



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 30 de noviembre de 2020)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA -GUÍA-

Los convenios colectivos pueden reconocer permisos adicionales de maternidad para proteger la condición biológica de las madres que cuidan de sus hijos ellas solas

Prohibición de discriminación por razón de sexo. Igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Permiso adicional al permiso de maternidad. Convenio colectivo nacional que reconoce a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso inmediatamente después del permiso legal de maternidad. Exclusión de los trabajadores del derecho a ese permiso.

Si bien, a tenor del artículo 2.1 a) de la Directiva 2006/54, constituye una discriminación directa la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, el artículo 28 de la citada directiva precisa que esta se entiende sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referidas al embarazo y la maternidad. El permiso de maternidad, contemplado en la Directiva 92/85, tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto. Una medida como un periodo de descanso por maternidad concedido a la mujer una vez expirado el plazo legal de protección se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 28, apartado 1, de la Directiva 2006/54, en la medida en que su objetivo es la protección de la mujer tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad. Por ello, dicho periodo de descanso puede lícitamente reservarse a la madre, con exclusión de cualquier otra persona, habida cuenta de que únicamente la madre puede verse bajo la presión, no deseable, de reanudar prematuramente su trabajo. De ello resulta que, una vez expirado el permiso legal de maternidad, un Estado miembro puede reservar a la madre del hijo un permiso adicional cuando dicho permiso la contemple no como progenitora, sino tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad. Es decir, ese permiso adicional se ha de destinar a proteger la condición biológica de la mujer y las particulares relaciones que mantiene con su hijo durante el periodo posterior al parto. Un convenio colectivo que excluya de ese permiso adicional a un trabajador que críe a su hijo él mismo establece una diferencia de trato entre los trabajadores y las trabajadoras. Ahora bien, como se ha señalado, la diferencia de trato solo resulta compatible con la Directiva 2006/54 si tiene por objeto la protección de la madre tanto en relación con las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, es decir, si está destinada a proteger la condición biológica de la mujer y las particulares relaciones que mantiene con su hijo durante el periodo posterior al parto. En el supuesto de que el precepto del convenio colectivo en cuestión se aplicase a las mujeres únicamente como progenitoras, dicho artículo establecería una discriminación directa con respecto a los trabajadores. Para poder reservar a las trabajadoras un permiso



► concedido inmediatamente después del permiso legal de maternidad, dicho permiso debe concederse a todas las mujeres, con independencia de su antigüedad laboral y sin que sea necesario el acuerdo del empresario; además han de adaptarse la duración y las modalidades de disfrute del permiso adicional; por último, dado que este permiso tiene el mismo objetivo que el permiso legal de maternidad, la protección legal debe adecuarse a la protección mínima que para dicho permiso legal garantizan las Directivas 92/85 y 2006/54. En particular, el régimen jurídico del permiso adicional debe proteger contra el despido y garantizar el mantenimiento de una remuneración o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras, en condiciones que se ajusten a las expuestas en los artículos 10 y 11 de la Directiva 92/85, así como garantizar el derecho, según se contempla en el artículo 15 de la Directiva 2006/54, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho la trabajadora durante su ausencia. El mero hecho de que un permiso suceda sin interrupción al permiso legal de maternidad no basta para considerar que pueda reservarse a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas.

(STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Reversión del servicio de limpieza que es asumido por una entidad pública con sus propios medios. La subrogación convencional contemplada en el convenio sectorial no vincula a la Administración, máxime si dispone de regulación propia

Administraciones públicas. Contratas y subcontratas. Reversión del servicio de limpieza que pasa a desempeñarse por la empleadora principal sin que concorra transmisión de elementos patrimoniales relevantes para la actividad ni la asunción de personal adscrito.

El hecho de que una Administración pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE y, por ende, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En el presente caso ha quedado claro que la Administración pasa a prestar la actividad antes externalizada sin utilizar infraestructura productiva relevante que ya se viniera poniendo en juego previamente por la anterior contratista. También se parte de que la Administración demandada no ha asumido parte alguna de la plantilla que venía adscrita a la contrata de limpieza. Es decir, las vías generales para que opere la subrogación empresarial (asunción de plantilla en sectores donde la mano de obra sea fundamental; aprovechamiento de medios materiales relevantes que ya estuvieran adscritos a la contrata) no permiten sostener que debiera operar la subrogación en los contratos de trabajo. Centrado el debate en si lo previsto en el convenio sectorial (propio de la actividad de la empresa adjudicataria de la contrata) es aplicable a la Administración, luce con claridad que esta no es empresa dedicada a tal ramo de servicios y que la eficacia general de los convenios solo resulta predicable a quienes quedan comprendidos dentro del ámbito representativo de las partes firmantes. El muy conocido principio de correspondencia y el propio diseño normativo del ET así lo imponen. Concorre, además, en nuestro caso el dato de que sí existe un convenio colectivo aplicable a la Administración demandada. Es, precisamente, el medio que nuestra doctrina considera idóneo para resolver los problemas suscitados cuando en el seno de la misma se desarrollan tareas materialmente subsumibles en un convenio sectorial. En suma, no cabe acudir a la subrogación convencional, porque





la entidad que desarrolla la actividad queda fuera del campo aplicativo del convenio que la impone y ni siquiera concurre ausencia de convenio colectivo aplicable a la Administración demandada.

(STS, Sala de lo Social, de 13 de octubre de 2020, rec. núm. 2126/2018)

Responsabilidad del Fogasa. Una vez declarada la empresa en concurso, el artículo 33.3 del ET es de aplicación a todos los créditos –salariales e indemnizatorios– de los trabajadores, con independencia del título concursal o extraconcursal de la deuda

Fogasa. Alcance de la responsabilidad del fondo cuando la indemnización por despido se fija fuera del procedimiento concursal y antes de que la empresa demandada sea declarada en concurso. Aplicación de la regla especial del artículo 33.3 del ET.

En el caso enjuiciado, el trabajador había obtenido sentencia firme de despido improcedente fijándose una indemnización de 121.456,80 euros, abonada parcialmente por la empresa (29.089,05 €). Con posterioridad se declaró la empresa en concurso, y el crédito del trabajador fue incluido en el listado de créditos de la masa pasiva del concurso por importe de 91.077,15 euros. Finalmente, la actora reclamó al Fogasa la prestación que consideraba le correspondía en cuantía de 18.345,60 euros que le fue denegada por la resolución impugnada con base en la regla tercera del artículo 33.3 del ET. Aunque las reglas segunda y tercera del artículo 33.3 del ET (en el que se establece que las indemnizaciones a abonar por el fondo, «con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de 20 días por año de servicio» y que cuando los trabajadores solicitaran del Fogasa «el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquellos») parecen estar pensadas para las indemnizaciones fijadas en fase de concurso, la sala admite su aplicación a las que se reconozcan con anterioridad. En el caso analizado, si la responsabilidad del Fogasa se actualizó el 3 de noviembre de 2015, fecha en la que se incluyó en la lista de acreedores del concurso la indemnización de 91.077,15 euros, debe aplicarse lo dispuesto en la regla tercera del artículo 33.3 del ET, aunque la indemnización al demandante se produjera por sentencia de 20 de mayo de 2014, con anterioridad a la declaración del concurso, puesto que el presupuesto para que le fuera aplicable lo dispuesto en el artículo 33.2 del ET, consistente en la declaración de insolvencia del empresario, no se produjo de ninguna manera. En efecto, la responsabilidad del Fogasa se activó, cuando el crédito indemnizatorio se incluyó en la lista de acreedores, siendo lo relevante, no el título ejecutivo, sino la declaración de insolvencia judicial, previa audiencia del Fogasa o, en su caso, su inclusión en la lista de acreedores reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fogasa, sin necesidad de aplicar reglas analógicas, puesto que el precepto controvertido (art. 33.3 ET) es de aplicación, una vez se declara el concurso de acreedores de la empresa, a todos los créditos –salariales e indemnizatorios– de los trabajadores aunque se hayan declarado fuera del concurso y hayan superado por pacto, o no, los criterios legales de determinación de la indemnización. Es así, porque la Ley 38/2011, al reformar el artículo 33.3, ha pretendido uniformizar la responsabilidad legal del Fogasa respecto a todos los trabajadores una vez que la empresa ha sido declarada en concurso, de manera que, con independencia del título concursal o extraconcursal de la deuda y también de que supere o no los criterios indemnizatorios legales, resulta obligatorio en caso de procedimientos concursales, lo que sucederá necesariamente cuando la responsabilidad del fondo se active por el reconocimiento del crédito por los administradores concursales, dando lugar a la fijación de límites a las indemnizaciones con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, y a que el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del fondo se reduzca en la cantidad ya percibida por los trabajadores.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2020, rec. núm. 3191/2018)

Supresión unilateral por la empresa de la cesta de Navidad. El Supremo confirma la importancia de reclamar en el plazo de 1 año para evitar su desaparición como condición más beneficiosa

Conflicto colectivo. Condición más beneficiosa. Supresión unilateral por la empresa de la cesta de Navidad, que venía entregando desde hacía años, sin acudir al procedimiento recogido en el artículo 41 del ET. Plazo de prescripción para la impugnación de la medida.

No puede entenderse que la falta de activación del artículo 41 del ET impida aplicar la prescripción, pues el propio artículo 138.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) impone un plazo de prescripción para las acciones derivadas de decisiones empresariales que modifican sustancialmente las condiciones de trabajo y a tal efecto se remite al artículo 59.2 del ET. Aunque el artículo 59 del ET hace referencia a los contratos de trabajo, ello no obsta para entender aplicables sus plazos a las acciones colectivas, máxime cuando con ellas se están defendiendo los derechos de los trabajadores que reposan en sus contratos de trabajo, y más en el caso de la existencia de condiciones más beneficiosas que se incorporan a los mismos. Y siendo así, en este caso, el plazo que se marca es el del artículo 59.2 del ET, tal y como esta sala viene aplicando, incluso en procesos que afectan a conductas empresariales similares y respecto de semejante derecho. En cualquier caso, no puede aceptarse que, aunque la impugnación de la decisión empresarial pueda calificarse nula por no haber acudido a la vía del artículo 41 del ET, aquella sea imprescriptible porque ese efecto no está previsto para conductas como la que aquí se ha examinado, calificando el concepto suprimido como concesión más beneficiosa y menos cuando el propio legislador somete las acciones frente a las decisiones empresariales a un plazo de prescripción. La conducta de la demandada de suprimir una condición más beneficiosa, aunque fuese nula, no lo es por nulidad absoluta, al no afectar a una norma prohibitiva y de interés general. Es cierto que aquí se está ante una obligación empresarial de tracto sucesivo, y que estas no están sometidas al plazo del artículo 59.2 del ET, sino que la acción se mantiene mientras pervivan las relaciones laborales de quienes están afectados o lo que es lo mismo, mientras existe un colectivo indiferenciado de trabajadores con relaciones laborales vivas con interés en la pretensión. Pero, en este caso, estamos ante un supuesto específico en el que la naturaleza de la obligación no resulta relevante, en tanto que el artículo 138.1 de la LRJS impone un plazo prescriptivo al margen de aquellas consideraciones y, en todo caso, hay una decisión empresarial de alcance colectivo cuya impugnación está sometida a un plazo prescriptivo que se inicia a partir de que la medida se ha adoptado. Si la parte actora disponía del plazo de 1 año para ejercitar la acción de restitución del derecho, es evidente que ese plazo comenzó a computar desde el momento en que la empresa dejó de abonar la cesta de 2012, por lo que la reclamación efectuada en diciembre de 2016 es extemporánea.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 2020, rec. núm. 23/2019)

Pérdida de vigencia del convenio colectivo durante el periodo de consultas seguido para su inaplicación conforme al artículo 82.3 del ET, de manera simultánea con un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT). La contractualización de las condiciones retributivas obliga a un nuevo procedimiento de MSCT

MSCT. Causas económicas. Inicio de periodo de consultas al amparo de los artículos 41 y 82 del ET con constitución de dos mesas de negociación diferentes, una para las MSCT y otra para la inaplicación de las condiciones retributivas del convenio. Posibilidad de la empresa de aplicar como MSCT una reducción salarial que afecta a las retribuciones previstas en el convenio colectivo aplicable, al perder este posteriormente vigencia tras la fecha en la que la empresa ha notificado a la representación legal de los trabajadores (RLT) las MSCT que ha decidido implementar, una vez que ha terminado sin acuerdo el periodo de consultas.

No es contraria a derecho la decisión de la empresa consistente en abrir un periodo de consultas para implantar distintas MSCT y, a su vez, para negociar la posible inaplicación de lo previsto en el convenio colectivo en materia salarial,



informando a la RLT de esta doble y diferenciada finalidad. No hay obstáculo legal que impida a la empresa instar simultáneamente ese doble procedimiento negociador de los artículos 41 y 82.3 del ET, si considera que la situación en la que se encuentra requiere la adopción de medidas de MSCT, alguna de las cuales obliguen a la inaplicación de lo previsto en el convenio colectivo. En ese escenario, el fracaso de la negociación no será obstáculo para que la empresa adopte unilateralmente la decisión de introducir MSCT que no conlleven la inaplicación del convenio colectivo. Pero la finalización sin acuerdo del periodo de consultas no permite en cambio la unilateral inaplicación de las condiciones retributivas reguladas en el convenio colectivo, debiendo acudir en ese caso a los distintos mecanismos de mediación a los que se refiere el artículo 82.3 del ET. Concorre, sin embargo, la particularidad de que el convenio colectivo cuya inaplicación se pretende perdió su vigencia en fecha 31 de diciembre de 2018, y a eso se acoge la empresa para sostener que a partir de ese momento puede implementar medidas de MSCT que supongan la inaplicación de las condiciones salariales anteriormente previstas en el convenio. No hay que olvidar que la pérdida de vigencia del convenio colectivo determina, no habiendo otro de ámbito superior, que las condiciones retributivas contempladas en el mismo pasan a contractualizarse. Esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del artículo 41 del ET, siendo necesaria la puesta en marcha, a tal efecto, del procedimiento allí previsto, singularmente dirigido a la negociación de tales concretas modificaciones de las condiciones de trabajo. En el caso analizado concurre la circunstancia de que el periodo de consultas se inició, se tramitó en su totalidad, y culminó sin acuerdo, mientras el convenio colectivo seguía vigente, hasta el punto incluso de que la propia empresa notificó a la RLT en fecha 19 de diciembre de 2018 la decisión finalmente adoptada, en la que no solo eludió cualquier referencia a la inaplicación de las condiciones retributivas contenidas en el convenio que seguían vigentes hasta el 31 de diciembre de 2018, sino que expresamente anunció que aplazaba para el futuro cualquier decisión al respecto, acudiendo, sin embargo, posteriormente, a las vías de hecho para inaplicarlas en la nómina del siguiente mes de enero de 2019. En este contexto, el hecho de que la empresa hubiere planteado inicialmente un periodo de consultas conforme a lo previsto en el artículo 82.3 del ET, dirigido a descolgarse de las condiciones salariales reguladas en un convenio colectivo que ha perdido posteriormente vigencia durante el periodo de negociación, no autoriza al empresario para aplicar unilateralmente una MSCT con base en el artículo 41 del ET, cuando esa medida no solo no ha sido objeto como tal del periodo de consultas, sino que había quedado expresamente excluida por la propia empresa en la comunicación dirigida a la RLT en la que le notifica su decisión, tras acabar esa negociación sin acuerdo. La empresa estaba obligada a seguir un nuevo y posterior procedimiento de MSCT a tal efecto.

(STS, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2020, rec. núm. 122/2019)

Jubilación parcial y contrato de relevo. El fallecimiento del trabajador relevado no determina el cese del contrato del relevista, que se mantiene en sus propios términos hasta la fecha prevista de jubilación total del sustituido

Ayuntamiento de Madrid. Jubilación parcial y contrato de relevo. Incidencia sobre el contrato de trabajo del relevista, o contrato de relevo, de la muerte del trabajador relevado o sustituido durante la jubilación parcial, antes de la jubilación total.

Es cierto que, en su origen, el contrato de relevo surge de una novación del contrato de trabajo del relevado que convierte su relación de trabajo en empleo a tiempo parcial. Pero esta conexión originaria no determina una dependencia funcional del contrato de relevo respecto de la situación de jubilación-empleo parcial. Prueba de que esta conexión es meramente externa, de coordinación y no de subordinación de un contrato a otro, es que el contrato de relevo suscrito por el relevista puede ser desde el principio un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Por otra parte, la finalidad de la institución del empleo-jubilación parcial es armonizar o combinar los intereses de los sujetos implicados –empleador, relevado y relevista– sobre la base de mantener incólume, en principio, el volumen de empleo existente en la empresa, en lo que concierne a las funciones laborales afectadas. De ello se deduce que el puesto de trabajo afectado por el contrato de relevo, que ha de ser el mismo desempeñado por el jubilado parcial o un puesto de trabajo similar, se ha de conservar,



▶ salvo causas económicas justificadas sobrevenidas luego, al menos hasta la jubilación total del relevado. La propia normativa del artículo 12.7 del ET lo viene a decir, de un lado en la letra b), cuando exige una duración mínima del contrato igual al intervalo entre la jubilación parcial y la total, y de otro, en la letra c), cuando impone que la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la duración de la jornada acordada por el trabajador sustituido. En conclusión, la muerte del trabajador relevado es, ciertamente, causa de la extinción de su contrato de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.1 e) del ET, y con todas sus consecuencias legales que de ello se derivan. Pero tal acontecimiento no tiene incidencia en el contrato de trabajo del relevista, el cual, se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene vivo y vigente en sus propios términos hasta la fecha concertada prevista de jubilación total del relevado o sustituido. En consecuencia, la extinción del contrato con causa en el fallecimiento de la persona a la cual el demandante relevaba por jubilación parcial constituye un despido que ha de calificarse de improcedente, debiendo condenarse a la empresa demandada a que, a su opción, lo readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone la indemnización correspondiente (art. 56 ET), y con abono de los salarios dejados de percibir, todo ello calculado de acuerdo con la antigüedad y salario que constan probados y que no han sido impugnados.

(STS, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2020, rec. núm. 3116/2018)

No puede acumularse en una misma persona el crédito horario como miembro del comité de empresa y el correspondiente a la condición de delegado sindical, mientras se ostente esa doble cualidad

Tutela del derecho de libertad sindical. Delegado sindical que forma parte, como miembro electo, del comité de empresa. Derecho a la acumulación del crédito horario.

El derecho al crédito horario forma parte del derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho al ejercicio de la actividad sindical. El crédito horario es, desde esa perspectiva, un derecho instrumental al servicio de la actividad del sindicato y de sus representantes, de manera que, al estar configurado por la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS), forma parte inescindible del derecho fundamental en los términos expresados en la mencionada ley orgánica. Su artículo 10.3 concede garantías a los delegados sindicales y derechos específicos en los siguientes términos: «Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa». El hecho de que la LOLS no conceda expresamente dichas garantías a los delegados sindicales que forman parte del comité de empresa se explica porque, en función del ejercicio del cargo de representante legal, ya disfrutan de las aludidas garantías, entre las que se encuentra el crédito horario. Por tanto, no parece posible que un delegado sindical acumule las horas correspondientes a un miembro del comité de empresa –por ejemplo, en el caso de que este último fuera miembro del mismo sindicato, como aquí ocurre–, ni viceversa. Y ello porque se trata de dos representaciones –la unitaria y la sindical– de distinta naturaleza. Así, el artículo 10.3 de la LOLS concede a los delegados sindicales las mismas garantías que a los miembros del comité de empresa, pero para el supuesto de que no formen parte del mismo, de lo que debe deducirse *a sensu contrario* que, cuando ya forman parte de ese comité, no tienen derecho a disponer de un doble crédito horario, que es lo que ocurre precisamente con el demandante que reúne esa doble condición. La acumulación ordinaria, a la que se refiere el último párrafo del artículo 68 del ET, debe ser entendida en el sentido de que se pueden acumular, mediando pacto, las horas de un miembro del comité a otro miembro del comité, pero no de un miembro del comité a un delegado sindical, tal como se desprende de su literalidad y, además, por tratarse de representación de los trabajadores que tienen una naturaleza jurídica diferente, pues en tanto los miembros del comité de empresa constituyen la representación institucional de los trabajadores, los delegados sindicales son los representantes de los sindicatos en la empresa, y si ambos organismos actúan en defensa de todos los trabajadores, lo hacen por diferentes cauces jurídicos previstos en sus respectivas leyes (ET y LOLS). Ocurre, además, que no hay previsión convencional alguna que pudiera disponer lo contrario.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2020, rec. núm. 236/2018)

Prestación en favor de familiares. Los requisitos de acceso deben concurrir en el momento del hecho causante, por lo que la separación de hecho no sirve para atribuir a la beneficiaria la condición de cónyuge separada legalmente

Prestación en favor de familiares. Denegación por tener la solicitante la condición de casada en la fecha del hecho causante, al no estar todavía separada legalmente.

Los requisitos de acceso a las prestaciones han de concurrir necesariamente en la fecha del hecho causante, fecha que es aquella en la que se actualiza la contingencia y que, en el caso de las prestaciones en favor de familiares, es la del fallecimiento del generador de las prestaciones. En el caso analizado, los requisitos que debían concurrir en el momento del fallecimiento del padre de la actora eran que esta fuera soltera, divorciada o viuda o que estuviera en situación legal de separación. Y ocurre que, en la fecha del óbito, la actora no estaba legalmente separada, pues solo lo estuvo meses después, siendo criterio de la sala que no cabe la extensión analógica de la separación legal a la de hecho. En este sentido, existen importantes diferencias entre la separación de hecho y la separación legal respecto de lo que aquí es de interés, diferencias que son las siguientes: en la situación de separación de hecho existe un vínculo conyugal con toda su potencialidad de efectos económicos derivados del deber de mutuo auxilio o ayuda, y el mantenimiento del deber de ayuda mutua entre cónyuges en la separación de hecho no se produce en los mismos términos en la separación legal o separación declarada por el juez. Esta distinta regulación se asienta en la distinta finalidad que persiguen una y otra situación de separación; la separación de hecho constata la existencia de una crisis matrimonial que no presenta una cualificación jurídica especial, a diferencia de la separación legal que es, según opinión doctrinal autorizada, una situación de crisis matrimonial previa o puente a la disolución del vínculo. En consonancia con lo anterior, la disposición de medios de vida suministrados en el marco de la institución del matrimonio no es la misma en la separación de hecho y en la separación legal. Y ello impide apreciar la identidad de razón que exige la aplicación analógica, respecto de una contingencia de Seguridad Social en cuya regulación desempeña un papel primordial la situación legal de necesidad económica de la persona que solicita la prestación. Así, la constatación de la carencia de recursos o medios de vida solo es posible en la separación de hecho después de que hayan sido objeto de la reclamación oportuna al otro cónyuge, a diferencia de la separación legal en la que ya hay una sentencia judicial que se encarga de fijar posibles obligaciones sustitutorias y las eventuales cautelas o garantías del cumplimiento de las mismas. El hecho de que la actora hubiera instado la separación judicial con anterioridad al fallecimiento de su padre, con alegación de que el retraso en obtener dicha separación judicial no le es a ella imputable, es un argumento que debe ser rechazado, especialmente porque existe la posibilidad de desistir de la demanda antes de que se dicte sentencia. En este contexto, esta sala ha mantenido que no reúne el requisito de que tratamos –relativo al estado civil– quien presentó la demanda de divorcio antes de morir el causante y firmó el convenio regulador 4 meses después, sin fijación de pensión compensatoria, siendo así que el artículo 226.4 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) nos muestra que el derecho a la prestación controvertida solo lo tienen las hijas que se encuentren en situación legal de separación al tiempo del hecho causante, lo que obliga a entender que cuando el artículo 226.2 b) de la LGSS habla de divorciados se refiere a quienes reúnen esa condición legal y no a quienes están pendientes de la resolución de una demanda de la que pueden desistir antes de recaer sentencia. Y es que la prestación se reconoce en los supuestos de crisis matrimonial legalizada, aunque siempre quepa la posibilidad de reconciliación, porque mientras tanto los deberes del marido subsisten y se entiende que la mujer vive a su cargo y que puede reclamarle alimentos con la extensión prevista en los artículos 142 y 143 del Código Civil. Esta doctrina, y en especial lo de estar pendientes de la resolución de una demanda de la que pueden desistir antes de recaer sentencia, es plenamente aplicable al presente caso.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2020, rec. núm. 1653/2018)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

El establecimiento por la empresa de un permiso retribuido, obligatorio y recuperable, similar al implantado por el Gobierno durante el estado de alarma, no implica MSCT

Zardoya Otis, SA. MSCT (jornada, horario y turnos de disfrute de vacaciones). Establecimiento por la empresa de servicios mínimos y de un permiso retribuido, obligatorio y recuperable del 13 al 26 de abril de 2020 (similar al recogido en el RDL 10/2020 para el periodo del 30 de marzo al 9 de abril), como medida de flexibilidad laboral para mantener y salvaguardar el empleo durante la crisis sanitaria de la COVID-19.

Haciendo aplicación de la previsión contenida en el artículo 34.2 del ET, sin que en el caso el convenio de aplicación regule esta materia, cabe la posibilidad de que la empresa aplique una distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo hasta un máximo del 10% de la jornada anual establecida en el convenio (que era de 1.716 horas de trabajo efectivo). Y a esta posibilidad contemplada en el ET, precisamente para ajustar la producción a la demanda –dado que en el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 26 de abril hubo reducción de avisos de averías de ascensores, habiendo tenido lugar una caída de entre un 50 y un 60% de actividad– es a la que se acogió la empresa demandada en abril de 2020, tras numerosas negociaciones con la RLT, que terminaron sin acuerdo. Concorre la circunstancia de que no se alega ni se acredita que la empresa haya incumplido alguno de los requisitos exigidos por las normas de aplicación: que se haya superado el máximo del 10% de la jornada anual establecida en el convenio, no se hayan respetado los periodos mínimos de descanso diario y semanal previsto en la ley, o no se haya preavisado en tiempo y forma al trabajador sobre la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella. Por tanto, con la distribución irregular de la jornada, no se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y sin que dicha distribución horaria deba ser pactada con la RLT, ni mucho menos mediante procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. En cuanto a la opción ofrecida por la empresa de recuperar esas horas de trabajo (además de con una bolsa de horas) con días de vacaciones, con el beneficio de que, por ese periodo, la empresa concedería 1 día adicional de vacaciones sin cargo al cómputo anual, ha quedado acreditado el carácter voluntario para el trabajador, que puede aceptarla o no. En este punto no hay que olvidar que no resulta admisible la recuperación de las horas no trabajadas mediante su imputación a vacaciones. Ni por decisión unilateral de la empresa, pues ello supondría una clara contravención del artículo 38 del ET, de acuerdo al cual el periodo de disfrute de las vacaciones se debe fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador. Ni mediando acuerdo en el periodo de consultas, pues la finalidad de las vacaciones (descanso, ocio y entretenimiento) no puede quedar cumplida ni satisfecha durante un periodo de confinamiento obligatorio en el domicilio en el que no se goza de libertad de movimientos ni de la tranquilidad y el esparcimiento propios del periodo vacacional. Además, la imposibilidad de compensar unilateralmente por la empresa las horas de trabajo a recuperar con el disfrute de las vacaciones se desprende del propio tenor del artículo 3 del Real Decreto-Ley 10/2020, que solo habla de recuperar las indicadas horas, omitiendo toda referencia a una posible compensación total o parcial con el periodo de vacaciones, por lo que de acuerdo con el principio *inclusio unius, exclusio alterius* tampoco cabría dicha compensación que, como se ha expuesto, iría en contra del carácter indisponible del derecho al disfrute de las vacaciones que no admite excepciones. En este contexto, no puede desconocerse el carácter de temporalidad de las modificaciones decididas vinculadas a la propia evolución y correlativa temporalidad del estado de alarma y que en todo momento se han tratado de consensuar. Esta temporalidad de las medidas y las causas de su aplicación llevan a concluir que falta el rasgo esencial de la sustancialidad de la modificación y a afirmar, en consecuencia, que no nos encontramos en sede del artículo 41 del ET, sino ante una materia concreta, novedosa, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural.

(SAN, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2020, núm. 91/2020)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

En las familias monoparentales, su titular tiene derecho a disfrutar de forma acumulada las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor que corresponden a los dos progenitores

Derecho a prestación por nacimiento y cuidado de menor. Familia monoparental. Protección del menor. Madre que solicita la adición del derecho a la prestación que le hubiera correspondido al padre.

Desde el punto de vista de la no discriminación, si se deniega la prestación a la beneficiaria, existe una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado van a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir. Puede existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero de ella no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos. Se estima la demanda y se reconoce el derecho a acumular 8 semanas adicionales por nacimiento y cuidado de hijo, determinando ello el abono de la prestación correspondiente

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2020, rec. núm. 941/2020)