



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de marzo de 2021)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

El permiso parental no puede supeditarse al requisito de estar empleado en el momento del nacimiento o la adopción

Permiso parental. Normativa nacional que supedita la concesión del derecho a un permiso parental a la ocupación de un puesto de trabajo y a la afiliación obligatoria del trabajador como tal al correspondiente régimen de la seguridad social en la fecha de nacimiento del hijo. Denegación de la concesión del derecho a un permiso parental para ocuparse de sus gemelos debido a que no ocupaba un puesto de trabajo retribuido el día en que estos nacieron.

Los Estados miembros pueden supeditar la concesión de un permiso parental a un periodo de trabajo o a una antigüedad, que no podrá ser superior a 1 año, y pueden exigir que el referido periodo sea continuado. Además, en la medida en que una solicitud de permiso parental tiene por objeto obtener por parte de su demandante una suspensión de su relación de trabajo, los Estados miembros pueden exigir que el periodo de trabajo previo sea inmediatamente anterior al comienzo del permiso parental. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia concluye que el derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que supedita la concesión del derecho a un permiso parental a la ocupación ininterrumpida, por el progenitor en cuestión, de un puesto de trabajo durante un periodo mínimo de 12 meses inmediatamente anterior al comienzo de este permiso parental. Con respecto al requisito de la ocupación por el progenitor de un puesto de trabajo en el momento del nacimiento del hijo o de los hijos o de la acogida del hijo o de los hijos que vayan a ser adoptados, el Tribunal de Justicia recuerda que el derecho individual de cada progenitor trabajador a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo refleja un derecho social de la Unión que reviste una especial importancia y que, por lo demás, se ha recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto, excluir a los padres que no trabajaban en el momento del nacimiento o de la adopción de su hijo equivaldría a limitar el derecho de estos progenitores a disfrutar de un permiso parental en un momento posterior de su vida en el que ejerzan de nuevo un empleo y en el que lo necesitarían para conciliar sus responsabilidades familiares y profesionales. Por ello, el Tribunal de Justicia concluye que un Estado miembro no puede supeditar el derecho a un permiso parental de un progenitor al requisito de que este trabaje en el momento del nacimiento o de la adopción de su hijo.

(STJUE de 25 de febrero de 2021, asunto C-129/20)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Es nulo el Proyecto Tracker de Telepizza que obligaba a los repartidores a estar geolocalizados por medio de una app que debían instalar en su teléfono móvil personal

Telepizza. Proyecto Tracker. Obligación de los repartidores, durante el desempeño de su actividad, de estar geolocalizados por medio de una app que debían instalar en su teléfono móvil personal.

El proyecto empresarial impugnado vulnera el derecho a la privacidad de los afectados por el conflicto al no superar el juicio de proporcionalidad, ya que podía acudirse a medidas de menor injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores que, además, no implicarían intromisión en datos de carácter personal –número de teléfono, dirección de correo electrónico, etc.–. No se cuestiona que la geolocalización por la que se va a tener un seguimiento del pedido que debe entregar el repartidor al cliente no sea un método adecuado o idóneo a tal finalidad, sino que la configuración dada al mismo por la demandada no es conforme a derecho. Por tanto, no se está negando que sea una medida legítima para determinados fines o que con ella no se vaya a evitar un déficit comercial competitivo, en un momento en el que, ciertamente, ese sistema de prestar el servicio al cliente se extiende en este y otros sectores, sino, simplemente, que el que ella ha implantado no supera los criterios constitucionales ni legales, cuando existen otras formas de ejecutar ese sistema que no sea ese. El test de idoneidad, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, no es el que ha impedido superar el juicio de proporcionalidad, sino el test de necesidad, en el sentido de que el medio o instrumento al que ha acudido la empresa para obtener aquel objetivo no es adecuado por existir otros medios no invasivos. Es cierto que empresa y trabajador pueden pactar las condiciones que estimen oportunas, que puedan afectar a las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial, pero aquí no se está analizando un pacto, sino un proyecto implantado unilateralmente por la empresa, del que, además de no haberse informado debidamente a la representación legal de los trabajadores, estos discrepan porque, junto a lo anterior, llega a establecer causas de suspensión y extinción vinculadas a conductas del trabajador al margen de las exigencias legales que deben seguirse a tal efecto. Asimismo, el hecho de que la aportación por el trabajador del móvil venga acompañada de una compensación económica tampoco es elemento suficiente para interferir y dar por superado el juicio de proporcionalidad y menos cuando las partes afectadas discrepan razonablemente del *quantum* asignado y que la sentencia de instancia lo califica de insuficiente. No puede aceptarse que la aportación por parte del trabajador de su móvil personal sea lo mismo que si lo aporta la empresa, ya que en ese caso no estarían en juego derechos de los trabajadores como los que aquí se están debatiendo. Sobre todo, si a ello se le une lo que la sala de instancia añade como elemento que contribuye a la vulneración del derecho a la protección de datos personales, como el relativo a la falta de información a los trabajadores de los artículos 12 y 13 del Reglamento (UE) 2016/679. De igual forma, no se ha dado la oportuna información sobre el mismo, incurriendo la empresa en abuso de derecho, al imponerse en el proyecto efectos sobre el contrato de trabajo ante cualquier alteración que el dispositivo pudiera sufrir y no permitiera la conexión, trasladando al trabajador la responsabilidad hasta el punto de que pudiera llegar a suspender la relación laboral con pérdida de salario o, incluso, extinguirla, siendo insuficiente la compensación económica que, por la aportación del terminal y de la conexión a internet, se determinó por la empresa. Es este el marco en el que la aportación del móvil desdibuja la ajenidad e incurre en un abuso empresarial. Por otro lado, la implantación del Proyecto Tracker ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

(STS, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2021, rec. núm. 84/2019)

Estando prohibido en convenio colectivo el prorrateo de las pagas extraordinarias, su abono por la empresa mes a mes no la exime, llegado el momento de devengo, de pagar las correspondientes a verano y navidad

Sector de establecimientos sanitarios de hospitalización. Abono por la empresa de las pagas extraordinarias de forma prorrateada, pese a la prohibición establecida en convenio colectivo, que fija la obligación de pago en las fechas del 1 al 30 de junio (la de verano) y del 1 al 20 de diciembre (la de navidad). Efectos.

Aunque el convenio colectivo no refuerce la cláusula en cuanto a la consecuencia o los efectos de su eventual incumplimiento, el hecho de que la empresa todos los meses incluya en la nómina una cantidad como paga extra no es suficiente ni para determinar la naturaleza de esa parte de la retribución –que no puede depender de la calificación unilateralmente dada por la parte deudora de la misma–, ni para justificar una actuación contraria a lo establecido en el convenio colectivo. Si el marco normativo que rige la relación contractual entre las partes determina no solo que las pagas extras se abonen en dos momentos específicos del año, sino que no pueden abonarse de forma prorrateada, cabe partir de la asunción de que la retribución percibida mensualmente por la parte trabajadora corresponde a conceptos salariales distintos de dichas pagas extraordinarias. Y tal asunción es plenamente lógica cuando, además, la trabajadora y la empresa no han alcanzado acuerdo bilateral alguno –ni expreso, ni tácito– para proceder de otro modo que no fuera el presumiblemente acorde al convenio. Por consiguiente, aun cuando el convenio no contenga una explícita regla que precise las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de prorrateo, lo que no cabe derivar de ello es que la instauración unilateral del mismo pueda vaciar de eficacia y contenido a la propia norma paccionada. La interpretación de esta pasa por colegir que, a tenor de la misma, lo que cada persona trabajadora percibe mes a mes no es, en ningún caso, retribución por pagas extras solo porque tal sea la calificación que la empresa le otorgue. En consecuencia, la obligación de pago de las dos pagas extras no puede considerarse extinguida con los importes mensuales imputados por la empresa a la prorrata de las mismas. **Voto particular.** En el caso analizado, el prorrateo se estuvo llevando a cabo desde el inicio de la relación contractual, sin oposición por parte de la trabajadora, sin merma alguna del salario establecido por convenio colectivo y sin que existiera ningún indicio que permitiera deducir incumplimiento de ninguna clase en relación con el abono del salario, salvo la comprobada desatención a la prohibición de prorrateo que establece el convenio. A falta de consecuencias expresas previstas por el convenio, no puede establecerse como consecuencia de tal incumplimiento la necesidad de volver a abonar lo que ya estaba abonado extemporáneamente. A falta de previsión convencional sobre los efectos del incumplimiento de la prohibición de prorratear las pagas extraordinarias, su abono prorrateado permitirá al trabajador exigir que se abone como establece el convenio, pero no el pago de nuevo de lo ya efectivamente abonado. Tal como prevé el artículo 1.156 del Código Civil (CC), las obligaciones se extinguen por el pago; estableciendo el artículo 1.126 del CC que lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo no se podrá repetir. Y, aunque se pudiera pensar que la prohibición de no prorratear las pagas extraordinarias que, en definitiva, constituyen pagos a cuenta la ha establecido el convenio, no en beneficio de ambas partes, sino en el exclusivo beneficio del acreedor-trabajador, sería este el único facultado para consentir el pago antes de la llegada de su vencimiento, pero en modo alguno la ausencia de tal consentimiento permitiría deducir que el pago no se hubiera realizado. Tampoco puede compartirse que lo pagado mensualmente como «parte proporcional de paga extra» de forma pacífica no responda a tal concepto y se convierta, por el incumplimiento empresarial del convenio, en salario ordinario; menos aún cuando no consta que el resto de los conceptos salariales a los que la trabajadora tenía derecho no se hubieran satisfecho puntualmente.

(STS, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2021, rec. núm. 2044/2018)

La excedencia por cuidado de familiares no incluye el supuesto de hijo de 9 años que necesita ayuda escolar para superar el curso

Excedencia por cuidado de familiares. Determinación de si incluye el supuesto de hijo de 9 años que necesita ayuda para reforzar los contenidos trabajados en clase con el fin de obtener una calificación positiva que evite el riesgo de repetir curso.

La excedencia por cuidado de familiares (párrafo segundo art. 46.3 ET) requiere que el familiar por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Estos dos requisitos expresan la dificultad que tiene esta excedencia para poder aplicarse en el supuesto de hijo de 9 años que necesita ayuda escolar con vistas a no repetir curso. En primer lugar, no es fácil encajar esta necesidad de ayuda escolar en la expresión de que el familiar no pueda valerse por sí mismo, salvo que se desvirtúe y ensanche indebidamente esta última expresión. Tampoco parece razonable interpretar la razón de «edad» de la excedencia por cuidado de familiares, en el sentido de que todos los hijos y, concretamente los mayores de 3 años (a los menores de esa edad, sin realizar ahora mayores precisiones, les es plenamente aplicable la excedencia por cuidado de hijos del párrafo primero art. 46.3 ET), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos. Es claro que todos los menores de una determinada edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos. Pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares. Si se hiciera esta interpretación, sería tanto como decir que todos, o casi todos, los hijos mayores de 3 años podrían causar derecho a una segunda excedencia, adicional a la potencialmente ya causada hasta los 3 años, porque por razones de edad no pueden valerse por sí mismos. No cabe entender que sea esta la voluntad de la ley cuando ha limitado hasta los 3 años la excedencia por cuidado de hijo. No es razonable interpretar que el párrafo segundo del artículo 46.3 del ET permite cualquier edad para el cuidado de hijo, estableciendo una regulación contraria al límite de 3 años del párrafo primero. Otra cosa es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de 3 años sea no meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el párrafo segundo del artículo 46.3 del ET (accidente, enfermedad o discapacidad), en cuyo caso, el cuidado de hijo podría insertarse en el concepto de excedencia por cuidado de familiares de aquel párrafo segundo. Hay que tener en cuenta que la excedencia por cuidado de familiares se introdujo en el ET por la Ley 39/1999, en cuya exposición de motivos se resaltaba la ampliación del derecho a la reducción de jornada y la excedencia a los trabajadores que tuvieran que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población. Fue, así, la voluntad del legislador a la hora de relacionar la edad con la imposibilidad de valerse por sí mismo, por lo que no se aprecia la existencia de razones para interpretar ahora la ley en un sentido distinto. En cuanto al segundo requisito que exige la excedencia por cuidado de familiares («y no desempeñe actividad retribuida»), en nuestro ordenamiento está prohibido el trabajo de los menores de 16 años, por lo que cabría entender que los menores de esa edad no pueden desempeñar actividad retribuida. Pero no parece que sea este el sentido de la incorporación como requisito del no desempeño de actividad retribuida en el precepto legal. El precepto parte de la existencia de la opción legal de realizar, o no realizar, actividad retribuida. Y los menores de 16 años no tienen legalmente esa opción, sino que siempre estarían en la opción de no realizar actividad retribuida. De alguna manera pasaría lo que ya hemos visto con una determinada interpretación de la palabra edad del párrafo segundo del artículo 46.3 del ET. Anteriormente se ha descartado esa interpretación que conduciría a que todos los hijos mayores de 3 años podrían dar derecho a la excedencia por cuidado de familiares. También ahora debe descartarse una interpretación de la exigencia de no realizar actividad retribuida que potencialmente se aplicaría a todos los menores de 16 años. En definitiva, procede rechazar una interpretación del término «edad» del párrafo segundo del artículo 46.3 del ET aislada de la finalidad y del contexto y antecedentes en que se introdujo. De conformidad con el artículo 3.1 del CC, ha de prevalecer una interpretación finalista y sistemática, toda vez que no se puede interpretar debidamente el término «edad» del párrafo segundo del artículo 46.3 del ET sin tener en cuenta el párrafo primero del precepto.

(STS, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2021, rec. núm. 2102/2018)

La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (IPT) que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de 2 años no requiere legalmente comunicación escrita del empresario al trabajador

IPT para la profesión habitual. Ausencia de previsión de que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de 2 años (art. 48.2 ET). Demanda por despido improcedente al dar de baja la empresa a la trabajadora sin comunicación escrita.

La legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) del ET, sin que se le exija, desde luego, que deba seguir las formalidades requeridas por el artículo 55 del ET para el despido disciplinario. El hecho de que exista la posibilidad de que el declarado en situación de IPT pueda ser recolocado por la empresa no obliga a esta a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere, cual no es el caso de autos. Tampoco la legislación vigente exige expresamente la denuncia o el preaviso en el supuesto de la extinción del contrato de trabajo por IPT (art. 49.1 e) ET), al contrario de lo que ocurre en otros supuestos (por ejemplo, art. 49.1 c) ET), con independencia de que el trabajador siempre tendrá derecho a la liquidación –a la que se refiere el art. 49.2 ET– de las cantidades adecuadas, teniendo el plazo de 1 año para reclamarlas (art. 59 ET) para el caso de que no se le hubieran abonado. En el presente caso, la trabajadora demandó a la empresa por entender que había sido objeto de un despido verbal, solicitando la declaración de improcedencia del despido y, subsidiariamente, la indemnización derivada de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, de Diego Porras I). Tampoco consta que la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social hubiera sido recurrida por la trabajadora –lo que tampoco alega esta, quien se limitó a afirmar en su recurso de suplicación que la resolución no era firme en el momento en que la empresa la dio de baja en la Seguridad Social– y, no estando en el supuesto del artículo 48.2 del ET, la IPT extingue el contrato de trabajo (art. 49.1 e) ET). La propia afirmación de la trabajadora en su recurso de suplicación en el sentido de que hubo un despido verbal revela que ella misma parte de que hubo una decisión y una voluntad extintiva empresarial.

(STS, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2021, rec. núm. 998/2018)

Despido nulo de camarera de piso que trabaja en un hotel que ha subcontratado el servicio. Se aplican las condiciones salariales del convenio de la empresa contratista aun cuando realice una actividad propia de la empresa principal

Camarera de pisos de hotel que tiene subcontratado el servicio de mantenimiento y limpieza de habitaciones. Despido nulo. Determinación del convenio colectivo aplicable a efectos de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas del cese.

El vigente artículo 42 del ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa. En el presente supuesto, la actividad contratada con la cadena hotelera era el servicio de limpieza de las habitaciones. Esta actividad, aun correspondiéndose con el núcleo central de una empresa hotelera, se puede lícitamente subcontratar, siempre que no se incurra en una ilícita cesión de trabajadores (art. 43 ET). Y, si se subcontrata, la regulación legal vigente no garantiza que los trabajadores de la empresa contratista tengan que tener las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones. Por tanto, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio





colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista. Convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por –en nuestro caso– una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores de aquella otra empresa que no lo hace directamente, sino que subcontrata parte de su actividad (en nuestro caso, la limpieza de las habitaciones). Debe aplicarse, por tanto, el convenio colectivo provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla y no el de hostelería, ya que la empresa recurrente no realiza actividades de alojamiento o de hospedaje de clientes, sino que se dedica a la gestión externalizada de lo que, en los establecimientos que lo hacen con personal propio, se denomina «departamento de pisos». **Voto particular.** Entender que el salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por el que se había regido hasta la fecha, es claramente discriminatorio. Se hace necesario en el caso, atendiendo a las circunstancias expresadas, juzgar con perspectiva de género. La perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007 refuerza que, al caso concreto, sea aplicable el convenio colectivo de hostelería y no el de limpieza, como contrariamente ha entendido la sala en su voto mayoritario; decisión que es contraria al principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, al denominado «*dumping* social», inadmisibles en un Estado social y democrático de derecho.

(STS, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2021, rec. núm. 2839/2019)

Jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador. Las causas de extinción del contrato ex artículo 207.1 d) de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) son *numerus clausus*, por lo que no cabe su ampliación por interpretación analógica

Jubilación anticipada. Causas no imputables al trabajador. Sentencia que estima la demanda de extinción del contrato de trabajo con base en el artículo 50.1 b) del ET por incumplimiento de la empresa en el pago puntual de los salarios, siendo esta, 2 años después, declarada en concurso. Determinación de si las causas de extinción del contrato que se contienen en el artículo 207.1 d) de la LGSS son exclusivas y cerradas o si, por el contrario, cabe hacer una ampliación de las mismas por medio de la interpretación analógica.

El texto de la vigente norma legal halla sus antecedentes en el artículo 161 bis de la anterior LGSS, incorporado por la Ley 40/2007 y posteriormente modificado por la Ley 27/2011. Tanto entonces como ahora, el legislador pretende avanzar la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada –respecto de la que obedece a la voluntad del interesado (art. 208 LGSS)– en los casos en que la persona trabajadora pierda su empleo por causa ajena a su voluntad. Esa minoración de la edad de jubilación se halla estrictamente vinculada a la concurrencia de la circunstancia que constituye el elemento esencial de la propia institución jurídica: la involuntariedad del cese. Ahora bien, el precepto no equipara a ello cualquier supuesto de desempleo, sino que efectúa una clara concreción de los supuestos en que, «a estos efectos» [sic], se reconoce la existencia de una situación de «reestructuración empresarial que impida la continuación de la relación laboral». Por consiguiente, la ley excluye todas las demás situaciones que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo y también obedecen a causa no imputable al trabajador. Y, en este punto, tampoco cabe incluir los incumplimientos contractuales del empresario –como son los que sirven para el ejercicio de la acción del art. 50 ET, de la que se trata en el presente caso–. Sostener lo contrario llevaría a desdibujar la finalidad buscada por el legislador que expresa y taxativamente ha querido centrar de forma limitada y estricta en la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada y, para ello, ha definido un concepto, elaborado *ad hoc*, como es el de la «reestructuración empresarial», fijando y concretando el contenido y alcance del mismo. *Revocación de la sanción por temeridad impuesta por el Juzgado*





de lo Social tras calificar de fraudulenta o temeraria la demanda. No puede compartirse la argumentación de la magistrada de instancia de que la parte actora hubiera sido advertida de «la literalidad de la norma y de que su pretensión no tenía cabida en ella», puesto que no es dable amparar la calificación de temeraria de la pretensión en lo que para el juez puede parecer evidente de la lectura de la ley. El derecho de los ciudadanos al acceso a los tribunales no se halla mermado por la claridad de la norma sustantiva que resulte aplicable. Es obvio que quien acude a la vía judicial en demanda de justicia lo hace desde una comprensión distinta de dicha norma que la que, a la postre, tenía quien juzgó en instancia. Siendo ello así, lo que procederá será la desestimación de sus pretensiones, mas no la negación de la tutela que parece desprenderse de la consideración de que demandar en tal caso es temerario, abusivo o fraudulento. La función de jueces y tribunales es interpretar las leyes y el contenido y finalidad de estas será el que resulte de dicha labor de interpretación y aplicación.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 2021, rec. núm. 3370/2018)

Trabajadores fijos discontinuos de hostelería con salario diario. La duración de la prestación por desempleo debe calcularse aplicando (por analogía) el coeficiente multiplicador del 1,61 sobre los días efectivamente trabajados

La protección por desempleo. Trabajadores fijos discontinuos de hostelería con salario diario en cuya cotización se incluye la parte proporcional de vacaciones, fiestas no recuperables y descansos semanales. Aplicación por analogía al periodo de ocupación cotizada del coeficiente multiplicador del 1,61 sobre los días efectivamente trabajados (tal y como se establece para los fijos discontinuos de los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industrias conserveras –Orden de 30 de mayo de 1991–).

La expresión «periodos de ocupación cotizada», empleada en el artículo 269.1 de la LGSS, no puede interpretarse en un sentido tan restrictivo que resulte equivalente a días efectivamente trabajados, por cuanto, respecto de los trabajadores fijos discontinuos a los que se refiere la orden mencionada, el artículo 6 de esta considera como cotizado, por cada día de trabajo real y efectivo, 1,33 días o 1,61 días, según que la jornada se desarrolle, respectivamente, de lunes a sábado o de lunes a viernes, y ello es así porque a los días de descanso –por los que también se cotiza– dan derecho los días efectivamente trabajados. Prueba de ello es que, si se multiplican los 275 días al año que puede trabajar, como máximo, un operario fijo (resultantes de restar de los 365 días naturales del año 52 domingos, 12 festivos y 26 días de periodo vacacional, ya que los 4 domingos de este periodo están incluidos en los 52 antes expresados) por el coeficiente 1,33, se obtiene como resultado precisamente los 365 días antes señalados, y no hay razón alguna para no computar, tanto a efectos de carencia para alcanzar derecho a la prestación como a efectos de ser tenidos en cuenta para determinar la duración de aquella, esos días, pues por ellos se ha cotizado. Por tanto, la solución alcanzada para el colectivo al que se dirigía la mencionada orden ministerial se ha de extender, conforme al artículo 4.1 del CC, a los supuestos fácticos análogos en los que existe identidad de razón, debiendo ofrecerse idénticas soluciones normativas y jurisprudenciales, como sucede con los estibadores portuarios, colectivo del que ya se concluyó que, «si el salario diario cobrado por el estibador portuario, 5 días a la semana, incluye la parte proporcional del salario del sábado y del domingo de esa semana y la parte proporcional del salario de los días festivos y de las vacaciones, resulta que la cotización por el salario de ese día, también, incluye la de los días que se le pagan prorrateados, lo que supone que cotiza por ellos, razón por la que los mismos se deben computar para calcular el periodo de ocupación cotizada que acredita».

(STS, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2021, rec. núm. 4502/2018)

El grado de discapacidad puede retrotraerse a la fecha de la solicitud inicial cuando se trata de dolencias congénitas que no han cambiado, pero que alcanzan un grado superior como consecuencia de la alteración normativa del baremo

Grado de discapacidad. Persona afectada de sordomudez congénita que tras obtener certificado acreditativo de su condición de minusválida en 1979 y serle reconocido un grado de minusvalía del 42 % en 1992 solicita, una vez vigente el Real Decreto 1971/1999 que reconoce un porcentaje superior por las mismas dolencias al alterar normativamente el baremo (69 %), la retroacción de efectos a la fecha del nacimiento o del reconocimiento inicial en 1979.

Ha de señalarse que el grado de discapacidad de la actora nunca ha sido revisado, pues ello solo procede en los casos de agravación o mejoría y en los de error de diagnóstico. No cabe cuando, como es el caso, simplemente se trata de aplicar el nuevo baremo establecido para la valoración de las minusvalías manteniéndose inalteradas las limitaciones. Por lo tanto, en el supuesto analizado, el grado de discapacidad de la demandante del 69 % (conforme al RD 1971/1999) solo actualiza conforme a la vigente normativa el grado de discapacidad reconocido el 8 de abril de 1992, produciendo plenos efectos a partir de la primera solicitud en 1979. En esta línea hay que recordar que el artículo 57.3 de la Ley 30/1992 (LRJAP y PAC) dispone, como excepción a la regla general que establece de eficacia de los actos desde la fecha en que se dicten, que «excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas».

(STS, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2021, rec. núm. 2382/2019)