

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de julio de 2023)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO -GUÍA-

El Tribunal Supremo recuerda que, a falta de previsión expresa en el convenio de aplicación, el plus de toxicidad debe abonarse por día trabajado

Convenios colectivos. Sector de limpieza de edificios y locales. Trabajo en quirófanos. Determinación de si el plus de toxicidad debe abonarse por días naturales o por días efectivamente trabajados.

El complemento de toxicidad es uno de los que se vinculan al trabajo realizado, aquellos que el viejo Decreto de ordenación del salario denominaba en su artículo 5 B) «de puesto de trabajo». Este tipo de complementos resarcen al trabajador de las especiales condiciones que tiene la actividad laboral que desempeña y las mismas atienden no a su categoría profesional ni a otras circunstancias de carácter personal, de ahí que su percepción deba ser establecida por la negociación colectiva en los términos que la misma disponga, entendiéndose que, ante el silencio de la norma convencional, solo se abonan cuando acaecen en el trabajo las condiciones que determinan su existencia y que, por tanto, no tienen carácter consolidable. En el caso analizado, no habiéndose establecido en el convenio de referencia disposición alguna que regule el discutido plus de manera distinta a la que resulta de la aplicación de la anterior doctrina de la sala, cabe afirmar que se trata entonces de un complemento vinculado al puesto de trabajo que, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual (lo que no ocurre en el caso de los actores), habrá de percibirse cuando realmente y de manera efectiva se desempeñe esa actividad que comporta la toxicidad que se retribuye con el complemento, esto es, por día efectivo de trabajo y no por día natural (*Vid.* STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2020, rec. núm. 3840/2020, casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2023, rec. núm. 3840/2020).

Sucesión de contratas. Incumplimiento de la obligación de subrogación. Despido colectivo de hecho. Las bajas voluntarias impuestas por la empresa como requisito para una contratación ex novo computan a efectos de superar el umbral del artículo 51 del ET

Adjudicación del servicio de vigilancia incardinable en el convenio colectivo de empresas de seguridad privada. Incumplimiento por la nueva adjudicataria de la obligación de integrar en su plantilla a todos los trabajadores de la empresa cesante (62), proponiendo a algunos de ellos que será posible su contratación si previamente se dan de baja (13). Superación de los umbrales previstos para el despido colectivo en el artículo 51.1 del ET. Nulidad. Fraude de ley.

A efectos de superar el umbral que obliga a la empresa a seguir los trámites del despido colectivo, deben computarse las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, como aquellos supuestos que tienen su origen último en la voluntad empresarial, es decir, a su iniciativa. Cuando la empleadora entrante anuncia a varios trabajadores de la saliente que no va a proceder a su subrogación, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, y de esta manera lo lleva a efecto, resulta innegable que la iniciativa se residencia en la mercantil que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados ex novo y poder continuar trabajando. No concurre ningún motivo inherente a la persona de los trabajadores para que acaezca el despido, sino bajas o ceses claramente constreñidos por la





empresa adjudicataria. Si esta hubiera asumido no solo el servicio sino también a los trabajadores afectados, se habría producido la continuidad en la prestación que sostiene y no una ruptura del vínculo seguida inmediatamente de una nueva y diferente contratación, conformada por sus propias circunstancias, entre las que figurará concernida su antigüedad. El efecto perseguido con la exclusión en el cómputo de estas extinciones calificadas de bajas voluntarias se patentiza igualmente en la minoración del umbral fijado por el legislador para los trámites del despido colectivo, logrando soslayarlos. La afectación real, sin embargo, superó los límites determinados por la norma que se trató de eludir, evidenciando una situación de fraude que quebranta las exigencias del artículo 51 del ET, y debe ser corregida. De esta forma lo ha efectuado la sentencia recurrida al concluir que se trataba de un despido colectivo, cuya nulidad declara, con obligación de readmisión en las mismas condiciones que se ostentaban al tiempo del cese, así como al abono de los salarios dejados de percibir. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2023, rec. núm. 223/2022).

Complemento por mínimos en las pensiones de la Seguridad Social. A partir de la LPGE para 2007, legalmente y no solo en normas reglamentarias, se exige la convivencia en los supuestos de cónyuge a cargo del titular de la pensión

Pensionista de incapacidad permanente total para la profesión habitual. Complemento a mínimos por cónyuge a cargo. Derecho a su percepción por quien, estando divorciado, abona a su excónyuge una pensión compensatoria.

En el caso analizado, la sentencia recurrida funda erróneamente su fallo en la [STS de 22 de diciembre de 2005 \(rec. núm. 552/2005\)](#), ya que cuando esta se dictó, las leyes de presupuestos generales del Estado no exigían expresamente el requisito de la convivencia (aunque sí lo hacían las normas reglamentarias de revalorización). Esta sentencia razonaba que las normas reglamentarias no podían ser contrarias a los mandatos legales, por lo que no se podían interpretar en el sentido de poder privar de un derecho que la ley reconoce. Lo que sucede es que, a partir del artículo 46.3 de la Ley 42/2006, de presupuestos generales del Estado para 2007, y probablemente como reacción a la STS de 22 de diciembre de 2005, las leyes presupuestarias pasaron a exigir, en la propia ley y de forma ininterrumpida, el requisito de la convivencia. Una vez incorporado este requisito en normas de rango de ley formal, ya no se puede argüir que se exige un requisito, el de la convivencia, que la ley no exige, porque ahora la ley sí lo hace. Es verdad que la STS de 22 de diciembre de 2005 incorpora otros razonamientos adicionales diferenciando el requisito de la dependencia económica del de la convivencia. Pero su fundamentación central giraba alrededor de la señalada (entonces) ausencia de previsión legal expresa y de la prevalencia de la ley sobre el reglamento. Por lo demás, la STS de 22 de diciembre de 2005 insistía en que la exención del requisito de la convivencia solo podía realizarse en ciertos supuestos muy reducidos y de carácter marcadamente excepcional y en supuestos muy contados y extremos.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2023, rec. núm. 1102/2021)

Requisitos del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina en orden a la fundamentación de la infracción legal que se denuncia

Recurso de casación para la unificación de doctrina (RCUD). Escrito de interposición. Alegación de una defectuosa elaboración del escrito al no concretar las infracciones puestas de manifiesto.

La sala, al aplicar el artículo 224 de la LRJS, relativo al contenido del escrito de interposición del RCUD, viene reiterando que dicho recurso es excepcional y que, sin incurrir en formalismos excesivos o enervantes, ha de darse exacto cumplimiento a las normas que lo rigen, de forma que en el escrito de interposición es preceptivo no solo la cita de los preceptos legales infringidos por la sentencia recurrida, sino que debe fundamentarse y razonar la infracción cometida. Y ello, entre otras cosas, porque en el recurso





de casación unificadora esta Sala Cuarta podrá optar por una de las dos interpretaciones en liza (la de la sentencia recurrida o la de la sentencia referencial), pero también podrá sentar una doctrina distinta, pues no está obligada, desde luego, a optar por la de aquellas sentencias. No basta con que el recurso se remita o reproduzca la fundamentación de la sentencia de contraste. Ello se debe a que la sala no puede perder su imparcialidad, supliendo la inactividad de una de las partes por la vía de construir de oficio la fundamentación de la infracción legal, lo que causaría indefensión a las otras partes y lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso, no es posible tener por cumplida la formalidad del escrito de interposición en orden a la fundamentación de la infracción legal denunciada, con la reproducción de una parte de lo que pueda recoger la sentencia de contraste, ya que lo que se está combatiendo es la sentencia recurrida y lo que debe exponer la parte es en qué medida la resolución judicial impugnada ha infringido cada uno de los preceptos que se identifican como vulnerados y nada de ello se hace. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2023, rec. núm. 766/2021)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Cese por ineptitud sobrevenida. El informe del servicio de prevención ajeno, declarando no apto al trabajador, es medio de prueba suficiente si describe con detalle sus secuelas y limitaciones funcionales en relación con su puesto de trabajo

Despido objetivo por ineptitud sobrevenida con base en informe del servicio de prevención ajeno. Validez como medio de prueba para acreditar la causa del cese.

Para poder resolver el contrato con base en la ineptitud sobrevenida es preciso que la empresa demuestre no solo esta, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones de la persona trabajadora. Por esta razón, la declaración emitida por los servicios de prevención ajenos con la declaración simplemente de «no apto» no puede operar de forma automática para permitir la extinción del contrato por la vía del artículo 52 a) del ET. No hay que olvidar que la LPRL obliga al empresario a garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. En el caso analizado, la empresa basó su decisión de despedir al trabajador en virtud del informe del servicio de prevención con resultado de no apto. Sin embargo, en dicho informe se mencionaban los riesgos específicos del puesto de trabajo del actor, llegando a la conclusión de que no era apto «al presentar proceso médico que podía conllevar agravamiento y riesgo de accidente al desempeñar las tareas descritas en profesiograma, que exige bipedestación prolongada, posturas forzadas, manipulación de pesos, trabajos en alturas y espacios confinados». Y todo ello a la vista de las secuelas de lumbalgia/lumbociatalgia que padecía. Por lo tanto, en el informe del servicio de prevención que nos ocupa sí se hace mención a las limitaciones que presenta el operario en relación con su puesto de trabajo y los riesgos del mismo a la vista de las lesiones que presenta. Así, en dicho informe se describen con detalle sus antecedentes médicos, lesiones actuales, dolor que presenta, cojera manifiesta al caminar, y los resultados tras el reconocimiento médico efectuado, con multitud de pruebas médicas que se recogen en el mismo, con descripción de su incidencia en las tareas desempeñadas. Por tanto, se dan los requisitos establecidos por la doctrina judicial para la aplicación de la causa extintiva prevista en el artículo 52 a), toda vez que se ha acreditado por la empresa, a quien incumbía, que el grado de ineptitud que tales limitaciones supondrían en el puesto de trabajo desempeñado le impedirían asimismo desempeñar otro puesto de trabajo de su misma categoría profesional. El solo diagnóstico de no apto realizado por el servicio de prevención es insuficiente para tener por acreditada la ineptitud sobrevenida para el desempeño de las fundamentales tareas del puesto de trabajo, capaz de justificar el despido por causa objetiva. Pero en este caso el no apto de dicho informe se ve justificado por el detalle en la descripción de las secuelas actuales del afectado en relación con su puesto de trabajo.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 20 de marzo de 2023, rec. núm. 113/2023)

La caída sufrida por un interino durante las pruebas realizadas para obtener la titularidad de la plaza es accidente de trabajo

Accidente de trabajo. Rescatador de helicóptero de salvamento. Lesión sufrida por funcionario interino durante la realización de pruebas selectivas de la oposición a la que se había presentado, coincidente con la plaza que ocupaba.

Ha de calificarse como accidente laboral aquel en que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante. La relación de causalidad como conexión entre trabajo y lesión opera de forma flexible y en sentido amplio, al comprender tanto aquellos supuestos en que el trabajo es causa única o concurrente de la lesión, como aquellos otros en que actúa como condición, sin cuyo concurso no se hubiera producido dicho efecto o este no hubiera adquirido una determinada gravedad. Este último supuesto, el de la ocasionalidad relevante, se caracteriza por dos circunstancias: una negativa que consiste en que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo y otra positiva que reside en que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquella. En el caso analizado, el actor, al ser funcionario/trabajador, es decir, por motivo del trabajo, se presenta a las pruebas que lo habilitan como fijo, y tal accidente se ha producido con ocasión de mejorar en su trabajo. Si se quería mantener el puesto y obtener la estabilidad laboral, era imprescindible que el actor se presentara y superara las pruebas selectivas convocadas. Pero, además, el accidente se produjo por la mañana cuando, teniendo que estar trabajando presencialmente, obtuvo permiso para concurrir al examen de oposición para el ingreso en el Cuerpo Técnico Auxiliar (especialidad protección civil), al caerse durante las pruebas de un tablón de equilibrio a cuatro metros de altura. Es el desarrollo de una actividad profesional el que ha determinado la exposición del sujeto protegido a unos riesgos que, pese a no ser inherentes al trabajo, están conectados con él. Existe entonces una relación causal indirecta con el trabajo porque el accidente no se produce fuera del radio de influencia racional del trabajo.

(STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 5 de junio de 2023, rec. núm. 269/2023)

Accidente de trabajo: la doctrina de la ocasionalidad relevante no se aplica a los trabajadores autónomos

Concepto de accidente de trabajo en el RETA. Fisioterapeuta que en un descanso (para merendar) entre paciente y paciente se corta en la mano con un vaso mientras lo fregaba, con resultado de rotura de tendones.

El accidente de trabajo se delimita en el RETA de manera más restrictiva que en el RGSS, puesto que no se contempla que el accidente se haya sufrido «con ocasión» (art. 156 TRLGSS), sino únicamente «como consecuencia directa e inmediata del trabajo» que realiza el trabajador por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial (art. 316.2 TRLGSS). Así no es de aplicación la presunción de laboralidad del artículo 156.3 del TRLGSS y aunque las lesiones que sufra el trabajador autónomo hayan sobrevenido en tiempo y lugar de trabajo, le corresponde probar en todo caso la relación de causalidad entre las lesiones sufridas y la efectiva realización de los trabajos. La instauración de este concepto más restrictivo obedece a que el control de la actuación del trabajador autónomo y la investigación de los accidentes es más difícil, pues no está sometido a control laboral u horario de trabajo, volumen o rendimiento de actividad directa. Existen, por tanto, dos diferencias esenciales en relación con el régimen general, la desaparición de la ocasionalidad y la inexistencia de la presunción general del carácter laboral de cualquier lesión o dolencia que se produzca en tiempo y lugar de trabajo, de modo que es el trabajador autónomo el que debe probar la conexión causal entre la lesión padecida y el trabajo determinante de su inclusión en el régimen especial de la Seguridad Social. En el caso analizado, la demandante es trabajadora autónoma y las lesiones no han acaecido como consecuencia directa e inmediata del desempeño de su trabajo, pues la efectiva realización de sus funciones de fisioterapeuta o la limpieza del instrumental no han sido la causa de las lesiones sufridas y, como ya se ha expuesto, en la configuración legal del accidente de trabajo en este régimen establecida en el artículo 316.2 del TRLGSS se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta, o el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional y ninguno de estos supuestos concurre en el presente caso.

(STSJ de Canarias/Tenerife, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2023, rec. núm. 67/2022)

Sector bancario. Teoría del paréntesis. Se aplica al periodo de excedencia voluntaria compensada que se suscribe con el fin de reducir el número de afectados por un despido colectivo

Desempleo. Duración de la prestación en función del periodo de ocupación cotizado. Efectos de la situación de excedencia voluntaria compensada a la que se accede (en el sector bancario) con el fin de reducir el número de afectados por un despido colectivo en condiciones que no permiten al trabajador acceder a un empleo concurrente. Aplicación de la teoría del paréntesis.

Los tiempos excluidos del periodo computable son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Se han considerado como tales: la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el *animus laborandi*, o lo que es igual, la voluntad de no apartarse del mundo laboral; la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; la percepción de una prestación no contributiva de invalidez, en que tampoco se cotiza; el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales; la existencia comprobada de una grave enfermedad que conduce al hecho causante, por la que es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, etc. Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo, que no es revelador de la voluntad de apartarse del mundo laboral. Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguro, y también, en su caso, la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal, en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado. Esa concepción de la teoría del paréntesis ha sido establecida por la jurisprudencia desde una perspectiva flexibilizadora y humanizadora de los requisitos de estar en alta y de reunir las cotizaciones suficientes para la prestación que se reclama, de manera que, cuando se acredita una voluntad de acceder al trabajo puesta de manifiesto por la inscripción en la oficina de empleo, ese periodo de ausencia de cotización debe configurarse como un paréntesis que haga retrotraer el momento a partir del cual se ha de computar el periodo de carencia específica desde el momento en que se cesó en el trabajo efectivo y cotizado. En el caso de autos, es correcta la aplicación de la teoría del paréntesis, pues se aprecia la voluntad de permanencia del demandante en el mercado de trabajo mientras estuvo en la situación de excedencia (al buscar sin éxito empleo en actividad distinta a la bancaria), situación no buscada por el trabajador a pesar de haber sido calificada como voluntaria por los motivos antes expuestos.

(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2023, rec. núm. 4920/2022)

Desempleo. Modalidad de pago único. La adquisición de medios productivos mediante pagos en metálico por importe superior al autorizado por la normativa de prevención de blanqueo de capitales no invalida el negocio

La protección por desempleo. Modalidad de pago único. Efectos de la adquisición de medios productivos mediante pagos en metálico por importe superior al autorizado por la normativa de prevención de blanqueo de capitales.

Llevar a cabo pagos en efectivo contraviniendo el artículo 7.1 de la Ley 7/2012 implica un ilícito administrativo-fiscal, pero no enerva la eficacia que dicho pago en metálico pueda tener en otros aspectos del ordenamiento jurídico, como cumplimiento de un negocio jurídico determinado, pues la Ley 7/2012 no sanciona expresamente con la nulidad radical estos pagos en metálico, ni sería coherente tal nulidad con el hecho de que a efectos sancionadores-fiscales se declare responsable tanto al pagador como al receptor del pago en efectivo, ni esta nulidad se deriva de la aplicación de normas civiles, mercantiles o laborales reguladoras





de las obligaciones pecuniarias cuyo pago pueda haberse hecho en metálico, sin perjuicio de que, a efectos de prueba del pago, cuando el mismo es discutido, los abonos en metálico por encima de 2.500 euros hayan de ser contemplados con suspicacia y por ello al pagador se le haya de exigir una prueba cumplida del mismo, más allá incluso del mero recibo firmado por el acreedor. Tanto un cheque al portador como las órdenes de ingreso en metálico tienen la consideración de medios de pago en efectivo conforme al artículo 34.2 de la Ley 10/2010 y al artículo 7 de la Ley 7/2012. En el presente caso se ha acreditado que fueron reales y efectivos, pues se correspondían con un traspaso de dinero desde la actora hasta el vendedor de los bienes, y no cuestionándose ni que la demandante haya efectivamente adquirido esos bienes, ni que esté haciendo uso de los mismos en una actividad empresarial por cuenta propia, la aplicación del artículo 7 de la Ley 7/2012 solo ha de llevar a poner en conocimiento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria la existencia de tales pagos en metálico para que por la misma se inicien, en su caso, las actuaciones sancionadoras que correspondan. Pero no cabe considerar que esos pagos son inexistentes, o sin ninguna validez jurídica, a efectos de acreditar la afectación de la prestación capitalizada a la realización de la actividad por cuenta propia.

(STSJ de Canarias/Tenerife, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023, rec. núm. 91/2022)

Las meras manifestaciones del trabajador pueden ser prueba suficiente para la acreditación de un accidente de trabajo *in itinere*

Prueba de accidente de trabajo *in itinere*. Trabajadora que sufre una caída al bajarse de su coche en el parking de la empresa. Solicitud por la mutua de la supresión de hechos probados al estimar que la convicción de la magistrada de instancia proviene de meras referencias de la accidentada.

Las meras manifestaciones del trabajador respecto a la existencia de una lesión en tiempo y lugar de trabajo pueden ser medio de convicción suficiente y válido, si estas manifestaciones tienen apariencia de verosimilitud, son persistentes en el tiempo –es decir, que desde el principio se ha mantenido una misma versión, sin incurrir en contradicciones– y resultan congruentes con los resultados de otras pruebas, todo lo cual en el presente caso en principio parece concurrir. Por desgracia, no siempre se emiten informes de declaración de accidente por las empresas de forma inmediata –especialmente en accidentes o lesiones de poca entidad–, por lo que no puede en modo alguno limitarse la acreditación de los accidentes de trabajo a esos partes de declaración y, desde luego, la constatación de si hubo o no un accidente de trabajo no puede depender de que la mutua que cubra las contingencias profesionales se avenga, desde el principio, a asumir la contingencia. En el caso analizado, la magistrada de instancia, teniendo en cuenta las diversas manifestaciones de la trabajadora, los partes médicos y el informe de circunstancias del incidente, ha efectuado la valoración global de prueba, que solo a ella compete, y se ha formado la convicción de que el accidente ocurrió como describe la trabajadora. La mutua no apunta en su recurso a incoherencias o contradicciones en las manifestaciones de la actora en los diversos documentos, que permitan considerar que falta la consistencia y apariencia de verosimilitud. Se limita a sostener que las meras manifestaciones de la trabajadora no son prueba, cuando tales manifestaciones pueden constituir una prueba válida para acreditar un accidente de trabajo en el que solo se cuenta con su palabra, por ausencia de testigos, y de la coherencia de las mismas con las circunstancias objetivas acreditadas que, en este caso, son el estado deficiente e inadecuado del pavimento del *parking* y la realidad de las lesiones que sufrió y que constan en los partes médicos.

(STSJ de Canarias/Tenerife, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2023, rec. núm. 196/2022)