



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de diciembre de 2023)

- Tribunal Supremo
- Audiencia Nacional

TRIBUNAL SUPREMO -GUÍA-

En las sanciones administrativas y disciplinarias, el acoso sexual no exige únicamente un comportamiento explícito, sino que puede ser implícito si es inequívoco

Acoso sexual. Sanciones administrativas y disciplinarias. Jefe médico que muestra constantes atenciones no requeridas a una médico durante un periodo de 2 años, concretándose las mismas en convocatorias al despacho por motivos no profesionales, llamadas de aquel al móvil y al busca y trato diferente en lo relativo a la inclusión de fotografías en la página web del servicio. Para dilucidar la cuestión hay que diferenciar, ante todo, entre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

De la lectura del artículo 7 de la Ley orgánica 3/2007 se infiere, sin excesiva dificultad, que el acoso sexual es un comportamiento guiado por la libido o deseo sexual, elemento que no está presente en el acoso por razón de sexo. Este último consiste, más bien, en el menosprecio, el maltrato, la amenaza, la represalia y otras conductas ofensivas que están determinadas por el sexo de la persona afectada. Aquí el móvil no es la libido, sino el desprecio o la subestima del agente hacia personas de un sexo determinado. El acoso sexual es un comportamiento distinto: el agente busca alcanzar el contacto sexual, de un tipo u otro, con la persona afectada. El comportamiento de naturaleza sexual, a que se refiere el apartado primero del artículo 7 de la Ley orgánica 3/2007, no puede ser interpretado únicamente como contacto físico o como requerimiento del mismo mediante palabras. Hay formas de conducirse que, aun siendo implícitas, resultan inequívocas dentro de un determinado ambiente cultural. El verdadero interrogante es entonces qué características deben concurrir en un comportamiento implícito para que quepa razonablemente subsumirlo en la definición establecida en el mencionado apartado primero del artículo 7 de la Ley orgánica 3/2007 y, por consiguiente, para que sea respetuoso de la exigencia de tipicidad inherente al artículo 25 de la Constitución. Pues bien, aparte de que se trate –como quedó dicho más arriba– de un comportamiento guiado o determinado por la libido o deseo sexual, esta sala entiende que hay al menos tres órdenes de datos a valorar: A) La existencia o inexistencia de aceptación libre por parte de la persona afectada. Además, incluso si hubiera consentimiento, un comportamiento objetivo y gravemente atentatorio contra la dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual. B) El contexto (profesional, docente, etc.) en que el comportamiento se produce, valorando hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias. C) La dimensión temporal, pues a menudo no tiene el mismo significado –ni la misma gravedad– un suceso aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos. Estos elementos habrán de valorarse a la vista de las circunstancias de cada caso. Se trata de criterios o indicios racionales de que un comportamiento es constitutivo de acoso sexual, sin que desde luego hayan de darse todos ellos cumulativamente. No es ocioso añadir que, si bien la jurisprudencia penal sobre el delito de acoso sexual (art. 184 del Código Penal) puede servir de orientación en esta sede, la definición del acoso sexual es más amplia a efectos disciplinarios que a efectos penales. Ello se debe no solo a que el derecho penal opera solo contra las transgresiones más graves de los bienes jurídicos, sino también a que en la esfera disciplinaria se tutela también el correcto funcionamiento de los servicios públicos y, por tanto, pueden y deben sancionarse conductas que no serían penalmente reprochables. En consecuencia, el apartado primero del artículo 7 de la Ley orgánica 3/2007 no exige que el comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual sea explícito. Puede ser implícito, siempre que resulte inequívoco.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2023, rec. núm. 8880/2021)

Reducción de jornada por guarda legal. Concreción horaria. El Supremo recuerda que los trabajadores a turnos no pueden imponer el sistema de turno único

Reducción de jornada por guarda legal de menor. Concreción horaria de la reducción para prestar servicios únicamente en turno de mañana cuando la jornada habitual se desarrollaba en turnos alternos de mañana y tarde.

Aunque es a la trabajadora a quien corresponde concretar el horario que pretende realizar una vez ejercitado su derecho a la reducción de la jornada diaria, esa concreción solo puede hacerse dentro de los límites de su jornada ordinaria, lo que determina que, en el caso examinado, la reducción debería producirse sin alterar el régimen de trabajo a turnos que venía realizando y que constituía característica específica de su jornada ordinaria, pues la previsión del artículo 35.6 del ET no comprende la posibilidad de variar el régimen ordinario de la jornada, ni la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos. El cambio del sistema de trabajo a turnos y su sustitución por un sistema de turno único de mañana no implica una simple reducción de jornada, sino una alteración de la jornada ordinaria de trabajo. En el caso analizado, además, la negativa de la empresa a aceptar la reducción de jornada con cambio del sistema de trabajo a turnos no aparece como desprovista de fundamento o razón, ni tampoco que constituya fraude o abuso de derecho. Al contrario, consta en los hechos probados que la demandada arguye razones organizativas y productivas conectadas con el hecho de que la aceptación de la pretensión implicaría una descompensación de personal. Ni la Directiva 2010/18 ni el Acuerdo marco sobre el permiso parental contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos (*Vid. STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2020, rec. núm. 1350/2018*, casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 3576/2020)

La solicitud por el trabajador de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad interrumpe la prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados del mismo accidente

Solicitud de imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Interrupción del plazo de prescripción de 1 año del artículo 59.1 del ET para reclamar indemnización por daños y perjuicios derivados de dicho accidente.

La prescripción de las acciones se interrumpe no solo por su ejercicio ante los tribunales o por reclamación extrajudicial del acreedor, sino también por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. Cuando no hay reclamación del trabajador sobre el recargo, sino una imposición de oficio y una posterior impugnación judicial por parte de la empresa demandada negando los incumplimientos que se le atribuyen, lejos de estar ante un reconocimiento de deuda, estamos ante su negación. Por esta razón, la resolución judicial que desestima la demanda empresarial contra la decisión administrativa que impone el recargo no es hábil para incidir en el plazo de prescripción de la acción por daños y perjuicios que asiste al trabajador. Este pudo y debió ejercitarla a partir de la firmeza de la resolución administrativa que declara la contingencia (accidente laboral) y sus consecuencias a efectos de la prestación correspondiente. Sin embargo, cuando es el trabajador quien ha reclamado la imposición del recargo denunciando la existencia de una infracción administrativa, ello evidencia su voluntad de reclamar todas las consecuencias que se derivaron del accidente de trabajo sufrido y, también, la indemnización de daños y perjuicios, para lo que resulta relevante la determinación de la culpabilidad empresarial y de su alcance en el accidente que provocó los daños. No cabe duda de que, en estos casos, la resolución administrativa sobre el recargo y, en su caso, la eventual decisión judicial sobre el mismo tendría importantísimas consecuencias y efectos sobre la posterior reclamación indemnizatoria. Esta sala ya sentó en Sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. núm 407/2014) que la reclamación de indemnización de daños y perjuicios efectuada por el trabajador interrumpe el plazo de prescripción para la solicitud del recargo, al existir un nexo de conexión relevante entre los dos tipos de litigios en aras a la determinación de los hechos, por lo que resulta obvio y coherente que la interrupción opere igualmente en sentido inverso, esto es, que la reclamación del recargo produzca idénticos efectos de interrupción sobre la prescripción de la acción de solicitud de daños y perjuicios derivados del mismo accidente.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 3459/2020)

El INSS no debe anticipar la prestación de maternidad cuando la trabajadora no se encuentra de alta en la fecha del hecho causante

Maternidad. Obligación del INSS de anticipar la prestación a cuyo pago se condena a la empresa al no encontrarse la beneficiaria de alta en la Seguridad Social.

La obligación de anticipo de las prestaciones recogida en la LGSS nunca ha llegado a desarrollarse reglamentariamente, por lo que se aplican los artículos 94 a 97 del TALSS de 1966, tal y como ha sido aceptado en consolidada y reiterada jurisprudencia de la sala. Aunque el artículo 95.1, regla 3.^a, del TALSS se refiera a la incapacidad laboral transitoria (ILT) y no a la maternidad para establecer la responsabilidad directa del empresario en el abono de la prestación respecto de los trabajadores que no estén dados de alta, debe aplicarse por analogía el mismo régimen jurídico, puesto que en 1966 la maternidad se encontraba subsumida en la ILT. No obstante, el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones no juega en todos los casos. Opera sin excepción respecto de los trabajadores que se encuentren en alta en el RGSS, aunque las empresas hayan incurrido en descubiertos o infracotizaciones, pero cuando se trata de trabajadores que no han sido dados de alta por su empleador, la obligación de anticipo no alcanza a las contingencias comunes, quedando restringida a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Es cierto que la prestación de maternidad tiene una naturaleza y contornos jurídicos propios y diferentes a las situaciones de incapacidad temporal, pero en la concreta regulación de la materia no cabe aplicar un régimen distinto en tanto que el legislador no disponga de una especial y diferente regulación legal al respecto.

(STS, Sala de lo Social, de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 3655/2022)

Contrato de colaboración social posteriormente declarado como relación indefinida no fija. Las cotizaciones correspondientes a ese periodo, incluyendo las prescritas, deben integrar la base reguladora de la pensión de jubilación

Pensión de jubilación. Base reguladora. Integración de las cotizaciones correspondientes al periodo temporal en que el trabajador estuvo prestando servicios para un ayuntamiento con un contrato de colaboración social (declarado por sentencia como relación indefinida no fija).

En el caso analizado, el actor prestó servicios en virtud de sucesivos contratos de colaboración social del 9 de mayo de 2005 al 30 de junio de 2014. Una sentencia firme declaró que ese trabajo tenía el carácter de relación laboral indefinida no fija durante el periodo del 31 de mayo de 2005 al 30 de junio de 2014. Debido a ello, la ITSS levantó acta de liquidación por los periodos no prescritos (de junio de 2010 a diciembre de 2013 y de enero de 2014 a junio de 2014) y el INSS revisó la cuantía de la base reguladora de la pensión de jubilación. El actor solicitó que se revisara la cuantía de su pensión computando las cotizaciones que el ayuntamiento debió haber realizado durante el periodo de la relación laboral ordinaria declarado por sentencia firme pero que no estaba cubierto por la citada acta de la ITSS. El INSS desestimó su solicitud. La infracotización a la Seguridad Social se produjo porque el ayuntamiento cotizó conforme a los sucesivos contratos de colaboración social. Dicha infracotización no debe perjudicar al trabajador, cuya pensión de jubilación debe calcularse teniendo en cuenta las cotizaciones que el empleador debió haber realizado durante ese periodo. El hecho de que el acta de liquidación de la ITSS se limitara al periodo temporal desde junio de 2010 a junio de 2014 no impide que se tengan en cuenta, a estos efectos, las cotizaciones correspondientes al periodo temporal anterior, porque no debe confundirse la reclamación a la empresa de las cotizaciones adeudadas, sujeta a un plazo de prescripción, con el reconocimiento de la pensión contributiva. Al tratarse de un periodo temporal anterior al cambio jurisprudencial llevado a cabo por la sentencia del Pleno de esta sala de 27 de diciembre de 2013, rec. núm. 2798/2012, no procede declarar la responsabilidad prestacional del ayuntamiento. Procede condenar a la entidad gestora a que integre la base reguladora de la pensión de jubilación con las cotizaciones que hubieran correspondido, al haberse reconocido la laboralidad de la relación profesional con el consistorio.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2023, rec. núm. 3575/2020)

El acceso a la jubilación parcial no convierte el contrato indefinido del trabajador en un contrato de duración determinada al que poder anudar cláusulas indemnizatorias, únicamente se produce la novación de la jornada y del salario

Derecho del jubilado parcial a la indemnización de 8 días por año de servicio prevista en su contrato temporal a tiempo parcial cuando este se extingue por su jubilación total. Improcedencia.

En el caso analizado, el trabajador había suscrito un contrato de duración determinada por acceso a jubilación parcial, incluyéndose una cláusula en la que se establecía que, a la finalización del contrato, excepto en los casos de interinidad, el trabajador tendría derecho a recibir una indemnización de cuantía proporcional a la que resultaría de abonar 8 días de salario por cada año de servicio. Si bien el artículo 49.1 f) del ET establece como causa de extinción del contrato de trabajo la jubilación del trabajador, obviamente este precepto se está refiriendo a la jubilación total y no, en cambio, a la parcial, respecto de la que existe un criterio doctrinal preponderante de asignarle un mero carácter modificativo de la preexistente relación laboral a tiempo completo que se viene manteniendo con la empresa. Como dispone el último párrafo del artículo 12.6 del ET, la relación laboral (del jubilado parcial) se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador. De manera que, no cabe, en modo alguno, admitir que la jubilación parcial extinga el precedente contrato laboral mantenido entre empresa y trabajador y, por ende, este último, al acceder a la misma y concertar el correspondiente contrato a tiempo parcial, lo hace en idénticas condiciones de fijeza o (relación) indefinida en que venía prestando servicios a la empresa. La jubilación parcial, por tanto, no extingue el contrato previo, suponiendo únicamente su novación en lo concerniente a jornada y salario. Esto implica que, al continuar siendo indefinida la relación laboral entre las partes, la cláusula de temporalidad ha de tenerse por no puesta, debiendo correr igual suerte todas las cláusulas vinculadas a tal temporalidad. Así, yendo la indemnización interesada unida a la temporalidad del contrato, la demanda obviamente solo puede ser desestimada. No hay que olvidar que la indemnización del artículo 49.1 c) del ET está prevista para la extinción de contratos de duración determinada. Y ya hemos visto que el acceso a la jubilación parcial de quien tiene un contrato de trabajo indefinido no extingue ese contrato indefinido, sino que únicamente lo nova en lo que se refiere a su jornada y a su salario, lo convierte, si se quiere expresar así y por acuerdo entre las partes, en un contrato a tiempo parcial, pero no modifica su naturaleza indefinida.

(STS, Sala de lo Social, de 22 de noviembre de 2023, rec. núm. 4199/2020)

IT. Cambio de contingencia profesional a derivada de enfermedad común. El servicio público de salud debe reintegrar a la mutua el 100 % del gasto farmacéutico sin exclusión del porcentaje del 10 % que debe soportar el beneficiario

Incapacidad temporal (IT) inicialmente derivada de accidente de trabajo. Cambio de la contingencia a enfermedad común. Obligación del servicio público de salud de reintegrar a la mutua el 100 % del gasto farmacéutico asumido por la misma sin exclusión del porcentaje del 10 % que debe soportar el beneficiario.

En el caso analizado, se trata de decidir quién debe asumir la carga de reclamar ese porcentaje al usuario que no lo abonó en su momento porque estaba exento del pago al declararse la IT por contingencias profesionales. Esto es, si la obligación de reintegro asumida por el Servicio Andaluz de Salud puede excluir ese porcentaje del 10 %, y que sea la mutua la que active la reclamación frente al beneficiario. O, por el contrario, debe reintegrar en su totalidad lo abonado por la mutua y ejercitar la acción oportuna frente al beneficiario. La respuesta no puede ser otra que la de entender que la repetición frente al beneficiario corresponde a la entidad que finalmente está obligada a soportar el gasto en prestaciones de farmacia derivado del tratamiento del trabajador durante la IT. No es razonable que la mutua se encuentre totalmente exenta de la obligación de hacerse cargo del gasto farmacéutico, una vez que la contingencia es de enfermedad común, pero deba sin embargo asumir la de reclamar al usuario el pago del porcentaje económico de la aportación que le corresponde. Si no le es exigible esa obligación principal, tampoco se le puede imputar la carga de actuar frente al trabajador. Y puesto que el pago de los medicamentos es finalmente imputable al servicio público de salud, es este organismo el que debe reclamar al usuario el porcentaje del que quedó indebidamente excluido al calificarse





inicialmente la contingencia como derivada de accidente de trabajo. Conforme dispone el artículo 6.3 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, la mutua debe ser reintegrada por la entidad gestora y el servicio público de salud de los gastos generados por las prestaciones económicas y asistenciales asumidas con aquella inicial calificación de la contingencia. El servicio público de salud debe proceder en consecuencia a ese reintegro, sin perjuicio de que pueda activar los mecanismos oportunos para reclamar al trabajador el importe de su aportación.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2023, rec. núm. 5141/2022)

Desestimación de revisión del grado de incapacidad. No tiene acción para reclamar quien accede a la jurisdicción después de haber dejado que caduque la interposición de la reclamación previa que pone fin a la vía administrativa

Reclamación previa y caducidad del expediente administrativo en prestaciones de Seguridad Social. Trabajadora que recibe notificación desestimatoria de la revisión instada de su grado de incapacidad permanente, presentando reclamación previa frente a ella cuando están a punto de transcurrir 8 meses.

La ausencia de reclamación previa dentro del plazo de 30 días frente a una resolución denegatoria de prestaciones no afecta al derecho subjetivo, que continúa subsistente en tanto no transcurran los plazos de prescripción que señala la LGSS. Tal y como prevé el artículo 71.4 de la LRJS, podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho y sin perjuicio de los efectos retroactivos que proceda dar a la misma. Cuando una persona beneficiaria de prestaciones de Seguridad Social, o que aspira a serlo, presenta una demanda judicial, ha de haber agotado la vía previa. Eso no requiere solo accionar dentro del plazo de 30 días tras la notificación denegatoria, sino haber también sustanciado de manera temporánea el trámite de reclamación previa.

(STS, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2023, rec. núm. 3657/2022)

Para poder recurrir sentencias en materia de prestaciones periódicas de la Seguridad Social es preciso que la entidad gestora cumpla el requisito ineludible de inicio del pago de la prestación

Gran invalidez. Inadmisión del recurso de suplicación. Falta de cumplimiento por la entidad gestora del requisito insubsanable del abono de la prestación periódica desde la notificación de la sentencia recurrida.

Para poder recurrir sentencias en materia de prestaciones periódicas de la Seguridad Social es preciso cumplir el requisito del inicio del pago de la prestación (no cabe el mero compromiso) a cuyo abono hubiera sido condenada la Seguridad Social en los casos de recursos entablados por los organismos de la misma. Estamos ante una exigencia que afecta al orden público procesal y que se revela como condición *sine qua non* para la admisibilidad de esos medios impugnativos. La finalidad de esta exigencia es que el beneficiario, que tiene por sentencia judicial reconocido un derecho de contenido económico, no quede desasistido durante la tramitación del recurso, evitando que le perjudique el ejercicio por la entidad gestora de su derecho al recurso. En el caso analizado, la sentencia condenatoria al INSS se notificó por LexNet el 25 de junio de 2019 (con acuse de recibo el 26), llevándose a cabo el inicio efectivo de los trámites para el pago el 4 de octubre, y el efectivo pago el día 7 de ese mes. En este contexto debe concluirse que la entidad gestora ha incumplido de un modo real durante un prolongado periodo de tiempo la obligación de pago impuesta por la sentencia de instancia con los consiguientes perjuicios que ello conlleva –en especial, a la parte recurrida–, y siendo un incumplimiento insubsanable en orden a la articulación del recurso de suplicación, debió ponerse fin al trámite de este tal y como disciplina el artículo 230.2 c) de la LRJS.

(STS, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2023, rec. núm. 4140/2020)

AUDIENCIA NACIONAL –GUÍA–

Puede establecerse por convenio para determinados servicios una jornada superior a la general prevista en el propio convenio, pero inferior a la máxima legal, sin que tales horas deban retribuirse como extraordinarias

Convenios colectivos. Jornada. Establecimiento para determinados servicios de una jornada superior a la general prevista en el propio convenio, pero inferior a la máxima legal.

A efectos de la regulación de las retribuciones de las horas extraordinarias en el convenio colectivo hay que distinguir dos tipos de ampliación de la jornada: las ampliaciones que superan la jornada ordinaria fijada en el convenio colectivo, pero no exceden de la jornada máxima legal, y las que exceden de la jornada máxima legal. Para las primeras, el convenio colectivo no está vinculado por la regla del artículo 35.1 del ET, porque esta regla define «las horas extraordinarias como las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada de trabajo», pero «la fijación de esa jornada ordinaria es competencia del convenio colectivo que no tiene más límite que el que se deriva del respeto de la jornada máxima legal» y que tiene plena disponibilidad, respetando el salario mínimo interprofesional, para regular la retribución del tiempo del trabajo que no tenga la consideración legal de extraordinario. Por ello, el convenio puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias– no exceda del límite de la jornada máxima legal, a partir del cual estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del artículo 35.1 del ET es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio convenio para la hora ordinaria.

(SAN, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2023, núm. 124/2023)