimiento de la enfermedad. También se acompañará la información de las acciones judiciales y extrajudiciales que estén en curso al momento de la solicitud, así como prestaciones o compensaciones reconocidas por su exposición.

El INSS procederá a dictar resolución y a notificar la misma en el plazo máximo de 6 meses, indicando, en su caso, de conformidad con la documentación aportada, la enfermedad padecida, lesiones, causa de las lesiones o del fallecimiento, y posible discapacidad reconocida, así como la compensación que corresponda. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud. En todo caso se deberá dictar resolución expresa.

Transformación del Servicio Público de Empleo Estatal en la Agencia Española de Empleo. Se prevé la creación de la Agencia Española de Empleo, que sustituirá al Servicio Público de Empleo Estatal (pendiente de desarrollo).

3. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

Esta Ley, en vigor desde el día 2 de marzo de 2023, tiene por finalidad garantizar y promover el derecho a la igualdad de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (LGTBI), así como de sus familias. Centrándonos en su contenido laboral, destacamos:

Ampliación de las causas de discriminación en las relaciones laborales. Se modifica el art. 4.2.c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) incluyendo dentro de las causas de discriminación la identidad sexual³, la expresión de género⁴ y las características sexuales.

Infracciones y sanciones en el orden social. Se introducen modificaciones en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), que se adapta a esta nueva ley, tipificando en los artículos 8.12, 8.13 bis, 10 bis.2.d) y 16.1.c), como infracciones muy graves⁵, conductas discriminatorias y el acoso por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género y características sexuales, así como la solicitud de datos personales al respecto, en el marco de procesos de selección, de datos personales al respecto.

Planes de igualdad y no discriminación. Se debe incluir expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans.

Inclusión de las personas trans gestantes en el término de madre biológica. Se modifica a estos efectos el artículo 48.4 del ET que regula la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor de 12 meses.

Medidas y protocolos en las empresas de más de 50 personas trabajadoras. Las empresas de más de 50 personas trabajadoras deberán contar en el plazo 12 meses a partir de la entrada en vigor de la norma (por tanto, hasta el 2 de marzo de 2024) con “un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI”.

³ Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente o autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer.

⁴ Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual.

⁵ En materia de relaciones laborales individuales y colectivas (art. 8.12 y 8.13 bis de la LISOS); en materia de derechos de información y consulta, y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas (art. 10 bis.2.d) de la LISOS); y en materia de empleo (artículo 16.1.c) de la LISOS). Nótese que el artículo 16.1.c) de la LISOS fue modificado por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo, y ha sido nuevamente modificado por esta Ley (Ley 4/2023, de 28 de febrero).

Las medidas “serán pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras⁶”. El contenido y alcance de las medidas está pendiente de desarrollo reglamentario.

Vinculado a lo anterior, **las personas empleadoras deberán adoptar métodos o instrumentos suficiente para la prevención y detección de las situaciones de discriminación por razón de las causas previstas en esta ley, así como articular medidas adecuada para su cese inmediato**. Su incumplimiento dará lugar a la asunción de responsabilidad de las personas empleadoras.

Legitimación procesal de las asociaciones LGTBI. Se modifica el artículo 17 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) para extender la legitimación procesal en procesos para la defensa de los derechos LGTBI, a las asociaciones y organizaciones que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI, debidamente constituidas, además de las propias personas afectadas y siempre que cuenten con la autorización expresa de éstas.

En todo caso, será “la persona acosada” (sic) la única legitimada en litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

Reglas relativas a la carga de la prueba. Cuando se alegue discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y se aporten indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

⁶ Puede generar dudas interpretativas respecto aquellas empresas cuyo convenio colectivo de aplicación no regule esas medidas y/o no cuenten con Comité de Empresa/Delegado de Personal con el que acordarlas.