



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de mayo de 2023)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO -GUÍA-

Excedencia por cuidado de hijo. Solicitud de reingreso una vez transcurrido el primer año y antes de precluir el plazo máximo de 3. El derecho es incondicional y no está determinado por la existencia de vacantes

Excedencia por cuidado de hijo. Solicitud de reingreso una vez transcurrido el primer año y antes de precluir el plazo máximo de 3 años previsto legalmente. Empresa que condiciona el derecho a la existencia de vacante del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

La excedencia por cuidado de hijo garantiza un derecho incondicionado a la reincorporación en el mismo puesto de trabajo durante su primer año de duración, mientras que durante los dos siguientes garantiza en todo caso el derecho de reingreso en la empresa en cualquier puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, con independencia de que pudieren o no existir vacantes en ese momento. Existe pues siempre reserva del puesto de trabajo, siendo incondicionado el reingreso en los dos casos. Hasta el punto de que los efectos jurídicos de la excedencia por cuidado de hijos son en realidad los propios de la excedencia forzosa, por más que el artículo 46 del ET no la incluya específicamente dentro de esa modalidad. La eventual negativa de la empresa al reingreso solo puede calificarse como despido cuando efectivamente suponga una manifestación de voluntad de dar por extinguida definitivamente la relación laboral (si el empresario se niega rotunda e incondicionadamente al reingreso), pero no en los casos en los que la respuesta a la petición del trabajador sea únicamente la de negar el derecho al reingreso sin cuestionar la vigencia y el mantenimiento de la relación laboral (si el empresario pospone la reincorporación demorándola injustificadamente). De lo que se deriva que el procedimiento judicial oportuno debe ajustarse a la naturaleza jurídica de esa actuación empresarial, mediante el ejercicio de la acción de despido en el primer caso, y a través de la acción declarativa del derecho al reingreso en el segundo. En el supuesto analizado, aunque es contraria a derecho la actuación de la empresa que rechaza esa solicitud por no existir ninguna vacante adecuada para el reingreso, cuando estaba legalmente obligada a reincorporar necesariamente al trabajador en un puesto de trabajo en esos términos, esa respuesta no comporta en modo alguno dar por extinguida definitivamente la relación laboral y no supone por ende un despido. No existe pues motivo para desestimar la demanda si la acción correctamente articulada en la misma es la de ejercitar el derecho al reingreso, que no la de despido.

(STS, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2023, rec. núm. 292/2020)

Reclamación de clasificación profesional por funciones de superior categoría desde el inicio de la relación laboral. Plazo de prescripción. El Supremo rectifica su doctrina al considerar que no estamos ante obligaciones de tracto único

Personal laboral fijo que presta servicios para una Administración pública. Acción de clasificación profesional. Prescripción. Realización desde el inicio de la relación laboral de funciones superiores (en el caso propias de la categoría de oficial administrativo).

Aunque esta sala ha venido entendiendo que esas acciones se corresponden con obligaciones de tracto único, no debe mantenerse tal catalogación. La propia regulación en la que se enmarca el desempeño de trabajos de superior categoría nos pone de





manifiesto que no se está ante obligaciones/derechos de tracto único. Basta con acudir al artículo 39.2 del ET para advertir que la encomienda de funciones superiores en unos tiempos determinados, superiores a 1 año, y durante la vigencia del contrato, permite que el trabajador pueda reclamar el ascenso o, en otro caso, las diferencias retributivas. Por tanto, afirmar que el plazo para reclamar la categoría que se desempeña por no corresponderse con la asignada debe tener como día inicial del plazo el de suscripción del contrato no se corresponde con aquel régimen legal que le permite al trabajador reclamar el derecho al ascenso a partir de que, en unos determinados espacios temporales de referencia anual o superior, haya atendido funciones superiores. Por otro lado, las obligaciones de tracto único se refieren a prestaciones que se configuran como un objeto unitario, consistente en una sola obligación instantánea, al margen de que pueda fraccionarse, mientras que los contratos de tracto sucesivo se identifican como contraprestaciones recíprocas, continuadas y dilatadas en el tiempo, ya sea este determinado o indefinido. Y en ellas está la prestación del servicio de forma continuada y a cambio del salario que a él le corresponda, hasta la extinción de la relación laboral. Es por ello, que el artículo 59.1 del ET, como regla general, fija como momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo el día en que este expire o en el que termine la prestación de servicios continuados. La excepción que la norma estatutaria contempla, relativa a percepciones económicas o las obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, fijando otro día inicial del plazo, no afecta a lo que aquí se demanda por el trabajador, aunque aquella previsión legal venga a indicar que en la relación de trabajo puedan surgir o confluir obligaciones de cumplimiento puntual o tracto único. En el caso que nos ocupa, la calificación de las funciones que, desde el inicio de la relación laboral, o como consecuencia de nuevas normas colectivas o acuerdos sobre el sistema de clasificación profesional, están siendo desempeñadas por el trabajador no se agota al año del comienzo de la relación laboral o desde el cambio normativo o convencional, sino que, afectando a la prestación en que consiste la obligación, su ejecución es continuada durante el tiempo en que las mismas se están atendiendo, sin perjuicio de que, respecto de los efectos económicos que resulten de ser clasificado en otra categoría distinta a la que ostentaba, deba aplicarse el plazo especial de prescripción que marca el artículo 59.2 del ET, en tanto que en las diferencias retributivas se están exigiendo percepciones económicas. Y ello porque el trabajador no puede mantenerse desempeñando unas funciones que no se corresponden con el salario que tienen asignado, ya que ello rompe la equivalencia en las contraprestaciones que configuran el contrato de trabajo y que se mantienen durante su vigencia, cuando, además, la norma estatutaria ha permitido que el trabajador pueda reclamar el ascenso si esa situación perdura en un espacio de tiempo. Por ende, no es posible entender que la determinación de la categoría profesional que debe corresponder a las funciones que está desempeñando el trabajador se califique como obligación/derecho de tracto único, porque no constituye una prestación de cumplimiento en un acto en el que se debe entender cumplida la misma, sino que se está desarrollando de forma sucesiva mientras se está prestando el servicio y se percibe la retribución, que debe ser acorde con las funciones desempeñadas. Precisamente por la existencia de esa obligación de tracto sucesivo, desde otra perspectiva, atendiendo a la posición en la que se coloca la empresa ante esa situación, manteniendo al trabajador en esas funciones sobre las que se dice que no se corresponden con la categoría pactada, no se podría entender que la acción de adecuada clasificación profesional que le asiste al trabajador solo pueda formularla dentro del primer año de desempeño de tales funciones cuando esa conducta empresarial se sigue manteniendo, por lo que ese incumplimiento continuado permite al trabajador accionar su adecuada clasificación mientras persista y no sea corregido. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de abril de 2023, rec. núm. 1080/2020)

Reintegro de prestaciones indebidas. Notificación de la resolución en el tablón de edictos del SEPE. Este régimen específico cede desde la creación del tablón edictal único, en el BOE, para todas las Administraciones públicas

La protección por desempleo. Notificación de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas por medio del tablón edictal del SEPE al encontrarse ausente el interesado.

El Real Decreto-Ley 10/2011 (desarrollado por la Orden SS/1490/2013) estableció un régimen específico de notificaciones en el ámbito de la gestión del SEPE mediante la creación del tablón edictal del referido organismo, de manera que en los supuestos





previstos en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 (hoy art. 44 de la Ley 39/2015) las notificaciones de actos y comunicaciones en materia de protección por desempleo, incluidos los procedimientos sancionadores, que no hubieran podido realizarse en el domicilio del interesado, se practicarían exclusivamente en dicho tablón edictal. Esta previsión normativa, creada al margen de lo establecido con carácter general en la normativa administrativa, no puede excluir la de mayor rango que representa el mencionado artículo 59.5 de la Ley 30/1992, que fue modificado por la Ley 15/2014 en el sentido de implantar el tablón edictal único a través del BOE para notificar los actos administrativos de todas las Administraciones públicas cuando las oportunas notificaciones hubieran resultado infructuosas en los domicilios designados por los interesados. Esta reforma implica que aquel mandato legal debió ser cumplido necesariamente en todo caso, al no poder operar un régimen anterior que debe entenderse derogado.

(STS, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2023, rec. núm. 3656/2020)

Es posible renunciar a la pensión de jubilación reconocida, inmediatamente después de su notificación, con el fin de solicitarla en un momento posterior en que resulte más favorable

Pensión de jubilación. Beneficiario que cuando recibe la notificación de su concesión pide a la entidad gestora dejarla sin efecto para poder solicitarla con posterioridad en un momento en que le resulte más favorable al aumentar su periodo de cotización.

Fuera de un pacto o acuerdo, la renuncia es un negocio jurídico unilateral por el que su titular extingue un derecho subjetivo mediante una declaración de voluntad dirigida a tal efecto o, dicho de otra forma, mediante ese negocio jurídico unilateral el sujeto expulsa de su patrimonio un determinado derecho del que ya goza o del que pudiera gozar en el futuro. Así entendida, parece que la LGSS, y, en concreto, su artículo 3, lo que pretende evitar es, justamente, que el beneficiario, bien sea por pacto individual o colectivo o bien mediante decisión unilateral, establezca cualquier disposición que implique renuncia a los derechos que el propio sistema de Seguridad Social le confiere. En el caso analizado, no se está en presencia de una renuncia, no existe una declaración de voluntad en virtud de la cual el beneficiario de una prestación de jubilación presente o futura expulsa de su patrimonio jurídico el derecho a percibir la prestación de jubilación a la que pudiera tener derecho. Lo que hay es una decisión unilateral del trabajador por la que, vista la resolución de la entidad gestora, decide no hacer uso de la misma, en la medida en que desiste de la solicitud, pidiendo que se deje sin efecto y no disfrutar de las consecuencias de dicha decisión, para mantenerse en activo y volver a solicitar de nuevo, cuando lo estime más conveniente para sus intereses, la misma prestación de jubilación en otras circunstancias (de carencia y cotización) que puedan suponerle una prestación mayor. Es cierto que tal posibilidad no está expresamente prevista en la norma, pero tampoco está expresamente prohibida, porque la situación descrita no implica, en modo alguno, una renuncia al derecho a la prestación de jubilación, sino la manifestación de no querer disfrutarla en la cuantía reconocida para solicitarla más adelante cuando, en virtud de los acontecimientos personales posteriores, dicha cuantía pudiera ser más conveniente para sus intereses. Al respecto, hay que tener en cuenta, por un lado, que la solicitud de jubilación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación y, por otro, que el propio sistema permite e, incluso, incentiva la prolongación de la vida activa y, con ello, el retraso en la solicitud de la jubilación. No estamos, por tanto, ante una actuación que pueda considerarse ilegal y tampoco que pueda entenderse como la renuncia al derecho a una prestación pública de la Seguridad Social que, por otro lado, podría no disfrutarse con el simple hecho de no solicitarse nunca. No hay renuncia abdicativa unilateral a los derechos que concede el sistema de Seguridad Social.

(STS, Sala de lo Social, de 26 de abril de 2023, rec. núm. 2860/2020)

Subrogación convencional en el contrato de jubilado parcial. El cese del relevista en la empleadora originaria sin que ninguna de las dos empresas contrate uno nuevo las hace responsables solidarias en el pago de la prestación

Jubilación parcial y contrato de relevo. Sucesión empresarial convencional. Empresa que se subroga en la relación laboral de un jubilado parcial. Responsabilidad en el pago de la prestación por incumplimiento de la obligación de sustituir al trabajador relevista cuya relación laboral se extingue en la empleadora originaria antes de que el relevado acceda a la jubilación total, sin que ninguna de las empresas haya contratado uno nuevo.

En la subrogación convencional, la nueva empleadora conoce perfectamente la naturaleza jurídica y circunstancias concretas de cada uno de los contratos de trabajo en los que se subroga, asume el deber de garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones laborales y de Seguridad Social que forman parte del cúmulo de deberes indisolublemente aparejados a esos contratos, y debe prevenir las consecuencias jurídicas que se derivan de la subrogación en la relación laboral de los jubilados parciales que pasan a integrarse en su plantilla. La subrogación en la relación laboral del jubilado parcial conlleva el sometimiento de la nueva empleadora a la totalidad del régimen jurídico que regula esa figura, los beneficios y ventajas asociados a la naturaleza de ese tipo de contrato, pero también de las obligaciones vinculadas a tan singular modalidad contractual, entre ellas, las que impone la disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002. Por ello, cuando el contrato del relevista se extingue sin que su empresa lo hubiere sustituido, la empleadora del jubilado parcial no queda exenta del cumplimiento de la obligación que impone dicha disposición adicional, la de contratar a un nuevo relevista hasta la fecha de jubilación definitiva del relevado. Es verdad que puede enfrentarse a ciertas dificultades prácticas para conocer el hecho de que la empleadora del relevista pudiere haber extinguido su contrato. Pero en modo alguno se trata de una circunstancia extraña, imprevisible, insólita o anómala en el contexto de la subrogación en el contrato del trabajador jubilado parcial, hasta el punto de que la exima de cualquier responsabilidad. No hay que olvidar que las peculiaridades asociadas a ese tipo de contratos de trabajo son de sobra conocidas por las empresas que operan en aquellos sectores en los que los convenios colectivos imponen la subrogación empresarial por asunción de contratos. En defecto de esas posibles reglas convencionales, nada impide que la empresa que se subroga en el contrato del jubilado parcial requiera esa clase de información a la empleadora del relevista, ante la frecuente eventualidad de que en el futuro extinga su contrato de trabajo, lo que parece, sin duda, una cautela elemental en el diligente actuar de cualquier empresa que se subroga en el contrato de un jubilado parcial y conoce perfectamente la obligación de que exista un contrato de relevo hasta la fecha de acceso definitivo a la jubilación. La falta de previsión no puede eximir de la responsabilidad que a tal efecto impone la tan citada disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002. No obstante es preciso añadir que si la relación laboral del relevista es indisoluble de la del jubilado parcial hasta el momento en el que esta última finaliza, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la de extender solidariamente esa misma responsabilidad a la empresa del relevista que se ha venido beneficiando de su contratación y que da por extinguida la relación laboral sin respetar la normativa legal que justifica tan peculiar causa de contratación en la propia existencia de la relación laboral del relevado. De la misma forma que la empresa que se subroga en el contrato del jubilado parcial queda vinculada por la eventual extinción del contrato del relevista, la empleadora de este último sigue igualmente vinculada por el régimen jurídico que regula y sirve de fundamento a esa peculiar modalidad de contratación, por lo que, de extinguirlo sin sustitución antes de la fecha en la que el jubilado parcial accede a la jubilación total, debe asumir solidariamente las responsabilidades derivadas de ese incumplimiento previstas en aquella disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002, en tanto que su actuación supone asimismo el incumplimiento de aquellos objetivos de mantenimiento del empleo sin merma de los ingresos de Seguridad Social que justifican la propia existencia de ese tipo de contrato de trabajo. La responsabilidad de ambas empresas aparece de esta forma como indivisible y de imposible individualización, lo que da lugar a una situación jurídica de solidaridad impropia, la cual surge cuando no es posible la fijación individualizada de la participación de cada uno de los sujetos en la causación del daño. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2023, rec. núm. 414/2020)

Jubilación. Solicitud de aplicación de la normativa posterior a la Ley 27/2011. La suscripción de convenio especial no es equiparable a la situación jurídica de causar alta en alguno de los regímenes de Seguridad Social

Pensión de jubilación. Base reguladora. Trabajador que habiendo cesado en su puesto de trabajo antes del 1 de abril de 2013 pretende eludir la aplicación de la normativa legal anterior a la Ley 27/2011 por el hecho de haber suscrito un convenio especial.

La originaria redacción de la Ley 27/2011 imponía la aplicación de la normativa anterior en todos los casos en los que la relación laboral del trabajador jubilado se hubiere extinguido antes de su publicación. Esta inicial previsión fue modificada por el Real Decreto-Ley 5/2013, en el sentido de ampliar la posibilidad de seguir aplicando la legislación anterior a la entrada en vigor de la ley a las pensiones causadas antes del 1 de enero de 2019, para los trabajadores cuya relación laboral se hubiera extinguido con anterioridad al 1 de abril de 2013 y siempre que no volvieran a quedar incluidos en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social con posterioridad a esa fecha. Lo que la ley pretendía era acomodar la legislación que debía regular la jubilación del trabajador a los periodos de tiempo en los que hubiera prestado servicios y de los que dicha pensión traía causa, razón por la que apartaba de la normativa anterior a su vigencia a quienes volvieran a realizar con posterioridad una nueva actividad laboral. A estos efectos, la suscripción de un convenio especial no es equiparable a volver a quedar incluido en algún régimen de Seguridad Social. No supone el efectivo desempeño de una nueva actividad laboral, por más que las cotizaciones abonadas durante su vigencia hayan de desplegar la eficacia que legalmente corresponda en otros ámbitos. No hay que olvidar que el artículo 136 de la LGSS enumera pormenorizadamente quiénes deben estar incluidos en el RGSS, sin extender esa previsión a los trabajadores provenientes del mismo que pudieren haber suscrito convenio especial, de la misma forma que así lo hace también el artículo 305 de la LGSS para el régimen de trabajadores autónomos, lo que evidencia que la vigencia del convenio especial no equivale a la efectiva inclusión del trabajador en un determinado régimen de Seguridad Social. Es verdad que el artículo 36.1 del Real Decreto 84/1996 dispone que la suscripción de convenio especial equivale a situación asimilada al alta, pero esa asimilación no genera la misma situación jurídica que despliega la efectiva y real prestación de servicios. Cuando el legislador quiere condicionar unas determinadas consecuencias jurídicas en materia de Seguridad Social al hecho de que el trabajador se encuentre en situación de alta o asimilada, así lo hace constar de forma expresa con la directa utilización de ese concepto. Y no es esto lo que en este caso señala la norma, sino esa singular condición de volver a desarrollar una actividad que dé lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social con posterioridad al 1 de enero de 2013. Todo ello con independencia de que la aplicación de una u otra normativa legal pueda favorecer o perjudicar al trabajador en función de su personal itinerario laboral, en razón de que le resulte más o menos favorable el cómputo de un mayor o menor número de años para el cálculo del importe de la base reguladora. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de abril de 2023, rec. núm. 1022/2020)

El Supremo recuerda que es posible compatibilizar la prestación de desempleo con los rendimientos obtenidos por la instalación de paneles de energía eléctrica en una propiedad de la persona beneficiaria

La protección por desempleo. Incompatibilidad con la realización de trabajos por cuenta propia o ajena. Trabajador que obtiene rendimientos por la instalación de paneles de energía eléctrica en unas parcelas de su propiedad.

En el caso analizado, la actora es propietaria de dos instalaciones de producción y venta de energía eléctrica, para las que ha hecho una inversión en la adquisición y montaje de los paneles eléctricos, un contrato de mantenimiento con una empresa, y la venta de la energía con una empresa distribuidora, quien le abona por ello las facturas que se libran, produciéndole unos beneficios de más de 12.000 euros en el año 2016, y que en cuantía neta alcanzaron 519,62 euros. De tal descripción no cabe identificar la titularidad de los ingresos económicos que percibe la beneficiaria con la realización de una actividad profesional autónoma incompatible con la prestación de desempleo que la entidad gestora, sin embargo, ha revocado. La beneficiaria no realiza





actividad laboral alguna para las mercantiles con las que ha suscrito contratos de instalación, mantenimiento y venta de la electricidad que se produce, ni una actividad económica de forma habitual, personal y directa. De otro modo, suscribió un contrato para la producción de energía fotovoltaica, sin realizar ningún trabajo de gestión, mantenimiento, lectura de contadores, facturación, o de cualquier otra clase. El simple percibo de unos ingresos o rentas procedentes de una instalación fotovoltaica no resulta suficiente para la calificación del trabajo por cuenta propia que requiere el artículo 282 de la LGSS si la explotación misma no se lleva a cabo de alguna manera por el beneficiario y este se limita a la obtención de aquellos, por más que reciba lecturas y transferencias y abone los gastos de reparación y conservación o mantenimiento. El rendimiento económico recibido no se obtiene ni deriva de la realización por la beneficiaria de trabajo alguno, excluyéndose de esta forma la incompatibilidad que sostiene el SPEE.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2023, rec. núm. 1327/2020)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Regulación convencional más favorable en materia de guarda del menor (reducción de jornada para menores de hasta 14 años): efectos sobre la calificación del despido y el cálculo de la indemnización

Despido objetivo. Ineptitud sobrevenida. Reducción de jornada por guarda legal. Procedencia o nulidad. Convenio colectivo de grandes almacenes. Regulación convencional más favorable en materia de guarda del menor: efectos sobre la calificación del despido. Indemnización. Convenio colectivo que da cobertura a un tramo de edad superior al previsto legalmente (menores de 14 años en lugar de menores de 12). Trabajadora declarada no apta en el examen de salud para determinadas actividades de su prestación laboral (como cajera y como reponedora).

La mera declaración de ineptitud de la trabajadora para los puestos de caja y reponedora no constituye por sí misma causa de despido. Es necesaria una constancia cierta de sus limitaciones y de su incidencia sobre las funciones propias de su puesto de trabajo. Para que la ineptitud opere como causa de extinción del contrato de trabajo, entre otros requisitos, ha de ser general, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos, así como permanente y no meramente circunstancial. De ahí se desprende que quedan excluidas las situaciones de incapacidad temporal que, por su carácter transitorio, si bien impiden al trabajador realizar su cometido, no son causa de una real y definitiva ineptitud. La sentencia recurrida no permite afirmar que la situación de la trabajadora resulte definitiva o, al menos, que su patología, aun siendo permanente, le impida decisivamente la prestación de sus funciones básicas con igual extensión. Debemos destacar, en este sentido, que la incidencia laboral de su clínica se ha gestionado siempre a través de procesos temporales de protección de los que, por otra parte, se desconoce su causa, y que, por definición, conllevan aptitud laboral para el puesto de trabajo una vez finalizan. Es necesario acreditar, cuestión que aquí no ha sido probada, la verdadera incidencia de la patología de la trabajadora en su puesto de trabajo con la certeza y precisión requeridas por la gravedad de la medida de extinción. **Consecuencias de la reducción de jornada amparada convencionalmente (menores de 14 años).** Ante la falta de acreditación de la causa de ineptitud, procede la nulidad del despido. La suplementariedad de la regulación convencional sobre la legal en esta materia no priva a la primera de su plena eficacia y, por tanto, de su valor normativo y completa inserción en el sistema de fuentes como régimen equivalente a un instrumento público de regulación, mejorando el régimen del ET, pero manteniendo su alcance y eficacia en cuanto incide directamente sobre derechos fundamentales. En este sentido, permitir diferencias en la calificación del despido por el mero hecho de que este hubiese operado en el ámbito del artículo 41 del convenio colectivo produce un efecto disuasorio para el ejercicio de la conciliación de la vida laboral y familiar en la que se inserta y, por tanto, afecta a intereses protegidos por la carta magna, lo que debe ser evitado en clave constitucional y de perspectiva de género. **Cuantificación de la indemnización**





por despido. Debe tenerse en cuenta el salario que hubiera correspondido a la trabajadora sin tener en cuenta la reducción de jornada efectuada: en primer lugar, porque la finalidad y razón de ser de dicha figura cualquiera que sea su título constitutivo, en cuanto rija con plenos efectos en la relación laboral, es la misma: la conciliación de la vida laboral y familiar y el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible, la cual, por su dimensión constitucional, debe prevalecer ante cualquier duda interpretativa. En segundo lugar, porque la reducción de jornada convencional no es independiente de la legal, sino que se concibe como una mejora de su ámbito de derecho necesario que no existiría de forma autónoma y que, por su accesoriadad, debe conservar las garantías y derechos inherentes a aquella. Y, en tercer lugar, porque ante un despido antijurídico, la finalidad compensatoria de indemnización obliga a que el salario regulador de su importe atienda a las condiciones laborales ordinarias y permanentes, y no a las excepcionales y temporales, como es una reducción de jornada por cuidado de hijo, so pena de que el resarcimiento obtenido resulte artificial e insuficiente, conllevando un perjuicio para la trabajadora por el mero hecho de haber ejercitado un derecho de clara dimensión constitucional. **Inexcusabilidad del error en el cálculo de la indemnización.** El cálculo del salario aplicable a la indemnización puesta a disposición depende de la valoración jurídica que se haga sobre el alcance y efectos de un precepto convencional, respecto del que se discute si se ve o no afectado por el alcance constitucional de los derechos conciliatorios en juego; cuestión discutible sobre la que las partes mantienen posiciones contrapuestas, sin que ninguna de ellas pueda calificarse como arbitraria o irrazonable, y respecto de la que, al margen de la posición expresada por la sala, no consta un pronunciamiento judicial unificador. Puede decirse, por tanto, que el ámbito jurídico de determinación de la cuantía indemnizatoria está indiscutiblemente perfilado y definido en su configuración legal pero no respecto del derecho reconocido en el convenio colectivo aquí aplicable, que es lo verdaderamente discutido. Por ello, su erróneo cálculo, en la consideración de este tribunal, no es calificable como inexcusable.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2022, rec. núm. 474/2022)

En el registro de los planes de igualdad opera el silencio administrativo positivo en caso de que no recaiga resolución denegatoria expresa

Plan de igualdad. Denegación de inscripción en el Registro de convenios colectivos. Silencio administrativo positivo. Adaptación del plan de igualdad preexistente a las previsiones del Real Decreto 901/2020. Denegación por la autoridad laboral amparada en que el banco social no estaba conformado adecuadamente. Solicitud por parte de la empresa de la expedición del certificado de silencio administrativo positivo al haber transcurrido 3 meses sin resolución expresa desde que se respondió al último requerimiento de subsanación. Resolución expresa posterior que desestima la inscripción.

Sostiene la autoridad laboral que opera en el presente supuesto el silencio administrativo negativo, ya que con los planes de igualdad se transfieren al solicitante facultades relativas al servicio público, conforme a los artículos 45 y 46 de la Ley orgánica 3/2007. No obstante, entiende la sala que, a estos efectos, los artículos 45 y 46 de la norma reseñada contienen el régimen jurídico de los planes de igualdad, sin que del tenor de los mismos se extraiga la atribución a las empresas que han de elaborarlos e implantarlos facultades de servicio público. Por consiguiente, operó el silencio administrativo positivo por el transcurso del plazo de 3 meses sin resolución expresa. De conformidad con el artículo 24.3 a) de la Ley 39/2015, la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. Por lo tanto, transcurrido el plazo de 3 meses, la resolución de la demandada solo podía haber sido estimatoria de la solicitud de inscripción del plan de igualdad. Al haber sido desestimatoria, es *contra legem* y, por ende, se ha de colegir que operó el silencio administrativo positivo, debiendo estimarse la pretensión deducida en las presentes actuaciones. En consecuencia, estimando íntegramente la demanda, debemos declarar y declaramos no conforme a derecho la resolución impugnada denegatoria de la inscripción, que se deja sin efecto, al haber operado el silencio administrativo positivo, por lo que se estima la admisión de la solicitud de inscripción y registro del plan de igualdad ante la autoridad laboral.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2022, rec. núm. 437/2022)

En el nuevo complemento por maternidad, por brecha de género, lo que la norma exige es que no se haya cotizado, pero no que no se haya trabajado

Maternidad. Complemento por brecha de género. Pensión de jubilación. Solicitante varón. Acreditación de que la carrera profesional se ha visto interrumpida con ocasión del nacimiento de los hijos. Exigencia legal de tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores a dicha fecha. Hijos nacidos el 10 de marzo de 1980 y el 20 de agosto de 1986. Solicitante que ha trabajado desde 1979 a 1988 en buques de bandera de conveniencia, pero que no tiene cotizaciones hasta 1991, al menos a la Seguridad Social española u holandesa, según certificación de recursos humanos de una naviera de este último país.

La cuestión es cómo interpretar la exigencia de tener más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores a dicha fecha, porque, siquiera haya trabajado en buques, no ha cotizado. Y el precepto dice cotización no trabajo, por lo que, con independencia de la fortuna de la nueva redacción parece que el precepto se refiere a periodos cotizados sin que se pueda pretender atribuirlo a un paréntesis en el trabajo. Si así hubiera querido hacerlo el legislador, lo habría redactado de otra manera. Se reconoce el derecho al complemento, dado que entre los 9 meses anteriores y los 3 años posteriores a las fechas de nacimiento tiene más de 120 días sin cotización, a lo que se suma que la otra progenitora no lo cobra.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 18 de mayo de 2023, rec. núm. 19/2023)