

CRÓNICA¹ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. AÑO JUDICIAL 2020/2021²

INDICE SISTEMATICO

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO DEL TRABAJO

1.- Ascenso por desempeño de funciones de categoría superior.

2.- Cesión ilegal de trabajadores

3.- Contenido de la copia básica de los contratos.

4.- Contratación temporal

4.1.- Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata

4.2.- Encadenamiento de contratos temporales y adquisición de fijeza ex ET art. 15.5.

4.3.- Contratación laboral temporal y profesorado universitario

4.4.- Contrato de colaboración social

4.5.- Contrato de relevo

4.6.- Contrato eventual por acumulación de tareas

4.7.- Interinos vs Indefinidos no fijos y EBEP

4.8.- Trabajadores indefinidos no fijos: Sociedades públicas empresariales y entidades de Derecho Público

5.- Contrato de trabajo y figuras afines

6.- Convenio Colectivo y negociación colectiva.

6.1.- Legitimación para negociar

¹ La Crónica de la Sala Cuarta 2020-2021 ha sido realizada por las letradas del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D^a María Dolores Redondo Valdeón y D^a María Silva Goti (en la parte de Derecho del Trabajo), D^a Yolanda Cano Galán (en la de Seguridad Social), y D^a Margarita Tarabini-Castellani Aznar (en la correspondiente al Proceso Social), bajo la coordinación del Letrado Coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmo. Sr. D. Santiago Marqués Ferrero y bajo la supervisión del Excmo. Sr. Director del Gabinete Técnico D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva y de la Excmo. Sra. D^a M^a Luisa Segoviano Astaburuaga, Presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

² En la presente Crónica se incluyen sentencias correspondientes a mayo y junio del año 2020, que no corresponden al año judicial, pero que no aparecían en la Crónica del año anterior pues por razones técnicas este documento debe cerrarse a mediados de junio de cada año, fecha en que todavía quedan sentencias de los días previos, dictadas y pendientes de notificar a las partes, que no pueden ser aún incluidas.

6.2.- Impugnación de convenio colectivo en relación con el concepto de contrato temporal

7.- COVID-19

7.1.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

7.2.- Suspensión Colectiva de Contratos de trabajo [ERTE] por fuerza mayor ligada a Covid-19

7.3.- Tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales.

8.- Despidos individuales.

8.1.- Unidad esencial del vínculo

8.2.- Caducidad de acción

8.3.- Incumplimiento de requisitos formales: audiencia al delegado sindical, y representantes de los trabajadores

8.4.- Carta de despido

8.5.- Vulneración de la garantía de indemnidad

8.6.- Despido disciplinario: geolocalización del vehículo de empresa

8.7.- Despido y declaración de incapacidad permanente total

8.8.- Despido objetivo por causas económicas

9.- Despido colectivo

9.1.- Subrogación y centro especial de empleo

9.2.- Causas productivas

9.3.- Despido objetivo plural y periodo temporal de referencia

9.4.- Fraude o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo: caducidad

9.5.- Responsabilidad del Estado por salarios de tramitación

10.- Derecho de huelga

11.- Efectos económicos de la extinción del contrato

12.- Elecciones de los órganos de representación de los trabajadores. Voto por correo.

13.- Extinciones del contrato de trabajo

13.1.- Cláusula de rendimiento pactada en el contrato

13.2.- Extinción del contrato por incapacidad permanente total del trabajador

13.3.- Retraso continuado en el pago del salario

13.4.- Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y resolución indemnizada del contrato.

14.- Dimisión del trabajador

15.- Excedencias laborales

16.- FOGASA

- 16.1.- Alcance del silencio administrativo positivo.
- 16.2.- Alegación de la prescripción en vía judicial.

17.- Impugnación de Estatutos sindicales

18.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

- 18.1.- Caducidad de la acción
- 18.2.- Calificación de la modificación
- 18.3.- Modificación o descuelgue

19.- Plan de Igualdad

20.- Prescripción

- 20.1.- Acción de conflicto colectivo
- 20.2.- Daños y perjuicios
- 20.3.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo

21.- Proyecto TRACKER: geolocalización mediante APP que se debe instalar en los móviles personales de los trabajadores repartidores

22.- Relaciones laborales especiales

23.- Salario y régimen retributivo

- 23.1.- Abono de la tasa que grava la Tarjeta de Aptitud Profesional (CAP).
- 23.2.- Aportaciones a entidad de previsión social.
- 23.3.- Complemento por formación (sexenios). Profesores de religión.
- 23.4.- Complemento por funciones asistenciales. Convenio Colectivo de la CAM (2018)
- 23.5.- Complemento salarial. Forma de retribución. CC Contac Center
- 23.6.- Condición más beneficiosa: Transformación de cesta de Navidad en salario en metálico.
- 23.7.- Retribución variable

24.- Sucesión de empresa y subrogación convencional

25.- Trabajo y plataformas digitales

26.- Tiempo de trabajo y jornada

- 26.1.- Ausencia por enfermedad de cuatro días anuales. Controladores aéreos.
- 26.2.- Derecho al disfrute de vacaciones durante el tiempo que la trabajadora estuvo despedida
- 26.3.- Desplazamientos al domicilio del cliente: Tiempo efectivo de trabajo.
- 26.4.- Exceso de jornada
- 26.5.- Permisos retribuidos

- 26.6.- Prorroga reducción de jornada
- 26.7.- Protocolo empresarial en materia de organización de vacaciones de 2019.
- 26.8.- Supresión del permiso retribuido por nacimiento de hijo: efectos

27.- Tutela de derechos fundamentales

- 27.1.- Garantía de indemnidad
- 27.2.- Impugnación de determinados preceptos del Código de Conducta del Banco de España por vulneración de derechos fundamentales

28.- Tutela de la libertad sindical

- 28.1.- Composición Comisión Sindical en la empresa
- 28.2.- Crédito horario: Acumulación en una misma persona en su doble cualidad de representante legal de los trabajadores y representante sindical.
- 28.3.- Designación de delegados sindicales
- 28.4.- Escrito de renuncia o dimisión formalizado, antes de las elecciones, por un candidato a representante
- 28.5.- Pérdida la condición de representantes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE),
- 28.6.- Plus de transporte: derecho a percibirlo en los días que se acumula crédito horario.
- 28.7.- Prohibición a los representantes de los trabajadores de repartir información

29.- Perspectiva de género

II. SEGURIDAD SOCIAL

1.- Desempleo

- 1.1.- Reconocimiento del derecho
 - 1.1.1.- Trabajadores indefinidos no fijos
 - 1.1.2.- Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado
 - 1.1.3.- Hijos menores de 30 años del empresario no convivientes
 - 1.1.4.- Desde jubilación parcial
- 1.2.- Cuantía de la prestación
- 1.3.- Extinción
 - 1.3.1.-Salida del territorio sin comunicación a la entidad gestora
 - 1.3.2.-Realización de trabajos incompatibles
- 1.4.- Revisión de actos en perjuicio del beneficiario
- 1.5.- Subsidio por desempleo
 - 1.5.1.-Extinción por incumplimiento del requisito de carencia de rentas
 - 1.5.2.-Extinción por no comunicación de variación de datos
- 1.6.-Competencia funcional

2.- Renta activa de inserción

- 2.1.- Requisitos de acceso
- 2.2.- Determinación de la carencia de rentas

2.3.- Extinción

2.3.1.- Por incomparecencia a control por entidad gestora

2.3.2.- Salida del territorio sin comunicación a entidad gestora

3.- Incapacidad Temporal

3.1.- Reconocimiento del derecho tras agotamiento del plazo máximo de una incapacidad temporal previa

3.2.- Fecha de efectos económicos

3.3.- Extinción por incomparecencia a reconocimientos médicos

3.4.- Competencia funcional

4.- Incapacidad Permanente

4.1.- Base reguladora

4.2.- Gran invalidez

4.2.1.- Reconocimiento desde situación de jubilación parcial

4.2.2.- Dolencias preexistentes antes de la afiliación a la Seguridad Social

4.2.3.- Agravación de dolencias preexistentes

4.2.4.- Necesidad de ayuda de tercera persona

4.2.5.- Cálculo de la base reguladora: aplicación doctrina del paréntesis

4.3.- Incapacidad permanente absoluta: lesiones sufridas durante el parto

4.4.- Incapacidad permanente total

4.4.1.- Determinación de la profesión habitual

4.4.2.- Requisito de alta o situación asimilada al alta

4.4.3.- Indemnización prevista en norma convencional

4.4.4.- Incapacidad permanente total cualificada: prescripción

4.5.- Incapacidad permanente parcial

4.6.- Lesiones permanentes no invalidantes

4.7.- Incompatibilidad invalidez no contributiva y pensión de orfandad

4.8.- Devolución a la Mutua del capital coste de prestaciones

5.- Discapacidad

5.1.- No reconocimiento automático de persona con discapacidad de perceptores de pensiones de incapacidad permanente

5.2.- Retroacción de efectos

6.- Asistencia sanitaria

6.1.- Reembolso de gastos sanitarios

6.2.- En supuestos de reagrupación familiar

6.3.- Reintegro de gastos a las Mutuas

7.- Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional

7.1.- Sanción administrativa y penal: principio non bis in ídem

7.2.- Determinación de la contingencia

7.3.- Responsabilidad

- 7.4.- Indemnización por daños y perjuicios
 - 7.4.1.- Responsabilidad
 - 7.4.2.- Legitimación herederos del trabajador fallecido
 - 7.4.3.- Prescripción
- 7.5.- Recargo de prestaciones
 - 7.5.1.- Efecto positivo respecto de sentencia anuló sanción administrativa
 - 7.5.2.- Fecha de efectos
- 7.6.- Reintegro de lo abonado por indebida calificación de la contingencia

8.- Jubilación

- 8.1.- Base reguladora
- 8.2.- Aplicación coeficientes reductores
- 8.3.- Complemento a mínimos
 - 8.3.1.- Derecho de extranjeros no comunitarios no residentes en España
 - 8.3.2.- Retroacción de efectos
- 8.4.- Conforme a Reglamentos Comunitarios
 - 8.4.1.- Requisitos de alta o situación asimilada al alta
 - 8.4.2.- Base reguladora
- 8.5.- Jubilación anticipada
 - 8.5.1.- Acreditación cobro indemnización
 - 8.5.2.- Obligación inscripción como demandante de empleo
 - 8.5.3.- Reconocimiento en supuestos de extinción por acuerdo colectivo o individual de prejubilación
 - 8.5.4.- Denegación en supuestos de extinción ex art. 50.1 b) ET
 - 8.5.5.- Régimen Especial Minería del Carbón
- 8.6.- Jubilación flexible
- 8.7.- Jubilación forzosa
- 8.8.- Responsabilidad por falta de cotización
- 8.9.- Reta
- 8.10.- Competencia funcional

9.- Viudedad

- 9.1.- Requisitos de cotización
- 9.2.- Matrimonio por rito gitano
- 9.3.- Separación o divorcio
 - 9.3.1.- No comunicación de reanudación de convivencia
 - 9.3.2.- Pensión compensatoria
 - 9.3.3.- Cuantía en supuestos de concurrencia de beneficiarios
- 9.4.- Violencia de género
- 9.5.- Complemento a mínimos
- 9.6.- Retroacción de efectos

10.- Orfandad

11.- Maternidad

12.- Paternidad

13.- Prestación de riesgo durante la lactancia

14.- Prestación en favor de familiares

15.- Prestación por hijo a cargo

16.- La perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

1.- Competencia de la jurisdicción social

1.1.- Competencia material

1.2.- Competencia objetiva

1.3.- Competencia funcional (remisión)

1.4.- Competencia internacional. Inmunidad de Jurisdicción

2.- Proceso ordinario

2.1.- Conciliación previa

2.2.- La demanda

2.3.- Juicio

2.3.1.- Citación a juicio de la parte demandada

2.3.2.- Excepciones

2.3.3.- Allanamiento

2.3.4.- La prueba

2.3.4.1.- Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes

2.3.4.2.- Prueba testifical

2.3.4.3.- Carga de la prueba

2.4.- La sentencia

2.4.1.- Incongruencia.

2.4.1.1.- Incongruencia omisiva

2.4.1.2.- Incongruencia extra petita

2.4.2.- Cosa Juzgada

2.4.2.1.- Cosa juzgada positiva

2.4.2.2.- Cosa juzgada negativa

2.4.3.- Litispendencia

3.- Modalidades procesales

3.1.- Proceso de despido.

3.1.1.- Ámbito de aplicación

3.1.2.- Ejercicio anticipado por el FOGASA en el pleito por despido de la opción del art. 56.1 ET

3.2.- Proceso de Despido colectivo

3.3.- Proceso de impugnación de sanciones disciplinarias

3.4.- Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación

3.5.- Revisión de actos declarativos de derechos. Plazo para el ejercicio de la acción

- 3.6.- Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral.
 - 3.6.1.- Agotamiento de la vía previa
 - 3.6.2.- Principio non bis in ídem
- 3.7.- Proceso de conflicto colectivo
 - 3.7.1.- Ámbito de aplicación. Adecuación de procedimiento
 - 3.7.2.- Legitimación del Sindicato
- 3.8.- Impugnación de convenio colectivo
- 3.9.- Proceso de Tutela de derechos fundamentales
 - 3.9.1.- Ámbito del proceso
 - 3.9.2.- Legitimación activa del sindicato

4.- Recurso de suplicación

- 4.1.- Sentencias recurribles por razón de la materia.
 - 4.1.1.- Sentencia en materia de impugnación de modificación sustancial acompañada de tutela de derechos fundamentales
 - 4.1.2.- Sentencia en proceso de Impugnación de sanciones disciplinarias
- 4.2.- Sentencias recurribles por razón de la cuantía. Determinación de la cuantía litigiosa y momento procesal oportuno para ello
- 4.3.- Sentencias recurribles por afectación general

5.- Recurso de casación (ordinaria)

6.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.

- 6.1.- Idoneidad de la Sentencia de contraste
- 6.2.- Requisito de la contradicción. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción

7.- Aspectos comunes a los recursos de suplicación y casación

- 7.1.- Legitimación para recurrir
- 7.2.- Plazo
- 7.3.- Revisión de los hechos probados
- 7.4.- Cuestión nueva
- 7.5.- Consignación

8.- Revisión de sentencias firmes

INTRODUCCIÓN

La actividad jurisdiccional de la Sala Cuarta en el presente año judicial 2020/2021 ha mantenido un ritmo semejante al año anterior, y ello a pesar de la crisis sanitaria provocada por el patógeno vírico SARS-Cov-2 que ha llegado prácticamente a todos los entornos imaginables, y ha exigido la adopción de medidas excepcionales, también en el concreto ámbito de la Administración de Justicia.

No debe olvidarse, sin embargo, que la finalidad de la presente crónica es proporcionar una visión panorámica de esa labor desarrollada por el Tribunal Supremo en el ámbito del ordenamiento laboral, razón por la cual las sentencias que aquí se traen a colación son el resultado de una labor selectiva desarrollada por los firmantes -a quienes por ello deben imputarse los errores u omisiones- y no un recuento exhaustivo. Desde luego, en el ánimo de quienes suscribimos las siguientes líneas ha estado en todo momento que ese balance fuera un reflejo fiel de la actividad de esta Sala en el período temporal acotado.

Un dato previo merece ser resaltado. El dinamismo que siempre ha caracterizado a este sector del ordenamiento jurídico que el Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social ha dado lugar una vez más a tal variedad y riqueza de cuestiones litigiosas que es difícil reconducir a una exposición concisa. Y que ha hecho necesario abordar junto a los viejos problemas, cuestiones o conflictos nuevos, surgidos a propósito o en relación con la mayor parte de las instituciones o aspectos de las relaciones laborales. Además, también en la forma de enfocar y resolver esos problemas, la Sala Cuarta no ha perdido la oportunidad de renovar, actualizar o matizar sus propios criterios de interpretación precedentes.

Así, y a pesar de la estrechez del cauce por excelencia de la elaboración doctrinal de esta Sala, que es el recurso de casación para la unificación de doctrina, se han abordado cuestiones relativas a los sujetos de la relación laboral, donde la delimitación de la noción de trabajador asalariado, las relaciones laborales especiales o los fenómenos inter-empresariales, particularmente los que se derivan del trabajo en contratas y la descentralización productiva, o de la subrogación por cambio de titular de la empresa, siguen suscitando constantes y nuevos problemas. Tampoco se puede olvidar el papel del recurso de casación ordinario, cuya actividad principal es la solución contingente de problemas de interpretación y aplicación mucho más concretos, ni las decisiones recaídas en procedimientos seguidos por despido colectivo, y sobre todo las derivadas de la especial situación derivada del SARS-Cov-2 y en cuya selección se ha procurado atener a parámetros de actualidad. Así, son de destacar los diversos e interesantes pronunciamientos relacionados con la excepcional situación sanitaria vivida y con la específica regulación dictada a propósito de la misma, a través de las distintas medidas empresariales adoptadas relativas a suspensiones colectivas del contrato de trabajo, modificación sustancial de condiciones de trabajo o tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales en relación con la posible obligación de entrega de medios de protección.

Asimismo, se clarifica doctrina relativa a la vulneración del derecho de huelga y la sustitución de los trabajadores huelguistas o esquirolaje interno derivada de una casuística muy especial y unas específicas actuaciones empresariales.

También se han resuelto cuestiones interesantes relacionadas con la elaboración y contenido de los Planes de Igualdad así como novedosas y de gran proyección cuales son la instauración del Proyecto Tracker de una conocida cadena de reparto de pizza a domicilio en el que se establecían las condiciones y alcance de la obligación de los repartidores de estar geolocalizados durante el reparto por medio de una app o aplicación informática de la empresa que debía instalarse en su teléfono móvil personal. O la catalogación como tiempo efectivo de trabajo los desplazamientos al domicilio del cliente en supuestos en los que los desplazamientos son consustanciales con la actividad empresarial puesto que ésta no sería posible si no se movilizan trabajadores, materiales y herramientas.

Sin duda, merecen un lugar destacado aquellos pronunciamientos relativos a permisos retribuidos -matrimonio, operación de un familiar, entre otros- que han de ser disfrutados en días laborales o hábiles.

Finalmente, la Sala Cuarta ha abordado el estudio de diferentes conflictos desde la perspectiva de género (techo de cristal, brecha salarial, discriminación en el trabajo, etc.) que merecen un epígrafe particular -exclusión de la retribución variable en el permiso de paternidad o percibo de la antigüedad por fijos discontinuos-.

Pero si hubiera que elegir entre unas pocas resoluciones especialmente dignas de resaltar -tarea que no resulta precisamente fácil-, podría decirse que las sentencias emblemáticas del período serían las relativas al trabajo vinculado a las plataformas digitales, las que abandonan definitivamente la sostenida doctrina de la Sala en relación a los contratos de obra o servicio determinado vinculados a la duración de la contrata, el de las relaciones entre los sindicatos y las personas que integran su organización interna, o las que abordan la posibilidad de llevar a cabo ERTes en el marco de la contratación pública. Otro esperado pronunciamiento y con gran proyección mediática en materia de derecho colectivo y libertad sindical, es el relativo a la demanda en Impugnación de Estatutos Sindicales, presentada frente al Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), interesando la nulidad de los Estatutos y del acta de constitución de dicho Sindicato en la que se efectúa análisis del derecho de sindicación y del contenido del contrato de trabajo, o el nuevo criterio sentado a propósito de la obligación de empresa transportista de asumir la tasa derivada de la renovación de la Tarjeta de Aptitud Profesional (CAP).

Sin embargo, casi a punto de cerrarse esta crónica, se ha dictado una sentencia que está llamada a protagonizar y ser objeto central de numerosos comentarios doctrinales, y que tiene origen en la reciente sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19), que viene de nuevo a interpretar algunos preceptos del Acuerdo marco que figura como Anexo a la Directiva 199/70/CE, provocando en esta Sala Cuarta una nueva reflexión sobre algunos aspectos de la doctrina dictada a propósito de los contratos de interinidad por vacante que superan los tres años de duración, y sobre las circunstancias de su aplicación.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha abordado innumerables cuestiones relacionadas con la dinámica de los derechos, obligaciones y prestaciones.

En particular, el Pleno ha analizado si tienen derecho a la prestación por desempleo durante los periodos de inactividad los trabajadores de empresas de trabajo temporal que prestan servicios con contrato fijo-discontinuo, denegando el derecho tras una importante labor interpretativa en que se pone en relación la normativa laboral, especialmente respecto a los supuestos en que puede concertarse el contrato fijo discontinuo por las empresas de trabajo temporal -negándose que ello sea posible- y la normativa de Seguridad Social; en particular, la que regula los requisitos de acceso a la prestación por desempleo.

Igualmente, en materia de desempleo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto que no procede extinguir el subsidio por desempleo para mayores de 55 años cuando se acepta en concepto de herencia de un familiar un inmueble y no se comunica a la entidad gestora. Se fija una doctrina sobre cómo debe computarse dicho inmueble a efectos de la determinación de la carencia de rentas –sólo será imputable la ganancia o plusvalía derivada de su venta-, de forma que sólo cuando se produzca un incremento de la misma existirá la obligación de comunicación a la entidad gestora.

A pesar de existir ya abundante jurisprudencia sobre la forma de comunicación de la obligación de asistencia de los perceptores de prestaciones de incapacidad temporal a reconocimientos médicos, el Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha vuelto a abordar dicha cuestión, insistiendo en que debe cumplirse con los requisitos de notificación establecidos la normativa sobre Servicios Postales, debiendo agotarse los plazos allí previstos para recoger los avisos de Correos del burofax remitido, y la necesidad de notificación mediante publicación oficial.

Como ya ocurrió en el periodo compendiado en la anterior crónica anual, una importante labor del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido resolver cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho a la gran invalidez de beneficiarios con dolencias visuales.

En otro orden de cosas, especialmente importante es la cuestión resuelta por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación a si la aplicación del principio *non bis in ídem* impide que pueda imponerse a la empresa una sanción administrativa por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales contempladas en la LISOS, derivada del mismo accidente de trabajo por el que ha sido condenado en vía penal el encargado de la obra en la que prestaba servicios el trabajador accidentado. La respuesta dada, tras un exhaustivo análisis de la doctrina constitucional sobre dicho principio, es que es posible imponer ambas sanciones sin vulnerar el principio *non bis in ídem*, ya que no existe la triple identidad -sujetiva, de hechos y fundamentos- exigida para la aplicación de dicho principio.

Falla también el Pleno que la responsabilidad derivada de la condena a indemnizar por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo con infracción de medidas de seguridad y salud, alcanza tanto a la empresa empleadora como a la empresa comitente cuando se dedican a la misma actividad, conclusión a la que llega tras una elaborada doctrina sobre los puestos de solidaridad propia e impropia contemplada en el Código Civil y sobre la que existen abundantes pronunciamientos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. La sentencia aborda, además, en una compleja interconexión entre normativa civil y laboral, cuál es el plazo de prescripción, para concluir que, al tratarse de un supuesto de solidaridad impropia, no es de aplicación el art. 1974 CC, por lo que la reclamación efectuada ante el empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal.

En el período analizado, la Sala 4ª del Tribunal Supremo en sala de cinco ha abordado otras muchas cuestiones. En materia de desempleo, se ha reiterado que la realización de trabajos marginales y de “nula relevancia económica”, no es incompatible con la prestación o subsidio por desempleo, que cuando no se comunica a la entidad gestora por un perceptor de subsidio por desempleo la obtención de un premio de lotería, procede la extinción del mismo y la reclamación de prestaciones indebidas en aplicación de los arts. 25.2 y 47.1 LISOS, extinción que también procede cuando se supera el límite de carencia de rentas computando la Renta Mínima de Inserción reconocida por las Comunidades Autónomas, o que no procede extinguir la Renta Activa de Inserción por superación del límite de carencia de rentas computando la pensión de viudedad de la madre del hijo del solicitante que vive con ellos sin estar casados.

Especialmente importante ha sido la conclusión alcanzada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en que, aplicando perspectiva de género, considera derivada de accidente laboral la incapacidad permanente absoluta reconocida a la trabajadora como consecuencia de lesiones sufridas durante el parto.

En relación con los grados de incapacidad permanente, se ha fallado que procede reconocer en situación de incapacidad permanente parcial a quien teniendo como profesión la de peón agrícola pierde la visión de un ojo, y sin embargo se ha denegado a quien, con idéntica dolencia, tiene como profesión habitual la de limpiadora.

La determinación de la contingencia -como laboral o común- de los accidentes sufridos por los trabajadores, ha obligado a innumerables pronunciamientos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. En el periodo analizado, se ha considerado accidente de trabajo el infarto acontecido durante la pausa para el bocadillo, aunque la misma se realice en dependencias ajenas a la empresa, o el sufrido por el trabajador cuando se dirige a su vehículo en el aparcamiento de la empresa durante dicha pausa.

Se ha concluido, igualmente, que debe aplicarse el efecto positivo de cosa juzgada respecto de lo resuelto en sentencia que anula la sanción por

infracción de medidas de seguridad y salud en el trabajo y el recargo de prestaciones, y que los efectos del recargo deben retrotraerse a los tres meses desde su solicitud y no a la fecha de reconocimiento de la prestación de la que trae causa.

En materia de jubilación, se ha fallado que un pensionista de jubilación acogido al Convenio Hispano-Argentino de Seguridad Social, tiene derecho a percibir el complemento a mínimos, aunque no resida en España.

Especialmente importante es la conclusión alcanzada por la Sala 4ª en relación a que, en supuestos de jubilación anticipada por cese producido como consecuencia de reestructuración empresarial, debe acreditarse haber percibido la indemnización correspondiente mediante transferencia bancaria o documentación equivalente, sin que sirva a los efectos del acceso a la jubilación anticipada, un documento privado. Además, se ha concluido que es necesario acreditar, para el acceso a la jubilación parcial, la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de al menos 6 meses anteriores a la fecha de la solicitud. Y también, en un importante pronunciamiento, se ha considerado que no se cumplen las exigencias para el acceso a la jubilación anticipada, cuando la extinción de la relación laboral es por las causas del art. 50.1 b) ET, ya que las causas del art. 207.1 b) LGSS, son tasadas. Se ha aclarado, además, en materia de jubilación flexible, los supuestos en que es compatible la jubilación con el desempeño de trabajos como consejeros administradores sin control efectivo de la sociedad.

Respecto de la pensión de viudedad, se ha reconocido el derecho computando días cuota por gratificaciones extraordinarias a efectos de acreditar el periodo de cotización que da acceso al derecho, se ha denegado la pensión de viudedad a quien contrajo matrimonio por el rito gitano con el causante pero no constituyó con el beneficiario una pareja de hecho, o a quien tras separarse reanudó la convivencia con el causante sin comunicación al Juzgado, y se ha reconocido, por acreditar el requisito de percibo de pensión compensatoria que se extingue con el fallecimiento del causante, en supuestos en que el causante sufragaba los préstamos concertados por el matrimonio o cuando se abona el préstamo hipotecario de la vivienda de la solicitante de la prestación. Además, se ha aclarado que es posible reconocer pensión de viudedad a quien percibe pensión de jubilación, aunque exista la obligación de opción entre ambas pensiones, y que tiene derecho a la pensión íntegra la segunda esposa del causante cuando la primera, con la que compartía la pensión, fallece.

Por último, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha abordado cuestiones relativas a si se tiene derecho a la prestación en favor de familiares en los supuestos en que en el momento del hecho causante la solicitante se encontraba separada maritalmente –para denegar el derecho-, o a si se tiene derecho a la prestación por hijo a cargo cuando éste desarrolla trabajos que suponen percibir ingresos superiores al salario mínimo interprofesional –para igualmente denegar el derecho.

En materia de Derecho Procesal laboral han sido muchas y muy interesantes las sentencias dictadas por la Sala Cuarta durante el año judicial 2020/2021.

Como todos los años, numerosos han sido los pronunciamientos en materia de competencia de jurisdicción, no ya delimitando las zonas grises de nuestra jurisdicción con la Contencioso-administrativa y la Civil, sino también abordando cuestiones relacionadas con la competencia internacional de los tribunales españoles y la inmunidad de jurisdicción.

Así por ejemplo se han dictado sentencias en materia de reclamación de medidas de prevención de riesgos por las administraciones sanitarias empleadoras, o resolviendo impugnaciones de sanciones administrativas, o respecto de bolsas de trabajo en la Administración, todas materias colindantes con el Derecho Administrativo. Del mismo modo se han abordado cuestiones de la máxima actualidad, como la laboralidad o no de las relaciones de prestación de servicio de reparto con base en plataformas digitales (*riders*), así como las fricciones entre la jurisdicción social y la mercantil en materia de derecho concursal.

Especial relevancia han tenido también los pronunciamientos que desarrollaremos más adelante en relación con la inmunidad de jurisdicción y la competencia de los tribunales laborales españoles para conocer de esas relaciones de índole laboral que se desarrollan entre organismos internacionales afincados en España, o entre embajadas de otros Estados, con sus empleados.

Ha sido un año judicial también muy productivo en lo relativo a diversos aspectos procesales relacionados con el acto del juicio (citación a juicio de la demandada persona jurídica, excepciones procesales, allanamiento y medios de prueba, incluida la testifical) lo que puede ser de gran interés para los Juzgados de lo Social y los profesionales de la jurisdicción laboral, pues no es frecuente que la Sala Cuarta tenga oportunidad de abordar estas cuestiones que, de ordinario, no suelen acceder a la casación unificadora, pero en este caso lo han hecho a través de la casación ordinaria o a través de la vía del análisis de la verdadera naturaleza del medio de prueba utilizado en suplicación para decidir la corrección o no de la revisión fáctica efectuada.

Del mismo modo, muchas han sido las sentencias que abordan el estudio del requisito de la congruencia, en sus diversas modalidades, así como de la cosa juzgada tanto positiva como negativa. Y, finalmente, la Sala ha emitido muy interesantes pronunciamientos en relación con las diversas modalidades procesales, tanto en materia de despido (ámbito de aplicación, opción anticipada del Fogasa), como en materia de despido colectivo, o con relación a impugnaciones de actos administrativos en materia laboral, conflicto colectivo, impugnaciones de convenio, o tutela de derechos fundamentales, y finalmente señalando algunos criterios novedosos en materia de recurso de unificación de doctrina, así como en las cuestiones comunes a los recursos de casación laboral (legitimación, plazo, consignaciones, etc.).

I. DERECHO DEL TRABAJO

1.- Ascenso por desempeño de funciones de categoría superior.

La **STS 30-6-2020 (Rc 676/18), ECLI:ES:TS:2020:2739**, reitera doctrina que señala que la realización de funciones correspondientes a categoría superior no conlleva la consolidación de dicha categoría cuando el convenio colectivo prevé que el único procedimiento válido consiste en superar el correspondiente proceso selectivo. Por tanto, si el convenio supedita el ascenso a la realización de pruebas específicas, el desempeño continuado de funciones de categoría superior confiere derecho a percibir las remuneraciones correlativas, pero no a la reclasificación profesional. En el caso, el artículo 15.5 del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia contiene una regulación inequívoca al establecer que el mero desempeño de las tareas correspondientes a una categoría profesional superior no da derecho a consolidar la misma. Para ello hay que seguir el proceso selectivo regulado en el propio convenio, que constituye «el único procedimiento válido» para consolidar una categoría superior.

2.- Cesión ilegal de trabajadores

Nuevamente la determinación de lo que es una lícita descentralización productiva o una cesión ilegal de trabajadores, ha ocupado el quehacer jurisdiccional de la Sala Cuarta, pues, como veremos, en ocasiones existe una enorme dificultad a la hora de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, y ello a pesar de la actual redacción del art. 43 ET que ha recogido los criterios de la jurisprudencia y la doctrina científica para separar la lícita contratación de una obra o un servicio de la cesión ilegal de trabajadores. Ejemplo de lo cual son los pronunciamientos de signo diverso recaídos en este período.

Así en el marco de una contrata de prestación de servicios de logística, manejo y operaciones de mercancías entre DHL y C&J, se dilucida en la **STS 6-5-2020 (Rc 2414/17) ECLI:ES:TS:2020:1732**, si cuando la contratista aporta únicamente la mano de obra junto con algunos aspectos de la gestión y organización del trabajo, resulta suficiente para excluir la cesión ilegal de trabajadores. La Sala Cuarta descarta dicha exclusión, desde el momento en que era la comitente la que realmente y en sus propias instalaciones organizaba el servicio y llevaba a cabo la verdadera gestión y dirección empresarial. Resulta también relevante la comprobación de que los medios imprescindibles para llevar a cabo las funciones convenidas eran propiedad de DHL que los alquilaba a la contratista y que facturaba por tanto su utilización. Implica todo ello que, en realidad, la contrata de servicios entre empresas se limitó a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa contratista a la comitente, lo que integra un supuesto de cesión ilegal del art. 43 ET. Asimismo, la cesión ilegal se declara existente entre la empleadora (TRGSA) y el Organismo Autónomo Parques nacionales del Ministerio de Medio Ambiente, en **STS 18-5-2021 (Rc 646/19) ECLI:ES:TS:2021:2074**.

Por el contrario, la **STS 8-7-2020, (Rc 14/19) ECLI:ES:TS:2020:2769** descarta la existencia de una cesión ilegal de mano de obra, y sí una lícita descentralización productiva, porque se trata de empresas reales, con organización

propia y trabajadores a su servicio. El objeto de la contrata era la realización de trabajos de atención al cliente, líneas y cables y obra civil. Las contratistas asumían el riesgo de empresa pues únicamente cobraban si el trabajo era correcto, pudiendo comprobar la comitente la corrección del trabajo. A lo anterior se anuda que las contratistas mantenían las facultades organizativas y de dirección sobre la actividad de los trabajadores.

En la **STS 20-4-2021, (Rc 2700/18) ECLI:ES:TS:2021:1521** no se polemiza sobre la existencia de una ilícita situación de prestamismo laboral, se discute sobre la responsabilidad derivada de una cesión ilegal de mano de obra entre dos empresas, cuando ha habido un despido improcedente y la persona afectada manifiesta su voluntad de integrarse en la plantilla de la cesionaria, abordando el alcance de la solidaridad de cedente y cesionaria del tráfico ilícito. La sentencia anotada declara que la responsabilidad solidaria establecida en art. 43.3 ET ni desaparece ni se modaliza en los supuestos de despido. En lo que atañe al modo de concordar las previsiones generales del despido improcedente con las específicas de la cesión ilegal, afirma que el derecho del trabajador a optar es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el art. 56 ET al empresario por despido improcedente, de manera que los trabajadores tienen la facultad de optar por cedente o cesionaria como empleadora; y luego el empresario por el que el trabajador ha optado, decide si indemniza o readmite. En el caso de despido declarado improcedente, el derecho de opción del trabajador no excluye que el empresario cedente responda solidariamente del abono de la indemnización y del resto de los efectos de tal declaración.

3.- Contenido de la copia básica de los contratos.

La **STS 26-5-21 (Rc 189/19), ECLI:ES:TS:2021:2211**, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo que versa sobre el derecho a que la copia básica de los contratos que entrega la empresa a los representantes de los trabajadores contenga la indicación del salario real pactado, no siendo válida la expresión «según pacto», o el salario mínimo del Convenio Colectivo, si este no es el real. La Sala IV sostiene, en interpretación del art 8.4 ET y en base a la jurisprudencia sobre la finalidad y contenido de la copia básica objeto de entrega, que la parte empresarial ha cumplido la carga de entregar la copia de los contratos con los datos básicos contenidos en esos contratos. Concretamente, en lo concerniente al dato retributivo cuestionado, el documento facilitado reproduce el contenido de los contratos originales, ajustándose a la definición y calificación de copia básica en los términos que la jurisprudencia le otorga: traslado o reproducción de un escrito (contrato) que recoge lo fundamental del mismo y que en materia salarial es su fiel reflejo. La empresa demandada ha entregado la copia básica de los contratos y ha facilitado la información de los salarios por categorías y departamentos, cumpliendo suficientemente con las exigencias legales. No se acredita que existan pactos salariales complementarios o modificadores de lo recogido en el contrato ni que la empresa actuara fraudulentamente.

4.- Contratación temporal

4.1.- Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata

Ejemplo de la actualización de la doctrina sobre la desnaturalización de **las contrata**s de larga duración con renovaciones o novaciones modificativas a lo largo del tiempo, y consiguiente alteración de la contratación laboral temporal por obra o servicio es la **STS 18-12-2020 (Rc 907/18) ECLI:ES:TS:2020:4384** que ratifica la calificación como despido improcedente de la terminación del último contrato temporal por obra o servicio celebrado entre la Universidad de Valladolid y la trabajadora, suscritos en el marco de programas conectados con la salud pública que se llevaban a cabo por la Universidad a través de convenios de colaboración con la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, quedando acreditado que la trabajadora no realizó tareas ajenas al objeto del contrato. La larga reiteración en el tiempo, casi veintisiete años, hace que la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja de forma que la actividad se había «incorporado» ya al «habitual quehacer» de la Universidad, por lo que la contratación había devenido en indefinida. Se razona asimismo sobre el hecho de que la trabajadora no estaba contratada bajo ninguna de las modalidades «particulares» o «específicas» del ámbito universitario.

Sin duda, uno de los **pronunciamientos de mayor relevancia** en el periodo acotado por la actual crónica, es el obrante en **STS 29-12-2020, (Rc 1137/20) ECLI:ES:TS:2020:4383**, en el que se abandona definitivamente la sostenida doctrina que, llevando al límite la interpretación y espíritu del art. 15.1.a) ET, había aceptado que la vigencia de la contrata pudiera justificar la suscripción de contratos temporales para obra o servicio determinado de modo que la finalización de dicho encargo podría dar lugar a la válida terminación de los contratos de trabajo con arreglo al art. 49.1.c) ET, permitiendo a empresas auxiliares recurrir a contratos de duración determinada para cubrir una necesidad permanente de la empresa principal. En la sentencia señalada, tras efectuar un completo y didáctico recorrido por los precedentes jurisprudenciales en materia de contratación temporal ligada a los fenómenos de externalización productiva, se cuestiona si es conforme a derecho el contrato temporal por obra o servicio determinado que ha venido rigiendo entre las partes, o ha incurrido por el contrario en fraude de ley transformando la relación laboral en indefinida y su extinción en despido improcedente. El TS en esta relevante resolución, recalca, entre otras, en las SSTS 19-7-2018 (Rc 824); y (Rc 1037/17) que constituyen la antesala de esta nueva línea jurisprudencial que ahora se modifica. En el caso, el contrato por obra o servicio se celebró el 1-3-2000, con justificación de la contrata adjudicada a la empleadora, cuyo objeto eran las labores de mantenimiento de la empresa principal, y declara que en el ámbito de las empresas dedicadas a la descentralización productiva no es lícita la utilización sistemática de la contratación temporal por obra o servicio determinados al amparo de las correspondientes contrata mercantiles o administrativas de obras o servicios, por falta de autonomía y sustantividad propias. En definitiva, se corrige expresamente jurisprudencia anterior, y aprecia falta de justificación de la invocada temporalidad cuando la actividad esencial de la empresa se halla definida por la atención a los vínculos civiles/mercantiles que permiten su desarrollo, confirmando la improcedencia del despido.

La aludida doctrina se reitera en pronunciamientos posteriores, así en la **STS 27-1-2021 (Rc 1613/18) ECLI:ES:TS:2021:314** la cuestión que se suscita consiste en determinar si el no llamamiento de una trabajadora para ejecutar la encomienda de gestión del año 2016, quien había sido contratada, mediante la modalidad de obra o servicio determinado durante los años 2011 a 2015 inclusive, constituyó un despido improcedente. El TS abandona su reiterada doctrina sobre la licitud de los contratos de obra o servicio determinado, cuyo objeto era el cumplimiento de encomiendas de gestión encomendadas a TRAGSA o TRAGSATEC, y declara que la ejecución de la encomienda de gestión encargada a TRAGSA durante las campañas 2012-2016 inclusive, demuestra claramente que dicha actividad, permanente y cíclica para la Administración Autonómica, lo es también para la empresa TRAGSA, por lo que debió utilizarse la modalidad contractual fija discontinua y no habiéndose hecho así, el contrato de obra o servicio determinado, suscrito por las partes, se formalizó en fraude de ley, por lo que, su extinción constituyó un despido, que debe reputarse improcedente.

En el concreto ámbito de las contrata de seguridad, las **SSTS 2-2-2021 (Rc 3379/18) ECLI:ES:TS:2021:406; (Rc 4031/18) ECLI:ES:TS:2021:655** tienen por objeto determinar la validez de unos contratos para obra o servicio determinado cuya temporalidad viene anudada a la de una encomienda de servicios ("contrata") que discurre entre la empleadora y una empresa cliente. Las actoras habían suscrito contratos por obra o servicio determinado con anterioridad al RDL 10/2010, y L 35/2010, que se extinguieron por finalización de la obra con posterioridad a la vigencia del ET/2015, contrato que duró más de 16 años. La Sala Cuarta declara la improcedencia de los despidos, por entender que la novación sucesiva de la contrata acarrea que su objeto pierda la "autonomía y sustantividad" necesaria requerida para mantener contrato de obra o servicio. Falta de justificación del contrato temporal cuando la actividad esencial de la empresa se halla definida por la atención a los vínculos mercantiles que permiten su desarrollo.

4.2.- Encadenamiento de contratos temporales y adquisición de fijeza ex ET art. 15.5

Especial atención merece la **STS 10-12-2020, (Rc 1858/18) ECLI:ES:TS:2020:4248** que se enfrenta a un fenómeno habitual en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios, el de la adjudicación de las sucesivas contrata de una misma empresa cliente a diferentes empresas contratistas, que se subrogan en los correspondientes contratos de trabajo, siendo usual acudir a la contratación por obra o servicio determinado del art. 15.1.a) ET, abordándose la incidencia de la subrogación empresarial en la posible adquisición de fijeza ex art. 15.5 ET, por la proyección temporal de dicha contratación encadenada durante más de 24 meses en un periodo de 30 meses. La respuesta que alcanza la sentencia anotada es afirmativa, al considerar que la interpretación del art. 15.5 párrafo segundo ET extiende su aplicación a supuestos en que, por previsión legal o convencional, se haya producido una sucesión o subrogación empresarial entendiéndose que, en estos casos, cuando la sucesión de contratos se produce entre varias empresas, cabe concluir que la condición de fijo se adquiere en la última para la que se presta servicios. Por lo tanto, la subrogación empresarial en el citado escenario equivaldría a una nueva contratación temporal, que vendría a añadirse a la anterior o inicial, cumpliéndose así el requisito del encadenamiento

de dos o más contratos temporales de modalidades no excluidas del art.15.5 ET. En consecuencia, en esta resolución, la Sala Cuarta en la interpretación del precepto legal en liza, hace equivaler la subrogación empresarial con una nueva contratación temporal facilitadora del encadenamiento contractual del que necesariamente parte el art. 15.5 ET para la adquisición de fijeza.

4.3.- Contratación laboral temporal y profesorado universitario

La cuestión de la naturaleza de la relación de los profesores universitarios ha sido abordada por la Sala Cuarta en ocasiones anteriores, para examinar la adecuación de la duración de los contratos a la normativa que regula de forma específica este tipo de relación. En los supuestos que contemplan las **SSTS 1-7-2020, (Rc 3427/18) ECLI:ES:TS:2020:2445; 16-7-2020, (Rc 1767/18) ECLI:ES:TS:2020:2589** se trata de profesores que venía prestando servicios para la Universidad de Málaga sin solución de continuidad durante casi 35 años, inicialmente en virtud de contratos administrativos y, después, mediante contrato laboral como profesor ayudante doctor cuya duración se estipuló en tres años. La Sala Cuarta declara en el caso la utilización fraudulenta de la figura contractual al no cumplirse con el teórico objetivo del complemento o incremento de la formación investigadora del demandante (art. 50 LOU), pues nada indica que a través del mismo se cumpliera con el teórico objetivo del complemento o incremento de la formación investigadora, lo cual determina que su cese de califique como despido improcedente. Incide la sentencia en el hecho de que de conformidad con la LO 4/2007, la figura del profesor ayudante doctor responde a «la necesidad de completar la formación», lo que no ha sido el caso.

En relación a los profesores asociados, las **SSTS 8-7-2020, (Rc 2288/18) ECLI:ES:TS:2020:2778; 16-7-2020, (Rc 2232/18) ECLI:ES:TS:2020:2745** señalan que la contratación temporal y recurrente [curso académico tras curso académico] del profesorado asociado de las universidades públicas al margen de la finalidad específica de la legislación universitaria [contratación de profesores de reconocido prestigio con actividad profesional distinta de la universitaria a tenor del art. 53 LOU] y para atender necesidades permanentes en materia de contratación de personal docente, constituye un fraude de ley, que al amparo del art. 15.3 ET conlleva la conversión del contrato en indefinido no fijo de plantilla, mereciendo la extinción o cese del fraudulento contrato temporal al término anual del mismo, o de cualquiera de sus renovaciones anuales, la calificación de despido improcedente.

4.4.- Contrato de colaboración social

Reiterando doctrina, la **STS 26-1-2021, (Rc 2372/18) ECLI:ES:TS:2021:313** declara que los contratos de colaboración social vigentes y celebrados con anterioridad al 27-12-2013 siguen siendo válidos cualquiera que sea la actividad contratada, temporal o permanente, con lo que se excluye, normativamente, la hipotética consideración de existencia de fraude de ley en razón de la naturaleza de la actividad desempeñada, manteniéndose la relación extramuros de la laboralidad que implicaría de no haber mediado la indicada disposición, todo ello en interpretación de la disp. final 2º del RDL 17/2014, previsión legal que, en palabras del Alto Tribunal, viene a enmendar la doctrina obrante en la STS 27-12-2013 (Rc 2798/12); (Rc 3214/12), al entender que era fraudulenta la utilización por parte de

las Administraciones Públicas de los obligatorios trabajos de colaboración social para la realización de servicios que se corresponden con actividades normales y permanentes, de tal suerte que la exigencia de temporalidad va referida al trabajo que se va a desempeñar y actúa con independencia de que se haya establecido una duración máxima del contrato en función de la propia limitación de la prestación por desempleo. En consecuencia, tales contratos no quedan sujetos al requisito de que la actividad objeto del contrato tenga naturaleza temporal.

4.5.- Contrato de relevo

Se aborda en la **STS 5-5-2021 (Rc 2392/19) ECLI:ES:TS:2021:1596** si la terminación de un contrato de relevo en la fecha de jubilación ordinaria del relevado, al acceder éste a una jubilación anticipada a los 64 años, con incremento de la jornada al 100% de forma tácita, supone un fraude de ley en la contratación que convierte la extinción de la relación laboral en un despido. La Sala Cuarta, reiterando doctrina, da a tal cuestión una respuesta negativa y declara procedente el despido. Razona al respecto que el contrato de relevo y la situación de jubilación con empleo parcial, no dependen funcionalmente entre sí, y la obligación empresarial de mantener el volumen de empleo se extiende hasta que el jubilado parcial o trabajador relevado alcance la edad que le permita acceder a la jubilación, sin que la distorsión temporal del trabajo afecte al contrato de relevo ni al derecho a la jubilación del relevado siempre que se cumplan los requisitos básicos de la institución. Por lo tanto, el contrato de relevo tiene una duración temporal concreta y, mientras no llegue el acontecimiento de la jubilación ordinaria del trabajador relevado, no se puede dar por extinguido.

A propósito de la incidencia del fallecimiento del trabajador relevado en el contrato suscrito por el relevista, declara la **STS 28-10-2020 (Rc 3116/18) ECLI:ES:TS:2020:3679** que la muerte del trabajador relevado extingue el contrato de trabajo de dicho trabajador por fallecimiento ex art. 49.1.e) ET, pero no determina el cese del contrato del relevista, que se mantiene en sus propios términos hasta la fecha concertada prevista de jubilación total del relevado o sustituido, debiendo calificarse la extinción como despido improcedente.

4.6.- Contrato eventual por acumulación de tareas

Con apoyo en la reiterada doctrina de la Sala Cuarta, la **STS 10-11-2020 (Rc 2323/18) ECLI:ES:TS:2020:3833** decide la cuestión referida a si resultan ajustados a derecho los diferentes contratos temporales eventuales en los que se ha venido sustentando la relación laboral entre el demandante y el organismo demandado [OPAEF], a cuya extinción se formula la demanda rectora de autos. Y la respuesta es negativa, porque no cabe dar por válida la mera y genérica invocación de la necesidad de cubrir vacaciones, licencias y permisos del personal de plantilla sin mayor especificación, sino que se requiere una prueba más precisa y exhaustiva de las concretas y específicas circunstancias concurrentes en esa plantilla, el número de puestos de trabajo y vacantes existentes en la misma, de lo que pueda deducirse la concurrencia de las circunstancias extraordinarias que justifiquen el recurso a esta modalidad de contratación temporal. Por lo tanto, los contratos eventuales concertados por el demandante deben considerarse celebrados en

fraude de ley, calificando la relación como indefinida y su extinción como despido improcedente.

4.7.- Interinos vs Indefinidos no fijos y EBEP

En el periodo acotado por la presente crónica gran parte del quehacer jurisdiccional de la Sala abordó nuevamente uno de los problemas de la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, en concreto el recurso a la contratación de interinidad por vacante de duración inusualmente larga, más allá de los tres años del art. 70.1 EBEP. Ahora bien, y con independencia de que la Sala haya resuelto múltiples asuntos sobre la materia, la relevante **STS 28-6-2021 (Rc 3263/19) ECLI:ES:TS:2021:2454** dictada a raíz de la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19), precisa y rectifica doctrina en el sentido de que aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo.

4.8.- Trabajadores indefinidos no fijos: Sociedades públicas empresariales y entidades de Derecho Público

En la crónica anterior, ya dimos cuenta de los esperados pronunciamientos centrados en determinar si la condición de trabajador indefinido no fijo es aplicable a las sociedades mercantiles estatales en caso de sucesión irregular de contratos temporales, en concreto referidas a AENA (entre otras, TS 18-6-20, Rec 1911/18; 17-9-20, Rec 1408/18) materia en la que, como recuerda la Sala, no ha habido pronunciamientos uniformes acerca de la controversia litigiosa. Ahora, en la **STS 29-4-2021, (Rc 2386/18) ECLI:ES:TS:2021:1709** la aludida doctrina se aplica a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. Recuerda al efecto que al formar la demandada parte del sector público estatal, el acceso al empleo en esta sociedad mercantil, está regido por dichos principios, no en vano el EBEP disp. adic. 1ª amplía la aplicación de los mismos a las entidades del sector público estatal. Dicho concepto jurídico incluye entidades privadas que, de conformidad con el EBEP art. 2, integran el sector público institucional. Abunda en esta solución, aun cuando no resulte aplicable por obvias razones cronológicas, la L 40/2015. En definitiva, en estos casos los trabajadores adquieren la condición de indefinidos no fijos, y se aparta la Sala Cuarta de la doctrina fijada en TS 18-9-14, Rec.2320/13; 6-7-16, Rec. 229/15. En efecto, regresa el TS a la jurisprudencia inicial que en numerosas ocasiones había defendido la aplicación del trabajador indefinido no fijo de plantilla en el campo de las empresas públicas (Correos, RTVE, RNE), pero que a partir del

año 2014 (TS 18-9-14, Rec2320/13) reservó para el concreto ámbito de las Administraciones Públicas.

Análogo criterio se sigue en relación con la Corporación Radio y Televisión Española SA en la **STS 30-6-2021 (Rc 3377/19)**; el Canal de Isabel II en **STS 30-6-2021 (Rc 1607/20)**; y la Radio Televisión del Principado de Asturias en **STS 30-6-2021 (Rc 4327/19)**, y en relación a TRAGSA en **STS 30-6-21 (Rc 1656/20)**.

5.- Contrato de trabajo y figuras afines

La labor judicial de caracterización del contrato de trabajo ha tenido lugar en muchos casos con ocasión o como consecuencia de la delimitación de dicho contrato respecto de las llamadas figuras afines, esto es, respecto de aquellos contratos que tienen por objeto, al igual que el de trabajo, la realización de una actividad o la prestación de un servicio para otro, a cambio de un precio o, en general, de una contraprestación económica. Al mismo tiempo sobre esta labor de delimitación de figuras afines contractuales se proyectan con mayor o menor medida, explícita o implícitamente, todas aquellas pautas utilizadas por la doctrina judicial para dar carácter al contrato de trabajo. Sin duda es el contrato de **arrendamiento de servicios** unas de las figuras contractuales más próximas al contrato de trabajo, en todos los sentidos, siendo el que presenta más puntos en común con el mismo, y el que se suscita generalmente mayores dudas a la hora de la pertinente delimitación y separación. Y es esta concreta cuestión la que resuelven y deciden las **SSTS 1-7-2020, (Rc 3585/18) ECLI:ES:TS:2020:2316; (Rc 3586/18) ECLI:ES:TS:2020:2433; (Rc 4439/18) ECLI:ES:TS:2020:2954; (Rc 4076/18) ECLI:ES:TS:2020:2758; 2-7-20, (Rc 5121/18) ECLI:ES:TS:2019:2839; 6-7-20, (Rc 4076/18) ECLI:ES:TS:2020:2758; 13-1-21, (Rc 3416/18) ECLI:ES:TS:2021:24**. Las aludidas actuaciones se inician a raíz de unas actas de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia en las Corporaciones municipales demandadas al considerar que los servicios prestados por unos arquitectos técnicos e ingenieros técnicos agrícolas eran de carácter laboral pese al contrato civil suscrito. Las sentencias anotadas ratifican la naturaleza laboral de estas relaciones, básicamente porque concurren las notas de la dependencia y ajenidad, e inclusión en el círculo organicista y rector del empresario. Se trata de profesionales que prestan servicios de forma personal y regular, con utilización de los medios de los Ayuntamientos y en sus instalaciones, cumpliendo un horario y percibiendo una cantidad fija sin poseer despacho o poner en juego elementos materiales necesarios propios. Y sin que ello quede desvirtuado ni por la denominación dada al contrato suscrito entre las partes, ni por la circunstancia de que la contratación se hubiera producido dentro del marco de un convenio suscrito por la Diputación Provincial con los colegios profesionales.

Las relaciones entre los sindicatos y las personas que se integran en su organización interna vienen suscitando no pocos conflictos, a veces de compleja y difícil resolución. En la **STS 20-1-2021, (Rc 2387/18) ECLI:ES:TS:2021:47** se deja claro que no constituye óbice alguno el hecho de desempeñar cargos en el sindicato para que pueda existir, al mismo tiempo, una relación laboral con el sindicato. En efecto, la sentencia anotada examina si es laboral la vinculación existente entre quien ha suscrito varios contratos de trabajo con el sindicato como **“adjunto sindical”** o como **“sindicalista”**, y la organización sindical contratante,

elegido asimismo vocal del Consejo Intercomarcal, relación que la Sala de origen había calificado de civil asociativa. Tal parecer no es compartido por el TS que, en una elaborada resolución, examina las notas definidoras de una relación de trabajo en los términos del art. 1.1 ET, y haciendo especial alusión a la nota de la dependencia-subordinación, declara que el actor no detenta mando representativo para el ejercicio de funciones de dirección sindical, ni asume responsabilidades de dirección, sino que se limita a cumplir su trabajo con arreglo a las instrucciones impartidas por sus dirigentes, ni su integración en el Consejo Intercomarcal es causa de su relación laboral, ni ha venido a alterar significativamente el tipo de tareas desempeñadas a lo largo de muchos años.

6.- Convenio Colectivo y negociación colectiva.

6.1.- Legitimación para negociar.

La **STS 23-7-20 (Rc 239/18), ECLI:ES:TS:2020:2925**, dictada en Pleno, confirma la declaración de nulidad del acuerdo de 26 de junio de 2017 que modificó el II Convenio Colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña por defectos en la constitución de la comisión negociadora al negársele la intervención a AERCOCAT. No se ha probado que la Asociación empresarial cuestionada sea una asociación ficticia, ni su inactividad, ni la existencia de conducta fraudulenta o constitutiva de abuso de derecho por su parte, tal y como pretendía la demandada que mantenía que aquella era una asociación aparente cuya única finalidad era revertir fraudulentamente el acuerdo de modificación del convenio colectivo. Tampoco concurren los requisitos que justifican el levantamiento del velo. Por el contrario, se ha probado que AERCOCAT es una asociación empresarial con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar que tiene la legitimación inicial para la negociación del convenio colectivo sectorial exigida por el art. 87.3.c) ET: se ha acreditado que da ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados. El ámbito de la norma colectiva impugnada coincide con el de la mayor parte de las empresas integrantes de ACERCO.

Por otra parte, la **STS 4-5-21 (Rc 164/19), ECLI:ES:TS:2021:1786**, tras resolver diversas cuestiones de índole procesal, confirma la declaración de nulidad del XXV Convenio Colectivo Estatal para Oficinas de Farmacia, aprobado el 13-1-17, por falta de representatividad o legitimación plena de UGT, siendo esta la segunda ocasión en la que la Sala IV se pronuncia sobre la negociación de este convenio. En el caso, consta que el convenio fue suscrito por las asociaciones patronales y la UGT, de 28 representantes legales de quienes trabajan en oficinas de farmacia UGT solo posee 13 y, solo acudió este sindicato a la constitución de la mesa negociadora. Tras un didáctico análisis de los preceptos de aplicación -arts 87 y 88 ET- y de la jurisprudencia, analiza el alcance de la falta de legitimación plena denunciada partiendo de que las exigencias sobre representatividad, contenidas en el Título III ET, son de orden público. Para evaluar la representatividad sindical hay que atender al total de RLT existente en el sector, sin descontar la propia de ámbitos con convenio propio. Pues bien, la existencia de representación unitaria en el sector, aunque exigua (28 RLT para 70.000 empleados), y la firma del Convenio por un solo sindicato más representativo (UGT), impiden aplicar la regla excepcional del artículo 88.2.II ET (válida constitución de la Comisión con los sindicatos más representativos). El precepto solo permite que en esos casos de inexistencia de

órganos representativos se entienda válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada “por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de comunidad autónoma”. No basta que una asociación sindical que ostente esa singular posición jurídica (art. 6.1 LOLS) comparezca a la constitución de la Comisión Negociadora, sino que deben hacerlo “las” que compartan esa cualidad, es decir, todas ellas. Por otra parte, las características de determinado sector de actividad no pueden justificar la inaplicación de las previsiones legales sobre representatividad de quienes negocian un convenio de eficacia general más que en la medida permitida por el propio legislador. Pues bien, es un dato objetivo que el sindicato firmante del convenio examinado carece de la representatividad exigida por el artículo 88.2 ET.

6.2.- Impugnación de convenio colectivo en relación con el concepto de contrato temporal

La **STS 3-3-2021 (Rc 94/19), ECLI:ES:TS:2021:810**, declara la nulidad parcial del art 17 del X Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado subvencionado en cuanto a la mención que en él se hace de impartir asignaturas "no contempladas en los nuevos Planes", "impartir actividades extraescolares" y "vigilancia de ruta escolar y/o comedor", con desestimación de la demanda en el resto de sus pretensiones. La Sala IV recuerda los requisitos para el contrato para obra o servicio determinado, art 15.1 ET, para seguidamente analizar si las actividades de impartir asignaturas no contempladas en nuevos planes y las actividades extraescolares permiten suscribir un contrato para obra servicio determinado con quién vaya a impartirlas. Pues bien, el concepto de duración determinada está claramente presente en aquellas asignaturas que están abocadas a su desaparición al estar inmersas en un proceso de extinción conocido y fijado por mandato normativo, consecuencia de haberse modificado el plan de estudios al que está vinculado. No sucede lo mismo con aquellas asignaturas que, aunque estén afectadas por la implementación de nuevos planes de estudios no se califican como asignaturas a extinguir y, por tanto, se mantienen de futuro por propia decisión del centro privado que, con plenas facultades académicas, goza de autonomía para configurar su proyecto educativos En todo caso, la temporalidad del contrato no puede venir determinada por el mayor o menor número de alumnos que vayan a recibir en cada curso escolar esa enseñanza pues se trata de un dato que no afecta la propia esencia o naturaleza de la actividad, sino a la mera conveniencia empresarial de prestarla. Y lo mismo se concluye respecto a las actividades extraescolares. No se puede dejar la temporalidad del contrato en manos del empleador cuando, en el marco de la educación en el que se integra su actividad permanente, decide atender determinadas áreas de formación de sus alumnos acudiendo a contrataciones temporales cuando la actividad carece de tal condición.

7.- COVID-19

Durante los últimos tiempos se han producido diversos e interesantes pronunciamientos relacionados con la excepcional situación sanitaria vivida y con la específica regulación dictada a propósito de la misma.

7.1.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La **STS 12-5-2021 (Rc 164/20), ECLI:ES:TS:2021:1895**, dictada en Pleno, conoce de la demanda formulada por un sindicato en impugnación de determinadas decisiones empresariales adoptadas en el marco de la crisis sanitaria provocada por el COVID- 19, denunciando que la empresa había llevado a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT), sin haber atendido al procedimiento establecido al efecto ni haber guardado las debidas formalidades. Estas medidas están referidas básicamente a la modificación de los calendarios de trabajo y a la fijación de turnos estancos. Pues bien, estas modificaciones tienen su origen en un mandato normativo a causa de la excepcional situación del estado de alarma a consecuencia del COVID-19, y no constituyen, por lo tanto, MSCT. La empresa se ha limitado a aplicar la normativa al respecto, a partir del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, coonestándola con la normativa de prevención de riesgos, en todo caso, para preservar la vida y la integridad de los trabajadores ante esta situación excepcional y temporal, dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa y que ha contado con el Comité de empresa a través de un proceso negociador, en el que la demandada ha expresado el carácter temporal de la medida. En definitiva, no estamos ante una MSCT que hubiera de tramitarse de conformidad con el art. 41 ET.

7.2.- Suspensión Colectiva de Contratos de trabajo [ERTE] por fuerza mayor ligada a Covid-19

La relevancia de la **STS 25-1-2021 (Rc 125/20) ECLI:ES:TS:2021:59** radica en que se trata de la primera ocasión en la que aborda la Sala Cuarta la posibilidad de llevar a cabo ERTEs en el marco de la Contratación Pública. La sentencia se refiere a una empresa con actividad en escuelas infantiles, que fueron cerradas durante el estado de alarma [COVID], y lo que se decide es si las empresas en estos casos podían acudir a los ERTEs cuando existían medidas específicas diferentes para la contratación pública afectada por las decisiones gubernativo-sanitarias suspensivas. En la misma se resuelve la impugnación sindical de la decisión de la empresa de solicitar un ERTE por fuerza mayor para todos sus centros de trabajo frente a la decisión gubernativa de suspensión de actividades presenciales en los centros docentes, decretada en el primer estado de alarma. El TS afirma la posibilidad de que las **empresas contratistas del Sector Público puedan hacer uso de los ERTE**, y declara que el ERTE es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Ahora bien, la solución aquí adoptada con toda probabilidad no pueda tener vocación de generalidad, porque en el caso, no se conoce la naturaleza jurídica de los contratos públicos en cuestión, pues no para todos ellos concurren las mismas reglas de asunción de gastos (RDL 8/2020 art. 34). En definitiva, la sentencia desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida que había desestimado la demanda de conflicto colectivo tendente a la calificación de nulidad de la medida empresarial de ERTE de suspensión de los contratos de trabajo de toda la plantilla.

7.3.- Tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales.

La Sala IV, en Pleno, se ha pronunciado, en procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en relación con el Sars Covid-19 y la prevención de riesgos laborales, tras resolver previamente diversas cuestiones procesales, objeto de análisis en el epígrafe destinado al Derecho Procesal.

Así, la **STS 17-2-21 (Rc 129/20), ECLI:ES:TS:2021:449**, confirma la estimación parcial de la demanda de tutela de derechos fundamentales (derecho a la salud, a la vida y a la integridad física) condenando al Servicio Vasco de Salud al cumplimiento de la deuda de seguridad, en concreto a llevar a cabo la evaluación de riesgos por COVID 19 de los puestos de trabajo y por tareas específicas en los centros hospitalarios que cita y donde no se había efectuado.

El Servicio Vasco de Salud, excepto en los centros hospitalarios y la red provincial de salud mental a que se contrae la condena, ha llevado a cabo, como consecuencia de la expansión de la COVID 19, una evaluación del riesgo, plasmada en una orden interna de 30 de marzo de 2020, en la que se establecieron tres escenarios de riesgo, con las medidas organizativas, preventivas y de protección a adoptar en cada uno de dichos escenarios por lo que cumplió con las obligaciones preventivas de evaluación del riesgo y planificación de la prevención y protección del personal que allí prestaba servicios. Por otra parte, no toda infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales conduce inexorablemente a la vulneración del derecho a la salud o a la integridad física del art 15 CE; únicamente aquellos incumplimientos que provoquen un riesgo constatado de producción cierta o potencial -en este caso, especialmente justificada en relación al caso concreto- de la causación de un perjuicio para la salud. En definitiva, se constata la actuación progresiva de la administración demandada actualizando evaluaciones de riesgo y adoptando medidas preventivas en todos los centros de trabajo, salvo en dos centros hospitalarios y en la red de salud mental de Álava, lugares a los que se constriñe la estimación de la demanda.

También respecto a una demanda sindical de tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales, se pronuncia la **TS 18-2-21 (Rc 105/20), ECLI:ES:TS:2021:502**, que declara la obligación de la Consejería del Gobierno Vasco de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios de protección (mascarillas, gafas, guantes, buzos, contenedores de residuos, etc.), frente a la Covid-19. Argumenta que si bien son ciertas las muy difíciles circunstancias que se dieron en los momentos iniciales de la crisis sanitaria para proveerse de las suficientes medidas de protección, no se puede obviar que conforme a los términos del art 4.4 LPRL, existió un «riesgo laboral grave e inminente», entendiéndose por tal el que es «probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato». Respecto del resto de medidas solicitadas (desinfección de centros y vehículos, realización de PCR, etc.), se estima que de las normas - Orden INT/226/2020, y en el Protocolo de Vigilancia Epidemiológica de 12 de marzo del Departamento de Salud del Gobierno Vasco- no se deduce su obligatoriedad. En el mismo sentido, la **STS 22-4-21 (94/20), ECLI:ES:TS:2021:1523**, que confirma que el Gobierno Vasco -Consejería de Seguridad- ha vulnerado el derecho fundamental que tiene el personal funcionario de la Ertzaintza, a la integridad en su vertiente exclusivamente física, al haber omitido

total o parcialmente las medidas de prevención laboral que le eran exigibles con motivo de la pandemia generada por el COVID-19; condenándole a estar y pasar por esta declaración, así como a realizar las actuaciones omitidas y que al momento de celebrarse la vista oral se concretan en la necesidad de suministrar a todos los agentes los medios de protección consistentes en mascarillas, gafas, guantes desechables, buzos y contenedores de residuos infecciosos.

Por otra parte, la **STS 20-5-20 (Rc 130/20), ECLI:ES:TS:2021:2144**, desestima la demanda de tutela de derechos fundamentales, y en la que se rechaza que la empresa demandada, adjudicataria del servicio de transporte y asistencia de emergencias sanitarias para la red de transporte urgente del País Vasco, esté obligada a realizar test rápidos o test de prueba PCR mientras dure la pandemia provocada por el Covid- 19, a los trabajadores con la categoría de técnico de transporte sanitario y técnico de transporte sanitario conductor que hayan estado en contacto directo o indirecto con pacientes Covid-19. No hay previsión legal de la que se desprenda la obligación de la empresa de realizar esa clase de pruebas diagnósticas.

8.- Despidos individuales y extinciones del contrato de trabajo

8.1.- Unidad esencial del vínculo

Sobre la existencia de **unidad esencial del vínculo** se pronuncia la **STS 2-12-2020 (Rc 970/18) ECLI:ES:TS:2020:4178** a los efectos de determinar el tiempo de servicios computables para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, al haberse producido entre las contrataciones una interrupción contractual de aproximadamente seis meses y seis días. La cuestión se reduce, pues, determinar lo que haya de entenderse por la interrupción «significativa» que lleve a excluir la «unidad esencial» del vínculo, cuya frontera –la de aquélla– si bien inicialmente fue situada en los veinte días del plazo de caducidad para accionar por despido, en los últimos tiempos se ha ampliado a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, como evidencia la casuística jurisprudencial reciente [así, 69 días naturales en la STS 23-2-2016 -Rc 1423/14). Y si bien no es necesario a los referidos efectos que la unidad del vínculo esté ligada a la existencia de fraude de ley, en el caso sí que nos encontramos en presencia una relación laboral ininterrumpida desde el 1-4-2009 al 31-12-2013, enmascarada artificiosa y fraudulentamente mediante siete contratos administrativos menores suscritos en fraude de ley, siendo cesada la trabajadora en esa última fecha para ser nuevamente contratada el 1-7-2014, mediante contrato de obra o servicio determinado de once meses de duración, suscrito también en fraude de ley, lo que comporta seguir un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse «significativo» como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. En consecuencia, la sentencia anotada declara que no concurre interrupción significativa entre contratos, capacitada para quebrar la unidad esencial del vínculo, cuando la interrupción fue intencionada para enmascarar artificiosamente el fraude de ley.

8.2.- Caducidad de acción

Como es sabido, la brevedad del plazo para demandar por despido puede acarrear consecuencias negativas para el trabajador y a ello trata de subvenir la regla que señala un día de inicio especial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, vinculado al desconocimiento por el trabajador de quién sea el verdadero empresario. Por ello, el art. 103.2 LRJS establece que si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiera atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador puede promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario. La **STS 14-1-2021, (Rc 888/19) ECLI:ES:TS:2021:143** declara que la ampliación de la demanda frente al real y explícito empresario tuvo lugar de forma extemporánea, por lo que no cabe aplicar la excepcional causa de suspensión de los efectos de la caducidad. No en vano, la parte actora tuvo desde el inicio de la prestación de servicios, durante su transcurso y al tiempo del despido, datos necesarios e imprescindibles para articular la demanda frente al empleador real, no en vano así figuraba en los recibos de salarios y en la carta de despido; empero, la formuló contra otra entidad del grupo empresarial, respecto de la que no figura elemento alguno sobre su eventual vinculación de naturaleza laboral.

También sobre el concurso de la caducidad de despido se pronuncia la **STS 14-4-2021, (Rc 3663/18) ECLI:ES:TS:2021:1471**. En la misma el debate judicial giró sobre la necesidad de determinar si tras la supresión de la reclamación previa operada por la L 39/15 (LPACAP), debe entenderse caducada la acción de despido en un supuesto en el que se presentó reclamación previa dentro del plazo de 20 días, pero no se presentó en dicho plazo demanda despido, y, por lo tanto, si dicha reclamación previa, que ha sido suprimida, suspende el plazo de caducidad. La Sala Cuarta, en lo que ahora interesa, atendiendo a lo que dispone el art. 69 LRJS y la doctrina constitucional sobre la incidencia de la reclamación previa en las acciones sujetas a plazos de caducidad, considera que al incurrir el acto de notificación del despido por parte de la Administración en defectos formales, ya que no señalaba si aquella decisión era definitiva o qué recursos podían interponerse y en qué plazos, ello permite que la reclamación previa, aunque no era exigible, despliegue el efecto de suspensión del plazo de caducidad.

8.3.- Incumplimiento de requisitos formales: audiencia al delegado sindical, y representantes de los trabajadores

Otra de las materias litigiosas por excelencia del régimen del despido disciplinario es la relativa a las exigencias de forma. En concreto, sobre el alcance y modo de llevar a cabo la previa audiencia al delegado sindical prevista en el art. 10.3. 3ª LOLS para el supuesto de despido de un afiliado.

Reiteran las **SSTS 2-7-2020, (Rc 823/18) ECLI:ES:TS:2020:2556**; ; **24-7-2020, (Rc 810/18) ECLI:ES:TS:2020:2792** que el ET no se refiere a cualquier tipo de delegado sindical que pueda haberse designado en uso de la facultad de la que disponen los sindicatos para constituir secciones sindicales en el seno de la empresa

o del centro de trabajo conforme al art. 8.a) LOLS, sino solamente a los delegados de las secciones sindicales constituidas en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores ex art. 10.1 LOLS. Esos delegados sindicales son los únicos que cuentan con las garantías, competencias y prerrogativas de la LOLS art. 10.3 y ello porque la doctrina constitucional presupone que no todos los delegados sindicales poseen los mismos derechos y facultades, siendo ello acorde con la Constitución. Por lo tanto, no es preceptiva la audiencia al delegado sindical, si no se trata de sección sindical constituida con los requisitos de la LOLS art. 10.

8.4.- Carta de despido

Como es sabido, el requisito formal de la carta de despido se constituye en nuestro ordenamiento jurídico como un requisito *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento da lugar a la improcedencia del despido por razones formales. Por otro lado, la valoración de la suficiencia de la carta despido, como tiene reiteradamente declarado la Sala Cuarta, se trata de una materia en la que es difícil que se pueda dar la contradicción exigida, ya que para ello es necesaria una coincidencia de hechos y de redacción de las cartas que difícilmente concurren en la realidad. Y uno de estos supuestos que supera la frontera de la contradicción dada la “coincidencia de hechos y de redacción de las cartas” es al que da respuesta la **STS 2-7-2020 (Rc 728/18) ECLI:ES:TS:2020:2756**, en la que se dirime sin el contenido de la carta de despido fue o no suficiente ex art. 55.1 ET. Para resolver la cuestión recuerda el Alto Tribunal que la descripción de los hechos en la misiva extintiva no puede ser genérica ni indeterminada, pero tampoco hace falta que se traslade al trabajador una relación exhaustiva y absolutamente pormenorizada de las conductas que se imputan. Lo importante es que el trabajador pueda identificar lo que se le imputa de forma clara y precisa, a fin de que pueda desarrollar su defensa frente a los hechos que le atribuyen. En el caso, la carta cumplió con las exigencias legales, lo que dio lugar al éxito del recurso.

En la **STS 17-9-2020 (Rc 2112/18) ECLI:ES:TS:2020:2961**, se dirime si el contenido de la carta de despido objetivo por absentismo, acaecido bajo la vigencia del derogado art. 52.d) ET, debe especificar las jornadas hábiles del periodo tomado en cuenta, so pena de improcedencia, y, por lo tanto, si se cumplieron o no las exigencias ex art. 53.1. a) ET y art. 108 LRJS. La sentencia anotada, tras un didáctico repaso de la doctrina recaída a propósito del contenido exigible a la misiva extintiva, declara que la carta cumplió con las exigencias legales, a lo que se anuda que la valoración de si la causa está suficientemente descrita debe tomar en cuenta el contexto en que se adopta el despido, sin que exista norma que obligue a la empresa a especificar en la carta las jornadas hábiles que la trabajadora tuvo durante los doce meses precedentes en todo caso.

8.5.- Vulneración de la garantía de indemnidad

Recuerdan las **SSTS 19-5-2020 (Rc 4496/17) ECLI:ES:TS:2020:1899; 29-6-2020 (Rc 2778/17) ECLI:ES:TS:2020:2329** la reiteradísima doctrina del TC que señala que la garantía de indemnidad implica que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que

los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (TCO 14/1993, 25/2008 y 92/2009). De ahí que la actuación empresarial que supone la reacción a la reclamación del trabajador del reconocimiento de sus derechos resulte contrario a aquel derecho fundamental (TCO 76/2010, 6/2011, y 10/2011). En el caso, si bien el actor fue cesado después de haber puesto en marcha una reclamación para ser considerado indefinido, lo cierto es el contrato del demandante tenía establecida fecha de finalización y a tal fecha se acogió la decisión empresarial extintiva. Por lo tanto, la reclamación de fijeza del trabajador no resulta indicio suficiente al haberse extinguido el contrato en la fecha en la que estaba inicialmente prevista.

Por el contrario, se declara la vulneración de la garantía de indemnidad en la **STS 24-6-2020 (Rc 3471/17) ECLI:ES:TS:2020:2344**, porque entre la presentación de la reclamación previa y la extinción del último contrato transcurrió poco más de mes y medio. Tras el éxito de la primera demanda que le reconoce la condición de indefinida, cuando se ventila el despido ya se había reconocido el carácter de trabajadora indefinida no fija.

8.6.- Despido disciplinario: geolocalización del vehículo de empresa

En el marco de un despido disciplinario de una trabajadora que sabiendo que solo podía utilizar el vehículo de la empresa dentro su jornada laboral y que el mismo disponía de GPS lo utilizó reiteradamente fuera de su jornada laboral y durante la situación de suspensión contractual por incapacidad temporal, se dilucida en la **STS 15-9-2020 (Rc 528/18) ECLI:ES:TS:2020:3017**, la licitud o no de la prueba obtenida por el empresario a través del GPS instalado en el vehículo de la empresa. La Sala Cuarta en una elaborada decisión en la que examina los derechos fundamentales concernidos, concluye afirmando que no aprecia invasión alguna de los mismos con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios. A lo anterior se anuda que no se aprecia invasión de la esfera privada de la trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que ella era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado. Se confirma la declarada procedencia del despido.

8.7.- Despido y declaración de incapacidad permanente total

Aborda la **STS 16-9-2020 (Rc 100/17) ECLI:ES:TS:2020:3077** si la resolución administrativa que declara en incapacidad permanente total [IPT] a un trabajador para determinada profesión puede servir de apoyo para la extinción del contrato de trabajo ex art. 49.1.e) ET, cuando en el momento en que ésta se dicta dicho trabajador se encuentra realizando una actividad para la empresa que presenta un profesiograma distinto a aquel para el que resulta claramente incapacitado por razón de las dolencias consideradas en dicha resolución. El TS declara el despido improcedente sobre dos órdenes de argumentos, por un lado, el demandante había cambiado de profesiograma, desarrollando una actividad que ya no se enmarca en la profesión para la que la Entidad Gestora le reconoce la situación de IPT, por otro lado, la decisión extintiva se adoptó por la empresa antes

de que se le comunicara la resolución administrativa. Por lo tanto, difícilmente se puede extinguir una relación de quien se hallaba desempeñando una nueva profesión para la cual no se le declarada impedido.

8.8.- Despido objetivo por causas económicas

De manera abierta censura la **STS 3-11-2020 (Rc 1521/18) ECLI:ES:TS:2020:3837** el fallo recurrido en el que se declaró la nulidad del despido del trabajador por causas objetivas justificado por la empleadora en la finalización de la contrata en que se hallaba destinado. Reitera al respecto que tanto bajo el régimen anterior a la modificación operada en la materia por el RDL 3/2012, como con posterioridad al mismo, se ha mantenido que la rescisión de una contrata puede tener virtualidad como causa productiva u organizativa del art. 52 c) ET y ello porque la pérdida o disminución de encargos de actividad "significa una reducción del volumen de producción contratada" y "afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores". Y en el caso, el despido debe declararse procedente porque ni concurre circunstancia excepcional ni obligación de agotar todas las posibilidades de recolocación en la empresa. La pérdida de uno de los clientes supone un descenso o alteración de las necesidades de la empresa, al que cabe hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que lo atiende.

La controversia suscitada en la **STS 14-1-2021 (Rc 2896/18) ECLI:ES:TS:2021:67** consiste en dilucidar si concurren causas económicas que justifican el despido objetivo de un trabajador cuando la empresa acredita importes netos de la cifra de negocio decrecientes y resultados negativos de la cuenta de pérdidas y ganancias, pero en el año del despido las pérdidas son menores que en los dos años anteriores. En concreto, consta acreditado que la empresa sufrió pérdidas durante los años 2014, 2015 y 2016; así como una disminución de la facturación neta también durante esos mismos años. La Sala Cuarta declara que el despido del demandante es una medida razonable y proporcionada para hacer frente a la progresiva disminución de la cifra de negocio y a las importantes pérdidas sufridas por la empresa, y una medida adecuada y proporcionada al fin perseguido. Razona al respecto que los datos evidencian que se ha acreditado la disminución relevante y persistente de la cifra de negocio, así como de las pérdidas de la empresa, el hecho de que la empresa no despidiera al trabajador por causas económicas en el año 2015, no imposibilita que pueda despedirlo en el año 2016, cuando la cifra de facturación era mucho menor, aun cuando la cuenta de pérdidas y ganancias fuera peor en 2015 que en 2016. La tesis contraria tendría un efecto disuasorio para las empresas que intentan superar su situación económica negativa sin realizar despidos al iniciarse esa situación.

9.- Despido colectivo

9.1.- Subrogación y centro especial de empleo

En la **STS 16-7-2020 (Rc 123/19) ECLI:ES:TS:2020:2587** se aborda un despido colectivo, que tiene como sustrato un fenómeno jurídico complejo, en virtud del cual, la adjudicataria de un contrato del sector público finalizó su contrato y el

servicio pasó a ser prestado por una nueva empresa. La antigua subcontratista (Centro Especial de Empleo) comunicó a la nueva adjudicataria (Konecta BTO SL), que debía subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a la subcontrata. La mercantil Konecta BTO SL realizó el proceso de selección previsto en el artículo 18 del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, pero finalmente no contrató a ninguno de esos trabajadores, y por tanto no se subrogó en sus relaciones laborales, decisión que, impugnada judicialmente concluyó con sentencia que declaró el despido nulo y condenó a Konecta BTO SL a las consecuencias de tal declaración. Ante el TS se cuestionó la posible falta de legitimación activa del sindicato actor, a lo que se da una respuesta negativa de conformidad con la doctrina sentada en STS 14-5-2020 (Rc 232/18), al contar con implantación suficiente en las empresas demandadas, y en el ámbito del conflicto. Descarta asimismo la variación sustancial de la demanda, y en lo que atañe al fondo del asunto, al estarse enjuiciando un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la LSCP de 2017, ha de regirse por las condiciones previstas en la legislación anterior, a saber, la LSCP de 2011 que no contenía mención alguna a la subrogación de los discapacitados que prestaban servicios en centros especiales de empleo. Por lo tanto, la inaplicación del art. 130 de la LCSP de 2017 desactiva la condena a Konecta BTO SL, y se condena al Centro Especial de Empleo a readmitir a los trabajadores despedidos y abono de los salarios de tramitación. La aludida condena procede aun cuando en sede de recurso el sindicato actor no recurriera la absolución de dicha empresa, de conformidad con lo que tiene declarado en la STS 13-7-2017 (Rc 2744/15); 4-10-2017 (Rc 3136/15), entre otras. Se rechaza también la caducidad de la acción frente al Centro Especial de Empleo.

9.2.- Causas productivas

En el marco de un despido colectivo, repasa didácticamente la **STS 18-11-2020 (Rc 143/19) ECLI:ES:TS:2020:3976**, que tal y como quedan definidas las causas productivas en el art. 51 ET, éstas concurren cuando se produce una reducción del volumen de la actividad que incide en el buen funcionamiento de la empresa, a lo que se anuda que este tipo de causas puede actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto, como en un solo centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Esto último ocurre cuando lo que se produce es una situación de desajuste, entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afecta y se localiza exclusivamente en puntos concretos de la actividad de la empresa, pero que no alcanza a la entidad globalmente considerada. Y en el caso, en contra de la Sala de origen, que analizó el volumen de la producción globalizando los datos de la producción final en la empresa, el Alto Tribunal declara el despido colectivo ajustado a derecho, al quedar evidenciado un cambio productivo respecto de las tareas de mecanizado, pues es sobre dicha unidad sobre la que recae la causa objetiva y no sólo quedó acreditada la misma, sino que la decisión extintiva resulta razonable en términos del art. 51 ET.

9.3.- Despido objetivo plural y periodo temporal de referencia

Se cuestiona en la **STS 9-12-2020 (Rc 55/20) ECLI:ES:TS:2020:4267** si existe fraude de ley por superación de los umbrales numéricos ex art. 51.1 ET al haber acudido la empresa a sucesivos despidos por goteo. Así las cosas, lo relevante de esta sentencia es que es la primera ocasión en la que la Sala Cuarta

tiene ocasión de aplicar el novedoso criterio de cómputo del periodo temporal de referencia de 90 días, a efectos de posible despido colectivo, establecido por **la STJUE de 11 de noviembre de 2020, asunto C -300/19**. Nuevo criterio conforme al cual “el período de referencia previsto en el art.1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998 para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición”. En el caso, en los 90 días posteriores al despido cuestionado no consta que se haya efectuado ninguna extinción y en los 90 anteriores tampoco, por lo que no se alcanzan los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para considerar que estamos ante un despido colectivo. A renglón seguido, razona la sentencia que tampoco concurre el fraude de ley por el goteo de despidos individuales o plurales en periodos sucesivos de 90 días ex art. 51.1 *in fine* ET.

9.4.- Fraude o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo: caducidad

La **STS 21-1-2021 (Rc 118/20) ECLI:ES:TS:2021:159** contempla un despido colectivo que finalizó con acuerdo entre la empresa y una comisión representativa de los trabajadores. Trasladado el acuerdo a la Autoridad Laboral, ésta previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, interpuso comunicación-demanda ante el órgano jurisdiccional correspondiente por entender que el acuerdo sobre el despido colectivo se había alcanzado mediante fraude, dolo y abuso de derecho. La Sala Cuarta desestima la demanda rectora del proceso por caducidad de la acción. Se funda esta decisión en una aplicación coordinada del arts. 51.2 ET, art. 148.b) LRJS, y art. 11 RD 1483/12, fijando que el día inicial del cómputo de caducidad ha de establecerse en aquél en el que se cumplan los 15 días que tiene establecidos la Inspección de Trabajo para emitir el informe, pero con la relevante particularidad de que ese plazo de 15 días que tiene la Inspección comenzará a correr, como dice el art. 11.2 del Reglamento "desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas".

9.5.- Responsabilidad del Estado por salarios de tramitación

Por lo que atañe a los salarios de tramitación a cargo del Estado quedan restringidos a los correspondientes supuestos de despidos individuales con calificación judicial de improcedencia más allá del plazo de 90 días hábiles del art. 56.5 ET no resultando de aplicación a los despidos colectivos. En efecto, se ocupa la **STS 10-12-2020 (Rc 41/19) ECLI:ES:TS:2020:4250** de los salarios de tramitación a cargo del Estado del art. 56.5 ET y arts. 116 y ss LRJS, limitando los mismos exclusivamente a los correspondientes supuestos de despidos individuales con calificación judicial de improcedencia más allá del plazo de 90 días hábiles contados desde la presentación de la demanda, sin aplicación posible a los casos de despidos colectivos. En el caso examinado, el despido colectivo en cuestión se regía por la legislación anterior a la reforma laboral de 2012, con autorización administrativa por medio, en su día otorgada por la autoridad laboral de la Administración General del Estado, con calificación judicial de nulidad del despido colectivo respecto de una parte de los trabajadores afectados por el mismo, concretamente los tripulantes técnicos de vuelo de la aerolínea Air Europa. Calificación judicial de nulidad del

despido colectivo, y consiguiente readmisión de los trabajadores afectados, más el pago de los salarios de tramitación, cuya reclamación empresarial al Estado concluye con la desestimación empresarial por la Audiencia Nacional, y ahora confirmada por la Sala Cuarta.

10.- Derecho de huelga

Se han dictado diversas sentencias en las que se cuestiona la vulneración del derecho de huelga derivada, principalmente, de la sustitución de los trabajadores huelguistas.

Especial relevancia presenta la **TS 3-2-21 (Rc 36/19), ECLI:ES:TS:2021:643**, que confirma la declaración de vulneración del derecho de huelga, consecuencia de que durante la huelga se atendieron tres incidencias por parte de trabajadores que no tenían asignadas dichas funciones. La actividad del grupo consiste básicamente en la prestación de servicios a los principales operadores españoles de telefonía, tanto fija como móvil, y redes de telecomunicaciones. Consta que la gestión de incidencias se llevó a cabo a través de una herramienta informática ubicada en Rumanía y que durante la huelga los casos se despacharon a una contrata no habitual, con el resultado de que, en los tres supuestos indicados, se produjo una asignación de las incidencias claramente distinta de la que hubiera resultado de no hallarse en huelga parte de la plantilla, y por trabajadores que no tenían asignadas dichas funciones. Se valora que esos medios técnicos son propiedad de las demandadas y, por tanto, sometidos a su dirección y control. A lo que se añade que precisamente la automatización hace más difícilmente explicable que cupiera una atribución de tareas a personas distintas a las que se hallaban en el sistema de asignación “automatizado”, por ser las que tenían atribuidas las mismas. El que solo se trate de tres supuestos no altera el hecho de que, en efecto, la parte empresarial mantuvo (o puso en marcha) un mecanismo de continuidad en la actividad al que incorporaba a personal, normalmente ajeno a la misma. En consecuencia, se deduce la intervención de la empresa en la sustitución de los huelguistas minimizando los efectos de la acción pretendida sin que haya probado que aquel hecho obedeciera a razones totalmente ajenas a esa finalidad.

Las **STS 9-2-21 (Rc 113/19), ECLI:ES:TS:2021:681, y 17-3-21, (Rc 118/19), ECLI:ES:TS:2021:1028**, también consideran contraria al ejercicio del derecho de huelga la actuación de la empresa de imponer unilateralmente unos determinados servicios mínimos, en cada uno de sus centros de trabajo, sin recabar la intervención de la autoridad gubernativa. El establecimiento de los servicios mínimos exige aval y previa resolución de la autoridad gubernativa dado que dicha intervención es preceptiva, insoslayable y constitutiva de los requisitos de validez para la imposición de dichos servicios que impidan a un determinado número de trabajadores su participación en la huelga. Y ello con independencia de que la actividad pudiere estar vinculada a la prestación de servicios públicos de carácter esencial. En conclusión, la decisión empresarial es abusiva, ilícita, y nula de pleno derecho, puesto que se ha adoptado sin el cumplimiento de dicha exigencia y, además, incidió en el éxito de la huelga, al imponer la obligación de prestar servicio a un elevado número de trabajadores a los que se les impidió el derecho de participar en la huelga, minorando considerablemente su incidencia.

Un supuesto interesante es el contemplado en las **STS 5-5-21 (Rc 4969/18, 4981/18, 4972/18, 4984/18, 4985/18 y 4976/18), ECLI:ES:TS:2021:1768, ECLI:ES:TS:2021:1870, ECLI:ES:TS:2021:1879, ECLI:ES:TS:2021:1761, ECLI:ES:TS:2021:1981, ECLI:ES:TS:2021:1988 y de 6-5-21 (Rc 4975/18 y 4978/18), ECLI:ES:TS:2021:1868, ECLI:ES:TS:2021:1869**, en las que la cuestión planteada es la de resolver si la empresa vulnera el derecho de huelga, y es responsable de los actos de sustitución interna de los huelguistas realizados por los responsables de área o sección, aun cuando aquella no los conociera ni aprobara. Consta que tal actuación de los encargados fue llevada a cabo por propia iniciativa, y en la creencia de que podían desempeñar las tareas porque en otras ocasiones las habían realizado; sin recibir instrucciones al respecto por parte de la empresa; la sustitución referida fue minoritaria, teniendo un impacto reducido en relación a la gran incidencia significativa de la huelga en la producción de la empresa demandada. La Sala IV tras una interesante labor argumental concluye que se ha vulnerado el derecho de huelga por la empresa puesto que determinados responsables de área realizan el trabajo de los huelguistas (sustitución interna, artículo 6.5 RDL 17/1977), aun cuando lo hagan por propia iniciativa. La sustitución interna de trabajadores huelguistas puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio. En definitiva, la pretendida «no responsabilidad» de la empresa respecto de una actuación de mandos intermedios no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho de huelga. Además, se estima que no es relevante la escasa repercusión que los actos de sustitución de los huelguistas tuvieron.

11.- Efectos económicos de la extinción del contrato

Los efectos económicos e indemnizatorios derivados de la extinción del contrato son naturalmente una cuestión de sumo interés práctico. En la **STS 30-6-2020 (Rc 838/17) ECLI:ES:TS:2020:2569** tras sistematizar la jurisprudencia en relación a cuándo existe error excusable e inexcusable en la puesta a disposición de la indemnización por despido por causas objetivas, la sentencia considera que el error es excusable y por lo tanto el despido procedente, y ello por cuanto no existió una intención deliberada de la empresa de poner a disposición una indemnización inferior, sino que erró al calcular ésta conforme a la categoría que figuraba en el contrato y en la nómina y que abonó la empresa durante 15 años sin oponer queja o acción alguna, cuando en la práctica se desempeñaban funciones de categoría superior, por lo que la empresa abonó la indemnización de buena fe y sin prever la futura reclamación de la trabajadora, habiendo sido necesaria una extensa prueba para concluir que las funciones desempeñadas se correspondían con una categoría superior.

Por el contrario, la **STS 14-10-2020 (Rc 1284/18) ECLI:ES:TS:2020:3576** declara que resulta verdaderamente difícil excusar a la empresa de la errónea puesta a disposición de la indemnización efectuada, no sólo porque la diferencia cuantitativa es sustancial, sino porque la causa de la misma se halla precisamente en el incumplimiento de la obligación asumida por ésta en el acuerdo que puso fin al periodo de consultas del proceso de despido colectivo que ella misma inició. No estamos, pues, ante una mera equivocación en el cálculo, sino frente a una elusión

de obligaciones asumidas en el marco de la negociación y precisadas en un acuerdo cuyos términos no ofrecen dificultad interpretativa alguna, y que determina la improcedencia del despido.

Asimismo, tampoco la **STS 9-12-2020 (Rc 1228/18) ECLI:ES:TS:2020:4433** califica de excusable la diferencia entre la indemnización legal y la que se puso la empresa a disposición del trabajador, rechazando que pese a que el monto total pueda entenderse insignificante un 3,07%, es lo cierto que la cuantía de casi 700 euros puede tener una relevancia para un trabajador que percibía poco más de 2000 euros, siendo los cálculos respecto de la indemnización que debería ponerse a disposición, simples, pudiendo haber calculado la empresa la indemnización sin necesidad de operaciones complejas.

A propósito de cómo debe calcularse la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos se pronuncia la **STS 30-7-2020 (Rc 324/18) ECLI:ES:TS:2020:2817** debatiéndose si deben computarse o no los periodos de inactividad o entre campañas. Señala el TS que la variable relativa a los años de servicio no puede incluir los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo porque en ellos no realiza dicha prestación de servicios. Por otro lado, la indemnización se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado, si dicho salario se multiplicase por el número total de meses transcurridos desde que se comienza a prestar servicios, incluyendo tanto los periodos de actividad como de inactividad, la indemnización por despido no se basaría en el tiempo de servicio sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa. En consecuencia, la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos no se calcula sobre la base de los años naturales en que haya estado el trabajador en la empresa sino con base en los periodos de actividad.

12.- Elecciones de los órganos de representación de los trabajadores. Voto por correo.

Las **STS 15-12-20 (Rc 98/19), ECLI:ES:TS:2020:4466, y 25-2-21 (Rc 99/20), ECLI:ES:TS:2021:749**, sostienen que en las elecciones de los órganos de representación de los trabajadores de las empresas del grupo RENFE, y de ADIF los trabajadores pueden votar por correo comunicando previamente a la mesa electoral su intención de votar así. El art 10 del Real Decreto 1844/1994, establece que el voto por correo se realiza en dos momentos: 1) El elector debe comunicar a la mesa electoral su intención de votar por correo; esta comunicación debe realizarse a través de las oficinas de Correos, en sobre abierto, en la forma que se indica. 2) Posteriormente el elector debe introducir la papeleta en un sobre cerrado que, junto con la fotocopia del DNI, remitirá a la mesa electoral por correo certificado. El reglamento electoral para la celebración de las elecciones de representantes de los trabajadores del Grupo RENFE, de 4/12/2018, y de ADIF de 3/12/2018, añade otra forma de votar: comunicando personalmente ante la mesa electoral la intención de emitir el voto por correo. La Sala IV concluye que los mentados reglamentos electorales no vulneran el art 10 Real Decreto 1844/1994, en cuanto que no impiden que los trabajadores que lo deseen pueden efectuar la comunicación del voto a través de Correos. El reglamento se limita a facilitar el voto permitiendo la comunicación directa del votante a la mesa electoral lo que supone una ampliación

de la garantía del derecho al voto que no puede considerarse contraria al marco normativo. El resto del proceso de votación por correo no varía. Ni el acuerdo excluye lo mandado en la norma reglamentaria ni comporta perjuicio alguno para el proceso electoral.

13.- Extinciones del contrato de trabajo

13.1.- Cláusula de rendimiento pactada en el contrato

La cuestión litigiosa suscitada en la **STS 1-7-2020 (Rc 510/18) ECLI:ES:TS:2020:2783** es la relativa a determinar si es ajustada a derecho la extinción de la relación laboral con fundamento en el art. 49.1.b) ET, por incumplimiento de la cláusula de rendimiento pactada en el contrato de trabajo. Para despejar la incógnita recalca la Sala Cuarta en los matices diferenciales que se presentan en los supuestos de despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado conforme a lo previsto en el art. 54.2 e) ET, respecto de los casos de resolución del contrato por las causas válidamente consignadas en el mismo al amparo del art. 49.1.b) ET, cuando esa causa es, precisamente, un determinado pacto de rendimiento, reconociendo abiertamente que no es fácil fijar la línea divisoria entre ambas. Así las cosas y admitida la validez de dichas cláusulas, para poder ejercitar la posibilidad de extinción del contrato en caso de descenso de las cantidades o cifras pactadas ha de actuarse dentro de los principios de buena fe y ponderación concreta de las causas de descenso. Y en el caso, la aplicación automática de la cláusula resolutoria, exenta de referencia alguna a otros parámetros, objetivos o subjetivos, hace que la cláusula se entienda aplicada en manifiesto abuso de derecho y, por ende, el cese se califica como despido improcedente.

En esta línea, la **STS 3-7-2020 (Rc 217/18) ECLI:ES:TS:2020:2357** anula la cláusula de rendimiento mínimo impuesta unilateralmente por la empresa, quien se reserva modificar unilateralmente los objetivos en cualquier momento, fuere cual fuera la intensidad de la medida. Señala asimismo que es una cláusula contractual que mezcla, sin distinguir, las dos fórmulas extintivas, la extinción del art. 49.1.b) y art. 54.1.e) del ET, y aunque prevalece la vía disciplinaria, declara que la cláusula es abusiva, porque los objetivos no son alcanzables y se aplican mecánicamente a todos los captadores de socios, aunque no presten servicio en condiciones homogéneas.

13.2.- Extinción del contrato por incapacidad permanente total del trabajador

La extinción del contrato de trabajo puede producirse por unas concretas o definidas situaciones de alteración de la salud del trabajador. Estas son las que la legislación de la Seguridad Social regula bajo las denominaciones de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta para cualquier profesión u oficio e incapacidad permanente total para la profesión habitual. A esta última situación se refiere la **STS 3-2-2021(Rc 998/18) ECLI:ES:TS:2021:408**, en la que el objeto del debate consiste en determinar si la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total (IPT) del art. 49.1.e) ET, que no va a ser objeto de revisión por mejoría antes de dos años (art. 48.2 ET), requiere comunicación escrita del empresario, a lo que se da una respuesta negativa, al señalar que la extinción del contrato por dicha causa, no

requiere comunicación escrita del empresario al trabajador, por lo que la ausencia de dicha comunicación escrita no constituye despido improcedente.

13.3.- Retraso continuado en el pago del salario

La falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato por mor del art. 50.1 b) ET aún sin mediar culpabilidad empresarial, siendo el requisito de la gravedad del comportamiento el que modela en cada caso, la concurrencia del incumplimiento empresarial, de tal suerte que la culpabilidad no solamente es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago del retraso continuado venga determinado por la mala situación económica; de ahí que se mantenga que para que prospere la causa resolutoria basada en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado es necesaria —exclusivamente— la concurrencia del requisito de la gravedad en el incumplimiento empresarial, debiendo en consecuencia valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave y trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex art. 4.2.f) y 29.1 ET partiendo de un criterio objetivo, temporal y cuantitativo. Sentado lo anterior, la **STS10-9-2020 (Rc 105/18) ECLI:ES:TS:2020:2944** da cobijo a la acción planteada toda vez que los trabajadores no habían percibido su salario de forma puntual desde septiembre de 2013, y en el momento de la interposición de la demanda, los retrasos se habían producido de modo continuado durante más de tres años; situación que, además, se agravó desde enero de 2014 al serles satisfecho de modo parcial, extremos que evidencian la gravedad del incumplimiento, y sin que la situación de concurso de la empresa enerve la acción frente a tal incumplimiento, ni tampoco la falta de reclamación anterior de los trabajadores y la existencia de un acuerdo colectivo posterior a la demanda. Asimismo, la **STS 18-6-2020 (Rc 893/18) ECLI:ES:TS:2020:2168** declara la resolución indemnizada del contrato de trabajo ex art. 50 ET con base en la ocultación prolongada de parte del salario de los actores y la falta de cotización parcial a la seguridad social

13.4.- Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y resolución indemnizada del contrato

Se discute en **STS 23-7-2020 (Rc 822/18) ECLI:ES:TS:2020:2603** si las modificaciones salariales operadas como consecuencia de acuerdos constituyen una modificación sustancial gravemente perjudicial para el trabajador que permitan la extinción indemnizada de la relación contractual, posibilidad que contempla el art. 41.3 ET. Y la respuesta que alcanza el TS es negativa. Se funda esta decisión en el hecho de que para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo art. 217.1 LEC, no siendo posible presumir la existencia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita, pues si el legislador hubiera querido anudar toda MSCT al derecho a extinguir el contrato con derecho al percibo de la indemnización, hubiera redactado el art. 41.3 ET en otros términos. En el caso, el perjuicio, a la vista de las circunstancias concurrentes está atenuado, porque la minoración retributiva supone una rebaja del 5% con ciertas compensaciones y posibilidades de reversión, lo que determina la desestimación de la demanda.

14.- Dimisión del trabajador

Como es sabido, el art. 49.1 d) ET establece la dimisión del trabajador/a, como causa de extinción del contrato de trabajo, sin otras exigencias de forma que la necesidad de preavisar con la antelación que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar. En el supuesto que contempla la **STS 20-1-2021 (Rc 2093/18) ECLI:ES:TS:2021:176**, se dirime si estamos o no ante una dimisión del trabajador, válidamente manifestada, alcanzando una respuesta positiva, rechazado que concorra intimidación derivada de la advertencia por parte de la empresa de actos que pudieran alcanzar la calificación de ilicitud, y si bien la advertencia y la metodología empleada para llevarla a cabo, pudiera ser generadora de situaciones de tensión –que la empresa pudo, sin duda, evitar-, no cabe calificarla de causa cercenadora de la libre voluntad de la otra parte, la cual puede comprender los hechos y negar o aceptar sus consecuencias. El reproche que puedan merecer las formas no alcanza a la ilicitud de las mismas ni vicia la manifestación de voluntad de la parte demandante

15.- Excedencias laborales

Declara la **STS 5-2-2021 (Rc 2102/18) ECLI:ES:TS:2021:456** que la excedencia por cuidado de familiares, prevista en el art. 46.3 párrafo segundo ET, no incluye el supuesto de hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso.

Exponente de la doctrina del TJUE sobre el principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y trabajadores fijos, es el asunto que examina la **STS 17-7-2020 (Rc 1373/18) ECLI:ES:TS:2020:2945** en la que se trata de determinar si el trabajador con contrato de interinidad por vacante o sustitución, tiene derecho a pasar a situación de excedencia voluntaria del art. 46.2 ET. La Sala Cuarta, tras repasar didácticamente la doctrina de la Sala sobre la excedencia voluntaria, reconoce la situación de excedencia a los trabajadores interinos que prestan servicios en la Administración Pública, no pudiendo reservarse exclusivamente para los trabajadores fijos, de la misma manera que, tal y como ha tenido ocasión de manifestar la sentencia del TJUE de 20-9-2017, asunto C -158/16; y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, la situación de servicios especiales no puede reservarse exclusivamente para los funcionarios de carrera, pudiendo beneficiarse de la misma también los funcionarios interinos.

16.- FOGASA

16.1.- Alcance del silencio administrativo positivo

Las **STS de 18-6-20 (Rc 3689/17), ECLI:ES:TS:2020:2149, y de 26-6-20 (Rc 1624/17), ECLI:ES:TS:2020:2759**, dictadas en Pleno, analizan el alcance del silencio administrativo positivo en relación con el Fondo de Garantía Salarial. Al efecto reiteran doctrina consistente en que la resolución expresa dictada en plazo superior a los tres meses establecidos en el RD 505/1985 carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo, incluso respecto de prestaciones que exceden los topes legales. Aquella constituye una resolución administrativa tácita, que despliega plenos efectos e impide que una resolución expresa posterior deje sin efecto lo reconocido por ella. Estos efectos se

producen, aunque la solicitud no contenga expresa indicación de la cuantía reclamada. Por tanto, no procede la aplicación de los límites legales por los que debe responder el FOGASA a pesar de no haberse cuantificado en la solicitud la cantidad que se le reclamaba, dada la irrelevancia de esta última circunstancia a la hora de tener que atender a la doctrina del silencio positivo que, en todo caso, debe aplicarse sin restricción cuantitativa, aunque ello suponga el otorgamiento de derechos superiores o no previstos legalmente.

En el RCU 3689/17 el trabajador solicitó la prestación cumplimentando el impreso proporcionado por el FOGASA en el que no aparece ningún apartado relativo a la cantidad concreta reclamada. Pero sí que se menciona, tal y como se exige, la documentación que origina la prestación, el correspondiente procedimiento concursal, así como la resolución judicial y el acta de conciliación aportando un certificado del administrador del concurso en el que se cuantifica el crédito que ostenta el solicitante frente al empleador. La Sala IV concluye, que, aunque al cumplimentar el impreso de solicitud no se haya concretado la cantidad, si aparece con claridad el importe reclamado al Fondo, constando en el expediente administrativo los importes adeudados y los documentos acreditativos de dichas deudas.

16.2.- Alegación de la prescripción en vía judicial.

La **STS 10-9-2020, Rec 135/18, ECLI:ES:TS:2019:4238**, aplica doctrina previa sentada respecto de las Entidades Gestoras, concluyendo que para que pueda acogerse la excepción de prescripción alegada por el FOGASA en el proceso judicial es necesario que se invoque en la resolución administrativa. Se cuestiona si el Fondo puede oponer válidamente en la contestación a la demanda presentada frente al mismo la prescripción de lo reclamado, cuando se ha omitido en la fase administrativa la alegación de dicha excepción, aunque se fundamente en actos jurídicos cuyas fechas constan en el expediente. Dicha excepción constituye un hecho excluyente, necesitado de expresa alegación para ser judicialmente apreciada, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse del expediente administrativo. Si el Fondo desestima una solicitud invocando como causa que se había desistido de la misma, cual es el caso, no es posible que posteriormente abandone ese motivo e introduzca uno nuevo.

17.- Impugnación de Estatutos sindicales

Especial interés presenta la **STS 1-6-21 (Rc 29/19), ECLI:ES:TS:2021:2252**, dictada en Pleno, en demanda de Impugnación de Estatutos Sindicales, presentada frente al Sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), interesando la nulidad de los Estatutos y del acta de constitución de dicho Sindicato y, en consecuencia, la disolución de la organización sindical ordenándose la baja de la misma en el registro correspondiente. Por la AN se declaró la nulidad de los estatutos del sindicato OTRAS, por considerar que amparaban la prostitución asalariada, sin embargo, la Sala IV no comparte dicho parecer, declarando ajustados a Derecho los Estatutos impugnados. La cuestión litigiosa se centra en el ámbito funcional, art 4 -"*actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes*". El Alto Tribunal, sostiene que no es objeto del procedimiento determinar la naturaleza jurídica de la relación existente entre las trabajadoras sexuales y sus

empleadores, ni la calificación del trabajo en sí mismo desde el punto de vista moral y de la dignidad humana, ni tampoco de género. Por el contrario, la cuestión planteada es de pura naturaleza sindical siendo que unos estatutos sindicales no pueden determinar la legalidad (o ilegalidad) de cualquier actividad, correspondiendo esa tarea al legislador. El enfoque que corresponde es el de comprobar si la libertad sindical que invocan quienes han promovido OTRAS cae dentro de los confines del vigente ordenamiento, siendo por completo ajeno a este litigio el debate sobre la legalización, tolerancia o penalización de la prostitución por cuenta ajena, máxime cuando la misma no aparece contemplada en los estatutos. Tras una interesante reflexión sobre la Libertad Sindical y el Derecho de Sindicación, estima que por “trabajo sexual en todas sus vertientes”, ha de entenderse, aquel que se presta por cuenta ajena y dentro del ámbito de dirección y organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1 ET), en que exista laboralidad, sin que tenga cabida la prostitución. Con arreglo a nuestro derecho la celebración de un contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, debe reputarse nulo por lo que la ilicitud de un contrato de trabajo de estas características, por oponerse a las leyes, no es susceptible de incardinarse en el seno de la legislación laboral. En conclusión, dentro del ámbito de una relación laboral lícita, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico actual, se estima que el ámbito funcional de los estatutos impugnados es conforme a derecho; que las personas que desarrollan trabajos sexuales a las que se refiere el procedimiento gozan del derecho fundamental a la libertad sindical y tienen derecho a sindicarse, así como que dentro del ámbito funcional de los estatutos no tienen cabida las relaciones laborales que tengan por objeto la prostitución por cuenta ajena. Además, estas mismas conclusiones son trasladables respecto de la asociación de quienes desarrollan trabajos de índole sexual por cuenta propia.

18.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

18.1.- Caducidad de la acción.

La cuestión suscitada es la relativa a si la demanda interpuesta en día por el trabajador estaba o no caducada, de conformidad con lo previsto en el artículo 138.1 LRJS. La **STS 18-5-21 (Rc 3325/18)**, **ECLI:ES:TS:2021:2104**, estima que la demanda está caducada. Al efecto reitera doctrina que estableció que conforme al art. 138.1 LRJS, el plazo de caducidad para que el trabajador impugne la modificación de condiciones de trabajo empieza a computarse desde la notificación de la decisión empresarial al trabajador, aunque la empresa no haya seguido el procedimiento del art. 41 ET ni la notificación se realice conforme a lo establecido en dicho precepto. El plazo de caducidad para la impugnación de la modificación es aplicable aun cuando la empresa no se haya ajustado al procedimiento ni a los requisitos formales del artículo 41 ET, respecto del requisito de la notificación de dicha modificación. En el supuesto analizado, la actuación de la empresa constituye una verdadera notificación fehaciente de su decisión al trabajador que pueda considerarse suficiente para dar inicio al plazo de caducidad de la acción.

18.2.- Calificación de la modificación

La **TS 9-3-21 (Rc 73/19), ECLI:ES:TS:2021:953**, se pronuncia sobre el carácter de las modificaciones operadas por la Corporación de Radio Televisión de Galicia, S.A. (CRTVG) – sustancial o no sustancial – en determinadas categorías. Se estima que la modificación efectuada al colectivo de redactores, consistente en el requerimiento para ejecutar la edición básica de las informaciones, guiones y contenidos se aparta de manera sustancial de las funciones propias, y no resulta equiparable una facultad de propuesta con unas funciones de ejecución de edición básica puesto que ese cometido tiene encaje en el ámbito de los operadores montadores situados en un nivel inferior. Por ello se califica la medida de MSCT al incidir sobre un aspecto relevante de la prestación de servicios del colectivo de redactores, con vocación de permanencia. Sin embargo, la modificación sufrida por los operadores-montadores de vídeo en relación a las tareas denominadas de inexta, no tiene naturaleza de sustancial. La nueva asignación es la consecuencia de un proceso de digitalización y variación de los medios en los que se canaliza la información por mor de la evolución de las tecnologías. No se trata de una alteración esencial de las funciones asignadas a dicha categoría por la regulación de cobertura, sino que las mismas resultan en esencia coincidentes, variando tan solo el soporte del contenido a manejar, como consecuencia aparejada e inherente a esa misma transformación tecnológica, sin que tampoco hubiesen revelado una mayor onerosidad.

En sentido contrario se pronuncia la **STS 10-3-2021 (Rc 4120/18), ECLI:ES:TS:2021:984**, que considera que la modificación de la distribución mensual del salario, permaneciendo invariable su cuantía anual, a los trabajadores dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) que prestan sus servicios en el Consulado General de España en Bruselas y en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, no debió realizarse por el procedimiento del art 41 ET. El cambio de condiciones de trabajo para cumplir los mandatos legales no es una MSCT de las contempladas en el art 41 ET, toda vez que la modificación se produjo a requerimiento de las autoridades belgas y para respetar la legislación belga por lo que no tiene su origen en una decisión empresarial fundada en la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por todo ello no exige el cumplimiento del procedimiento previsto en el mencionado art 41 ET. Adicionalmente, la modificación analizada no es sustancial en cuanto que no se ha alterado la cuantía anual del salario, sino únicamente su distribución mensual.

Por su parte, la **STS 26-3-21 (Rc 3037/18), ECLI:ES:TS:2021:1273**, sostiene que no puede calificarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo la realizada por la empresa, en 2017, en el sistema de incentivos que, sin tener la consideración de derecho consolidado, se había implantado desde 2014 y modificado en varias ocasiones, y sin que, además, se constata la repercusión negativa que la modificación operada haya tenido cuantitativamente. La alteración es de plena competencia de la empresa en tanto que así lo ha venido realizando al no establecer un sistema invariable o consolidable.

18.3.- Modificación o descuelgue

El Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la cuestión de si la modificación de condiciones de trabajo debe ser tramitada como una MSCT, ex art 41 ET, o bien conforme al procedimiento de descuelgue del ET art 82.3, en cuanto que la medida supone alterar lo pactado en el convenio.

La **STS 8-10-20 (Rc 122/19), ECLI:ES:TS:2021:1273**, confirma la estimación parcial de la demanda de conflicto colectivo en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, para declarar justificadas y ajustadas a derecho alguna de las decisiones adoptadas por la empleadora tras finalizar sin acuerdo el periodo de consultas, determinando sin embargo la nulidad de la medida consistente en la reducción salarial impuesta, en lo que afecta a conceptos retributivos derivados del XVII Convenio Colectivo sectorial de aplicación. Consta que, durante el periodo de vigencia en ultraactividad del convenio de empresas de ingeniería, la empresa demandada inicio un periodo de consultas para la implementación de una serie de MSCT, así como la inaplicación de determinadas condiciones salariales previstas en el convenio. El periodo de consultas terminó sin acuerdo, y la empresa notificó a la RLT la aplicación de las modificaciones, practicándose la reducción salarial en las nóminas de enero de 2019. Pues bien, esta reducción salarial afecta a conceptos retributivos contemplados en el Convenio Colectivo de aplicación, y no puede por lo tanto verse afectada por una decisión adoptado en el marco de un procedimiento de MSCT seguido conforme a lo dispuesto en el art. 41 ET, sino que exigiría haber acudido a la tramitación de un proceso de descuelgue como contempla el art. 82.3 ET para esta clase de materias, o bien tramitar un nuevo expediente de MSCT una vez que dicho convenio colectivo ha perdido su vigencia con posterioridad al inicio del actual procedimiento de MSCT que es objeto del litigio.

La **STS 13-1-21 (Rc 104/19), ECLI:ES:TS:2021:29**, estima que la empresa no puede inaplicar unilateralmente el calendario de vacaciones establecido en convenio colectivo estatutario y que para ello debe seguir el procedimiento de descuelgue del art. 82. 3 ET. En el caso, el calendario de vacaciones para el año 2019 fue fijado por la empresa, tras finalizar sin acuerdo el periodo de consultas del art 41 ET por lo que no respeta lo previsto en el Convenio sectorial de aplicación, pero se ajusta, sin embargo, a las peticiones efectuadas a título individual por la gran mayoría de los trabajadores. La posibilidad de acogerse al descuelgue no permite la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado. Por otra parte, ninguna duda cabe que entre las materias que deben considerarse dentro de las previsiones del art 82.3 ET ha de incluirse el régimen de disfrute de las vacaciones, y aunque literalmente no se haga referencia expresa a ella en el precepto, está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo. Finalmente, la aceptación individual en masa de la decisión controvertida por una gran parte de los trabajadores no convalida la decisión empresarial, porque vulnera el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Por el contrario, la **STS 3-2-2021 (Rc 93/19), ECLI:ES:TS:2021:639**, sostiene la adecuación a derecho de la tramitación de la medida - modificación del sistema de gestión de las incidencias, eliminando la realización del servicio de retén, e implantando un nuevo modelo- a través de un procedimiento de modificación

sustancial de condiciones de trabajo conforme al art 41 ET, finalizando el periodo de consultas con acuerdo. El servicio de retén está configurado en el convenio colectivo como una herramienta de gestión organizativa de la actividad empresarial, que podrá interrumpirlo la empresa cuando no considere necesario su mantenimiento, sin más exigencia que notificárselo a sus integrantes con una antelación de al menos una semana. Quedando igualmente a su arbitrio la posibilidad de reactivarlo. Además, el convenio colectivo no impone la obligación de que esté constituido permanentemente el retén. Por ello, la supresión no supone un descuelgue que deba de tramitarse conforme al procedimiento del art. 82.3 ET y es conforme a derecho la actuación empresarial que tramita una MSCT del art. 41 ET y que, además, se enmarca dentro de las facultades que el propio convenio colectivo le atribuye en la gestión y utilización del servicio de retén.

19.- Plan de Igualdad.

La **STS 25-5-21 (Rc 186/19), ECLI:ES:TS:2021:2084**, confirma la nulidad del Plan de Igualdad 2018-2021 de la empresa demandada toda vez que el referido plan debe negociarse colectivamente por la representación, unitaria o sindical, legitimada para negociar convenios de eficacia general, sin que pueda hacerlo una comisión ad hoc, aunque se haya bloqueado la negociación del convenio colectivo de empresa. En el caso el Plan de Igualdad, de ámbito empresarial fue negociado y aprobado por la Comisión de Seguimiento del Plan (CSP) precedente, incumpliendo de esta forma las normas para la elaboración de los planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores. Estos deben ser negociados con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, que acrediten la legitimación, exigida por el art. 87.1 ET, por lo que la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad debe constituirse por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, sin que pueda ser sustituida por una comisión creada al efecto. La negociación del Plan en el seno de la CSP equivale a la realizada por una comisión “ad hoc” y ni la LOI ni el ET habilitan esa hipótesis. La CSP prevista en el mismo carece de competencia para aprobar el posterior: trata de una comisión de administración y aplicación del Plan, a la cual el ordenamiento “no le reconoce funciones negociadoras, ni le autoriza para prolongar el Plan más allá de su vigencia”.

Desde otro punto de vista, se cuestiona en la **STS 1-6-21 (Rc 32/20), ECLI:ES:TS:2021:2276**, si debe declararse la nulidad del plan de igualdad firmado por la empresa codemandada y los sindicatos, en fecha 4 de junio de 2019 por no haberse elaborado un nuevo diagnóstico de la situación con arreglo a lo dispuesto en el RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, que modifica el art. 46 de la LO3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre. Consta que por la empresa se aportó el diagnóstico de situación a la comisión negociadora el 29 de enero de 2019. No es hasta la reunión del 21 de mayo de 2019 -la última celebrada antes de la firma definitiva del plan de igualdad el 4 de junio-, cuando el sindicato demandante señala que debe negociarse un nuevo diagnóstico, sin que conste que expresara ninguna otra consideración al respecto, ni expusiere los motivos por los que pudiese considerar insuficiente el elaborado anteriormente por la empresa. El camino para revisar y actualizar el plan de igualdad no pasa por declarar la nulidad del que había sido negociado y pactado con la RLT, con base a la supuesta ineficacia jurídica de un diagnóstico de situación que se elaboró conforme a la normativa legal existente en su momento, y respecto al que ni tan siquiera se identifican las posibles y concretas

deficiencias que pudieren invalidarlo de acuerdo con las previsiones introducidas por el RDL 6/2019, sin perjuicio de su necesaria y oportuna adaptación en los términos que se desprendan de la aplicación de lo dispuesto en aquel RD 91/2020, de 13 de octubre, en la forma y en los plazos que allí se establecen. De esta forma se rechaza que la entrada en vigor del RDL 6/2019, obligara a la elaboración de un nuevo diagnóstico de situación previo a la firma del plan de igualdad, diferente al aportado inicialmente.

20.- Prescripción

20.1.- Acción de conflicto colectivo

Impugnada la decisión empresarial consistente en una distribución irregular de la jornada, se cuestiona si la acción de conflicto colectivo está prescrita, cuando se presenta más de un año después de la implantación de la medida pero que sigue vigente y aplicándose cuando se inicia el conflicto colectivo. La **TS 23-3-21 (Rc 2668/18)**, **ECLI:ES:TS:2021:1272**, sostiene que la acción no está prescrita al proyectarse en el tiempo la medida empresarial, que no se agota en un solo acto, sino que despliega sus efectos hacia el futuro y sigue vigente al tiempo de ejercicio de la acción tendente a combatir la decisión. Por otra parte, y aunque no se trate de una obligación de tracto sucesivo “strictu sensu”, existe un posible incumplimiento empresarial de las normas imperativas sobre distribución de la jornada de trabajo frente al que la representación sindical reacciona planteando un conflicto colectivo. En definitiva, las acciones dirigidas a conseguir la declaración de ilegalidad de una medida empresarial que afecta a las condiciones en que se desarrolla el contrato de trabajo pueden ser combatidas mientras produzcan efectos sin que pueda sostenerse que el plazo de prescripción para reclamar prescribe al año desde que la decisión se produjo; antes, al contrario, la acción sigue viva y puede ejercitarse en cualquier momento en que la medida siga vigente y proyecte sus efectos.

20.2.- Daños y perjuicios

En lo que atañe a determinar qué plazo de prescripción resulta de aplicación en reclamación de daños y perjuicios derivados de una promesa de contrato o precontrato de trabajo, si el plazo de prescripción art. 59 ET, o la prescripción de 15 años establecida en el CC art. 1964 derivada de la responsabilidad contractual, la **TS 22-7-20 (Rc 4134/17)**, **ECLI:ES:TS:2020:2613**, opta por la primera solución, porque ninguna duda cabe de la naturaleza laboral del pacto suscrito entre las partes, por lo que cualquier cuestión planteada sobre el mismo ha de someterse a la jurisdicción social, el plazo para el ejercicio de la acción debe ser el del ET.

20.3.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

La **STS 7-10-20 (Rc 23/19)**, **ECLI:ES:TS:2020:3372**, estima la excepción de prescripción, y con ello desestima la demanda de conflicto colectivo, en la que se solicita la nulidad de la decisión unilateral de la entidad bancaria demandada de suprimir la cesta de navidad pactada entre las partes, respecto a trabajadores provenientes de Caja de Extremadura. La medida se implementó sin acudir al art. 41 ET que regula el proceso en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ahora bien, la falta de activación de este proceso no impide aplicar la

prescripción ni significa que la acción no pueda estar sometida al plazo de prescripción del art. 59.2 ET, aplicable, también, a las acciones colectivas. El plazo de un año para ejercitar la acción contra la medida empresarial comenzó a computar desde el momento en que se dejó de abonar la cesta del año 2012. No especificando otra fecha distinta para el cómputo del plazo de prescripción ni actos que pudieran haberlo interrumpido, hay que tomar como momento inicial del cómputo aquel en que se adoptó la medida. Se valoran las vicisitudes que tuvieron lugar en 2013, en donde el beneficio social ya se encontraba suprimido y las partes estuvieron negociando sobre el resto de condiciones lo que evidencia la dejación del derecho.

21.- Proyecto TRACKER: geolocalización mediante APP que se debe instalar en los móviles personales de los trabajadores repartidores.

Especial relevancia presenta la **TS 8-2-21 (Rc 84/19), ECLI:ES:TS:2021:518**, confirmatoria de la estimación de la demanda de conflicto colectivo que declaró la nulidad del Proyecto Tracker de una conocida cadena de reparto de pizza a domicilio en el que se establecían las condiciones y alcance de la obligación de los repartidores de estar geolocalizados durante el reparto por medio de una app o aplicación informática de la empresa que debía instalarse en su teléfono móvil personal. También se declara la nulidad de las cláusulas introducidas en los contratos/tipo o novaciones que exijan la aportación del teléfono móvil con conexión a internet del trabajador en beneficio de la empresa por aplicación del referido "Proyecto Tracker", que la implantación del Proyecto ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 ET y la nulidad de las medidas disciplinarias previstas en el proyecto Tracker y en las cláusulas contractuales al no ajustarse al régimen establecido en el convenio colectivo del sector de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio ni a los supuestos previstos en el ET art. 45 y 49.

El proyecto empresarial que se impugna vulnera el derecho de privacidad de los afectados por el conflicto al no superar el juicio de proporcionalidad cuando puede acudir a medidas de menor injerencia en aquel derecho como la implantación de dicho sistema en los vehículos en los que se desplazan los trabajadores para llevar los pedidos o pulseras con dicho dispositivo que sustituye la aportación de la herramienta por el empleado y no tenga datos de carácter personal, como sería el número de teléfono o la dirección email -precisa para descargar la aplicación-. No es adecuado el proyecto por existir otros medios menos invasivos de aquellos derechos constitucionalmente protegidos. Por ello no se estima la argumentación de la empresa que justificaba la medida en evitar un déficit comercial competitivo siendo el sistema implantado la única alternativa idónea para el tracking o seguimiento de pedidos. Por otra parte, el carácter abusivo de dicho clausulado no se ha desvirtuado ya que con tal proyecto se hacía responsable al trabajador de cualquier impedimento en la activación del sistema, mediante la suspensión del contrato con pérdida de salario, siendo insuficiente la compensación económica que, por la aportación de la terminal y conexión a internet, se determinó.

22.- Relaciones laborales especiales

En la crónica precedente ya dimos noticia de los relevantes pronunciamientos en los que el TS afrontaba la contratación temporal en el marco de la relación laboral

de artistas en espectáculos públicos. No podemos dejar de subrayar que el criterio jurisprudencial allí establecido, ha sido confirmado en resoluciones posteriores, entre ellas, las **STS 23-9-2020 (Rc 1626/18) ECLI:ES:TS:2020:3071; 20-10-2020 (Rc 4605/18) ECLI:ES:TS:2020:3667; 10-11-2020 (Rc 1624/18) ECLI:ES:TS:2020:3922; y 11-11-2020 (Rc 2851/18) ECLI:ES:TS:2020:3834.** y en las que, recordamos, la cuestión nuclear giraba sobre si la regulación especial contenida en el RD 1435/1985, que regula la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, permite celebrar sucesivos contratos temporales a lo largo de un dilatado periodo de tiempo, sin solución de continuidad y sin que el contrato se convierta en indefinida por aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 ET. El TS considera que, si bien la regla general es la temporalidad de los contratos de trabajo en la relación de carácter especial de artistas, ello no implica que pueda suscribirse un contrato temporal sin causa de temporalidad, ni que no resulte de aplicación la Directiva 1999/70/CE sobre contratación temporal, de forma que cuando el objeto de la actividad es la realización de labores estructurales y ordinarias, la única contratación posible es la indefinida. Añade la Sala que el art. 15.5 ET incorpora en España la Directiva 1999/70/CE, trabajo de duración determinada, precepto que no ha introducido modalización alguna respecto de la relación laboral especial de artistas, al excluirse en la Directiva sólo los contratos formativos, de relevo o interinidad, habiéndose declarado contrario al Derecho de la UE en doctrina del TJUE, el recurso a la contratación temporal sucesiva, por lo que el art. 15.5 ET debe aplicarse a los contratos temporales de artistas.

Nuevamente, la cuestión a resolver en **STS 23-7-2020 (Rc 824/18) ECLI:ES:TS:2020:3242** consiste en determinar si un deportista profesional, en este caso un pelotari, tiene derecho a la finalización de su contrato a la indemnización prevista en el apartado c) del art 49.1 ET para la extinción de contratos temporales de trabajo por llegada de su término final. La Sala Cuarta reitera doctrina y estima que la extinción del contrato por su finalización da derecho a la percepción de la indemnización, ex art 49.1 c) ET, incluso y con independencia de que el deportista pudiera ser considerado "de élite". Y ello porque dicha indemnización es de aplicación supletoria a todas las relaciones reguladas por el RD 1006/1985, lo que contribuye a minorar las diferencias entre relaciones especiales y comunes, en particular, evitando injustificadas discriminaciones entre trabajadores temporales de tipo común y trabajadores temporales de tipo especial, siendo irrelevante el nivel retributivo del deportista, pues dicho precepto se aplica siempre que ha habido una contratación temporal que llega a su término, con independencia de cuál sea el salario de la persona afectada o su posición respecto del importe previsto por el convenio colectivo, así como el hecho de que se incorpore de forma inmediata a otra entidad deportiva.

23.- Salario y régimen retributivo.

23.1.- Abono de la tasa que grava la Tarjeta de Aptitud Profesional (CAP).

Especial relevancia presenta la **STS 29-4-21 (Rc 2688/18), ECLI:ES:TS:2021:1672**, en la que en el ámbito de un conflicto colectivo se discute, con carácter principal, si la empresa transportista debe asumir la tasa que sus empleados abonan para la renovación de la Tarjeta de Aptitud Profesional (CAP). El tiempo de formación continua a efectos de renovar el CAP se considera como de

trabajo efectivo (con cargo a la jornada laboral ordinaria) de conformidad con la Ley de Prevención de Riesgos laborales (arts. 14.5 y 19) en relación con la formación continua exigida por el RD 1032/2007 para renovar el Certificado de Aptitud Profesional (CAP) en el sector de transporte por carretera, y según jurisprudencia consolidada. Como doctrina nueva, se declara que la tasa que grava la expendición de la Tarjeta acreditativa de tal formación debe sufragarla el empleador, con independencia del tenor del convenio colectivo aplicable. La obtención de la tarjeta que acredita esa formación continua, en cuanto necesaria para poder desarrollar las tareas productivas, forma parte de la propia formación y su coste debe ser asumido por el empleador. Puesto que la tasa grava la expendición de una tarjeta imprescindible para acreditar que se ha cursado la formación exigida para desempeñar la tarea de conducción, esa exacción final forma parte de los costes que no pueden recaer sobre quienes trabajan. Tanto la interpretación de nuestras normas de conformidad con las exigencias del Derecho de la UE cuanto su conjunción lógica y sistemática abocan a que quien asume el coste principal de la formación (tempo considerado como trabajo efectivo; material docente; profesorado; infraestructura; consumibles, etc.) también deba pechar con el accesorio (asociado a la emisión de la tarjeta acreditativa).

23.2.- Aportaciones a entidad de previsión social.

La **STS 29-4-21 (Rc 181/19), ECLI:ES:TS:2021:1602**, declara el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a que las aportaciones que se realicen a la entidad de previsión social voluntaria se calculen sobre la totalidad de sus retribuciones efectivamente abonadas teniendo en cuenta los conceptos fijos y los variables; declarando paralelamente que la conducta de la empresa de Ferrocarriles no resulta ajustada a derecho en la medida en que no incluye las retribuciones variables en la base de cálculo del porcentaje a aportar. La interpretación del artículo 33 de los estatutos de la entidad de previsión social supone que la referencia a las “retribuciones fijas y periódicas” es clara en el sentido de que de la misma no puede deducirse que hay que excluir a las retribuciones variables ya que éstas pueden ser entendidas dentro de las periódicas. La misma solución se alcanza acudiendo a la interpretación sistemática, Y en el propio artículo se señala que las aportaciones de los socios protectores se harán efectivas mensualmente, en proporción a las “retribuciones efectivamente abonadas”, además de incluir en las mismas a las prestaciones económicas percibidas como consecuencia de maternidad; riesgo por embarazo, entre otras.

23.3.- Complemento por formación (sexenios). Profesores de religión.

También son de destacar **las STS de 7 de octubre de 2020 (RCUD 2761/19, ECLI:ES:TS:2020:337,2791/19,ECLI:ES:TS:2020:3247,2792/19,ECLI:ES:TS:2020:3601, 2795/19, ECLI:ES:TS:2020:3358, y 4780/19, ECLI:ES:TS:2020:3369**, entre otras, que declaran que para el devengo del complemento por formación permanente (sexenios) por los profesores de religión dependientes del Ministerio de Educación, es obligatorio acreditar una formación específica en cursos homologados por la Autoridad Educativa. La Sala IV rechaza que de la STS 79/2016, de conflicto colectivo, derive el reconocimiento del derecho a percibir el complemento por formación, aunque no se haya cursado acción formativa alguna. Lo que sí deriva de dicho conflicto colectivo es el derecho del colectivo en cuestión a percibir sexenios

en condiciones análogas al funcionariado interino, tal y como habían interesado los promotores del conflicto colectivo. Por ello, dicha resolución despliega efectos positivos de la cosa juzgada en los términos dichos en cuanto que establece que el complemento por sexenios viene establecido para quienes han llevado a cabo la formación permanente exigida; los funcionarios interinos tienen derecho al complemento (en iguales condiciones que quienes lo son de carrera) y a ellos se equipara el colectivo afectado por el presente conflicto. En definitiva, como el reconocimiento retributivo se hace por equiparación a los funcionarios interinos, resulta necesario acreditar que se han cumplido los requisitos que se exigen a esos funcionarios interinos, entre ellos los cursos de formación homologado.

23.4.- Complemento por funciones asistenciales. Convenio Colectivo de la CAM (2018)

La **STS 10-3-21 (Rc 157/19), ECLI:ES:TS:2021:1026**, casa y anula la sentencia recurrida y declara que el 5% al efecto de abonar el complemento por funciones asistenciales, regulado en el art. 180.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral para la Comunidad de Madrid, se debe aplicar sobre el importe del salario base integrado por las mensualidades ordinarias y las gratificaciones extraordinarias. Ese complemento se abona todos y cada uno de los meses del año, sin alterarse su importe cuando coincide el abono de las gratificaciones extraordinarias. En aplicación de las pautas interpretativas habituales resulta que cada uno de los meses ha de aplicarse el 5% al salario base devengado en el mismo incluyendo la parte proporcional del mismo que corresponde a la paga extra del semestre. Consecuencia de ello es el reconocimiento del derecho al personal afectado por el conflicto colectivo a percibir el complemento mediante un sistema de cálculo diverso al aplicado por la Comunidad Autónoma, al considerar que el salario base integra también el de las pagas extraordinarias

23.5.- Complemento salarial. Forma de retribución. CC Contac Center

La **STS 19-1-21 (Rc 167/19), ECLI:ES:TS:2021:145**, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en la que se reclama que se retribuyan los complementos salariales especificados, regulados en los arts. 40 a 44, Anexo II del II Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center, que se calculan con arreglo al precio hora para una jornada anual de 1760 horas, atendiendo a la jornada pactada para el colectivo afectado que es de 1600 horas desde el 1-09-2014, fecha en la que entró en vigor el acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo. En los hechos probados no se menciona en qué cuantía se retribuyeron los conceptos reiterados desde el 1-9-201 hasta el momento de la reclamación. El Tribunal afirma que la simple lectura del Acuerdo permite concluir que los negociadores convinieron que la reducción de jornada a 1600 horas anuales no afectaría, en ningún caso, a la estructura salarial, ni a la cuantía de los conceptos salariales que se encontraban vigentes en aquel momento. Lo pactado expresamente fue que no se modificaría ni la estructura ni la cuantía de las retribuciones vigentes por lo que la voluntad de las partes fue “mantener la estructura salarial y la cuantía de los conceptos salariales que se encontraban vigentes en el Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector Contact Center, vigente desde 2010 a 2014”. No se considera probado que los negociadores del Acuerdo se hubieran comprometido a reajustar al alza los importes de los

complementos salariales conforme a la jornada reducida, deduciéndose de la literalidad del acuerdo que no se modificarían las cuantías de dichas retribuciones.

23.6.- Condición más beneficiosa. Transformación de cesta de Navidad en salario en metálico.

En la **STS 24-6-20 (Rc 191/18), ECLI:ES:TS:2021:31**, se analiza la validez del acuerdo alcanzado entre la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT) y el comité intercentros que transformó las cestas de Navidad que percibían los trabajadores de dicha empresa en salario en metálico. En el Acuerdo colectivo del año 2011, en el que se pactó la transformación, se condicionó la efectividad de la medida a la autorización de los órganos administrativos competentes en el ámbito de retribuciones del personal de la Administración, autorización que no fue emitida. La Sala IV tras recordar los requisitos para las condiciones más beneficiosas en el ámbito del sector público, analiza las normas presupuestarias de aplicación y el acuerdo citado, concluyendo que la práctica empresarial mantenida desde 1974 y consistente en entregar una cesta de Navidad, contabilizándola como retribución en especie, autorizada por Intervención y el Consejo de Administración, constituye una condición más beneficiosa, al concurrir todos los requisitos exigidos - tiene su origen en una voluntad inequívoca del empleador, reiterada durante más de 35 años. Es directamente atribuible al órgano que ostenta adecuada competencia para vincular a la correspondiente Administración y es un beneficio «*praeter legem*»: no estaba ni contemplado ni prohibido por disposición legal o convencional alguna. Ahora bien, el incumplimiento de la condición suspensiva del Acuerdo, que implica que no puede reconocerse el derecho de los trabajadores a percibir el importe de la cesta de Navidad como salario en especie, no significa la pérdida de la condición más beneficiosa. No se produjo en el año 2011 ninguna mejora salarial de tipo unilateral, ni crecimiento salarial, porque los trabajadores venían percibiendo dicha cesta de Navidad desde 1974. La finalidad de la LGPE 2011 era controlar los incrementos salariales, no suprimir retribuciones, por lo que procede el reconocimiento del derecho a percibir una cesta de Navidad como salario en especie.

23.7.- Retribución variable

La **STS 22-10-20 (Rc 285/18)**, dictada en Pleno, **ECLI:ES:TS:2020:3690**, estima que una retribución variable pactada por la empresa y las secciones sindicales que se calcula con base en los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada año y exige estar en situación de alta en la empresa en dicha fecha, no debe abonarse en proporción al tiempo trabajado al empleado que cesa voluntariamente antes de fin de año. El tenor literal de la cláusula enjuiciada establece una condición expresa consistente en la exigencia de estar de alta hasta el final del periodo temporal de devengo del bonus. Si el empleado voluntariamente causa baja en la empresa, el texto literal del sistema de retribución variable impide su abono. Cuestión distinta es que por causa ajena a la voluntad del trabajador no pueda continuar prestando servicios en dicha data. La cláusula, así interpretada, no deja al arbitrio del empleador su validez y cumplimiento, puesto que siempre que el trabajador permanezca en la empresa en la fecha indicada y alcance los porcentajes de cumplimiento, tendrá derecho al percibo de este complemento. En sentido contrario, no lo tendrá cuando se incumplan uno de los requisitos exigidos para su

devengo. Tampoco cabe aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto que queda excluida y justificada en el acuerdo alcanzado por la empresa y las secciones sindicales.

24.- Sucesión de empresa y subrogación convencional

La figura de la sucesión de empresas ha sido, desde siempre, una figura compleja y difícil que ha generado múltiples problemas de solución siempre ardua y dificultosa. En el marco de una sucesión de contratistas de limpieza, **la STS 9-9-2020 (Rc 3122/17) ECLI:ES:TS:2020:290** decide si la empresa entrante en el servicio de limpieza que le ha adjudicado una entidad pública debe subrogarse en virtud del convenio colectivo sectorial de limpieza aplicable, en el contrato de trabajo de una trabajadora de la empresa saliente, cuando en lo adjudicado a la empresa entrante no está incluido el centro de trabajo en el que presta sus servicios de limpieza esa trabajadora saliente. Y el TS en interpretación del art. 24.12 Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la CAM, declara que es la empresa saliente y no la entrante la que debe asumir las consecuencias del despido improcedente, porque una cosa es “reducir” el servicio, y otra muy distinta que el servicio no se adjudique ni forme parte de lo adjudicado, como es el caso.

También declara la **STS 30-9-2020 (Rc 618/20) ECLI:ES:TS:2020:3168**, que la empresa que resulta nueva adjudicataria del servicio de limpieza de un centro escolar de titularidad municipal, debe subrogarse en la relación laboral de los trabajadores que prestaban anteriormente servicios en dicha contrata por cuenta de la empresa saliente, aunque esta última no haya cumplido adecuadamente las obligaciones que le impone el convenio colectivo del sector respecto a la entrega de toda la documentación relativa a dichos trabajadores (Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Toledo, art. 14), todo ello sin perjuicio de que pueda reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de esa anómala tramitación y ejecución del proceso de cambio de adjudicatario de la limpieza del colegio público de cuya contrata trae causa el litigio.

En cambio, no existe sucesión de empresa a los efectos de la Directiva 2001/23/C, y del art. 44 ET, en el supuesto de servicio de limpieza de habitaciones anteriormente subcontratado que pasa a ser realizado directamente por el hotel sin asumir a las trabajadoras demandantes, al tratarse de un actividad que, con carácter general, descansa esencialmente en la mano de obra y en la que los elementos patrimoniales que se precisan son poco relevantes, tal y como se afirma en la **STS 8-6-2021 (Rc 3004/18) ECLI:ES:TS:2021:2410**.

En la **STS 10-9-2020 (Rc 1037/18) ECLI:ES:TS:2020:2963** con apoyo en la doctrina de la Sala Civil (STS 18-3-2009 (Rc 665/03) que distingue entre un contrato de arrendamiento de local de negocio de uno de industria, negocio o empresa, declara que en el caso nos hallamos ante un arrendamiento de industria al acreditarse que no se cedió un mero espacio físico donde llevar a cabo una explotación de negocio, sino que se cedió también el conjunto de medios materiales organizados y necesarios para la explotación y al término del arrendamiento, todo ello, como unidad productiva, ha revertido a la propietaria, pasando a explotar directamente el negocio, por lo que se ha producido un cambio en la titularidad con

sucesión de empresa y a su vez la subrogación del arrendador en la posición del arrendamiento respecto de las trabajadoras de éste.

En el supuesto que decide la **STS 22-4-2021 (Rc 148/20) ECLI:ES:TS:2021:1509** se recurre el pronunciamiento judicial que declara la existencia de un despido colectivo de hecho calificado de nulo, y condenándose a la mercantil entrante a readmitir a los trabajadores afectados, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, salarios de los que debe responder de forma solidaria la sociedad saliente. Se trata de la explotación del negocio de cafetería, servicio de comidas y máquinas de vending en el Instituto Nacional de Seguridad y Salud y Bienestar en el Trabajo (INSST), actividad que el INSST adjudicaba en virtud de concesión administrativa. Ante el TS lo único que se plantea es si en virtud del art. 44 ET el INSST debió ser condenado como responsable del despido. La sentencia anotada alcanza solución negativa, toda vez que hubo sucesión legal o convencional entre el adjudicatario saliente y el entrante, pero no consta reversión de la actividad ni sucesión al INSST, por lo que ninguna obligación ni responsabilidad recae sobre aquél por el hecho de que el nuevo adjudicatario no se hiciera cargo de los trabajadores de la saliente.

25.- Trabajo y plataformas digitales

En los últimos tiempos venimos asistiendo a algunos cambios en el modo de trabajar como consecuencia de la implantación de las nuevas tecnologías, que ha tenido una importancia creciente en el ámbito de los trabajadores de la llamada economía de plataformas, economía colaborativa, *gig economy* o economía *uberizada*. En este contexto, la **STS 25-9-2020 (Rc 4746/19) ECLI:ES:TS:2020:2924** trata de un asunto de máxima relevancia y actualidad, al abordar la cuestión de si debe considerarse como relación laboral el trabajo vinculado a las plataformas digitales, concretamente a propósito del caso de la **aplicación de Internet Glovo** y sus repartidores [*riders* o *glovers*]. El Tribunal Supremo se pronuncia a favor del carácter laboral de la relación del repartidor con la plataforma digital. De entrada, la sentencia incorpora una interesante alusión a la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de trabajador que apunta hacia una definición de la relación de trabajo actualizada, expansiva e inclusiva, capaz de comprender a toda persona que realice una actividad real y efectiva para otro y, sin duda, con vocación de proteger las nuevas formas de empleo, en concreto, las desarrolladas en las plataformas digitales de empleo. Asimismo, la sentencia anotada hace referencia a la propia jurisprudencia tradicional sobre las notas que definen el trabajo en los términos del ET y que, como la misma resolución señala, “la existencia de una nueva realidad productiva obliga a adoptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (CC art. 3.1). En esta línea, resulta relevante esta decisión judicial porque incorpora nuevos indicios de laboralidad. El Alto Tribunal comienza descartando que el trabajo del repartidor de Glovo pueda acomodarse a la figura del TRADE, ya partir de la tradicional técnica de los indicios a favor y en contra de la existencia de relación laboral entre las partes, llega a la conclusión del inequívoco mayor peso de los indicios favorables a la existencia de ajenidad y dependencia o subordinación jurídica, que abocan inexorablemente, en la existencia de una relación laboral, evidenciándose un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de

prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral”.

26.- Tiempo de trabajo y jornada

26.1.- Ausencia por enfermedad de cuatro días anuales. Controladores aéreos.

La **STS 10-3-21 (Rc 114/19), ECLI:ES:TS:2021:954**, declara que el colectivo de controladores aéreos de ENAIRE, tienen derecho a disponer de 4 días de ausencia por enfermedad, pudiendo ser tres consecutivos, sin generar ningún descuento en la nómina cuando no den lugar a incapacidad temporal, siempre que se sometan de manera inmediata a reconocimiento por parte de los Servicios Médicos que facilite la Entidad, quienes verificarán la concurrencia de la misma y determinarán si ello ha de dar lugar al apartamiento del puesto de trabajo. La cuestión se centra en cómo justificar la ausencia al considerar que no es posible reconocer el derecho a disfrutar de estos días de ausencia sin exigencia de justificación alguna. El art. 34 de la Ley de Seguridad Aérea regula el reconocimiento por parte de los Servicios Médicos que facilite ENAIRE del personal de control a efectos del apartamiento de su puesto de trabajo. Sin embargo, la necesidad de justificar la falta de asistencia al trabajo respecto de estos días de ausencia sin merma retributiva impide reconocer el derecho de estos trabajadores a estos días de ausencia sin justificación alguna.

26.2.- Derecho al disfrute de vacaciones durante el tiempo que la trabajadora estuvo despedida

La **STS 11-5-2021 (Rc 3630/18), ECLI:ES:TS:2021:1955**, confirma el abono de la compensación económica derivada del reconocimiento del derecho al disfrute de las vacaciones generado entre la fecha del despido de la trabajadora y la reincorporación tras la declaración de nulidad. Al efecto, reitera en aplicación de doctrina previa y de STJUE de 25-06-2020, asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19, el derecho al cómputo del lapso en el que no se realizó la prestación de trabajo por causa ajena a la voluntad de la trabajadora. La sustanciación del proceso de despido hasta la readmisión ha de ser considerado como tiempo de trabajo, puesto que si en ese periodo de tiempo no ha habido trabajo efectivo, no ha sido precisamente por la voluntad del trabajador, sino que la inactividad se debe a un acto extintivo de la empresa que después se declara ilícito, y cuyos efectos antijurídicos se tratan de restaurar completamente a través de la readmisión, lo que determina que también tiene derecho al periodo de disfrute de vacaciones no disfrutadas como consecuencia del cese ilícitamente decidido por la empresa.

26.3.- Desplazamientos al domicilio del cliente: Tiempo efectivo de trabajo.

La **TS 7-7-2020 (Rc 208/18), ECLI:ES:TS:2020:2330**, declara el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que se compute como tiempo efectivo de trabajo el período de desplazamiento desde su domicilio al domicilio del primer cliente, utilizando vehículos de empresa, con base en la quiebra del principio de igualdad. Dicha solución se alcanza en aplicación de STJUE 10-09-2015, C-266/14, lo que supone que, si los desplazamientos no se consideraran tiempo de trabajo, dejarían de ser el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por

parte de los trabajadores en los centros de los clientes, lo cual conduciría a la "desnaturalización de este concepto y el menoscabo del objetivo de protección de la seguridad y de la salud de estos trabajadores". La actividad de la empresa, consistente en la instalación, mantenimiento y reparación de ascensores, sólo puede realizarse en el domicilio de los clientes, de manera que, los desplazamientos, son consustanciales con la actividad empresarial puesto que ésta no sería posible si no se desplazan trabajadores, materiales y herramientas.

Por otra parte, la demandada ha optado por una fórmula distinta según los colectivos afectados: a los trabajadores, que prestan servicios en los domicilios de los clientes de la provincia, se les computan los desplazamientos desde sus domicilios hasta el domicilio del cliente; Por el contrario, a los que lo hacen en los municipios de Éibar y San Sebastián, no se les reconocen el tiempo de desplazamiento desde sus domicilios particulares hasta los domicilios de los clientes, aunque en ambos casos dichos desplazamientos son constitutivos para el desempeño de la actividad empresarial. Ello supone la quiebra del principio de igualdad porque se computa como tiempo de trabajo para unos trabajadores y se niega a los afectados por el conflicto, únicamente con causa en que los desplazamientos de los primeros son potencialmente más distantes. En conclusión, si el desplazamiento es tiempo de trabajo, no hay razón que justifique el trato diferenciado al colectivo afectado por el conflicto, puesto que, en ambos casos, el desplazamiento forma parte esencial de la actividad empresarial.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 9-6-21 (Rc 27/20)** que declara que es tiempo de trabajo, a efectos de jornada remunerable, el que transcurre durante el recorrido desde el domicilio del trabajador a la llegada al domicilio del primer cliente y desde que abandona el domicilio del último cliente hasta que el trabajador llega a su domicilio. La actividad a la que se dedica la empresa -instalación y mantenimiento de los aparatos de seguridad en los domicilios y establecimientos industriales y comerciales- únicamente puede realizarse en el domicilio de los clientes -prefijados por la empresa el día anterior-. Tras la modificación del sistema tradicional -comenzaban y finalizaban la jornada laboral en las oficinas de la empresa- los trabajadores comenzarían la jornada a las 8 H en el domicilio del primer cliente, y finalizarían a las 17 H en el domicilio del último cliente. Estos desplazamientos son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de los trabajadores en los centros o domicilios de estos clientes.

26.4.- Exceso de jornada

La **STS 17-9-20 (Rc 19/19), ECLI:ES:TS:2020:3068**, tras declarar la adecuación de procedimiento de conflicto colectivo, desestima la demanda en la que se solicitaba se condenase a las codemandadas a "computar como un exceso de la jornada máxima anual en los trabajadores a turnos el exceso que se produce al superar la jornada programada por la empresa la jornada máxima programable establecida en el Convenio Colectivo, con la retribución que se indica. La pretensión no prospera porque no se acredita la práctica empresarial de asignar una jornada anual programada superior a la jornada anual programable. A la vista de los hechos declarados probados y de las previsiones convencionales se advierte que la jornada anual programable para el personal afectado por el conflicto colectivo es de 1615 horas de trabajo efectivo y la jornada anual programada por la empresa, en los

cuadrantes que se han aportado a las actuaciones y se han admitido por ambas partes, no alcanzan las 1615 horas por lo que, en el ámbito analizado, de conflicto colectivo por indebida práctica empresarial, no se puede estimar la demanda al no concurrir el presupuesto que lo ampara.

26.5.- Permisos retribuidos

En relación con el permiso de matrimonio se pronuncian las **STS 29-9-20 (Rc 244/18)**, **ECLI:ES:TS:2020:3167**, y **9-7-20 (Rc 198/18)**, **ECLI:ES:TS:2020:2791**, en interpretación, la primera de ellas del Convenio del sector de Grandes Almacenes 2017-2020, art. 36 B, y la otra del XVII Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, art 22 a). Se establece que el disfrute del permiso de matrimonio deberá iniciar su cómputo en el primer día laborable del trabajador afectado, computándose su duración por días naturales. Con remisión a sentencias previas relativas a este tipo de controversia, reitera que la regulación que llevan a cabo los convenios colectivos no puede ser sino una mejora del régimen de descansos, fiestas y permisos que establece el art 37.3 ET. Los permisos a los que la ley no fija otra regla distinta habrán de disfrutarse a partir del momento en que, en efecto, el trabajador haya de dejar de acudir al trabajo (día laborable) y no desde una fecha en que no tenía tal obligación. Si la celebración del matrimonio se lleva a cabo en un día festivo o no laborable, el día inicial del permiso por matrimonio o *dies a quo* será el siguiente laborable al de la ceremonia. Por otra parte, y en cuanto a cómo se despliega en el tiempo la duración del permiso, se estima que el número de días fijado se refiere sólo a días laborables.

Asimismo, la **STS 14-1-21 (Rc 3962/18)**, **ECLI:ES:TS:2021:46**, aplica doctrina previa y declara en interpretación del art 22.E del convenio colectivo del personal de limpieza del Hospital San Carlos de Madrid, de aplicación a la empresa contratista, que establece 4 días por operación de familiar de primer grado, que dicho permiso debe disfrutarse en días hábiles, sin que quepa su neutralización, porque coincida con un período de descanso. Esto es, los días de permiso o licencia retribuida, referidos han de ser necesariamente días laborables y no pueden ser compensados cuando coinciden con el descanso semanal. El convenio colectivo aplicable mejora sustancialmente la regulación legal, sin mencionar que los mismos deban ser naturales, como dispone el art. 37.3.a ET y sin que dicha obligación se condicionara de ningún modo a que, desde el hecho causante y dentro de los cuatro días siguientes, hubiera días de descanso, puesto que, en estos supuestos, la obligación se cumple concediendo permiso los días siguientes al descanso semanal hasta cumplir los cuatro días hábiles convenidos, al igual que sucede, cuando el hecho causante se produce en día festivo, en cuyo caso el permiso se comienza a disfrutar el primer día hábil. El permiso debe disfrutarse necesariamente días hábiles, porque si no fuera así, no sería necesario ausentarse del trabajo.

26.6.- Prorroga reducción de jornada

La **STS 19-1-2021 (Rc 59/19)**, **ECLI:ES:TS:2021:133**, declara, en interpretación del III Convenio Colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU., que la petición de renovación o prórroga de reducción de jornada voluntaria que establece el convenio, aunque es de concesión automática no impide que pueda denegarse por existir causas objetivas que lo justifiquen. Se estima que

la sentencia recurrida ha realizado una interpretación razonable y lógica de lo preceptuado en el convenio colectivo sin contravenir las reglas de interpretación que normativamente se establecen y que la jurisprudencia ha venido aplicando de forma consolidada. La previsión sobre la existencia de causas objetivas que justifiquen la denegación no prevé ninguna exclusión, y el mero hecho de que se refiera a la denegación de peticiones no implica que solo se esté aludiendo a las iniciales cuando también existen, según el texto del propio precepto, peticiones de renovación. Esto es, la automaticidad lo es cuando no concurren circunstancias excepcionales que permitan, por causas objetivas, denegar la renovación.

26.7.- Protocolo empresarial en materia de organización de vacaciones de 2019.

La **STS 18-5-21 (Rc 134/19), ECLI:ES:TS:2021:2060**, confirma la estimación parcial de las demandas de conflicto colectivo que declara la nulidad de la obligación contenida en el comunicado "Organización vacaciones 2019, Atento Teleservicios", enviado el 26/11/2018, que impone a los trabajadores el disfrute de al menos una semana (siete días continuados) de sus vacaciones en los cinco primeros meses del año, desestimando los demás pedimentos. En contra de lo pretendido por el sindicato demandante se declara que no hay incumplimiento del art. 27 del Convenio de Contac Center ni del deber de negociar el periodo de disfrute de las vacaciones que imponen los preceptos legales y convencionales, por el establecimiento por la empresa, con más de 6000 trabajadores y tras el fracaso de la negociación colectiva, de un sistema de solicitud y concesión de las fechas de disfrute de vacaciones. El proceso de determinación del periodo de disfrute de las vacaciones requiere un sistema de asignación lo más preciso posible para coordinar los intereses de todos los trabajadores y el desarrollo de la actividad empresarial. Al establecer un protocolo en orden a la distribución entre los trabajadores del periodo de vacaciones es necesario fijar un sistema de gestión de las solicitudes que se presenten siendo posible que, ante la ausencia de solicitud, la empresa pueda asignar los días que queden libres, fomentando con ello la participación en las peticiones. Por tanto, la mercantil puede asignar las fechas de disfrute de vacaciones a quienes no hayan presentado solicitudes por la vía establecida, puesto que esa ausencia de petición no deja de ser una manifestación de voluntad de no tener preferencia por unas fechas concretas, todo lo cual, tampoco limita el derecho del trabajador de mostrar su disconformidad con las fechas asignadas acudiendo a la vía procedimental establecida a tal efecto.

26.8.- Supresión del permiso retribuido por nacimiento de hijo: efectos.

La cuestión planteada en la **STS 27-1-2021 (Rc 188/19), ECLI:ES:TS:2021:326**, consiste en determinar los efectos de la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, que reconocía el art 37.3 b) ET, efectuada por el RD- Ley 6/2019, así como de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores (redacción vigente del art 48.4 ET), sobre la previsión del convenio colectivo de empresa aplicable que mejoraba la regulación legal de aquel permiso retribuido al configurar un permiso de 3 días por paternidad. La Sala IV tras un interesante análisis de la evolución normativa del permiso retribuido por nacimiento de hijo concluye que la supresión del permiso de 2 días por nacimiento de hijo del art 37.3 b) ET es consecuencia directa

de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato, precisamente por «nacimiento», de los dos progenitores: en ambos casos dieciséis semanas, lo que hace inaplicable el precepto del convenio colectivo de empresa – Ferrocarriles Vascos SAU-, fundamentalmente porque el mismo establece un momento temporal de ejercicio del permiso retribuido por nacimiento de hijo («desde la fecha en que se produzca el parto») que no es compatible ni puede conciliarse con las previsiones sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento.

27.- Tutela de derechos fundamentales

27.1.- Garantía de indemnidad

La **STS 2-2-21 (Rc 2414/18), ECLI:ES:TS:2021:455**, desestima íntegramente la demanda en la que se solicitaba la declaración de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al dejar de abonar la empresa a la actora el plus de disponibilidad a partir de septiembre de 2014, que se pretendía justificar en que dicha conducta se lleva a cabo después de que la actora hubiera obtenido sentencia firme de 15/11/2012 en la que se declaraba su derecho al complemento, durante el tiempo en que tuviera reducida la jornada por guarda de un hijo, como condición más beneficiosa. La Sala argumenta que lo que late en el procedimiento es la discrepancia entre las partes sobre la interpretación y aplicación del XX Convenio colectivo de Iberia y su personal de tierra; que la actora tenía reconocido el derecho al plus de disponibilidad como condición más beneficiosa y en el mes de mayo de 2014 se publicó un convenio colectivo nuevo del que la empresa cree que debe extraerse la conclusión de que se ha incluido la situación en la que la actora se halla. La publicación de un nuevo convenio puede, ciertamente, no alterar las condiciones más beneficiosas que los trabajadores tuvieran reconocidas, pero determinar si eso se produce o no implica un examen de la legalidad ordinaria que no puede ser objeto del pleito – tutela de derechos fundamentales-. Por otra parte, el que la trabajadora tenga reconocido por sentencia firme el derecho al percibo del plus como condición más beneficiosa no constituye un pronunciamiento de futuro inamovible, puesto que tal derecho se mantendrá en tanto las circunstancias sean exactamente las mismas que las que determinaron su reconocimiento. En consecuencia, el cese del abono del plus se produce en coincidencia con el nuevo convenio y no como reacción a la sentencia previa por la que se le reconoció el derecho a la actora.

27.2.- Impugnación de determinados preceptos del Código de Conducta del Banco de España por vulneración de derechos fundamentales.

La **STS 21-12-2020 (Rec 63/19), ECLI:ES:TS:2020:4442**, confirma la estimación parcial de la demanda en impugnación de determinados preceptos del Código de Conducta del Banco de España por vulneración de derechos fundamentales, declarando la nulidad del art 8, 2 en lo que se refiere a la entrega por parte de los empleados de copia de las declaraciones de IRPF y de los datos fiscales. Se rechaza la vulneración del derecho a la intimidad, al honor, libertad de expresión e información al exigir autorización previa del Banco para realizar determinadas actividades extralaborales: dirigir cursos, conferencias, creación literaria, participación en coloquios, programas, cuando versen sobre situaciones económicas, financieras, bancarias o cualesquiera otras relacionadas con las

funciones del Banco de España; concesión de entrevistas, o suministro de informaciones o valoraciones relacionadas con el trabajo. La Sala IV argumenta sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales denunciados para concluir que las exigencias controvertidas no suponen una injerencia del empresario en la esfera íntima de las personas trabajadoras. La medida es necesaria e idónea para evitar el conflicto de intereses, asegurar el cumplimiento de la obligación de confidencialidad, así como para garantizar la independencia e imparcialidad de los empleados y ello en relación con el deber de secreto de los empleados del Banco. La prohibición de realización de operaciones financieras privadas solo afecta a los empleados que pueden tener acceso a información privilegiada. Por el contrario, y tras una profusa labor argumental, se declara que no existe habilitación legal para que el Banco pueda solicitar a sus empleados sus declaraciones de IRPF de hasta cuatro ejercicios, ni aun mediando consentimiento de estos por lo que vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal.

28.- Tutela de la libertad sindical.

28.1.- Composición Comisión Sindical en la empresa

La **STS 22-7-20 (Rc 231/18), ECLI:ES:TS:2020:2746**, acoge la demanda de conflicto colectivo y declara, en relación con la composición de la Comisión Sindical existente en la empresa, que el puesto que ocupa un sindicato entre los 7 miembros titulares de la misma, debe pasar al sindicato demandante, atribuyéndole el puesto en litigio. La Comisión ha sido creada y se rige por lo dispuesto en el propio Convenio Colectivo, que condiciona su composición a la representatividad alcanzada por cada uno de los sindicatos según los resultados electorales obtenidos globalmente en el conjunto de la empresa, y conforme a la proporcionalidad que de ellos se deriven. Las dudas sobre si la composición de la Comisión debe quedar inalterada entre los diferentes periodos de elecciones sindicales quedó definitivamente resuelta con el Laudo arbitral incorporado al reglamento interno de funcionamiento de dicha comisión, de lo que resulta que debe modificarse la composición de la Comisión cuando se produzca una variación en el número de representantes unitarios de los que disponga cada uno de los sindicatos a nivel de empresa. Por todo ello, no supone vulneración del derecho a la libertad sindical de los sindicatos que puedan quedar fuera de la Comisión o ver alterado su nivel de representatividad en aplicación de dicha normativa.

28.2.- Crédito horario: Acumulación en una misma persona en su doble cualidad de representante legal de los trabajadores y representante sindical.

La **TS 14-10-20 (Rc 236/18), ECLI:ES:TS:2020:3673**, declara que un representante legal de los trabajadores -miembro del Comité de Empresa- que, a su vez, ha sido designado Delegado Sindical- que cumple con todos los requisitos de la LOLS -, no puede acumular dos créditos horarios y disponer al efecto de la suma de las horas que se le reconocen por ser miembro del Comité de Empresa y las que tiene derecho como Delegado Sindical y sin que la denegación por parte de la empresa de esta acumulación implique una lesión de la libertad sindical. Es sabido que el crédito horario, ex art 10 LOLS, es un derecho instrumental al servicio de la actividad del sindicato y de sus representantes y que dicho precepto concede a los delegados sindicales las mismas garantías que a los miembros del comité de

empresa, pero para el supuesto de que no formen parte del mismo, y a «sensu» contrario, cuando ya forman parte de ese comité, no tienen derecho a disponer de un doble crédito horario. El hecho de que la LOLS no conceda expresamente dichas garantías a los delegados sindicales que forman parte del comité de empresa se explica porque en ejercicio del cargo de representante ya disfrutaban de las aludidas garantías. En conclusión, no pueden acumularse en una misma persona el crédito horario como representante legal de los trabajadores y el correspondiente a la representación sindical, mientras ostente esa doble cualidad.

28.3.- Designación de delegados sindicales

La **STS 10-3-21 (Rc 172/19), ECLI:ES:TS:2021:941**, confirma que se ha vulnerado el derecho de libertad sindical de CC.OO. al reconocérsele menos delegados sindicales de los que le corresponden. Se cuestiona si, para determinar el número de delegados sindicales adicionales previstos en el convenio colectivo del Bridgestone Hispania, art 21 c), se deben tener en cuenta todos los representantes unitarios o electivos de los trabajadores elegidos en la empresa (comités de empresa y delegados de personal) o solo deben tenerse en cuenta los miembros de los comités de empresa y no los tres delegados de personal del centro de trabajo de Usánsolo, los tres correspondientes a CC.OO. Pues bien, se concluye, del propio texto del convenio, del encuadre sistemático, así como de las expresiones contenidas en preceptos relacionados, que esos tres delegados de personal deben computarse y tenerse en cuenta para determinar el número de delegados sindicales adicionales que corresponden a cada sindicato. La norma analizada prescinde del número de trabajadores de los centros de trabajo para determinar el incremento del número de delegados sindicales y exige solo que la central sindical esté representada en más de un centro de trabajo y un determinado porcentaje de miembros de los comités de empresa, expresión esta última que, que se utiliza de forma genérica y comprensiva, por tanto, de los delegados de personal.

La **STS 14-10-20 (Rc 40/19), ECLI:ES:TS:2020:3441**, tras desestimar las excepciones de falta de acción y de litis pendencia, en cuanto al fondo del asunto tiene por acreditada una grave lesión al derecho a la libertad sindical del sindicato actor en su vertiente colectiva, al quedar acreditada una conducta de la empresa reiterada en el tiempo vulneradora de dicho derecho. Se ha probado que la demandada negó injustificadamente a un trabajador su derecho a ser nombrado delegado sindical de ASTSP y le negó su derecho a ser informado en relación con los cuadrantes y horas de los trabajadores de la empresa; no retribuyó a otra delegada sindical la totalidad de la jornada para los días en que solicitó crédito sindical; negó a una tercera delegada sindical información en relación con los cuadrantes de servicios de los trabajadores; y denegó a otro delegado sindical la información y documentación que había solicitado. Finalmente, fija la indemnización, en base a la gravedad de la reiterada conducta vulneradora y al perjuicio causado, en cantidad igual a la sanción por infracción muy grave en materia de relaciones laborales, en el máximo de su grado.

28.4.- Escrito de renuncia o dimisión formalizado, antes de las elecciones, por un candidato a representante.

La **STS 30-6-20 (Rc 4234/17), ECLI:ES:TS:2020:2326**, confirma que la actuación del sindicato demandado vulnera el derecho a la libertad sindical y la nulidad del cese del actor miembro del comité de empresa. En el caso se ha producido la renuncia o dimisión mediante la firma de un impreso modelo por parte de un candidato a representante de los trabajadores que figura en la lista electoral de un sindicato, antes de las elecciones y en el que renuncia al cargo obtenido para el caso de que el candidato se desvinculase del sindicato, durante el mandato electoral, caso de ser elegido. La Sala IV precisa que el ordenamiento jurídico no atribuye ni a los Sindicatos ni al Comité la facultad de destituir o cesar a los representantes elegidos, ni de decidir sobre la permanencia de su condición de representante, ni contempla tampoco el cambio de afiliación sindical como causa de cese en tal condición o carácter ni atribuye a los Sindicatos o al Comité facultades decisorias sobre el particular. Por todo ello, el cargo de representante pertenece al trabajador elegido y no al sindicato en cuya candidatura se presentó. Por otra parte, se trata de una disposición o renuncia sobre derechos prohibida por el artículo 3.5 ET, en la medida en que, en el momento de la suscripción del documento, aún no ha sido elegido representante. La elaboración por parte de un sindicato de un escrito de renuncia a la condición de representante de los trabajadores, antes de que se haya producido dicha circunstancia, implica una limitación a la libertad sindical individual del trabajador. Y, además, una vez utilizado el mencionado escrito de renuncia, tal actuación supone un injustificado ataque a la libertad sindical del trabajador que se ve privado de continuar ejerciendo la actividad sindical desde su condición de representante de los trabajadores.

28.5.- Pérdida la condición de representantes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE),

La **STS 3-7-2020 (Rc 17/19), ECLI:ES:TS:2020:2604**, estima que la pérdida de la condición de representantes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), designados al amparo de un acuerdo de interés profesional, como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo acuerdo de interés profesional (AIP), no vulneró sus derechos fundamentales de libertad sindical y garantía de indemnidad. La suscripción del AIP 2018 y el cambio de modelo de representación de los transportistas autónomos que eso supuso es fruto de la voluntad negocial de las partes y fue debido a la adquisición del negocio por otro grupo mercantil en junio de 2016, y la necesidad de unificar las redes de transporte de ambas compañías, sustituyendo así los acuerdos de interés profesional vigentes en las dos empresas por uno conjunto para ambas. La sentencia argumenta que la duración de la condición de representantes de los trabajadores económicamente dependientes TRADE no se rige por el artículo 67.3 ET y ello porque el trabajo por cuenta propia no está sometido a la legislación laboral salvo que se disponga expresamente y si por las específicas fuentes de este régimen profesional, además de que los recurrentes no eran representantes unitarios del ET, ni sindicales de la LOLS, sino que fueron designados por CC.OO. en virtud de lo previsto en el AIP 2011. Tampoco procede la aplicación por analogía de las garantías de los representantes legales previstas en la legislación laboral, ni ello puede impedir la entrada en vigor de un nuevo AIP 2018 que sustituye y deja sin efecto el anterior.

28.6.- Plus de transporte: derecho a percibirlo en los días que se acumula crédito horario.

Es de destacar la **STS 14-10-18 (Rec 1034/18), ECLI:ES:TS:2020:3495**, que clarifica el alcance de la jurisprudencia relativa a la garantía retributiva de los representantes de los trabajadores, Y estima que el plus de transporte previsto en la norma convencional para cada día en que se prestan servicios ha de satisfacerse, también, cuando un miembro de comité de empresa acumula horas de crédito y queda revelado de su actividad. Considera que cualquier minoración retributiva, aunque la empresa no persiga represalia alguna, vulnera la libertad sindical de quienes representan a los trabajadores. De esta forma, quien activa el disfrute del crédito horario para funciones representativas debe quedar en la misma situación retributiva que tenía antes de pasar a desempeñarlas. El hecho de que no se abone el plus constituye un claro desincentivo a la plena realización de esas acciones, con menoscabo de la libertad sindical, en tanto que el desarrollo de actividades representativas puede llevarse a cabo en lugares distintos al propio domicilio, incluyendo tanto el centro de trabajo cuanto diversas instituciones, siendo necesario, en tales casos, afrontar un desplazamiento.

28.7.- Prohibición a los representantes de los trabajadores de repartir información

La **TS 25-11-20 (Rc 39/19), ECLI:ES:TS:2020:4187**, declara que la medida adoptada por la empresa, consistente en prohibir a los representantes de los trabajadores repartir comunicados e información sindical en la sala de operaciones o plataforma en formato papel, lesiona el derecho de libertad sindical. La actividad principal de la empresa es el Contact Center, lo que supone que para el cumplimiento del objeto social es inevitable tratar con determinados datos personales de especial sensibilidad, justificando la empresa su actuación en que tiene la obligación de proteger el derecho a la intimidad del conjunto de los consumidores, siendo responsable de los datos personales cedidos por sus clientes y usuarios. En el caso no se han superado los tres requisitos o condiciones constitucionalmente exigidos para restringir un derecho fundamental. Así, la medida de prohibir a los representantes de los trabajadores repartir comunicados e informaciones sindicales en formato papel no parece una medida de seguridad pues no se vislumbra en que puede afectar a la seguridad de los datos personales almacenados en la empresa. El juicio de necesidad, tampoco es superado ya que no consta dato alguno que permita concluir que se ha producido una vulneración del derecho de protección de datos por la difusión de comunicados o informaciones sindicales en formato papel, o que por tales actuaciones se haya generado un riesgo de que se produzca dicha vulneración. A mayor abundamiento no se ha acreditado que haya resultado vulnerado el sistema de seguridad de la empresa por ese motivo, ni tampoco la empresa ha facilitado a los representantes de los trabajadores un sistema digital fiable, eficaz y seguro para que puedan repartir comunicados e información sindical a los trabajadores.

29.- Perspectiva de género

La Sala Cuarta ha abordado el estudio de diferentes conflictos desde la perspectiva de género (techo de cristal, brecha salarial, discriminación en el trabajo, etc.) que merecen ser analizadas.

En materia de derecho del trabajo, es destacable la **STS 25-6-20 (Rc 3739/2017) ECLI:ES:TS:2020:2328** en la que se estableció que el art. 67. 1 del IV CC del Personal laboral de la AEAT, debía interpretarse conforme al art. 12.4 d) ET y cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial , y a la luz de lo dispuesto en el ATJUE 15-10-2019 (C-439/18 y 472/18), que concluyó que constituía una discriminación indirecta el que respecto de trabajadores fijos discontinuos se excluyera los periodos no trabajados el cálculo de la antigüedad requerida para adquirir el derecho a un trienio, por afectar fundamentalmente a trabajadoras, que constituyen el grupo principal de trabajadores fijos discontinuos.

Otro de los pronunciamientos remarcables en materia de Derecho del Trabajo bajo el prisma de la perspectiva de género es la **STS 23-9-20 (Rc 70/2019), ECLI:ES:TS:2020:2983** que declara que el sistema de retribución variable por objetivos que excluye el permiso por paternidad en un conocido Banco, provoca discriminación por razón de sexo, al desincentivar el reparto equilibrado de cargas familiares. Parte del dato indiscutible de que en nuestro ordenamiento jurídico la colaboración en el cuidado de los hijos comunes (art 39.3 CE) incumbe a ambos progenitores. El tribunal señala que la medida impugnada, en cuanto que el abono de los objetivos se ve afectado, en mayor o menor medida, por las ausencias derivadas del permiso de paternidad, implica un claro desincentivo para el disfrute del permiso de paternidad, y eso perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos. Por tanto, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los que no se hayan acogido a tal permiso, que es precisamente lo que ahora acontece.

Finalmente, en el ámbito propio del Derecho del Trabajo, podemos destacar la **STS 25-11-20 (Rc 38/2019), ECLI:ES:TS:2020:4157**, que estima que los trabajadores de la empresa demandada han ganado como condición más beneficiosa (CMB), el derecho a percibir íntegramente las pagas extraordinarias de julio, septiembre y navidad, en los supuestos en los que hayan tenido suspendido el contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, percibiendo las oportunas prestaciones de seguridad social. Por el contrario, se rechaza la alegación en la que se sostiene que el reconocimiento de la CMB supondría 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. Se aprecia una 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. La CMB analizada 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.

II. SEGURIDAD SOCIAL.

1.- Desempleo

1.1.- Reconocimiento del derecho

1.1.1.- Trabajadores indefinidos no fijos

La **STS (Pleno) 728/2020, de 30 de julio de 2020 (Rec. 3898/2017) [ECLI:ES:TS:2020:3102]**, examina la cuestión relativa a si una ETT puede celebrar contratos-fijos discontinuos, con efectos en el posible derecho del trabajador a la prestación por desempleo en los periodos de inactividad en la empresa usuaria, resolviendo que ello no es posible. El argumento que esgrime es: 1) En la regulación de las ETT -art. 10 Ley 14/1994, de 1 de junio- no aparece precepto alguno que prohíba la realización de un contrato entre la ETT y el trabajador de carácter fijo discontinuo; 2) A pesar de ello, las empresas usuarias únicamente pueden celebrar contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada en prácticas o para la formación y el aprendizaje –art. 6.2 Ley 14/1994, de 1 de junio-, “no estando permitido que entre ambas se puedan celebrar contratos indefinidos”; 3) A pesar de que las empresas no pueden celebrar contratos indefinidos, sí existe la posibilidad de que la ETT concierte contrato indefinido con el trabajador; ahora bien, no existe previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo, ya que “tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT”; 4) Puesto que el contrato de puesta a disposición es un contrato temporal, no puede concertarse un contrato de puesta a disposición indefinido-fijo discontinuo, debiendo la empresa usuaria proceder a concertar dichos contratos directamente pero no a través de la ETT; 5) Otra razón por la que no es posible concertar un contrato de trabajo fijo-discontinuo, es que la actividad que realiza la ETT es la puesta a disposición de trabajadores a la empresa usuaria para la realización de tareas de carácter temporal, y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria; 6) Además, no es posible que la ETT ponga a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas que se repiten periódicamente, ya que se estaría en presencia de un trabajador indefinido fijo-discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la normativa reguladora de las ETTs que sólo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales. En definitiva, se confirma la sentencia de suplicación que denegó el derecho a la prestación por desempleo, por no permitirse la celebración de contratos fijos-discontinuos por parte de las ETTs. La sentencia contiene un Voto particular discrepante y otro concurrente.

1.1.2.- Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado

Por resolución del SPEE se reclamaron al actor, socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado junto con otros tres miembros de su familia con

los que convive, las prestaciones por desempleo que le habían sido reconocidas, presentando el actor demanda en que impugnaba dicha resolución, que fue estimada en instancia, pero revocada en suplicación. La **STS 752/2020, de 10 de septiembre de 2020 (Rec. 1181/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2952]**, tras sistematizar la evolución legal del régimen de prestaciones por desempleo de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, reconoce el derecho a la prestación por desempleo, ya que el socio-trabajador optó por el RGSS, efectuando cotizaciones a dicho régimen, incluidas cotizaciones al desempleo, encontrándose en situación legal de desempleo, denegándose la prestación por falta de carencia necesaria por no considerar la Entidad Gestora que puedan incluirse las cotizaciones efectuadas por la cooperativa, ya que todos los socios se hallan ligados por parentesco hasta el segundo grado y conviven en el mismo domicilio, y negando que existiera ajenidad en la prestación de servicios del demandante, lo que no puede acogerse cuando el ordenamiento jurídico incluye la protección por desempleo a los socios-trabajadores afiliados al RGSS, sin llevar a cabo excepciones ni matizaciones en atención al porcentaje de sus participaciones, ni a circunstancias tales como su relación con el resto de los socios cooperativistas. Añade que no es de aplicación la DA 27ª LGSS/1994, ya que la misma refiere a sociedades de capital, pero no a cooperativas.

1.1.3.- Hijos menores de 30 años del empresario no convivientes

Resuelve la **STS 341/2021, de 24 de marzo de 2021 (Rec. 3951/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1279]**, la cuestión relativa a si procede reconocer la prestación por desempleo a un trabajador menor de 30 años que presta servicios para su padre, afiliado al RETA, en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo, en sentido positivo –casando y anulando la sentencia de suplicación que denegó el derecho y confirmando la sentencia de instancia que reconoció el mismo- reiterando lo dispuesto en la STS de 12 de noviembre de 2019 (Rec. 2524/2017) [ECLI:ES:TS:2019:3860], que interpretó la DA 10 de la Ley 20/2007, en el sentido de que no tienen derecho a la prestación por desempleo los hijos menores de 30 años contratados por los trabajadores autónomos, cuando convivan en él, pero sí la tienen cuando no convivan.

1.1.4.- Desde jubilación parcial

Ante la cuestión de si tiene derecho a percibir la prestación por desempleo un trabajador en situación de jubilación parcial anticipada en un supuesto en que el trabajador accedió a la jubilación parcial acumulando la empresa su jornada parcial en jornadas completas, suspendiendo colectivamente la empresa los contratos de trabajo, y solicitando prestación por desempleo que le fue denegada por cuanto el actor no cumplía el requisito de cesar la actividad porque la suspensión de la relación laboral corresponde a un periodo en el que no había prestación de servicios reales, las **SSTS 603/2020, de 6 de julio de 2020 (Rec. 941/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2583]**, **972/2020, de 4 de noviembre de 2020 (Rec. 3375/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3820]**, **996/2020, de 11-11-2020 (Rec. 3247/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3914]**, **997/2020, de 11 de noviembre de 2020 (Rec. 3337/2018)**

[ECLI:ES:TS:2020:3913], 1000/2020, de 11 de noviembre de 2020 (Rec. 3376/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3835], y 1001/2020, de 11 de noviembre de 2020 (Rec. 3385/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4084], no reconocen el derecho a la prestación por entender que no ha habido ningún cese de la prestación de servicios, ni suspensión del contrato de trabajo, puesto que el trabajador desarrolló su actividad íntegramente aunque no le haya abonado el salario.

1.2.- Cuantía de la prestación

Los trabajadores, fijos discontinuos del sector de hostelería, tenían salario diario que incluye a efectos de bases de cotización la parte proporcional del descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales. Solicitaron prestación por desempleo que se calculó sin aplicar al periodo de ocupación cotizada el coeficiente multiplicador de 1,61 sobre los días efectivamente trabajados (salario diario en lugar de mensual), sino el de 1,4 por cuanto el de 1,61 está previsto para los fijos discontinuos de los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industrias conserveras del art. 6 OM 30-05-1991, siendo los trabajadores del régimen general de la seguridad social sin sistema especial. Reclaman los trabajadores que se les aplique el coeficiente 1,61 por aplicación analógica del art. 6 OM 30-05-1991 para los trabajadores de frutas y hortalizas e industrias conserveras. La **STS 144/2021, de 3 de febrero de 2021 (Rec. 4502/2018) [ECLI:ES:TS:2021:515]**, resuelve la cuestión relativa a si la prestación por desempleo debe calcularse, en los supuestos de periodo de ocupación cotizada del art. 269.1 LGSS/2015, en caso de salario diario, aplicando o no el coeficiente multiplicado por 1,61, conforme a lo dispuesto en SSTs de 4 de noviembre de 2008 (Rec. 2452/2007), 12-12-2009 (Rec. 1595/2009) [ECLI:ES:TS:2009:8441], de 22 de abril de 2010 (Rec. 2686/2009) [ECLI:ES:TS:2010:2237] y de 12 de mayo de 2010 (Rec. 2940/2009) -en que se analizó si los periodos de ocupación cotizada hacen referencia únicamente a días de trabajo efectivo o si se refiere a ocupación y cotización lo que obligaría a computar los días por descanso semanal, festivos y vacaciones por los que el recurrente cotizó, al estar incluido en la retribución diaria por la que cotizó el salario de esos días-, señalando que la solución alcanzada para el colectivo de trabajadores de frutas, hortalizas e industrias conserveras debe extenderse a los supuestos análogos como el presente.

1.3.- Extinción

1.3.1.-Salida del territorio sin comunicación a la entidad gestora

Como consecuencia de que se extinguió al actor el subsidio por desempleo que tenía reconocido por no comunicar a la entidad gestora una causa de suspensión o extinción de la prestación -ya que entró en España procedente de Argelia, habiéndose trasladado al extranjero por más de 15 días sin comunicación alguna-, la **STS 479/2020, de 18 de junio de 2020 (Rec. 494/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2748]**, confirma la extinción, sistematizando la jurisprudencia de la Sala sobre la cuestión, y señalando que a partir de la vigencia del RDL 11/2013, de 2 de agosto, resulta inaplicable la anterior construcción jurisprudencial, de forma que si bien la ausencia del territorio nacional por tiempo inferior a 15 días carece de efecto alguno sobre la

dinámica de la protección por desempleo, ello requiere que se ponga en conocimiento de la entidad gestora dicha circunstancia, procediendo a la extinción en aplicación de lo dispuesto en el art. 213.1 g) LGSS/1994.

1.3.2.- Realización de trabajos incompatibles

La **STS 7/2021, de 13 de enero de 2021 (Rec. 2863/2018) [ECLI:ES:TS:2021:188]**, reiterando lo establecido en SSTS de 2 de abril de 2015 (Rec. 1881/2014) [ECLI:ES:TS:2015:1773], de 12 de mayo de 2015 (Rec. 2683/2014) [ECLI:ES:TS:2015:2465], de 5 de abril de 2017 (Rec. 1066/2016) [ECLI:ES:TS:2017:1728] y de 23 de julio de 2020 (Rec. 600/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2788], resuelve la cuestión de si procede la extinción de la prestación de desempleo y el reintegro de cantidades indebidas, cuando el beneficiario no comunica al SPEE que ha venido realizando una actividad por cuenta propia y no ha solicitado afiliación al RETA, siendo los ingresos de escasa cuantía (1865,38 euros en periodo de 9 meses por actividad de agente de seguros), lo que se detectó en una Inspección de Trabajo. Argumenta la Sala 4ª que el art. 282.1 LGSS, establece la incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia, ahora bien, cuando los ingresos son de escasa cuantía, no procede extinguir la prestación por desempleo por omisión de comunicación a la entidad gestora, ya que se trata de una actividad “absolutamente marginal y de nula relevancia económica que no resulta incompatible con su percepción”.

1.4.- Revisión de actos en perjuicio del beneficiario

Ante la cuestión de si cuando el SPEE revisa una prestación de desempleo en perjuicio de su beneficiario con fundamento en que éste ocultó que había existido una contratación laboral simulada que afloró la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dicha revisión está sujeta al plazo de un año desde la resolución que reconoce el derecho o puede efectuarse después de transcurrido dicho plazo, la **STS 618/2020, de 8 de julio de 2020 (Rec. 209/2018) [ECLI:ES:TS:220:2588]**, reiterando lo dispuesto en STS de 10 de octubre de 2017 (Rec. 4076/2016) [ECLI:ES:TS:2017:3842], confirma la sentencia de suplicación que entendió que la revisión no está sujeta al plazo de un año, por cuanto el art. 146 LRJS puede interpretarse en dos sentidos: 1) Que toda revisión en materia de prestaciones deba realizarse “dentro del plazo máximo de un año”, o 2) Que el plazo de un año no rige cuando se trata de revisar errores o se constate que los beneficiarios han incurrido en inexactitudes u omisiones al presentar los datos que han dado lugar al reconocimiento del derecho, considerando la Sala 4ª que el SPEE está facultado para revisar sus propios actos sin necesidad de acudir a la vía judicial, cuando se haga con fundamento en que el beneficiario fue el que dejó de aportar datos relevantes o lo hizo con inexactitudes, y ello por cuanto: A) De una interpretación literal del art. 146 LRJS se deduce que cuando se alude a que no se somete a plazo la revisión, omite cualquier indicación temática respecto del contenido del acto revisado, siendo cualquier prestación de Seguridad Social; B) De una interpretación sistemática de la norma se deduce que el art. 146 LRJS tiene una regla general y una excepción, y posteriormente añade otra sujeta a plazo en materia de desempleo, de forma que la última

excepción ya no sólo refiere a revisar actos cuando la causa deriva de la propia conducta del beneficiario, sino en todo supuesto.

1.5.- Subsidio por desempleo

1.5.1.- Extinción por incumplimiento del requisito de carencia de rentas

La **STS 663/2020, de 16 de julio de 2020 (Rec. 740/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2779]**, casa y anula la sentencia de suplicación que, confirmando la de instancia, reconoció a la actora el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 55 años que le había sido extinguido, reclamando prestaciones indebidas, por no haber comunicado al SPEE la obtención de un premio de lotería en importe de 27.500 euros. Argumenta la Sala que el art. 215.1 LGSS condiciona el derecho al subsidio por desempleo a la carencia de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75% SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extra, sin que el precepto albergue dudas al incluir como ingresos computables las ganancias patrimoniales y las rentas o rendimientos que de las mismas puedan derivarse, de forma que la obtención de un premio de lotería supone una ganancia patrimonial que genera unos beneficios computables conforme al tipo de interés legal del dinero, lo que debe notificarse a la entidad gestora, por lo que al no hacerlo la parte, procede imponer la sanción del art. 25.3 LISOS y la extinción del subsidio conforme al art. 47.1 LISOS, lo que es acorde con la doctrina del TC que en AATC 43/2017, de 28 de febrero, 187/2016, de 15 de noviembre, establecieron que no vulnera el principio de proporcionalidad del art. 25.1 CE en relación con el art. 14 CE, el que se prevea la extinción de una prestación ex art. 47.1 b) LISOS por infracciones del art. 25.3 LISOS.

Por su parte, la **STS 57/2021, de 19 de enero de 2021 (Rec. 2070/2018) [ECLI:ES:TS:2021:208]**, casa y anula la sentencia de suplicación y desestima la demanda en que el actor, al que se le había extinguido el subsidio por desempleo y reclamado prestaciones indebidas por haber superado el límite de carencia de rentas, puesto que percibía Renta Mínima de Inserción, solicitaba que se le mantuviera el subsidio. Interpreta la Sala 4ª los arts. 275.2 y 3 LGSS, 2.1 d) RD 1368/2006, de 24 de noviembre por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, y los arts. 4, 9.1 y 10.1 Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid. Entiende que la cuantía de la renta autonómica está integrada por la suma de una prestación mensual básica y un complemento mensual variable que está en función de los miembros de la unidad de convivencia, por lo que debe seguirse lo dispuesto en la STS de 24 de enero de 2018 (Rec. 2696/2016) [ECLI:ES:TS:2018:448], en que se estableció que el titular de la prestación es la persona que haya constituido una unidad de convivencia, entendiéndose por tal a quienes vivan en una misma vivienda o alojamiento por unión matrimonial o unión de hecho, o por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el cuarto y segundo grado respectivamente, otorgándose la misma “en beneficio de todos los miembros de la unidad de convivencia”, de forma que la renta se otorga al solicitante, por lo que la cantidad total debe

atribuirse a éste (lo que implica que supera el límite de la carencia de rentas), y no dividirse por los miembros de la unidad familiar (esposa y cuatro hijos, lo que supondría que no se supera el límite de carencia de rentas)..

Se ha fallado además que no procede la extinción del subsidio por desempleo que percibía la actora, por no comunicación a la entidad gestora de la obtención de un ingreso de 206,76 euros por la comisión recibida al vender un robot aspirador Thermomix, por tratarse de una cantidad exigua y de un ingresos insignificante y residual. La conclusión se ha alcanzado en la **STS 719/2020, de 23 de julio de 2020 (Rec. 600/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2788]**, en que se recuerda que el art. 47.2 LISOS prevé la extinción del subsidio por desempleo cuando no se comunica la percepción de ingresos a la entidad gestora, lo que es acorde al principio de proporcionalidad.

Además, reiterando abundante jurisprudencia anterior, la **STS 765/2020, de 15 de septiembre de 2020 (Rec. 372/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3067]** confirma la sentencia de suplicación que confirmando a su vez la de instancia, desestima la demanda presentada por la actora a la que se le extinguió el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, por obtener ingresos provenientes de la venta de un inmueble que superaba el límite de carencia de rentas, por falta de comunicación de dicho dato a la entidad gestora, sin que proceda suspender la prestación y reclamar únicamente las prestaciones indebidas del mes en que se superaron los ingresos.

1.5.2.- Extinción por no comunicación de variación de datos

El actor, que percibía subsidio para mayores de 55 años, aceptó en concepto de herencia de un familiar un inmueble, comunicando al SPEE dicha renta cuando se enajenó el bien inmueble pero no en el momento de aceptación de la herencia, siéndole extinguido el subsidio y reclamándole el reintegro de lo indebido. Por sentencia de instancia, confirmada en suplicación, se revocó la resolución que extinguió el subsidio, por entender que si el beneficiario no comunicó al SPEE la aceptación de la herencia en el momento en que debió hacerlo, no se puede considerar ilógica o fraudulenta la creencia del actor de que debía hacerlo una vez ingresado en su patrimonio el producto de la venta de la herencia, lo cual hizo de forma voluntaria y sin necesidad de requerimiento. La **STS (Pleno) 932/2020, de 21 de octubre de 2020 (Rec. 2489/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3672]** confirma dicha sentencia. Resuelve la Sala 4ª la cuestión de si la obligación del beneficio de comunicación de las variaciones en las circunstancias determinantes de la percepción del subsidio debió hacerse al aceptar la herencia, de forma que, al no realizarlo, procede la extinción del subsidio y no la mera suspensión. En el supuesto el SPEE lo que hizo fue valorar el inmueble en 70.00 euros, por entender que las herencias son rentas que se perciben en un pago único, prorrateando su importe en doce meses, con lo que entendía se superaba el límite de rentas, pero lo que aceptó el beneficiario es la herencia de un familiar consistente en una séptima parte indivisa de dicho bien, de forma que en realidad deben aplicarse las reglas de cálculo de la carencia de renta en relación a las plusvalías o ganancias obtenidas previstas en el art. 215 LGSS /1994, y 274 LGSS/2015, y art. 7.1 c) RD 625/1985, de 2 de abril, ya que la aceptación y adquisición hereditaria del

bien inmueble, provocó un incremento patrimonial para el beneficiario al pasar a ostentar su titularidad en una parte alícuota, pero en ningún caso determinó el ingreso en su haber de una cantidad o importe líquido, de forma que sólo será imputable la ganancia o plusvalía derivada de su venta. Añade la Sala que dado el dificultoso tratamiento del concepto de ingreso esgrimido y del procedimiento de cómputo, falta un presupuesto imprescindible para imponer la sanción que es que exista certeza de la concurrencia de una situación de baja en el subsidio. Se matiza de este modo lo dispuesto en la STS de 10 de abril de 2019, en que se suspendió el subsidio teniendo en cuenta que no se podía considerar ilógica o fraudulenta su creencia de que la comunicación a la entidad gestora debía efectuarse una vez ingresado en su patrimonio el dinero de la venta de la herencia, lo que hizo posteriormente de manera voluntaria y sin necesidad de requerimiento alguno por parte del SPEE.

1.6.- Competencia funcional

La **STS 52/2021, de 19 de enero de 2021 (Rec. 3478/2017) [ECLI:ES:TS:2021:339]**, declara la nulidad de la sentencia de suplicación y declara la firmeza de la de instancia, por entender que contra la misma no cabía recurso de suplicación. En el supuesto, por resolución del SPEE se acordó revocar la prestación asistencial de desempleo y se ordenó el reintegro de prestaciones indebidas, por importe de 1704 euros. Tras presentar demanda el actor impugnando dicha resolución, se estimó parcialmente la demanda, condenando al actor a la pérdida de lo percibido durante el día en que, según el acta de infracción, quedó acreditado que prestó servicios por cuenta ajena. La Sala de suplicación revocó la sentencia de instancia y confirmó la resolución del SPEE. Argumenta la Sala 4ª que es de aplicación lo establecido en el art. 192.4 LRJS, puesto que lo que se impugna es una resolución sancionadora de la entidad gestora de prestaciones por desempleo, debiéndose estar al valor económico de lo reclamado o la diferencia con lo reconocido en vía administrativa, lo que supone que el contenido de la propia sanción supere los 3.000 euros, y como en el caso el importe económico del acto no llegó a los 3.000 euros, no cabe suplicación. Idéntica conclusión se alcanza en **STS 588/2021, de 1 de junio de 2021 (Rec. 4275/2018) [ECLI:ES:TS:2021:2321]**.

2.- RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

2.1.- Requisitos de acceso

A la actora se le denegó la Renta Activa de Inserción porque la demandante no había percibido hasta su final una prestación o subsidio por desempleo al amparo de la LGSS, puesto que la actora cobró entre 1980 y 1982, una prestación reconocida por el Instituto Nacional de Previsión, Fondo de Desempleo del cuero, calzado y vestido, norma anterior a la LGSS. Por sentencia de instancia y suplicación se confirmó la denegación de la RAI. Las **SSTS 645/2020, de 14 de julio de 2020 (Rec. 3936/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2570]**, y **646/2020, de 14 de julio de 2020 (Rec. 440/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2763]**, **1072/2020, de 2 de diciembre de 2020 (Rec. 2904/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4101]**, **1092/2020, de 9 de diciembre de 2020 (Rec. 1839/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4269]** reconocen el derecho a la RAI,

teniendo en cuenta, entre otras razones que conforme a la normativa y jurisprudencia sobre la RAI, se deduce que: A) Se integra en la acción protectora por desempleo; B) La interpretación de las normas debe realizarse conforme al principio establecido en el art. 41 CE que obliga a que los poderes públicos atiendan a situaciones de necesidad, siendo el colectivo que solicita la RAI especialmente tutelado en nuestro sistema; C) El RDL 5/2013, de 15 de marzo, quiso atender a la protección de los más necesitados favoreciendo la interacción entre el sistema de protección por desempleo y la jubilación; D) Que el art. 2.1 c) RD 1369/2016, de 24 de noviembre, establece como requisito para acceder a la RAI “haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo del nivel asistencial”, lo que la sentencia de suplicación entendió no concurría porque no se extinguió una prestación de desempleo del Título 3 LGSS, sino prevista en normas anteriores. Siendo ello así, considera la Sala 4ª que no cabe denegar la RAI pues la exigencia legal de haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos en el título III LGSS para acceso a la RAI, a la vista del desarrollo legislativo que la protección por desempleo ha sufrido desde 1980 hasta la actualidad, sólo está refiriéndose a que las prestaciones extinguidas sean las propias del Sistema de Seguridad Social, siendo eficaces las prestaciones extinguidas pero reconocidas con fundamento en leyes reguladoras del régimen de protección por desempleo anteriores a su integración en la LGSS.

2.2.- Determinación de la carencia de rentas

Ante la cuestión de si para entender cumplido el requisito de carencia de rentas exigido en el art. 215.1 LGSS/1994 (actual art. 275.1 LGSS/2015), debe o no computarse la percepción por parte del titular de la prestación del subsidio de la renta mínima de inserción de la CCAA-Madrid, la **STS 1038/2020, de 25 de noviembre de 2020 (Rec. 3095/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4202]** casa y anula la sentencia de suplicación que revocó la de instancia que había desestimado la demanda presentada por el actor en que impugnaba la resolución del SPEE que declaró indebidamente percibida la prestación, por entender que la renta mínima de inserción tiene carácter prestacional, de forma que la imputación de su renta debe realizarse a su titular.

Resuelve la **STS 364/2021, de 7 de abril de 2021 (Rec. 4884/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1362]**, la cuestión relativa a si para acceder a la RAI debe computarse la pensión de viudedad de la madre del hijo de la solicitante que vive con él sin estar casados, en sentido negativo. La Sala 4ª aplica lo dispuesto en abundante jurisprudencia anterior en que se determinó que los ingresos de la pareja de hecho del solicitante de un subsidio por desempleo o de la RAI no pueden ser incluidos a efectos de determinar las rentas de la unidad familiar, y ello por cuanto: 1) el art. 215.2 LGSS/1994 establece con claridad quienes son los familiares que se tienen que tener en cuenta; 2) Entre dichos familiares no se relaciona a la pareja de hecho

2.3.- Extinción

2.3.1.- Por incomparecencia a control por entidad gestora

Al actor, beneficiario de la Renta Activa de Inserción, se le revocó ésta por falta de renovación de la solicitud de empleo en la fecha en que debió hacerlo conforme a lo estipulado en la demanda de empleo. Las **SSTS 482/2020, de 18 de junio de 2020 (Rec. 1670/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2757]**, y **1071/2020, de 2 de diciembre de 2020 (Rec. 2722/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4249]**, reiterando lo dispuesto en la STS de 21 de junio de 2018 (Rec. 498/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2893], consideran que la no comparecencia para un control de presencia ante la oficina de prestaciones del SPEE no puede comportar la baja definitiva del programa (art. .1 RD 1369/2006, de 24 de noviembre) y la pérdida de la prestación, sino que conlleva, como falta leve que es, la pérdida de un mes de prestación conforme al art. 24.3 a) LISOS y art.. 47.1 a) LISOS

2.3.2.- Salida del territorio sin comunicación a entidad gestora

Reiterando jurisprudencia anterior, la **STS 775/2020, de 16 de septiembre de 2020 (Rec. 2678/2018)**, confirma la sentencia de suplicación que extinguió el derecho a la Renta Activa de Inserción por salida del territorio español sin comunicación al SPEE, por cuanto la falta de comunicación de una causa de suspensión o extinción de la prestación, es causa de extinción de la RAI

3.- INCAPACIDAD TEMPORAL

3.1.- Reconocimiento del derecho tras agotamiento del plazo máximo de una incapacidad temporal previa

La trabajadora inició un proceso de IT por enfermedad común, denegándosele la IP por patologías osteoarticulares, iniciando un nuevo proceso de IT por ansiedad, denegándose la prestación por cuanto se trataba de la misma o similar patología que la precedente. El INSS reconoció la IT sin efectos económicos. Por sentencia de instancia se desestima la demanda presentada por el actor por entender que se está ante una recaída. La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia. La **STS 158/2021, de 4 de febrero de 2021 (Rec. 3439/2018) [ECLI:ES:TS:2021:513]**, casa y anula la sentencia de suplicación, y ante la cuestión relativa a si es ajustada a derecho la resolución denegatoria del INSS, considera que no es ajustada a derecho, reiterando lo dispuesto en la STS de 6 de noviembre de 2019 (Rec. 1363/2017) [ECLI:ES:TS:2019:3804], en que se entendió que el INSS debe pronunciarse sobre el estado de salud del trabajador al efecto de denegarle efectos económicos a la nueva baja, debiendo pronunciarse sobre las posibilidades de recuperar su capacidad laboral, lo que en el supuesto no ha acontecido, ya que se le deniegan los efectos económicos simplemente señalando que se trata de la misma o similar patología sin más datos

3.2.- Fecha de efectos económicos

La **STS 22/2021, de 13 de enero de 2021 (Rec. 2245/2019) [ECLI:ES:TS:2021:131]** resuelve la cuestión relativa a qué fecha deben fijarse los efectos económicos derivados del procedimiento judicial de determinación de la prestación de IT reconocida en vía administrativa por enfermedad común y calificada como derivada de accidente de trabajo en el proceso judicial, y si han de retrotraerse a la fecha del hecho causante y reconocimiento de la incapacidad temporal, o ha de ser la de 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud de determinación de la contingencia. La Sala 4ª señala que, aunque la regla general es la del art. 53.1 LGSS, la prestación de IT tiene una singularidad, ya que está protegida por el principio de automaticidad y regida por el principio de oficialidad, lo que hace innecesaria la expresa presentación de una solicitud para generar el derecho a su percepción, por lo que no se puede alegar prescripción ni retroactividad, sino que se debe abonar desde que se tenga conocimiento de su existencia. Ahora bien, esa regla general quiebra cuando lo que se discute es la etiología de las dolencias de las que deriva la IT, ya que en este caso el trabajador tiene que presentar una solicitud de determinación de la contingencia, por lo que no se encuentra incluido en la excepcionalidad de la no aplicación del principio de oficialidad, por lo que los efectos económicos derivados del reconocimiento de esa pretensión son los 3 meses anteriores a la fecha de la solicitud.

3.3.- Extinción por incomparecencia a reconocimientos médicos

La **STS (Pleno) 470/2020, de 18 de junio de 2020 (Rec. 3302/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2156]**, -seguida por **STS 473/2021, de 4 de mayo de 2021 (Rec. 4586/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1824]** y que reiteran lo establecido en abundante jurisprudencia anterior, vuelve a abordar una cuestión ya tradicional, en relación a si procede o no la extinción de la prestación de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada de la beneficiaria al reconocimiento médico que le había sido notificado mediante burofax con acuse de recibo no retirado y no seguido de publicación oficial, y que había sido retirada por sentencia de instancia confirmada en suplicación. En ellas se concluye que la sentencia de suplicación se ajusta a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que la Mutua está obligada a remitir las notificaciones al beneficiario por los conductos adecuados que aseguren su recepción, para poder determinar si la incomparecencia se hallaba o no justificada, habiendo elegido la Mutua burofax, medio que, según la doctrina la Sala, hubiera debido aparejar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de cobertura: art. 42 RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales. Como la Mutua llevó a cabo la segunda notificación igualmente por burofax, sin que se hubiera agotado el intento ni los plazos previstos para que la afectada recogiese la comunicación objeto de aviso, no podía achacarse a ésta la falta de diligencia debida en su actuación, máxime cuando había acudido a los reconocimientos precedentes.

3.4.- Competencia funcional

La **STS de 26 de junio de 2020 (Rec. 2979/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2306]**, aprecia la falta de competencia funcional de la Sala de suplicación para conocer de la cuestión relativa a si al trabajador en situación de incapacidad temporal que no acude a recoger los avisos de Correos remitidos por la Mutua, debe ser tenido por incomparecido el día en que fue llamado a reconocimiento médico al no justificar la causa de la incomparecencia, por cuanto a pesar de que se ha seguido el procedimiento ordinario y no el de alta médica en que no se tiene acceso al recurso conforme al art. 140.3 c) en relación con el art. 191.2 g) LRJS, en el presente supuesto, lo que en realidad se está combatiendo es el percibo de la incapacidad temporal correspondiente a 36 días de base reguladora de 41,25 euros, por lo que no se supera la cuantía de 3.000 euros exigida en el art. 191.2 g) LRJS para acceder al recurso de suplicación. Añade la Sala que la cuestión no tiene afectación general, puesto que el debate se centra en circunstancias particulares referidas a una determinada conducta del demandante.

Por su parte la **STS 924/2020, de 20 de octubre de 2020 (Rec. 2554/2017) [ECLI:ES:TS:2020:3693]**, declara la incompetencia funcional de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia para conocer de la cuestión relativa a la fecha en que debe entenderse extinguido el derecho a la prestación o subsidio por incapacidad temporal, cuando en realidad lo reclamado es el abono del subsidio de incapacidad temporal correspondiente al periodo que medió entre el alta médica tras la denegación de la incapacidad permanente y la notificación por la entidad gestora de su resolución, cuya traducción económica no alcanza los 3000 euros a que refiere el art. 191.2 g) LRJS, sin que tampoco pueda apreciarse la existencia de afectación general.

Además, la **STS 27/2021, 13-01-2021 (Rec. 276/2020)**, resuelve de oficio la cuestión relativa a la competencia funcional, en un supuesto en que la trabajadora, en situación de IT, vio denegada la IP, reclamando el abono de 10 días de subsidio correspondientes. La sentencia de instancia estimó la demanda, señalando que no procedía recurso de suplicación, aun así, se presentó recurso por el INSS, desestimando el TSJ el recurso de suplicación, presentando el INSS RCUD planteando si los efectos económicos de la IT se extinguen cuando se dicta la resolución denegatoria de la IP o si se extienden hasta el día de su notificación a la interesada. Señala la Sala 4ª que no procede recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, ya que no se discute el derecho a percibir el subsidio de IT, sino su eventual prolongación durante 10 días, cuya traducción económica no alcanza los 3.000 euros, ni existe afectación general.

Por último, las **SSTS 70/2021, de 202 de enero de 2021 (Rec. 618/2019) [ECLI:ES:TS:2021:37] y 530/2021, de 14 de mayo de 2021 (Rec. 3283/2018) [ECLI:ES:TS:2021:2071]**, señalan que las sentencias de instancias no eran recurribles en suplicación por razón de la cuantía, puesto que lo que se reclama son días de prestación de IT cuya traducción económica es inferior a los 3.000 a que refiere el art. 191.2 g) y 192.3 LRJS. Considera igualmente, tras sistematizar la jurisprudencia sobre la cuestión, que no puede apreciarse la

existencia de afectación general que no es notoria y ni siquiera ha sido alegada o probada en el proceso por ninguna de las partes.

4.- INCAPACIDAD PERMANENTE

4.1.- Base reguladora

La actora vio extinguido su contrato de trabajo mientras se hallaba en situación de incapacidad temporal, situación que se mantuvo hasta la resolución administrativa que declaró que no alcanzaba grado alguno de incapacidad permanente. Por sentencia de suplicación se revocó la de instancia y se reconoció a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta, fijando la base reguladora de la prestación sin computar las bases de cotización que hubieren correspondido al desempleo durante dicho periodo. La **STS 507/2020, de 23 de junio de 2020 (Rec. 1069/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2119]**, interpretando el art. 222.1 LGSS/1994, en redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, reconoce la mayor base reguladora, señalando que dicha norma introdujo un matiz importante en la concatenación de IT/desempleo, al señalar que la asunción de cotizaciones por parte de la entidad gestora de desempleo se produce incluso cuando el beneficiario no llegue a solicitar la prestación por desempleo por pasar a la situación de incapacidad permanente sin solución de continuidad.

4.2.- Gran invalidez

4.2.1.-Reconocimiento desde situación de jubilación parcial

Las **SSTS (Pleno) 512/2020, de 24 de junio de 2020 (Rec. 1411/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2340]**, **541/2020, de 29 de junio de 2020 (Rec. 1062/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2474]**, **563/2020, de 1 de julio de 2020 (Rec. 1935/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2473]** –sentencias que contienen Voto particular discrepante- y **SSTS 839/2020, de 2 de octubre de 2020 (Rec. 3058/2019) [ECLI:ES:TS:2020:3260]** y **1073/2020, de 2 de diciembre de 2020 (Rec. 2916/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4219]**, resuelven la cuestión relativa a si es posible obtener el reconocimiento de una prestación de gran invalidez desde una situación de jubilación por discapacidad, en sentido negativo, rechazando que como no se había alcanzado la edad ordinaria de jubilación, procede el reconocimiento en situación de gran invalidez. Fundamenta su decisión la Sala 4ª tras sistematizar la normativa de cobertura, así como la jurisprudencia de la Sala, señalando que no existe un pronunciamiento específico sobre la cuestión. Concluye que el acceso a la prestación de incapacidad permanente se excluye a quien a la fecha del hecho causante ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación y reúne los requisitos para su reconocimiento, regulándose en el Sistema de Seguridad Social diferentes modalidades que atienden a diversas circunstancias, entre otras, la edad. Si bien la general de jubilación es la de 67 o 65 años según se alcancen determinados periodos cotizados, dicha edad puede verse alterada en atención a la actividad profesional (art. 206.1 LGSS) o situación física del trabajador (DA 20ª LGSS), de forma que dichas edades también son “ordinarias”, ya que la expresión rebaja o reducción de la edad ordinaria de jubilación, no puede entenderse en otro sentido que en el de

sustituir el número de años de la general u ordinaria por otra que, también, viene a constituirse como edad ordinaria de jubilación para los supuestos contemplados, de ahí que aunque se la denomine “anticipada”, en realidad no deja de ser una edad “ordinaria” para el colectivo para el que se aplica. Añade la Sala que dicha conclusión se alcanza igualmente si se acude al RD 1539/2003, de 5 de diciembre, en el que se dice que la edad ordinaria de jubilación establecida en los 65 años, “podrá ser reducida”, por el mayor esfuerzo o penosidad que pueda ocasionar la actividad profesional al trabajador discapacitado, optando por fijar la edad en atención a coeficientes reductores, frente a una alternativa de establecer una edad de acceso a la jubilación antes de los 65 años, pudiendo incluso las personas beneficiarse de las reglas de jubilación anticipada. Conforme a ello, considera la Sala 4ª que la edad tope para pedir la incapacidad permanente es la edad ordinaria de jubilación, pero reducida en aquellos percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación.

4.2.2.- Dolencias preexistentes antes de la afiliación a la Seguridad Social

Por sentencia de suplicación que confirmó la de instancia se reconoció al actor en situación de gran invalidez, si bien el INSS denegó inicialmente el reconocimiento en situación de incapacidad permanente por tener el actor la edad ordinaria de jubilación y reunir todos los requisitos para ella en la fecha del hecho causante. Puesto que el actor trabajó para la Once como agente vendedor, presentando ceguera, en la oposición realizada por la entidad gestora en el acto de juicio se aludió a que no se podía reconocer gran invalidez a quien había desarrollado toda su vida laboral con las mismas dolencias. La **STS 622/2020, de 7 de julio de 2020 (Rec. 1145/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2602]** confirma dicha sentencia, por entender que el recurso es defectuoso, ya que se construye sobre la posibilidad de alegar como motivos de oposición a la demanda hechos diferentes a los opuestos en la resolución administrativa, para después decir que los hechos cuya valoración pretende ya estaban en el expediente administrativo, pasando a reseñar que no procede el reconocimiento de la gran invalidez por no existir agravación de las dolencias con las que ingresó en la Once en 1990, cuando en el relato fáctico consta que ello aconteció en 1966, lo que además supondría una pretensión de valoración de hechos probados no posible en casación unificadora.

Por su parte, la **STS (Pleno) 798/2020, de 24 de septiembre de 2020 (Rec. 1838/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3361]**, no entra a conocer de la cuestión relativa a si procede reconocer en situación de gran invalidez a quien padece deficiencias visuales, por no apreciar contradicción con la sentencia de contraste, ya que en la recurrida no consta la disminución de la capacidad visual que tenía el demandante antes de su afiliación a la Seguridad Social, prestando servicios para diversas empresas antes de entrar a trabajar en la ONCE, mientras que en la sentencia de contraste se trata de lesiones padecidas por el trabajador con anterioridad a su afiliación al sistema de Seguridad Social.

Ante la cuestión planteada por el INSS en casación para la unificación de doctrina en relación a si existiendo ceguera que podría ser acreedora de la situación de gran invalidez antes de la afiliación a la Seguridad Social, puede ser reconocido el solicitante en dicha situación por las mismas limitaciones, la **STS (Pleno) 894/2020, de 25 de septiembre de 2020 (Rec. 4716/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3070]**, cuya doctrina se reitera en **STS 168/2021, de 9 de febrero de 2021 (Rec. 3847/2018) [ECLI:ES:TS:2021:503]** casa y anula la sentencia de suplicación para denegar la gran invalidez, por entender que conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª, las lesiones o enfermedades que se padezcan con anterioridad al alta en la Seguridad Social, no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente. En cuanto a la asistencia de tercera persona como elemento característico de la gran invalidez, considera la Sala 4ª que conforme a reiterada jurisprudencia de la propia Sala 4ª no debe excluir la calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, puedan en el caso personal y concreto, en base a determinados factores, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros. En atención a ello, considera que a pesar de constar probado que el solicitante de la gran invalidez vive en el mismo edificio que su madre, estando ambos al cuidado de tercera persona que le prepara la ropa, el baño y la comida y que lo acompaña al punto de venta de cupones diariamente, no ha sufrido una agravación objetiva significativa, lo que permite concluir que en los supuestos en que el solicitante presentaba con anterioridad al ingreso en el mundo laboral una situación clínica que reunía los requisitos de la gran invalidez antes de su afiliación en la Seguridad Social, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador.

4.2.3.- Agravación de dolencias preexistentes

Reiterando jurisprudencia anterior, la **STS 999/2020, de 11 de noviembre de 2020 (Rec. 3347/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3992]**, reconoce en situación de gran invalidez a quien, padeciendo lesiones visuales severas en el momento de inscripción y alta en la Seguridad Social, conservando un campo de visión reducido, ve agravadas sus lesiones pasando a ceguera total.

Y en **STS 411/2021, 19-04-2021 (Rec. 5046/2018)**, también se reconoce en situación de gran invalidez, a quien comenzó a prestar servicios como limpiadora en 1985, incorporándose a la ONCE en 1988, presentando visión en OD de 0,1 y OI de 0,11, siendo diagnosticada en 2016 de “distimia, miopía magna, percepción de luz AO Coriorretinosis miópica”, por cuanto las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador antes de su afiliación al sistema no pueden ser consideradas a efectos del reconocimiento de un grado invalidante, salvo que con posterioridad a la afiliación se hubieran visto agravadas, lo que ha acontecido en el presente supuesto.

4.2.4.- Necesidad de ayuda de tercera persona

La **STS (Pleno) 806/2020, de 29 de septiembre de 2020 (Rec. 1098/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3171]**, resuelve la cuestión relativa a si procede reconocer en situación de gran invalidez a quien ya padecía una situación equiparable a ceguera legal en el momento de afiliación a la Seguridad Social, padeciendo lesiones que requerían la ayuda de tercera persona para la realización de los actos esenciales de la misma, sufriendo una agravación de las mismas por lo que solicita el reconocimiento en situación de gran invalidez, en el sentido de que ello no procede, ya que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala, si el trabajador presenta con anterioridad al ingreso en el mundo laboral una situación clínica que exige la ayuda de tercera persona, dicha circunstancia no debe ser tenida en cuenta a los efectos de la configuración de una nueva situación protegida, lo que impide el reconocimiento en situación de gran invalidez. Abunda en dicha argumentación la Sala señalando que no existe unanimidad en cuanto a la determinación de qué agudeza visual debe considerarse ceguera legal, definiéndose por la OMS a la agudeza visual, como la imagen retiniana más pequeña que puede apreciarse, estableciendo cuatro niveles: visión normal, cuando la agudeza alcanza 10/10 (1); discapacidad visual moderada, cuando la agudeza visual es inferior a 3/10 (0,33); discapacidad visual grave, cuando la agudeza visual resulta inferior a 1/10 (0,10); y ceguera, cuando la agudeza visual es menor a 1/20 (0,05), incluyéndose en el ámbito de aplicación de los Decretos 2421/1968, de 20 de septiembre, y 1076/1970, de 9 de abril, a los ciegos con visión menor de 20/200 en ambos ojos después de la oportuna corrección, es decir, con visión inferior en ambos ojos a 0,1, lo que llevó a la Sala a concluir cuando la agudeza visual es inferior a 0,1 en ambos ojos (a 1/10 en la escala de Wecker) en la práctica ello significa una ceguera, y en dichos supuestos, se exige la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales de la vida, por lo que debe reconocerse la gran invalidez, pero, cuando ello ya se exigía en el momento de la afiliación al Sistema de Seguridad Social, no puede reconocerse la misma.

4.2.5.- Cálculo de la base reguladora: aplicación doctrina del paréntesis

Por sentencia de instancia se declaró al trabajador, jubilado anticipadamente, en situación de gran invalidez, pero se calculó la base reguladora durante el periodo comprendido entre el inicio de su jubilación hasta el hecho causante, conforme a las bases mínimas, entendiendo el trabajador que debería haberse aplicado la teoría del paréntesis, lo que se desestima por la Sala de suplicación. Recurre en casación para la unificación de doctrina el trabajador, por entender que durante los periodos en que no hay obligación de cotizar, resulta aplicable la teoría del paréntesis y no la integración de dichos periodos con las bases mínimas. Las **SSTS 1013/2020, de 18 de noviembre de 2020 (Rec. 3011/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3928]**, **1010/2020, de 18 de noviembre de 2020 (Rec. 2241/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3997]** y **1011/2020, de 18 de noviembre de 2020 (Rec. 2432/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4092]**, rechazan dicha conclusión, reiterando jurisprudencia anterior en que determinó que la doctrina del paréntesis se limita a supuestos de IPV e IT prorrogada más

allá del plazo en que hay que cotizar, pero no a supuestos como el examinado, además de que en los supuestos de integración de lagunas derivados de la extinción del contrato de trabajo del beneficiario por jubilación anticipada, es únicamente aplicable lo dispuesto en el art. 197.4 LRJS, integrándose las lagunas con las bases mínimas.

4.3.- Incapacidad permanente absoluta: lesiones sufridas durante el parto

La **STS 580/2020, de 2 de julio de 2020 (Rec. 201/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2090]**, aplicando perspectiva de género, considera derivada de accidente no laboral, la incapacidad permanente absoluta reconocida a la actora como consecuencia de las lesiones sufridas en el parto. (*Véase, para una información más detallada del contenido de esta sentencia, el apartado de este trabajo referido a Perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social*)

4.4.- Incapacidad permanente total

4.4.1.-Determinación de la profesión habitual

Ante la cuestión de si procede el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total a un ertzaina en segunda actividad, la **STS 792/2020, de 23 de septiembre de 2020 (Rec. 2800/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2985]**, confirma la sentencia de suplicación aplicando lo dispuesto en la STS (Pleno) de 26 de abril de 2017 (Rec. 3050/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2141] y STS de 11 de marzo de 2020 (Rec. 3777/2017) [ECLI:ES:TS:2020:1119], en que se determinó que las dolencias que padece el trabajador han de ponerse en conexión con su trabajo habitual de ertzaina, profesión que es esencialmente de actividad directa de calle, pero también engloba actividad administrativa, sin que la profesión habitual se defina en función del concreto puesto de trabajo que desempeña el trabajador, ni en atención si a la delimitación del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que realiza o pueda realizarse, además de que el pase a segunda actividad no supone automáticamente un determinado grado de incapacidad permanente, pues ha de tomarse en consideración todo el contenido de la presión y no sólo las tareas que integran la segunda actividad a las que se ha destinado al trabajador. Conforme a ello, considera que no procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, ya que, aunque no puede realizar las funciones de calle, puede realizar tareas propias de segunda actividad.

4.4.2.- Requisito de alta o situación asimilada al alta

Ante la cuestión de si el actor se encontraba en situación asimilada al alta, teniendo en cuenta que cuando el actor cursó baja en el RETA estuvo un prolongado lapso temporal sin inscribirse como demandante de empleo, la **STS 416/2021, 20-04-2021 (Rec. 4668/2018)**, casa y anula la sentencia de suplicación y deniega el derecho a la incapacidad permanente total, por entender que conforme al art. 165.1 LGSS y 36.1 RD 84/1996, de 26 de enero, son situaciones asimiladas al alta aquellos supuestos en que a pesar de que se

ha causado baja en la Seguridad Social, se considera que, a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones, debe conservarse la situación de alta en que se encontraba el trabajador con anterioridad, entre ellas, la situación legal de desempleo o paro involuntario una vez agotada la prestación o el subsidio, siempre que se mantengan la inscripción como desempleado en la Oficina de Empleo. En el supuesto, tras la baja en el RETA transcurrieron dos años y siete meses y un día hasta que el demandante se inscribió como demandante de empleo, teniendo posteriormente otra breve interrupción de 7 días, sin que conste circunstancia alguna justificativa de la falta de inscripción como demandante de empleo

4.4.3.- Indemnización prevista en norma convencional

Ante la cuestión relativa a si un trabajador reconocido en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, constando en la resolución que la misma se revisará por agravación o mejoría, tiene derecho a la indemnización fijada en el art. 51.1 c) del Convenio colectivo de trabajo del sector de construcción y obras públicas de la provincia de Badajoz, la **STS 721/2020, de 23 de julio de 2020 (Rec. 1117/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2597]**, entiende que procede la misma, ya que si el INSS hubiera entendido que la situación del trabajador fuera a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría, tenía que haberlo hecho constar en la propia resolución administrativa que le declaró en situación de incapacidad permanente total, sin que obste a dicha conclusión que en la misma se contuviera que la calificación podría ser revisada, ya que ello obedece al mandado del art. 200.2 LGSS

4.4.4.- Incapacidad permanente total cualificada: prescripción

Reiterando abundante jurisprudencia anterior, la **STS 512/2021, de 11 de mayo de 2021 (Rec. 3271/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1954]**, casa y anula la sentencia de suplicación y reconoce el derecho al incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total, aunque no se hubiera solicitado en la demanda, ya que no es incongruente que el Juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario, +habiéndose admitido jurisprudencialmente, por tutela judicial y economía procesal, que una vez cumplidos los 55 años por el trabajador demandante, y presumiéndose la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual anterior, el órgano judicial reconozca el incremento aunque en la fecha de la demanda no hubiese cumplido dicha edad, si la alcanzó con posterioridad, ya que la incapacidad permanente total cualificada no constituye un grado en sentido propio sino un complemento al que se puede acceder cuando se cumplen los requisitos establecidos en la Ley.

Ante la cuestión de cuándo debe fijarse el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción para presentar demanda de reclamación de incapacidad permanente total cualificada reconocida al actor indebidamente, y en particular, si debe fijarse en la fecha en que se dictó la resolución que reconoció el derecho, aplicándose el plazo de 4 años del art. 45.3 LGSS, la **STS 61/2021, de 19 de enero de 2021 (Rec. 4637/2018) [ECLI:ES:TS:2021:181]** casa y

anula la sentencia de suplicación y confirma la sentencia de instancia, realizando tres precisiones: 1) Que el art. 146.3 LRJS es de aplicación al supuesto, puesto que nos encontramos ante un acto de entidad gestora que, en la terminología de las normas administrativas, cabe calificar de actos anulables y no nulos de pleno derecho a los que refiere el art. 47 LPAC, es decir, de actos favorables a los beneficiarios cuya revisión se interesa por las entidades gestoras con fundamento en que resultan ser contrarios al ordenamiento jurídico, lo que constituye causa de anulabilidad; 2) El art. 45.3 LGSS refiere a cuestión distinta de la del art. 146.3 LRJS, puesto que refiere al plazo de prescripción de la obligación de reintegro por percibir indebidamente prestaciones, obligación que puede estar precedida o no de una revisión de acto declarativo de derecho; 3) Que conviene clarificar la doctrina de la STS de 16 de febrero de 2016 (Rec. 2938/2014) [ECLI:ES:TS:2016:770], ya que la misma resolvió sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de 4 años a efectos del reintegro de prestaciones de pago periódico, pero no abordó si la acción de revisión del art. 146.1 LRJS estaba o no prescrita. En definitiva, tratándose de una acción revisora prevista en el art. 146.1 LRJS, impidiendo la ley la revisión de oficio, obligando a la entidad gestora a acudir a la vía judicial para conseguirlo, estableciendo la ley un periodo de tiempo para que se pueda ejercitar la acción establecida en términos de prescripción y en un periodo suficientemente largo para que pueda dispensarse esa tutela a las entidades gestoras, pero que no es indefinido, habiendo transcurrido más de 4 años desde que se le reconoció el incremento por resolución, momento en que debe fijarse el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo, la acción estaba prescrita.

4.5.- Incapacidad permanente parcial

La **STS 632/2020, de 9 de julio de 2020 (Rec. 338/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2950]**, confirma la sentencia de suplicación que confirmando la de instancia desestimó la demanda presentada por la trabajadora en que solicitaba el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial. Ante la cuestión de si una persona que tiene como profesión habitual la de limpiadora y que padece pérdida total de visión en un ojo, con visión monocular, puede ser considerada afectada de una incapacidad permanente parcial (IPP) para dicha profesión, considera la Sala que conforme a la doctrina tradicional de la Sala 4ª, y conforme al art. 37 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956), que sirve a efectos orientativos, es causa de incapacidad permanente parcial “la pérdida de visión completa de un ojo, si subsiste la del otro”, considerando el art. 38 de dicha norma, justificativa de la incapacidad permanente total, la pérdida de visión completa de un ojo y la disminución en menos del 50% de la del otro, lo que derivó en que se reconociera en situación de incapacidad permanente parcial para las profesiones de gruista y abogado, ello se hizo poniendo en relación ello con las funciones inherentes a dichas profesiones, en particular, atendiendo al profesiograma de dichas profesiones, profesiogramas que no presentan unas características que no se pueden parangonar a las de limpiador/a, cuyos requerimientos no presentan las mismas exigencias en términos de agudeza y precisión visual, por lo que no procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial.

Al contrario, la **STS 698/2020, de 22 de julio de 2020 (Rec. 4533/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2616]** reconoce en situación de incapacidad permanente parcial a quien, teniendo la profesión de peón agrícola, pierde la visión de un ojo lo que supone visión monocular. Considera la Sala que, aunque el desempeño de la profesión de peón agrícola no exige una especial agudeza visual, también es cierto que exige deambular por terrenos irregulares, manejo de vehículos voluminosos como tractores, cosechadoras y remolques y maquinaria potencialmente peligrosa cuya utilización requiere capacidad suficiente para la percepción de volúmenes y perspectivas, que limitan en un 33% para su correcto desempeño.

4.6.- Lesiones permanentes no invalidantes

La **STS 715/2020, de 23 de julio de 2020 (Rec. 4299/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2828]**, aprecia la incompetencia funcional de la Sala de suplicación para conocer de la cuestión relativa a quién es la entidad responsable del abono de la prestación de 1800 euros por lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, si es la Mutua o el INSS, por cuanto la cuantía de lo reclamado no alcanza los 3.000 euros a que refiere el art. 191.2 g) LRJS, ya que el objeto inicial de la pretensión no es el reconocimiento de la prestación de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo, sino la determinación de la entidad responsable del abono indemnizatorio, responsabilidad que no alcanza los 3.000 euros. Añade la Sala que tampoco cabe apreciar la existencia de afectación general, ya que no hay alusión alguna en la sentencia de instancia a dicha afectación general, ni se está en presencia de un hecho notorio, ni consta que exista un número elevado de litigios, sin que tampoco obre en las actuaciones dato alguno en relación a que la reclamación afecte a un gran número de beneficiarios.

4.7.- Incompatibilidad invalidez no contributiva y pensión de orfandad

La **STS 756/2020, de 10 de septiembre de 2020 (Rec. 1217/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2964]**, reconoce la incompatibilidad entre el percibo de la pensión no contributiva de invalidez con la pensión de orfandad por incapacidad, cuando ambas prestaciones se han reconocido por las mismas lesiones. Argumenta la Sala que el art. 122.1 LGSS/1994 establece la incompatibilidad entre prestaciones salvo que se disponga lo contrario legal o reglamentariamente, estableciéndose el régimen de compatibilidades entre incapacidad permanente y orfandad en el art. 179.3 LGSS/1994, de forma que la carencia de rentas no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, “siendo las razones que justifican la incompatibilidad evitar al mismo tiempo que se lucren dos o más pensiones por un mismo esfuerzo contributivo o que se duplique la cobertura social en un único supuesto de carencia de rentas”, estableciendo el art. 179.3 LGSS/1994 que cuando los incapacitados para el trabajo tengan derecho a la pensión de orfandad, podrán optar por una de las dos prestaciones.

4.8.- Devolución a la Mutua del capital coste de prestaciones

Ante la cuestión de si procede devolver a la Mutua el incremento del 20% de la pensión la pensión, las **SSTS 593/2020, de 2 de julio de 2020 (Rec. 2140/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2472]** y **948/2020, de 28 de octubre de 2020 (Rec. 3266/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3683]**, reiterando jurisprudencia anterior, considera que ello no es posible, ya que el art. 71.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio, es taxativo cuando dispone que los capitales coste de las pensiones no serán objeto de reversión o rescate total o parcial salvo en los supuestos que el propio precepto contempla; y en el presente supuesto, ni puede ampararse la situación en la primera de las circunstancias - “como consecuencia de sentencia firme, se anule o reduzca la responsabilidad de la mutua”- puesto que no existe sentencia firme que haya dispuesto dicha reducción o responsabilidad, ni tampoco puede ampararse en la segunda de las circunstancias -“revisiones por mejoría del estado invalidante profesional”-.

5.- Discapacidad

5.1.- No reconocimiento automático de persona con discapacidad de perceptores de pensiones de incapacidad permanente

La **STS 633/2020, de 9 de julio de 2020 (Rec. 805/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2562]**, considera que el reconocimiento del grado III de dependencia con necesidad de concurso de otra persona que se otorga conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, no implica, automáticamente, el reconocimiento del actor, que padece deficiencias visuales equiparables a ceguera legal, en situación de incapacidad permanente ni gran invalidez. Argumenta la Sala que el concepto de incapacidad permanente de la LGSS se vincula a la actividad profesional, lo que no acontece con la gran invalidez que exige que la persona no pueda atender a las necesidades esenciales de la vida y precisa por lo tanto la ayuda de un tercero, habiendo considerado la Sala que el reconocimiento de un determinado grado de discapacidad no implica automáticamente el reconocimiento de la persona como discapacitada, encontrándonos en nuestro ordenamiento jurídico con diferentes sistemas de protección social, en particular, junto con el Sistema de Seguridad Social (nivel contributivo y asistencial), existe el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y la Protección a los Discapacitados, sin que de la normativa que regula todas estas situaciones se pueda desprender que el legislador haya querido vincular o equiparar el grado de dependencia o discapacidad con los de incapacidad permanente.

Por su parte, reiterando lo establecido en abundante jurisprudencia anterior iniciada por STS (Pleno) de 29 de enero de 2018 (Rec. 3382/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4446], la **STS 577/2021, de 26 de mayo de 2021 (Rec. 3832/2018) [ECLI:ES:TS:2021:2217]**, insiste en que cuando un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, no tiene reconocido, automáticamente, y a todos los efectos, el 33% de discapacidad al amparo del art. 4.2 RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, ya que la norma incurre en *ultra vires* en relación con la autorización normativa otorgada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, por lo que debía mantenerse la jurisprudencia que entendió que la atribución del grado del 33% de discapacidad a los beneficiarios de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, lo eran a efectos de la Ley y no a todos los efectos.

5.2.- Retroacción de efectos

La actora obtuvo en 1979 certificado de minusvalía por sordomudez, revisándose dicho grado en 2006 como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo baremo, fijándolo en el 69%, solicitando en 2014 que los efectos de dicho grado se retrotrajesen a la fecha de nacimiento o a la del primer reconocimiento en 1979. Por sentencia de instancia se desestimó la demanda, sentencia confirmada en suplicación. Ante la cuestión de si el grado de discapacidad puede retrotraerse al a fecha de nacimiento o a la de solicitud inicial cuando se trata de dolencias congénitas que no se han visto alteradas, pero que alcanzan un grado superior como consecuencia de la alteración normativa del baremo, la **STS 172/2021, de 9 de febrero de 2021 (Rec. 2382/2019) [ECLI:ES:TS:2021:471]**, casa y anula la de suplicación y reconoce efectos retroactivos al grado de discapacidad reconocido, por cuanto en realidad no se está ante un supuesto de revisión del grado, sino de actualización conforme a una nueva normativa.

Por su parte, las **SSTS 201/2021, de 16 de febrero de 2021 (Rec. 2378/2019) [ECLI:ES:TS:2021:650]** y **264/2021, de 3 de marzo de 2021 (Rec. 2301/2019) [ECLI:ES:TS:2021:849]**, considera que los efectos del porcentaje de discapacidad reconocido deben fijarse en el momento de la solicitud de revisión y no en el momento inicial de reconocimiento del grado de discapacidad, ya que la minusvalía que presentaba el actor en inicialmente no es la misma que presentaba con posterioridad, puesto que tiene dolencias adicionales, ya que a la sordomudez inicialmente reconocida, se añade una disminución de eficiencia visual sin diagnóstico de etiología filiada

6.- Asistencia sanitaria

6.1.- Reembolso de gastos sanitarios

La **STS 702/2020, de 22 de julio de 2020 (Rec. 1757/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2951]**, casa y anula la sentencia de suplicación y declara la firmeza de la sentencia de instancia que desestimó la demanda dirigida contra la resolución administrativa del INSS que, respondiendo a la solicitud del actor de reembolso de gastos sanitarios causados en Francia, acordó autorizar el ingreso pero fijó la cuantía del mismo en 177,08 euros, por entender que contra la misma no cabe recurso de suplicación por razón de la cuantía, ya que no se discute el derecho en sí mismo, sino en el sistema de cálculo del importe del reembolso recalado, ya que mientras que el demandante considera que ha de reintegrarse en la suma exacta desembolsada y acreditada, el INSS entiende que puesto que los servicios sanitarios se obtuvieron en un Estado miembro de la UE, debe ser de aplicación los Reglamentos de Seguridad Social

transfronteriza, y como en el supuesto la cuantía de lo reclamado no alcanza los 3.000 euros a que refiere el art. 191.2 g) LRJS, no procede recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia.

6.2.- En supuestos de reagrupación familiar

Ante la cuestión de si procede reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a los residentes legales en España por reagrupación familiar teniendo obligación el reagrupante de atender la asistencia sanitaria del reagrupado, las **STS 1106/2020, de 10 de diciembre de 2020 (Rec. 1881/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4460]** y **1121/2020, de 15 de diciembre de 2020 (Rec. 3302/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4486]**, **STS 43/2021, de 14 de enero de 2021 (Rec. 401/2019) [ECLI:ES:TS:2021:142]**, **STS 60/2021, de 19 de enero de 2021 (Rec. 3912/2018) [ECLI:ES:TS:2021:180]**, **STS 262/2021, de 3 de marzo de 2021 (Rec. 1410/2019) [ECLI:ES:TS:2021:850]**, **STS 361/2021, de 7 de abril de 2021 (Rec. 3066/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1525]**, siguen lo dispuesto en las SSTS (Pleno) de 13 de mayo de 2019 (Rc. 1068/2018) [ECLI:ES:TS:2019:1769], de 13 de mayo de 2019 (Rc. 2022/2018) [ECLI:ES:TS:2019:1843], de 13 de mayo de 2019 (Rc. 3626/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1955], y de 13 de mayo de 2019 (Rc. 4622/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1985], en las que, tras sistematizar la normativa de aplicación, se deniega la asistencia sanitaria, por entender, en resumidas cuentas, que conforme al art. 7 RD 240/2007, de 16 de febrero, es necesario, para la reagrupación familiar, tener una cobertura de asistencia sanitaria, por lo que el solicitante del derecho no lo ostenta al tenerlo cubierto mediante la asistencia privada.

6.3.- Reintegro de gastos a las Mutuas

Reiterando lo dispuesto, entre otras, en las SSTS (Pleno) 20-11-2019 (Rec. 3255/2018), STS (Pleno) 20-11-2019 (Rec. 4293/2018), STS (Pleno) 27-11-2019 (Rec. 3413/2018) STS (Pleno) 05-12-2019 (Rec. 3395/2018), STS (Pleno) 05-12-2019 (Rec. 4865/2018) que rectificaron la jurisprudencia anterior de la Sala –**STS 21-03-2018 (Rec. 1732/2016)**, la **STS 1122/2020, de 15 de diciembre de 2020 (Rec. 4931/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4409]**, vuelve a fallar en el sentido de que debe reintegrarse a las Mutuas los gastos médicos de asistencia sanitaria prestada a trabajadores que posteriormente fueron derivados a los servicios públicos de salud, causando baja por contingencias comunes, continuando asistiendo el servicio público a los trabajadores durante el periodo que duró la enfermedad.

7.- Accidente de trabajo y enfermedad profesional

7.1.- Sanción administrativa y penal: principio non bis in ídem

La **STS (Pleno) 469/2020, de 18 de junio de 2020 (Rec. 2136/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2632]**, seguida por la **STS 58/2021, de 19 de enero de 2021 (Rec. 3070/2018) [ECLI:ES:TS:2021:68]**, declara la firmeza de la sentencia de suplicación que revoca la de instancia que dejó sin efecto la sanción impuesta a la empresa por la Consejería de Economía Industria y

Empleo del Gobierno de Aragón, por el accidente de trabajo sufrido por quien quedó atrapado por los rodillos de una cinta en funcionamiento mientras realizaba las tareas de limpieza ordenadas por el encargado de la empresa. La Sala 4ª resuelve que la aplicación del principio *non bis in ídem* no impide que pueda imponerse a la empresa una sanción administrativa por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales contempladas en la LISOS derivada del mismo accidente de trabajo por el que ha sido condenado en vía penal el encargado de la obra en la que prestaba servicios el trabajador accidentado. Fundamenta su decisión el Pleno en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. En particular, señala que aunque la solución parecería contraria a lo dispuesto en la STC 2/1981, de 30 de enero, que determinó que se había impuesto una doble sanción por los mismos hechos con independencia de que el condenado en vía penal fuera la persona física y la sanción administrativa se hubiese impuesto a la empresa, los posteriores Autos del propio Tribunal Constitucional, y la STC 70/2012, de 16 de mayo, alcanzan la conclusión contraria, ya que sólo es posible aplicar el principio *non bis in ídem*, cuando en vía penal y administrativa concurre la triple identidad: subjetiva, de hecho y de fundamento. Considera la Sala que no existe identidad subjetiva, ya que, aunque está en vigor el CP que permite condenar a las personas jurídicas, ello no acontece respecto de los delitos contra la seguridad de los trabajadores. Una vez aclara la cuestión, la Sala 4ª examina el tenor del art. 3 LISOS, en que se plasma en el ámbito sancionador el principio *non bis in ídem*, que considera que está regulando dos aspectos: 1) La imposibilidad de sancionarse los mismos hechos en vía penal y administrativa en “los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento” (plasmación del principio en “estado puro”), cuando ya hubiera culminado definitivamente el procedimiento penal o administrativo; y 2) La paralización o suspensión del procedimiento administrativo cuando se esté tramitando un procedimiento penal, diluyéndose la absoluta triple identidad subjetiva, de hechos y fundamentos, ya que la causa penal puede acabar en el enjuiciamiento o sobreseimiento de las actuaciones, y es conforme a este segundo aspecto respecto del que procede la condena en vía administrativa y la exclusión de la aplicación del principio *non bis in ídem*, ya que en vía penal se condenó a la persona física que desempeñaba funciones de encargado, mientras que la sanción administrativa se impuso a la sociedad mercantil, valorándose en vía penal sólo la conducta del encargado, mientras que la sanción administrativa se sustenta en las deficientes condiciones de conservación y mantenimiento de la cinta en que ocurrió el accidente, inadecuación de la formación del trabajador y ausencia de un plan de prevención. Concluye por lo tanto la Sala, que aplicar en este supuesto el principio *non bis in ídem*, “supondría exonera injustificadamente a la persona jurídica de toda clase de responsabilidad penal o administrativa, ponerla a salvo de las infracciones en las que había incurrido y resultaron relevantes en la producción del accidente, al margen y con independencia de la actuación punible que le ha sido imputada al encargado”.

7.2.- Determinación de la contingencia

Ante la cuestión de si puede considerarse derivada de la contingencia de accidente de trabajo el infarto acontecido durante la pausa para el bocadillo, la **STS 670/2020, de 16 de julio de 2020 (Rec. 1072/2018)**

[ECLI:ES:TS:2020:2491], entiende que sí, en aplicación de la presunción de laboralidad de los accidentes acontecidos en tiempo y lugar de trabajo, ya que: 1) El descanso para el bocadillo debe disfrutarse necesariamente en algún momento intermedio de la jornada, lo que se vincula con la seguridad y salud en el trabajo, de forma que estamos ante un tiempo vinculado al contenido del contrato de trabajo; 2) Puesto que el trabajador ya se había incorporado al trabajo y realizado su actividad laboral, aunque tuviera la parada cardiorrespiratoria durante la pausa del bocadillo, debe entenderse que tuvo la lesión en tiempo de trabajo, pues esa corta interrupción de la actividad desarrollada no puede considerarse fuera de la jornada laboral de prestación de servicios; 3) Si las reglas sobre jornada llevan a descartar la presunción cuando la jornada ha comenzado a discurrir, debe suceder lo contrario cuando la pausa no lo paraliza.

La **STS 897/2020, de 13 de octubre de 2020 (Rec. 2648/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3676]** considera derivado de accidente de trabajo la incapacidad temporal iniciada por el trabajador que, cuando se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso de 40 minutos, se resbaló cayendo al suelo sufriendo contusión en su hombro derecho y una herida en el codo, en aplicación de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, cuando el accidente se sufre pero no en el puesto de trabajo, ya que existe un enlace directo y necesario entre la situación en que se encontraba el trabajador cuando se produjo la caída y el tiempo y lugar de trabajo, de forma que el accidente se produjo “con ocasión” de su desplazamiento al aparcamiento de la empresa.

En un supuesto en que la actora sufrió un esguince de muñeca como consecuencia de una caída en una cafetería durante la pausa de descanso de su trabajo y solicitó que el proceso de incapacidad temporal se considerara derivado de accidente de trabajo -pretensión estimada en instancia cuya sentencia es confirmada en suplicación-, la **STS 415/2021, de 20 de abril de 2021 (Rec. 4466/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1669]**, confirma la sentencia de suplicación, reiterando lo establecido en SSTS de 13 de diciembre de 2018 (Rec. 398/2017) [ECLI:ES:TS: 2018:4435] y de 13 de octubre de 2020 (Rec. 2648/2018) [ECLI:ES:TS:2020::3676], en que se estableció que deriva de contingencia de accidente de trabajo los acontecidos “con ocasión” del trabajo, exigencia más amplia o relajada que no exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, de forma que cuando el accidente ocurre “por consecuencia” se está en presencia de una verdadera “causa” (*propter quod*), mientras que cuando el accidente ocurre “con ocasión”, se está en presencia de una “condición” (aquello sin lo que sine qua non se produce el accidente). Recuerda además la Sala la doctrina de la “ocasionalidad relevante”, caracterizada por una circunstancia negativa (los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo) y otra positiva (el trabajo es condición sin la que no se hubiese producido el evento).

7.3.- Responsabilidad

Ante un supuesto en que se reconoce al actor en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común en proceso de revisión por agravación de la previa incapacidad permanente total cualificada derivada de accidente de trabajo, se repartieron las responsabilidades entre la Mutua y el INSS en 55% de la base reguladora para la Mutua, y el 45% para el INSS, al haber dejado de tener sentido el previo porcentaje adicional del 20% que venía abonando la Mutua por la incapacidad permanente cualificada al derivar de accidente de trabajo, y al deber seguir asumiendo la Mutua el importe de la incapacidad permanente total, y el INSS el resto hasta alcanzar el 100%. Ante la pretensión del INSS de que la responsabilidad debería limitarse al 25% de la base reguladora en lugar de al 45%, la **STS 568/2020, de 1 de julio de 2020 (Rec. 1646/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2754]**, reiterando jurisprudencia anterior, revoca la sentencia de suplicación que, confirmando a su vez la de instancia, desestimó dicha pretensión, y entiende que corresponde a la Mutua el 70% y al INSS el 25%, por entender que la pensión de IPA derivada de enfermedad común, reconocida como consecuencia de la revisión de la IPT para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo, es una sola prestación, sin que ésta, ni el complemento del 20% reconocido, puedan escindirse de aquélla, al igual que la base reguladora es única. En definitiva, como el incremento del 20% de la IPT es un complemento de naturaleza prestacional, aunque no sea una propia prestación, el mismo es parte integrante de la prestación de IPT derivada de accidente de trabajo reconocida al demandante a cargo de la Mutua, por lo que el reparto de responsabilidades implica que el INSS asume el 25% y la Mutua el 75%

7.4.- Indemnización por daños y perjuicios

7.4.1.- Responsabilidad

Tras reclamar indemnización por accidente de trabajo, primero frente a la empresa empleadora y después para la empresa comitente, por sentencia de instancia se desestimó la demanda. La Sala de suplicación revoca dicha sentencia y condenó a ambas empresas de forma solidaria al abono de la indemnización solicitada, por entender que había existido infracción de medidas de seguridad, y que tanto la empresa principal como la contrata se dedican a la misma actividad, por lo que alcanza la responsabilidad solidaria, y además que no existió prescripción. La **STS (Pleno), de 6 de mayo de 2021 (Rec. 2611/2018) -2 Votos Particulares- [ECLI:ES:TS:2021:1822]**, considera respecto de la legación de infracción de la jurisprudencia relacionada con la solidaridad impropia, y en particular si está prescrita la reclamación contra la empresa comitente puesto que la demanda presentada contra la empresa empleadora no interrumpe la prescripción (la sentencia recurrida entendió que se estaba ante un supuesto de solidaridad propia en el que resulta aplicable el art. 1974 CC por lo que la acción contra la empresa principal no está prescrita al haberse interrumpido la prescripción por la inicial reclamación contra la empresa empleadora), la Sala 4ª casa y anula la sentencia de suplicación y absuelve a la empresa principal, por entender que hay que distinguir entre la “solidaridad propia”, regulada en los arts. 1137 y ss CC, que viene impuesta por

la ley o por el contrato; y la “solidaridad impropia”, que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, y dicha distinción es relevante para determinar las causas que interrumpen la prescripción de la obligación del deudor solidario, porque el art. 1974.1 CC no se aplica a los supuestos de responsabilidad solidaria impropia, lo que comporta que la interrupción de la prescripción por el ejercicio de la acción sólo aproveche frente al deudor a quien se reclama. En el supuesto, entiende la Sala que se está ante un supuestos de solidaridad impropia, ya que el art. 42.3 LISOS refiere a la solidaridad en la responsabilidad administrativa, sin que nada en la ley pueda hacer pensar que esa solidaridad en materia de infracciones y sanciones administrativas deba aplicarse al resto de responsabilidades que pudieran derivarse del accidente (recargos, responsabilidad penal o responsabilidad civil), de forma que el art. 42.3 LISOS no establece responsabilidad solidaria alguna en materia de responsabilidad civil. Añade la Sala que la culpa y responsabilidad deriva del incumplimiento por parte del empresario principal del deber de vigilancia de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de la empresa contratista, estando en presencia de una obligación personal exclusiva de la empresa principal que no puede cumplir la contratista, por lo que tampoco habría obligación solidaria, lo que abona la opción por la naturaleza impropia de la supuesta responsabilidad solidaria. En definitiva, al contrario de lo que sucede en la responsabilidad administrativa y en la responsabilidad sobre el recargo de prestaciones de Seguridad Social, en las que la solidaridad viene impuesta legalmente, en supuestos de subcontratación en materia de responsabilidad civil, la solidaridad sólo puede deducirse de la concurrencia de culpas en el origen del accidente, sin que exista norma que así lo imponga. Al tratarse de un supuesto de solidaridad impropia, no es de aplicación el art. 1974 CC, por lo que la reclamación efectuada ante el empresario empleador no interrumpe la prescripción respecto de la acción ejercitada contra el empresario principal, por lo que resulta evidente que cuando el actor reclamó contra el empresario principal, su acción estaba ya prescrita por haber transcurrido más de un año desde que la acción pudo ejercitarse

7.4.2.- Legitimación herederos del trabajador fallecido

Resuelve la **STS 190/2021, de 10 de febrero de 2021 (Rec. 4211/2018) [ECLI:ES:TS:2021:654]**, la cuestión relativa a si los herederos de la trabajadora fallecida por enfermedad profesional, cuya contingencia profesional fue declarada judicialmente con posterioridad al fallecimiento, poseen o no legitimación para reclamar de la empresa la correspondiente indemnización que hubiera correspondido al trabajador por daño derivado de culpa contractual, en el sentido de que sí tienen legitimación (la sentencia de suplicación determinó que no). Alcanza dicha conclusión siguiendo lo dispuesto en la STS de 18 de julio de 2018 (Rec. 1064/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3321], en que se determinó que conforme al art. 661 CC, los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, entre las que se encuentran las acciones resarcitorias no ejercitadas por el mismo y no prescritas al tiempo del fallecimiento, puesto que conforme al art. 559 CC, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con la muerte.

Como en el supuesto se trata de un derecho ya nacido del difunto, que forma parte de su patrimonio, y aunque se trata de daños morales, forman parte del caudal relicto, sin que se trate el derecho a ser indemnizado de un derecho personalísimo e intransmisible, sino que se esté en presencia del derecho a la reparación de daños y perjuicios sufridos por culpa de otro que viene obligado a repararlos en función de su cuantía a la persona perjudicada.

7.4.3.- Prescripción

La **STS 686/2020, de 21 de julio de 2020 (Rec. 3636/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2619]**, reiterando abundantísima jurisprudencia anterior, considera no prescrita la reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, cuando inicialmente se denegó la incapacidad permanente, pero se reconoce con posterioridad tras un proceso de agravación. Ante la cuestión de si el *dies a quo* del plazo de prescripción debe fijarse en la fecha de la primera sentencia que revocó la de instancia que había reconocido a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta, o en la fecha de la segunda sentencia que declaró a la misma en dicho grado derivado de accidente de trabajo, señala la Sala 4ª que el plazo no puede iniciarse hasta el momento en que la acción pudo ser ejercitada, lo que acontece cuando el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que las mismas le producen, lo que acontece cuando se dicta la resolución firme en proceso de incapacidad permanente en que se declara que la contingencia es profesional, por lo que aplicando dicha doctrina a los plazos que constan probados, no ha prescrito la acción.

Además, ante la cuestión de si está prescrito el derecho a la indemnización por daños y perjuicios por la declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta por agravación de la incapacidad permanente total reconocida en 1993, ambas como consecuencia del accidente de trabajo sufrido en 1989, y en particular si el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción debe fijarse en el momento de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total o absoluta, la **STS 956/2020, de 3 de noviembre de 2020 (Rec. 2680/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3826]**, tras sistematizar los requisitos para que proceda la indemnización por daños y perjuicios, señala que el *dies a quo* del plazo para ejercitar la acción, según el art. 59.2 ET, es aquél en que pudieron ejercitarse las acciones, lo que no acontece hasta que “el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que tales secuelas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico”, de forma que cuando confluye una situación de incapacidad permanente, e incluso se ha seguido un proceso judicial, dicho conocimiento cabal y pleno se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme en proceso de incapacidad permanente, y en el supuesto, aunque ha mediado un excesivo espacio de tiempo entre el accidente y las secuelas declaradas en el momento de reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta, ello es irrelevante para definir el día inicial de plazo de que dispone el trabajador para reclamar la reparación del daño que el siniestro le ha ocasionado y que se traduce en una situación de incapacidad permanente absoluta. Añade la Sala que, aunque es cierto que podría haber

formulado reclamación de indemnización por daños y perjuicios cuando fue declarado en situación de incapacidad permanente total, en atención a las secuelas entonces conocidas, ello no impide que cuando se ha constatado y declarado una agravación, de forma que las padecidas anteriormente no estaban estabilizadas, puede reclamarlas ahora.

7.5.- Recargo de prestaciones

7.5.1.- Efecto positivo respecto de sentencia anuló sanción administrativa

La **STS 603/2021, de 8 de junio de 2021 (Rec. 3771/2018) [ECLI:ES:TS:2021:2311]**, casa y anula la sentencia de suplicación, por entender que debe aplicarse el efecto positivo de cosa juzgada respecto de lo resuelto en la sentencia que anuló la sanción administrativa por infracción de medidas de seguridad y salud, y el procedimiento de recargo de prestaciones, ya que el art. 222 LEC ha mitigado el rigor en la apreciación de identidades para aplicar la cosa juzgada, de forma que el nuevo pleito no necesita ser una exacta reproducción de otros anteriores, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial, “de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado”. En definitiva, conforme a lo fallado en la STS de 24 de abril de 2018 (Rec. 711/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1992], que resolvió un asunto idéntico, el art. 45.2 LISOS sólo adquiere sentido y razón de ser cuando lo resuelto en litigio sobre impugnación de sanción administrativa produce efecto positivo de cosa juzgada respecto del procedimiento en materia de recargo de prestaciones, sin que la diversidad de objetos de uno u otro proceso impida aplicar dicho efecto. Como en el supuesto examinado en el procedimiento sobre imposición de sanción se decretó que no existía relación de causalidad entre la infracción de medidas de seguridad y el accidente, no procede la imposición del recargo de prestaciones.

7.5.2.- Fecha de efectos

Reiterando jurisprudencia anterior, la **STS 899/200, de 13 de octubre de 2020 (Rec. 3270/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3542]**, entiende que la fecha de efectos económicos del recargo debe retrotraerse a los tres meses a la solicitud del recargo y no a la fecha de reconocimiento de la prestación de la que trae causa el recargo. Sistematiza su jurisprudencia anterior sobre el tema la sentencia, en relación con la interpretación que haya de darse al art. 53.1 LGSS, para concluir que los tiempos destinados a la tramitación administrativa o judicial de la prestación, sirven para argumentar la prescripción de la acción y su interrupción, pero no para los efectos económicos del derecho al recargo.

7.6.- Reintegro de lo abonado por indebida calificación de la contingencia

Ante la cuestión de si el INSS puede pedir el reintegro de prestaciones en un supuesto en que al beneficiario se le ha reconocido en situación de IPT derivada de AT y con posterioridad se determina, mediante sentencia, que tal

situación deriva de EC, y en particular si procede reclamar la devolución de lo indebidamente abonado por IT derivada de AT cuando se declara que la contingencia es común, la **STS 129/2021, de 2 de febrero de 2021 (Rec. 1891/2018) [ECLI:ES:TS:2021:308]**, casa y anula dicha sentencia y obliga al reintegro, por entender que efectivamente el trabajador ha percibido una cantidad superior a la que le correspondería, por lo que en virtud del art. 45.1 LGSS/1994, está obligado a reintegrar su importe, ya que sólo no procede el reintegro cuando la sentencia favorable al beneficiario fuera revocada, en aplicación del art. 294.2 LRJS, que dispone que el beneficiario no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las devengadas durante la tramitación del recurso.

8.- Jubilación

8.1.- Base reguladora

La **STS 825/2020, de 1 de octubre de 2020 (Rec. 1101/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3200]** resuelve la cuestión relativa a cuál debe ser la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador, cuando ha venido precedida de la jubilación parcial del interesado con la celebración simultánea de un contrato de relevo, y en particular, si deben computarse las cotizaciones efectuadas por el jubilado parcial cuando prestó servicios a tiempo parcial con arreglo al salario que le hubiese correspondido si hubiese trabajado a tiempo completo, o si deben computarse las bases de cotización realmente satisfechas durante la jubilación parcial, en el sentido de que deben computarse las bases de cotización durante la situación de jubilación parcial incrementadas hasta el 100%, es decir, conforme al salario que hubiera percibido el trabajador si hubiera trabajado a jornada completa. Reitera de este modo la Sala la jurisprudencia anterior en que se entendió conforme al art. 18.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, es claro que deben computarse las bases de cotización conforme al 100%.

8.2.- Aplicación coeficientes reductores

Ante la cuestión de si a efectos de tener derecho a la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REM), en aplicación de los coeficientes reductores, debe tomarse en cuenta todo el tiempo en que el actor estuvo prestando servicios para la empresa encuadrada en dicho régimen, con periodos en los que estuvo afiliado al RGSS o solo desde la fecha de la sentencia judicial que determinó su inclusión en el REM, la **STS 478/2020, de 18 de junio de 2020 (Rec. 148/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2117]** opta por la primera de las soluciones y considera que se tienen que tener en cuenta los tiempos de prestación de servicios en la empresa y en el RGSS al margen de si hubo o no cotización efectiva. Alcanza dicha conclusión la Sala 4ª tras considerar que si bien en una primera STS de 26 de diciembre de 2013 (Rec. 386/2013) [ECLI:ES:TS:2013:6567], se consideró que sólo cabía reconocer el encuadramiento en el RETM desde la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social, la posterior STS de 4 de

noviembre de 2014 (Rec. 3326/2013) [ECLI:ES:TS:2014:5635], consideró que había que tener en cuenta todo el tiempo desde el ingreso en la empresa que le mantuvo incorrectamente encuadrado, por lo que dicha sentencia es la que debe aplicarse para resolver la cuestión litigiosa, puesto que la sentencia que opera como precedente fijó el derecho a estar incluido en el RETM, por lo que deben aplicarse los coeficientes reductores de la edad de jubilación desde el inicio de la relación laboral, con independencia de que hubiera estado de alta (incorrectamente) en el RGSS.

8.3.- Complemento a mínimos

8.3.1.- Derecho de extranjeros no comunitarios no residentes en España

La **STS 198/2021, de 15 de febrero de 2021 (Rec. 2582/2018) [ECLI:ES:TS:2021:662]**, resuelve la cuestión relativa a si un pensionista de jubilación, acogido al Convenio Hispano-Argentino de Seguridad Social tiene derecho a percibir el complemento a mínimos, aunque no resida en España, en sentido positivo. Considera la Sala que no es de aplicación el art. 14.3 RD 2007/2009, de 23 de diciembre, ni la DA 54^a.2 LGSS por cuanto estaba prevista únicamente para los pensionistas de jubilación que perciben su pensión con arreglo a la legislación española o conforme a Reglamentos Comunitarios, y entiende que debe ser de aplicación el Convenio de Seguridad Social Hispano Argentino, en cuyo art. 5 deja claro que el requisito de residencia en uno u otro país no puede comportar la reducción, modificación, suspensión, supresión o retención de la pensión o sus complementos y revalorizaciones. Por lo que habiéndose comprometido las partes firmantes del Convenio Hispano Argentino de Seguridad Social a que las pensiones reconocidas en ambos países se les apliquen los complementos correspondientes, procede reconocer ésta. Aclara que, aunque el art. 14.3 RD 2007/2009, de 23 de diciembre exigía el requisito de residencia para lucrar el complemento por mínimos, debe primar el convenio bilateral.

8.3.2.- Retroacción de efectos

Ante la cuestión de si la retroactividad de los efectos económicos derivados de la reclamación de complementos por mínimos de la pensión de jubilación ha de limitarse al plazo ordinario de los 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud, o no debe operar esa limitación por tratarse de un supuesto de rectificación de errores materiales, de hecho, o aritméticos en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1 LGSS, la **STS 523/2020, de 24 de mayo de 2020 (Rec. 557/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2302]**, resuelve que no procede operar la limitación -reconociendo la diferencia por complementos de mínimos desde la fecha de reconocimiento de la pensión-, en interpretación del art. 53.1 LGSS, cuyo primer párrafo regula el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social y fija en 5 años el plazo general de prescripción, a la vez que limita los efectos económicos vinculados a ese inicial reconocimiento a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, mientras que en el párrafo segundo lo que regula es la revisión de prestaciones ya reconocidas con anterioridad, contemplando dos distintos plazos de retroactividad de los efectos

económicos en razón de la causa a la que obedezca la revisión, señalando que no será aplicable la retroactividad ordinaria de 3 meses cuando la revisión traiga causa de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos.

8.4.- Conforme a Reglamentos Comunitarios

8.4.1.- Requisitos de alta o situación asimilada al alta

Ante la cuestión de si la actora, beneficiaria de pensión de invalidez reconocida en Suiza, está o no en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante a efectos de cumplir con la carencia específica requerida para poder causar una pensión de jubilación en España, la **STS 119/2021, de 28 de enero de 2021 (Rec. 4125/2018) [ECLI:ES:TS:2021:311]**, confirma la sentencia de suplicación y reconoce el derecho a una pensión de jubilación. Argumenta la Sala 4ª que el art. 161.1 b) LGSS/1994 exige, para causar derecho a pensión de jubilación, cotización de 2 años dentro de los 15 anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, y la interpretación de dicho precepto, a la luz del art. 45.5 y Anexo VI, H, 3 a) Reglamento 1408/1971, es que en el momento en que solicitó la pensión de jubilación española, la beneficiaria estaba en situación asimilada al alta, porque se le había reconocido una pensión de invalidez permanente en Suiza, y aunque pudiera entenderse que la pensión de invalidez permanente y la de jubilación son la misma prestación, conforme a la STJUE 15-03-2018 (C-431/16), Blanco Marqués, que determinó que una pensión de invalidez en España y una pensión de jubilación en Suiza son pensiones de la misma naturaleza en el sentido del Reglamento 1048/1971, lo que llevó a que se dictara la STS (Pleno) 698/2018, de 29 de junio de 2018 (Rec. 4102/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3034], lo que se estableció es que para compatibilizar pensiones sólo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos establecidos en el extranjero, sin que se haya aprobado una previsión semejante.

8.4.2.- Base reguladora

El trabajador cotizó a la Seguridad Social española y Suiza, retornando a España y celebrando convenio especial. Tras solicitar pensión de jubilación se le reconoce conforme a una base reguladora teniendo en cuenta las bases de cotización mínimas. Reclama el trabajador una superior base reguladora, por entender que hay que estar a las bases medias. Por sentencia de instancia se estimó la demanda. La Sala de suplicación revoca parcialmente la sentencia de instancia. La **STS 465/2021, de 29 de abril de 2021 (Rec. 3931/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1671]**, reitera lo establecido en jurisprudencia anterior [SSTS de 13 de febrero de 2019 (Rec. 619/2017) [ECLI:ES:TS:2019:606], 14 de enero de 2020 (Rec. 623/2018) [ECLI:ES:TS:2020:195] y 14 de enero de 2020 (Rec. 1424/2018) [ECLI:ES:TS:2020:581], en que se estableció: 1) Que los arts. 13.1 b) y 14 del convenio Hispano-Suizo de 13-10-1969 refiere a la aplicación de bases mínimas en el periodo que precede al hecho causante y actualizadas, 2) Los Reglamentos comunitarios, en virtud del acuerdo de libre circulación de personas entre la Comunidad europea y los estados miembros y

la Confederación Suiza en el año 20002, refieren a la totalización de los periodos de cotización, calculándose conforme a las bases medias en correspondencia con los periodos de seguro cumplidos en España o ingresos percibidos en el periodo en que, al no existir por ser el periodo cotizado en Suiza como consecuencia de computar el más próximo al hecho causante, lo que solo puede ser colmado con la aplicación del Convenio Bilateral Hispano-Suizo cuyo artículo 14 dispone la aplicación de las bases mínimas.

8.5.- Jubilación anticipada

8.5.1.- Acreditación cobro indemnización

Ante la cuestión de si para el acceso a la jubilación anticipada cabe acreditar el cobro de la indemnización mediante documento privado, la **STS 570/2020, de 1 de julio de 2020 (Rec. 2267/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2554]**, siguiendo su propia jurisprudencia en que se determinó que en los supuestos de jubilación anticipada por cese producido como consecuencia de reestructuración empresarial [art. 161 bis 2 A) d) LGSS], debe acreditarse haber percibido la indemnización correspondiente mediante transferencia bancaria o documentación equivalente, concluye que el documento privado no lo es, ya que el legislador modificó la norma para eliminar la posibilidad de alegar que se había percibido la indemnización cuando ello no fuera cierto, de ahí que la transferencia bancaria sea el referente, ya que lo que se pretende es que exista constancia de que efectivamente se ha percibido la indemnización, siendo instrumento inadecuado aquél que únicamente consigne una manifestación de voluntad de las partes de saldar el débito indemnizatorio, sin que exista una justificación efectiva y contable de que se ha producido el percibo de la misma. Conforme a ello, deniega el derecho a la pensión de jubilación anticipada, por no considerar acreditado el abono de la indemnización mediante documento privado.

8.5.2.- Obligación inscripción como demandante de empleo

Además, para acceder a la jubilación anticipada por cese en el trabajador por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, no es posible obviar el requisito legal que exige la inscripción como demandante de empleo durante los seis meses anteriores a la fecha de la solicitud, previsto en el art. 207.1 b) LGSS. Así ha concluido la **STS 947/2020, de 28 de octubre de 2020 (Rec. 3264/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3691]**, en que interpretando el art. 197.1 b) LGSS, señala que el requisito de “encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación”, es un requisito más de todos los que se imponen en la norma para el acceso a la jubilación anticipada, de forma que no sólo se exige que a la jubilación anticipada le preceda una situación de paro involuntario, sino la inscripción en un periodo previo como demandante de empleo, sin que pueda flexibilizarse dicho requisito.

La actora fue despedida en el marco de un despido colectivo acordado en procedimiento concursal, estando inscrita como demandante de empleo

durante ciertos periodos de tiempo, siéndole reconocida pensión de viudedad por el fallecimiento de su esposo, reintegrando la mensualidad del subsidio por desempleo correspondiente al mes en que se solapaba con la pensión de viudedad. Tras solicitar jubilación anticipada, la misma le fue desestimada por la entidad gestora y por sentencia de instancia revocada en suplicación. La **STS 1043/2020, de 1 de diciembre de 2020 (Rec. 2390/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4378]** confirma dicha sentencia, resolviendo dos cuestiones: 1) Respecto de la primera cuestión, relativa a si es exigible el requisito de alta o situación asimilada al alta para acceder a la pensión de jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, con anterioridad a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuando la actora vio extinguida su relación laboral con anterioridad al 1 de abril de 2013 [DT 4ª 5 a) LGSS/2015], la Sala 4ª no aprecia la existencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste. 2) En relación con la segunda cuestión, en relación a cuáles son las consecuencias del no mantenimiento ininterrumpido de la interesada de la demanda de empleo, y en particular, si para acceder a la pensión de jubilación anticipada la inscripción como demandante de empleo debe mantenerse durante un plazo de al menos 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de jubilación, que ello es así en aplicación de lo dispuesto en el art. 207.1 b) LGSS/2015, ya que el paro involuntario, cuando se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, es situación asimilada al alta de conformidad con el art. 36.1 1º Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de la SS aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero, debiéndose haber producido la inscripción en la oficina de empleo durante un plazo de 6 meses anteriores a la solicitud de pensión de jubilación anticipada de conformidad con el art. 207 LGSS/2015. Teniendo ello en cuenta, y en particular que la actora sí se mantuvo inscrita como demandante de empleo durante los 6 meses anteriores a la solicitud, considera que procede reconocer la pensión de jubilación anticipada, sin que sea exigible que se mantenga ininterrumpidamente como demandante de empleo durante todo el tiempo desde que se produjo la extinción de la relación laboral.

8.5.3.- Reconocimiento en supuestos de extinción por acuerdo colectivo o individual de prejubilación

El actor prestó servicios hasta que se acogió al plan de prejubilaciones de Banca Cívica, de forma que se acordó de mutuo acuerdo la extinción de la relación laboral. Tras solicitar la jubilación anticipada se le denegó por no haber cesado en el trabajo por causa no imputable a su voluntad, y no constar como inscrito como demandante de empleo en los 6 meses anteriores al hecho causante, ya que la situación asimilada al alta que supone el convenio especial no supe el requisito de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo del art. 161 bis 2 b) LGSS. Por sentencia de instancia se desestimó la demanda, sentencia confirmada en suplicación. La **STS 286/2021, de 10 de marzo de 2021 (Rec. 307/2019) [ECLI:ES:TS:2021:1171]**, casa y anula dicha sentencia y estima la demanda, reiterando lo dispuesto en STS de 14 de abril de 2010 (Rec. 790/2009) [ECLI:ES:TS:2010:2053], y determina que los

requisitos establecidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador, tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiere correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social, por lo que no es exigible al actor el requisito de encontrarse inscrito en la oficina de empleo durante un plazo de 6 meses anteriores a la solicitud de prejubilación, ya que la extinción lo fue mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación

8.5.4.- Denegación en supuestos de extinción ex art. 50.1 b) ET

Ante la cuestión de si las causas del art. 207.1 d) LGSS son exclusivas o cerradas o cabe hacer una ampliación de las mismas por medio de la interpretación analógica, la **STS 183/2021, de 10 de febrero de 2021 (Rec. 3370/2018) [ECLI:ES:TS:2021:526]**, casa y anula la sentencia de suplicación y deniega la jubilación anticipada a quien vio extinguido su contrato de trabajo ex art. 50.1 b) ET por incumplimiento de la empresa del pago puntual de salarios, por entender que si bien la jubilación anticipada está prevista para supuestos en que se ha producido una involuntariedad del cese, las causas a las que refiere el art. 207.1 d) LGSS son tasadas, y no equiparan involuntariedad a cualquier supuesto de desempleo, por lo que no cabe incluir entre las mismas los ceses por incumplimientos contractuales del empresario

8.5.5.- Régimen Especial Minería del Carbón

Ante la cuestión de si en aplicación de lo establecido en el art. 22 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Minería del Carbón (REMC), puede considerarse en situación asimilada al alta a efectos de acceder a la pensión de jubilación anticipada en el RGSS, a quien ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total en dicho régimen y ha prestado servicios en una empresa minera no perteneciente al sector de la minería del carbón, pretensión que fue desestimada por sentencia de instancia revocada en suplicación, la **STS 1036/2020, de 25 de noviembre de 2020 (Rec. 2053/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4106]**, siguiendo jurisprudencia anterior, casa y anula la sentencia de suplicación para desestimar la demanda. Argumenta la Sala 4ª que conforme al art. 9 Decreto 298/1973, de 8 de febrero sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la minería del carbón, Orden de 3 de abril de 1973, RD 3255/1983, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Estatuto del Minero y art. 205.1 a) y 205.3 LGSS, se deduce: 1) Que el legislador ha querido diferenciar entre las empresas mineras en explotaciones carboníferas y las que se dedican a la actividad de minería en sectores distintos a los del carbón; 2) A los trabajadores de las empresas de la minería del carbón les son aplicables el Decreto 298/1973, de 8 de febrero y Orden de 3 de abril de 1973, mientras que

a los trabajadores de las restantes empresas mineras se les aplica el RGSS con las salvedades establecidas en el RD 3255/1983, de 21 de diciembre, entre otras, la posibilidad de acogerse a la edad de jubilación anticipada en aplicación de coeficientes reductores, sin que pueda hacerse extensiva a todos los trabajadores la regla que rige para los trabajadores incluidos en el REMC; 3) Por todo ello no es extensible el régimen que rige para los trabajadores del REMC al resto de personal. En definitiva, existe una limitación de efectos a los pensionistas de IPT del REMC que solicitan la jubilación en dicho régimen de Seguridad Social

8.6.- Jubilación flexible

Por sentencia de instancia confirmada en suplicación, se reconoció la jubilación flexible a quien pretendía compatibilizar dicha situación con una actividad por cuenta propia que requería el encuadramiento en el RETA, y ello en un supuesto en que el actor, perceptor de pensión de jubilación, solicita al INSS la jubilación flexible, dándose de alta en el RGSS siendo socio mayoritario, teniendo el control de la sociedad y que actúa como empresario en el contrato de trabajo a tiempo parcial aportado para obtener la jubilación flexible, declarándose la improcedencia de su afiliación al RGSS debiéndose dar de alta en el RETA, reclamando el INSS el reintegro de la pensión de jubilación percibida por su incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia. Ante la cuestión de si la jubilación flexible es compatible con el trabajo por cuenta propia o sólo por el trabajo por cuenta ajena, la **STS 650/2020, de 15 de julio de 2020 (Rec. 2094/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2578]**, revoca dicha sentencia y deniega la jubilación flexible, por entender que conforme al art. 165 LGSS en modificación incorporada por Ley 35/2002, de 12 de julio, se permitió la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo en los términos que reglamentariamente se diseñaran, aprobándose el RD 1132/2002, de 31 de octubre, que dispuso las reglas de compatibilidad entre el percibo de la jubilación y la realización de un trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, remitiendo el desarrollo reglamentario a los límites de jornada del art. 12.6 ET o al parámetro de trabajo a tiempo completo comparable, de forma que la opción interpretativa es la incompatibilidad de la pensión de jubilación con el desempeño de una actividad encuadrable en el RETA. Añade la Sala 4ª que si bien La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su DA 31ª incorporó un apartado 4 al art. 165 LGSS en el que se establecía que “el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual”, de ello no puede inferirse que el caso actual resulte incardinable en el precepto, ya que no existe información de índole económica.

El actor solicitó pensión de jubilación parcial anticipada, que se le denegó por incumplir el requisito de 6 años de antigüedad en la empresa con anterioridad al hecho causante, computándose el periodo de alta en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena, por ser Consejero Administrador sin control efectivo de la sociedad. Por sentencia de instancia, confirmada en suplicación, se reconoció el derecho del actor a la

pensión de jubilación anticipada por poseer menos del 50% del capital social. La **STS 944/2020, de 28 de octubre de 2020 (Rec. 2169/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3843]**, confirma dicha sentencia aplicando lo dispuesto en la STS de 13 de noviembre de 2014 (Rec. 3323/2013) [ECLI:ES:TS:2014:5604], entendiendo que la entidad gestora no ha llevado a cabo actividad probatoria tendente a demostrar que el demandante poseía el control efectivo de la sociedad, exigiendo la LGSS unos porcentajes de titularidad del capital social a partir de los cuales se activa la inclusión en el RETA, y los mismos no se cumplen en el caso, además, la mercantilidad o extralaboralidad del vínculo sólo comportan una protección diversa a la propia del RGSS cuando sí lo dispone la Ley, lo que no sucede respecto del requisito examinado en orden al acceso a la jubilación parcial. En definitiva, para percibir pensión de jubilación parcial anticipada, han de computarse los seis años anteriores al hecho causante en concepto de asimilado a trabajador por cuenta ajena, al ejercer como Consejero Administrador sin control efectivo de la sociedad mercantil.

8.7.- Jubilación forzosa

Ante la cuestión de si la decisión de la empresa de extinguir el contrato de un controlador aéreo por jubilación forzosa resulta o no ajustada a derecho, la **STS 404/2021, 14-04-2021 (Rec. 4320/2018)**, reiterando abundante jurisprudencia anterior, confirma la sentencia de suplicación que revocó la de instancia para considerar ajustada a derecho la extinción del contrato, por entender que en el momento de cumplir el trabajador los 65 años y recibir la comunicación extintiva, tenía cotizado tiempo suficiente para percibir la pensión de jubilación, habiendo finalizado su vigencia el II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea su vigencia ordinaria el 31 de diciembre de 2013, encontrándose en el momento de la comunicación extintiva en situación de ultraactividad, quedando su art. 175 afectado por lo dispuesto en la DA 10ª ET dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio –que declaraba nulas y sin efecto las cláusulas convencionales de jubilación forzosa- y por lo establecido en la DT 15ª de dicha ley -en la que se preveía que la expresada prohibición entraría en vigor, para los convenios cuya vigencia inicial pactada se produjera después de la fecha de entrada en vigor de dicha ley, a partir de la fecha en que finalizó su vigencia ordinaria-, por lo que las previsiones del convenio no podían fundamentar la decisión empresarial de extinción del contrato por jubilación forzosa. A pesar de ello, considera la Sala que la única justificación jurídica para extinguir el contrato, sería la de la DA 4ª Ley 9/2010 de 14 de abril, que establece que “los controladores civiles de tránsito aéreo deberán jubilarse de manera forzosa a los 65 años de edad”, de forma que puesto que la jubilación forzosa no viene impuesta por norma convencional sino legal, huelga analizar si se cumplen o no las exigencias que la vigente DA 10ª ET establece para considerar válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas por convenios colectivo; conforme a ello, considera la Sala 4ª que el establecimiento para un determinado sector de actividad de una específica edad, debe estar amparada por una justificación objetiva y razonable ligada a intereses dignos de protección, y la medida resulta razonable y proporcionada cuando responde a las concretas circunstancias en las que se desarrolla el

trabajo de los controladores aéreos, (alto nivel de estrés, rotación de turnos y extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas), lo que justifica la medida legislativa que tiene como finalidad evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia de dichos factores sobre el interés general.

8.8.- Responsabilidad por falta de cotización

La empresa debe responder de parte de la prestación de jubilación reconocida al actor en atención a la falta de cotización durante un largo periodo de tiempo en el que las partes mantuvieron una relación de prestación de servicios como perito tasador de seguros, durante la que el trabajador estuvo de alta en el RETA hasta que por sentencia firme se declaró la laboralidad de la prestación, momento en el que la empresa abonó las cotizaciones no prescritas. Dicha conclusión se alcanza en la **STS 700/2020, de 22 de julio de 2020 (Rec. 737/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2641]**, en la que, reiterando jurisprudencia anterior, la Sala 4ª considera que debe aplicarse el principio de proporcionalidad, dado que la empresa cotizó por el periodo no prescrito una vez se declaró que la relación que unía a las partes tenía naturaleza laboral, con lo que queda acreditada la inexistencia de voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación. A pesar de ello, considera que la falta de cotización se proyectó no sobre el periodo de carencia y los requisitos de acceso a la prestación, sino sobre la cuantía de la base reguladora, que, sin las cotizaciones no efectuadas, era mucho menor y proyectaba una pensión inferior a la que al trabajador le hubiera correspondido, lo que hace que sea razonable el reparto de responsabilidades en el pago de la pensión durante todo el tiempo en el que se lucre la misma, máxime cuando la falta de cotización obedeció a las dudas sobre la naturaleza de la relación laboral.

8.9.- Reta

La **STS 1087/2020, de 9 de diciembre de 2020 (Rec. 2084/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4374]** resuelve la cuestión de si procede reconocer la pensión de jubilación en un supuesto en que el trabajador solicitó pensión de jubilación en el RETA teniendo descubiertos, habiendo sido invitado al pago que no se cumplió, y solicitando que se le reconociera la pensión de jubilación con compensación de cuotas con reducción del importe mensual de la pensión de jubilación, en sentido negativo. Entiende la Sala 4ª que conforme a lo dispuesto en el art. 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, es requisito indispensable para tener derecho a la prestación de jubilación en el RETA hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, regulando la invitación al pago de cuotas en supuestos de descubierto, y en el supuesto, el demandante no solicitó en tiempo y forma el aplazamiento de las cuotas adeudadas, lo que de haberse obtenido (el aplazamiento), antes de causarse la prestación, se entendería que está al corriente del pago de cuotas. Como en el supuesto la regularización de la invitación al pago fue obviada por el demandante, las cotizaciones pendientes de pago no sirven para acreditar la carencia a efectos de tener derecho a la pensión de jubilación, por lo que no tiene derecho a ella.

Al trabajador se le denegó la pensión de jubilación en el RETA, habiendo abonado los atrasos, que la TGSS aplicó a otras deudas del interesado como empleador. Ante la cuestión relativa a si procede reconocer el derecho a la pensión de jubilación, por cuanto se debería haber atribuido el pago a las cuotas atrasadas, la **STS 1129/2020, de 16 de diciembre de 2020 (Rec. 2226/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4485]**, reiterando jurisprudencia anterior, entiende que sí, ya que conforme a lo dispuesto en la DA 39ª LGSS/1994, en redacción dada por Ley 52/2003, para el reconocimiento de prestaciones de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, será necesario que el causante esté al corriente del pago de las mismas, aun cuando la prestación se reconozca en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, si la prestación se obtiene como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, procediéndose a la invitación al pago conforme al art. 28.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y cuando se paga voluntariamente, debe atribuirse a lo que se abona, ya que la atribución del pago a otra deuda distinta, sólo tiene efectos recaudatorios por la TGSS, pero no prestacionales.

Por su parte, resuelve la Sala 4ª un supuesto en que el demandante mantenía una deuda por cuotas del RETA y en el RGSS como empresario, cumpliendo el requerimiento de pago vía apremio del RETA, y solicitando pensión de jubilación con cargo al RETA que le es denegada por no estar al corriente en el pago de las cuotas de marzo de 2013 a enero de 2014, siendo invitado al pago, presentando el actor justificante de pago en 2016, y que el INSS no dio efectividad porque las cantidades ingresadas fuera del plazo indicado en la providencia de apremio, sirvieron para minorar la deuda del RGSS al ser más antigua. Tras presentar demanda solicitando se le reconociera el derecho a la pensión de jubilación, la misma es estimada en instancia, cuya sentencia es confirmada en suplicación. La **STS 498/2021, de 6 de mayo de 2021 (Rec. 4529/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1985]** confirma dicha sentencia, entendiendo que debe distinguirse entre la recaudación en periodo voluntario de pago y la del periodo ejecutivo, siendo de aplicación lo establecido en el art. 29 LGSS/1994, conforme a redacción dada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, -que determina “el cobro parcial de la deuda apremiada se imputará, en primer lugar, al pago de la que hubiera sido objeto del embargo o garantía cuya ejecución haya producido dicho cobro, y luego, al resto de la deuda”- y lo establecido en jurisprudencia reiterada de la Sala 4ª que determina que si el pago voluntario se ha realizado en atención a la invitación de pago, no cabe más imputación de pago que la propia para la que se ha realizado la invitación, si no ha habido previa invitación, y se hace el pago voluntariamente, el régimen es el mismo, si el pago se realiza en procedimiento de recaudación voluntaria, se imputa a las deudas del periodo voluntario a que se refiere, y como en el supuesto el pago se realizó sin invitación al pago, sin que la deuda estuviera anudada a un título ejecutivo en proceso de recaudación ejecutiva, no se puede aplicar el pago a la deuda más antigua, por lo que procede reconocer el derecho a la pensión de jubilación.

8.10.- Competencia funcional

Recuerda la **STS 284/2021, de 10 de marzo de 2021 (Rec. 4610/2018) [ECLI:ES:TS:2021:991]** que no procede recurso de suplicación frente a la

sentencia de instancia que resuelve la cuestión relativa a si procede reconocer una mayor base reguladora de la pensión de jubilación que no alcanza los 3.000 euros en cómputo anual, sin que se aprecie afectación general, ya que el debate se ciñe a si el demandante, cuyo último empleo lo tuvo antes de 1 de abril de 2013, y que con posterioridad a esa fecha y tras ser beneficiario de prestaciones por desempleo, solicita la pensión de jubilación, debe acogerse al régimen de la D.T. 4ª.5 de la LGSS, en el que se requiere no solo haber tenido un último empleo en aquella fecha sino que con posterioridad a la misma no hayan estado incluidos en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, cuestión sobre la que no consta que exista una conflictividad en masa.

9.- Viudedad

9.1.- Requisitos de cotización

A la actora se le denegó pensión de viudedad por no reunir el periodo de cotización de 500 días exigido en el art. 174.1 LGSS/1994. Por sentencia de instancia se reconoció el derecho a la pensión de viudedad, sentencia revocada en suplicación en que se entendió que no se podían computar los días cuota por gratificaciones extraordinarias. La **STS 788/2020, de 22 de septiembre de 2020 (Rec. 2429/2018)** casa y anula la sentencia de suplicación para estimar la demanda, por entender que a efectos de completar el periodo de cotización de 500 días de la pensión de viudedad, deben computarse los días cuota por gratificaciones extraordinarias, tras sistematizar la jurisprudencia sobre la cuestión con anterioridad a la Ley 40/2007, y la posterior a dicha norma, para concluir que la limitación referida a que “a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias”, se ciñó exclusivamente a la pensión de jubilación, sin que se extienda ni proyecte sobre otras pensiones o prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

9.2.- Matrimonio por rito gitano

La actora, unida por el rito gitano con el causante, con el que convivía en el mismo domicilio desde el matrimonio celebrado en 1981 hasta su fallecimiento, teniendo 3 hijos en común, no habiéndose inscrito en el registro de parejas de hecho, y apareciendo en el libro de familia como solteros y en el certificado de defunción como casada, solicitó pensión de viudedad que le fue denegada por no constar la inscripción como “pareja de hecho en ningún registro público”. En instancia y suplicación se le reconoció el derecho a la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz, en que se estableció que denegar la pensión podría producir una discriminación por razones étnicas y culturales. Siguiendo lo dispuesto en la STS (Pleno) de 25 de enero de 2018 (Rec. 2401/2016) [ECLI:ES:TS:2018:294], la **STS 524/2020, de 24 de junio de 2020 (Rec. 716/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2761]**, casa y anula dicha sentencia, y reconduciendo la cuestión a si la unión por el rito gitano es título jurídico suficiente para acceder a la pensión de viudedad, concluye en los mismos términos de la sentencia del Pleno, en que se señaló que el percibo de la pensión de viudedad en estos supuestos está condicionado a los requisitos

fijados en el art. 174.3 LGSS, es decir, que se acredite la existencia de la pareja de hecho pero no por cualquier medio de prueba admisible en derecho, sino conforme a los que establece la norma –inscripción en registro o documento público-, y si la convivencia bajo el rito gitano no es eficaz para acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, menos aún puede serlo para equiparar esa situación a la del matrimonio a los efectos de reconocer la condición de cónyuge superviviente del causante. Añade la Sala 4ª que la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz, se dictó antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre -que reconoció el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho-, y se dictó bajo el presupuesto de la buena fe de la demandante y su confianza en que el matrimonio gitano producía plenos efectos, lo que no acontece en el presente supuesto, en que en el Libro de Familia ya consta que los progenitores eran solteros. Por último, señala la Sala 4ª que actualmente no es posible admitir en nuestro ordenamiento jurídico la validez como matrimonio de cualquier otra modalidad de convivencia marital que no se haya sujetado a las normas sobre celebración del matrimonio, ya que en la actual realidad jurídica, cultural y social española, no cabe equiparar al matrimonio, la entrega por las autoridades públicas de ciertos documentos con los que se igualan a muchos efectos las diferentes modalidades de las unidades de convivencia, ya que la entrega de dicha documentación carece de virtualidad suficiente para generar en sus beneficiarios la convicción de buena fe que les permita considerarse verdaderamente unidos en matrimonio

9.3.- Separación o divorcio

9.3.1.- No comunicación de reanudación de convivencia

Reiterando lo dispuesto en abundante jurisprudencia anterior, la **STS 689/2020, de 21 de julio de 2020 (Rec. 429/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2614]**, deniega el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad desde la situación de matrimonio a quien se separó judicialmente del causante reanudando posteriormente la convivencia pero sin comunicar la reconciliación al juzgado, ya que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad, es preciso que se produzca la comunicación al órgano judicial como exige el art. 84 CC, ya que en caso contrario se está ante una simple reanudación de hecho de la convivencia, que tiene efectos entre los cónyuges, pero no ante terceros

9.3.2.- Pensión compensatoria

La actora se separó del causante siéndole reconocido el derecho a percibir pensión compensatoria de 750 euros, e imponiéndose al esposo la carga de sufragar los préstamos concertados por el matrimonio, fijándose en sentencia posterior el importe de la pensión compensatoria en 360 euros, abonando el finado dos préstamos por importe de 528,07 y 93,50 euros en sendas entidades bancarias. Tras solicitar pensión de viudedad su excónyuge, ésta le fue reconocida teniendo en cuenta el importe de la pensión compensatoria. Ante la cuestión planteada por la actora en relación a que a

efectos del importe de la pensión de viudedad se tendrían que haber tenido en cuenta los préstamos que abonaba el finado, la **STS 915/2020, de 14 de octubre de 2020 (Rec. 3186/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3494]**, reiterando jurisprudencia anterior en relación a qué debe entenderse por pensión compensatoria del art. 97 CC, considera que procede reconocer la pensión teniendo en cuenta dichos créditos, ya que la finalidad de dicha pensión es compensar el desequilibrio económico provocado por la separación o el divorcio de uno de los cónyuges respecto del otro, sin distinguir entre diferentes pensiones de pensión compensatoria.

Resuelve la **STS 405/2021, de 14 de abril de 2021 (Rec. 4997/2018) [ECLI:ES:TS:2021:1897]**, la cuestión relativa a si tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge separado que no percibe pensión compensatoria, pero que recibe de su ex esposo el pago del préstamo hipotecario de la vivienda, por considerarse dicho pago equivalente a pensión compensatoria, en sentido positivo, ya que lo exigido por el legislador es la persistencia de un vínculo económico en el momento del óbito, con independencia de cuál sea la situación económica del propio beneficiario, existiendo confusión en los conceptos por los que se satisfacen contribuciones económicas entre los cónyuges en el momento de la disolución del vínculo matrimonial, resultando difícil impedir el acceso a la pensión de viudedad en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor de cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma. En el supuesto, aunque los cónyuges manifestaron en el convenio regulador del divorcio que el mismo no originaba desequilibrio alguno, por lo que se abstuvieron de fijar pensión compensatoria, el hecho de que el esposo se quedara con el negocio familiar, compensando a la demandante con la vivienda habitual que estaba grabada por dos créditos hipotecarios, conviniéndose que la demandante se haría cargo del primero y el esposo del segundo, se demuestra que existía un desequilibrio por el divorcio del que se hizo cargo el causante, abonando en la cuenta corriente de la actora el importe del mismo.

9.3.3.- Cuantía en supuestos de concurrencia de beneficiarios

Tras reconocerse por sentencia de suplicación a la segunda esposa del causante la pensión de viudedad íntegra, y no a prorrata con la primera esposa, que percibía pensión de jubilación, se plantea en casación para la unificación de doctrina por el INSS que no procede reconocer la pensión de viudedad por ser incompatible con otra pensión pública (en el caso percibía pensión de jubilación). La **STS 51/2021, de 19 de enero de 2021 (Rec. 2952/2017) [ECLI:ES:TS:2021:90]**, casa y anula la sentencia de suplicación y reconoce la pensión a prorrata con la primera esposa, acogiendo la pretensión del INSS, y señalando que la interpretación de la DT 13ª 2 LGSS/2015, tiene que ser la misma cuando concurren varios solicitantes de la pensión de viudedad que cuando hay uno, por lo que debe seguirse lo establecido en la STS de 23 de febrero de 2017 (Rec. 2759/2015) [ECLI:ES:TS:2017:1127], en que se estableció que lo en ella dispuesto no es un requisito que impida el reconocimiento de la pensión, sino que el beneficiario puede optar entre dos pensiones incompatibles -lo que por otra parte ya se afirmó respecto de las

pensiones SOVI-, de forma que el devengo de la pensión de jubilación a favor de la primera esposa, no debe privarle de la pensión de viudedad, sin perjuicio de que deba optar entre ambas. En definitiva, la DT 13.2 LGSS/2015, debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que los beneficiarios “no tengan derecho a otra pensión pública”, excluye que el beneficiario perciba simultáneamente ambas pensiones, debiendo optar por una de ellas, pero no debe impedir el devengo de la pensión de viudedad.

La **STS 613/2021, 09-06-2021 (Rec. 3901/2018)** casa y anula la sentencia de suplicación, para concluir que en supuesto de concurrencia de personas beneficiarias, al importe de la pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge superviviente (en proporción al tiempo de convivencia con el causante), se le debe añadir la porción de pensión que ha venido percibiendo el excónyuge a partir del momento en que se extingue el derecho, solución que no es trasladable ni al supuesto inverso (fallecimiento de la persona viuda y supervivencia del cónyuge histórico) ni a otros en lo que hay concurrencia de diverso tipo (entre ex cónyuges) o en los que son otras personas (huérfanos) a quienes el legislador desea que se destine el importe de la pensión extinguida, ni a cualesquiera otros diversos. Alcanza dicha conclusión tras recordar la evolución legislativa de la pensión de viudedad respecto de cónyuges divorciados, y tras señalar: 1) Que de la literalidad del art. 174.2 II LGSS antes y después de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, apunta a una estricta proporcionalidad, ignorando la LGSS/1994 y las reformas operadas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y 26/2009, de 23 de diciembre, la situación que ahora se dirime; 2) De la legislación se presume que el importe de la pensión se lucra íntegramente por la persona viuda si es la única beneficiaria, lo que es más acorde con la finalidad tuitiva de la norma; 3) De una interpretación sistemática se desprende que a partir del hecho causante se genera una pensión completa que debe repartirse entre los beneficiarios, de forma que la bajada o subida de la pensión de uno repercute en el otro; 4) Conforme al contexto social en que se adopta la norma, se desprende que en el momento en que se activa el procedimiento, la persona viuda percibe un porcentaje mínimo de la pensión causada (el 40%) y que la parte no percibida por las otras personas acrece su derecho. Añade la Sala que no se está en presencia de un acrecimiento de pensión, sino que la pensión de quien fallece pasa a ser percibida por la persona que le sobrevive.

9.4.- Violencia de género

Ante la cuestión relativa a si tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho la mujer que por razón de violencia de género no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, la **STS 908/2020, de 14 de octubre de 2020 (Rec. 2753/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3486]**, entiende que sí, ya que si bien la actora reunía todos los requisitos legalmente exigidos para acceder a la pensión menos el de la unión y convivencia con el causante en el momento en que éste falleció, el cese de la convivencia fue motivado por violencia conyugal, y la protección a la mujer frente a la violencia de género exige, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia. *(Para una información más detallada del contenido de esta*

Sentencia, véase el apartado correspondiente de este trabajo relativo a la Perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad social).

9.5.- Complemento a mínimos

Siguiendo lo dispuesto en la STS (Pleno), 786/2017, de 11 de octubre de 2017 (Rec. 3911/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3862], la **STS 562/2020, de 30 de junio de 2020 (Rec. 3031/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2293]**, se calcula el importe del complemento a mínimos de una pensión de viudedad que se abona, como consecuencia de la separación o divorcio, a prorrata por el tiempo de convivencia con el causante, teniendo en cuenta que cuando la pensión calculada a prorrata es inferior a la pensión mínima garantizada para la anualidad correspondiente, tiene derecho a ella, sin que deba aplicarse el mismo porcentaje de prorrata a la pensión mínima garantizada para la anualidad correspondiente. Examina la Sala 4ª lo dispuesto en el art. 50 LGSS –que determina que “los beneficiarios de pensiones (...) que no perciban rentas o (...) no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de pensiones”- y lo resuelto en reiterada jurisprudencia de la propia Sala. Considera que, puesto que la finalidad del complemento a mínimos es paliar una situación de necesidad, no puede minorarse el mismo en atención al porcentaje de minoración de la pensión de viudedad en atención al tiempo de convivencia.

9.6.- Retroacción de efectos

Ante la cuestión de a cuándo debe retrotraerse la fecha de efectos de una pensión de viudedad que había sido previamente denegada y su concesión se debe a un cambio de criterio motivado por la interpretación de la norma aplicable por la doctrina de la Sala 4ª del Tribunal Supremo (en relación a qué debe entenderse por pensión compensatoria), en particular, si debe fijarse en la fecha del hecho causante o en los tres meses anteriores a la fecha de solicitud de revisión, la **STS 1080/2020, de 3 de diciembre de 2020 (Rec. 1518/2018) [ECLI:ES:TS:2020:4155]**, la fija en la fecha del hecho causante en aplicación de lo establecido en las SSTS de 1 de febrero de 2000 (Rec. 3214/1998) [ECLI:ES:TS:2000:647] y de 28 de enero de 2014 (Rec. 743/2013) [ECLI:ES:TS:2014:978], y en lo dispuesto en el art. 39.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, que establece una excepción a la regla general que establece la eficacia de los actos desde la fecha en que se dicten “cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”. Como en el supuesto se reconoce el derecho conforme a los datos fácticos de que disponía la entidad gestora y con fundamento en idéntica normativa, sin que se lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas, se retrotrae la fecha de efectos a la fecha del hecho causante.

10.- Orfandad

Resuelve la **STS 570/2021, de 25 de mayo de 2021 (Rec. 4369/2018) [ECLI:ES:TS:2021:2168]**, la cuestión relativa a si procede incrementar la pensión de orfandad con la pensión de viudedad no percibida por el progenitor vivo, casando y anulando la sentencia de suplicación, y denegando el derecho a la pensión de orfandad, estableciendo lo dispuesto en las SSTS (Pleno) de 29 de enero de 2014 (Rec. 1122/2013) **[ECLI:ES:TS:201:1383]**, 29 de enero de 2014 (Rec. 3119/2012) **[ECLI:ES:TS:2014:1176]**, seguida por otras muchas, en que se determinó que la pensión de orfandad absoluta está prevista para los supuestos en que no existe algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano, estableciéndose un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria, y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa.

11.- Maternidad

Ante la cuestión de si el padre, afiliado al RGSS, tiene derecho a la prestación por maternidad cuando la madre, de alta en la Mutualidad de la Abogacía, ha tenido reconocida una prestación económica a tanto alzado como consecuencia de la maternidad, la **STS 561/2020, de 30 de junio de 2020 (Rec. 1990/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2348]**, entiende que el art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y otras contingencias, contempla dos supuestos diferente en función de que la Mutualidad a la que pertenezca la madre proteja o no la contingencia de maternidad: 1) Si la protege, el otro progenitor no tiene derecho al subsidio por maternidad del Sistema público; 2) Si no la protege, y el padre reúne los requisitos exigidos y disfruta del oportuno periodo de descanso, podrá devengar la prestación pública como máximo durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, compatible con la de paternidad. Puesto que en el caso de los abogados la cobertura de la protección por maternidad es obligatoria, y previéndose el pago de una prestación a tanto alzado, el padre no tiene derecho a la prestación. Añade que no existe discriminación, sino acomodación de beneficios a las cargas soportadas

12.- Paternidad

Ante la cuestión de si se tiene derecho o no a la prestación por maternidad (pretensión principal) o a la de paternidad (pretensión subsidiaria), en regulación anterior a la vigente, en el supuesto de adopción de hija biológica del padre de la menor, nacida en gestación por sustitución, la **STS (Pleno) 685/2020, de 21 de julio de 2020 (Rec. 4015/2017) [ECLI:ES:TS:2020:2931]**, confirma la sentencia de suplicación que reconoció el derecho a la prestación de paternidad del actor si suspendiera su contrato de trabajo, por entender: 1) Respecto de la cuestión planteada en casación unificadora en relación a si se tiene derecho a la prestación por maternidad, que no puede apreciarse la existencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste, y 2) Respecto de la segunda cuestión, relativa a si procede reconocer la prestación

de maternidad y subsidiariamente la de paternidad, tampoco aprecia contradicción con la sentencia invocada de contraste, ya que en la sentencia de contraste el padre ya había disfrutado la prestación de paternidad y reclamaba la de maternidad, discutiéndose la compatibilidad entre ambas prestaciones, además de que en la sentencia de contraste se trataba de un padre monoparental, sin unión de hecho con persona alguna que conviviera con el menor, unión que sí existía en el caso de la sentencia recurrida. La sentencia contiene un Voto particular discrepante, en que se considera que sí debería haberse admitido el recurso y haberse entrado a conocer del fondo de la cuestión, resolviéndose ésta en el sentido de reconocer el derecho a la prestación de maternidad.

13.- Prestación de riesgo durante la lactancia

Reiterando abundante jurisprudencia anterior, las **SSTS 923/2020, de 19 de octubre de 2020 (Rec. 1887/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3610]** y **102/2021, de 27 de enero de 2021 (Rec. 3263/2018) [ECLI:ES:TS:2021:324]**, reconoce el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural a quien prestaba servicios como ATS/SAMU del Servicio de Emergencias Sanitarias, servicios que se prestan a turnos, habiendo elevado el servicio de prevención propuesta de adaptación de condiciones de trabajo para la lactancia natural, declarando la empresa que no era posible la adaptación del puesto de trabajo ni el cambio a otro puesto. Reitera la Sala que corresponde a la empresa acreditar los riesgos específicos para la lactancia y no meramente genéricos tras la STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15, asunto Otero Ramos, y STS (Pleno) de 29 de junio de 2016 (Rec. 1398/2016) lo que no ha hecho la empresa, ya que el servicio de prevención sólo indicó que se debían proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural, pero no indicó cuáles eran los riesgos específicos para la lactancia.

14.- Prestación en favor de familiares

La actora solicitó prestación en favor de familiares por el fallecimiento de su padre, siendo desestimada su solicitud por tener la condición de casada, ya que contrajo matrimonio, separándose de su marido por sentencia, acordando la atribución del domicilio familiar a la actora y a una pensión compensatoria a su favor de 50 euros /mes, teniendo dos hijos en común independientes económicamente en el momento de la separación, percibiendo la actora pensión no contributiva. Por sentencia de instancia se desestimó la demanda presentada por la actora, sentencia revocada en suplicación para reconocer el derecho de la actora a la prestación en favor de familiares. La **STS 640/2020, de 10 de julio de 2020 (Rec. 1653/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2629]**, casa y anula la sentencia de suplicación para denegar la prestación, aplicando la doctrina de la STS de 1 de febrero de 2017 (Rec. 3007/2015) [ECLI:ES:TS:2017:836], que determinó que los requisitos de acceso a las prestaciones han de concurrir necesariamente en la fecha del hecho causante, que en el supuesto de las prestaciones en favor de familiares es la del fallecimiento del generador de las prestaciones, sin que en dicho momento estuviera legalmente separada, sin que sea de aplicación la extensión

análoga de la separación legal a la de hecho, sin que quepa acoger la alegación de la parte de que en el momento del fallecimiento del padre ya había solicitado la separación judicial, y sin que se pueda reconocer la prestación por el hecho de que exista un retraso en obtener sentencia, ya que existe la posibilidad de desistir de la demanda antes de que se dicte sentencia.

Por su parte, ante la cuestión de si procede reconocer la prestación en favor de familiares a quien en el momento del hecho causante (fallecimiento de su padre con el que residía en su domicilio sin recibir ayuda económica alguna de su marido), se encontraba separada de hecho, pendiente de que le fuera nombrado abogado de oficio para formular demanda de separación, la **STS 942/2020, de 27 de octubre de 2020 (Rec. 3893/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3680]**, deniega el derecho, por entender que los requisitos que generan el derecho a prestaciones deben concurrir en la fecha del hecho causante, y aunque que la separación matrimonial no se encuentra comprendida entre los estados civiles o situaciones matrimoniales que delimitan, junto con otros requisitos, el acceso a prestaciones en favor de familiares, y en el supuesto examinado, aunque se había iniciado una actuación tendente a obtener la separación legal al acudir a la designación de un abogado de oficio meses antes del fallecimiento del causante, ello no otorga a la actora la condición de separada legalmente en el momento del hecho causante.

15.- Prestación por hijo a cargo

Ante la cuestión de cuándo debe cesar el abono de la prestación no contributiva por hijo a cargo con discapacidad, cuando éste desarrolla un trabajo que reporta ingresos anuales superiores al salario mínimo interprofesional, y en particular, si debe ser el día 1 del año siguiente a aquel en que el causante percibió los ingresos, o los efectos se producen desde el último día del trimestre natural en el que se haya producido la variación de que se trate, la **STS 790/2020, de 23 de septiembre de 2020 (Rec. 1110/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3107]**, entiende: 1) Que el art. 181 LGSS hace desaparecer el presupuesto de la prestación ser hijo a cargo, si el causante obtiene rendimientos del trabajo que superan el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo en los supuestos del art. 182 LGSS – hijos o menores acogidos a cargo minusválidos-, previéndose en el art. 184 LGSS que el devengo de la prestación sea lo más acompasado posible al nacimiento y subsistencia de la situación de necesidad, optando por su mensualización, fijando el art. 17 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, la trimestralización del pago de la asignación, tanto en su devengo como en su terminación, estableciéndose como regla especial que “cuando la extinción o modificación venga motivada por la variación de los ingresos anuales computables, ésta surtirá efectos el día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos”, siendo de aplicación lo dispuesto en la STS de 3 de octubre de 2019 (Rec. 4205/2017) [ECLI:ES:TS:2019:3311], que determinó que la regla general del art. 17.2 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, aplicable para determinar los efectos temporales de la suspensión o extinción del derecho, debe aplicarse en aquellos supuestos que no están expresamente excluidos de la misma o para los que haya una regulación

específica, encontrándose la excepción en el art. 17.3 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, que según dicha sentencia refiere al cómputo de rentas irregulares provenientes del trabajo por cuenta propia, pero no a las derivadas de los rendimientos del trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso no hay que esperar un año para comprobar que tales rendimientos superan el SMI en cómputo anual, sino que la regularidad de las percepciones mensuales permite comprobar si las mismas superan o no el mencionado umbral del SMI sin tener que aguardar a que transcurra un año natural completo para llegar a la conclusión necesaria, en aquellos supuestos en los que la percepción de las rentas se extiende a más de un año natural. En definitiva, considera la Sala que cuando el hijo afectado por discapacidad superior al 65% realiza actividades laborales que generan ingresos superiores al SMI, desaparece la asignación y esa motivación debe surtir efectos, si no antes, a partir del inicio del trimestre natural inmediatamente posterior. Añade la Sala 4ª que dicha interpretación es acorde al principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE, ya que la LGSS supedita la protección al hecho de que el descendiente conviva con el progenitor sin obtener rendimientos del trabajo superiores al SMI en cómputo anual, además es conforme a la necesidad de interpretación sistemática y teleológica del art. 17.3 RD 1335/2005, sin que exista concurrencia de normas aplicables al caso.

16.- La perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social

La Sala Cuarta, probablemente por las características inherentes a los derechos de cuya protección se encarga, es especialmente sensible a la discriminación por razón de sexo, y como se ha visto en materia de Derecho del Trabajo, donde también se ha recogido un apartado específico, son variadas las sentencias de la Sala que abordan diversas cuestiones desde esa perspectiva interpretativa. En consecuencia, destacamos la **STS 580/2020, de 2 de julio de 2020 (Rec. 201/2018) [ECLI:ES:TS:2020:2090]**, aplicando perspectiva de género, considera derivada de accidente no laboral, la incapacidad permanente absoluta reconocida a la actora como consecuencia de las lesiones sufridas en el parto. Argumenta la Sala que no puede acogerse la solución alcanzada por la sentencia recurrida, que consideró que la IPA derivaba de enfermedad común, tras entender que, si bien se produjo un elemento súbito y violento, dicho acontecimiento no puede calificarse de externo o ajeno a la persona, por lo que no se incluiría en la caracterización del accidente no laboral. Para ello, parte de que el accidente no laboral se define legalmente como el que “no tenga el carácter de accidente de trabajo” (arts. 117.1 LGSS/1994 y 158.1 LGSS/2015), habiéndose interpretado jurisprudencialmente el accidente no laboral como “una acción súbita, violenta y externa”, siendo complejo determinar qué sea una acción “externa”, pero no encajando la situación con el concepto de enfermedad que supone “un deterioro psíco-físico desarrollado de forma paulatina, que no obedece a una acción súbita y violenta”, sin que el embarazo y el parto supongan ninguna enfermedad, ni el parto pueda asimilarse a cualquier otra intervención hospitalaria. Termina afirmando además que dicha conclusión debe alcanzarse teniendo en cuenta una interpretación con perspectiva de género, ya que la acción “externa”, sólo pudo suceder por la condición de mujer, de forma que entender que se trataría de una enfermedad común, supondría vulnerar el principio de igualdad efectiva.

Además, en materia de viudedad, ha fallado la Sala 4ª en relación con el reconocimiento de la pensión de viudedad en supuestos de separación habiendo mediado violencia de género, en un supuesto en que la actora solicitó pensión de viudedad por el fallecimiento de quien había sido su pareja de hecho, lo que le fue denegado por no ser pareja de hecho en el momento del hecho causante, habiendo tenido ambos una hija en común y dejando de convivir en el año 2000 por violencia conyugal, dictándose sentencia de 5 de marzo de 2001 que acordó el cese de la convivencia entre ambos, aprobándose el convenio regulador no estableciendo pensión compensatoria, formulando denuncia la actora contra el causante en 2003, sometiéndose ambos a un procedimiento de mediación penal por lo que la causa penal fue archivada, siendo atendida la actora en el Programa de Atención a la Mujer de una asociación, siendo condenado el causante por dos falta de amenazas contra el hermano y la hija del demandante. Ante la cuestión relativa a si tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho la mujer que por razón de violencia de género no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, la **STS 908/2020, de 14 de octubre de 2020 (Rec. 2753/2018) [ECLI:ES:TS:2020:3486]**, entiende que la respuesta debe ser afirmativa, ya que si bien la actora reunía todos los requisitos legalmente exigidos para acceder a la pensión menos el de la unión y convivencia con el causante en el momento en que éste falleció, el cese de la convivencia fue motivado por violencia conyugal, y la protección a la mujer frente a la violencia de género exige, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia, por lo que siendo la misma indeseable e imposible, si se impusiera como requisito para el acceso a la pensión de viudedad en supuestos de violencia de género dicha convivencia, se estaría vulnerando la finalidad primordial de protección a la víctima de violencia de género.

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

1.- Competencia de la jurisdicción social

1.1.- Competencia material

Las fronteras de la Jurisdicción social han sido de nuevo exploradas por la Sala en múltiples ocasiones durante el año judicial 2020/2021, adentrándose en esas zonas grises de confluencia entre nuestra Jurisdicción y la contencioso-administrativa o la civil (mercantil).

De entre las dictadas en el periodo de referencia, podemos destacar la **STS 24-6-2020, R. 3/18 (ECLI:ES:TS:2020:2155)**, que declara la competencia del orden social para conocer de la Impugnación de un acuerdo del Consejo de Ministros que impone sanción por impago de cuotas de Seguridad Social. En el caso, y reiterando doctrina, se pone de relieve que dicha acta de infracción no está vinculada con un acta de liquidación de cuotas, que es inexistente en el presente caso, al no darse los supuestos establecidos en el artículo 31 del RD 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. No se está impugnando una actuación administrativa recaída en procedimiento de liquidación de cuotas, sino en procedimiento sancionador, como consecuencia de un acta de infracción, que ha finalizado en una sanción.

En el mismo sentido, y reiterando esa doctrina por más que la recurrente combata los módulos de cálculo utilizados, las **STS 9-12-2020, R. 5/18 (ECLI:ES:TS:2020:4423)**, y **19-1-2021, R. 3/20 (ECLI:ES:TS:2021:184)**.

La grave pandemia sufrida por el virus de la COVID-19 ha causado también algunos debates competenciales, y así podemos destacar la **STS Pleno 17-2-2021, R. 129/20 (ECLI:ES:TS:2021:449)**, que al abordar una reclamación en tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos respecto de los profesionales sanitarios del Servicio Vasco de Salud, en la que se solicitaba la condena a la empresa a realizar una evaluación de riesgos laborales específica frente a la exposición al agente biológico SARS-Cov -2, declara la competencia del orden social conforme a la interpretación del artículo 2 e) LRJS y de la jurisprudencia de esta Sala Cuarta y del auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, de 16/05/2019.

En el mismo sentido puede destacarse la **STS Pleno 18-2-2021, R. 105/20, (ECLI:ES:TS:2021:502)** que declara la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda planteada por el sindicato de la policía vasca contra la Consejería de Salud, reclamando la obligación de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios de protección frente a la Covid-19, y la **STS Pleno 22-4-2021, R. 94/20 (ECLI:ES:TS:2021:1523)**, que contiene la misma doctrina, reiterando ambas que el art 2 LRJS otorga competencia al orden social "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de

prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral", lo que, como es fácilmente deducible no excluye las reclamaciones en la materia que se canalicen por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, el invocado apartado f) del artículo 2 LRJS no excluye del conocimiento de la tutela de los derechos fundamentales del personal estatutario o funcional, los derivados del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales.

La Sala Cuarta también ha declarado la competencia del orden social para determinar si un trabajador integrado en una bolsa de empleo tiene mejor derecho a ser llamado y contratado que el trabajador finalmente elegido para ello, por ostentar en la bolsa de trabajo (de un ayuntamiento) un puesto superior a este. La Sala recuerda que tras la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se estableció como regla general, la competencia del orden social para la impugnación de los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral, sindical y de seguridad social, por los arts. 2.n) y s), en relación con el 3.a) de dicha ley, lo que supone la atracción de competencias de estas cuestiones hacia el orden social, [**STS 3-2-2021, R. 2861/18 (ECLI:ES:TS:2021:504); 26-3-2021, R. 3118/18 (ECLI:ES:TS:2021:1465)**].

En la **STS 10-3-2021, R. 1482/19 (ECLI:ES:TS:2021:1074)** se declara la Competencia del orden jurisdiccional social para enjuiciar una reclamación de cantidad frente al BBVA, que la parte sustenta en un incumplimiento de lo pactado en acto de conciliación, y cuyo origen último resulta de la modificación de la normativa tributaria (IRPF), ya que al no versar el litigio sobre la procedencia o cuantificación de la carga tributaria, sino pura y simplemente sobre la forma y manera en que, voluntaria y unilateralmente, la empresa pretende solventar los errores por ello cometidos en la exacción de dicho tributo, la competencia corresponde al orden social de la jurisdicción.

El TS ha tenido oportunidad también de afirmar la competencia de la jurisdicción social para conocer de una reclamación de incrementos salariales del personal investigador universitario en la **STS 10-3-2021 R. 139/19 (ECLI:ES:TS:2021:939)**.

En esta materia de las fronteras de la Jurisdicción Social, y en concreto de la relación laboral, además de los casos referidos a la zona limítrofe con el arrendamiento de servicios, ya citados en la parte referida al Derecho del Trabajo, a la que nos remitimos para evitar repeticiones (apartado 5, Contrato de trabajo y figuras afines), uno de los pronunciamientos más relevantes de este año judicial lo configura la **STS 25-09-2020, R. 4746/19 (ECLI:ES:TS:2020:2924)** donde se aborda la cuestión de si debe considerarse como relación laboral el trabajo vinculado a las plataformas digitales, concretamente a propósito del caso de la aplicación que utilizan los repartidores de la empresa Glovo [*riders o glovers*] y la Sala Cuarta se

pronuncia a favor del carácter laboral de la relación del repartidor con la plataforma digital (véase el apartado 25 de la parte de Derecho del Trabajo de esta Crónica para más información).

En otro orden de cosas, en la **STS 5-5-2021, R.1634/19 (ECLI:ES:TS:2021:2055)** se declara también la Competencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda por responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos psicosociales en relación con el acoso laboral de funcionario Nacional de Policía contra la Dirección General de Policía, aplicando la doctrina contenida en las STS de 17-2-2021, R. 129/2020, y de 18-2-2021, R. 105/2020, ya citadas más arriba.

En otros casos, sin embargo, la Sala ha resuelto que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los asuntos planteados, como ocurrió en la **STS 17-11-2020, R. 46/19 (ECLI:ES:TS:2020:3984)**, que remitió a esa jurisdicción cuando la cuestión debatida consistía en conocer de la impugnación de una resolución de la Agencia de calidad del sistema universitario vasco UNIBASQ, por la que se convocaba el proceso de evaluación de la actividad investigadora de los profesores universitarios. En este caso lo que se impugnaba no era una decisión o actuación de la Universidad empleadora, sino un acto administrativo de un ente público distinto y ajeno a la relación laboral, que tiene por finalidad realizar la evaluación y homologación de la actividad investigadora de los profesores universitarios que lo soliciten, sin que esta actuación supusiera el ejercicio de potestades y funciones en materia laboral.

Igual ocurrió en **STS 5-5-2021, R. 39/20 (ECLI:ES:TS:2021:1922)** que declara la incompetencia de la jurisdicción social, remitiendo a la contencioso administrativa, en una demanda contra la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León sobre reclamación de jornada de 35 horas semanales para el personal laboral y ello con base en que el derecho controvertido trae causa en un acuerdo marco que afectaba a todo el personal del sector público: funcional, estatutario y laboral. Igual solución se dio en la **STS 3-2-21, R. 2324/18 (ECLI:ES:TS:2021:407)**, entre otras varias de la misma cadena de asuntos, donde lo debatido consistía en una reclamación al Estado del “vale carbón” realizada por el trabajador, porque en tal caso se trataba de subvenciones directas en favor de las empresas del sector del carbón y a cargo de los presupuestos generales del Estado, por lo que ni eran prestaciones de seguridad social, ni tampoco los trabajadores eran los beneficiarios de las mismas.

La zona gris entre la jurisdicción social y la jurisdicción civil (Juez de lo Mercantil) se ha abordado también en algunas sentencias, pues son frecuentes las dudas en materia concursal sobre la competencia jurisdiccional, al compartir un terreno común ambas jurisdicciones en ese aspecto.

Así, la Sala Cuarta, aunque en un caso en el que resuelve la falta de contradicción y por ende no entra en el fondo del asunto, al hilo del análisis de ese requisito de la contradicción ha clarificado que no es lo mismo -y ello

condiciona la competencia- cuando se impugna un despido posterior a dictarse el auto autorizando la extinción del contrato por el Juez de lo Mercantil (sentencia recurrida), que lo que pasa es en la de contraste, donde el despido es anterior a que se dictara tal decisión judicial relativa a la resolución de los contratos, aunque la empresa ya había sido declarada en concurso. Ello justifica pues que se declare por la recurrida la competencia del juez mercantil para resolver sobre la impugnación individual de despido colectivo, una vez ha sido dictado auto por el Juez del concurso que autorice la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la plantilla (**STS 10-2-2021, R. 2264/18, ECLI:ES:TS:2021:658**). Esta doctrina se reitera en **STS 10-2-2021, R. 3740/18, (ECLI:ES:TS:2021:659)**.

La competencia se ha cuestionado también en materia de ejecución social confluyente con concurso, y así en **STS 7-4-2021, R 4034/18 (ECLI:ES:TS:2021:1986)** se estableció que el juzgado de lo social es competente para continuar la ejecución de los bienes embargados por él antes de declararse la situación concursal de la empresa, pero eso sí, tal continuidad solo será posible si previamente el Juzgado de lo Mercantil – único competente para ello- apreciase que no concurre el eventual carácter necesario de los bienes embargados en la continuidad de la actividad empresarial. El Juzgado de lo Social, por lo tanto, debe suspender la ejecución hasta que se pronuncie sobre ese particular el juzgado del concurso. En idéntico sentido, la **STS 14-4-2021, R. 4037/18 (ECLI:ES:TS:2021:1666)**.

1.2.- Competencia objetiva

El TS declaró la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para conocer del conflicto colectivo que afectaba la totalidad de la plantilla de la empresa demandada, Euskal Telebista, S.A, ya que tiene delegaciones en Madrid y Barcelona, con cuenta de cotización y domicilio, esos trabajadores también iban a verse afectados por el conflicto, con lo cual sus efectos se extienden más allá de la Comunidad Autónoma del País Vasco, (**STS 13-1-2021, R. 179/18, ECLI:ES:TS:2021:44**).

Pero no será competente la Sala mencionada para conocer la demanda frente a sendos despidos colectivos promovidos por la empresa por causas productivas y organizativas por la pérdida de dos contratos en Sevilla y Barcelona, al amparo del argumento de que la empresa estaba obligada a promover un único despido colectivo basado en causa económica como defiende el sindicato accionante. La **STS 9-6-2021, R. 24/20 (ECLI:ES:TS:2021:2280)** confirma la sentencia de la Audiencia Nacional y concluye que a la empresa demandada se le extinguieron dos contratos distintas, en Sevilla la que tenía con Orange y en Barcelona la que tenía con Gas Natural, cada una de ellas operando en el respectivo ámbito territorial, por lo que no es irrazonable ni puede considerarse fraudulento que la empresa promoviera dos despidos colectivos con causa (productiva y organizativa) justificada en la pérdida de dos contratos distintas por parte de dos empresas diferentes. La empresa no estaba obligada, en consecuencia, a promover un único despido colectivo basado en causas económicas. Y por lo expuesto, la competencia no le corresponde a la AN sino a cada TSJ.

En el marco de un despido colectivo, la Sala Cuarta analizó también la competencia objetiva del Tribunal Superior de Justicia, concluyendo su incompetencia objetiva debido a que no se alcanzaba el elemento cuantitativo, exigido en el art. 51.1 del ET, para el despido colectivo. Se declaró la inadecuación de procedimiento y, a la vista de la imposibilidad de encauzamiento por el procedimiento correcto que prevé la LRJS art. 102, declaró la nulidad de la sentencia dictada, sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados por el despido colectivo denunciado a plantear en su caso las correspondientes demandas individuales (**STS 21-4-2021, R. 142/20, ECLI:ES:TS:2021:1864**).

1.3.- Competencia funcional (remisión)

Véase la relación de sentencias referidas en el apartado dedicado al recurso de suplicación y en recurso de casación para la unificación de doctrina

1.4.- Competencia internacional. Inmunidad de Jurisdicción.

Como es sabido, la inmunidad de jurisdicción es el privilegio que asiste a los Estados y a determinados organismos en virtud del cual, y por así establecerlo normas internacionales, no pueden verse compelidos a ser demandados ante la Jurisdicción del país en que residen. La inmunidad de jurisdicción conlleva la incompetencia de los Tribunales españoles, y se abordó detenidamente en la STS 14/2/2020, R. 82/17, habiéndose reiterado en las **SSTS 21-4-2021, R. 4123/18 (ECLI:ES:TS:2021:1695)** -en un caso de demanda por despido y cesión ilegal contra la Agencia Europea de Marcas (EUIPO)-, **22-4-2021, R. 2740/18 (ECLI:ES:TS:2021:1537)** -en otro caso igual, contra la EUIPO, ambas con repaso de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del TJUE sobre la materia y de los efectos de la LO 16/2015 sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España-. Ambas sentencias concluyen con la competencia de los Tribunales españoles como también la **STS 29-4-2021, R. 2495/19 (ECLI:ES:TS:2021:1996)**, que analiza el caso del despido de un trabajador ciudadano español contratado en España que presta servicios de administrativo en la embajada de Indonesia y en el que se planteaba la virtualidad como excepción que, a la luz del art. 10.2 d) de la citada LO 16/2015 (que es trasunto del art. 11 de la Convención de Nueva York de 2004) puede suponer el hecho de que la embajada demandada considere a ese litigio por despido como de riesgo por menoscabar los intereses de seguridad. Es de interés destacar que contra la STS 14/2/2020, R. 82/17 se planteó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la Comisión Internacional allí demandada, que resultó desestimado por STC 120/2021, de 31 de mayo de 2021 (BOE 7 de julio).

2.- Proceso ordinario

2.1.- Conciliación previa.

Respecto de los actos de conciliación previos, destaca la **STS 4-2-2021, R. 130/19 (ECLI:ES:TS:2021:885)** que recuerda cómo la LRJS en su art. 64.1 exime del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación, a los procesos, entre otros, de impugnación de convenios colectivos, aunque la negociación colectiva puede establecer cauces obligatorios autónomos o extrajudiciales de posible solución de la impugnación, en cuyo caso resultan de obligado cumplimiento para poder acudir a la vía judicial.

2.2.- La demanda.

En la **STS de 25-6-2020, R. 877/17 (ECLI:ES:TS:2020:2148)** se declara la **falta de congruencia entre el escrito de solicitud de conciliación frente al despido de la trabajadora y la ulterior demanda**, cuando en el primero no se hace constar que la trabajadora estaba embarazada en el momento del despido y tal dato se consigna en la demanda. La causa de impugnación del despido en la demanda era que el contrato era temporal para obra o servicio y ésta no había concluido en la fecha del despido, pero posteriormente aclara la demanda y alega que la causa de despido es el embarazo, en una falta de congruencia con la demanda de conciliación que no es admisible, por lo que el análisis debe ceñirse a la improcedencia del despido.

2.3.- Juicio.

2.3.1.- Citación a juicio de la parte demandada

La **STS 9-7-2020, R. 4119/17 (ECLI:ES:TS:2020:2567)** declara la nulidad actuaciones por defecto en la citación de la empresa para el acto de juicio, dado que no constaba en el acuse de recibo la relación que tiene con la empresa la persona que se hace cargo de la citación, que es una de las exigencias que contempla el art 56 LRJS, que regula el régimen jurídico aplicable a las comunicaciones que se realicen fuera de la oficina judicial. Así mismo se ha señalado que el demandado no puede ser citado por LexNet ni en la DEH (Dirección Electrónica Habilitada) cuando se trata de la primera citación, que en el juicio laboral es la citación a juicio. Por ello debe ser citado de forma personal y no telemáticamente. Así se resuelve en **STS Pleno 22-2-2021, R. 1562/18 (ECLI:ES:TS:2021:876)** respecto de una sentencia que se dictó sin la comparecencia de la demandada, que no acudió al acto del juicio invocando la falta de correcta citación. La sentencia aplica la doctrina del TC contenida en STC Pleno nº 40/2020, de 27 de febrero, y reiterada en las STC 47/2019 y 40/2020, que establecen cómo, por así ordenarlo la LEC, la primera comunicación con el órgano judicial competente debe hacerse de forma personal, sin que pueda ser sustituida por una comunicación electrónica, porque así lo exige la citada ley en el art. 155.1.

2.3.2.- Excepciones

En un pleito del Fogasa, **STS 10-9-2020, R. 135/18, (ECLI:ES:TS:2020:2886)** en el que este organismo excepciona la prescripción en el acto del juicio por primera vez, sin haberla invocado en su previa resolución desestimatoria, el TS termina por resolver que para que pueda acogerse tal alegación en el proceso, la prescripción ha debido invocarse en la previa resolución administrativa, sin que baste con que su realidad pueda deducirse del expediente tramitado.

2.3.3.- Allanamiento

El TS en **STS 16-6-2020, R. 1742/18 (ECLI:ES:TS:2020:2294)** aborda la figura del allanamiento tanto desde la perspectiva civil como laboral, concluyendo que su doctrina viene admitiendo, de modo pacífico y con las imprescindibles adaptaciones al caso, el juego del allanamiento (tanto total como parcial) en el ámbito del proceso laboral. En particular se exige que la manifestación de conformidad con la demanda ha de ser clara; su existencia juega en contra del carácter controvertido de lo reclamado y aceptado; cabe el allanamiento parcial; y cuando acaece, ha de tenerse presente en las sucesivas fases procesales.

En el presente caso el allanamiento se produjo cuando el recurso de casación unificadora ya había sido interpuesto, e incluso remitido al Ministerio Fiscal para su Informe, teniendo en consecuencia que dictar sentencia estimando el recurso de casación unificadora, sin que ello comporte en esta ocasión fijar una determinada doctrina sobre el fondo de lo debatido, lo que supuso la anulación de la sentencia dictada en suplicación, pero también la revocación de la dictada del Juzgado de lo Social, para resolver el litigio, íntegramente, de acuerdo con lo pedido en la demanda.

2.3.4.- La prueba

2.3.4.1.- Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes

El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes es la razón de que la **STS 9-6-2021, R. 192/19 (ECLI:ES:TS:2021:2411)**, anule la sentencia recurrida con reposición de los autos al momento anterior de dictar sentencia, para incorporar como prueba documental, aquella solicitada por la demanda y que la sala de instancia desestimó por entender que vulneraba el derecho a la protección de datos de terceros. La demanda planteaba la nulidad del congreso para la elección de representantes a los órganos de dirección de la Federación Regional de Construcción y Servicios de Madrid el 14 de diciembre de 2018 y la del anexo organizativo aprobado por el Consejo Federal de 12 de setiembre de 2018 que había suprimido la organización comarcal de las elecciones, por suponer una vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes. Para ello solicitaron que se aportase como prueba, entre otros, diversos censos electorales que, tras una inicial admisión, fue definitivamente inadmitida por entenderse que su aportación podría vulnerar el

derecho a la protección de datos de los trabajadores incluidos en los mismos. La Sala recuerda que la publicación y exhibición de los censos de las elecciones a representantes unitarios no vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores incluidos en los mismos, ni el derecho a su protección de datos (SSTS 27-9- 2007, R. 78/2006 y 11-2-2008, R. 127/2006). Advierte que la limitación del derecho a la prueba debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo y debe adoptarse mediante resolución judicial especialmente motivada. Argumenta que: 1) el censo electoral constituye elemento básico e imprescindible de cualquier elección democrática y que, con carácter general, su conocimiento y manejo resulta imprescindible para los candidatos de dichas elecciones, lo que resulta predicable de la elección congresual que aquí se examina. 2) En materia de impugnación de elecciones puede resultar imprescindible para el derecho de defensa que tal censo electoral sea traído a autos como elemento probatorio sin que ello pueda entenderse como una vulneración del derecho a la protección de datos de los incluidos en el mismo. Concluye, por ello, que el contenido de la prueba era ponderada o equilibrada, en relación a la posible limitación del derecho a la protección de datos, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (prevalencia del interés sindical y de la corrección de las elecciones democráticas internas de un sindicato); era, también, necesaria para el derecho de defensa de los recurrentes, en el sentido de que no parecía existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, en definitiva, era totalmente idónea en el sentido de susceptible de conseguir el objetivo propuesto. En consecuencia, la denegación de la prueba produjo indefensión a los recurrentes, porque les impidió la prueba de parte de los hechos en los que fundamentaron sus pretensiones, conculcándoles, por tanto, su derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de utilización de los medios de prueba necesarios para su defensa, lo que exige de la Sala su oportuna reparación.

2.3.4.2.- Prueba testifical

Como es lógico, dada las particularidades de la casación unificadora, que no admite revisión fáctica, es raro que el TS en esa modalidad de recurso de casación resuelva sobre los distintos medios de prueba.

Sin embargo, en la casación ordinaria sí que se abordan esos motivos fácticos, y ello provoca que sea allí donde encontremos criterios jurisprudenciales sobre algunos medios de prueba. Así, vgr., en la **STS Pleno 22-6-2020, RCO 195/19 (ECLI:ES:TS:2020:2132)** se establece que la parte demandante no puede intervenir en el proceso como testigo. En el caso se había solicitado las declaraciones en el acto de juicio de tres miembros de la Comisión ad hoc, como testigos y en función distinta a la de representantes de los trabajadores en el expediente colectivo que habían impugnado, esto es como trabajadores de la empresa conocedores de su día a día. Señala la Sala que la parte está queriendo eludir las reglas procesales para, acudiendo a un deslindamiento de la condición de las personas que han formulado la demanda, obtener por la vía del interrogatorio de testigos una prueba -su interrogatorio- que no está a su disposición. La prueba de interrogatorio de las partes solo

puede ser propuesta por las otras partes del proceso de forma que los demandantes no pueden proponer como prueba su propio interrogatorio, ya que con ello está provocando que la parte que ostenta el derecho (en este caso la parte demandada) se vea obligada, en definitiva, por la vía de la reformulación -art. 306.1 LEC- a intervenir en un medio probatorio del que no ha querido hacer uso. Y, del mismo modo que no sería posible proponer la prueba de interrogatorio de parte a quién no ostenta tal condición -ni por vía de sustitución-, tampoco es posible que se practique un interrogatorio de testigo en quien tiene en el proceso la condición de parte.

Por otro lado, en **STS 29-9-2020, R. 36/20, (ECLI:ES:TS:2020:3170)**, sobre despido colectivo, se aborda la cuestión relativa a la denegación de prueba por no permitir determinadas preguntas a los testigos. En el caso, el TSJ advirtió, antes de que entrase el testigo, que se denegarían preguntas referidas a hechos acaecidos con posterioridad a la firma del Acta de acuerdo, y el TS resuelve que su denegación no acarrea nulidad de actuaciones como pretendía la parte. La finalidad de dicha prueba era acreditar la falsa voluntariedad del ERE por las intimidaciones hacia algunos empleados a fin de que se adscriban al ERE, dándose la circunstancia de que se advirtió a la parte de los extremos sobre los que no podía versar la misma, porque en el seno de un despido colectivo no puede admitirse prueba respecto a un hecho que no es objeto del proceso. En su caso, el trabajador afectado por dicha conducta empresarial podrá formular, dice la Sala, la pertinente impugnación individual del despido, en virtud de lo establecido en el artículo 124 LRJS.

2.3.4.3.- Carga de la prueba

La **STS 11-12-2020, R. 1482/18 (ECLI:ES:TS:2020:4270)** rechaza que la sentencia impugnada infringiera las reglas de distribución de la carga de la prueba de la LEC art. 207, porque una vez que la trabajadora acreditó que la empresa le había reconocido el derecho al bonus en una determinada cuantía, correspondía a la empresa demostrar la existencia de hechos obstativos o limitativos del devengo del bonus, máxime cuando el régimen jurídico del bonus es de confección unilateral empresarial, por lo que parece claro que es la empresa quien tiene la «disponibilidad y facilidad probatoria» de la LEC art. 217.7 para explicar en qué consiste, qué objetivos han de cumplirse por la persona trabajadora y si tales objetivos se han cumplido efectivamente.

2.4.- La sentencia

2.4.1.- Incongruencia.

2.4.1.1.- Incongruencia omisiva

Son muy numerosas las STS que en este periodo han analizado la congruencia de las sentencias. Así en **STS 23-7-2020, R. 1418/18, (ECLI:ES:TS:2020:2949)** se aborda el caso de una sentencia del juzgado de lo social sobre incapacidad contra la que recurren la entidad gestora y el beneficiario y la sentencia de suplicación únicamente da respuesta al recurso del INSS con ausencia total de respuesta al recurso del trabajador.

En la **STS 24-6-2020, R. 4405/17, (ECLI:ES:TS:2020:2351)** se declara también la incongruencia omisiva porque la sentencia impugnada y pese a acoger la fecha de antigüedad de la actora a efectos de la indemnización por despido, y haberse interesado por ésta en el suplico el nuevo cálculo de la indemnización correspondiente, a la vista de la antigüedad fijada en sentencia, sin embargo, nada traslada al fallo correspondiente.

Por su parte, la **STS 23-3-2021, R. 3953/18, (ECLI:ES:TS:2021:1668)** en un caso en el que en el escrito de impugnación del recurso de suplicación se había planteado una cuestión que, de haber sido considerada en la decisión, pudiera haber cambiado el sentido del fallo, sin que el Tribunal Superior de Justicia la examinara, concluye la Sala Cuarta que la ausencia de respuesta del órgano judicial sobre dicha cuestión sustancial para el sentido del fallo supone que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandada.

Otro caso remarcable de incongruencia omisiva es el resuelto en **STS Pleno 25-1-2021, R. 125/20 (ECLI:ES:TS:2021:59)**, en el que la sentencia de instancia no dio respuesta alguna a la infracción de lo dispuesto en el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, alegada en el hecho tercero de la demanda de conflicto colectivo y que formaba parte de la pretensión deducida en la misma frente a la suspensión colectiva de los contratos por la declaración del estado de alarma por el COVID-19.

Lo mismo ocurre en **STS 24-3-2021, R. 3907/18 (ECLI:ES:TS:2021:1277)**, para un caso en el que la sentencia del juzgado establecía expresamente que las dolencias que padecía la actora eran constitutivas de incapacidad permanente parcial, aunque no reconoció la prestación porque no se acreditaba el requisito de alta. Habiendo recurrido únicamente en suplicación la demandante para sostener que se encontraba en situación asimilada al alta, la sentencia recurrida incurre en incongruencia al no resolver esa pretensión, y revisar en cambio de oficio aquella declaración sobre la incapacidad permanente parcial.

Finalmente, la **STS Pleno 21-10-2020, R. 38/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3749)**, descarta que la sentencia de suplicación dejara de pronunciarse sobre la denuncia de coacciones alegada por el sindicato recurrente, toda vez que, tras afirmar que la empresa se atuvo a las reglas de buena fe durante el período de consultas, cuyo acuerdo redujo el número de afectados y atenuó las consecuencias del ERE, subrayó expresamente que no cabía entender que existiera coacción alguna o dolo.

2.4.1.2.- Incongruencia *extra petita*

No se aprecia sin embargo incongruencia *extra petita* por la **STS Pleno 18-2-2021, R. 105/20 (ECLI:ES:TS:2021:502)** -ya mencionada en el apartado sobre la competencia de jurisdicción- que fue dictada en proceso de tutela de

derechos fundamentales, planteado por un sindicato frente a la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco, en materia de prevención de riesgos laborales, para la adopción de diversas medidas de protección de la Ertzaintza frente a la Covid-19, ya que la sentencia recurrida estima en sus propios y literales términos la primera de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda, desestimando las restantes, y tampoco considera que se alterase la causa de pedir porque en la demanda se fundaba en concretos preceptos de la LPRL, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se había declarado el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y en la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y también citaba la demanda el Protocolo del Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020, que mencionaba expresamente en su fallo la sentencia recurrida.

2.4.2.- Cosa Juzgada.

2.4.2.1.- Cosa juzgada positiva.

La relación entre las sentencias que, de forma definitiva, resuelven la cuestión de las sanciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales y los procedimientos que se susciten con posterioridad respecto de la imposición del recargo de prestaciones del art. 123 LGGS, ha dado lugar a que la Sala se haya pronunciado en la línea de la jurisprudencia constitucional, que mantiene el principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social (STC 21/2011). Sin embargo, esa doctrina no consagra el criterio de la automaticidad absoluta, sino que exige dicha vinculación siempre que no existan razones expresamente fundadas para entender que en el caso concreto cabe una distinta apreciación o valoración de los hechos. Por ello, partiendo del mantenimiento del citado principio general de vinculación, se ha rechazado su aplicación de forma automática, esto es, sin valorar los hechos concurrentes y específicamente probados en el proceso social seguido en materia de recargo. De esa forma, en **STS 16-7-2020, R.3565/17 (ECLI:ES:TS:2020:2618)** establece la falta de contradicción en los dos supuestos allí comparados, por cuanto lo relevante es determinar en qué medida y bajo qué circunstancias lo resuelto en sentencia firme recaída en el proceso de impugnación de la sanción impuesta a la empresa, en lo que respecta a la existencia de la infracción que la motiva, y a los hechos en que se funda esa apreciación, puede proyectarse sobre la decisión que corresponde adoptar en el litigio sobre recargo de prestaciones, y en el caso no eran comparables.

También, reiterando doctrina, abordan el efecto positivo de la cosa juzgada respecto de sentencia firme anterior que resuelve la misma pretensión para un periodo de tiempo diferente, las **STS 9-3-2021 R. 4348/19 (ECLI:ES:TS:2021:1025)** y **5-5-2021 R. 3397/19 (ECLI:ES:TS:2021:1600)**.

2.4.2.2.- Cosa juzgada negativa

Señala el TS en **STS 23-2-2021, R. 1241/18 (ECLI:ES:TS:2021:788)**, retirando doctrina, que concurre cosa juzgada negativa respecto de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total fijada por sentencia firme, para el caso de que el beneficiario reclame con posterioridad la modificación de la misma, y ello porque en el primer proceso en el que el actor reclamó la prestación de IT lo hizo con un contenido concreto que incluía la determinación de la base reguladora, cuya cuantificación quedó establecida en la sentencia y adquirió firmeza.

2.4.3.- Litispendencia.

La **STS 2-2-2021 R. 54/19 (ECLI:ES:TS:2021:452)** confirma la litispendencia apreciada por la sentencia recurrida ya que, en opinión de la Sala, concurren las identidades necesarias entre ambos litigios: los dos mismos sindicatos, respectivamente demandantes y adherentes a la demanda, los mismos acuerdos alcanzados por la empresa -reflejados en el relato fáctico de la sentencia- y la alegación de que constituyen actos vulneradores del derecho a la libertad sindical y a la no discriminación en razón de aquélla. Siendo esa la cuestión nuclear de los dos litigios -con independencia de la precisa formulación con mayor o menor acento en la búsqueda de la nulidad de los acuerdos controvertidos-, es indudable que concurriría la litispendencia, si bien declara que al momento de resolver la Sala Cuarta concurre ya el efecto (negativo) de cosa juzgada, al haber recaído sentencia del Tribunal Supremo que confirma la dictada en instancia en el primero de los litigios indicados.

En proceso de Tutela de Derechos Fundamentales la **STS 17-3-2021, R. 156/20, (ECLI:ES:TS:2021:1101)** declara que no concurre litispendencia entre un procedimiento de esa índole, en el que se denuncia la vulneración de normas en materia de prevención de riesgos laborales y de protección de la salud en relación con la Covid-19 (descartados por la Sala de instancia, porque no se probó que tuvieran entidad suficiente para provocar daños graves y ciertos a la vida y a la integridad física o psíquica de los trabajadores), con un procedimiento de conflicto colectivo, en el que se denuncia la vulneración de dichas normas, porque no coinciden las causas de pedir entre ambos procedimientos.

3.- Modalidades procesales

3.1.- Proceso de despido.

3.1.1.- Ámbito de aplicación.

Las **SSTS 14-1-2020, R. 1245/19 (ECLI:ES:TS:2021:141)** y **10-2-2021 (dos) R. 3657/18 (ECLI:ES:TS:2021:511)** y **3957/18 (ECLI:ES:TS:2021:528)**, entre otras, reiteran la doctrina ya tradicional de la Sala en el sentido de que el proceso ordinario es el adecuado para tramitar la demanda de reclamación de cantidad en solicitud de la indemnización de 20 días de salario por año trabajado, por la extinción del contrato de interinidad por vacante, si no se

cuestiona la validez de dicha extinción, ni los parámetros para el cálculo del importe de la indemnización (antigüedad y salario).

3.1.2.- Ejercicio anticipado por el FOGASA en el pleito por despido de la opción del art. 56.1 ET.

Reiterando doctrina, se ha señalado por la Sala que el organismo de garantía puede adelantar el ejercicio de la opción, de acuerdo con el art. 110.1.a), de la LRJS en relación con los arts. 23.3 de dicha ley y el art. 33.1 del ET, cuando la empresa no comparece al acto del juicio y ha cesado en su actividad, siendo que el trabajador no ostentaba la condición de representante legal o sindical, y tampoco optó por la extinción de la relación en el acto de juicio, es decir, el citado adelanto no fue pedido por el trabajador y, por consiguiente, no estábamos ante un supuesto de colisión entre los apartados a) y b) del art. 110.1 LRJS. Los efectos de esa opción por el fondo son que el importe de la indemnización por despido se calcula hasta la fecha de esa decisión empresarial- no hasta la fecha de la sentencia -, y que, en consecuencia, no se arrastran salarios de tramitación, (entre otras, **SSTS 1-2-2021, R. 1102/19 (ECLI:ES:TS:2021:299), 10-2-2021, R. 4568/2018 (ECLI:ES:TS:2021:661)**).

3.2.- Proceso de Despido colectivo.

En lo que respecta al proceso de despido colectivo, la **STS 16-7-2020, R. 123/19 (ECLI:ES:TS:2020:2587)**, recuerda que sólo cabe considerar **modificación sustancial de la demanda** aquella que "afecta de forma decisiva a la configuración de la pretensión recitada o a los hechos en los que ella se funda" introduciendo con ello "un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a la vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión". Por ello, para poder apreciar una variación sustancial de la demanda será necesario que la modificación que se pretende reúna las dos características siguientes: a) que se trate de la introducción de algún elemento innovador que altere la delimitación del objeto del proceso, tal y como éste ha quedado fijado en la demanda -ahora bien, no puede considerarse una innovación rechazable la que suponga traer al proceso hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad, tal y como señala el art. 80.1 c) LRJS-, b) que con ello se ponga en riesgo el derecho de defensa de la parte demandada, lo que queda claramente explicitado en el art. 416 LEC y ha sido exigido por la jurisprudencia constitucional. A la vista de estas exigencias concluye la inexistencia de tal alteración sustancial en un proceso de despido colectivo, y ello por cuanto, aunque es cierto que en el escrito de demanda la subrogación se fundamenta en la norma colectiva, sin citar el art. 130 de la LCSP, que fue alegado por primera vez en el plenario, sin embargo dicha invocación de esa norma legal, sin alteración del sustrato fáctico, no supuso una variación sustancial de la demanda , no causó indefensión a la parte contraria, porque no se introdujo ningún hecho nuevo sorpresivamente en el plenario sino que la demandante se limitó a citar esa norma jurídica, pudiendo la empresa efectuar las alegaciones que a su derecho convenían en relación con la aplicación del precepto al supuesto enjuiciado, como efectivamente hizo.

3.3.- Proceso de impugnación de sanciones disciplinarias

(Véase Recurso de suplicación: Legitimación para recurrir)

3.4.- Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación

La obligación del pago de los salarios de tramitación a cargo del Estado en los casos de despidos en que la declaración de improcedencia tiene lugar una vez transcurrido el plazo máximo legalmente previsto en el art. 116 LRJS está limitada exclusivamente al procedimiento de despido individual, sin que tenga acceso por analogía ningún otro procedimiento ni impugnación, razón por la que en **STS 10-12-2020, R. 41/19 (ECLI:ES:TS:2020:4250)** en la que se anularon las resoluciones administrativas que autorizaban el despido colectivo de los trabajadores de Air Europa LAE, se deniega tal responsabilidad del Estado.

3.5.- Revisión de actos declarativos de derechos. Plazo para el ejercicio de la acción

La **STS 19-1-2021, R. 4637/18 (ECLI:ES:TS:2021:181)** expone que la acción revisoria prevista en el art. 146.1 de la LRJS permite a la Seguridad Social obtener la tutela judicial cuando pretende revocar sus actos firmes declarativos de derechos, en perjuicio de sus beneficiarios, y para ello se establece un plazo de prescripción de 4 años, que es distinto al previsto en LGSS art. 45.3 (actual 55.3), que se refiere a la obligación reintegro que pueda tener el beneficiario por haber percibido indebidamente una prestación, y que puede estar precedida o no de una revisión de un acto declarativo de derecho. En la sentencia que comentamos se aprecia la prescripción porque resultaba evidente que habían transcurrido más de cuatro años desde que al recurrente se le reconoció el incremento del 20% de la pensión del Régimen General, hasta que la entidad gestora acordó iniciar expediente de revisión de actos declarativos de derechos.

3.6.- Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral.

3.6.1.- Agotamiento de la vía previa.

Se aprecia la falta de agotamiento de la vía previa en la **STS 7-4-2021, R. 4792/18, (ECLI:ES:TS:2021:1357)**, porque la empresa no interpuso recurso de alzada contra la resolución administrativa que le impuso una sanción de 20.491 € por infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo que supone que el acto devino firme por consentimiento, de acuerdo con los arts. 69.1 y 151 LRJS, pues habían transcurrido casi dos años hasta que dicha empresa presentó escrito de reclamación previa.

3.6.2.- Principio *non bis in ídem*

La Sala Cuarta ha tenido que abordar en este año judicial diversos asuntos en los que se planteaba la impugnación de sanciones administrativas en materia laboral que podían suponer una vulneración del principio *non bis in ídem*.

Destacan en tal sentido la **STS Pleno 18-6-2020, R. 2136/17 (ECLI:ES:TS:2020:2632)**, que, a la luz del art 3 de la LISOS, se enfrenta a la concurrencia de un procedimiento penal y administrativo sancionador –por omisión de medidas de seguridad- en el marco de un accidente de trabajo. En tal caso señala la Sala que, cuando se produce la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos, no cabe la doble sanción penal y administrativa. Ello supone que no haya identidad subjetiva cuando el condenado en vía penal es una persona física y la sanción administrativa se impone a la persona jurídica, al tiempo que afirma que la identidad subjetiva no es necesariamente exigible para que opere la suspensión del procedimiento administrativo, suspensión que debe producirse cuando haya conexión directa entre los hechos de uno y otro procedimiento. En el mismo sentido, la **STS 19-1-2021, R. 3070/18 (ECLI:ES:TS:2021:68)**.

3.7.- Proceso de conflicto colectivo.

3.7.1.- Ámbito de aplicación. Adecuación de procedimiento.

La **STS 19-1-2021, R. 59/19 (ECLI:ES:TS:2021:133)** reitera doctrina sobre la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo, destacando que dentro del ámbito de aplicación del proceso especial de conflicto colectivo no se incluyen las reclamaciones que afectan a intereses individuales.

3.7.2.- Legitimación del Sindicato

En la **STS 3-3-2021, R. 178/19 (ECLI:ES:TS:2021:751)** se analizan los requisitos constitutivos para la legitimación del sindicato en los procesos de conflicto colectivo, consistentes en que el ámbito del sindicato sea igual o más amplio que el del conflicto y que acredite implantación suficiente en dicho ámbito y que conforman el "principio de correspondencia". En el presente caso, la Sala resuelve que no se cumplen con tales requisitos porque el sindicato carece de representantes unitarios en ningún centro de trabajo de la empresa y tampoco se ha acreditado el número de afiliados al sindicato en los distintos centros de trabajo de la empresa por lo que no consta su implantación en el ámbito del conflicto.

Por su parte, en la misma línea, la **STS Pleno 27-4-2021, R. 159/20 (ECLI:ES:TS:2021:1760)** estimó la excepción de falta de legitimación activa de Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada y CSIF, con base en que el ERTE afectó a los centros de trabajo en los aeropuertos de Barajas, Fuerteventura, Gran Canaria, Lanzarote y Barcelona, y no a todos los centros de la empresa, teniendo Alternativa Sindical representantes en el comité de empresa de Galicia y Valencia, un delegado sindical en Asturias y una

delegada a nivel estatal, pero no tiene miembros en los comités de empresa de los centros afectados, sin que CSIF tenga representante en el comité intercentros, por lo que no tienen implantación suficiente en el ámbito del conflicto.

3.8.- Impugnación de convenio colectivo.

La notoria condición de sindicato más representativo del demandante lleva a admitir su **legitimación** para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad en la **STS 2-2-2021, R. 128/19 (ECLI:ES:TS:2021:401)**, aunque ese sindicato no contara con afiliados en la empresa y tampoco hubiera llegado a presentar candidatura en las elecciones a representantes unitarios en el seno de la empresa. Se entiende que dicha condición le confiere interés legítimo, pero, además, el Ministerio Público, que está plenamente legitimado para solicitar la nulidad de un convenio colectivo por razón de su ilegalidad, en cumplimiento de su función constitucional de defensa de la legalidad [art. 124 de la Constitución (en adelante CE)], se adhirió a la acción ejercitada por el sindicato, por lo que no ofrece duda que una parte procesal que ostentaba la legitimación activa ha solicitado la anulación de esta norma colectiva.

3.9.- Proceso de Tutela de derechos fundamentales.

3.9.1.- Ámbito del proceso

En la **STS 17-2-2021, R.129/20 (ECLI:ES:TS:2021:449)** ya mencionada en el apartado relativo a la competencia material, se establece que el proceso de tutela es adecuado para reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas frente al COVID-19, ya que en este excepcional caso de pandemia, el ejercicio de las diversas actividades sanitarias supone, por el estrecho contacto con los enfermos, un riesgo grave y concreto sobre su vida e integridad física que puede materializarse o incrementarse por el incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, pudiendo existir, en atención a las extraordinarias circunstancias que derivan de la pandemia, una relación directa de causa a efecto entre el incumplimiento de obligaciones preventivas y el riesgo cierto y concreto de afectación a los derechos fundamentales a la integridad física o a la vida; lo que, al margen de que tal hipótesis pudiera constatarse, justifica sobradamente la utilización del proceso preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales. En el mismo sentido, la **STS Pleno 22-4-2021, R. 94/20 (ECLI:ES:TS:2021:1523)**.

Por su parte, la **STS 10-3-2021, R. 172/19 (ECLI:ES:TS:2021:941)** estableció que se había vulnerado el derecho de libertad sindical de CC.OO. al reconocérsele menos delegados sindicales de los que le correspondían, analizando previamente para ello como adecuada la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales elegida para sustanciar la pretensión, y no el de conflicto colectivo.

3.9.2.- Legitimación activa del sindicato

Según la **STS Pleno 27-2-2020, R. 129/20 (ECLI:ES:TS:2021:449)**, tantas veces citada ya en este recopilatorio, el sindicato está legitimado para solicitar la tutela de los derechos fundamentales de los profesionales sanitarios frente al COVID-19, pues, aunque no cabe duda de que los titulares del derecho a la vida y a la integridad física son cada uno de los profesionales que pueden estar en riesgo; ello no puede excluir la legitimación sindical. Al respecto, ante el problema de si es posible la intervención del sindicato como sujeto legitimado activamente de forma principal en aquellos supuestos en los que la lesión se circunscribe al ámbito de lo individual del trabajador, hay que señalar que cuando la lesión se pudiera proyectar sobre un grupo genérico e indeterminado de trabajadores es evidente, que nada hay que impida la legitimación sindical, antes al contrario, tal intervención constituye núcleo duro de su actividad sindical y del ejercicio de uno de sus cometidos principales cual es la defensa de los derechos de los trabajadores. porque la legitimación que al sindicato confiere la LRJS no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos de la libertad sindical, sino que se extiende a la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso,

La **STS 14-10-20, R. 40/19 (ECLI:ES:TS:2020:3441)** es destacable porque en ella se resuelve la legitimación de un Sindicato que reclama la tutela de la libertad sindical en su vertiente colectiva tras haber participado en diversos pleitos individuales que varios afiliados habían interpuesto en materia de tutela de la libertad sindical en su vertiente individual y en las que el citado sindicato intervino como coadyuvante. Como quiera que el sindicato en esos pleitos nunca actuó en defensa de sus propios derechos sino como mero coadyuvante, y ahora estaba reclamando la libertad sindical del propio sindicato, no de sus afiliados, la sala tras aceptar su legitimación activa, acoge su pretensión.

4.- Recurso de suplicación.

La Sala Cuarta ha tenido la ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el cómputo de los plazos para recurrir, esta vez en la **STS 14-5-2021, R. 3870/18**, y, en particular, sobre el previsto para la interposición del recurso de suplicación en relación con los sujetos mencionados en el artículo 60. 3 LRJS. Recoge la doctrina de los autos de recursos de queja al respecto (ATS de 6 de noviembre de 2014, recurso de queja 48/2014 y los que en él se citan) y señala que cuando el recurrente es alguna de las entidades o personas a las que se refiere el precepto señalado, y en el caso era el INSS, el acto de comunicación procesal, en el caso la diligencia por la que se otorga a la parte recurrente en suplicación plazo para interponer el recurso, se tiene por realizado al día hábil siguiente a la fecha de recepción. Esto significa que el día inicial del plazo para interponer el recurso comienza al siguiente del que se tiene por realizado. Si la notificación tuvo lugar el día 24 de junio de 2016, ésta se tiene por realizada el siguiente día hábil, que era el 27 de junio (lunes), con lo cual el plazo de diez días comenzaría a computar el día hábil siguiente de esta última fecha, esto es,

el día 28 de junio (martes). Siendo ello así, el plazo para interponer el recurso de suplicación no concluiría, como entendió la sentencia recurrida, el día 8 de julio sino el día 11 de julio, fecha de vencimiento que, según el art. 133.1 de la LEC, expira a las veinticuatro horas. Si ese día fue en el que tuvo lugar la presentación del escrito, debe entenderse que está dentro de plazo, sin necesidad de acudir al día de gracia del art. 135.5 de la LEC.

4.1.- Sentencias recurribles por razón de la materia.

4.1.1.-Sentencia en materia de impugnación de modificación sustancial acompañada de tutela de derechos fundamentales

La **STS 24-9-2020, R. 1152/18 (ECLI:ES:TS:2020:3115)**, continua la senda marcada por las previas SSTs 30-06-2020, R. 4093/2017 y precedentes, y, anulando la sentencia recurrida, declara que la sentencia dictada en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo enlazada a una denuncia de vulneración de derechos fundamentales es recurrible en suplicación.

4.1.2.- Sentencia en proceso de Impugnación de sanciones disciplinarias.

Matizan la jurisprudencia anterior sobre la legitimación de la empresa para recurrir en casación una sentencia dictada por el TSJ en materia de impugnación de sanciones disciplinarias la **STS 30-9-2020, R. 1517/18 (ECLI:ES:TS:2020:3152)** y la **STS 10-2-2021, R. 1329/18 (ECLI:ES:TS:2021:517)**.

La primera, de un lado, confirma la competencia funcional de la Sala de segundo grado para conocer del recurso del trabajador frente a la sentencia de instancia que había declarado caducada su acción, pues, aunque no se tratase en sentido estricto de la confirmación de la sanción, el efecto práctico era el mismo por la apreciación de la caducidad. Pero al mismo tiempo, afirma que la sentencia del TSJ no es recurrible por la empresa en casación para resolver la cuestión relativa a la caducidad, y carece pues de legitimación en ese concreto aspecto. En la segunda de ellas se acepta la viabilidad del recurso de la empresa contra sentencia que había revocado la sanción por falta muy grave, y ello por cuanto la cuestión planteada era si el juez, al tiempo de resolver un pleito de sanción por falta muy grave puede, podía manteniendo la calificación de la falta imputada por el empresario como muy grave, dejar sin efecto la sanción impuesta y autorizarle a que imponga una sanción diferente.

4.2.- Sentencias recurribles por razón de la cuantía. Determinación de la cuantía litigiosa y momento procesal oportuno para ello.

La competencia funcional de la Sala de casación ha sido también este período objeto de diversos pronunciamientos de interés. Así, el acceso a casación frente a sentencias de instancia dictadas por órganos colegiados, en procesos de impugnación de actos administrativos susceptibles de valoración económica, está condicionado a que la cuantía litigiosa supere los 150.000 €. Por ello, la **STS 16-6-2020, R. 117/19 (ECLI:ES:TS:2020:2130)** en la que se

recurre la resolución del SEPE en procedimiento de liquidación y pago de la aportación económica a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, para la anualidad de 2015 y en una cuantía inferior a la señalada, anula todas las actuaciones posteriores a la sentencia de instancia cuya firmeza se declara, sin que se oponga a ello la existencia de otras impugnaciones relativas a otras anualidades y que en una de ellas se entrara en el fondo al superarse la indicada cuantía. El mismo criterio sigue la **STS 13-10-2020, R. 44/19 (ECLI:ES:TS:2020:3485)** en un caso similar con expresa mención de la STS 16-6-2020 y otras.

Cuando se impugnan sanciones administrativas de materias distintas a seguridad social previstas en el Capítulo III LISOS, la **STS 20-1-2021, 463/17 (ECLI:ES:TS:2021:162)** recuerda, en línea con la STS -Pleno- de 2-11-2017, R. 66/2016 y las ahí citadas que aplican dicha doctrina, que la recurribilidad de la sentencia de instancia y, por tanto, del mismo modo, el acceso a la casación se rige por lo dispuesto en el art. 191.3 g) LRJS, y no por el art. 191. 2 g) LRJS, lo que exige que la cuantía litigiosa exceda de 18.000 € y, en el caso, la sanción impuesta por infracción de medidas de seguridad no llega a dicho umbral, por lo que se declara la nulidad de la sentencia de suplicación y la firmeza de la de instancia. En el mismo sentido, la **STS 10-3-2021, R. 740/19 (ECLI:ES:TS:2021:946)**, en el que la sanción por obstrucción a la labor inspectora tipificada en el art. 50 LISOS era de 10.001 €.

Cuando, en cambio, la sanción impugnada es de seguridad social, hay que atender al contenido económico del acto impugnado para determinar el acceso a suplicación, de acuerdo con la LRJS art. 192.4, de modo que resulta preciso que el gravamen para el sancionado (el contenido económico de la propia sanción) supere los 3.000 € previstos con carácter general en el art. 191.2.g). LRJS, de acuerdo con la doctrina sentada por SSTS –pleno- de 11 de mayo 2018, R. 1800/2016; de 12 de julio de 2018, R. 883/2017; y de 19 de enero de 2021, R. 3478/2017, entre otras. Doctrina aplicada por la **STS 19-1-2021, R. 3478/17 (ECLI:ES:TS:2021:339)**, que declara la falta de competencia funcional, porque en el supuesto enjuiciado se impugnaba una resolución del SPEE que acordó revocar la prestación asistencial de desempleo, con reintegro de las indebidamente percibidas que cifró en 1.704 €, por lo que no cabía recurso de suplicación. Sí cabía recurso, en aplicación de las normas anteriores, en el caso de la **STS 29-4-2021, R. 1731/18 (ECLI:ES:TS:2021:1667)**, sobre una sanción de extinción de la prestación en la que la sala de segundo grado había aplicado el artículo 192.3 g) LRJS.

Cuando son varios los demandantes la cuantía litigiosa se determina por la reclamación de cuantía mayor (LRJS art. 192.1), como sucede en la **STS 23-2-2021, R. 4055/18 (ECLI:ES:TS:2021:789)**, en la que se planteaba una reclamación de cantidad plural frente al FOGASA y uno de los actores solicitaba 3.267 €, dando por ello lugar al recurso de suplicación. Es también el caso de la **STS 24-3-2021, R. 1713/18 (ECLI:ES:TS:2021:1220)**, en la que algunos de los trabajadores sociales demandantes reclamaron cuantías superiores a 3000 euros, en concepto de trienios, a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, cuyo recurso de casación, frente a la

sentencia de la sala suplicación que se declaró competente funcionalmente, se desestima.

La cuantía litigiosa para acceder a la suplicación viene determinada por lo reclamado en demanda (no en el recurso de suplicación) o lo concretado en conclusiones, si es que hay variación, de acuerdo con la **STS 13-1-2021, R. 4294/19 (ECLI:ES:TS:2021:74)** que reitera la doctrina de STS 859/2018 de 25 septiembre, R. 3666/2016) y otras y con la **STS 3-2-2021, R. 1109/18 (ECLI:ES:TS:2021:506)**.

El mínimo de 3000 € para acceder a suplicación rige igualmente cuando la cuestión litigiosa versa sobre la cuantía de una prestación de seguridad social y no sobre el derecho a la misma que, en virtud del art. 191.23 c) LRJS, sería recurrible en todo caso en suplicación. En la relevancia de esta diferencia insisten la **STS 22-7-2020, R. 1757/18 (ECLI:ES:TS:2020:2951)**, sobre reintegro de gastos médicos que el INSS autoriza en importe inferior al reclamado por debajo de los 3000 €, lo que implica la falta de competencia funcional de la sala de suplicación y la **STS 20-10-2020, R. 2554/17, (ECLI:ES:TS:2020:3693)**, en la que se reclaman 11 días de prestaciones por incapacidad temporal, cuya traducción económica no alcanza los 3000 € y sin que sea apreciable la afectación general. En sentido similar, la **STS 13-1-2021, R. 276/20 (ECLI:ES:TS:2021:14)** sobre una reclamación de 10 días de subsidio por incapacidad temporal (importe de 398,45 euros).

Ahora bien, cuando lo que se reclama es un complemento de mínimos de la pensión de jubilación, la **STS 13-1-2021, R. 4803/18, (ECLI:ES:TS:2021:23)**, revoca la sentencia de suplicación que se consideró incompetente funcionalmente, porque el complemento mencionado es una prestación complementaria de Seguridad Social que está dotada de autonomía propia y diferenciada de la pensión principal, que se rige por el cumplimiento de determinados requisitos específicos de los que depende el derecho a su percepción; de modo que, en realidad, el proceso no versa sobre la cuantía de una prestación sino sobre el derecho a una prestación de la Seguridad Social, lo que da derecho al acceso a la suplicación en todo caso de acuerdo con la doctrina de la Sala Cuarta en STS 2-4-7, R. 5355/05.

4.3.- Sentencias recurribles por afectación general.

En el examen de la existencia de afectación general es de destacar la **STS 2-12-2020, R. 3112/18 (ECLI:ES:TS:2020:4238)**, que, aunque reitera la doctrina de, por todas, la STS 29-10-2019, R. 2331/2017, contesta a las argumentaciones del TSJ sobre los fundamentos en que apoya su competencia funcional por existencia de afectación general. La cuestión litigiosa atañe al derecho al plus de radioscopia aeroportuaria de los vigilantes de seguridad, previsto en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, en el Aeropuerto de Lanzarote, y la cantidad reclamada no alcanza los 3000 €. La Sala Cuarta considera, frente a la sala de suplicación que: a) la existencia de numerosos recursos de suplicación, cuarenta en el caso, por más que sea un dato indiciariamente importante, no es suficiente cuando la Sala Cuarta ha observado que las reclamaciones que han accedido a ella se refieren a

periodos anuales distintos, lo que pudiera implicar que algunos recursos son de los mismos litigantes y dicha cuestión no ha quedado acreditada. Tampoco hay constancia del número de trabajadores que presta sus servicios bajo la vigencia del convenio colectivo en cuestión potencialmente afectado por el conflicto. b) La existencia de un conflicto colectivo en el Aeropuerto de Lanzarote solo es un indicio de afectación masiva, no es un automatismo, la sentencia colectiva debe abordar la misma cuestión litigiosa -en el caso es el alcance del convenio y en la sentencia colectiva la existencia de una condición más beneficiosa sobre el plus controvertido-, cosa que no sucede en el caso, como lo prueba el hecho de que la sentencia recurrida estime el recurso de la empresa, cuando la colectiva estimaba la demanda de los trabajadores. c) La disparidad de criterios por parte de los Juzgados de lo Social y la apertura del recurso de suplicación por el cauce del art. 191. 3 b) LRJS pasa por el cumplimiento de los requisitos de afectación general; sin perjuicio de que con la activación de la vía del conflicto colectivo se puede propiciar una solución homogénea. d) Finalmente, en cuanto a la potencialidad conflictiva, aunque coincide con la sentencia recurrida en que la cuestión litigiosa afecta potencialmente a quienes prestan su actividad en aeropuertos en el resto del territorio nacional, la Sala aclara que cualquier discrepancia sobre el alcance de una norma, en cuanto trasladable a cuantos sujetos se hallen bajo su ámbito aplicativo, no desencadena la hipótesis del artículo 193.1.b) LRJS.

Se considera, en cambio, que la afectación general es notoria en los casos analizados por las **SSTS 20-1-2021, R. 3238/19 (ECLI:ES:TS:2021:132); 22-1-2021, R. 3229/19 (ECLI:ES:TS:2021:137); 4-3-2021, R. 3240/19 (ECLI:ES:TS:2021:935); 9-3-2021, R. 3230/19 (ECLI:ES:TS:2021:1960); 8-6-2021, R. 2725/19, y 2-6-2021, R. 3227/19**, en las que los trabajadores temporales de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos reclaman una indemnización por fin de contrato al amparo del art. 53. 1 b) ET. La Sala, frente a la sentencia de suplicación que desestima el recurso de la empresa por razón de la cuantía, entiende que la afectación general es notoria por versar sobre la aplicación de las diversas SSTJUE (los casos De Diego Porras I y II, Grupo Norte y Montero Mateos) que, en relación con cuestiones prejudiciales de tribunales españoles han jalonado el panorama judicial de estos últimos años; por el número de casación resueltos y pendientes de resolver sobre esta cuestión y, adicionalmente, porque la Sala conoce la existencia de un determinado número de recursos de casación para la unificación de doctrina, en que se recurren sentencias procedentes de la misma Sala de segundo grado, por la misma empresa y en los que se debate la misma cuestión de fondo.

También concurre afectación general notoria en el supuesto analizado por la **STS 3-2-2021, R. 3490/18 (ECLI:ES:TS:2021:409)**, en la que la cuestión suscitada concierne al modo de computar la antigüedad a quienes prestan sus servicios con carácter fijo discontinuo en la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y existen innumerables recursos de casación planteados ante la Sala Cuarta sobre el mismo tema y que ha dado lugar a múltiples resoluciones de fondo y otras de inadmisión.

5.- Recurso de casación (ordinaria)

La Sala recuerda en dos sentencias los **requisitos formales del escrito de interposición**. Así, la **STS 3-11-2020, R. 42/19 (ECLI:ES:TS:2020:3846)**, que se dictó en un proceso de conflicto colectivo, casación ordinaria, y en el que, en el marco de una pretensión con relación al cobro de un cheque gourmet, el escrito formalizado el recurso contaba con cuatro motivos, todos al amparo del art. 207. d) de la LRJS solicitando revisión de hechos probados. Pero junto a ellos no se incluía ni un solo motivo de casación que denunciase la infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. La Sala, ante tal circunstancia, procede a repasar la doctrina tradicional, y expone la lógica que se esconde tras ella: el requisito de fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada, además de derivar directamente del artículo 210 LRJS, es una consecuencia lógica del carácter casacional del recurso, puesto que, sin ella, se transferiría a la Sala, en contra del principio de equilibrio procesal, el examen de oficio del ajuste a la legalidad de la sentencia recurrida. El recurso de casación, por su carácter de extraordinario no permite su viabilidad con el simple apoyo de que la resolución impugnada perjudica al recurrente, ni tampoco puede fundarse, exclusivamente, en la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, pues tal modificación, por relevante que sea, no permite modificar el fallo de la sentencia, sin una alegación –precisa y clara- de las normas o de la jurisprudencia infringidas que posibilitarían analizar la aplicación del derecho efectuado por la sentencia recurrida y, en su caso, su casación y anulación.

En definitiva, se reitera la doctrina contenida en otros pronunciamientos anteriores, como la STS 26-2-2020 R. 160/19 (ECLI:ES:TS:2020:914) donde la Sala se enfrentó a un recurso de casación, sobre despido colectivo, que no cumplía las exigencias del art. 210 LRJS. Se redactó a modo de un escrito de alegaciones que reproduce los argumentos de la demanda y el acto de juicio; no identificaba los preceptos legales infringidos por la sentencia, sino que se centraba en las ilegalidades cometidas por las empresas demandadas; carecía de razonamiento jurídicos al efecto, desconociendo e ignorando pronunciamientos de la sentencia respecto a los que no articulaba ningún motivo de recurso, como la falta de legitimación pasiva de una de las demandas y partiendo de unos hechos que no eran los declarados probados. La Sala Cuarta entienden estos casos, por ello, que la eventual estimación del recurso pasaría necesariamente porque aquella construya la argumentación jurídica, lo que constituye un límite infranqueable a la necesaria flexibilidad en la aplicación de las normas de procedimiento porque sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, ya que supone dejar en indefensión a la parte contraria al privarla de la posibilidad de defenderse de unas alegaciones que ni tan siquiera habían sido esgrimidas en el escrito de recurso.

Y lo mismo sucede con la **STS 8-6-2021, R. 83/20** en la que el escrito de interposición no cita ninguna norma jurídica. Solamente invoca la sentencia de la Sala Social del TS de 25 de noviembre de 2019, que, amén de ser

incompleta, porque hay tres sentencias de esta Sala con dicha fecha y su identificación debe inferirse de las alegaciones de la parte recurrente, resulta insuficiente como motivo de infracción de la jurisprudencia, pues para ello debe sustentarse en más de una sentencia de esta Sala. A mayor abundamiento, la Sala advierte que la sentencia invocada hace referencia a un convenio con un sistema de cálculo del salario diario ajeno al litigio.

6.- Recurso de casación para la unificación de doctrina.

6.1.- Idoneidad de la Sentencia de contraste

Con la **STS 20-1-2021, R. 3507/18 (ECLI:ES:TS:2021:190)** se rectifica la doctrina recogida en STS 23 de octubre de 2008, R. 1281/2007, sobre la idoneidad como sentencia de contraste de una sentencia de suplicación que, recurrida en casación para la unificación de doctrina, fuera sustituida por acuerdo transaccional homologado por auto de esta Sala. La STS 20-1-2021 citada concluye que el auto que homologa un acuerdo transaccional es una forma de conclusión del recurso contra la sentencia de suplicación que, al ser sustituido su contenido por el acuerdo alcanzado, queda privada de efecto alguno y, por ende, no puede adquirir la condición de sentencia firme porque, en definitiva, el proceso en el que se dictó la sentencia de suplicación ha concluido con una resolución judicial que la ha sustituido.

6.2.- Requisito de la contradicción. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción.

La doctrina tradicional de la Sala Cuarta es que el requisito de la contradicción, como presupuesto para conocer y resolver el debate formulado en unificación de doctrina, no es exigible cuando estemos ante cuestiones excepcionales que afecten a la competencia funcional de la Sala, cosa juzgada o una falta manifiesta de jurisdicción.

Tampoco es exigible la contradicción, como se ha señalado anteriormente, para examinar la competencia de la jurisdicción social española para conocer de una demanda por despido y cesión ilegal de trabajadores, presentada por los demandantes contra diversas empresas contratistas con domicilio en España, por cuenta de las que habían prestado o prestaban servicios en la Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO, antes OAMI), organización internacional con sede en España (Alicante). [**SSTS 21-4-2021, R. 4123/18 (ECLI:ES:TS:2021:1695)** y **22-4-2021, R. 2740/18 (ECLI:ES:TS:2021:1537)**]. La Sala Cuarta entiende que acreditado que, tanto las empresas contratistas como la EUIPO tienen domicilio en España, que fue siempre el lugar de prestación de servicios de los demandantes, a quien nunca se aplicó el Estatuto de funcionarios de la Unión o el Régimen aplicable a otros agentes, puesto que nunca fue personal estatutario de la EUIPO, ni ostentaron la condición de colaborador externo, en los términos previstos en el art. 3 del Acuerdo de Sede el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la OAMI, hecho en Madrid el 20 de septiembre de 2011 (BOE de 21 de octubre de 2011), siendo patente que, dicho organismo ejecuta sus actividades oficiales mediante dicho personal, debe aplicarse lo dispuesto en los arts. 20, 21 y 23 del

Reglamento 1215/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, y los arts. 25 LOPJ en relación con el artículo 35 LO 16/2015, correspondiendo el conocimiento del litigio a la jurisdicción nacional.

En la misma línea, la **STS 29-4-2021, R. 2495/19 (ECLI:ES:TS:2021:1996)**, atribuye a la jurisdicción española la competencia para conocer del despido de un trabajador ciudadano español contratado en España que presta servicios de administrativo en la embajada de Indonesia, sin que sea aplicable al caso la excepción prevista en el art. 10.2 d) de la citada LO 16/2015, por el que el Estado puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción en el proceso que tenga por objeto el despido del trabajador y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. La Sala entiende que la referencia de la Embajada a que el contrato del demandante implicaba “el conocimiento de documentos y cuestiones relevantes que pudieran afectar a la seguridad de Indonesia y a su embajada en España” no es suficiente para entender aplicable la inmunidad de jurisdicción, amén de no indicarse de qué manera va a afectar el proceso de despido a la seguridad de la República de Indonesia, ni señalar los elementos objetivos en que se apoya la pretensión.

Por su parte, la **STS 9-7-2020, R. 1855/18 (ECLI:ES:TS:2020:2444)** confirma la doctrina tradicional de la Sala antes mencionada cuando afronta el problema de si la jurisdicción social es competente para resolver sobre cuestiones referentes a las retenciones que deben hacerse al trabajador a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) en un supuesto en el que se impugnaba la extinción del contrato en el marco de un despido colectivo, habiendo descontado la empresa de la indemnización pactada aquel concepto tributario. La Sala se plantea si para tal análisis era posible prescindir de la contradicción, en tanto se planteaba la cuestión competencial de la jurisdicción social, y la respuesta fue reiteración de la doctrina tradicional, de manera que si esa manifiesta falta de jurisdicción no puede apreciarse por ser controvertida u opinable, es imposible entrar a conocer del fondo del asunto sin cumplir el requisito de la previa contradicción.

7.- Aspectos comunes a los recursos de suplicación y casación

7.1.- Legitimación para recurrir

Ha de recordarse en este apartado la matización que han supuesto la **STS 30-9-2020, R. 1517/18 (ECLI:ES:TS:2020:3152)** y la **STS 10-2-2021, R. 1329/18 (ECLI:ES:TS:2021:517)** a la jurisprudencia anterior sobre la legitimación de la empresa para recurrir en casación una sentencia dictada por el TSJ en materia de impugnación de sanciones disciplinarias. Como se ha dicho, anteriormente, la primera confirma la competencia funcional de la Sala de segundo grado para conocer del recurso del trabajador frente a la sentencia de instancia que había declarado caducada su acción y al tiempo afirma que la empresa carece de legitimación para recurrir la sentencia del TSJ en casación para resolver la cuestión relativa a la caducidad. La segunda de ellas entiende legitimada a la empresa para recurrir contra sentencia que había revocado la sanción por falta muy grave, en que se cuestionaba si, al tiempo de resolver un

pleito de sanción por falta muy grave, el juez puede, manteniendo la calificación de la falta imputada por el empresario como muy grave, dejar sin efecto la sanción impuesta y autorizarle a que imponga una sanción diferente.

7.2.- Plazo

Se recuerda igualmente en este apartado la **STS 14-5-2021, R. 3870/18**, que, sobre el cómputo de los plazos para recurrir, en particular, sobre el previsto para la interposición del recurso de suplicación en relación con los sujetos mencionados en el artículo 60. 3 LRJS, indica que cuando el recurrente es alguna de las entidades o personas a las que se refiere el precepto señalado, y en el caso era el INSS, el acto de comunicación procesal, en el caso la diligencia por la que se otorga a la parte recurrente en suplicación plazo para interponer el recurso, se tiene por realizado al día hábil siguiente a la fecha de recepción. Esto significa que el día inicial del plazo para interponer el recurso comienza al siguiente del que se tiene por realizado. Si la notificación tuvo lugar el día 24 de junio de 2016, ésta se tiene por realizada el siguiente día hábil, que era el 27 de junio (lunes), y el plazo, en el caso de diez días, comenzaría a computar el día hábil siguiente de esta última fecha, que era el 28 de junio (martes), de modo que el plazo para interponer el recurso de suplicación concluiría el día 11 de julio, fecha de vencimiento que, según el art. 133.1 de la LEC, expira a las veinticuatro horas. Y como ese día fue en el que tuvo lugar la presentación del escrito, debe entenderse que está dentro de plazo, sin necesidad de acudir al día de gracia del art. 135.5 de la LEC.

Las especialidades en el cómputo de los plazos ante la suspensión de los mismos por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020, que declaraba el estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, el alzamiento anticipado de la suspensión por Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de Alarma y las particularidades introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, ha traído consigo diversos pronunciamientos en Recursos de Queja de los que destacan los que a continuación se exponen.

Así, el **ATS 16-12-2020, R. 40/20 (ECLI:ES:TS:2020:12698A)**, estima la queja por entender no ajustado a derecho el auto de la sala de suplicación que tuvo por no presentado el recurso interpuesto el 2 de junio de 2020, antes del levantamiento de la suspensión de los plazos procesales por el Real Decreto 537/2020. El Decreto teniendo por preparado el recurso y dando plazo de quince días para interposición se notificó el 25 de febrero de 2020, lo que significa que el plazo para la interposición habría expirado, contando el día de gracia el 18 de marzo a las 15:00. A juicio de la Sala Cuarta no se deduce del auto impugnado que la razón para declarar desierto el recurso sea la presentación extemporánea del mismo, por ser anterior al levantamiento de la suspensión de plazos, pero, dadas las especiales circunstancias que estamos viviendo, si la sala de suplicación hubiera estimado que la presentación anterior al levantamiento de la suspensión era causa de presentación extemporánea, debería haber advertido a la recurrente de dicha circunstancia y dar plazo para

subsana, habida cuenta de que la presentación del mismo a partir del 5 de junio se encontraría en plazo.

Pero en cambio, se desestiman varios recursos de queja que tienen como protagonistas a recursos de casación frente a sentencias por despido en los que se aclara el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2 del RD-Ley 16/2016. Es lo que sucede con el **ATS 16-3-2021, 62/20 (ECLI:ES:TS:2021:4458A)**, que aclara, por una parte, que la ampliación de los plazos para el previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso previsto en el art. 2.2 RD-Ley 16/2016, tiene como presupuesto que las resoluciones en cuestión que sean notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el RD 463/2020, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, y en el caso la sentencia se notificó el 6 de julio de 2021, por lo que el plazo de diez días para preparar el recurso se inició el 8 de julio. Por otra parte, los procedimientos de despido quedan expresamente excluidos de la previsión del art. 1 del RD-Ley 16/2020, que tras declarar hábiles los días 11 a 31 de agosto introduce la salvedad relativa a “aquellas actuaciones judiciales para las que estos días sean ya hábiles conforme a las leyes procesales” y el art. 43.4 LRJS habilita el mes de agosto para la tramitación de los procesos por despido y sus recursos. Por tanto, son hábiles todos los días del mes de agosto de 2020; de modo que si la Diligencia de Ordenación que concedió el plazo de quince días para interponer el recurso fue notificada el 31 de julio de 2020, el primer día del plazo de interposición del recurso fue el 3 de agosto y el último día el 21 de agosto, habiéndose podido interponer su recurso hasta las 15 horas del día 24 de agosto de 2020, en aplicación del artículo 135.5 LEC, por lo que el escrito de interposición presentado el día 31 de agosto de 2020 se encontraba fuera de plazo. En el mismo sentido, **ATS 2-6-2021. R. 43/20 (ECLI:ES:TS:2021:7236A)** y respecto del carácter hábil del mes de agosto en los recursos frente a sentencias por despido **AATS 3-3-2021, R. 46/20 (ECLI:ES:TS:2021:3035A); 28-4-2021, R. 73/20 (ECLI:ES:TS:2021:5491A)** Tampoco se estima, por último, el recurso de queja **63/2020, ATS 21-4-2021**, aunque no por una cuestión relativa a los plazos, aunque sí a la incidencia económica de la Covid-19. En efecto, la recurrente pretendía que el ofrecimiento de constituir una hipoteca sobre bienes inmuebles se admitiese como consignación de la condena. La sala, amén de recordar su doctrina sobre los mecanismos admitidos para asegurar el importe de la condena, señala que la parte recurrente no acredita en modo alguno la falta de liquidez debida al impacto del Covid-19 en su actividad económica, pues, aunque muestra su disponibilidad para acreditar las circunstancias que le impiden efectuar la consignación de la condena y explica que sus establecimientos hoteleros permanecieron cerrados, excepto uno de ellos y que su ocupación fue inferior al 30%, en realidad, no queda acreditada que su situación patrimonial impida asegurar la condena.

7.3.- Revisión de los hechos probados

Es doctrina constante de la Sala Cuarta que la finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea

posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba; lo que si puede es entrar a discutir si el elemento probatorio utilizado era o no hábil para tal revisión, conforme se señaló en STS 19-2-2020, R. 3943/2017 y STS de 24-1-2020, R. 3962/2016.

Esta es la razón para que la **STS 23-6-2020, R.229/18 (ECLI:ES:TS:2020:2003)**, entre a conocer del recurso porque no se debate la valoración de la prueba sino la válida la modificación de los hechos probados, realizada en suplicación, con base en los hechos probados en otra sentencia dictada en otro procedimiento, que se incorporó a los autos con el recurso de suplicación, conforme al art. 233 LRJS. Las sentencias firmes, aportadas conforme a lo dispuesto en el art. 233 LRJS, constituyen documentos hábiles para la modificación de los hechos probados en suplicación.

En la casación ordinaria es, en cambio, muy frecuente la revisión fáctica, y al respecto es destacable la **STS 23-7-2020, R. 239/2018 (ECLI:ES:TS:2020:2925)**, que abordó el análisis de la virtualidad como documentos a efectos de recurso de los Correos electrónicos, para concluir que El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo. En consecuencia, debemos atribuir la naturaleza de prueba documental a los citados correos electrónicos

7.4.- Cuestión nueva

En la **STS 14-4-2021, R. 1023/18 (ECLI:ES:TS:2021:1466)**, se insiste en que ha de excluirse toda cuestión novedosa en el recurso de casación -bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, como derivación del principio de justicia rogada, por lo que el recurso que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica, en el caso de la casación ordinaria, o a las infracciones de Derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia. Pero es que, además, en lo que al recurso de casación unificadora se refiere, la introducción de una cuestión nueva ajena al debate tanto de instancia cuanto de suplicación impide que pueda entenderse concurrente la contradicción de doctrinas. Sencillamente, porque una de las resoluciones contrastadas (aquí, la recurrida) no ha examinado el tema.

Es lo que sucede en la **STS 2-6-2021, R.4259/19**, en la que la Sala advierte que el único motivo de casación, que alega que el reconocimiento del derecho no puede retrotraerse a momentos anteriores a la fecha del acuerdo del que deriva, no ha integrado la controversia litigiosa, definida por las posturas procesales de las partes. Insiste en que la alegación de una cuestión

nueva es incompatible con el principio de justicia rogada, el derecho a la defensa y con el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación.

7.5.- Consignación

El carácter inexcusable de la consignación y la imposibilidad de subsanar la ausencia absoluta de la misma ha llevado a la Sala a la desestimación del recurso de las dos empresas en la **STS 4-5-2021, R. 81/19 (ECLI:ES:TS:2021:1759)**. La sentencia de la AN había declarado nulo el ERTE y condenado a las co-demandadas, entre otras cuestiones, al abono de los salarios dejados de percibir durante el período del ERTE. La Sala Cuarta entiende que la aplicación del art. 230 LRJS es inexcusable y que, en consecuencia, la consignación resulta necesaria por varias las razones. 1) La preceptiva consignación opera como garantía, tanto de la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia prevista en el art. 303 LRJS, como la de ejecución de las sentencias colectivas en virtud del art. 247.2 LRJS. 2) No existen impedimentos graves que la impidan, ya que la operación aritmética a realizar por la empresa es simple, pues ésta tiene documentada y exacta constancia de todos los días en que no abonó el salario y de los concretos trabajadores afectados, que en este caso era la totalidad de ellos. 3) La Sala ha exigido la consignación de los salarios dejados de percibir en los despidos colectivos calificados como nulos, en los que la condena es muy similar a la que aquí se produce, (SSTS -pleno- 29-9-2015, R. 341/2014 y 10-2-2016, R. 171/2015). 4) El fallo advirtió a las partes condenadas de la necesidad de consignación del importe de la condena.

8.- Revisión de sentencias firmes

De los recursos de revisión de sentencias firmes, merecen destacarse, la **STS 15-12-2020, R. 12/20 (ECLI:ES:TS:2020:4412)** y la **STS 8-4-2021, R. 15/20 (ECLI:ES:TS:2021:1247)**. Ambas desestiman las demandas presentadas. En la primera de ellas, se rechaza la suspensión solicitada por el recurrente por estar todavía pendiente de resolución penal las actuaciones que por falso testimonio en juicio están incoadas y daban pie a la demanda de revisión, porque el art.514.4 LEC solo admite la suspensión cuando las cuestiones prejudiciales penales se susciten después de entablado el correspondiente recurso de revisión, que no es el caso. En consecuencia, no existe sentencia penal firme que pueda permitir plantear el presente recurso con amparo en el art. 510.3 LEC que, al referirse a los motivos de la revisión de la sentencia firme, dispone que habrá lugar a la misma "Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia".

La segunda de las sentencias citadas, desestima el recurso porque el documento en el que se sustenta no cumple los requisitos legales. Se trata de un informe pericial médico de fecha posterior a la sentencia recurrida, referido a lesiones anteriores a dicha sentencia (y a la de instancia). Tampoco es un documento decisivo y han transcurrido más de los tres meses que establece el artículo 512.2 LEC.