

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de marzo de 2023)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO -GUÍA-

La suspensión del contrato por IT no tiene repercusión sobre la retribución variable contemplada en convenio colectivo si este no lo ha previsto

FECYT. Retribución variable prevista en convenio colectivo y desarrollada unilateralmente por la empresa. Descuento de los días correspondientes al periodo de IT.

Si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos, es obvio que también habrán de participar en el reparto quienes, aun con sus contratos suspendidos por imperativo del artículo 45.1 c) del ET, asimismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir. Ello no infringe el artículo 45.2 del ET (sobre exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso), porque no prohíbe establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda, como lo está la remuneración de las vacaciones, pese a que, ni en uno ni en otro caso, se realiza la prestación laboral por el trabajador. El hecho de que el convenio contemple como potestad empresarial, sujeta a disponibilidad presupuestaria, el establecimiento de la retribución variable no significa que los términos en que pueda llevarse a cabo pendan de su criterio interpretativo. Inexistente la restricción referida a la repercusión de la IT en el convenio, tampoco puede hacerse valer la ulteriormente establecida mediante un acuerdo o decisión de efectos generales, por insuficiente para cambiar lo establecido en la fuente reguladora del incentivo. En el caso analizado, no puede la FECYT descontar los días correspondientes al periodo de IT en la retribución variable prevista por el convenio y desarrollada unilateralmente por la empresa. No se trata de conclusión aplicable en todo caso, pero sí en aquellos planes de remuneración variable o por objetivos que posean características similares a los de empresas como Renfe o Adif, respecto de las cuales ya se ha pronunciado esta sala. Ni la empleadora puede, de forma unilateral, establecer condicionantes ajenos a los previstos en el convenio colectivo, ni la mera declaración empresarial de que la suspensión por IT comporta minoración del incentivo puede considerarse, por sí misma, la causa que justifica esa consecuencia.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2023, rec. núm. 4265/2019)

Premio por presencia. No cabe computar como absentismo el tiempo de ausencia por ejercicio del derecho de huelga si el convenio no lo ha establecido expresamente

Vulneración del derecho de huelga. Empresa que incluye el tiempo de ausencia por ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia.

En el supuesto analizado, es adecuada la utilización de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, pues se trata de una cuestión de claro relieve constitucional directamente relacionada con el derecho de huelga, ya que puede disuadir de su ejercicio. En efecto, el sindicato demandante denunció la infracción del derecho de huelga por parte de la empresa, no porque esta hubiera impedido que se desarrollara, sino porque computó como absentismo el tiempo de ejercicio del derecho de huelga a los efectos del devengo del premio por presencia. En consecuencia, no hay una acción dirigida a conocer de la alegada lesión

del derecho de huelga y otra –que se acumula– basada en fundamentos diversos de la tutela del mencionado derecho de huelga. Lo que siempre ha existido es una única acción en la que se denunciaba la vulneración del derecho de huelga, a lo que en ningún momento se acumuló ninguna otra que tuviera un fundamento distinto a la de la protección de dicho derecho. Es necesario precisar que el convenio colectivo no computaba como absentismo, a los efectos del premio por presencia, el accidente laboral, los permisos especiales por matrimonio, la enfermedad grave o el fallecimiento de un familiar de primer grado y los retrasos en el transporte de la empresa. En cuanto a la huelga, no la excluía expresamente del cómputo, pero tampoco la incluía de forma expresa. Por tanto, es necesario concluir que para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el convenio de aplicación, por lo que el silencio del convenio colectivo no puede interpretarse como autorización para que, a los efectos de la percepción del complemento o plus, la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo. Ese silencio debe interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2023, rec. núm. 2354/2020)

El Tribunal Supremo reitera que los puestos de trabajo temporales no son adecuados para el reingreso de los excedentes voluntarios cuya relación laboral es de carácter fijo o indefinido

Excedencia voluntaria. Solicitud de reingreso efectuada por trabajador indefinido a jornada completa. Empresa que efectúa contrataciones temporales en el periodo de referencia justificadas en situaciones de interinidad por sustitución y comisión de servicios.

Los puestos de trabajo temporales no son adecuados para el reingreso de los excedentes voluntarios cuya relación laboral es de carácter fijo o indefinido. Cuando el ET establece en su artículo 46.5 que el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, apunta a una simetría o, cuanto menos, equivalencia, entre la plaza ocupada por el trabajador antes de su excedencia y la que pudiere estar vacante para atender su derecho de reingreso preferente. Esto es, si la relación laboral del trabajador excedente es de naturaleza indefinida, también debe ostentar ese mismo carácter la plaza vacante que se quiere hacer valer para el reingreso. El equilibrio de las prestaciones propio de los negocios jurídicos onerosos comporta que en la materia de que tratamos sea defendible una paridad derecho/deber, que se traduce –en la actualización del derecho al reingreso– en que el trabajador excedente solo puede exigir como plaza vacante aquella que por fuerza habría de aceptar si le fuese ofertada y que a la vez el empresario necesariamente hubiera de ofrecerle (desde el momento en que el empleado solicite temporáneamente su reincorporación, claro está). Lo que a todas luces resulta impredecible en el supuesto de autos, de contrato temporal para obra y jornada reducida, inofertable a excedente con contrato de duración indefinida y jornada a tiempo completo. Lo contrario iría en contra de la dinámica del contrato de trabajo, ya que su posible cambio de naturaleza –de indefinido a temporal– e incluso en la prestación (de jornada completa a tiempo parcial) comportaría una novación que –como todo negocio jurídico– hubiera requerido el consentimiento bilateral, sin que ninguna de las partes pueda imponérsela a la otra. Si se interpretara el artículo 46.5 del ET en el sentido de que por plaza vacante debería considerarse también las de carácter temporal, las consecuencias jurídicas derivadas del rechazo del trabajador podrían valorarse como una dimisión y consecuente extinción de la relación laboral por su voluntad unilateral. Distinto sería si el propio convenio colectivo contemplara esa situación y estableciera las reglas que debieran regir en la materia, regulando los posibles derechos y obligaciones de las partes en orden a la cobertura de puestos de trabajo temporales y el reingreso del excedente. Podría incluso admitirse un posible pacto individual entre la empresa y el trabajador. Pero en defecto de previsión convencional y ante la ausencia de cualquier acuerdo individual, no hay previsión legal que imponga a la empresa la obligación de ofrecer al excedente el reingreso en una plaza temporal, por lo que no concurre causa de ilicitud alguna que justifique la condena al pago de los salarios en tal periodo.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2023, rec. núm. 4756/2019)

Despido disciplinario. Conductor de autobús. La conducción bajo los efectos de las drogas concurre si se acredita, analíticamente, la persistencia de tales sustancias, sin ser necesario que haya habido maniobras extrañas o siniestro circulatorio

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Conductor de autobús que da positivo por cocaína tras una prueba rutinaria de alcoholemia y drogas practicada por la Guardia Civil, sin que mediara ninguna anomalía en la conducción.

En el caso analizado, el laudo arbitral dictado en 2000, asumido por el convenio colectivo del sector de transporte de viajeros de la Comunidad de Madrid, describe comportamientos sancionables. En concreto, regula dos situaciones –superar una tasa de alcoholemia y conducir con influencia de drogas–, sin requerir, al igual que ocurre con la normativa de seguridad vial, requisitos adicionales al hecho en cuestión: ni presencia policial, ni previa detección de anomalías viales, ni protesta de usuarios del transporte, ni proximidad cronológica de la ingesta, ni reiteración del comportamiento, etc. Se trata de una infracción de peligro, no de resultado. Además, en la norma sectorial queda claro que superar la tasa de alcoholemia, en sí mismo, es lo que constituye el incumplimiento considerado como muy grave, no su exteriorización o percepción subjetiva por parte de terceros. La conducción bajo los efectos de drogas, por tanto, no requiere que haya pruebas que acrediten esa conducta irregular, del mismo modo que la alcoholemia no constatada externamente se configura, sin género de dudas, como situación sancionable, estar afectado por sustancias estupefacientes integra el tipo sancionador. La finalidad de la previsión parece clara: evitar riesgos y garantizar la seguridad vial. Por tanto, el dato objetivo de dar positivo en la prueba de drogas supone que al tiempo de la conducción el trabajador tenía esa sustancia en su organismo con los efectos que la misma pudiera desplegar. En conclusión: la literalidad del precepto no exige que la conducción bajo los efectos de ciertas sustancias vaya acompañada de otros datos; la equiparación con el automatismo de la alcoholemia juega en tal sentido; la finalidad preventiva lo hace en el mismo sentido. Así se comprende que en el sector de transporte por carretera se aborde la presencia de sustancias alcohólicas o estupefacientes con un rasero y enfoque diversos al propio de otros ámbitos. Las obligaciones contractuales de quien se pone al frente de un vehículo autopropulsado y sin conducción robótica han de ser, por lógica y ejemplificativamente, diversas a las de quien desarrolla una actividad sedentaria y sin riesgo para terceras personas. Tanto la integridad física como el derecho a la vida aparecen comprometidos por el mero hecho de utilizar un transporte público terrestre, por lo tanto, su mejor protección concuerda con la consideración de que quien conduce el vehículo está sujeto a severas exigencias para conseguir que se encuentre en adecuadas condiciones. También debe valorarse que la conducta del conductor incidió negativamente en la regularidad del servicio, lo que resulta evidente, pues debieron esperar a que llegaran los conductores que se hicieran cargo del autobús y, además, se constata con la reclamación de clientes por el retraso. Asimismo, resulta nítida la afectación y vinculación de la conducta imputada con la relación laboral, puesto que incide sobre la reputación del propio empleador, redundando en definitiva en su perjuicio. No ya por la devolución del importe de los billetes, sino, especialmente, por el descrédito que conlleva la noticia sobre lo acaecido y la eventual desconfianza que de la misma pueda derivarse. Más allá de la efectiva incidencia en sus capacidades del momento, el previo consumo (no negado, acreditados los restos del mismo) no constituye una conducta, en cuanto privada, intrínsecamente sancionable en la esfera laboral. Pero la situación es otra cuando el trabajador acepta desarrollar su actividad de transportista sin previa comprobación de que las sustancias ingeridas han dejado de estar presentes en su organismo. El hecho de que el descubrimiento se realice en un control rutinario no destipifica la conducta, sino que obedece a la deseable y habitual vigilancia que los cuerpos de seguridad competentes deben llevar a cabo.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2023, rec. núm. 3723/2021)

La empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice para la remisión de informaciones o comunicados, a salvo del posible sobrecoste o problemas organizativos

Tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Obstrucción de los derechos de comunicación e información de la representación sindical y del conjunto de los trabajadores. Solicitud de que la compañía ponga a disposición de la sección sindical estatal de CC. OO. una cuenta de correo electrónico corporativa para comunicarse con la totalidad de la plantilla, lo que implica facilitar la cuenta de correo electrónico de todos y cada uno de los empleados.

Aun cuando del tenor literal del artículo 28.1 de la CE parece deducirse la restricción del contenido del derecho de libertad sindical a una faceta o vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, el contenido de tal precepto no constituye un *numerus clausus*, sino que integra, también, la vertiente funcional del derecho, esto es el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en definitiva, a desplegar los medios de acción necesarios para cumplir las funciones que constitucionalmente le corresponden. En este contexto, la remisión de informaciones o comunicados tanto a sus afiliados cuanto a la generalidad de la plantilla constituye una manifestación de la libertad sindical que, en cuanto contenido adicional de la misma, a la vista del alcance dado al artículo 8.1 de la LOLS, debe tutelarse. De conformidad con la doctrina constitucional, la empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice a los efectos recién reseñados. No se trata de un derecho absoluto, pero sus restricciones han de justificarse, sea en el sobrecoste para la empresa, sea en la perturbación de la actividad productiva, sea en cualesquiera otras circunstancias que aboquen a su negación o restricción. En el caso analizado, la empresa ha basado toda su oposición en el tenor del artículo 44 del convenio colectivo, en la existencia de negociaciones fracasadas y en la ausencia del imprescindible acuerdo. Existiendo un sistema de comunicación electrónica e interesándose su utilización por una sección sindical representativa, a la demandada correspondía la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. No aparece protesta empresarial alguna acerca del coste adicional que comportaría acceder a la pretensión del sindicato, sin que en principio parezca que exista un sobrecoste, puesto que aquí se trata de permitir determinado uso de unos medios telemáticos preexistentes, no de arbitrar su dotación. En estas circunstancias no se puede justificar la negativa de la empresa por el simple y mero hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo, sea al amparo de lo previsto en convenio colectivo, sea en concordancia con lo conciliado tiempo atrás en sede judicial, máxime cuando esos instrumentos colectivos contemplan realidades diversas. Que en ocasiones anteriores la propia empresa haya aceptado dotar de una cuenta de correo electrónico al sindicato a fin de comunicarse con ciertos colectivos de la plantilla, o que haya acordado expandir el radio de acción de esas cuentas a expensas de ulterior negociación y acuerdo, abunda en la idea de que lo interesado no es algo desproporcionadamente gravoso o distorsionador para la mercantil demandada. En cualquier caso, lo cierto es que en modo alguno ha alegado y demostrado que así fuera, correspondiéndole a ella la carga de su acreditación. Las limitaciones que la empresa viene imponiendo a la libertad sindical con su negativa a facilitar la cuenta de correo electrónico aparecen sin el contrapeso de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, procede el deber de cesar de inmediato en esa conducta vulneradora de un derecho fundamental, lo que implica poner a disposición de la sección sindical estatal de CC. OO. una cuenta de correo electrónico corporativa, mediante la cual pueda comunicarse con cuantas personas trabajan en ella, así como el abono de una indemnización por daños y perjuicios de 6.250 euros, de acuerdo con la graduación establecida en los artículos 7.9 y 40.1 b) del TRLISOS [vid. SAN, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2020, núm. 119/2020, casada y anulada por esta sentencia].

(STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2023, rec. núm. 62/2021)

El feto alumbrado muerto no debe tenerse en cuenta para devengar y calcular el importe del complemento por maternidad (redacción original del art. 60 de la LGSS)

Complemento de maternidad (redacción original del art. 60 de la LGSS). Porcentaje aplicable según número de hijos. Feto nacido muerto. Incumplimiento de la finalidad de aportación demográfica y de atención y cuidado de los hijos.

En el supuesto analizado, la mujer tenía reconocida una pensión de jubilación y un complemento de maternidad del 10 % por el nacimiento de tres hijos. Formuló demanda reclamando un porcentaje del 15 % por nacimiento de cuatro hijos, incluyendo al que nació muerto, siendo estimada en instancia y confirmada por el TSJ. En este caso, no se cumple la finalidad de aportación demográfica ni tampoco la de atención y cuidado de los hijos del artículo 60 de la LGSS. Dicha atención y cuidado supone el eje esencial sobre el que pivota el reconocimiento del complemento, hasta el punto de que el vigente artículo 60 de la LGSS niega su reconocimiento a las madres (y padres) que se vean privados de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o que hayan sido condenadas por ejercer violencia contra los hijos o hijas. En consecuencia, si el hijo que nace muerto no ha de tenerse en cuenta en el esquema legal actual, en el que ninguna duda queda que el complemento está dirigido a reducir la brecha de género, la misma solución ha de aplicarse bajo el régimen de la normativa legal derogada cuando el complemento se sustentaba en la contribución demográfica. No hay que olvidar que la regla para el cómputo de los hijos a tener en cuenta es exactamente la misma cuando el beneficiario del complemento es un hombre o es una mujer, con lo que la conclusión final que se alcance no puede ser diferente en razón a la circunstancia de que el peticionario pudiese pertenecer a uno u otro género. Dicho de otra forma, la aplicación de la perspectiva de género favorecería en este caso a los hombres en la misma medida que a las mujeres, y perdería con ello la finalidad que justifica la utilización de tan fundamental herramienta hermenéutica. Pleno. **Voto particular.** Se debe conceder el complemento interesado, pues la perspectiva de género refuerza esta conclusión y no hay razón jurídica para apartarse de ella partiendo de la doctrina de la propia sala, atendiendo las circunstancias del caso y las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la maternidad. Es preciso destacar que, en muchas sentencias dictadas por esta sala, se ha extendido la protección del sistema de Seguridad Social y la percepción de las correspondientes prestaciones a supuestos no expresamente contemplados por la normativa, y ello por la vía de la interpretación con perspectiva de género (*vid.* [STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 2 de julio de 2021, rec. núm. 444/2021](#), casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2023, rec. núm. 3225/2021)

El Tribunal Supremo zanja la cuestión: las familias monoparentales no tienen derecho a la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido

Prestación por nacimiento y cuidado de menor. Familias monoparentales. Derecho a la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor de haber existido.

Para dar una adecuada respuesta al caso controvertido, no hay que olvidar que la prestación en liza tiene carácter contributivo, siendo necesario que las personas beneficiarias estén incluidas en el RGSS, cualquiera que sea su sexo, estén dadas de alta o situación legalmente asimilada y reúnan un determinado periodo de carencia. Además, la cuantía de la prestación dependerá de las bases de cotización del interesado, condicionándose su subsistencia durante el periodo de disfrute a la no realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena. De lo que se deduce, por un lado, que es frecuente que en las familias biparentales solo uno de los progenitores pueda disfrutar de la prestación y, por otro, que en algunas ocasiones el disfrute de la suspensión contractual del artículo 48.4 del ET no lleva aparejado necesariamente el acceso a la prestación que se examina. Confirmar la sentencia recurrida que declara el derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en nuestro orden normativo, ya que, en primer lugar, supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración

de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de periodo de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. De otro lado, habría necesariamente que modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el artículo 48.4 del ET, lo que afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social. Una intervención de tal calibre dista mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y tribunales, pues su función es la aplicación e interpretación de la norma, no la creación del derecho. En este sentido, el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia no resulta una exigencia que derive ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España. En cualquier caso, la solución al conflicto no puede sostenerse en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor, no solo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales. En estas, la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia y, en caso contrario, no se le concede, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la sala, no puede ser el único factor decisivo y determinante. Tampoco la interpretación con perspectiva de género resulta determinante para la resolución del caso, ya que no hay discriminación de la mujer, sino que estamos ante un eventual déficit de protección querido y consentido por el legislador, el cual, en materia de protección social no ha olvidado a las familias monoparentales, ya que en el supuesto especial en el que una mujer, en caso de parto, no tenga cotización mínima suficiente, se le conceden 42 días naturales de prestación que se incrementa en 14 días adicionales en los casos de familias monoparentales (art. 182.3 b) de la LGSS). Añadiéndose previsiones sobre prestaciones familiares no contributivas en supuestos de este tipo de familias (art. 351 b) de la LGSS). Pleno. **Voto particular** [vid. [STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2020, rec. núm. 941/2020](#), casada y anulada por esta sentencia].

([STS, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023, rec. núm. 3972/2020](#))

Requisito de estar en alta o situación asimilada al alta para causar una incapacidad permanente total: no se cumple si el trabajador es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada

Beneficiario de jubilación anticipada. Derecho a que se le reconozca una pensión de incapacidad permanente total.

Es preciso matizar la doctrina recogida en las SSTs de 21 de enero de 2015, rec. núm. 491/2014, y de 12 de julio de 2022, rec. núm. 1301/2019, en las que se afirmó que los pensionistas de jubilación anticipada que no hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación pueden ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente, y ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 138.1 de la LGSS de 1994 y 195.1 de la vigente de 2015. En estas sentencias no se examinó si era exigible el requisito de alta o alta asimilada para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total. No hay que olvidar que dicho requisito se exige en el artículo 165.1 de la LGSS, a excepción de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez (art. 195.4 de la LGSS), por lo que si tenemos en cuenta que el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada no se encuentra en situación de alta, al no desempeñar actividad subsumible en el artículo 7 y concordantes del Real Decreto 84/1996, ni en ninguna de las situaciones asimiladas a la de alta mencionadas en el artículo 36 del Real Decreto 84/1996, es preciso concluir que no puede ser acreedor a la pensión de incapacidad permanente total.

([STS, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2023, rec. núm. 4500/2019](#))

La incapacidad para el trabajo, necesaria para el acceso a la pensión de orfandad desde esa situación, no puede negarse por el hecho de estar prestando el beneficiario servicios por cuenta ajena compatibles con su estado

Pensión de orfandad. Determinación de si cabe su reconocimiento desde una situación equivalente a incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando el beneficiario se encuentra prestando servicios en un centro especial de empleo, con contrato indefinido y a tiempo completo (en el caso para la ONCE, como vendedor de cupones).

El régimen de la pensión de orfandad (arts. 224.1 y 225 de la LGSS) no ha sometido el reconocimiento del derecho a que el beneficiario, en los distintos supuestos que permite tener tal condición, no esté en ningún caso prestando servicios por cuenta ajena, ni al inicio ni durante el mantenimiento de tal condición. El requisito exigido de estar incapacitado para el trabajo (equivalente a una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez) no impide el desarrollo de un trabajo por cuenta ajena del huérfano incapaz que sea compatible con su estado y que no represente un cambio de su capacidad de trabajo. En el caso analizado, el actor ya presentaba desde la infancia una agudeza visual bilateral inferior a 0,1 al padecer un glaucoma congénito, razón por la que se estimó en suplicación que su situación de ceguera era equivalente a una gran invalidez. En este contexto debe estimarse que los servicios prestados para un centro especial de empleo son residuales, aunque formen parte del plan de integración y no exclusión social del colectivo de discapacitados y se reconozcan como relación laboral especial (RD 1368/1985), al implicar el desempeño de una actividad que atiende a la capacidad de trabajo que resta al beneficiario y que no comprende cualquier profesión u oficio.

(STS, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2023, rec. núm. 4748/2019)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Reducción de jornada por guarda legal y concreción del horario: el ET no ampara cualquier tipo de petición, debiendo ponderarse todos los intereses en juego

Conciliación de la vida laboral y familiar. Solicitud de reducción de jornada por guarda legal en un 50 % con concreción horaria (lunes a viernes de 10 a 14 horas). Presentación de demanda acumulada reclamando una indemnización de daños y perjuicios por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación.

El derecho a la reducción de jornada reconocido en el artículo 37.6 y 7 del ET no ampara cualquier tipo de petición. El ejercicio del derecho en cuestión no alcanza a imponer un cambio horario, un cambio de turno, ni el paso de jornada partida a continuada. En estos casos, no se estará en el ámbito del artículo 37.6, sino, en su caso, en el del artículo 34.8, que tiene un régimen jurídico sustancialmente diverso. Debe insistirse en la idea de que la ponderación de los intereses en juego exige no solo que la empresa funde su decisión en razones organizativas suficientemente graves y ofrezca propuestas alternativas que permitan la realización del derecho, sino que se atiendan todas las circunstancias concurrentes, incluyendo, obviamente, las personales y familiares de la persona trabajadora y, desde luego, sin desatender la relevancia constitucional del derecho. Ello exige, por supuesto, que tales datos sean aportados al proceso, pues, si no se aportan, difícilmente van a poder ser tenidos en cuenta por parte del órgano jurisdiccional. En el supuesto analizado, la parte actora ha invocado la transgresión del derecho a la igualdad de trato basándose en que hay otra trabajadora a la que se le ha reconocido el derecho solicitado de concentrar la actividad por las mañanas. No obstante, no puede entenderse que haya habido una vulneración del derecho señalado, pues ni coinciden las situaciones de partida, ni las circunstancias de la solicitud son las mismas, sin que haya un precepto legal o convencional que discipline un orden de preferencias para ordenar las peticiones. Así, la otra trabajadora que ya tiene reconocida la jornada de mañana la solicitó 2 años antes que la actora y desde entonces la viene disfrutando, sin que en ese momento concudiese con otra persona ejercitando un derecho análogo, desconociéndose cuáles son las circunstancias que envuelven a una y otra. En cualquier caso, han quedado

justificadas las limitaciones invocadas por la empresa al dar respuesta a la solicitud instada por la recurrente, a quien se le ha reconocido totalmente la reducción solicitada y parcialmente la concreción propuesta, pues de la liberación de las cinco tardes de trabajo se le han concedido tres y se ha justificado la imposibilidad de atender la petición en el caso de las dos tardes restantes. No hay que olvidar que el órgano jurisdiccional no puede imponer a la empresa que acometa la contratación de nuevos trabajadores que cubran la jornada liberada para atender esas dos tardes adicionales. Igualmente, no se puede pretender que se lleven a cabo modificaciones sustanciales sobre otros empleados de la empresa para satisfacer la pretensión de la actora. Habiendo la magistrada de instancia valorado las circunstancias organizativas argüidas por la empresa (entre otras, la mayor carga de trabajo en el horario vespertino), sin que la trabajadora haya aportado ningún dato que permita valorar cuáles son sus circunstancias para así proceder a la ponderación, se desestima el recurso presentado por esta.

(STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2022, rec. núm. 1197/2022)

Planes de igualdad: las empresas sin representación sí los pueden negociar con comisiones *ad hoc* si los sindicatos no contestan a la solicitud en el plazo de 10 días

Plan de igualdad. Comisión *ad hoc*. Empresas de más de cincuenta trabajadores. Inexistencia de representantes unitarios o sindicales en la empresa. Legitimación. Denegación del Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos a la inscripción del plan de igualdad. Empresa que negocia el plan con una comisión *ad hoc*, constituida por y entre trabajadores de la empresa, ante la falta de respuesta, dentro de los 10 días siguientes, a la solicitud cursada a los sindicatos CC. OO. y UGT para que procedieran a la designación e información de las personas que debían formar parte de la comisión negociadora.

Lo que se discute en la presente litis no es tanto la legitimación de una comisión *ad hoc* para negociar un plan de igualdad, legitimación que estimamos no tiene de conformidad con la doctrina jurisprudencial, sino la determinación de si, una vez efectuado el requerimiento por parte de la empresa a los sindicatos con legitimación para negociar el plan de igualdad y finalizado el plazo de 10 días previsto por el artículo 5.2 del Real Decreto 901/2020 sin respuesta por parte de los sindicatos requeridos, la empresa puede continuar con el proceso de elaboración del plan de igualdad, o si, por el contrario, ha de reiterar el requerimiento una y otra vez hasta que sea contestado positivamente por los sindicatos y se forme la correspondiente comisión negociadora. Para la válida aprobación de un plan de igualdad se requiere que la empresa haya comunicado a los sindicatos más representativos su intención de proceder a la negociación de un plan de igualdad, pero si los mismos no responden a dicho requerimiento en el plazo de 10 días a que se refiere dicho precepto reglamentario hemos de entender que la empresa puede proceder a la aprobación de dicho plan de igualdad, pues lo que se exige es dar a los sindicatos la posibilidad de participar en la negociación del plan, pero obviamente la empresa no puede imponer a los mismos dicha participación. Entender lo contrario implicaría aceptar que el cumplimiento de una obligación empresarial (la necesidad de elaboración y aplicación de un plan de igualdad en empresas de cincuenta o más trabajadores) se hace depender de la voluntad de un tercero distinto del sujeto obligado o, lo que es lo mismo, que la mera falta de respuesta de los sindicatos sería suficiente para impedir el cumplimiento de la obligación empresarial, con las consecuencias negativas que de ello puedan derivarse para la empresa. Por tanto, de conformidad con lo expuesto anteriormente, la empresa no tenía obligación de remitir sucesivos requerimientos a los sindicatos hasta que los mismos admitiesen formar parte de dicha comisión negociadora, pues ello no se encuentra previsto ni legal ni reglamentariamente, por lo que la empresa podía continuar con los trámites para la aprobación del plan de igualdad. Se revoca la resolución que acordaba denegar la inscripción del plan de igualdad, debiendo procederse al registro e inscripción del referido plan.

(STSJ de Andalucía/Málaga, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2023, núm. 180/2023)