

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de octubre de 2021)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

El Tribunal Supremo recuerda que la monetización de los *tickets* restaurante no muda la naturaleza de dicha percepción

Monetización de los *tickets* restaurante. Empresa que procede a su abono, en virtud de acuerdo, reflejándolo en la nómina bajo el concepto «compensación derechos *tickets* restaurante», por importe de 125 euros mes. Inclusión de su importe a efectos de fijar el complemento de IT hasta el 100 % de las percepciones salariales. Improcedencia.

Con carácter general, la sala viene manteniendo que la naturaleza –salarial o extrasalarial– de los pluses de transporte y vestuario dependerá –al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el convenio– de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento de vestimenta profesional del trabajador, sin que pueda deducirse de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remuneran tales complementos. Aplicando la anterior doctrina al supuesto debatido se ha de concluir que el importe de los *tickets* restaurante no tiene naturaleza salarial sino indemnizatoria. El dato de que se trate de una percepción en dinero, en lugar de en especie, como era con anterioridad, no varía la naturaleza de la percepción, ya que no toda percepción económica es una percepción de naturaleza salarial, como resulta del artículo 26.2 del ET. Avalan la conclusión de que se mantiene la naturaleza indemnizatoria y no salarial de los citados *tickets* las siguientes consideraciones: en el acuerdo de 21 de abril de 2017 se hace constar que al concepto de «compensación derechos *tickets* restaurante» se continuarán aplicando las mismas reglas y condiciones de la compañía que venían aplicándose hasta el día 1 de marzo de 2017. El importe de los *tickets* restaurante ni antes ni después del acuerdo de 21 de abril de 2017 ha sido tenido en cuenta para las actualizaciones salariales. El importe de los *tickets* restaurante ni antes ni después del acuerdo de 21 de abril de 2017 ha sido tenido en cuenta para el cálculo de la retribución variable. No se percibe el importe de los *tickets* restaurante en el supuesto de que haya derecho a dietas. El importe de los *tickets* restaurante se percibe únicamente por aquellas categorías que lo venían percibiendo con anterioridad al acuerdo y cuya jornada es partida. No empece tal conclusión el hecho de que la empresa incluya el importe de los *tickets* restaurante en el cálculo de las indemnizaciones por despido, ya que se trata de una decisión unilateral de la empresa que supone una mejora de la indemnización legalmente fijada, pero que no altera la naturaleza de los citados *tickets*. Finalmente cabe señalar que la percepción controvertida no ha de ser tenida en cuenta para establecer el importe del complemento de la prestación de IT según establece el convenio colectivo de aplicación, ya que se complementan hasta el 100 % de las percepciones salariales, pero no está establecido que hayan de computarse las percepciones indemnizatorias.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2021, rec. núm. 2/2020)

El CGPJ es deudor de seguridad frente a los riesgos laborales de jueces y magistrados y, como tal, actúa a modo de empresario

Adecuación/inadecuación de procedimiento. Litigios relacionados con la prevención de riesgos laborales de jueces y magistrados. Demanda de conflicto colectivo promovida por cuatro asociaciones judiciales, en la que se reclama la elaboración por el CGPJ, de modo general y abstracto, de las cargas máximas de trabajo de jueces y magistrados a efectos de salud laboral, con el fin de dar cumplimiento a la obligación establecida en el Plan de prevención de riesgos laborales.

En el presente caso, ha de estimarse que es procedimiento idóneo el de conflicto colectivo y no el de impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151 LRJS). En relación con la carga de trabajo entiende esta sala, contrariamente al parecer de la sentencia recurrida, que una cosa es la lógica interrelación entre la determinación de la carga de trabajo, tanto a efectos de retribuciones especiales o de creación de órganos judiciales, como en lo disciplinario o en materia de salud laboral, y otra cosa es que el incumplimiento de sus obligaciones por parte del CGPJ en la determinación de las cargas de trabajo a efectos retributivos y/o disciplinarios y/o a efectos de creación de órganos comporte la inexistencia del cumplimiento de sus obligaciones en materia de salud laboral de jueces y magistrados ante la competente jurisdicción social. La única referencia a la materia de seguridad y salud en la normativa del CGPJ es la que se contiene en el artículo 317 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial. De ella se deduce que el propio CGPJ interpreta que los jueces y magistrados no exigen, por tal condición, a modo de blindaje o aforamiento, unas normas de prevención de riesgos laborales a definir por la LOPJ como norma de garantía de la función judicial, sino que se acepta que a los mismos les es aplicable la normativa general de prevención de riesgos laborales, asumiendo, además, que esta regulación general se aplica a los jueces, aunque ni en la normativa de la Unión Europea, ni en la LPRL que traspone las directivas de la Unión, ni en el artículo 2 e) de la LRJS, se haga referencia expresa a los jueces, aunque no cabe duda de que están incluidos en su ámbito de aplicación. Resulta trascendente a los efectos discutidos señalar que el CGPJ al elaborar, aprobar y asumir el referido plan de prevención, cuyo cumplimiento se exige por las asociaciones judiciales demandantes, no está actuando como una Administración pública en el ejercicio de sus potestades y funciones, sino que realmente actúa a modo de empresario, al que afectan las obligaciones contenidas en la LPRL, entendiendo el concepto «empresario» en el caso como garante de seguridad frente a los riesgos laborales de jueces y magistrados. Así resulta de la introducción del «Plan de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial (2015-2016)». No hay que olvidar que lo que caracteriza a la modalidad procesal de conflictos colectivos es que únicamente tienen cabida las pretensiones que busquen una solución fundada en derecho y que afecte a un grupo indiferenciado de trabajadores, en el sentido de que el interés controvertido no sea el individual de cada uno de los integrantes del grupo, sino el del grupo mismo, indiferenciadamente considerado, afectando la sentencia que lo resuelva al interés del grupo y no de forma particularizada al de cada uno de los trabajadores que lo integran, aunque en la práctica llegue después a implicar algún efecto para estos. En cualquier caso, mientras que el conflicto colectivo alude a la existencia de una controversia que puede ser solventada aplicando una norma, el conflicto de intereses o económico no puede ser solventado con base en la aplicación de una norma, sino que se debe resolver a través de la voluntad negociadora de las partes, que no puede ser suplantada en ningún caso por ningún juez ni tribunal. Por tanto, la pretensión actora tiene su encaje en la modalidad procesal de conflicto colectivo, que se estima es la adecuada, en tanto que la primera de las pretensiones consiste en que el CGPJ cumpla con sus obligaciones de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral; y ello sin perjuicio de las restantes pretensiones, lo cual por sí solo determina la adecuación del procedimiento. No resulta por el contrario de aplicación la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral, y de seguridad social excluidos los prestacionales, regulada en el artículo 151 de la LRJS, por cuanto que no estamos ante una impugnación de un acto o resolución de la Administración, sino que se cumpla por el CGPJ con su obligación, documentada en el «Plan de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial 2015-2016», de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral, actuando el CGPJ como «empresario» o garante de seguridad, al que afectan las obligaciones contenidas en la LRJS. Sala General. **Voto particular.** En modo alguno puede configurarse el CGPJ como deudor de obligaciones empresariales,





como la seguridad y salud en el trabajo o de la contraprestación básica: la salarial. En todo caso, serían deudores de tales obligaciones el Ministerio de Justicia y, en su caso, los órganos correspondientes de las comunidades autónomas y quienes podrían desenvolverse en tales materias «a modo de empresario»; pero nunca el Consejo. Para poder actuar «a modo de empresario» en materia de prevención de riesgos laborales sería necesario que se hubiese dotado al Consejo de los medios materiales y económicos para poder cumplir con una hipotética deuda de seguridad. A una institución que carece de tales medios, que por sí sola no puede dotar de medios materiales y humanos a los distintos órganos jurisdiccionales, difícilmente puede exigírsele que establezca regulaciones en materia de seguridad y salud laboral que, objetiva y racionalmente, exigen ineludiblemente el compromiso de inversiones presupuestarias y de las subsiguientes asignaciones económicas que no están al alcance del Consejo. La actuación que se reclama del CGPJ no es propia de la condición de un empleador que debe cumplir las previsiones y exigencias de la LPRL. Aun partiendo de la premisa de que estamos ante una controversia de tipo jurídico y no regulatoria, su examen no podría llevarse a cabo a través del procedimiento de conflictos colectivos previsto en los artículos 153 y siguientes de la LRJS. Tal proceso especial no se creó para dirimir cuestiones como la que nos ocupa; es decir: exigir que una institución fundamental del Estado constitucional se vea obligada a establecer una regulación para cuya configuración e implementación carece de instrumentos materiales y económicos. Y, mucho menos, para entender que las asociaciones judiciales representen, a modo de sindicatos, intereses generales respecto de sus condiciones de trabajo, precisamente contra el CGPJ que es el órgano constitucional garante del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de jueces y magistrados con plena independencia (*Vid.* SAN, Sala de lo Social, de 11 de septiembre de 2019, núm. 100/2019 –NSJ060277–, casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 2021, rec. núm. 3/2020)

Incurren en infracción muy grave los centros sanitarios que hacen exámenes de salud a los trabajadores sin contar con la correspondiente autorización administrativa, y ello aunque no se presenten en el mercado como servicio de prevención ajeno

Reconocimientos médicos. Encargo de los exámenes de salud a un servicio de prevención externo quien, a su vez, subcontrata o cede su realización a un centro sanitario que carece de la preceptiva acreditación de la autoridad laboral. Imposición de sanción por la comisión de falta muy grave.

La lectura de los artículos 22.6 y 31.5 de la LPRL revela claramente que la vigilancia y control de la salud de los trabajadores se encomienda al personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada, encuadrado en los servicios de prevención, cuyo reconocimiento como entidades especializadas deberá ser objeto de una acreditación por la autoridad laboral, que será única y con validez en todo el territorio español, mediante la comprobación de que reúnen los requisitos que se establezcan reglamentariamente y previa aprobación de la autoridad sanitaria en cuanto a los aspectos de carácter sanitario. Dichos requisitos acreditan por sí mismos que no están legitimados para el control de la salud de los trabajadores los centros que no reúnan los requisitos ya mencionados. La acreditación por la Administración laboral, previa aprobación de la Administración sanitaria, en cuanto a los aspectos de carácter sanitario, es requisito constitutivo para actuar como servicio de prevención ajeno y tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de los requisitos de funcionamiento mencionados en el artículo 17 del Real Decreto 39/1997, así como los recursos materiales necesarios para el desempeño de sus funciones, exigidos por el artículo 18 de la norma antes dicha. Entre las funciones exigidas a los servicios de prevención está la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo y, si bien les corresponde asumir directamente las funciones previstas en el artículo 31.3 de la LPRL, pueden subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad, así como disponer mediante arrendamiento o negocio similar de instalaciones y medios materiales que estimen necesarios





para prestar el servicio en condiciones y con un tiempo de respuesta adecuado, sin perjuicio de la obligación de contar con carácter permanente con los recursos instrumentales mínimos. En el caso analizado ha quedado perfectamente demostrado que la empresa recurrente no estaba acreditada por la autoridad laboral para realizar funciones de prevención de la salud de los trabajadores, y se ha comprobado que realizaba con sus propios medios y recursos reconocimientos médicos a trabajadores de otras empresas, supliendo, a estos efectos, la actividad que correspondía al servicio de prevención externo, que sí era propiamente un servicio de prevención ajeno, acreditado por la autoridad laboral, quien había arrendado las instalaciones de la recurrente para efectuar con sus propios medios la actividad de vigilancia de la salud laboral. Consiguientemente, dicha actuación se subsume directamente en lo dispuesto en el artículo 13.11 de la LISOS, que considera falta muy grave el ejercicio de actividades propias de un servicio de prevención ajeno, sin contar con las autorizaciones administrativas exigidas legalmente. A estos efectos no es relevante que la recurrente no se presente en el mercado como servicio de prevención ajeno, ya que la norma no sanciona la publicidad empresarial, sino el ejercicio de funciones propias de un servicio de prevención ajeno sin autorización, sin que se haya acreditado, de ninguna manera, que dichos reconocimientos se subcontrataran para la realización de actividades que requerían conocimientos especiales, habiéndose acreditado, por el contrario, que la empresa recurrente contaba únicamente con un médico generalista.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2021, rec. núm. 2217/2018)

AUDIENCIA NACIONAL -GUÍA-

COVID-19. La empresa puede suprimir la compensación por comida de los trabajadores con jornada partida cuando presten sus servicios en régimen de teletrabajo

Trabajadores con jornada partida que pasan a régimen de teletrabajo a raíz de la pandemia por coronavirus. Supresión por la empresa de forma unilateral del derecho a compensación por comida. Procedencia.

Del convenio de aplicación se deduce que la regla general es que la empresa efectúe la prestación en especie a través de un servicio de comedor en el centro de trabajo o en sus cercanías inmediatas y, excepcionalmente, proceda al abono en metálico de las cantidades en él contempladas, por lo que la compensación por comida en jornada partida está pensada para el trabajo presencial y no para el teletrabajo. No hay que olvidar que la compensación o subvención por comida no es un concepto salarial sino indemnizatorio, por cuanto que con el mismo no se compensa trabajo efectivo, sino los mayores gastos en que puede incurrir a consecuencia de los servicios prestados el trabajador que presta servicios en régimen de jornada partida, ya que ha de desplazarse a su domicilio y volver al trabajo para efectuar la comida o bien se ve obligado a realizarla en un establecimiento hostelero. De igual forma, no queda afectado el principio de igualdad entre trabajadores presenciales y no presenciales, aunque se invoque el Real Decreto-Ley 28/2020, de trabajo a distancia, pues no se parte de la misma situación entre unos y otros, razón por la que no se puede pretender un trato idéntico, pues estos no deben realizar desplazamiento alguno en la jornada partida, lo que sí deben realizar los presenciales. **Voto particular.**

(SAN, Sala de lo Social, de 22 de septiembre de 2021, núm. 196/2021)

El disfrute de la pausa para el bocadillo no puede supeditarse a que la actividad lo permita

Tiempo de trabajo. Cepsa, SA. Derecho de los trabajadores con jornada superior a 6 horas y turno rotativo a disfrutar de la pausa de 15 minutos para el bocadillo.

La finalidad del descanso de la jornada continuada no solo consiste en prevenir riesgos laborales, al entenderse por el legislador en el artículo 34.4 del ET que una jornada continuada superior a 6 horas comporta mayor cansancio y pérdidas de atención que pueden incrementar la siniestrabilidad laboral, sino también en romper la permanencia del esfuerzo laboral durante más de 6 horas y proporcionar un tiempo libre para un refrigerio, pues aunque en el artículo 34 nada se dice de «el bocadillo», este es aludido en múltiples textos reglamentarios. El derecho al descanso dentro de la jornada ordinaria no es absoluto, ya que la norma del artículo 34.4 del ET es de derecho necesario relativo. Una interpretación sistemática del Real Decreto de 21 de septiembre de 1995 sobre jornadas especiales de trabajo, normativa que da cumplimiento a la facultad que al Gobierno otorga el apartado 7 del artículo 34 del Estatuto para establecer ampliación en las jornadas de trabajo, así como para regular los descansos en aquellos sectores y trabajos que así lo requieran, permite que por vía convencional sea sustituido el descanso de la jornada continuada por una compensación en metálico si las partes así lo acuerdan por la vía de la negociación colectiva, el pacto de empresa o el contrato de trabajo. En el caso ahora examinado las partes nada han previsto ni negociado sobre este tema, pero ello no puede ser obstáculo para que a los trabajadores se les deje de reconocer un derecho que la ley les concede. La empresa alega que las pausas se hacen y que no controla con un reloj el tiempo de dichas pausas, sin embargo, lo único que ha quedado acreditado es que los trabajadores realizan pausas durante la jornada para el bocadillo cuando la actividad lo permite. No hay que olvidar que uno de los pilares sobre los que se sostiene el derecho del trabajo es el establecimiento de una clara línea divisoria entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. El primero, entendido no en su concepción estricta de tiempo de actividad laboral, sino como el tiempo en que el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad productiva y queda sometido a su círculo organizativo y disciplinario. El segundo, como aquel que pertenece en exclusiva al trabajador y del que solo él puede disponer, de modo que queda preservado de toda posible intromisión unilateral por parte del empresario. Resulta, pues, que el tiempo máximo de puesta a disposición que el empleador puede exigir al trabajador, con la consiguiente subordinación a sus poderes directivos y disciplinarios de aquel, coincide con el de la jornada pactada en los convenios colectivos o en los contratos de trabajo (art. 34.1, párrafo primero). Fuera de ella, el empleador no puede requerirle la realización de su prestación profesional, ni puede desplegar sobre él su poder disciplinario. A la vista del resultado de la prueba practicada en el acto del juicio no cabe apreciar que en la empresa demandada se disfrute de los 15 minutos de descanso contemplados en el artículo 34.4 del ET, porque lo único que ha quedado acreditado es que los trabajadores realizan pausas durante la jornada para el bocadillo cuando la actividad lo permite y siendo un derecho que pertenece en exclusiva al trabajador y del que solo él puede disponer, de modo que queda preservado de toda posible intromisión unilateral por parte del empresario, no cabe hacer depender su disfrute de la situación en que se encuentre la actividad de la empresa.

(SAN, Sala de lo Social, de 16 de septiembre de 2021, núm. 190/2021)

La duración de las vacaciones no se ve mermada por el solapamiento de las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo y maternidad/paternidad con la suspensión del contrato por causas ETOP o fuerza mayor

Vacaciones. Devengo durante el tiempo en que coincide la situación de IT, riesgo durante el embarazo y maternidad/paternidad con la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (ETOP) o fuerza mayor (FM).





A efectos de la duración de las vacaciones, el solapamiento de suspensiones de contrato por causas ETOP o FM con situaciones de IT, riesgo durante el embarazo y maternidad/paternidad no puede dar lugar a una reducción del derecho, ya que con independencia de la situación administrativa o incluso prestacional a la que el trabajador pudiera tener derecho conforme las previsiones de la LGSS, quien está en situación de IT, riesgo durante el embarazo o maternidad/paternidad tampoco está por esta causa en disposición de trabajar ni de acceder al mercado de trabajo, por lo que en el solapamiento de todas estas situaciones con la suspensión por causas ETOP o FM y a efectos del cómputo de vacaciones deben primar aquellas situaciones como determinantes de la suspensión de la relación contractual. Esta conclusión se aplica tanto cuando el afectado por una suspensión de IT, riesgo durante el embarazo y maternidad/paternidad se vea incluido en un ERTE como cuando la persona incluida en un ERTE pase a encontrarse en situación de IT, riesgo durante el embarazo y maternidad/paternidad.

(SAN, Sala de lo Social, de 16 de septiembre de 2021, núm. 191/2021)

No cabe una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con efectos retroactivos

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT). Supresión de la retribución variable de 2020, como consecuencia de la crisis sanitaria, con independencia del cumplimiento o no de las condiciones y objetivos que se hubieran podido establecer con carácter general, así como a modo particular o individual.

En el caso analizado, la controversia queda centrada en determinar si el empresario puede en 2021 alterar las condiciones que generaron en 2020 el percibo de la retribución variable, cuando los afectados prestaron sus servicios en ese año 2020 vigente el sistema de percibo del bonus. El artículo 41 del ET cuando reconoce la facultad empresarial de modificar sustancialmente condiciones de trabajo, entre ellas los sistemas de remuneración y cuantía salarial, lo hace con la finalidad de reparar alguna causa ETOP que dificulte o impida el correcto desenvolvimiento de la actividad empresarial. Se trata de medidas que, justificada la causa, se proyectan hacia el futuro, alterando determinados compromisos contractuales con el objetivo de que dichas causas puedan ser neutralizadas. Pero en ningún caso la MSCT puede ser considerada como patente de corso que permita eludir compromisos ya adquiridos en el pasado. No contempla el ordenamiento jurídico que el deudor pueda verse exonerado del cumplimiento de las obligaciones contractuales que ya se han incorporado al patrimonio del acreedor. En otras palabras, en el marco de las relaciones laborales no cabe que el empresario deje de abonar el salario por los servicios ya prestados por sus empleados, servicios que desde su realización se ajenizaron en su favor. De igual forma, no puede invocarse la cláusula *rebus sic stantibus* para hacer valer una alteración extraordinaria de las circunstancias como consecuencia de la COVID-19, ya que no puede ignorarse que en el marco de las relaciones laborales presupuestos como el indicado u otros como la desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado, pueden justificar la concurrencia de una causa ETOP y el consiguiente ajuste de las condiciones contractuales en los términos establecidos bien en el artículo 51 del ET, bien en el artículo 41 del ET, pero no validaría actuaciones empresariales adoptadas unilateralmente y con efectos retroactivos sin seguir los cauces procedimentales legalmente establecidos.

(SAN, Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2021, núm. 200/2021)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Despido procedente de trabajadora en IT: cuando Facebook delata el incumplimiento de la buena fe

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe y abuso de confianza. Redes sociales. Facebook. Trabajadora de un taller de confección en situación de IT. Aislamiento preventivo por riesgo de contraer COVID-19 debido a sus patologías previas, al no haber sido posible ni la adaptación ni el cambio de puesto de trabajo. Aparición en la cuenta de Facebook del marido de la trabajadora de fotografías y comentarios en las que ella misma aparece sin mascarilla, manifestándose expresamente la convivencia durante 2 días con personas no convivientes.

La trabajadora no debía haber acudido a actos sociales, como la presentación del libro de su esposo, aun cuando se cumplieran las medidas de seguridad, pues iba a estar cerca de personas no convivientes, y tampoco debió mantener relaciones sociales, con amigos, en las que consta que incumplió las medidas de seguridad, aunque fuera puntualmente. El aislamiento preventivo que impide desarrollar su actividad laboral es incompatible con estas actividades, que suponen claramente un riesgo de contagio, que era justo lo que se pretendía evitar al cursarle la baja médica por IT. Por consiguiente, concurre causa legal de despido disciplinario consistente en abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual. **Prescripción.** Lo que es incompatible con la causa de la baja médica de IT no es haberse quitado la mascarilla para hacerse la foto con una amiga, sino la conducta continuada de relacionarse con personas no convivientes, como manifiesta el propio esposo de la trabajadora en su Facebook, al señalar que han estado juntos con otros amigos durante 2 días. Como conducta continuada ha de aplicarse el plazo de prescripción larga de 6 meses, lo que evita en el caso el despliegue de esta institución. Despido procedente.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2021, rec. núm. 355/2021)

Descuento de la pensión de jubilación por causar alta en el régimen especial de artistas. El tiempo a reclamar como indebido coincide con el número de días reales trabajados y no los que la TGSS considere como cotizados

Descuento de la pensión de jubilación por realización de trabajos incompatibles (alta en el régimen especial de artistas). Determinación del periodo que debe tomarse en consideración, si los días efectivamente trabajados o los días que se entienden cotizados de acuerdo con la regularización efectuada por la TGSS.

Teniendo en cuenta la específica y concreta forma de trabajo de los artistas, la normativa en vigor, a efectos de consideración de días cotizados y en alta, busca favorecerlos para lograr una mayor base reguladora, dividiendo las cotizaciones efectivamente realizadas, correspondientes a los días trabajados, entre los 365 días del año; y los días de más que resulten de los efectivamente trabajados considerarlos como asimilados al alta, sin que en disposición alguna, ni de la LRJS, ni del régimen especial de artistas, se declare la incompatibilidad de estos días regularizados con la pensión de jubilación, precisamente por tratarse de días en los que no se ha efectuado una real y efectiva prestación de servicios ni se ha percibido una real y determinada retribución, por constituir una ficción jurídica que va dirigida a otorgarles un beneficio, pero de ninguna manera en perjuicio de sus derechos, en ningún sentido, ni de incompatibilidad con la pensión, ni de obligación de deducción de la pensión. Este mecanismo tiene por objeto responder a las peculiaridades del colectivo profesional en cuestión, que trabaja menos días en el año de los correspondientes a la jornada ordinaria del común de profesiones, pero suele ganar más cada día. En este sentido, el objeto del debate se refiere a





la manera en que se valora la actividad profesional indicada a los efectos de descontar lo procedente en la pensión de jubilación, ya que la entidad gestora pretende computar a tal efecto los días que se prevén en la normativa específica como cotizados, y que ascienden a 153, mientras que el interesado entiende que solo pueden computarse los días efectivamente trabajados (16 días). En este punto, se aprecia que la regulación que estamos considerando se refiere con toda evidencia al reconocimiento de días cotizados y su correlativa situación de alta, a los efectos de propiciar una carrera de seguro útil y susceptible de generar la cobertura que requiere de amplios periodos de carencia. Pero nada tiene que ver con el régimen de incompatibilidad de la jubilación, en relación con el desarrollo de trabajo, cuando ello es posible. En efecto, como señala el artículo 213 de la LGSS «se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista [...]», considerando única y exclusivamente la jornada de trabajo, y no otro módulo de referencia distinto. En definitiva, una cosa es qué deba entenderse como cotizados a los efectos de causar derecho a prestaciones del sistema, incluso tras la jubilación, para mejorar la pensión ya reconocida, a tenor del artículo 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1967, y otra muy distinta, que se tengan por trabajados más días de los que corresponde, a los efectos de establecer las consecuencias de la incompatibilidad del trabajo con la percepción de la pensión de jubilación.

(STSJ de Baleares, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 2021, rec. núm. 400/2020)

RETA. Trabajar con un familiar por el tiempo indispensable para lucrar la prestación por nacimiento no constituye fraude de ley

RETA. Subsidio por nacimiento. Fraude de ley. Trabajadora embarazada que realiza labores de limpieza en el kebab del que es titular su marido, que antes realizaba el mismo, a lo que se suma que con anterioridad no había contratado dichos servicios con ninguna empresa externa o trabajador concreto, ni tampoco efectuó contratación alguna posterior para sustituir a la actora tras el parto. Alegación por el INSS de que lo importante no es solo la prestación de servicios, sino la finalidad que esta persigue.

Se excluye la existencia de fraude de ley incluso aunque la finalidad de dicha prestación de servicios fuera lucrar la prestación de maternidad. Las indicadas labores de limpieza resultaban indispensables para la explotación del negocio, sin que el hecho de que con anterioridad las asumiese el marido de la actora convierta las referidas tareas en innecesarias, como tampoco el que después del parto de la actora no se contratase a nadie para sustituirla, pues no es lo mismo que la remuneración de la trabajadora se quede dentro de la economía familiar de esta y de su esposo a que dicha remuneración vaya a parar a alguien ajeno. Además, es preciso subrayar que el fraude de ley no se presume, sino que ha de acreditarse por quien lo invoca, si bien su acreditación puede hacerse mediante pruebas directas o indirectas, como la de presunciones. No existen datos objetivos que evidencien que la contratación de la trabajadora como limpiadora en el kebab, de titularidad de su marido, fuera una mera cobertura para lucrar indebidamente la prestación por nacimiento, sino que por el contrario ha quedado acreditado que dicha contratación obedeció a una real y efectiva prestación de servicios, lo que excluye el carácter fraudulento.

(STSJ de Valencia, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2020, rec. núm. 977/2020)