



SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 16 al 31 de octubre de 2019)

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL -GUÍA-

TC. Despido por faltas de asistencia (art. 52 d) TRET): se impone la libertad de empresa sobre la salud y el derecho al trabajo

Derecho a la integridad física, al trabajo y a la protección de la salud. Despido objetivo por faltas de asistencia (absentismo laboral). Derecho a la libertad de empresa. Ausencias por motivos de salud justificados. Cuestión de inconstitucionalidad en la que el órgano promotor considera que con la regulación de la disposición legal (art. 52 d) del TRET) el trabajador puede sentirse compelido a acudir a trabajar pese a encontrarse enfermo, asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso podría complicar la evolución de su enfermedad.

Entiende el tribunal que la regulación contenida en dicho precepto responde al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, interpretación esta corroborada por los razonamientos contenidos en la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero, y que deben ser tenidos en consideración ex artículo 10.2 de la CE, donde entiende el tribunal comunitario que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima, dado que se trata de una medida de política de empleo, al incidir en los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas. **Pretendida vulneración del derecho a la integridad física del trabajador.** Para que pudiera apreciarse la vulneración del artículo 15 de la CE por el supuesto de la norma ahora cuestionada, sería necesario que se produjera una actuación empresarial de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del trabajador. En el caso del artículo 52 d) del TRET, no cabe advertir que pueda dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que derive riesgo a que se produzca daño, puesto que se limita a autorizar el despido para el caso de que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado periodo de tiempo. Para ello, hay que tener en cuenta, además, que el legislador ha excluido en el propio artículo 52 d) los supuestos de bajas médicas prolongadas y los derivados de enfermedades graves, sin duda, atendiendo a que, en estos casos, puede existir un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados. Las ausencias que puedan dar lugar a la aplicación del precepto serían las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración. En definitiva, debe entenderse que el artículo cuestionado no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados y la decisión de despedir no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el artículo 52 d) del TRET pueda reputarse contrario al artículo 15 de la CE. **Pretendida vulneración del derecho a la protección de la salud.** No concurre tal vulneración, pues, mediante la regulación controvertida, el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. **Pretendida vulneración del derecho al trabajo.** Se descarta tal vulneración, dado que, si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el



►
 empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima –evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo–, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad. Corresponde a la jurisdicción social controlar que la decisión empresarial no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador. **Votos particulares.**

(STC de 16 de octubre de 2019, cuestión de inconstitucionalidad 2960/2019)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

TS. Interinidad por vacante. La cobertura de la plaza implica la finalización del vínculo, aunque el nuevo titular acceda a la situación de excedencia sin solución de continuidad

Interinidad por vacante. Efectos que tiene sobre el contrato el acceso inmediato a la situación de excedencia por incompatibilidad de la persona que gana la plaza. Inexistencia de despido.

Con el actual régimen del contrato de interinidad por vacante, se ha abandonado la doctrina que lo consideraba sujeto a condición resolutoria. Solo cuando el proceso de provisión finaliza declarando desierta la plaza, nuestra doctrina ha entendido que no media causa válida de terminación, aunque dejando la puerta abierta al examen sobre la validez de la cláusula contractual que determinase otra cosa. Pero si la vacante ha sido adjudicada, ha de entenderse que justo ese acto es el que comporta la finalización de vínculo de interinidad, con independencia de las ulteriores vicisitudes del puesto de trabajo en cuestión. Al menos desde 2005, nuestra doctrina ha establecido que opera esa causa extintiva aunque, al tiempo de tomar posesión, quien ha ganado finalmente la plaza acceda a una suspensión contractual y deba procederse nuevamente a su provisión, incluso en régimen de provisionalidad. Esta circunstancia no permite entender que se haya violado derecho alguno consolidado de la persona que, inicialmente, ocupó esa plaza como trabajador interino. Es el cumplimiento de la causa de interinidad consignada en el contrato lo que determina su extinción, que no es válida si no se han agotado todos los procesos selectivos regulados en el convenio, siendo esta la razón de que se estime que existe un despido, no en sí el hecho de que la plaza quede de nuevo vacante por pasar el titular que la ha ganado a la situación de excedencia. Al concurrir causa válida de terminación del contrato de interinidad, no procede, en virtud del artículo 49.1 c) del ET, el abono de indemnización alguna.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 217/2018)

TS. Los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado no están excluidos del acceso a la jubilación anticipada ex artículo 207.1 d) de la LGSS

Cooperativas de trabajo asociado. Derecho a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador de un socio cuando su contrato se ha visto extinguido por auto del juzgado de lo mercantil en virtud de despido colectivo tramitado en el seno de un concurso. Denegación por no concurrir las causas del artículo 207.1 d) de la LGSS. Improcedencia.

Dada la condición de socio cooperativista, la voluntad empresarial extintiva se halla en parte conformada por la del trabajador, pero, dadas las circunstancias en las que se produce el cese al existir un interés de terceros, los acreedores,

►

► por cuya causa se abre un procedimiento judicial específico y siendo la atención a ese interés la que prima, junto a consideraciones de trascendencia social dada la repercusión que una situación económica límite de una empresa tiene para el entorno productivo en el que se asienta, no es aquella voluntad integrada en forma plúrima la determinante del cese, sino el acto judicial que lo dota de eficacia frente a los particulares y frente a las instituciones. No hay que olvidar que, una vez integrados en el RGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, lo que no es el caso. Además, tal criterio debe primar sobre la literalidad del precepto que se refiere, ciertamente, a trabajadores y a extinción de la relación laboral. Por ello, aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada –mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores– a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo, viendo su contrato extinguido por una de las causas que lista el artículo 207.1 d) LGSS, por lo que concurre la circunstancia exigida por la norma en cuestión prevista para los supuestos de sujetos encuadrados en el RGSS que no estén expresamente excluidos de tal posibilidad de jubilación anticipada. A mayor abundamiento, el hecho de que la reforma operada mediante el Real Decreto-Ley 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, haya introducido expresamente la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada parcial de los socios trabajadores de las cooperativas, integrados en el RGSS –que la legislación anterior no contemplaba– evidencia que para la jubilación anticipada ordinaria no era necesaria su mención expresa al ser la norma general susceptible de ser interpretada, incluyendo al personal integrado en el RGSS.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de septiembre de 2019, rec. núm. 1741/2017)

TS. Amputación de una mano por accidente laboral. El trabajador tiene derecho a una prótesis de última generación

Accidente laboral. Trabajador que sufre la amputación traumática de una mano. Determinación de si procede la colocación de una prótesis mioeléctrica de tipo convencional o una con mano biónica que no se encuentra incluida en el catálogo general de material ortopédico y no ha sido prescrita por un facultativo.

La prótesis reclamada por el trabajador permite hacer presión con todos los dedos de la mano biónica, y no solo con tres (como la convencional); además, la clásica solo permite la presión de pinza y la solicitada por el trabajador le permite realizar el agarre con todos los dedos de la mano. El hecho de que el Real Decreto 1192/2012 derogara el Decreto 2766/1967, que venía regulando la asistencia sanitaria en caso de accidente de trabajo, no significa que la atención que se deba prestar desde entonces sea la misma que en caso de accidentes ajenos al mundo laboral. Entiende la sala que esa derogación no suprime el principio básico de reparación íntegra de las secuelas del accidente laboral, porque así lo requiere el Convenio n.º 17 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España desde 1925), además de que se trata de un principio implícito en la responsabilidad empresarial en materia de accidentes laborales. De este modo, el contenido de esta asistencia sanitaria queda sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común. Por tanto, debe reconocerse el derecho del trabajador que sufrió la amputación de su mano derecha a que se le implante una prótesis mioeléctrica de última generación y no la meramente convencional que está prevista para los supuestos de asistencia sanitaria ordinaria.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2019, rec. núm. 3494/2017)

TS. El efecto de la litispendencia no se produce cuando, en el proceso inicial, la razón de pedir es la interpretación de determinado artículo de un convenio colectivo y, en el actual, la ilegalidad del mismo

AENA, SA. Litispendencia. Inexistencia de identidad en la causa de pedir. Proceso inicial en el que se pide una interpretación conforme a derecho del artículo 161 del convenio colectivo, seguido de otro cuya pretensión es su inaplicación por ilegal.

No implica que se infrinja la seguridad jurídica que protege el artículo 400.2 de la LEC. Lo que dispone dicho artículo es que los fundamentos jurídicos que pudieron invocarse en un proceso no pueden serlo en otro posterior. Eso no es lo que realmente sucede en este caso, ya que lo que está planteando la parte actora es que se inaplique por ilegal un precepto del convenio colectivo –por lo que no se produce ni existe preclusión–. Y tal petición no es de interpretación de la norma, sino de su ilegalidad, de forma que, de estimarse tal pretensión, el órgano judicial debería dar traslado al Ministerio Fiscal para que actuase de conformidad con lo que dispone el artículo 163.4 de la LRJS, circunstancia que no se produce cuando el ámbito del proceso de conflicto colectivo se ciñe a la interpretación de un precepto convencional. Aunque ambas pretensiones se articulen por la misma vía de conflicto colectivo, esto no obliga a la parte a tener que plantear una y otra en el mismo momento procesal cuando son autónomas, independientes y con un efecto y alcance sustancialmente diferente. Es evidente que, en el anterior proceso de conflicto colectivo, la parte actora pudo basar su pretensión en la inaplicación del artículo 161 del convenio, tal y como le permite el artículo 163.4 de la LRJS, y no centrarlo solo en una interpretación del mismo, pero es lo cierto que, aunque pudiera haberse planteado, la realidad es que no fue llevada al proceso y, en consecuencia, no fue entonces objeto de enjuiciamiento. No debemos olvidar que el artículo 25 de la LRJS no obliga al actor a acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, sino que la acumulación de acciones se configura como un derecho de la parte. [Vid. [SAN, de 23 de noviembre de 2017, núm. 169/2017](#), casada y anulada por esta sentencia].

(STS, Sala de lo Social, de 11 de julio de 2019, rec. núm. 77/2018)

TS. Despido improcedente. Salarios de tramitación. Reclamación de intereses en ejecución

Despido improcedente. Intereses aplicables a los salarios de tramitación reconocidos, primero, por la sentencia que declara el despido improcedente y, luego, por el auto dictado en el incidente de readmisión.

Es el auto que extingue la relación laboral el que concreta el importe de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia que declara la improcedencia del despido y el referido auto. Por ello, ha de concluirse que es a partir del auto que declara la extinción laboral cuando se empieza a devengar intereses procesales, por tratarse del momento procesal en el que se fija la cuantía líquida respecto a los salarios de tramitación referidos desde la sentencia que declaró la improcedencia del despido y el auto que declara la extinción de la relación laboral, conforme al artículo 576 de la LEC. No cabe confundir los intereses procesales (que penalizan el incumplimiento de una resolución judicial y que no pueden aplicarse a un periodo anterior a la condena) con los eventuales intereses moratorios sustantivos que se producen no por el incumplimiento de una resolución judicial de condena, sino por el incumplimiento de una obligación no declarada judicialmente.

(STS, Sala de lo Social, de 1 de octubre de 2019, rec. núm. 976/2017)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

TSJ. No es laboral el accidente a la salida de un restaurante durante la pausa a medio día para almorzar si habitualmente el trabajador come en casa

Consideraciones sobre el accidente de trabajo. Accidente *in itinere*. Caída a la salida del restaurante durante la pausa a mediodía para comer que, en el caso, es de cuatro horas.

Cuando, por razones de tiempo, desplazamiento y/o espaciales no es dificultoso acudir al propio domicilio a mediodía para realizar la correspondiente comida, máxime cuando el centro de trabajo está sito en la misma localidad de residencia y se dispone íntegramente de cuatro horas para ello, la decisión del trabajador, por su particular voluntad e interés y sin vinculación laboral alguna de realizar un día concreto la comida con otros compañeros de trabajo en un establecimiento (sufriendo una caída a la salida del mismo), determina que la situación de IT sobrevenida sea debida a causas y factores completamente ajenos a la actividad laboral. No hay que olvidar que el accidente *in itinere* es el sobrevenido en el trayecto entre el domicilio del trabajador y su lugar de trabajo, y no desde otro lugar diferente en que se encuentre por causas y razones ajenas a sus cometidos laborales. Por tanto, ya se trate de una gestión tributaria, de una visita médica o de una comida con compañeros, en cualquiera de tales supuestos, nos encontramos ante una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo. No es extrapolable al caso la doctrina que se sigue respecto a los trabajadores dedicados a la construcción que, de manera generalizada, realizan sus comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público.

(STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 29 de mayo de 2019, rec. núm. 2311/2018)

TSJ. No se computan los hijos nacidos muertos a efectos de determinar el derecho al complemento por maternidad en las pensiones contributivas

Complemento por maternidad en las pensiones contributivas de la Seguridad Social. Pensionista de incapacidad permanente total que solicita el reconocimiento de un mayor porcentaje del complemento al haber dado a luz a tres hijos, a pesar de que el último nació muerto. Desestimación.

De la redacción del artículo 60 de la LGSS se desprende la importancia de que el hijo haya nacido vivo y, en cualquier caso, correspondía a la demandante su acreditación. Lo cual no ha ocurrido, pues se reconoce en demanda no solo que la tercera hija de la actora nació muerta, sino que tampoco accedió como viva al Registro Civil, causando inscripción. No hay que olvidar que el complemento por maternidad se reconoce con la finalidad de compensar a las madres por la aportación demográfica a la Seguridad Social que supone la crianza de un hijo, y no por el hecho del embarazo o incluso del parto, a diferencia de lo que sucede en otras normas de la Seguridad Social como las que asimilan a los periodos de cotización –para causar derecho a una prestación– los partos, siempre que el feto hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días, pues en uno y otro caso su finalidad es diferente. Y, precisamente por ello, no resultan de aplicación analógica al supuesto que nos ocupa los artículos 8 y 17 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2019, rec. núm. 104/2019)

TSJ. La *kafala* se equipara al acogimiento familiar a efectos de la prestación por maternidad (hoy, por nacimiento y cuidado de menor)

Prestación por maternidad. Acogimiento familiar. Constitución de una *kafala* por el juez encargado de asuntos de menores del Tribunal de Primera Instancia de Tànger. Negativa del INSS a reconocer la prestación con base en la no aportación al expediente de un certificado emitido por la Administración autonómica que acredite la validez de la *kafala*.

La *kafala* es una institución familiar del derecho islámico y de origen religioso que no genera vínculos de filiación como la adopción, aunque sí constituye un compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo. Se entiende, en el caso, que existe equiparación entre la *kafala* y el acogimiento familiar, por cuanto dicha institución marroquí fue acordada, tal como exige el artículo 34 de la Ley 54/2007, de adopción internacional, por autoridad judicial, sin que se vulnere el orden público español y constando que el documento en el que se plasma ha sido traducido al español incluyendo la debida legalización mediante apostilla. Producida tal equiparación, se entiende infringido el artículo 177 del TRLGSS, sin que la entidad gestora (INSS) pueda exigir, a efectos de reconocer la prestación, una declaración de idoneidad de la Administración autonómica que esta se niega a facilitar al no tratarse de un caso de adopción y, por tanto, fuera de su ámbito material de competencias.

(STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de junio de 2019, rec. núm. 1960/2019)

TSJ. La falta de medios y el efecto positivo del silencio administrativo se alían contra el FOGASA

FOGASA. Efecto positivo del silencio administrativo. Cosa juzgada. Trabajador que, ante el efecto positivo del silencio administrativo, ve reconocida en sentencia firme una prestación de garantía (indemnización por despido) que excede de los límites legales, al no haber resuelto el FOGASA la solicitud presentada en el plazo establecido. Intento de subsanación de la situación por el organismo autónomo, una que vez había adquirido firmeza aquella primera sentencia, mediante el planteamiento de una demanda ante el juzgado de lo social instando revisión de actos declarativos de derechos.

La revisión por la Administración del acto del que deriva el derecho reconocido es posible cuando el objeto de tal revisión es un acto administrativo, en este caso presunto, pero no lo es cuando la prestación solicitada ya se ha reconocido en virtud de sentencia firme, como es el caso. El artículo 146 de la LRJS, que se dedica a la revisión de actos declarativos de derechos, no contempla la revisión de sentencias firmes. El cauce adecuado para ello, de reconocerse por sentencia firme la prestación, no puede ser otro que el del recurso de revisión de sentencias firmes, conforme al artículo 236 de la LRJS. Por otro lado, entre el proceso resuelto por sentencia firme que declara estimada la prestación a cargo del FOGASA y el proceso de autos, seguido para revisión, se aprecia la triple identidad entre personas, cosas y causas propia de la cosa juzgada, sin que sea dable alegar que en aquella primera sentencia únicamente se había valorado la concurrencia del silencio administrativo en sentido positivo, sin entrar a analizar la suficiencia o virtualidad del título esgrimido por el trabajador (aun cuando careciese de los requisitos esenciales para su adquisición, ex art. 47 f) Ley de la 39/2015). En efecto, el FOGASA, al oponerse a la demanda, alegó en el primer juicio aquellas cuestiones de fondo que impedían reconocer la prestación en la cuantía solicitada, pese a que finalmente no fueran admitidas al haber operado el silencio positivo, impidiendo efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto. El FOGASA tiene la posibilidad de combatir adecuadamente las consecuencias no deseadas del acto presunto para impedir que se consolide un derecho que no ostenta el trabajador, pero, para ello, debe presentar demanda por el cauce del artículo 146 de la LRJS, como ahora se hace, con carácter previo a la resolución judicial de la demanda postulada por el trabajador. Una vez firme la sentencia que reconoce el derecho por efecto del silencio administrativo positivo, el proceso no puede reiterarse por imperativo del artículo 222.1 de la LEC (efecto negativo de la cosa juzgada material).

(STSJ, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2019, rec. núm. 1303/2018)