



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de mayo de 2021)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Quando se negocia un convenio colectivo sectorial, la representatividad sindical abarca la de aquellas empresas con convenio propio

Negociación de un convenio colectivo sectorial. Determinación del momento y modo de acreditar la representatividad sindical que abre las puertas de la comisión negociadora. Legitimación de Fetico para negociar el IV Convenio colectivo de medianas superficies de distribución de alimentación de la comunidad autónoma de Castilla y León.

La legitimación para negociar viene dada en función de la mayor representatividad que se ostente en la representación legal de los trabajadores, siendo exigible a las centrales sindicales un mínimo del 10%. El momento para determinar la legitimación inicial va referido a la fecha de constitución de la mesa negociadora y no a otra posterior, pues de atender al resultado de posteriores elecciones –tratándose del banco social– se entraría en una dinámica de incertidumbre sobre los niveles de representatividad incompatible con el desarrollo normal de un proceso de negociación. Cuando se negocia un convenio colectivo sectorial, la representatividad sindical abarca la de aquellas empresas con convenio propio, ya que las reglas sobre legitimación inicial no especifican que estas deban excluirse del requisito de implantación previsto en el artículo 87.2 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET). No hay que olvidar que la incidencia del convenio sectorial respecto de las empresas con convenio propio pero incluidas en la unidad de negociación no es teórica, sino posible, cuando tras la ultraactividad se desencadene la consecuencia prevista en el artículo 86.3 del ET («se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación»). Por ello, la exclusión de tales empresas comportaría que ya no se negocia un convenio sectorial sino uno para «una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas» (art. 87.1.III), lo que no es el caso. En definitiva, la unidad de negociación se delimita por quienes, en su conjunto, poseen la triple representatividad (art. 83.1 ET) y sus confines no se ven alterados por el hecho de que alguna empresa inmersa en ella posea convenio propio.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de abril de 2021, rec. núm. 44/2020)

Pensión de viudedad en parejas de hecho: el orden contencioso se aparta del social y permite acreditar su constitución sin necesidad de registro o documento notarial

Pensión de viudedad. Clases pasivas. Pareja de hecho. Requisitos. Inexistencia de inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o en documento público. Pareja de hecho con una convivencia acreditada de más de 30 años, con tres hijos en común y adquisición de vivienda que constituyó el domicilio familiar. Existencia de certificado de empadronamiento y declaraciones del IRPF.

Aunque no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto, no parece justificado, en principio, que, ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue



►

a soluciones distintas sin que concurran elementos que lo justifiquen. Los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica se resentirían. Esta sala ha observado en la interpretación del párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto legislativo 670/1987 el mismo criterio seguido por la Sala Cuarta en la interpretación del artículo 174.3 del Real Decreto legislativo 1/1994 (hoy 221 RDleg. 8/2015) respecto de la acreditación de la convivencia estable. No obstante, no cabe apreciar en la sentencia recurrida infracción del artículo 38.4, párrafo cuarto, del Real Decreto legislativo 670/1987 por haber considerado acreditada la constitución de la pareja de hecho sin que constara la inscripción registral específica ni se hubiera presentado un documento público en el que se hubiera formalizado. Su convivencia estable por más de 30 años, probada en juicio, es bastante para el reconocimiento a la solicitante de la pensión de viudedad. Así, la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el precepto señalado, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en 2 años al fallecimiento del causante, sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de abril de 2021, rec. núm. 2479/2019)

Autorización de residencia temporal por arraigo laboral: cabe su acreditación por cualquier medio de prueba válido en derecho (incluida la certificación de vida laboral)

Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral. Pretendido carácter tasado de los medios de acreditación de la relación laboral y de su duración contenidos en el párrafo segundo del artículo 124.1 del Real Decreto 557/2011 (sentencia o resolución de la Inspección de Trabajo). Limitación de los medios de prueba. Solicitante que aporta certificación de vida laboral de duración superior a la exigida.

La dimensión de la cuestión en el ámbito de un derecho fundamental amparado en el artículo 24 de la Constitución española (CE) obliga a efectuar una interpretación de las normas que, lejos de ser restrictiva, ha de ser favorable a la mayor efectividad de dicho derecho fundamental, del que gozan los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles. La dicción literal ni es la única posible ni es la que más se acomoda al artículo 24 de la CE, debiendo ponerse en relación con el artículo 128.1 c) de la misma norma, que no impone la aportación de ninguna documentación específica. La interpretación puramente formal acogida en las resoluciones administrativas que se encuentran en el origen del recurso –en las que se deniega la autorización por no haberse aportado exactamente alguno de los documentos señalados– lleva, paradójicamente, a concluir, *a sensu contrario*, que en el caso de autos si la interesada, en vez de haber estado trabajando legalmente durante más de 6 meses, como acredita con el certificado de vida laboral, lo hubiera hecho de forma clandestina constatada por la Inspección o por una resolución judicial, sí habría integrado el concepto de arraigo laboral y habría podido obtener la autorización de residencia, con el consiguiente desvalor de una situación laboral plenamente lícita que ello conlleva. La finalidad del párrafo segundo del artículo 124.1 del Real Decreto 557/2011 no es, ni puede ser, rectamente interpretada, la de restringir los medios de prueba del arraigo laboral, sino, por el contrario, la de facilitar la prueba del mismo cuando se sostenga sobre la base relaciones laborales clandestinas, precisamente, por la dificultad de prueba que de tal circunstancia deriva. La interpretación propuesta, por la vía de una indebida restricción de los medios de prueba del arraigo laboral, a lo que realmente conduce es a una restricción del concepto mismo de arraigo laboral, que quedaría circunscrito a las relaciones laborales clandestinas y, dentro de estas, a las que hayan sido denunciadas ante la Inspección de Trabajo o ante los tribunales. El precepto solo exige, además de carecer de antecedentes penales, demostrar, dentro de los márgenes temporales que indica, la existencia de relaciones laborales sin distinción alguna, y eso incluye cualesquiera relaciones laborales, las clandestinas, hayan

►

►
 aflorado o no ante la Inspección o los tribunales, y las no clandestinas, como es el caso de autos. En definitiva, el arraigo laboral puede ser acreditado por cualquier medio de prueba válido en derecho, incluidos, por tanto, los certificados de vida laboral que acrediten una relación laboral que pueda haber derivado de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de marzo de 2021, rec. núm. 1602/2020)

Omisión del recurso de alzada contra la resolución administrativa que impuso a la empresa una sanción en materia laboral. La reclamación previa presentada 2 años después no permite impugnar un acto que gana firmeza por haber sido consentido

Accidente de trabajo. Sanción administrativa impuesta a empresa, por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, que no procede a agotar la vía administrativa previa mediante la presentación del preceptivo recurso de alzada, esperando casi 2 años para presentar reclamación previa. Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que es confirmada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) en el sentido de revocar la sanción impuesta.

El artículo 40 a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (de 1956) tiene el sentido, con carácter general, de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o que no son independientes, respecto de los primeros. Reiterados pronunciamientos de esta sala han aplicado la doctrina de los actos administrativos firmes y consentidos a las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social que impugnan la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que declaró su responsabilidad en el pago de prestaciones. Este tribunal rechaza que se les aplique el artículo 71.4 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que permite el nuevo ejercicio de la acción, siempre que el derecho no haya prescrito, argumentando «que la previsión del referido artículo 71.4 de la LRJS significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo, se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido (al no haberse recurrido en tiempo y forma) o por ser reproducción de otro consentido». En el caso analizado, la empresa no interpuso recurso de alzada contra la resolución administrativa que le impuso una sanción de 20.491 euros por infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Transcurrieron casi 2 años hasta que dicha empresa presentó escrito de reclamación previa. La aplicación del tenor literal de los artículos 69.1 y 151 de la LRJS y del artículo 23 del del Real Decreto 928/1998, de conformidad con la doctrina constitucional y jurisprudencial relativa a los actos administrativos firmes y consentidos, obliga a concluir que concurre una causa de inadmisibilidad de la demanda consistente en la omisión del preceptivo recurso de alzada contra la resolución administrativa que le impuso la sanción, lo que supone que se trató de un acto consentido por no haber sido recurrido en tiempo y forma, sin que la reclamación previa presentada el día 29 de julio de 2014 permita impugnar una sanción administrativa que había adquirido firmeza.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de abril de 2021, rec. núm. 4792/2018)

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y la posibilidad de negociar su renuncia con el empresario: 1 año de prisión por acceder al correo personal del trabajador

Delito de descubrimiento y revelación de secretos. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Derecho a la intimidad y a la protección de datos. Empresario que accede, ante sospechas de actos fraudulentos,



▶ tanto al correo corporativo como al personal del trabajador, imprimiendo aquellos que entendía serían de utilidad para un eventual ejercicio de acciones ante los órdenes social y penal. Reconocimiento en el orden social como ajustada a derecho de la baja voluntaria del trabajador, tras haberle presentado el empresario los e-mails rescatados y ante la amenaza de emprender acciones penales por hurto. Alegación empresarial de que no se aspiraba a invadir la intimidad, sino a investigar los actos desleales del trabajador, al amparo de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad. Inexistencia de cláusula contractual o acuerdo de negociación colectiva que excluyera cualquier expectativa de privacidad para permitir, ex ante, una fiscalización empresarial del correo electrónico del trabajador.

La sala ha venido proclamando que, en el ámbito del procedimiento penal, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial. Esta exigencia quedaba vinculada al contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones, quedando fuera de esa protección reforzada el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa (protección de datos), los cuales son siempre susceptibles de negociación, hasta el punto de que empresario y trabajador podrían fijar los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en ese espacio de intimidad del trabajador. En suma, viene entendiendo que el potencial menoscabo del derecho a la intimidad en aquellas ocasiones en las que la empresa accede a información no vinculada a un proceso de comunicación queda excluido siempre que empresario y trabajador definan de forma anticipada sus respectivos espacios de fiscalización y de legítimo ejercicio de aquel derecho. La dificultad que ofrece esta solución está ligada, desde luego, a las dudas para discernir qué contenidos de la información obtenida por el empresario están conectados a comunicaciones constitucionalmente protegidas por la garantía jurisdiccional y cuáles quedan fuera de su ámbito. Dicho con otras palabras, dónde termina la intimidad y dónde empieza la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, serán muchas las ocasiones en las que la propia configuración del programa de gestión del correo electrónico alentará la incertidumbre para resolver qué mensaje está todavía en fase de comunicación y cuál ha pasado a convertirse en un documento protegido solo por el derecho a la intimidad. Finalizada la comunicación, la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, en concreto, de lo recibido, se escapa del ámbito del artículo 18.3 de la CE, pasando a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Barbulescu II* aporta parámetros de inexcusable respeto, señalándose, en particular, que no cabe un acceso in consentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa, pues los usos sociales admiten en algún grado y según los casos el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada. En el caso, no existe ningún presupuesto fáctico que permita apreciar la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. El empresario no ejerció de forma legítima ningún derecho. Ni la compartida utilización de las claves corporativas, ni la definición en el convenio colectivo, como infracción disciplinaria grave, de la utilización de los medios productivos puestos a disposición del trabajador, son suficientes para legitimar la grave intromisión del empleador en la cuenta particular de dicho trabajador. En cualquier caso, el amplio paréntesis cronológico –casi 3 meses– durante el que el trabajador fue despojado de su derecho a la intimidad, a la protección de datos y, en fin, de su derecho al entorno virtual habla por sí solo de la intensidad y el alcance de la injerencia. Entiende la sala que procede, no ya la flexibilidad para tolerar la fiscalización de los actos inicialmente protegidos por el derecho a la intimidad, sino la capacidad para extender ese ámbito de negociación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo la imperatividad de la autorización judicial para justificar la intromisión. Empresario y trabajador pueden fijar los términos de ese control, pactando la renuncia, no ya a la intimidad, sino a la propia inviolabilidad de las comunicaciones. Y allí donde exista acuerdo expreso sobre fiscalización, se estará excluyendo la expectativa de privacidad que, incluso en el ámbito laboral, acompaña a cualquier empleado. Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a esta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta

▶

►

del trabajador. El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado. No existe dato alguno que permita concluir que el trabajador sacrificó convencionalmente el ámbito de su privacidad. La hipotética comisión por su parte de una infracción disciplinaria grave, derivada de la indebida utilización del ordenador puesto a su disposición por la empresa, solo permitía a esta asociar su incumplimiento a una consecuencia jurídica. Pero no legitimaba la irrupción del empresario en los correos electrónicos generados durante 3 meses en una cuenta privada. Se confirma la condena al empresario como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. **Sala General.**

(STS, Sala de lo Penal, de 22 de abril de 2021, rec. núm. 715/2020)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

Sindicatos que emplean la palabra solidaridad para su identificación. No es plausible que solo un sindicato pueda apropiarse de este término definitorio del hecho sindical

Sindicatos. Confusión en la denominación. Organizaciones que emplean la palabra solidaridad para su identificación. Sindicato Único de Trabajadores Solidaridad Obrera (SUTSO) vs. Sindicato para la Defensa de la Solidaridad con los Trabajadores de España (SPDSTE).

La determinación concreta del riesgo de confusión debe llevarse a cabo haciendo una valoración global de todos los factores del supuesto concreto, teniendo en cuenta, como factor compensador, que la similitud entre marcas puede obedecer a la semejanza de los servicios designados, pero sin que esa visión conjunta permita descomponer la unidad del nombre cuando la estructura prevalezca sobre sus componentes parciales. Solidaridad es un sustantivo que define una conducta: la adhesión o apoyo incondicional a causas o intereses ajenos, especialmente en situaciones comprometidas o difíciles. La solidaridad es un valor personal que supone la capacidad que tienen los miembros que pertenecen a una comunidad de actuar como un todo. El término encaja en el sentido histórico propio de la figura del sindicato, pues este se asienta en la unidad adhesiva de sus miembros en la defensa de causas a ellos comunes. Puede decirse por tanto que el término solidaridad aparece ínsito en la idea de sindicato, de modo que incluso otras estructuras sindicales también lo incorporan a su denominación. Por tanto, no parece plausible que solo un sindicato pueda apropiarse para su identificación de un término definitorio del hecho sindical. Si superamos el debate nominalista y lo centramos en el análisis de todos los factores que se analizan en el presente caso, lo que se advierten son diferencias claras y rotundas entre ambas estructuras sindicales. La imagen visual de ambos sindicatos, tan relevante en los tiempos actuales, difiere de forma palmaria. SUTSO utiliza los colores rojo y negro que juntos significan históricamente la



►
 unión de las ideas anarquistas con el movimiento obrero. SPDSTE usa el color verde que le vincula con el que emplea el partido político VOX que le alienta. También emplea la bandera de España y un diseño gráfico por el que pretende emparentarse con el sindicato polaco Solidarnosc. Pero con todo, los datos más relevantes que diferencian ambos sindicatos devienen de sus diferentes y extremadamente separadas ideologías. Basta comparar las ideas y fines que caracterizan a cada uno de ellos para apreciar esa enorme distancia que les separa. Por ello pensar que un trabajador interesado en afiliarse o en participar en las acciones sindicales promovidas por uno u otro sindicato se pudiera ver confundido resulta descabellado. No considera este tribunal que ninguna persona pudiera caer en un error queriendo secundar, afiliarse o votar en favor de SUTSO, lo hiciera en favor de SPDSTE, o viceversa, debido a que ambos usan la palabra solidaridad, ya que, aun haciéndolo así, todos los elementos analizados les distinguen plenamente entre sí sin posibilidad de inducir a error.

(SAN, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2021, núm. 63/2021)

Carecen de legitimación activa para impugnar un despido colectivo los miembros individuales de la comisión híbrida que participaron en el periodo de consultas

Despido colectivo. Grupo de empresas. Periodo de consultas donde la negociación la lleva a cabo una comisión híbrida formada por tres delegados de personal y dos representantes ad hoc. Legitimación de estos últimos para impugnar el despido al discrepar del parecer de la mayoría y no suscribir el acuerdo.

Si bien el legislador ha previsto la forma de constitución y actuación de esta comisión en el marco de las negociaciones que han de desarrollarse en el periodo de consultas del despido colectivo, no ha previsto su legitimación para impugnar el citado despido. En efecto, el artículo 124.1 de la LRJS se limita a establecer que la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores y por los representantes sindicales, a los que exige un plus, ya que para estar legitimados activamente han de tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, pero no menciona, entre los sujetos legitimados, a las denominadas comisiones *ad hoc*, ni a las denominadas comisiones «híbridas» o «mixtas». No obstante, la citada comisión «híbrida» ostenta legitimación activa para impugnar el despido colectivo, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente colectiva, quedaría insatisfecho si a la comisión se le negara dicha legitimación, pues se cercenaría la posibilidad de impugnación por los trabajadores del despido colectivo. En efecto, en los supuestos en que no exista representación legal o sindical, el único sujeto que, por parte de los trabajadores, puede impugnar el despido colectivo es el sujeto colectivo que ha negociado en el periodo de consultas –sea la comisión *ad hoc*, sea la comisión «híbrida», ahora examinada–, ya que el trabajador individual no está legitimado para impugnar el despido, pues únicamente se le reconoce acción para la impugnación individual, tal y como resulta del artículo 124.13 de la LRJS. Además, el artículo 17 de la LRJS dispone que los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes, y no se puede negar el interés legítimo que ostenta la comisión en la impugnación del despido colectivo. Sería, por tanto, contrario a toda lógica el otorgar a la comisión plena capacidad para negociar en representación de los trabajadores, con las mismas facultades que corresponderían a la representación unitaria o a la sindical, y negarles legitimación para impugnar el despido, legitimación que sí se reconoce a dichas representaciones. No obstante, hay que precisar que la legitimación activa corresponde a la comisión negociadora y no individualmente a cada uno de sus miembros, y ello por las siguientes razones: la comisión negociadora no tiene personalidad jurídica, por lo que, a tenor de lo establecido en el artículo 16 de la LRJS, ha de comparecer en juicio quien legalmente la represente. Ocurre, sin embargo, que la comisión no tiene un representante y no resulta aceptable que pueda accionar y comparecer cualquiera de los miembros de la comisión por su sola decisión individual. Teniendo en cuenta que se trata de una comisión, su forma de actuar ha de asimilarse a la establecida para los órganos de representación unitaria de

►

▶ los trabajadores. En virtud de lo establecido en el artículo 65.1 del ET, se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de su competencia, por decisión mayoritaria de sus miembros, por lo que esta misma exigencia ha de predicarse de la comisión negociadora. En cualquier caso, no hay que olvidar que: a) se trata de una «comisión», lo que de por sí evoca la idea de una actuación colegiada y no individual de sus miembros, b) la comisión tiene carácter subsidiario, ya que únicamente se designa en el supuesto de inexistencia de representación legal o sindical, desempeñando idénticas funciones que estas representaciones, por lo que la adopción de acuerdos ha de realizarse de la misma forma que se efectúa en la representación legal y c) el artículo 41.4 del ET dispone que el acuerdo al que llegue el empresario con la comisión representativa de los trabajadores requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión y tal forma de adopción de los acuerdos ha de exigirse, no solo a los que puedan adoptarse durante el periodo de consultas, sino también, finalizado este, al que se refiera a la impugnación del despido. **Voto particular.**

(SAN, Sala de lo Social, de 24 de marzo de 2021, núm. 57/2021)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

ERTE suspensivo por fuerza mayor vinculada a la COVID-19. No cabe imponer la reincorporación a tiempo parcial del trabajador sin su consentimiento (ex art. 12.4 e) ET)

ERTE suspensivo por fuerza mayor vinculada a la COVID-19. Actividad de agencia de viajes. Empresa que comunica a la trabajadora (con contrato de obra a jornada completa) que va a proceder a su reincorporación a tiempo parcial (17,5 horas semanales). Derecho de esta a la rescisión indemnizada de la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Aunque el artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 18/2020, de medidas sociales en defensa del empleo, establezca que se encontrarán en situación de fuerza mayor parcial derivada de la COVID-19 aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo autorizado con base en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020, y que estas empresas y entidades deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada, ello no significa que la reincorporación de la demandante a su puesto de trabajo, en dicho régimen de reducción de jornada, no entrañe modificación sustancial de las condiciones pactadas. Esta medida, que no tiene carácter imperativo, ni naturaleza obligatoria, no permite desconocer la normativa laboral de procedimiento. El hecho de que la norma contenga una regulación en términos generales de que se realice la reincorporación primando los ajustes de reducción de jornada no implica que la empresa esté autorizada, sin más, a imponer tales ajustes, pues la legislación COVID no excluye la posibilidad, en los supuestos de recuperación parcial de la actividad establecidos para los supuestos de fuerza mayor, de acogerse a la extinción por perjuicios prevista en el artículo 41 del ET para los supuestos de modificación sustancial. En el caso analizado, prima la negativa de la trabajadora a la reincorporación en los términos comunicados por la empresa –que suponían una conversión de su contrato de trabajo– y su voluntad, a tenor de lo establecido en el artículo 41.3 del ET, de proceder a la rescisión del contrato con abono de la indemnización de 20 días por año de servicio.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de febrero de 2021, rec. núm. 4508/2020)

Prestación por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave cuyo beneficiario es el padre. No se suspende en caso de nacimiento de un nuevo hijo durante el periodo de descanso por maternidad del otro progenitor

Prestación por cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave cuyo beneficiario es el padre. Suspensión por la mutua a raíz del nacimiento de un nuevo hijo, al encontrarse en periodo de descanso por maternidad el otro progenitor.

Teniendo en cuenta que el beneficiario de la prestación es el padre del menor, la suspensión del subsidio únicamente es posible durante el periodo de descanso por paternidad, durante el que ya le fue suspendida la prestación. Pretender además que también se suspenda la prestación del padre por la maternidad de la madre es proyectar sobre la situación del padre una prestación que no le corresponde. La interpretación lógica de la norma es que la prestación de la madre se suspenderá durante los periodos de descanso por maternidad, y la prestación del padre durante los periodos de descanso por paternidad; pero no durante los periodos de descanso del otro u otra, habida cuenta de la individualización de los derechos de conciliación, por lo que la suspensión de la prestación se aplica al beneficiario de la misma que disfruta de su permiso y la correspondiente prestación de maternidad o paternidad, pero no tiene sentido suspenderla si el beneficiario de aquella no disfruta de dichos permisos y prestaciones (como es este caso en el que al padre, después de haber agotado su permiso y su prestación como padre, se le suspende por los de la madre). Aunque es verdad que la normativa vigente obliga a los dos progenitores a estar afiliados y en alta, o más precisamente, a estar trabajando, esta exigencia concurre cuando la madre se encuentra en descanso por maternidad, pues estamos ante una suspensión de la relación laboral en los términos establecidos en el artículo 46 del ET que no supone la baja en la Seguridad Social. Podría contraargumentarse que la madre en esa circunstancia podría dedicarse al cuidado del menor con cáncer u otra enfermedad grave. Tal interpretación desconoce la realidad de la situación en la que se encuentra una familia con un recién nacido y otro menor con cáncer u otra enfermedad grave a su cuidado, y supondría desprotegerla ante una de esas dos situaciones de necesidad cuando en la realidad de las cosas ambas situaciones concurren. Desde la perspectiva de la protección de la maternidad que inspira el artículo 8 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, supondría anudar una consecuencia desfavorable a la maternidad, y por ello supondría discriminación directa (en este caso sufrida por el otro progenitor por la maternidad de la madre).

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2019, rec. núm. 3436/2019)