



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de septiembre de 2020)

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL –GUÍA–

Pensión de orfandad en clases pasivas: no es inconstitucional su regulación peyorativa respecto al régimen general

Clases pasivas. Pensión de orfandad. Derecho de igualdad ante la ley. Cuestión de inconstitucionalidad inadmitida a trámite por notoriamente infundada. Diferente regulación legal según se trate de empleados públicos sometidos al régimen de clases pasivas o al régimen general de la Seguridad Social. Encuadramiento en el régimen general de todos los empleados públicos del Estado que hayan ingresado en la carrera a partir del 1 de enero de 2011, en virtud de lo establecido en el Real Decreto-Ley 13/2010. Estudiante universitaria que carece de trabajo e ingresos al momento del fallecimiento de su madre, la cual ostentaba la condición de magistrada incluida en el régimen de clases pasivas. Denegación del derecho a continuar percibiendo la pensión de orfandad una vez cumplidos los 21 años y hasta los 25, como en el régimen general.

A la vista del término de comparación que propone el auto de planteamiento de la cuestión, es preciso resaltar que no son términos homogéneos de comparación, a efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución española (CE), regímenes de la Seguridad Social distintos. El artículo 14 de la CE no alcanza necesariamente a corregir las diferencias existentes entre los diversos regímenes que integran la Seguridad Social, pues las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regula y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativos distintos constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato. El criterio de encuadramiento por el Real Decreto-Ley 13/2010 es el momento temporal de acceso a la función pública. No es posible afirmar que la diferencia de tratamiento esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable, pues nos encontramos ante una reforma completa del régimen de protección hasta ese momento existente y mediante la que se decide que aquellos funcionarios que venían disfrutando del régimen de protección previo, el régimen de clases pasivas, permanezcan en el mismo, ingresando los nuevos funcionarios en el nuevo régimen, el general de la Seguridad Social. La consideración de los términos comparativos entre regímenes diversos habrá de hacerse en todo caso en su conjunto y no por las consecuencias individualizadas, más o menos beneficiosas, que en cada caso tenga la aplicación de uno y otro régimen. Por tanto, cabe concluir que no es posible alegar discriminación como resultado de la comparación de concretas y singularizadas prestaciones de regímenes distintos de Seguridad Social, dado que no son términos homogéneos de comparación.

(ATC de 14 de julio de 2020, núm. 72/2020)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

Permisos retribuidos. El término hospitalización implica el internamiento del paciente con pernoctación en el establecimiento sanitario, quedando fuera los diferentes tratamientos y atenciones que no requieran de tal internamiento

Permisos retribuidos. Hospitalización de familiar. Delimitación del término. Necesidad de que exista, al menos, una pernoctación.

Hospitalización –que es acción o efecto de hospitalizar– implica el internamiento de un enfermo en una clínica u hospital, esto es, ingresar a un enfermo en un establecimiento sanitario para que pueda recibir el tratamiento adecuado a su dolencia. Todo ello sugiere que, con independencia de la gravedad del enfermo, las pautas terapéuticas exigen que el enfermo permanezca internado en el establecimiento sanitario como fórmula más adecuada para suministrarle los tratamientos oportunos o hacerle las pruebas diagnósticas, dado que en ese régimen de hospitalización es como mejor se pueden efectuar las pruebas o actuaciones médicas a que debe someterse. No cabe duda, por otra parte, que, en la actualidad, los hospitales pueden prestar y prestan asistencia sanitaria de formas diferentes, de suerte que no todas ellas exigen del ingreso del enfermo en el centro hospitalario. Los hospitales generalmente gestionan las urgencias y en ellas tratan pacientes que allí acuden y que, luego, necesitan o no de ingreso hospitalario. Igualmente atienden las llamadas «consultas externas» a las que acuden los enfermos que han recibido el alta hospitalaria hasta su total curación o que no han necesitado de ingreso, pero deben seguir recibiendo atención médica. También los hospitales atienden a pacientes con intervenciones programadas que no requieren de ingreso hospitalario. Pues bien, acudiendo a criterios de interpretación sistemática, el término «hospitalización» implica el internamiento del paciente en el establecimiento sanitario y, en modo alguno, comprende los diferentes tratamientos y atenciones que prestan que no requieren de tal internamiento. Así lo pone de manifiesto la sentencia recurrida cuando indica que la atención sanitaria especializada comprende: la asistencia especializada en consultas, la asistencia sanitaria en hospital de día, médico y quirúrgico, y la hospitalización en régimen de internamiento –con pernoctación–. Por ello, resulta lógico concluir que solo esta última asistencia es la que se comprende dentro del término «hospitalización». A mayor abundamiento, resulta que tanto la ley como el convenio han previsto una causa distinta del permiso que nos ocupa consistente en intervención quirúrgica que, sin precisar hospitalización, requiera reposo domiciliario. De esta forma, se deja más claro aún que la hospitalización requiere internamiento del enfermo en el centro sanitario para estar ingresado un determinado tiempo, a diferencia del supuesto de la intervención que no requiere de tal ingreso, sino únicamente reposo en el propio domicilio. Admitir la tesis de la demandante equivaldría a generar un permiso cada vez que un centro hospitalario dispensase una atención médica, lo que no solo sería absurdo, sino que iría contra la lógica de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el convenio de aplicación que, al margen de la hospitalización, únicamente consideran causante del permiso una concreta y específica atención hospitalaria: la intervención quirúrgica que no requiera ingreso hospitalario, pero sí reposo domiciliario. **Voto particular.** Es un principio general de derecho el de que donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir, y lo cierto es que tanto la ley como el convenio colectivo aplicable solo hablan de hospitalización, sin distinguir entre las causas que la motivan, ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito. Por ello ha de estimarse improcedente la exigencia de la empresa de que la hospitalización suponga la pernoctación del familiar en cuestión en el centro hospitalario. Asimismo, el **Diccionario panhispánico del español jurídico** define el término «hospitalización» como el ingreso de un paciente en un centro sanitario para ocupar una plaza o cama y recibir atención especializada hasta el momento del alta hospitalaria. Ello no comporta la exigencia de pernoctación, que es lo discutido en el caso examinado, pues esta atención especializada puede ser de corta duración, incluso de horas, y la exigencia de pernoctación no resulta ni del concepto, ni de la propia norma aplicable.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2020, rec. núm. 11/2019)

Despido improcedente y cesión ilegal. Ejercida por el trabajador la opción en favor de la empresa cesionaria, el salario convencionalmente aplicado por esta determina la responsabilidad solidaria en el pago de la indemnización

Despido improcedente. Determinación del salario regulador de la indemnización, habiéndose declarado la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Un efecto principal de la cesión ilegal consiste en la responsabilidad conjunta de cedente y cesionario respecto de todas las obligaciones contraídas con los trabajadores. Tal responsabilidad ni desaparece, ni se modaliza o atenúa, en los supuestos de despido. En estos casos, el derecho del trabajador a optar por permanecer como fijo en la empresa de su elección es independiente y anterior al derecho de opción que le concede el artículo 56 del ET al empresario, con carácter general, en los supuestos de despido improcedente, de manera que los trabajadores objeto del tráfico ilegal que son objeto de despido tienen la facultad de optar por cuál de las dos empresas –cedente o cesionaria– será su empleadora; y, una vez ejercitada dicha opción, corresponde al empresario por el que el trabajador ha optado decidir si indemniza o readmite al trabajador, en ejercicio de la facultad que le confiere dicho artículo. Ahora bien, si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido. En el caso analizado, el módulo salarial de cálculo de la indemnización por despido improcedente ha de determinarse en función del salario correspondiente en la empresa cesionaria, al ser esta última la opción manifestada por el trabajador en la propia demanda. De esta forma, el salario que corresponde al trabajador es el que colectivamente se haya pactado para otro trabajador de igual categoría profesional y antigüedad, no el que pudiera haber percibido en la empresa cedente.

(STS, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2020, rec. núm. 733/2018)

Cálculo de la indemnización por despido en años bisiestos: el salario anual debe dividirse entre 365 (no 366)

Delimitación de competencias entre el orden social y el civil. Relación laboral o arrendamiento de servicios. Despido. Momento hasta el cual hay que contabilizar la prestación de servicios a efectos de calcular la indemnización por despido improcedente. Club de tenis que contrata los servicios profesionales de una persona para la captación de nuevos socios, asesoramiento en gestión deportiva, organización de torneos y búsqueda de patrocinios, entre otros, sin jornada mínima ni horario concreto. Finalización del contrato nominado como mercantil de arrendamiento de servicios a instancias del club, siendo aquel posteriormente en suplicación calificado como laboral y el despido improcedente.

Se entiende que la fecha de extinción no tuvo lugar con ocasión de la sentencia de suplicación que reconoció el carácter laboral de la relación y su despido como improcedente, sino en el momento en el que el club procede a la extinción.

Eficacia extintiva. El hecho de que en la sentencia recurrida se declare que la relación contractual con la empresa tenía naturaleza laboral y no mercantil es inocuo a estos efectos. Una vez que se concluye el carácter laboral del vínculo, la calificación del cese acordado por la empresa, y sin causa, equivale a un despido improcedente. **Indemnización.**

Módulo de cálculo. Respecto del cálculo de la indemnización, hay que recordar que el trabajador venía percibiendo una cantidad de 2.500 euros mensuales, sin variación según el concreto número de días que posea cada mes. En consecuencia, tampoco procede tener en cuenta que haya sido despedido en año bisiesto, sino que el importe anual percibido (30.000 €) debe dividirse entre 365 (82,19 €/día), como de ordinario.

(STS, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2020, rec. núm. 3230/2017)

El orden social es competente para conocer de la pretensión empresarial de declaración de ilicitud de huelga, aunque la plantilla cuente con personal funcionario

Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo. Pretensión de declaración de ilicitud de huelga. Empresa que cuenta con plantilla en la que también presta servicios personal funcionario.

Aunque el artículo 3 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS) establece que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de la tutela del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos y el artículo 3 d) de la LRJS atribuye al orden contencioso-administrativo los litigios suscitados en relación con la calificación de los servicios esenciales y la fijación de los porcentajes mínimos de actividad para asegurar su mantenimiento, ni es este último el objeto de este litigio, ni estamos aquí tampoco ante un procedimiento de tutela, porque no es esa la pretensión que se hace con la demanda. Y no lo puede ser porque la empresa no es titular del derecho fundamental en juego y, por consiguiente, sería imposible que accionara para la protección del mismo, que es a lo que atiende el procedimiento previsto para la tutela de derechos fundamentales en las normas procesales que dan desarrollo a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la CE. La dinámica del ejercicio del derecho de huelga pasa por la existencia de un acto de convocatoria cuya facultad se atribuye a sujetos colectivos para que quienes son los verdaderos titulares del derecho lleven a cabo la decisión individual de ejercer o no ese derecho. Por consiguiente, la huelga afectará o no a funcionarios en atención no tanto a la convocatoria, sino al efectivo ejercicio del derecho de cada uno de los sujetos titulares. Y es ahí donde entra en juego de manera perfecta el artículo 3 de la LRJS, el cual lo que señala es que es ese derecho fundamental a la huelga, atribuido exclusivamente a cada uno de los trabajadores o funcionarios, el que, de considerarse vulnerado, habrá de ser tutelado judicialmente ante los órganos contencioso-administrativos, si quien pretende tal protección tiene la condición de funcionario. Así, en el caso del personal funcionario que preste servicios para la aquí recurrente, la especial naturaleza de esa relación habrá de comportar que cualquier pretensión de defensa de su derecho de esta misma huelga habrá de encauzarse con arreglo a lo que previene el mencionado artículo 3 c) de la LRJS, dado que a ello aboca la disposición adicional séptima de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que la sentencia recurrida menciona. Sin embargo, lo que la demanda plantea es un conflicto colectivo que se enmarca en el artículo 2 g) de la LRJS y se rige por los artículos 153 y siguientes de la misma norma adjetiva. Además, nos confrontamos a una acción de la empleadora que no va dirigida a impugnar un acto administrativo relacionado con la huelga, sino que, frente al sindicato convocante, persigue obtener una declaración judicial que califique la huelga. Para ello resulta irrelevante cuál hubiera sido el grado de seguimiento de la misma y las concretas y particulares circunstancias de los que se sumaran de modo efectivo a la huelga, siendo lo decisivo el análisis de la convocatoria en todos sus elementos, con independencia de las situaciones concretas en las que pudieran verse inmersos cada uno de los seguidores de la misma. Finalmente, no puede aceptarse tampoco que exista una vis atractiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo por la eventual incidencia de la convocatoria de huelga sobre personal funcionario y laboral. Ese criterio está plasmado de modo exclusivo en nuestro ordenamiento jurídico para el supuesto fijado en el artículo 3 e) de la LRJS, claramente inaplicable en este caso, ya que aquí no se trata de impugnar, interpretar o aplicar acuerdo o pacto alguno de los que en él se indican, ni tampoco guarda relación la litis con cuestiones relativas a la composición de las mesas de negociación –*vid.* [Sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de octubre de 2018, núm. 159/2018, casada y anulada por esta sentencia](#)–.

(STS, Sala de lo Social, de 8 de julio de 2020, rec. núm. 13/2019)

El reconocimiento del grado III de dependencia no permite por sí mismo equiparlo a la situación de gran invalidez del artículo 194.6 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS)

Gran invalidez. Persona con 84 % de discapacidad y 45,9 puntos por necesidad de concurso de tercera persona.

En nuestro régimen jurídico o normativo nos encontramos con diferentes sistemas de protección social. Junto al sistema de Seguridad Social que regula la LGSS, el artículo 49 de la CE también encomienda a los poderes públicos la realización de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, lo que se ha traducido en nuestras leyes de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre) y de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), con sus respectivas normas de desarrollo. Todos ellos atienden a finalidades distintas y garantizan diferentes prestaciones. Sin embargo, de esta normativa no se desprende, en modo alguno, que el legislador haya querido vincular o equiparar el grado de la situación de dependencia o discapacidad con los grados de la situación de incapacidad permanente, de forma que quienes se encuentren en un determinado nivel de discapacidad o dependencia deban ser considerados en situación de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez). Tanto la valoración de grados como los conceptos que los integran son diferentes y autónomos y no son ni tan siquiera alternativos. Es cierto que de la regulación mencionada se obtiene la intención del legislador de aproximar las situaciones de discapacidad y dependencia, en lo relativo al concurso de tercera persona, cuando en el baremo de la discapacidad, a partir de la reforma de 2012, se remite a tal efecto a las puntuaciones y calificaciones que las normas de dependencia otorgan. Pero esa intención legislativa no ha dado un paso similar en relación con las prestaciones de incapacidad permanente del sistema de la Seguridad Social que, en orden a la valoración y determinación de los grados de incapacidad a los que se refiere el artículo 194, sigue sin tener su desarrollo reglamentario y, por ello, se mantiene vigente el sistema anterior, tal y como indica la disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS. Cuando el legislador ha querido asimilar situaciones jurídicamente diferentes, así lo ha establecido claramente. Pero los grados de dependencia, los porcentajes de discapacidad o el concepto de concurso de tercera persona de estas nunca han sido considerados por el legislador como situaciones que permiten declarar los grados de incapacidad permanente del sistema de la Seguridad Social. Por mucho que puedan traducirse en grado de dependencia los puntos obtenidos en la valoración del concurso de otra persona, ello no significa que, para las prestaciones de incapacidad permanente del sistema de la Seguridad Social, aquella calificación otorgue automáticamente la gran invalidez que se reclama, por mucho que, en el concepto de concurso de otra persona para los actos esenciales de la vida, puedan estar conectadas actividades personales y sociales a valorar en la gran invalidez.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2020, rec. núm. 805/2018)

La comisión de 206 euros obtenida por la venta de una aspiradora Thermomix se considera un ingreso insignificante que no impide el cobro de la prestación por desempleo

Sanción de extinción de la prestación de desempleo. Perceptora de prestación contributiva que no comunica a la entidad gestora la obtención de un ingreso de 206,76 euros por la comisión recibida al vender un robot aspirador Thermomix.

La regla del artículo 282.1 de la LGSS que impone la incompatibilidad de las prestaciones de desempleo con cualquier clase de trabajo por cuenta propia debe interpretarse de manera correcta ante la desproporción y excesiva rigurosidad de las consecuencias jurídicas que se derivarían, especialmente, en los casos en que los ingresos obtenidos por el beneficiario de la prestación fueran reducidos, insignificantes y de muy escasa relevancia, fruto de una actividad económica



▶
absolutamente marginal. Por ello, es necesario valorar si los rendimientos derivados de la actividad pueden calificarse –con cierta propiedad– de verdadero rendimiento económico; cualidad esta que es presupuesto sobreentendido del trabajo por cuenta propia que el artículo 221.1 de la LGSS proclama incompatible con la prestación o el subsidio por desempleo. Estos parámetros, en aplicación del principio de insignificancia, deben ser considerados en la valoración de cualquier tipo de actividad económica marginal que pudiere haber desarrollado el perceptor de las prestaciones de desempleo, pues si bien es verdad que resultan de más fácil constatación en la realización de labores agrícolas vinculadas al autoconsumo, pueden también trasladarse a otro tipo de actividades en las que concorra el esencial y más relevante elemento de su total y absoluta irrelevancia económica, hasta el punto de considerarse ocupaciones marginales que ni tan siquiera puedan calificarse con cierta propiedad como trabajos por cuenta propia. No puede imponerse, por tanto, la sanción de extinción de la prestación o subsidio de desempleo, cuando el beneficiario ha omitido la comunicación a la entidad gestora de la obtención de rendimientos económicos absolutamente insignificantes, que no han de tener la menor incidencia en el derecho al mantenimiento de la prestación, en tanto que ni tan siquiera han de dar lugar a su suspensión, al tratarse de una actividad absolutamente marginal y de nula relevancia económica que no resulta incompatible con su percepción. Esto es justamente lo que así sucede en el presente supuesto, en el que la única ganancia patrimonial obtenida por la actora y no comunicada al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) ha sido la percepción de una comisión de 206,76 euros en concepto de comisión por la venta de un robot aspirador, cuya manifiesta y evidente insignificancia económica justifica que se hubiere omitido la notificación de esta circunstancia a la entidad gestora, ya que no genera la causa de incompatibilidad entre la prestación y el trabajo por cuenta propia que contempla el artículo 282.1 de la LGSS.

(STS, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2020, rec. núm. 600/2018)

A efectos de lucrar la renta activa de inserción (RAI), son válidas las prestaciones o subsidios por desempleo que se hubieren disfrutado y agotado al amparo de normas anteriores a la LGSS

RAI. Derecho a su cobro cuando lo percibido precedentemente es una prestación de desempleo al amparo de normas anteriores a la LGSS de 1994.

En el caso analizado, la actora percibió prestación contributiva por desempleo entre julio de 1980 y enero de 1982 reconocida por el Instituto Nacional de Previsión, solicitando en 2015 incorporarse al programa de RAI, al entender que cumplía todos los requisitos. Sin embargo, el SEPE desestimó su pretensión, considerando que la prestación que obtuvo en su momento estaba regulada en norma distinta y anterior a la LGSS. Sostiene la sala que la exigencia legal de haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo o el subsidio por desempleo de nivel asistencial para acceder al programa de RAI, a la vista del desarrollo legislativo que la protección por desempleo ha sufrido desde 1980 hasta la actualidad, solo está refiriéndose a que las prestaciones extinguidas sean las propias del sistema de Seguridad Social, incluidas dentro de su acción protectora. Ello significa que las prestaciones extinguidas, pero reconocidas con base en leyes reguladoras del régimen de protección por desempleo, anteriores a su integración en un texto refundido de la Seguridad Social, son igualmente eficaces para tener por cumplido el requisito que se analiza. Las prestaciones o ayudas que deben entenderse excluidas por no idóneas para tener por cumplido el requisito de acceso al programa de RAI, referido a la extinción de prestaciones por desempleo, son las ajenas a la acción protectora de la contingencia de desempleo que contempla el sistema de Seguridad Social por mucho que pretendan atender y proteger las necesidades de los desempleados. Procede reconocer el derecho de la demandante a percibir la RAI con el alcance y condiciones legalmente fijados.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2020, rec. núm. 3936/2017)

Defectos en la citación de la empresa para el acto del juicio. En el acuse de recibo debe constar la relación que con aquella tiene la persona que se hace cargo de la citación

Nulidad de actuaciones. Proceso de despido. Acuse de recibo de la citación para el acto del juicio en la que consta la firma de una persona y el número de su DNI, pero no se refleja la relación que tiene con la empresa demandada, que niega conocer a dicha persona y haber recibido la citación.

Para que el derecho a la defensa se haga efectivo resulta preciso tener noticia de la existencia del litigio y de los distintos acontecimientos procesales que en él se van produciendo, de ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, que se configuran como el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados. Con estos actos de comunicación se trata de garantizar la defensa de las partes, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión, que es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva. De ello se desprende que todos estos actos de comunicación y, en especial el emplazamiento y la citación a juicio, han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que los regulan; toda vez que tales actos no son un formalismo, sino una garantía para las partes en el procedimiento integrante del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 24 de la CE. Siendo incuestionable la plena licitud y constitucionalidad de las citaciones y demás actos de comunicación procesal efectuados mediante correo certificado, resulta también obvio que para la validez y eficacia de esta clase de actos es de todo punto necesario que quede en los autos constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma; es decir, las circunstancias personales de quien recibió la notificación –nombre, documento de identificación y domicilio–, así como su relación con el destinatario interesado. Estas exigencias son comunes, sea cual sea el destinatario y su forma jurídica, y no pueden ser obviadas, so pena de que se incumpla la norma y se pongan en peligro los derechos de defensa del destinatario. En el caso analizado no consta en el acuse de recibo la relación del receptor con el destinatario. El hecho de que no sea obvia ni aparezca acreditada de ninguna manera hace dudar legítimamente de que la citación hubiere llegado finalmente a la empresa destinataria de la misma, sin que pueda deducirse que se trata de un mero y simple alegato utilitario de indefensión puramente formal.

(STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2020, rec. núm. 4119/2017)