



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de diciembre de 2020)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Abonar íntegramente las pagas extraordinarias durante años en las situaciones de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia constituye una condición más beneficiosa

Condición más beneficiosa (CMB). Empresa que abona íntegramente a sus trabajadores, desde el inicio de su actividad en España en los años setenta, las pagas extraordinarias durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia. Alegación por la empleadora de la existencia de un error en la confección de las nóminas, descubierto en el momento de llevar a cabo su digitalización, para justificar su decisión consistente en ajustar las retribuciones de este colectivo, de forma que la retribución anual por todos los conceptos no resulte superior a la que hubiesen percibido de encontrarse trabajando.

En el presente supuesto encontramos que la empresa, desde el mismo instante en el que inicia su actividad en España en la década de 1970, ha venido abonando en su integridad el importe de las dos pagas y media a todos los trabajadores que hubieren estado en situación de maternidad durante el periodo de su devengo, con independencia del centro de trabajo al que pertenecieran y del distinto convenio colectivo que les pudiese resultar aplicable. Este hecho ya denota que la voluntad de la empleadora no podía ser otra que la de implementar desde el primer momento una determinada política retributiva en esta materia, porque en caso contrario resulta difícil entender que no se hubiere limitado a reconocer a los trabajadores los derechos que estrictamente les correspondían. No cabe admitir que ya desde el inicio de su actividad en España pudiese haber incurrido en alguna clase de error al respecto, manteniéndolo indefinidamente en el tiempo a partir de esa fecha. Resulta además que esa práctica se reitera y se mantiene a lo largo de muchos años, prácticamente 50, hasta enero de 2018, de manera dinámica, haciéndose extensiva a todas las diferentes prestaciones de Seguridad Social que progresivamente se iban incorporando en nuestro ordenamiento jurídico en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo vinculadas a la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 años, sin que en ningún momento se hubiere revisado a la entrada en vigor de cada una de ellas. No estamos, por consiguiente, ante una mera y simple liberalidad que pudiese haberse aplicado de manera residual, esporádica o circunstancial, sino ante una actuación generalizada, dirigida a todos sus trabajadores, con independencia del centro de trabajo al que estuvieren adscritos y de los diferentes convenios colectivos aplicables, por parte de una empresa que cuenta con una plantilla especialmente numerosa, superior a 7.500 personas, y que dispone por consiguiente de recursos y medios humanos y técnicos más que suficientes para un adecuado asesoramiento jurídico sobre el alcance y extensión de las obligaciones laborales que le son exigibles. Tampoco se trata de simple tolerancia ante un determinado comportamiento de los trabajadores, sino de una decisión proactiva que surge a iniciativa de la propia empleadora. No puede defenderse la existencia de un error, con el único alegato de que la norma convencional no contemplaba ese derecho o beneficio, lo que sería tanto como admitir la concurrencia de un error en toda clase de CMB. Es obvio y evidente que los convenios colectivos no imponen a la empresa esta obligación, puesto que de hacerlo no estaríamos entonces en el territorio jurídico de la CMB, sino en el estricto cumplimiento de las previsiones convencionales. Si la CMB supone una mejora por encima de lo previsto en la ley y de lo



►

pactado en la negociación colectiva, no puede invocarse esta misma circunstancia como único argumento para justificar un supuesto error de la empresa, cuando esa misma forma de actuación se ha venido prolongando en el tiempo durante casi 50 años. Podría admitirse esa alegación en situaciones especiales de incertidumbre jurídica, vinculadas a la renovación o modificación de lo acordado en convenios colectivos y pactos de empresa, de una novación en el ámbito funcional del convenio aplicable, o a cualquier otra circunstancia de índole similar, en las que la empresa pudiese haber incurrido, transitoriamente y durante un determinado periodo de tiempo, en alguna clase de error a la hora de aplicar esas nuevas previsiones convencionales. Pero no puede calificarse como error la reiteración de una práctica empresarial desde la década de 1970, que pretende justificarse con el argumento de que los convenios colectivos de empresa no contemplan ese beneficio, si la CMB consiste, precisamente, en otorgar un derecho superior a los que impone la negociación colectiva. Abunda en la existencia de una inequívoca voluntad empresarial de reconocer ese beneficio el hecho de que no hubiere rectificado definitivamente esa actuación tras la publicación del documento de 2 de julio de 1998, denominado «Modelo de homogeneización de nómina», que justamente versaba sobre el complemento de la prestación de maternidad hasta el 100 % del salario real, como hasta esa fecha venía haciendo con las prestaciones de incapacidad temporal. Contra la interpretación de la empresa, la publicación de ese documento y la puesta en marcha del modelo de nómina que del mismo se desprende podría haber sido el momento para aclarar definitivamente la cuestión, en el caso de que por su parte se hubiere entendido que se estaba produciendo un error en la confección de las nóminas. Pero lo que en realidad sostiene es que tras la publicación de aquel documento el supuesto error consiste en seguir abonando íntegramente las pagas extraordinarias, pese a que el convenio colectivo únicamente obligaba a garantizar el nivel salarial correspondiente a las retribuciones que se hubieren percibido de seguir en activo, respecto a lo que acabamos de indicar que no es justificación de un posible error, cuando esa misma práctica se mantiene durante los 20 años posteriores a la fecha de aquel documento. Apuntala esta conclusión el hecho de que la empresa ha aplicado de manera inalterable ese beneficio –iniciado en los años setenta con la prestación de maternidad–, tras la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de cada una de las nuevas prestaciones de Seguridad Social vinculadas a la protección del embarazo, la maternidad y la paternidad, haciendo extensivo el derecho a cada una de ellas a medida que han entrado en vigor. Es ya en el año 2018, con ocasión de la implementación de un nuevo sistema de gestión de nóminas, cuando la empresa aprovecha para suprimir unilateralmente ese derecho, sin acudir para ello a los procedimientos legales previstos a tal efecto para instar la oportuna modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme a lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Finalmente, el reconocimiento de la CMB no supone una discriminación por trato desigual, respecto a los trabajadores cuyos contratos de trabajo estuvieran suspendidos por otras causas distintas a las situaciones a las que afecta el litigio, ya que habría, en todo caso, una justificación objetiva y razonable de esa diferenciación, en la medida en que el colectivo de trabajadores a los que se les aplica la CMB se encuentra en una situación jurídica distinta de los que pudieran haber visto suspendido sus contratos de trabajo por motivos ajenos a la atención a las obligaciones derivadas de la maternidad y paternidad, cuya especial naturaleza y singular incidencia en la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores justifica perfectamente el distinto tratamiento jurídico aplicable a tal situación. La CMB de la que tratamos afecta en su mayoría a mujeres trabajadoras, lo que la convierte además en mecanismo adecuado para favorecer el desarrollo de su vida laboral, convirtiéndose de esta manera en eficaz herramienta para mitigar por esta vía su histórica discriminación. En definitiva, se trata de dos colectivos de trabajadores que no se encuentran en la misma situación jurídica, cuyo tratamiento diferenciado pudiese suponer una infracción del derecho a la igualdad de trato. En el caso de autos concurre sin duda esa justificación objetiva, razonable y proporcionada de la diferencia de trato entre las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad o riesgo para el embarazo y lactancia, respecto a las que puedan tener su origen en cualquier otra causa distinta.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2020, rec. núm. 38/2019)

Solicitud de reingreso tras excedencia voluntaria. La posterior transformación por la empresa de contratos temporales en fijos a tiempo completo vulnera el derecho preferente de la trabajadora excedente

Iberia LAE, SA. Operadora. Tripulante de cabina de pasajeros (TCP) que solicita el reingreso tras excedencia voluntaria, manifestando la compañía que no existe plaza vacante, sin que la trabajadora impugne la decisión. Conducta de la empresa consistente en ocupar (después de la petición de reingreso) puestos de trabajo acordes con su categoría profesional mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial, en contratos indefinidos y a tiempo completo. Reiteración de la petición de reingreso 3 años después, recibiendo la trabajadora la misma respuesta negativa. Efectos.

Una vez formulada la primera petición, la empresa ya conocía la voluntad de la trabajadora de reingresar en la empresa en la primera vacante que se produjera, por lo que no le era exigible que reiterara su petición, ni que estuviera pendiente de los avatares que tuvieran lugar en la organización respecto a las plazas de TCP. El que no impugnara la decisión de la compañía de negarle el reingreso no priva a su petición de virtualidad, pues, como ya se ha consignado, la finalidad de dicha petición era dar a conocer a la empresa su voluntad de reingresar en la primera vacante que se produjera de igual o similar categoría a la que venía desempeñando. En este sentido es clarificadora la dicción del apartado 5 del artículo 46 del ET. Es cierto que la transformación de los contratos no supone el acceso de personal externo a la empresa, pero también lo es que evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características de la actora. Por consiguiente, se pone de relieve la existencia de puestos de trabajo que se acomodan a esa preferencia de reingreso. Frente a ello, no cabe aceptar que los trabajadores temporales o a tiempo parcial tengan un derecho preferente al del propio trabajador, en tanto la obligación de la empresa de reincorporarle había nacido ya en el momento en que, solicitado el reingreso, aparecen necesidades que han de cubrirse con otros trabajadores. La preferencia de la demandante juega de forma decisiva ante la evidencia de la existencia de puestos de trabajo de las características del que ocupaba, de suerte que, antes de efectuar la conversión de contratos, debió de tenerse en cuenta el derecho de quien formaba parte de la plantilla de la empresa y satisfacía las características de los puestos para los que se llevaban a cabo tales contrataciones, por más que la transformación del empleo precario en empleo fijo viniera impuesta por compromisos colectivos. Se establece el derecho de la actora a ser reintegrada a su puesto de trabajo y a ser indemnizada en la cantidad equivalente a los salarios que hubiere dejado de percibir desde el mes de marzo de 2014 (fecha de transformación de los contratos temporales de los TCP).

(STS, Sala de lo Social, de 11 de noviembre de 2020, rec. núm. 2405/2018)

Concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. La excedencia voluntaria por cuidado de familiares se computa como servicio activo

Concursos para la provisión de puestos de trabajo. Funcionarios de Administración local con habilitación nacional. Solicitud de que la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiares se equipare a la de servicio activo.

El tiempo de permanencia de la recurrente en la citada situación de excedencia debe entenderse como asimilado a la situación de activo, y desplegar los efectos oportunos en la valoración de los méritos generales, conforme al artículo 57 de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto legislativo 5/2015 (texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público) y la Ley 10/2010, de ordenación de la función pública valenciana. Estas disposiciones consideran que debe valorarse el tiempo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria





por cuidado de familiares atendiendo a una variada denominación de la carrera profesional (promoción profesional, carrera, provisión de puestos de trabajo), lo que viene a equiparar la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiares con la de servicio activo. Todas esas normas tienen otro punto en común, son posteriores a la Orden de 10 de agosto de 1994 que fija las normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Ello significa que, dada su fecha de redacción, al fijar las normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a los referidos funcionarios, aquella norma de 1994 no tuvo en cuenta el objetivo de la eliminación de las desigualdades entre mujeres y hombres fijado como política de la Unión Europea en sus Directivas 76/207/CEE y 2002/73/CE, antecedentes de la Ley orgánica 3/2007, cuyos artículos deben integrarse con el precitado artículo 57. Además, son de superior rango (naturaleza de ley), incluyendo una de naturaleza orgánica, al desarrollar derechos fundamentales (art. 81 Constitución española –CE–), como es la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007, de 22 de marzo. Por ello, la Orden de 10 de agosto de 1994 debe interpretarse en el contexto legislativo vigente que responde a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 Código Civil).

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de diciembre de 2020, rec. núm. 1365/2019)

Aunque el Fogasa ostenta el derecho de opción que el artículo 110.1 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) otorga al empresario demandado, el derecho de opción que el artículo 110.1 b) de la LRJS otorga al trabajador tiene carácter preferente

Efectos del despido improcedente. Derecho de opción recogido en el artículo 110.1 a) y b) de la LRJS cuando la empresa no comparece en el acto del juicio y, por haber cesado en su actividad, no es posible la readmisión.

Los artículos 23.2 y 110.1 a) de la LRJS deben interpretarse en el sentido de que permiten al Fogasa ejercitar anticipadamente en el juicio oral del proceso de despido el derecho de opción en sustitución de la empresa en favor de la indemnización previsto en el artículo 110.1 a) de la LRJS, siempre y cuando: a) se trate de empresas que no hayan comparecido; b) que estén en alguna de las situaciones del artículo 23.2 de la LRJS y, además, que sea difícil o imposible la readmisión; c) que el titular del derecho sea la empresa, no el trabajador (por ser un representante legal o sindical de los trabajadores) y d) que el Fogasa haya comparecido en el momento procesal adecuado para llevar a cabo esa opción. Ahora bien, en caso de ejercerse ambas opciones, el derecho de opción que el artículo 110.1 b) de la LRJS otorga al trabajador demandante prevalece sobre el derecho de opción del Fogasa ex artículo 110.1 a) de la LRJS. En efecto, la del trabajador es opción preferente y prioritaria por ser personal frente a la del Fogasa que es sustitutiva de la de ordinaria titularidad empresarial. Habiendo declarado en el presente caso la sentencia de suplicación recurrida (y antes el juzgado de lo social) que, mediando petición expresa del trabajador, debe estarse al artículo 110.1 b) de la LRJS, la sentencia debe ser confirmada en este extremo y debe dejarse inmodificada, con la única excepción de lo ya señalado respecto del derecho que corresponde al Fogasa y que la sentencia le niega.

(STS, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 2020, rec. núm. 3069/2018)

Gran invalidez reconocida a trabajador jubilado anticipadamente por discapacidad. En el cálculo de la base reguladora se descarta la doctrina del paréntesis a la hora de integrar los vacíos de cotización

Gran invalidez. Cálculo de la base reguladora cuando el beneficiario se encuentra en situación de jubilación anticipada por discapacidad.

En los supuestos de integración de lagunas, derivados de la extinción del contrato de trabajo del beneficiario por jubilación anticipada, como sucede en el supuesto debatido, es aplicable únicamente lo dispuesto en el artículo 197.4 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS); disposición que establece que si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50% de dicha base mínima. Como puede apreciarse, la aplicación de la doctrina del tiempo muerto o paréntesis no se corresponde con lo que se prevé de forma literal en dicho precepto legal, sino que constituye doctrina de esta sala aplicable a supuestos muy concretos cuando existe un déficit específico del sistema de protección que podría derivar de la aplicación meramente literal de las previsiones legales. Esa excepción se hizo exclusivamente, en un primer momento, en relación con el periodo de invalidez provisional previo a la declaración de invalidez y, si bien luego se extendió por un defecto de aplicación a otros supuestos distintos, fue posteriormente corregido por diversas sentencias, a partir de las cuales ha quedado esta doctrina excepcional referida exclusivamente a los periodos sin obligación de cotizar por invalidez provisional inmediata al proceso de invalidez en el que la misma es declarada o a los periodos de prórroga de la incapacidad temporal también inmediatamente anterior a la declaración de invalidez, en cuanto supuestos muy específicos en los que las previsiones legales del sistema en la articulación de la protección pueden llevar a perjudicar sin justificación alguna los derechos de los beneficiarios. No hay que olvidar que la función de la doctrina del paréntesis –en lo que se refiere a la determinación de la base reguladora– no es la de solucionar los problemas planteados por la existencia de lagunas de cotización que pueden producirse en la carrera de seguro de un trabajador por razones ajenas a su voluntad, dado que ello ya ha sido remediado por el legislador con la regla del mencionado artículo 197.4 de la LGSS, sino que su cometido se limita a los supuestos mencionados, pero no a los restantes casos, porque el mecanismo corrector se articula en el marco de un problema técnico de ordenación de la protección y de interpretación de un término en sí mismo tan equívoco como es el de hecho causante, sin que pueda extenderse a otros supuestos diferentes, que ya no reflejan un problema general de la articulación de la protección, ni se relacionan con la interpretación de una expresión legal equívoca, sino que ponen de relieve incidencias diversas en la situación de empleo del beneficiario, que son atendidas por la regla general del artículo 197.4 de la LGSS, y no por la doctrina del paréntesis, que de ser utilizada con generalidad quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora.

(STS, Sala de lo Social, de 18 de noviembre de 2020, rec. núm. 2241/2018)

Pensión de viudedad. Efectos retroactivos del reconocimiento cuando, denegada inicialmente, se reconoce con posterioridad con base en los mismos datos fácticos y jurídicos

Pensión de viudedad. Fecha de efectos de la prestación cuando, habiendo sido previamente denegada, su posterior concesión obedece a un cambio de criterio motivado por la interpretación de la norma aplicable llevada a cabo por la jurisprudencia.

Solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, luego reiteradas las peticiones y desestimaciones, expresas o presuntas, cuando finalmente se reconoce el derecho en los





términos inicialmente solicitados con base en los mismos datos fácticos de los que disponía la entidad gestora y con fundamento en idéntica normativa jurídica que la regía en el momento de la inicial solicitud, ha de otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados siempre que la retroactividad, como ahora acontece, no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Procede, por tanto, fijar la fecha de efectos de la prestación en el momento del fallecimiento del causante.

(STS, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2020, rec. núm. 1518/2018)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA -GUÍA-

Reducción de jornada por cuidado de hijos: el desistimiento de la pretensión de tutela de derechos fundamentales no implica que no se reconozca indemnización por daños morales

Reducción de jornada por guarda legal. Concreción horaria. Turnos rotatorios. Trabajadora con turnos rotatorios de mañana y tarde que solicita la realización de su actividad únicamente por la mañana. Oposición de la empresa a la concreción horaria.

Reconoce la sala, ante la dimensión constitucional del derecho concernido, que la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho individual del trabajador o trabajadora que solo ha de decaer en supuestos excepcionales, como en el caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa. Asimismo, en cuanto a la posibilidad de concretar la reducción en horario fijo de mañana cuando la trabajadora viene realizando turnos rotatorios de mañana y tarde, no considera la sala que implique una reducción fuera de la jornada ordinaria. Por el contrario, tal posibilidad viene siendo admitida por las Salas de lo Social de distintos TSJ y también por la Audiencia Nacional. **Indemnización de daños y perjuicios.** *Desistimiento por la trabajadora de su pretensión de tutela de derechos fundamentales.* La denegación inicial por la empresa de la medida solicitada por la trabajadora le ha provocado un daño moral, causante de una situación de baja por ansiedad y la ha forzado a recurrir a un proceso judicial para obtener la satisfacción de su derecho, por lo que la indemnización debe serle reconocida. No se trata de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales prevista en el artículo 183 de la LRJS, sino por los perjuicios ocasionados a que hace referencia el artículo 139.1 a) de la LRJS, por lo que la situación protegida es la negativa o la demora en la efectividad de la medida de conciliación, resultando así irrelevante a estos efectos que la trabajadora no mantuviera su pretensión inicial de tutela de derechos fundamentales.

(STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2020, rec. núm. 1350/2018)

Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) suspensivo por fuerza mayor: el plazo de 5 días que marca el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 es para dictar resolución, no incluye su notificación

Fuerza mayor temporal. COVID-19. Impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, excluidos los prestacionales. Silencio administrativo positivo. Actividades incluidas. Entidad dedicada





al despiece y venta de carne para la venta a hoteles, restaurantes y cafeterías. Desestimación en vía administrativa de la solicitud de ERTE suspensivo por fuerza mayor al amparo del artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020, tras la declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, y por la que se pretendía la afectación de los contratos de trabajo de todos los trabajadores de la empresa, desde el 17 de marzo al 16 de abril de 2020. Alegación por la empresa de que el plazo previsto legalmente de 5 días desde la solicitud no solo es para dictar resolución sino también para notificar.

Entiende la sala que el plazo de 5 días que recoge el referido artículo 22 para dictar resolución no incluye su notificación. Por el contrario, sigue siendo aplicable, con independencia de la disposición adicional novena de dicha norma, el plazo de 10 días para notificar previsto en la Ley 39/2015, a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, no operando en consecuencia el silencio administrativo positivo. **Concurrencia de fuerza mayor.** En contra del criterio mantenido en instancia, entiende la sala que sí concurre causa de suspensión determinante de la fuerza mayor temporal, al tratarse de una empresa cuya actividad principal consiste en la distribución de productos alimenticios a empresas directamente mencionadas en el apartado 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020, por el que se suspendieron las actividades de hostelería y restauración, siendo evidente que, con ello, quedó paralizada su actividad empresarial, siendo aplicable, por tanto, el artículo 22 del mencionado Real Decreto-Ley 8/2020. Se declara el ERTE ajustado a derecho.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2020, rec. núm. 482/2020)

Despidos colectivos: quiebra de la doctrina unificada del Supremo relativa a la presunción de concurrencia de la causa objetiva mediando acuerdo en periodo de consultas

Despido colectivo. Causas. Empresa que ve paralizada su actividad por incumplir la normativa municipal. Alegación por el trabajador de que no concurre causa objetiva para el despido colectivo, sino que el origen de este son las decisiones ilegales de la empresa.

El cierre del centro de trabajo por acto de autoridad o *factum principis* no constituye propiamente causa objetiva de carácter económico, técnico, organizativo o de producción, sino, más bien, un supuesto de fuerza mayor. La imposibilidad de dar ocupación efectiva a los trabajadores derivó en el presente caso de un incumplimiento por parte de la empresa de la normativa urbanística y en tales circunstancias entiende la sala que no puede considerar justificadas las causas objetivas invocadas para las extinciones de los contratos.

Excepción de falta de legitimación activa. *Cuestionamiento en pleito individual de la justificación de las causas del despido colectivo cuando hay acuerdo en periodo de consultas que no ha sido impugnado. Alegación de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.* La regulación de la causa en los despidos colectivos no encaja en ninguno de los supuestos en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado aplicable directamente la Carta de Derechos Fundamentales, pues la Directiva 98/59 no contempla la necesidad de existencia de una causa en los despidos colectivos, limitándose a definirlos en atención a su alcance numérico dentro de un determinado espacio temporal. Por tanto, la exigencia de concurrencia de una causa objetiva en nuestro artículo 51 del ET constituye una mejora de la finalidad o efecto útil de la Directiva 98/59, que se limita a la exigencia de que los despidos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y la información a la autoridad pública competente. No se trata, por tanto, de una norma de trasposición, ni tampoco estamos ante la derogación de un derecho fundamental reconocido en el derecho de la Unión, ni siquiera el derecho a la libertad de empresa, pues la exigencia de la concurrencia de una causa objetiva no impide llevar a cabo los despidos colectivos. No procede por ello, en este caso, la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario. **Control de convencionalidad. Aplicación del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).** En aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 de la CE,





cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto (Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018). **Extensión a los despidos colectivos de la presunción de concurrencia de causa establecida en el artículo 41 del ET.** El Convenio 158 de la OIT impide la aplicación del artículo 124.13 de la LRJS tal y como ha sido interpretado por la STS de 2 de julio de 2018, Pleno (rec. 2250/2016), conforme a la cual no es posible revisar en pleito individual la concurrencia de las causas de despido colectivo aceptadas en el acuerdo firmado entre la empresa y la representación de los trabajadores (presunción *iuris et de iure*). Entiende el tribunal que procede la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia referenciada, al haber finalizado el periodo de consultas con acuerdo, si bien otorgando a esa presunción un valor *iuris tantum*. Procede, por tanto, entrar a resolver la cuestión de fondo ex artículo 202.3 de la LRJS al ser suficientes los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida.

(STSJ de Baleares, Sala de lo Social, de 18 de noviembre de 2020, rec. núm. 179/2020)

Base reguladora de prestación por cuidado de menor afectada de enfermedad grave cuando la madre ya disfruta de reducción de jornada por cuidado de hijo. Debe considerarse la perspectiva de género como elemento hermenéutico para valorar la norma

Prestación por cuidado de menor afectada de enfermedad grave. Base reguladora. Trabajadora que ya se encuentra en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo. Solicitud de que se parta del salario que le correspondería a jornada ordinaria.

La demandante se acogió al derecho de ausencia parcial al trabajo (jornada reducida) fijado en aras de conciliar la vida personal, familiar y laboral. Esa jornada reducida para cuidar a los hijos menores de 12 años es un derecho de conciliación familiar que es atribuido a ambas personas trabajadoras por igual para cumplir con el principio de corresponsabilidad, de cara a conseguir el reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada. No obstante, tiene razón la recurrente cuando indica que sí que existe incidencia en el género también en estos casos, puesto que es notoriamente conocido que la gran mayoría de estas reducciones de jornada son asumidas por la progenitora o madre y no por el progenitor o padre. Es decir, que la realidad nos demuestra que permanece el estereotipo social que asigna esa labor de cuidado y atención de la prole a la progenitora o madre. Nos movemos, por tanto, en el ámbito de la discriminación indirecta por razón de sexo, tipo de discriminación definida en el artículo 6.2 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Por otra parte, en el particularismo del caso de autos, se constata que ese derecho de ausencia parcial al trabajo (jornada reducida por cuidado de hijo o hija menor de 12 años) no venía impuesto por una circunstancia de atención ordinaria al menor, sino que, además, venía determinado por la irrupción de una sintomatología que ya revelaba patología que ulteriormente se ha diagnosticado como grave (enfermedad de RETT y epilepsia). También es reseñable que, dada la propia edad de la menor en esos años previos y la falta de constancia de diagnóstico cierto hasta el 2019, ello ha determinado que no haya sido hospitalizada de forma permanente o habitual. Esto se trae a colación porque, en tal caso de hospitalización, sí que la demandante hubiese podido hacer uso de la especial reducción de jornada prevista en el artículo 37, punto 6, párrafo tercero, del ET y, en tal caso, su base reguladora se hubiese considerado sobre la base de cotización de la jornada ordinaria de trabajo ex artículo 237 de la LGSS. Y, además, como se ha expuesto, debiera ponderarse no solo la perspectiva constitucional a la hora de interpretar la normativa ordinaria a la que sirve, sino que también y en este concreto, en cuanto que nos movemos en la incidencia negativa en la realidad de la normativa aparentemente neutra, debiera considerarse la perspectiva de género como elemento hermenéutico asumido por la jurisprudencia para valorar la norma. Procede el reconocimiento de la prestación discutida en un importe equivalente al 100% de la base reguladora mensual de 1.500 euros.

(STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2020, rec. núm. 1344/2020)