

## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de febrero de 2023)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia
- Juzgado de lo Social

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

#### El Supremo confirma que se ajusta a derecho un sistema de registro de jornada en el que sea el propio trabajador quien deba reflejar diariamente en la aplicación informática de la empresa las horas de inicio y finalización

Impugnación del Convenio colectivo nacional cajas de ahorro. Sistema de registro de jornada en el que es el propio trabajador quien ha de reflejar diariamente en la aplicación informática de la empresa las horas de inicio y finalización de la jornada de trabajo, las interrupciones y los periodos de descanso. Consideración de que esa autodeclaración puede verse mediatizada por el temor de hacer constar la realización de una jornada diaria superior a la que legal o convencionalmente corresponda.

Aunque el artículo 34.9 del ET impone a las empresas la obligación de garantizar el registro diario de la jornada con inclusión del horario concreto de inicio y finalización, no señala cuál ha de ser el concreto sistema o herramienta que debe emplearse. En cualquier caso, lo que se pacte debe quedar sujeto a los parámetros jurídicos que se desprenden de la [STJUE de 14 de mayo de 2019, asunto C-55/18](#), en la que se señala que la regulación de esta materia ha de someterse a la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, cuya correcta aplicación exige que el sistema de registro de jornada que se negocie cumpla, principalmente, con los requisitos de ser objetivo y fiable. En el caso analizado, los recurrentes consideran que la manifestación unilateral de los empleados sobre la duración de la jornada les condiciona al momento de reflejar con veracidad la totalidad de las horas que pudieren haber trabajado diariamente, ocultando la posible realización de un exceso de jornada, ante la manifiesta debilidad en la que pudieran encontrarse para poder exigir del empresario el ulterior abono de horas extraordinarias o lo problemático que resultaría negarse a prolongar la jornada diaria de trabajo más allá de lo legalmente exigible. Sin embargo, es difícil imaginar un sistema de registro horario que no exija al trabajador la realización de una determinada acción al inicio y finalización de su jornada, en el momento de tomarse un tiempo para el descanso o las comidas, al entrar o salir del centro de trabajo, en fin, para dejar constancia de cualquier posible interrupción de la actividad laboral que no deba calificarse como tiempo efectivo de trabajo según las normas legales o convencionales aplicables. Ya consista esa actuación en accionar alguna clase de dispositivo mecánico o informatizado, usar tarjetas de fichaje, marcar unas claves, acceder con sus huellas dactilares, o cualquier otro mecanismo o herramienta que pudiere ser utilizada a tal efecto. El innegable peligro de que los trabajadores puedan sentirse compelidos a no registrar adecuadamente todos los tiempos de trabajo efectivo, con la consecuente realización de horas extraordinarias no declaradas, se encuentra ciertamente presente en la inmensa mayoría de modalidades de control horario que exigen al trabajador consignar a lo largo del día los diferentes periodos de trabajo y descanso. Ese potencial e hipotético riesgo no puede erigirse como absolutamente determinante de la validez o ilegalidad del sistema de registro que ha sido pactado entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. Por otro lado, el hecho de que se imponga al trabajador el deber de respetar una serie de criterios que le obligan a efectuar una valoración jurídica de su quehacer diario, para conceptualizar cada una de las tareas que realiza y decidir lo que haya de entenderse por tiempo de trabajo efectivo que deba incorporar al registro, no supone que deje de ser por este motivo objetivo y fiable, puesto que esa misma situación es la que habitualmente se presenta en cualquier modalidad de control horario que permita al trabajador una cierta flexibilidad en el desarrollo de su jornada de trabajo. En cualquier caso, sí tiene la empresa la obligación de asegurar la existencia de instrucciones que permitan al trabajador conocer indubitadamente la consideración que merezca cada uno de las tareas o actividades que realice durante su jornada, para su correcta calificación como tiempo efectivo de trabajo o de descanso, al objeto de que pueda incorporarlo adecuadamente a la aplicación informática dentro de una u otra categoría. **Pleno.**

(STS, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2023, rec. núm. 78/2021)

## **Convenios colectivos que, mejorando o ampliando el régimen del ET, conceden los permisos retribuidos en días naturales. Si el hecho causante acontece en día no laborable, no cabe posponer el inicio de su cómputo al primer día laborable siguiente**

**Permisos retribuidos. Convenio colectivo estatal de jardinería. Fecha de inicio de su disfrute cuando el convenio, que mejora o amplía el régimen del ET, señala expresamente que los días que se conceden son naturales (salvo por traslado de domicilio, que no se especifica nada). Hecho causante que se produce en día no laborable para el trabajador.**

La regulación convencional no puede ser sino una mejora del régimen de descansos, fiestas y permisos que establece el artículo 37.3 del ET. Y si el convenio dispone mejoras o ampliaciones respecto del catálogo legal de permisos, el régimen de cada uno de ellos estará determinado por lo estipulado por los negociadores colectivos. Cuando los permisos consisten en varios días naturales, sin especificarse que el permiso cuente desde el primer día laborable después del evento, comenzarán el día natural en que se produce el accidente, enfermedad, hospitalización o matrimonio del pariente, lo que permitirá que el trabajador pueda acompañar a su familiar en el suceso correspondiente. En el caso del permiso por matrimonio, que tanto legal como convencionalmente (sector de jardinería) está referido a días naturales, se pactó con una duración de 16 días, por lo que a esa regulación habrá de atenderse, de forma que la calificación de días naturales implicará que, si el hecho causante de este permiso sucede en día no laborable para el trabajador, no habrá de posponerse el inicio de su cómputo al primer día laborable siguiente, dado que esta previsión no se contempla ni modula por la norma. El mismo criterio habrá de adoptarse cuando se tratare del permiso especial retribuido por intervención quirúrgica grave, hospitalización, enfermedad o accidente grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, dado que el tenor exacto del precepto lo fija en 4 días naturales –su cuantía duplica la prevista para esos supuestos por el legislador– si es en la provincia donde reside el trabajador/a y en 5 días naturales (1 más en el convenio) cuando se produjese fuera de la misma. Esta conclusión, sin embargo, no minorra el número de días que el ET establece para este permiso. El disfrute del lapso del permiso estatutario ha de permanecer en todo caso a salvo. Finalmente, en cuanto al permiso de 2 días por traslado de domicilio, la expresión manejada en este caso no recoge el concepto jurídico de día natural, a diferencia de lo anteriormente acontecido como regla general. La lectura de la norma evidencia que singularmente en este permiso no se ha aplicado la misma calificación que la esgrimida en los anteriores. A la literalidad de sus términos se suma la exégesis sistemática, abocando en definitiva a la consideración de que dicho permiso viene referido a días hábiles. Esa conceptualización de días laborables condicionará a su vez la determinación del cómputo cuando el hecho causante del permiso comience en día no laborable para el trabajador, pues tendrá que iniciarse en el siguiente día laborable, tal y como se petición en demanda, que habrá de alcanzar el éxito en este extremo.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2022, rec. núm. 104/2021)

## **Tiene derecho a la prestación por maternidad la mujer que adoptó al hijo biológico de su cónyuge, aunque este haya disfrutado de la prestación asociada a esa cualidad y hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento**

**Prestación por maternidad. Mujer que adopta al hijo biológico de su cónyuge, habiendo el padre disfrutado de prestación de maternidad y existiendo convivencia familiar desde el nacimiento, acaecido a través de gestación subrogada.**

Durante la vigencia de las normas anteriores a las reformas de 2019, la adoptante del hijo biológico de su cónyuge tiene derecho a la prestación asociada a tal acontecimiento, aunque el padre biológico haya disfrutado de la prestación asociada a esa cualidad y hubiera habido convivencia familiar desde el nacimiento, fruto de gestación subrogada. La convivencia previa entre adoptante y menor no impide el nacimiento del derecho a disfrutar la prestación de la Seguridad Social, ya que disponer de un tiempo de apartamiento del trabajo no solo para atender al menor, sino también para estrechar lazos afectivos y vivir plenamente la experiencia, sigue siendo del todo posible en esos casos. De esta forma, condicionar el derecho de quien adopta a datos que dependen de sus previas relaciones afectivas equivale, de modo indirecto, a añadir un requisito para el disfrute de la prestación y a hacer





de peor condición a quien está vinculado con el progenitor biológico. Se trata de una interpretación acorde con la protección de la familia reconocida en el artículo 39 de la Constitución, lo contrario abocaría a que en muchos casos de adopción no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente, pues resulta habitual la convivencia previa de adoptante y adoptado. En el caso analizado, la gestación subrogada resulta inocua a los efectos de lucrar la prestación de Seguridad Social por adopción, pudiendo el menor generar dos prestaciones sucesivas, por lo que no constituye impedimento la circunstancia de que el padre biológico hubiera disfrutado del permiso de maternidad con anterioridad. Además, se da como probado que la adoptante actúa como madre *de facto* del niño y, sin embargo, no se le reconoce el tiempo de suspensión subsidiada, de modo que quedaría penalizada la conducta asociada al papel de quien ejerce como madre del menor adoptado pese a no haberlo llevado en su seno. La realidad puede mostrar supuestos en que carezca de sentido la propia regla de que el mismo menor no puede causar dos prestaciones de la misma naturaleza, cual sucedería si los primeros adoptantes fallecen y otros pasaran a asumir esa función. Lo que sucede es que en tales casos la norma excluye esa posibilidad, al indicar, respecto de la adopción o acogimiento, que «sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión». Pero aquí no estamos ante dos prestaciones derivadas de la adopción, puesto que la del padre biológico se ha vinculado al nacimiento. En cualquier caso, debe prevalecer la protección del menor y, mediante la interpretación estricta, pero no restrictiva, de las exigencias legales, conceder la prestación (y el derecho a la paralela suspensión contractual) a toda persona que cumpla los requisitos coetáneamente exigidos por nuestro ordenamiento, porque sin una regla prohibitiva no debe impedirse el despliegue de los efectos legalmente previstos para cada acontecimiento (aquí la adopción).

(STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2022, rec. núm. 3763/2019)

## **Jubilación anticipada. Requisito de inscripción como demandante de empleo durante 6 meses anteriores a la solicitud. Solo es posible flexibilizarlo en supuestos excepcionales, entre los que no se incluye el vacío de 10 días coincidente con un proceso de divorcio**

**Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador. Requisito de estar inscrito como demandante de empleo durante los 6 meses anteriores a la fecha de la solicitud. Trabajador que alega un vacío de 10 días coincidente con su proceso de divorcio.**

La excepcionalidad que acompaña a este tipo de jubilación anticipada comporta que sus requisitos hayan de interpretarse de manera estricta. Ese carácter excepcional casa mal con interpretaciones ampliatorias de los supuestos previstos en la ley o flexibilizadoras de las exigencias legales de cada supuesto. Máxime, cuando el cumplimiento del requisito de estar inscrito como desempleado durante los 6 meses anteriores a la solicitud de jubilación anticipada depende, exclusivamente, del trabajador que pretende anticipar su jubilación, por lo que su incumplimiento únicamente a él le es debido. Por tanto, este requisito debe exigirse de manera seria, con independencia de que el tiempo de incumplimiento sea solo de unos días. Solo es posible flexibilizarlo si concurren circunstancias excepcionales. El hecho de que el actor estuviera inmerso en un proceso de divorcio no puede justificar su abandono de la condición de demandante de empleo. Ello porque se trató de un divorcio de mutuo acuerdo, circunstancia personal que no basta para justificar el incumplimiento del requisito controvertido. Además, constituye argumento coadyuvante el hecho de que el despiste del trabajador al no renovar la demanda de empleo no le produjo consecuencias irreversibles ni un perjuicio desproporcionado y relevante, puesto que tuvo que esperar menos de 1 mes para que finalmente se le reconociera la prestación.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2022, rec. núm. 2814/2019)

## **IT derivada de accidente de trabajo. Asistencia sanitaria prestada por la mutua. La resolución del INSS mutando la calificación de la contingencia (accidente no laboral) limita el reintegro de gastos en consideración a su carácter común**

IT inicialmente determinada como derivada de accidente de trabajo. Asistencia sanitaria prestada por una mutua colaboradora con la Seguridad Social. Determinación de si el reintegro por el servicio público sanitario debe ser total o parcial cuando, tras iniciarse proceso de determinación de la contingencia, el INSS resuelve fijándola en accidente no laboral.

Estamos en presencia de una intervención de la mutua –asistencia sanitaria a beneficiario del sistema público de salud y asegurado a la misma– que, sin dudas, debió prestarse y en la que no era lógico, ni adecuado, exigir a la mencionada entidad que se abstuviera de prestar la asistencia requerida hasta que el INSS no hubiera certificado la contingencia. Visto el relato de hechos probados, era coherente que pudiera tratarse de una contingencia profesional y la entidad colaboradora, en ese margen, actuó otorgando y gestionando la asistencia solicitada. El hecho de que de las pruebas diagnósticas practicadas se infiriese el origen común de las contingencias (asumida por el INSS mediante la emisión de la oportuna baja médica y prestación de asistencia sanitaria posterior) revela, sin duda, que los gastos de la inicial atención sanitaria prestada por la demandante deban ser satisfechos por el Servicio Catalán de la Salud (SCS), que es la entidad encargada de la prestación sanitaria en cuestión. No obstante, proclamado el derecho al reintegro por las prestaciones, no solo económicas, sino también asistenciales sumidas por la mutua, aquel debe limitarse hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común. De esta forma, una vez establecido que la contingencia a cubrir no tuvo origen profesional, el riesgo indemnizable que ahora debe soportar el SCS es el que le hubiera correspondido asumir inicialmente, pues la mutación de la calificación inicial de la contingencia opera de forma retroactiva. El derecho de la mutua al reintegro de la asistencia sanitaria está limitado a las cuantías que la Administración sanitaria fija en su normativa sobre contratación de los servicios sanitarios públicos.

(STS, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2022, rec. núm. 3640/2019)

## **La infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración del acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea**

Procedimiento de despido. Ausencia de videograbación del juicio oral por problemas técnicos (e inexistencia de acta escrita) con la consiguiente imposibilidad de disponer de la misma en el momento de interposición del recurso de suplicación. Nulidad de actuaciones.

El incidente de nulidad de actuaciones es un remedio procesal de carácter extraordinario que permite a los órganos judiciales subsanar ellos mismos aquellos defectos que supongan una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de dichos órganos, en relación con los vicios formales causantes de indefensión. Dicho incidente no se admite con carácter general debido al elevado coste procesal que la nulidad comporta, en cuanto que contraría los principios de celeridad y economía procesal. Esta dimensión se refuerza, con la finalidad de evitar situaciones fraudulentas, mediante las reglas que establecen, como norma general, la no suspensión de la ejecución, la condena en costas en caso de desestimación, o la imposición de multas cuando la interposición se considera temeraria. En la misma dirección apunta el establecimiento de unas reglas simples para la tramitación procedimental y la delimitación del objeto del incidente. Por ello, para que pueda estimarse en el caso que nos ocupa que existe indefensión a los efectos del artículo 24 de la CE, no basta con que haya existido una infracción de las reglas procesales, sino que es preciso que, a consecuencia de estas infracciones, el recurrente sufra un efectivo y real menoscabo en su derecho de defensa y que, además, haya experimentado o pueda experimentar un perjuicio real y efectivo en los intereses materiales deducidos en el proceso. Por tanto, la infracción de las normas sobre grabación del juicio o elaboración de acta del mismo no comporta la automática nulidad de todo lo actuado posteriormente, siendo posible si se alega y argumenta la indefensión que ello acarrea.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2023, rec. núm. 4071/2019)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### Complemento por aportación demográfica e indemnización por vulneración del derecho a la igualdad: cabe su acumulación tanto en el proceso de tutela como en el especial de Seguridad Social

Complemento por aportación demográfica y tutela de derechos fundamentales. Derecho a la igualdad por razón de sexo. Acumulación de acciones. Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo. Pretensión de reconocimiento del citado complemento y de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Desestimación en instancia no solo de la posibilidad de acumulación de ambas pretensiones, no entrando a conocer de la tutela de derechos fundamentales, sino que entiende que se carece de competencia en el orden social, siendo materia propia del orden contencioso por tratarse de una responsabilidad patrimonial de la Administración.

Hemos de preguntarnos qué sentido tiene que el artículo 140.1 de la LRJS permita ejercitar las acciones de prestaciones de Seguridad Social y de tutela de derechos fundamentales por separado o acumuladamente, en concreto qué pretensión puede ser el objeto de la acción de tutela si se ejercita por separado de la prestacional. Y esa pretensión no puede ser otra que la prevista en la propia ley cuando regula el procedimiento especial, esto es, el conjunto de declaraciones y condenas referidas en el artículo 182.1 de la LRJS, entre las cuales se encuentra «el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183». Si esa pretensión se puede instrumentar legalmente a través del procedimiento especial de tutela es obvio que la misma ha de ser competencia del orden jurisdiccional social, puesto que en otro caso dicha regulación sería absurda y quedaría vacía de contenido. Y si la ley permite acumular la demanda de tutela dentro del procedimiento de prestaciones de Seguridad Social eso no puede ir referido a otra cosa que la acumulación de las pretensiones propias del proceso de tutela junto con las prestacionales. Esto no implica que el orden social de la jurisdicción se esté arrogando una competencia sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que correspondería naturalmente al orden contencioso-administrativo conforme al artículo 2.3 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que aquí no estamos ante un problema de responsabilidad patrimonial, sino de control de la legalidad de unos determinados actos administrativos (los de materia prestacional de la Seguridad Social) atribuida a este orden jurisdiccional social. Si es el propio acto administrativo el que resulta vulnerador de un derecho fundamental, entonces dentro de las pretensiones que se pueden esgrimir al impugnar ese acto administrativo está la de la completa restauración del derecho fundamental vulnerado por el propio acto, lo que en su caso podrá incluir una reparación económica cuando no sea posible la *restitutio in integrum* del derecho. Cuestión distinta sería que la indemnización fuera referida a un daño producido en la tramitación del procedimiento administrativo por un retraso o cualesquiera otras causas y no al acto administrativo en sí mismo (objeto de la competencia del orden social), porque entonces ese daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos sí que quedaría bajo el ámbito competencia contencioso-administrativo. Por tanto, la competencia para resolver la pretensión indemnizatoria estrictamente vinculada a la anulación del acto por razón de la vulneración de un derecho fundamental corresponde al orden jurisdiccional social y puede ser ejercitada de forma acumulada junto con la pretensión de legalidad ordinaria dentro del proceso especial de Seguridad Social. Es más, en el presente caso, dado que la única fundamentación de las pretensiones del suplico era la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, de haberse de fijar con criterios procesalmente restrictivos cuál era el procedimiento adecuado para conocer sobre ambas pretensiones, habríamos de concluir que sería el de tutela de derechos fundamentales, lo que, si así fuera, llevaría al órgano judicial a dar el cauce procesal correcto a la demanda (art. 102.2 de la LRJS). No es así porque dicho procedimiento no se puede imponer a los justiciables, al ser de cognición limitada, sino que constituye una opción procesal para los mismos si quieren beneficiarse de la preferencia y sumariedad de tal tipo de proceso. Y habiendo optado por el especial en materia de prestaciones de Seguridad Social, dentro del mismo encaje también la pretensión de tutela, renunciando con ello a la preferencia y sumariedad.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 14 de diciembre de 2022, rec. núm. 1011/2022)

## Familias monoparentales. No cabe ampliar en semana adicional alguna la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor

**Prestación por nacimiento y cuidado de menor. Familias monoparentales. Solicitud de ampliación de la prestación de 16 a 32 semanas. Reconocimiento en instancia de 10 semanas adicionales. Improcedencia.**

El legislador ha diseñado un sistema de protección comprendiendo como beneficiario al progenitor distinto de la madre, reconociendo un derecho prestacional a modo de subsidio de carácter condicionado, pues su efectividad no depende en exclusiva de la consideración de progenitor, sino y además del cumplimiento de los requisitos típicos para el acceso a las prestaciones de nivel contributivo del RGSS, cuales son la afiliación y alta en dicho régimen o situación asimilada a la de alta al sobrevenir la situación protegida, así como el cumplimiento de los requisitos de cotización contemplados en el artículo 178 de la LGSS. Derecho, en todo caso, individual e intransferible. Lo pretendido por la beneficiaria, y que obtuvo favorable acogida en la instancia, supondría alterar el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social afectando a la contributividad del sistema y, en definitiva, a su sostenibilidad económica, reconociendo un derecho que el legislador, atendida la configuración legal del mismo, ha delimitado perfectamente en su dimensión objetiva y subjetiva y cuya titularidad es ajena a la recurrida. Y si bien es cierto que el principio de contributividad ha resultado matizado considerando el carácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social, es al legislador a quien incumbe desplazar la proporcionalidad entre cotización y prestación, garantizando en todo caso la viabilidad, sostenibilidad y eficacia del sistema. Hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento ha previsto una serie de garantías tendentes a reforzar la conciliación de la vida familiar y laboral de las trabajadoras y un reparto equitativo de las cargas familiares a través de la corresponsabilidad. La opción por un determinado modelo de familia (en el caso monoparental) excluye en origen las garantías (corresponsabilidad) que el legislador ha previsto, al igual que desaparece la finalidad de creación y reforzamiento del vínculo con un progenitor inexistente, con independencia de la motivación de la decisión, libre y voluntariamente adoptada. En consecuencia, la acumulación de periodos y permisos resultaría extraña a los objetivos y finalidades analizados. De igual forma, cabe afirmar la inexistente discriminación por razón de monoparentalidad o género, ya que las condiciones de acceso y disfrute del permiso se contemplan por el legislador en los mismos términos, con independencia del tipo de familia, incluida la monoparental en sus distintas versiones, la biparental en la que ninguno de los progenitores pueda acceder al subsidio o la biparental, en la que solo uno de los padres perciba la prestación, pues su reconocimiento es condicionado y no surge sin más del hecho del nacimiento. Finalmente, en cuanto al interés superior del menor, se relaciona con el reconocimiento de la obligación común de los padres en la crianza y desarrollo del niño, la denominada corresponsabilidad, la cual ha sido excluida *ab initio* por voluntad de la madre y cuya situación se habrá de mantener, previsiblemente, durante toda la minoría de edad del hijo/a, sin que en el periodo posterior se predique su peyorativa condición. Si bien es cierto que el cuidado del menor integra parte de la finalidad pretendida con el reconocimiento del permiso al otro progenitor, en todo caso tal derecho se circunscribe subjetivamente en distinto titular, en quien concurren distintas circunstancias, y cuyo ejercicio, en términos de corresponsabilidad, satisface el interés superior del menor, atendida la dimensión cualitativa de la crianza conjunta y no meramente cuantitativa de sumatorio de periodos. La situación de necesidad susceptible de tutela se concreta subjetivamente en ambos progenitores o en la progenitora o progenitor existente, con evidente repercusión en el nacido, si bien no se trata de un derecho prestacional o solicitud que efectúe el menor o en su nombre, ex artículo 26.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En definitiva, el interés superior del menor no autoriza la adopción de medidas de acción positiva como la interesada (duplicidad de periodos). Aunque pueda afirmarse la existencia de una situación de necesidad amplificada en las familias monoparentales, no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro poder del Estado. **Voto particular.** La normativa vigente parte de la concepción biparental de la familia, integrada por la madre biológica y el otro progenitor y omite en la regulación legal la particular situación de las familias monoparentales a las que se ofrece una duración menor de los derechos que concede. Aunque pueda existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, de ella no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor y sus propios derechos. Por tanto, es posible suscitar una quiebra del principio de igualdad del artículo 14 de la CE. La diferente protección que el artículo 48.4 del ET otorga a los menores según los mismos hayan nacido en uniones biparentales o monoparentales va





en claro perjuicio de estos últimos, pues cumplidos en ambos casos por los progenitores o por el único progenitor existente los requisitos de afiliación y cotización precisos, la protección varía de forma ostensible en la duración de los derechos reconocidos. Este diferente trato carece de una justificación objetiva y razonable, pues los menores nacidos en las familias monoparentales reciben un cuidado subsidiado menor que si hubieran nacido en una familia biparental, cuando sus cuidados son los mismos, sin otra justificación que criterios de nacimiento y familiares en función del número de progenitores que integren la unidad familiar.

(STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 24 de enero de 2023, rec. núm. 1910/2021)

## Variación sustancial de la demanda por trabajadora despedida que conoce su situación de embarazo después de presentada aquella

**Proceso laboral. Variación sustancial de la demanda. Despido. Trabajadora que impugna su despido mediante demanda basada en aspectos meramente formales y que, en un momento posterior, conoce su situación de embarazo, procediendo por ello a ampliar su demanda, si bien antes del acto del juicio, produciéndose una variación sustancial de la misma.**

La cuestión que se plantea es si, después de presentada la demanda y antes de celebrarse el juicio, cabe presentar escritos de ampliación de la demanda que supongan variación sustancial de la misma. La prohibición de introducir en el proceso una variación sustancial de la demanda se limita únicamente a que se modifique sustancialmente la demanda en el juicio, en el momento de ratificar o ampliar la demanda, ex artículo 85.1 de la LRJS, pero nada impide realizar dicha variación en un momento anterior, siempre que se dé traslado de la misma a la demandada. En consecuencia, es irrelevante que los escritos de ampliación de la demanda supongan o no modificación sustancial de la misma. La variación debe considerarse sustancial cuando afecta de forma decisiva a la configuración de la pretensión ejercitada o a los hechos en que esta se funda, introduciendo con ello un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión. Si la parte puede válidamente desistir de su demanda e interponer otra nueva con todas las novedades que implicaría la ampliación, ningún obstáculo puede oponerse a la ampliación de la demanda, siempre que la misma se haga con la antelación legalmente prescrita al acto del juicio para evitar la indefensión de la parte demandada, que ha de disponer como mínimo del tiempo previsto en la ley para la preparación de su defensa, que con carácter general es de 10 días hábiles desde la recepción de la citación (art. 82.1 de la LRJS), salvo norma especial que reduzca el mismo para determinados procedimientos especiales (por ejemplo 2 días en el caso del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ex art. 181.1 de nuestra ley procesal). Tampoco puede oponerse a la posibilidad de ampliación de la demanda la falta de conciliación previa o reclamación previa sobre los elementos adicionales y novedosos incluidos en la ampliación, puesto que la omisión de la conciliación es un requisito subsanable por naturaleza (art. 81.3 de la LRJS), ya que la exigencia de una conciliación previa al acto del juicio constituye una restricción al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Por tanto, deben diferenciarse dos supuestos: si se trata de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, se pueden alegar, aunque supongan variación sustancial de la demanda respecto a la papeleta de conciliación; si no es así y se trata de hechos previamente conocidos, pero no alegados en la papeleta de conciliación, debemos recordar que por imperativo constitucional la falta de conciliación es necesariamente subsanable y así debería acordarse. En este caso no resulta necesario, porque es obvio que, alegados los hechos en una ampliación de la demanda previa al acto de conciliación judicial, se mantuvo el desacuerdo entre las partes, de manera que deben aplicarse las normas procesales según el principio de celeridad. Se declara la nulidad del despido.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2022, rec. núm. 1009/2022)

## JUZGADO DE LO SOCIAL –GUÍA–

### La naturaleza del vínculo que une a los trabajadores del servicio de mensajería de Amazon es laboral

Contrato de trabajo y trabajo por cuenta propia. Procedimiento de oficio. Repartidores de Amazon. Aplicación Amazon Flex. Colaboradores independientes. Acta de liquidación levantada por falta de alta en el régimen general y falta de cotización. App propiedad de la empresa que organiza la actividad, determinando las zonas geográficas y las franjas horarias de reparto, efectuando la planificación e incentivando la conexión en determinados horarios y zonas geográficas. Dicha app evalúa asimismo el trabajo de los repartidores, el cual es personalísimo.

Conforme a lo expuesto, en el presente caso, es la empresa la que asume la competencia para adoptar la totalidad de decisiones del servicio, fijando sus condiciones de ejecución y retribución, y las circunstancias de día, hora y tiempo invertido en la ejecución; es la empresa la que fija el precio del servicio prestado y quien elabora y emite los modelos de facturación; es la que asume el riesgo, pues si uno o varios paquetes no se pueden entregar, el paquete retorna a su centro y lo vuelve a incluir en un nuevo bloque sin que ello afecte a la retribución del colaborador; concurre la ajenidad de los frutos por cuanto es la referida empresa quien se apropia de un modo directo del resultado de la prestación de trabajo, que redundará en su beneficio; concurre la ajenidad en los medios, comparando la importancia económica de la infraestructura creada por la empresa y la propia app y los medios proporcionados por el colaborador (su teléfono y el vehículo o bicicleta en el que hiciera el transporte). De este modo, se trata de una empresa que desarrolla no solo la actividad de logística y operador del transporte, sino que presta el servicio de recadería y mensajería, fijando las condiciones de dicho servicio que presta a otra empresa del grupo (la que se encarga de la venta), permitiendo que esos productos lleguen al comprador; la empresa es la titular de los activos esenciales para realizar esa actividad sirviéndose de repartidores que carecen de organización empresarial propia y autónoma, y que prestan su servicio insertados en la organización del servicio de aquella, sometidos a la dirección y organización de la app, quedando sometidos a valoraciones de la calidad y fiabilidad, es decir, al control de la empresa a través de los mecanismos instaurados por la app, careciendo el repartidor de capacidad para organizar su prestación del trabajo, quedando en todo caso sometido a los criterios organizativos de la empresa. Concurren, en definitiva, los elementos de dependencia y ajenidad, que determinan calificar las relaciones jurídicas analizadas y a las que se refiere el acta de liquidación, como relaciones laborales comunes, lo que supone estimar la demanda de oficio declarando que las personas reflejadas en el listado mantuvieron una relación laboral en los periodos que abarca el acta de liquidación.

(SJS núm. 14 de Madrid de 2 de febrero de 2023, núm. 31/2023)

### Personal sanitario. Un juzgado de Bilbao reconoce la incapacidad absoluta a un celador por COVID persistente

Reconocimiento de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo por COVID persistente a un celador. Se abre la puerta al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Personal sanitario. Incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo. Trabajador, de profesión celador, que sufrió en marzo de 2020 una infección por coronavirus, estando diagnosticado de COVID persistente con una clínica de fatiga, mareos, inestabilidad, insomnio, niebla mental y taquicardia, habiendo sido tratado por los servicios de neurología, medicina interna y psiquiatría.

Para valorar el estado del trabajador y su inadaptación en este concreto grado de invalidez, ha de estarse a una real y razonable capacidad de trabajo, de manera que se encontraría en esta situación aquel que sufre lesiones y reducciones funcionales que solo consienten trabajo en quehaceres livianos y sedentarios, y ello en un afán de superación que va más allá de lo razonable,





con riesgo para su salud; aquel que no puede realizar un quehacer asalariado con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en condiciones de rentabilidad empresarial, y todo aquel que solo pueda desempeñar actividad por cuenta ajena con un esfuerzo y heroísmo excepcionales, no exigibles en modo alguno a ningún trabajador. En esa valoración no cabe tener en cuenta las dificultades que pueda tener el trabajador para encontrar empleo, por razón de su falta de conocimientos o preparación, pues las limitaciones para el trabajo han de provenir de enfermedad o accidente. De otra parte, no cabe equiparar inhabilidad para el trabajo con imposibilidad material de efectuar cualquier labor. La LGSS así lo viene a revelar al recoger la compatibilidad de la invalidez en grado de incapacidad permanente absoluta con la realización de trabajos marginales. Esa ausencia de habilidad ha de entenderse como pérdida de la aptitud psicofísica necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial (no a costa de su magnanimidad) y, por tanto, con la necesaria continuidad, dedicación, eficacia y profesionalidad exigible a un trabajador, fuera de todo heroísmo o espíritu de superación excepcional por su parte. En el caso analizado, desde el punto de vista neuropsiquiátrico, es revelador el informe emitido a instancias de la mutua, que concluye que el actor presenta un síndrome depresivo grave reactivo a COVID persistente además de un deterioro cognitivo moderado que afecta a la atención concentrada, sostenida, velocidad de procesamiento y memoria de trabajo, indicando que es capaz de funcionar con cierta autonomía, pero dentro de su entorno, limitándose a unas rutinas cada vez más reducidas, agregando que toda actividad nueva o que la tenga que hacer en un tiempo tasado le resulta problemática, siendo su funcionamiento cognitivo incompatible con un rendimiento laboral. Señala dicho informe que presenta un entecimiento general, que su capacidad de atención concentrada y sostenida es limitada, que la velocidad de procesamiento de la información está por debajo de la media, con dificultades de atención, así como deterioro de las habilidades de planificación y organización. A ello hay que añadir que, desde el punto de vista físico, y tal como se describe en el informe pericial del doctor, presenta hemiparesia izquierda, marcha con cojera, inestabilidad con sensación de mareos, parestesias, pérdida de orientación, pérdida de fuerza generalizada. En tal situación debemos concluir que el demandante no está en condiciones de desarrollar ninguna profesión por sencilla que sea con los mínimos de eficacia y profesionalidad exigibles, dado que además de la limitación física que presenta está aquejado de un deterioro cognitivo moderado que afecta a las capacidades de concentración, velocidad de procesamiento y memoria de trabajo, presentando autonomía solo en su entorno y para rutinas reducidas, siendo por el contrario problemática toda actividad nueva o que tenga que desarrollar en un tiempo tasado y con un funcionamiento cognitivo que se señala incompatible con un rendimiento laboral. Procede, por lo expuesto, la íntegra estimación de la demanda reconociendo al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo.

(SJS núm. 2 de Bilbao de 15 de diciembre de 2022, núm. 503/2022)