

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. AÑO JUDICIAL 2021/2022¹

ÍNDICE.

I.- DERECHO DEL TRABAJO.

1.- Antigüedad. Trabajadores fijos- discontinuos.

2.- Ascenso por desempeño de funciones de categoría superior.

3.- Cesión ilegal

4.- Comedores de gestión directa y comida in situ. No es preceptivo dotarles de personal de cocina perteneciente al Departamento de Educación.

5.- Contrato de trabajo.

5.1.- Contrato de trabajo y relación mercantil.

5.2.- Periodo de prueba.

5.3.- Contrato Indefinido de apoyo a emprendedores.

6.- Contratos temporales.

6.1.- Interinidad por sustitución.

6.2.- Contratación por obra o servicio determinado.

6.3.- Superación de procesos de selección para la contratación temporal.

6.4.-Indemnización por fin de contrato temporal.

6.5.- Unidad esencial del vínculo.

7.- Convenio colectivo y negociación colectiva.

Sucesión de convenios y contractualización de condiciones

¹ La Crónica de la Sala Cuarta 2021-2022 ha sido realizada por las letradas del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D^a. María Dolores Redondo Valdeón y D^a. María Silva Goti (en la parte de Derecho del Trabajo) , D^a Gema García Martínez (en la de Seguridad Social) , y D^a Margarita Tarabini-Castellani Aznar (en la correspondiente al Proceso Laboral), bajo la coordinación del Excmo. Sr. Director del Gabinete Técnico D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva, y bajo la supervisión de la Excmo. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Esta Crónica de Jurisprudencia de la Sala Cuarta recoge una selección de las sentencias más relevantes dictadas por dicha Sala durante el año judicial 2021/2022, si bien, por razones técnicas (las características de esta obra y las fechas de cierre para su publicación) incluye sentencias de junio en delante del año 2021, y termina con los pronunciamientos más relevantes hasta junio de 2022, ya que las posteriores a esa fecha, aunque dictadas, por estar pendientes de notificación a las partes no pueden ser aún incluidas a la fecha de cierre de este trabajo, que tiene lugar a mediados de julio de cada año.

8.- COVID-19

8.1.- ERTE -Fuerza mayor-.

8.2.- Causas productivas y organizativas. Buena fe negocial. ERTE.

8.3.- Comisión negociadora.

8.4.- Derecho a los complementos salariales durante el cierre de la empresa.

8.5.- Obligación de proporcionar mascarillas FFP2.

8.6.- Obligación de los trabajadores de residencias de ancianos con la categoría de enfermeras, de realizar las pruebas test de antígenos, PCR... a los residentes, compañeros y visitas.

8.7.- Plus de peligrosidad

8.8.- Protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

9.- Desigualdad y discriminación.

9.1.- Complemento de categoría

9.2.- Pausa por bocadillo.

9.3.- Permiso retribuido recuperable. Trato discriminatorio.

10.-Despidos.

10.1.- Caducidad.

10.2.- Error en la atribución de la cualidad de empresario.

10.3.- Videovigilancia e ilicitud de la prueba.

10.4.- Prescripción de las faltas.

10.5.-Transgresión de la buena fe contractual. Ofensas verbales y físicas.

10.6.- Despido tácito (baja en la Seguridad Social).

10.7.- Despidos nulos.

10.8.- Garantías de los miembros del comité de seguridad y salud.

10.9.- Efectos del despido. Cálculo de indemnización y salarios de tramitación.

11.- Despidos por causas objetivas.

11.1.- Ineptitud sobrevenida.

11.2.- Causas productivas y organizativas.

12.- Despidos colectivos.

12.1.- Competencia objetiva.

- 12.2.-Legitimación activa.
- 12.3.- Caducidad de la acción.
- 12.4.- Obligación de negociar de buena fe.
- 12.5.- Obligaciones informativas y documentales del empresario.
- 12.6.- Despido colectivo de hecho.
- 12.7.- Extinción de la personalidad jurídica.
- 12.8.- Causas económicas y productivas.
- 12.9.- Vulneración de derechos fundamentales.

13.- Excedencias

14.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

- 14.1.- Acuerdo sobre MSCT para cambiar, en diversos centros de trabajo, los convenios colectivos aplicados tradicionalmente
- 14.2.- Calificación de la medida
- 14.3.- Condición más beneficiosa: Supresión.
- 14.4.- Modificación sustancial de condiciones e inaplicación convenio. “Licencia retribuida recuperable”.

15.- Pacto de no competencia postcontractual.

16.- Permiso de paternidad.

17.- Práctica empresarial de exigir carecer de antecedentes penales. Vigilantes de seguridad privada.

18.- Relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

19.- Responsabilidad solidaria en deudas salariales (art. 42.2 ET): propia actividad.

20.- Salario y régimen retributivo

- 20. 1.- Absorción y compensación.
- 20.2.- Compensación y absorción a efectos de la subida del SMI para 2019.
- 20.3.- Complemento de turnicidad.
- 20.4.- Efectos de la prohibición convencional de prorrateo mensual del abono de las pagas extraordinarias.
- 20. 5.- Plus de transporte. Teletrabajadores de contact center.

21.- Sucesión de empresas y subrogación convencional.

- 21.1.- Responsabilidad solidaria por deudas anteriores a la sucesión.
- 21.2.- Trabajador fijo y reversión de servicio público.

21.3.- Reversión del servicio de limpieza viaria.

21.4.- Sucesión de plantilla

22.- Tiempo de trabajo

22.1.- Compensación con días laborables

22.2.- Condición más beneficiosa.

22.3.- “Días activables”. Escoltas. Tiempo de trabajo.

22.4.- Guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias.

22.5.- Reducción de jornada por cuidado de hijo menor

23.-Tutela libertad sindical.

23.1.- Constitución de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa con exclusión de UGT, que estaba legitimada.

23.2.- Delegado Sindical designado para actuar en el ámbito de laborales y funcionarios.

23.3.- Notas o circulares informativas sobre jubilación parcial y contrato de relevo.

23.4.- Pactos individuales en masa

23.5.- Plan de igualdad. Negociación y tutela de la libertad sindical.

23. 6.- Retirada por la empresa de ordenadores de los despachos de trabajadores, delegados sindicales

24.- Verificación del estado de salud del trabajador, ex artículo 20.4 ET. Facultad empresarial de vigilancia y control de la actividad laboral

25- Perspectiva de género

II.- SEGURIDAD SOCIAL

1.- Protección por desempleo

1.1.- Nivel contributivo

1.1.1.- Reconocimiento del derecho

1.1.1.1.-Trabajadores indefinidos a tiempo parcial con periodos de trabajo concentrados

1.1.1.2.-Extranjero retornado casado con nacional española

1.1.1.3.-ERTE Covid-19

1.1.1.4.-Hijos menores de 30 años del empresario no convivientes

1.1.1.5.-Desde la excedencia voluntaria

- 1.1.1.6.-Desde la jubilación parcial
- 1.1.2.- Incompatibilidad entre la prestación por desempleo y salarios de tramitación abonados por el Fogasa
- 1.1.3.- Protección por desempleo y salarios de tramitación. Normativa aplicable a la regularización
- 1.2.- Nivel asistencial
 - 1.2.1.- Requisito de carencia de rentas. Valor imputable a bienes heredados.
 - 1.2.2.- Subsidio de desempleo por cargas familiares
 - 1.2.2.1.-Computo de ingresos. Pareja de hecho
 - 1.2.3.- Acceso desde el agotamiento de la RAI
 - 1.2.4.- Subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Periodos de cotización asimilados por parto.
 - 1.2.5.- Extinción
 - 1.2.5.1.-Extinción por no comunicación de variación de datos: percepción de ingresos patrimoniales
 - 1.2.5.2.-Extinción por falta de comunicación de ingresos puntuales

2.- Renta activa de inserción

- 2.1.- Incompatibilidad

3.- Incapacidad Temporal

- 3.1.- Base reguladora
 - 3.1.1.- Covid-19.
- 3.2.- Determinación de contingencia
- 3.3.- Reconocimiento del derecho
 - 3.3.1.- Requisito de alta o asimilación al alta
 - 3.3.2.- Reconocimiento del derecho tras agotamiento del plazo máximo de una incapacidad temporal previa
- 3.4.- Cálculo de mejora de IT
- 3.5.- Extinción
 - 3.5.1.- Fecha de efectos
 - 3.5.2.- Incomparecencia a reconocimiento médico
 - 3.5.3.- Impugnación de alta médica

4.- Incapacidad Permanente

- 4.1.- Incapacidad permanente total
 - 4.1.1.- Base reguladora
 - 4.1.1.1.-Cálculo de la base reguladora
 - 4.1.2.- Reconocimiento automático de la discapacidad al trabajador que le ha sido reconocida judicialmente una prestación de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual.
- 4.2.- Gran invalidez
 - 4.2.1.- Reconocimiento del derecho
 - 4.2.1.1.-Situación de jubilación anticipada por discapacidad
 - 4.2.1.2.-Dolencias preexistentes antes de la afiliación a la Seguridad Social
 - 4.2.1.3.-Agravación de dolencias preexistentes
 - 4.2.1.4.-Necesidad de ayuda de tercera persona

4.2.1.5.-Inexistencia de obligación de someterse a intervención quirúrgica

4.2.2.- Base reguladora

4.2.2.1.-Cálculo de la base reguladora: aplicación doctrina del paréntesis

4.3.- Incapacidad permanente absoluta

4.3.1.- Reconocimiento del derecho

4.3.1.1.-Requisito de alta o asimilación al alta

4.3.1.2.-Agravación de dolencias previas

4.3.1.2.1.-Trabajadores de la ONCE

4.3.2.- Prorrata temporis

4.4.- Responsabilidad de la Mutua

5.- Lesiones permanentes no invalidantes

5.1.- Responsabilidad

6.- Asistencia sanitaria

6.1.- Reintegro de gastos a las Mutuas

6.2.- En supuestos de reagrupación familiar

7.- Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional

7.1.- Efectos vinculantes de sentencia firme en procedimiento de recargo de prestaciones

7.2.- Indemnización por daños y perjuicios

7.2.1.- Importe de la indemnización

8.- Jubilación

8.1.- Base reguladora

8.1.1.- Responsabilidad por falta de cotización

8.1.1.1.-Sucesión de empresas

8.1.2.- Régimen Especial del Mar

8.2.- Seguro de jubilación

8.3.- Compatibilidad

8.3.1.- Situación de segunda actividad sin destino en el cuerpo de Policía Nacional

8.4.- Conforme a Reglamentos Comunitarios

8.4.1.- Base reguladora

8.5.- Jubilación activa

8.5.1.- Cálculo de la pensión

8.5.2.- Autónomo societario

8.5.3.- Comunero

8.6.- Jubilación anticipada

8.6.1.- Reconocimiento del derecho

8.6.1.1.-Desde la situación de no alta

8.6.1.2.-Desde la extinción del contrato de trabajo por impago de salarios instada por el trabajador

8.6.2.- Derecho al percibo de cantidades económicas hasta la edad de 65 años. Trabajador de BBVA.

8.6.3.- Excepción a la falta de inscripción como demandante de empleo, conforme al art. 161.bis dos de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011.

8.7.- Jubilación parcial

8.8.- Jubilación forzosa

9.- Viudedad

9.1.- Separación o divorcio

9.1.1.- Derecho a acrecer la pensión de viudedad

9.1.2.- Viuda sin pensión compensatoria. Convenio regulador suscrito con anterioridad al 1/1/2008. Sentencia de divorcio posterior a dicha fecha.

9.1.3.- Víctima de violencia de género

10.- Maternidad

10.1.- Complemento por la aportación demográfica ex. Art. 60 LGSS.

10.1.1.- Fecha de efectos de reconocimiento al progenitor (hombre)

10.1.1.1.- Efectos retroactivos de tres meses a contar desde la solicitud revisora

10.1.1.2.- Efectos desde la fecha del hecho causante

11.- Prestación de riesgo durante el embarazo

11.1.- Reta

11.1.1.- Fraude por cambio de bases de cotización en el periodo inmediatamente anterior al hecho causante

12.- Prestación por cuidado de menor afectado por enfermedad grave

13.- Infracciones y sanciones administrativas

13.1.- Ejercicio de actividades propias de vigilancia de la salud sin autorización administrativa

14.- Entidades Gestoras

14.2.- Revisión de actos declarativos de derechos

15. Perspectiva de Género.

III. PROCESAL LABORAL

1. Competencia de la jurisdicción social

1.1. Competencia material

1.2. Competencia objetiva

1.3. Competencia funcional (remisión)

1.4. Competencia territorial

1.5. Competencia internacional. Inmunidad de Jurisdicción.

2. Proceso ordinario

2.1. Conciliación previa.

2.2. La demanda.

2.3. Juicio.

2.3.1. Citación a juicio de las partes

2.3.2. La prueba

2.3.2.1. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes

2.3.2.2. La licitud de la prueba

2.3.2.3. La carga de la prueba.

2.4. La sentencia.

2.4.1. Límites del auto de aclaración de sentencia

2.4.2. Insuficiencia de hechos probados

2.4.3. Incongruencia.

2.4.3.1. Incongruencia interna

2.4.3.2. Incongruencia omisiva

2.4.3.3. Incongruencia extra petita

2.4.3.4. Incongruencia por error

2.4.4. Cosa Juzgada.

2.4.4.1. Cosa juzgada positiva.

2.4.4.2. Cosa juzgada negativa

2.4.5. Litispendencia.

3. Modalidades procesales

3.1. Proceso de despido.

3.1.1. Ámbito de aplicación.

3.1.2. Ejercicio anticipado de la opción por la indemnización (art. 110.1 LRJS)

3.1.3. Indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales

- 3.2. Proceso de Despido colectivo.
- 3.3. Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación
- 3.4. Revisión de actos declarativos de derechos. Plazo para el ejercicio de la acción
- 3.5. Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral.
- 3.6. Proceso de conflicto colectivo.
 - 3.6.1. Agotamiento de la vía previa y plazo
 - 3.6.2. Falta de acción
 - 3.6.3. Ámbito de aplicación. Adecuación de procedimiento.
 - 3.6.4. Legitimación
 - 3.6.5. La interrupción de la prescripción de los pleitos individuales
- 3.7. Impugnaciones de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o a su modificación
- 3.8. Impugnación de convenio colectivo.
- 3.9. Proceso de Tutela de derechos fundamentales
 - 3.9.1. Ámbito del proceso
 - 3.9.2. Legitimación pasiva del sindicato
 - 3.9.3. Indemnización por daños morales

4. Recurso de suplicación.

- 4.1. Defectos en el recurso de suplicación
- 4.2. Sentencias recurribles por razón de la materia.
 - 4.2.1. Sentencias que reconocen derechos no cuantificables económicamente
 - 4.2.2. Las sentencias que reconocen el acceso a prestaciones de la seguridad social
 - 4.2.3. Las sentencias dictadas en relación materias relacionadas con modalidades procesales cuyas sentencias no admiten recurso
 - 4.2.4. Sentencias dictadas en procedimientos que no admiten suplicación, pero que son impugnadas por vulneración de normas esenciales del procedimiento

4.2.5. Sentencia en materia de impugnación de modificación sustancial acompañada de tutela de derechos fundamentales

4.3. Sentencias recurribles por razón de la cuantía. Determinación de la cuantía litigiosa y momento procesal oportuno para ello

4.4. Sentencias recurribles por afectación general.

5. Recurso de casación (ordinaria)

5.1. Resoluciones recurribles

5.2. Defectos del recurso

5.3. Condiciones del escrito de impugnación y de las alegaciones al mismo

6. Recurso de casación para la unificación de doctrina.

6.1. Defectos en la preparación e interposición

6.2. Idoneidad de la Sentencia de contraste

6.3. Requisito de la contradicción. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción.

6.4. Contradicción a fortiori

7. Aspectos comunes a los recursos de suplicación y casación

7.1. Legitimación para recurrir

7.2. Plazo

7.3. Revisión de los hechos probados

7.4. Cuestión nueva

7.5. Depósito y consignación

7.6. Costas

8. Revisión de sentencias firmes

9. Error judicial

10. Ejecución

....

I. DERECHO DEL TRABAJO.

INTRODUCCIÓN

Un año más se presentan en esta Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo los pronunciamientos doctrinales que se han estimado más relevantes en el curso judicial 2021-2022 que culmina, bien por su novedad u originalidad, bien por la trascendencia social de la cuestión debatida, bien, en fin, por el alcance rectificador, corrector o de matización de criterios precedentes.

En líneas generales, la Sala ha mantenido un ritmo semejante al del año anterior, si bien ha venido marcada, en materia estricta de Derecho del Trabajo, por la asunción, nuevamente, de numerosos recursos de los llamados “en cadena”, materias repetitivas que, con pequeños matices que hacen muy compleja la diferenciación, han necesitado soluciones homogéneas, en concreto, nos estamos refiriendo a toda la problemática relativa a la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas y el recurso a la contratación de interinidad por vacante de duración inusualmente larga, más allá de los tres años del art. 70.1.EBEP, materia de la que se dio cuenta en la crónica precedente y que ha seguido ocupando el quehacer jurisdiccional del Tribunal Supremo en este periodo.

En todo caso, y a pesar de la estrechez del cauce por excelencia de la elaboración doctrinal de esta Sala, que es el recurso de casación para la unificación de doctrina, la vitalidad y la viveza del Derecho del Trabajo ha encontrado ocasión para ponerse una vez más de manifiesto, haciendo necesario --a pesar de la estabilidad doctrina a la que hemos aludido— la intervención de los tribunales y, en el grado supremo de la jurisdicción, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La realidad, pues, sigue proporcionando a ésta una oportunidad para que desarrolle criterios interpretativos capaces de ofrecer soluciones a los nuevos interrogantes que suscitan los viejos problemas y a las dudas surgidas de los ámbitos de conflictos emergentes.

Así las cosas, como apuntamos, se han abordado problemas novedosos como el relativo a las consecuencias que se derivan del hecho de la superación de procesos de selección para la contratación temporal en las Administraciones Públicas. Y en el ámbito estricto de los despidos individuales, un tema recurrente ha sido el relativo a la corrección jurídica o no de la inadmisión de la

prueba de videovigilancia aportada para justificar los despidos disciplinarios, así como aquellas otras pruebas que comprometen la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Sin abandonar los despidos disciplinarios, ha tenido ocasión la Sala de dar continuidad a la estela inaugurada hace años, admitiendo excepciones en lo que a la valoración de conductas disciplinarias importa, abordando en diversas resoluciones de este periodo la transgresión de la buena fe contractual, y, por otro lado, las ofensas verbales y físicas en el entorno laboral. Y en el contexto de los despidos objetivos, merece mencionarse la extinción objetiva por ineptitud sobrevenida, materia que difícilmente supera el presupuesto de la contradicción. Pero sin duda una de las sentencias con más repercusión –por su novedad– es la relativa a la calificación que merece un despido de trabajadora por razón de su matrimonio, y por otro lado, en el marco de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, la nulidad del despido de la empleada en estado de gravidez y ello a pesar de que el empleador desconociera la situación de gestación.

Asimismo, es de destacar el papel del recurso de casación ordinario, principalmente en materia de negociación colectiva y tutela de la libertad sindical. La materia relativa a los despidos colectivos ha sido también insistentemente tratada por el Tribunal este periodo, resolviendo no solo viejos problemas relativos en ocasiones a la frágil frontera con el despido colectivo de hecho, y en otras, reiterando lo que debe entenderse por obligación de negociar de buena fe, y el alcance de las obligaciones informativas y documentales del empresario, sino, sobre todo, las derivadas de la especial situación derivada del SARS-Cov-2. Estas últimas, en interpretación de la específica regulación dictada para combatir la excepcional crisis sanitaria y relativas a suspensiones colectivas del contrato de trabajo, modificación sustancial de condiciones de trabajo o tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales en relación con la posible obligación de entrega de medios de protección. También se han dictado diversas sentencias que abordan diferentes actuaciones empresariales desde la óptica del derecho a la igualdad, art 14 CE, relacionadas con el abono del complemento de categoría, la pausa por bocadillo o el permiso retribuido recuperable.

Por otra parte, existen pronunciamientos interesantes, tanto por la materia a la que se refieren o por tratarse cuestiones novedosas, como el relativo a la prohibición de percepción de propinas, o la modificación sustancial de condiciones de trabajo e inaplicación de convenios o el permiso de paternidad contemplado en convenio colectivo en relación con el art 37.3 b) ET, tras la entrada en vigor de la nueva redacción operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, art. 2.9, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, así como la compensación y absorción a efectos de la subida del SMI para 2019, entre otros.

Asimismo, son de destacar aquellas resoluciones que modifican y /o matizan doctrina previa en relación con los efectos de la prohibición convencional de prorrateo mensual del abono de las pagas extraordinarias o la relativa a la consideración de las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los trabajadores dedicados al transporte sanitario como tiempo efectivo de trabajo

a efectos de la jornada anual, y, el correlativo abono del exceso como horas extras.

No pueden olvidarse tampoco los diversos pronunciamientos efectuados desde la perspectiva de género, criterio interpretativo que la Sala Cuarta tiene siempre muy presente por las características de las cuestiones que debe abordar.

1.- Antigüedad

Trabajadores fijos- discontinuos

Las **STS 13-10-21 y 27-4- 2022 (Rc 3650/18 y 812/19)**, ECLI:ES:TS:2021:3842 y ECLI:ES:TS:2022:1818, reiteran doctrina, que establece que, a efectos del cálculo de la antigüedad de trabajadores fijos discontinuos, debe tenerse en cuenta el periodo total de prestación de servicios y no únicamente el tiempo de prestación efectiva de servicios. La exclusión de los periodos no trabajados para adquirir el derecho a un trienio va contra la normativa europea, sin que sea una justificación objetiva la existencia de una norma general y abstracta que así lo prevea. En el caso, el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, tan solo dispone que, a efectos de trienios para los trabajadores fijos discontinuos, se reconocerán los servicios previos prestados sin que, en esos generales términos puedan entenderse excluidos los periodos en los que no existe actividad, no constituyendo esta redacción una razón objetiva que permita mantener un trato diferente para este colectivo de trabajadores.

2.- Ascenso por desempeño de funciones de categoría superior.

Las **STS 1-6-2022 (Rc 31/19)** ECLI:ES:TS:2022:2455, y **26-10-2022 (Rec 4628/18)** ECLI:ES:TS:2021:4016 reiteran, que en el ámbito del personal laboral de la Comunidad de Madrid, esta vedaba la posibilidad, como norma general, de ascender a una categoría superior a la que se tiene reconocida (también desde el inicio), mediante el mero ejercicio de las funciones propias de la misma, dados los términos que resultan del convenio colectivo de cobertura, que veda esta posibilidad al supeditar el ascenso a la realización de pruebas específicas mediante el correspondiente proceso de promoción interna. Ahora bien, se reconoce el derecho a las retribuciones de la categoría superior.

3.- Cesión ilegal

Las **SSTS 12-1-22 (Rc 1903/20) ECLI:ES:TS:2022:103; ; 13-1-22 (Rc 2715/20) ECLI:ES:TS:2022:366; 25-1-22 (Rc 553/20) ECLI:ES:TS:2022:241; 7-2-22 (Rc 175/20) ECLI:ES:TS:2022:595**; contribuyen una vez más a la delimitación de lo que sería una verdadera contrata y un puro suministro de mano de obra, conforme a los ya consolidados criterios de la autonomía técnica de la contrata, y la puesta en juego de la organización productiva de la entidad contratista. Las aludidas resoluciones descartan la existencia de una situación de prestamismo laboral en relación a unos monitores de educación especial en centros docentes de la Junta de Andalucía, básicamente, porque la contratista posee suficiente infraestructura organizativa, y lo

que es más decisivo, mantiene la organización, dirección y control de la actividad laboral, asumiendo las funciones inherentes a la condición de empresario.

Reitera la **STS 23-2-22 (Rc 3248/19) ECLI:ES:TS:2022:874** que declarado el despido improcedente y estimada la existencia de cesión ilegal, la responsabilidad es solidaria de las empresas implicadas por mor del art. 43 ET. 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 el art. 56 ET. 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.

4.- Comedores de gestión directa y comida in situ. No es preceptivo dotarles de personal de cocina perteneciente al Departamento de Educación.

La **STS 15-6-2022 (Rc 22/21)** declara que los comedores de gestión directa y comida *in situ* del Departamento de Educación del Gobierno Vasco no han de estar dotados de plantilla o personal de cocina perteneciente al propio Departamento de Educación y si, por el contrario, puede ser personal de una empresa contratada. Se alcanza dicha solución en interpretación integrada del art 10 de la Orden de 22 de marzo de 2000 del Consejero de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, (BOPV de 28-3-2000), así como del artículo 10 del Convenio colectivo del personal laboral del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, (BOPV de 31-3-2009). La empresa homologada puede suministrar el personal de cocina, que no tiene que ser necesariamente propio del Departamento de Educación, toda vez que así lo prevé expresamente el artículo 10 la Orden mencionada, sin que a esta previsión se oponga ninguna otra del Convenio aplicable. El precepto no dispone «en ningún momento que tal dotación ha de ser mediante personal propio». Y respecto de los concursos de traslado mencionados en el convenio colectivo, se advierte que esa es «una de las vías posibles» para la dotación del personal de cocina, «pero no la única».

5.- Contrato de trabajo

5.1.- Contrato de trabajo y relación mercantil

Tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia [TS 26-12-07 (Rc 1652/06)], que sólo en los casos de relaciones laborales, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral, lo que, anticipamos, no concurre en el supuesto que examina la **STS 9-3-22 (Rc 742/19) ECLI:ES:TS:2022:1005**. En el caso, se aborda la naturaleza de la relación entre el actor y la demandada cuando concurren las circunstancias de que el actor realizaba actividades como asesor económico financiero de la demandada, poseía un 18% del capital social, ostentando la condición de miembro del Consejo de Administración, gozando de amplios poderes de representación, y no constando que realizara tareas propias de una relación laboral común. Así las cosas y con arreglo a la jurisprudencia de la Sala, concluye la sentencia anotada afirmando el carácter mercantil de la

relación, al venir desempeñando el demandante simultáneamente actividades propias del Consejo de Administración de la sociedad, y las de gerencia de la empresa, existiendo una integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente. La relación se califica como mercantil.

5.2.- Periodo de prueba

Afronta la **STS 9-12-21 (Rc 3340/19) ECLI:ES:TS:2021:4760** la validez del periodo de prueba que se ha pactado en el contrato de trabajo haciendo constar que su duración será “según convenio o art. 14 ET”. Considera el Alto Tribunal que tal pacto carece de eficacia porque si bien dicho periodo se ha pactado por escrito, no se ha consignado la duración máxima del mismo, lo que se erige en un derecho mínimo del trabajador, sin que la remisión al periodo regulado en el Convenio o ET art. 14 efectuado en el contrato satisfaga tal exigencia, porque no fijan una duración concreta del periodo de prueba, sino que establecen la duración máxima del mismo. Por lo tanto, el periodo de prueba pactado en el contrato es nulo, y nulo el despido por el estado de gravidez de la trabajadora.

5.3.- Contrato Indefinido de apoyo a emprendedores

Interesante es la cuestión que se dilucida en la **STS 23-3-22 (Rc 963/20) ECLI:ES:TS:2022:1228**, en la que se dirime si el periodo de prueba de un año establecido en la normativa reguladora del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores en la redacción del art. 4.3 RD-L 3/2012 [hoy derogado por el RD-L 28/2018] era válido cuando posteriormente se había publicado un convenio colectivo que fijaba un plazo inferior. Y la Sala Cuarta en aplicación de la doctrina constitucional (STC 8/2015, y 140/2015), da una respuesta positiva. Señala que el citado periodo de prueba de un año era una norma de derecho necesario absoluto indisponible para la negociación colectiva y que su fijación por el legislador no vulneraba el derecho a la negociación colectiva previsto en el art. 37.1 CE.

En la **STS 28-3-22 (Rc 471/20) ECLI:ES:TS:2022:1354**, no se combate la validez del contrato de apoyo a emprendedores de la L 3/2012, ni el desistimiento empresarial al finalizar el cuarto mes de los doce que contemplaba el periodo de prueba y tres días antes de que la empresa cesara en su actividad, sino si debiera haberse comunicado la terminación del contrato con un plazo de preaviso quincenal y que su omisión debe conllevar el pago de una indemnización equivalente a los salarios devengados durante tal periodo, al amparo de lo dispuesto en el art. 4.4 de la Carta Social Europea [CSE], que exige que el desistimiento empresarial del periodo de prueba sea comunicado con quince días de antelación a su efectiva operatividad. El TS, salvada en el caso la aplicabilidad de la CSE (ratificada el 2-4-2021) por mor del art. 96 CE y L 25/2014, en una elaborada resolución, declara que en el caso debe observarse el plazo de preaviso contemplado en el art. 53.1.c) ET. Aclara asimismo que la aludida doctrina no afecta al desistimiento durante el periodo de prueba ordinario, con duración acorde a su finalidad paradigmática. Tampoco a los supuestos en que, pese a haberse celebrado un contrato de apoyo a emprendedores, el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración.

6.- Contratos temporales

6.1.- Interinidad por sustitución.

A propósito de la posibilidad de suscribir contrato de interinidad por sustitución cuando el trabajador sustituido es adscrito temporalmente a otros servicios con reserva de su puesto de trabajo, se pronuncia la **STS 26-5-21 (Rc 2199/19) ECLI:ES:TS:2021:2212**, dando una respuesta positiva y descartando en consecuencia que el contrato haya devenido en fraudulento. Razona que ni el ET ni el RD 2720/1998 reserva en exclusiva el contrato de interinidad a los casos de suspensión con reserva de trabajo sino a todos aquellos en los que un trabajador deba ser sustituido por otro, como en este caso en el que el trabajador es adscrito a otro puesto con derecho de reserva del que ha dejado.

Problema análogo se ventiló en la **STS 6-7-21 (Rc 2746/19) ECLI:ES:TS:2021:3014** alcanzando solución diversa, al declarar que la posibilidad de acudir a la interinidad sin suspensión de la relación laboral del trabajador sustituido es admisible cuando esa adscripción del sustituido a otro puesto de trabajo sea verdaderamente temporal y puramente coyuntural, de corta duración, y motivada por circunstancias productivas de naturaleza singular que justifiquen la cobertura temporal de su puesto de trabajo por haber sido destinado de manera ocasional a otro distinto, pero no es admisible, para un supuesto como el allí examinado, en el que concurre la circunstancia de que tal situación se prolonga varios años, durante los que la sustituida sigue ocupando el mismo puesto de trabajo al que fue trasladada, mientras que el interino desempeñaba el anterior, lo que evidencia que se trata de cubrir una necesidad de mano de obra de carácter permanente. Por lo tanto, el contrato de interinidad es en fraude de ley, y la relación se califica como indefinida no fija, por cuanto CRTVE es una entidad mercantil integrada en el sector público.

La **STS 12-1-22 (Rc 1970/19) ECLI:ES:TS:2022:225** descarta que la relación laboral se haya transformado en indefinida por el hecho de que la empresa haya extinguido el contrato de interinidad unos días después de haber sido declarado en incapacidad permanente total el trabajador sustituido, cuyo situación de incapacidad temporal servía de causa a la contratación temporal, y ello porque no se aprecia fraude de ley al hallarnos ante un incumplimiento puramente formal y absolutamente irrelevantes de la normativa en la materia

6.2.- Contratación por obra o servicio determinado

Reproduce la **STS 20-10-21 (Rc 2126/20) ECLI:ES:TS:2021:3914** doctrina sentada en la STS 27-1-21 (Rc 1613/18) y declara que la modalidad contractual adecuada para ejecución de la encomienda de gestión del servicio para refuerzo de brigadas de prevención, vigilancia y defensa contra incendios forestales es el **contrato indefinido discontinuo** y no el contrato de obra y servicio determinado.

6.3.- Superación de procesos de selección para la contratación temporal

De notable interés en el supuesto que decide la **STS 16-11-21 (Rc 3245/19) ECLI:ES:TS:2021:4328** en el que se reconoce la condición de **trabajadora fija** de AENA SA a una empleada que había superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas, sin obtener plaza, pasando a la bolsa de candidatos con reserva. Ocupó una plaza que, aunque había suscrito un contrato temporal, no tenía tal naturaleza. Se funda esta decisión en el hecho de que el I CCol del Grupo de empresas Aena (art. 25) regula la situación de los candidatos que, habiendo superado las pruebas selectivas para la contratación de personal fijo, hubieran aprobado sin

plaza, constituyendo una bolsa de candidatos en reserva «que se utilizará, mientras esté vigente, para posteriores contrataciones con carácter fijo o temporal de la misma ocupación». En consecuencia, los principios de mérito y capacidad se pusieron de manifiesto mediante la participación de la actora en una convocatoria pública para ocupar plazas fijas que superó satisfactoriamente, por lo que se le reconoce la condición de trabajadora con una relación fija.

Pero la solución alcanzada en el supuesto precedente no se extrapola al decidido por la **STS 17-11-21 (Rc 2337/20) ECLI:ES:TS:2021:4472**; sentencia que cuenta con dos Votos particulares. Se trata en el caso de una trabajadora que superó un **proceso de selección para la contratación temporal** convocado por una fundación pública dependiente de la Xunta de Galicia. Se funda esta decisión en el hecho de que la mera superación de un proceso selectivo para la suscripción de un contrato de trabajo temporal no garantiza que se hayan cumplido los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público exigidos por el Derecho nacional. Como argumento de refuerzo, recalca en el art. 11.3 EBEP –introducido por el RD-L 14/2021-, que aunque no sea aplicable por elementales razones cronológicas, revela la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal. En consecuencia, **el trabajador no adquiere la condición de fijo.**

Análogo criterio se reproduce en la **STS 24-11-21(Rc 4280/20) ECLI:ES:TS:2021:4457**; **1-12-21 (Rc 4279/20) ECLI:ES:TS:2021:4464**, en relación a unas trabajadoras que habían venido prestando servicios para el Concello de Meaño, siendo pacífico que la relación laboral mantenida entre las partes, se produjo en fraude de ley, únicamente fue necesario despejar si la relación devino en indefinida o indefinida no fija. La Sala Cuarta reitera que el contrato es indefinido no fijo, aunque se haya superado el proceso selectivo para la cobertura de una vacante temporal.

6.4.- Indemnización por fin de contrato temporal

Reiteran las **SSTS 26-1-22 (Rc 959/19) ECLI:ES:TS:2022:383**; **9-3-22, Rec 2895/20 ECLI:ES:TS:2022:1011** que se considera compensable la indemnización abonada por la empresa con ocasión de la terminación el último de los contratos temporales suscritos por el trabajador, tras cuya extinción se produce el cese definitivo de la relación laboral que finalmente se califica como despido improcedente. Señalan que en estos casos lo abonado sí ha de detraerse de la indemnización total a abonar.

6.5.- Unidad esencial del vínculo

En las **SSTS 26-1-22 (Rc 4359/19) ECLI:ES:TS:2022:289**; **8-3-228 (Rc 4360/19) ECLI:ES:TS:2022:891**, se amplía la doctrina jurisprudencial de la unidad esencial del vínculo, que como es sabido, desempeña una labor de tutela de los trabajadores con contrataciones temporales sucesivas, ilícitas o no, con el mismo empleador o con distinto empleador mediante sucesión por ejemplo de contratadas. Las pequeñas interrupciones entre las diversas contrataciones laborales temporales no desvirtúan la existencia de un único vínculo laboral a efectos de la antigüedad del trabajador a los efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente. La novedad de estas resoluciones radica en el hecho de que, a su entender, no quiebra la unidad esencial del vínculo el hecho de que haya mediado una baja voluntaria (dimisión del

trabajador), seguida a los pocos días de una nueva contratación (por distinta empresa) para el mismo puesto de trabajo. Se fundan estas sentencias en la existencia de una transmisión de empresa, extremo sobre el que no se polemiza, con la consiguiente subrogación, toda vez que, sin subrogación empresarial, no es dable plantear la eventual unidad esencial del vínculo.

7.- Convenio colectivo y negociación colectiva.

Sucesión de convenios y contractualización de condiciones

Especial interés presenta la **STS 20-4-2022 (Rc 264/21)**, ECLI:ES:TS:2022: 1491, que descarta que la mercantil demandada, dedicada a la restauración colectiva, deba complementar la prestación por desempleo (hasta el 100% del salario) que su plantilla ha recibido durante la suspensión contractual provocada por la pandemia de la Covid-19 (ERTE), al considerar que resulta de aplicación, en la materia ahora litigiosa, el Convenio superior, - Convenio Colectivo Estatal del Sector Laboral de Restauración Colectiva- , que no contempla el complemento pretendido, por lo que no existe derecho a su percibo.

El origen de la controversia se encuentra en que la obligación de complementar la prestación por desempleo en caso de ERTE por fuerza mayor se establecía en el convenio colectivo provincial (hostelería) expirado en 2013. Tras la contractualización de las condiciones de trabajo se han aprobado tres convenios sectoriales de ámbito estatal ("restauración colectiva") que no la contemplan. Por razones cronológicas, el debate se centra en el alcance de las normas que regulan la vigencia de los convenios colectivos anteriores a la reforma operada mediante Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. La Sala IV tras una interesante labor argumental en la que recapitula la doctrina sobre la contractualización de condiciones convencionales y los presupuestos para ello, concluye que la misma no impide la aplicación de un convenio colectivo sectorial, aunque sea de manera sobrevenida. Cuando surge un convenio colectivo "completo" este desplaza al contenido del precedente, aunque estuviera incorporado a los contratos de trabajo pues lo contrario quebraría la regulación del sistema de fuentes de la relación laboral y atentaría contra la propia autonomía colectiva, al cabo, origen de las propias condiciones contractualizadas. Cuando el convenio colectivo de ámbito superior pasa a aplicarse ya no cabe hablar de contractualización en cuanto que esta no es inmune al posterior convenio colectivo.

8.- COVID-19

Durante el año judicial 2021-2022 se han dictado numerosas resoluciones relacionadas con la extraordinaria situación creada por la COVID-19, en interpretación y aplicación de la especial normativa dictada a fin de paliar los efectos de la pandemia y que hacen referencia a cuestiones diversas – ERTE por fuerza mayor, modificaciones de condiciones de trabajo...etc-

8.1.- ERTE -Fuerza mayor-

Existen abundantes pronunciamientos en impugnación de la resolución de la autoridad laboral que, en la mayoría de los casos, no constató la existencia de fuerza mayor en peticiones de ERTE COVID-19. Para que se produzca dicha suspensión

colectiva es preciso que o bien la actividad de la empresa estuviera incardinada entre las que el RD 463/2020 (modificado por el RD 465/2020) desglosaba en el Anexo intitulado “Relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10” o bien se debe acreditar una pérdida de actividad vinculada al Covid-19, en los especiales términos exigidos por la normativa.

El Real Decreto-ley 8/2020, art 22, crea, a consecuencia de la pandemia, un supuesto de fuerza mayor especial y específico que se vincula a unas circunstancias concretas establecidas en la propia norma; de suerte que si las alegadas por la empresa no encajan en las establecidas en la ley, no podrá considerarse que nos encontremos ante este supuesto singular de fuerza mayor; lo cual no implica que no puedan concurrir causas técnicas económicas o productivas que, derivadas de las consecuencias de la pandemia, justifiquen una suspensión de contratos o reducción de jornada en los términos establecidos en el artículo 23 RDL 8/2020.

En todo caso, a constatación de la fuerza mayor exige que el interesado acredite que, en su caso concreto, concurren como consecuencia de la Covid 19 o de la declaración del estado de alarma las circunstancias previstas en el precepto. Ello exige un análisis individualizado ligado a la comprobación de la afectación de las medidas de todo tipo vinculadas a la COVID 19 a la situación de la empresa y de sus trabajadores, a fin de acreditar una vinculación directa entre la pérdida de actividad y la COVID 19, y ello a diferencia del ERTE-ETOP en el legislador no utiliza el término vinculación sino el de relación: que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción estén relacionadas con el COVID-19.

En aplicación de la anterior doctrina, **la Sala IV ha resuelto que concurría la fuerza mayor alegada por la empresa como justificativa del ERTE en las siguientes resoluciones:**

La **STS 16-12-21, (Rc 209/21)**, ECLI:ES:TS:2021:4876, aprecia la fuerza mayor en el ERTE basado en el art. 22 RDL 8/2020, que había sido denegado por la autoridad laboral, por entender que debía acudirse a la vía del artículo 34 RDL 8/2020. La demanda había sido interpuesta por una empresa concesionaria en el marco de contratos administrativos suscritos con las respectivas Consejerías de Educación de las comunidades autónomas, cuyo objeto era la prestación de servicio de comedor y aula matinal en diversos centros escolares. Se estima que los concesionarios públicos pueden presentar un ERTE por fuerza mayor sin perjuicio del derecho a solicitar y obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sin que esta solicitud constituya una medida prioritaria, alternativa y excluyente de aquella, al no quedar excluidas ni el por art 22 RDL 8/2020, ni por el art 34 del RDL 8/2020. Por otra parte, este último precepto no prevé un sistema indemnizatorio automático, sino que regula un procedimiento que exige solicitud de parte y acreditación de los perjuicios sufridos, no teniendo garantizado el contratista que la indemnización reclamada le vaya a ser reconocida en todo caso. Por tanto, respecto a los contratos de concesión de obras y servicios, no se reconoce al concesionario el derecho a ser indemnizado por los costes laborales asumidos mientras el contrato esté interrumpido, sino a recibir una difusa compensación que se concretará en la ampliación del plazo de la concesión o en la modificación de sus condiciones económicas.

La **STS 19-1-2022, (Rc 82/21)**, ECLI:ES:TS:2022:228, constata la concurrencia de fuerza mayor, apreciada por la resolución administrativa, en la decisión de la empresa Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo SA, que había suspendido temporalmente los contratos de trabajo del personal de vuelo, tras considerar la medida razonable en términos de gestión empresarial. La cancelación de un porcentaje muy elevado de vuelos justifica la suspensión de los contratos de trabajo por lo que no ofrece duda que la fuerza mayor creó la necesidad de dichas suspensiones. Posteriormente, la evolución de la pandemia y las necesidades derivadas de la prestación del servicio de transporte aéreo hicieron que la empresa procediera en relación con el personal de vuelo a comunicar a cada trabajador su respectiva programación mensual con 14 días de antelación y efectuando, en su caso, las desafectaciones impuestas por las necesidades del servicio.

Por el contrario, se ha resuelto que no concurría la fuerza mayor alegada por la empresa como justificativa del ERTE en las siguientes resoluciones:

La **STS 22-9-202 (Rc 75/21)**, ECLI:ES:TS:2021:3490, confirma la resolución administrativa impugnada denegatoria de la constatación de fuerza mayor vinculada a la COVID 19, al considerar que la finalidad perseguida por la empresa, RYANAIR, era suspender los contratos de los trabajadores despedidos -el despido había sido declarado nulo por sentencia firme- con efectos retroactivos, y situar en desempleo a tales trabajadores despedidos, desde la declaración del estado de alarma en adelante, cubriendo, así, un amplio período de tiempo durante el cual la empresa debía pagar salarios de tramitación por la declaración de nulidad del despido. Argumenta que habida cuenta de que el grueso de los trabajadores afectados por el ERTE había sido objeto de despido colectivo declarado nulo por sentencia firme, lo que la empresa debió efectuar era readmitir a los trabajadores y abonarles los correspondientes salarios de tramitación. A partir de ese momento, la empresa pudo - si las circunstancias fácticas y la normativa vigente lo permitían- iniciar un nuevo ERTE con efectos desde la fecha en que la relación laboral se reconstituyó. Sin embargo, lo que la mercantil hizo fue tramitar una suspensión de contratos con fecha de efectos retroactiva a la declaración del estado de alarma -concretamente, con efectos del 15 de marzo de 2020-. Por ello, el ERTE es considerado fraudulento por incumplir los términos de la sentencia firme del despido colectivo. Y este fraude de ley determina que, no pueda apreciarse la existencia de la fuerza mayor pretendida por la empresa para poner en marcha el ERTE.

Asimismo, la **STS 15-12-21, (RC 179/21)**, ECLI:ES:TS:2021:4856, sostiene que no se ha acreditado la fuerza mayor prevista en el Real Decreto-ley 8/2020, art 22.1, respecto de un grupo empresarial, dedicada a la fabricación de acero y sus derivados, su transformación y su comercialización al no encajar las circunstancias acreditadas por el grupo en ninguna de las previsiones configuradas como constitutivas de la fuerza mayor que el precepto regula. No se han probado los hechos indispensables para que pueda apreciarse la fuerza mayor en todas y cada una de las empresas del grupo; ni siquiera contempladas de manera individual o aislada. No es un hecho público y notorio no necesitado de prueba que existiera, en todo caso, en las empresas del grupo una pérdida de la actividad industrial

ocasionada por las consecuencias de la COVID 19, máxime cuando se trata de sectores que no vieron suspendida su actividad durante la declaración del estado de alarma. Ello no quiere decir que no pudiera producirse a lo largo de la persistencia de la pandemia un desajuste real entre la carga de trabajo y la configuración normal de la plantilla de la empresa y que tal situación pudiera o no quedar comprendida en el ámbito de las causas técnicas, organizativas, productivas o económicas que, en su caso, pudieran justificar una determinada suspensión de contratos o reducción de jornada en todas o algunas de las empresas del grupo;

La **STS 20-1-22, (Rc 231/21)**, ECLI:ES:TS:2022:369, niega la concurrencia de fuerza mayor especial, porque la actividad de limpieza, a la que se dedica la empresa solicitante, ni estaba incluida en el anexo del Real Decreto 463/2020, ni se acredita una pérdida de actividad vinculada directamente a la Covid-19. No son suficientes a los efectos analizados las referencias a la pérdida de clientela, las expectativas desfavorables, la caída de pedidos u otras razones similares, que necesariamente han de ser reconducidas a las causas técnicas, organizativas o de producción definidas legalmente. La pérdida de actividad se muestra relacionada con el Covid-19, pero no anudada o vinculada directamente al mismo.

Asimismo, el Alto Tribunal ha rechazado que se fundamente en causa de fuerza mayor la suspensión de los contratos de los trabajadores de empresas dedicadas al comercio minorista de óptica: Visionlab (**STS 24-1-2022, (Rc 262/21)**, ECLI:ES:TS:2022:317), Ulloa Óptica Galicia SA (**STS 9-3-2022, (Rc 259/21)**, ECLI:ES:TS:2022:1060,), ECLI:ES:TS:2022:317 , y Óptica Óvalo SA (**STS 19-5-2022 (Rc 291/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2056. La primera de las sentencias citadas argumenta que ello exigiría «una conexión directa e inmediata [...] y, correlativamente, en tal forma acreditarla. En el caso, la pérdida de actividad notificada en la solicitud se muestra relacionada con el Covid-19, pero no anudada o vinculada directamente al mismo. Y faltando esa conexidad directa e inmediata, si se estimaren concurrentes circunstancias encuadrables en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, será el cauce del citado art. 23 (del Real Decreto-ley 8/2020) el que resulte de cobertura. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 9-3-2022, (Rc 259/21)**, señalando que la empresa no presta asistencia sanitaria en sentido propio y que no concurre la conexión directa e inmediata exigida. Por último, la sentencia dictada en el **Rc 291/21** tampoco se ha acreditado que se trate de un supuesto de flexibilidad interna que tenga su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la Covid-19. La empresa no ha probado que la reducción de jornada y la suspensión de contratos deriven directamente de la suspensión o cancelación de actividades por el estado de alarma, ni del cierre temporal de locales de afluencia pública, ni de las restricciones en el transporte público y en la movilidad de las personas o mercancías, ni que sufriera una falta de suministros que impedía gravemente continuar con el desarrollo ordinario de su actividad, ni un contagio de su plantilla o la necesidad de adoptar medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria.

En otro ámbito de actividad se pronuncia la **STS 17-2-2022, (Rc 289/21)**, ECLI:ES:TS:2022:662, que no aprecia la fuerza mayor en el ERTE COVID

planteado por carencia de acreditación suficiente de la imposibilidad temporal de continuar con la actividad empresarial - venta, alquiler y servicio técnico de maquinaria industrial para procesos productivos -. Las suspensiones o reducciones de actividad de un sector de su clientela o encargos suspendidos o aplazados no cubren el requerimiento exigido, sin que figure con certitud que a su vez lo eran siempre o en todo caso por fuerza mayor. Maxime cuando reconoce la propia empresa que otros clientes no se vieron afectados por las prohibiciones previstas en el Real Decreto 463/2020, continuando en funcionamiento la mercantil para prestar los servicios imprescindibles. De cualquier modo, se insiste, la pérdida de actividad se muestra relacionada con la Covid-19, pero no anudada o vinculada directamente a la misma.

La **STS 17-2-2022, (Rc 255/21)**, ECLI:ES:TS:2022:697, también denegó la constatación de fuerza mayor especial respecto de empresa, cuyo objeto social consistía en la comercialización de productos relacionados con la ventilación y evacuación de humos de edificios, así como la instalación de los mismos. La sala argumentó que no se había probado que su actividad se encontrara entre las afectadas por las medidas de contención contempladas en el articulado y en el anexo del Real Decreto 463/2020.

La **TS 17-2-2022, RC 244/21**, ECLI:ES:TS:2022:1014, se dicta en un supuesto en el que la empresa, que se dedica a la distribución y comercialización de recambios para vehículos a talleres mecánicos y tiendas de repuestos distribuidos por todo el territorio nacional, defiende que la actividad quedó totalmente paralizada como consecuencia del COVID-19, toda vez que cerraron todos los establecimientos minoristas del sector. No se aprecia la fuerza mayor pues consta que el 20-3-2020, fecha en la que la empresa promovió el ERTE, ya estaba en vigor la Orden TMA/259/2020, de 19 de marzo, que permitió la apertura de talleres de reparación y mantenimiento de vehículos de motor, así como los establecimientos de actividades conexas de venta de piezas y accesorios con venta directa a los talleres de reparación, que es la actividad principal de la empresa, vista la necesidad de garantizar el adecuado funcionamiento de las operaciones de transporte de mercancías y asegurar el necesario abastecimiento de productos a la población, así como de los transportes autorizados en el Real Decreto 463/2020. Ello justifica que se mantuvieran abiertos los establecimientos de la empresa, ya que, si no se hiciera así, sería inviable el funcionamiento de los talleres de reparación y mantenimiento de vehículos. Y aunque se excluye la apertura al público en general, dicha circunstancia no activa por sí misma la concurrencia de fuerza mayor, toda vez que, no se ha acreditado qué incidencia tiene en la actividad de la empresa la adquisición de materiales y recambios por el público en general, teniéndose presente que la reparación de vehículos es una actividad compleja, siendo razonable concluir que el volumen mayoritario del negocio de la empresa se orienta a los talleres de reparación y mantenimiento de vehículos, así como a los profesionales que los atienden, que no son propiamente público en general, que es la única restricción querida por la norma examinada. Tampoco se ha probado que la empresa se haya visto afectada por falta de suministros, que hayan impedido gravemente su actividad.

En la misma línea y con similares argumentaciones se pronuncia la **STS 16-3-2022, (Rc 309/21)**, ECLI:ES:TS:2022:1272, que no aprecia la concurrencia de fuerza mayor como causa justificativa del ERTE solicitado por la empresa, cuya actividad es tanto la gestión de aparcamientos subterráneos como el control horario de zonas de estacionamiento creadas por las Corporaciones municipales, principalmente por la falta de acreditación suficiente de la imposibilidad temporal de continuar con la actividad. Y si bien hay prueba de las pérdidas de actividad alegadas, no se ha acreditado el hecho de que los trabajadores hubieran cesado su actividad de forma total, ni siquiera de forma parcial. Tampoco se constata el cierre de los servicios de parking y el hecho de que se produjera la suspensión del servicio de hora no vincula en ese caso.

La **STS 16-3-2022, (Rc 254/21)**, ECLI:ES:TS:2022:1139, tampoco constata la existencia de fuerza mayor habilitante de la suspensión de los contratos de trabajo de una empresa que se dedica a la estampación de piezas destinadas a la fabricación de automóviles de las principales marcas. Se trata de una actividad auxiliar del sector del automóvil que no fue afectada directamente por la declaración del estado de alarma. La parte actora no ha probado que se trate de un supuesto de flexibilidad interna que tenga su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la Covid-19 ni que la suspensión de contratos derive directamente de la suspensión o cancelación de actividades por el estado de alarma, ni del cierre temporal de locales de afluencia pública, ni de las restricciones en el transporte público y en la movilidad de las personas o mercancías. Tampoco ha acreditado que sufriera falta de suministros que impidieran continuar con el desarrollo ordinario de su actividad, ni un contagio de su plantilla o la necesidad de adoptar medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria.

8. 2.- Causas productivas y organizativas. Buena fe negocial. ERTE.

La **STS 20-10-2021 (Rec 121/21)**, ECLI:ES:TS:2021:3930, confirma que el ERTE (suspensión y reducción de jornada) COVID-19, por causas productivas y organizativas, está justificado. Se rechaza la declaración de nulidad pues consta la documentación entregada en el periodo de consultas, el relato de las diversas reuniones habidas y las propuestas que en esa sede se efectuaron, así como que los sindicatos UGT y CCOO se mostraron conformes con el desarrollo del proceso. Hubo una negociación efectiva, ofreciendo la empresa alternativas concretas que minoraron el alcance de las medidas de suspensiones de contratos y reducción de jornada, sin que el mero hecho de que no se llegase a un acuerdo implique la existencia de abuso de derecho o mala fe negocial. Por otra parte, la empresa ha acreditado la concurrencia de las causas alegadas -- productivas y organizativas--: Se constata una caída en la demanda de productos y servicios ya contratados por los clientes, de los relacionados con inversiones adicionales (actualizaciones, up-grades de aplicaciones, infraestructuras, etc.), cuasi paralización de actividad comercial y dificultades de cobro. De esta forma, el ERTE ha permitido ajustar la carga de trabajo al descenso de productividad y actividad sufridos en cada momento, evidenciado la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas frente a las causas que se constataban, valorando las circunstancias extraordinarias concurrentes.

Por el contrario, la **STS 2-11-2021, (Rc 90/21)**, ECLI:ES:TS:2021:4092, confirma la de instancia que declara nula la decisión patronal, Grupo Arcelomittal, al apreciar falta de entrega de la documentación e información, mala fe empresarial y fraude. El grupo cuando ocurrió la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, estaba dotada de un instrumento de flexibilidad interna para solventar crisis productivas, cuál era el ERTE aprobado en 2009, prorrogado hasta el 31/12/2021 y que imponía a las empresas que entonces lo suscribieron, no afectar más que un porcentaje determinado de trabajadores por empresa, así como otras garantías adicionales. El ERTE se promueve al amparo del RD-L 8/2020, art 23, invocándose causas productivas, señalando en la memoria que la situación sanitaria viene a agudizar la crisis productiva que viene arrastrando el grupo, y económicas, pérdidas en el grupo que pueden incrementarse aún más de no adoptarse unas medidas de reducción de costes, por lo que entiende la empresa que no es eficaz el anterior ERTE 156/2009.

La Sala IV argumenta que no resulta ajustado a los más elementales parámetros de la buena fe, acudir a la negociación como un grupo laboral de empresas e invocar una causa económica cual es la previsión de pérdidas futuras y, a la hora de presentar la situación económica del grupo, prescindir del cómputo de aquellas sociedades que reparten beneficios, con la evidente intención de minorar las garantías establecidas en el ERTE que ya estaba vigente en la empresa. Se evidencia el fraude de ley en tanto que por la demandada se ha utilizado la normativa excepcional de regulación de empleo surgida con ocasión de la crisis sanitaria derivada de la COVID 19, para eludir el cumplimiento de las garantías pactadas con la RLT en el ERTE aprobado 2.009 y en sus sucesivas prórrogas. A lo que se une que las cuentas de las sociedades se presentan incompletas, y que la crisis productiva a la que se refiere el informe técnico no es consecuencia de la pandemia, sino que ya viene latente durante todo el ejercicio 2019. Apreciado el defectuoso cumplimiento de los deberes de información y documentación por parte de la empresa, ello hace inviable que el periodo de consultas se desarrolle con arreglo a las exigencias de la buena fe.

8.3.- Comisión negociadora.

Es de destacar la **STS 15-7-2021 (Rc 8/21)**, ECLI:ES:TS:2021:3220, que declara ajustada a derecho la composición de la comisión negociadora, asumida por CCOO y UGT en el período de consultas del ERTE que afecta al personal de oficinas de la empresa H&M, para las medidas de suspensión de contratos y reducción de las jornadas, con arreglo a la representatividad en el sector del comercio textil, en el contexto producido por la propagación de la COVID-19. La empresa planteó un ERTE, al amparo de los arts 47 y 41.4 ET, y del Real Decreto Ley 8/2020, art 23, convocando a aquellos en tanto que sindicatos más representativos del sector. La Sala IV en una argumentada resolución aborda las diferentes cuestiones planteadas y que llevan a concluir que no se vulneró la buena fe negociadora por no convocar a ELA y LAB y que la comisión negociadora se ajustó a derecho al igual que sus decisiones.

En el caso, los centros de trabajo afectados carecen de representación legal; no hay convenio colectivo en vigor en el momento de la constitución de la comisión negociadora. Especiales circunstancias que llevan a estimar que la composición

alternativa, regulada en el RDL 8/2020 art. 23.1.a, basada en los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación, no puede desplegarse con arreglo a la literalidad del precepto. Por ello, la fórmula admitida por CCOO y UGT, a propuesta empresarial, se ajustó a derecho porque la voluntad del legislador ha sido primar, en estos casos, la representatividad sindical frente a las comisiones ad hoc, optando por una fórmula compleja, según la cual la composición de la comisión negociadora debe integrarse por los sindicatos más representativos del sector en el que se encuadra la empresa, sin distinguir a los de ámbito estatal de los de ámbito autonómico, y a los sindicatos representativos, entendiéndose como tales aquellos que están legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación. En el sector del comercio textil, al que pertenece la empresa, CCOO y UGT, estaban legitimados para conformar la comisión negociadora del ERTE porque cumplían básicamente las exigencias del art. 23.1.a RDL 8/2020, - eran sindicatos más representativos y representativos del sector, en el que está encuadrada la empresa y tenían derecho para participar, en su caso, en la comisión negociadora del convenio colectivo del citado sector-.

8.4.- Derecho a los complementos salariales durante el cierre de la empresa.

Especial relevancia presenta la **STS 19-5-2022 (Rc 294/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2028 , que ha confirmado el derecho de los trabajadores de Paradores de Turismo de España al cobro de complementos salariales durante el tiempo en que dichos establecimientos estuvieron cerrados a consecuencia del estado de alarma, en el periodo del 12 de abril al 24 de junio de 2020, pero sin que la empresa activara un ERTE, al considerar que el derecho a la remuneración prevista no puede verse afectado como consecuencia de que la empleadora opte por no activar la suspensión de los contratos de trabajo. La Sala IV argumenta que puesto que, de manera voluntaria y expresa, Paradores optó por no impulsar el mecanismo suspensivo de las relaciones laborales es innegable que tampoco puede pretender la aplicación de las consecuencias inherentes a las causas que permiten su puesta en juego. Añade que no se trata de que la fuerza mayor que impedía la apertura de los establecimientos hosteleros resulte imputable a la empresa, sino que al descartar el subsumirla en el cauce del ERTE no desactiva, ni mitiga, su deber de remunerar conforme a lo pactado. Lo contrario supondría el inaceptable resultado de que la empresa que opta por no suspender los contratos, pese a existir causa que se lo permitiría, queda exonerada del abono de ciertos complementos retributivos como consecuencia de que no hay efectiva prestación de servicios".

8.5.- Obligación de proporcionar mascarillas FFP2

La **STS 18-5-2022 (Rc 321/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2179, establece que la administración gallega demandada no está obligada a facilitar a todos los trabajadores de las Escuelas Infantiles para niños de 0 a 3 años y de los Centros de Día, para personas mayores, mascarillas FFP2 para la protección de las vías respiratorias frente a la COVID-19, siendo, por el contrario, suficientes las medidas que se vienen aplicando, consistentes en suministrar pantallas y mascarillas quirúrgicas, entre otras. Solo si se detecta algún síntoma son aislados de forma individual con la persona

responsable de dicho aislamiento, a quien se le facilita entonces mascarilla FFP2, además de otros elementos de protección. Los protocolos establecidos son adecuados al nivel de riesgo asumido por los trabajadores que no están en contacto con personas que presenten síntomas. En definitiva, lo que se desprende, con carácter general, de la LPRL y su normativa de desarrollo, como específicamente de la Ley 2/2021 en la excepcional situación generada por la pandemia Covid-19, es que las empresas vienen obligadas a facilitar a sus trabajadores los equipos de protección necesarios y adecuados al nivel de riesgo que en cada caso y momento hayan de afrontar en el desempeño de su actividad laboral, sin que la normativa vaya más allá en lo que se refiere a la modalidad y tipo de mascarillas que la empresa ha de facilitar a sus trabajadores en el desempeño de una actividad.

8.6.- Obligación de los trabajadores de residencias de ancianos con la categoría de enfermeras, de realizar las pruebas test de antígenos, PCR... a los residentes, compañeros y visitas

La **STS 1-6-2022 (Rc 166/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2290, descarta que la obligación de los trabajadores laborales fijos y temporales, que prestan servicios con la categoría de enfermeras, enfermeras especialistas, en las Residencias de Ancianos de la Comunidad de Madrid de realizar las pruebas test de antígenos, PCR... a los residentes, compañeros y visitas, vulnere la normativa anti-COVID analizada. En esencia alega la parte que el art 10 del RD Ley 21/2020, de 9 de junio, si bien en su primer apartado solo habla de prevención, se refiere sin duda a prevención de riesgos, siendo más concreta la norma en su segundo apartado, cuando dice que esa prevención debe ser llevada a cabo por los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen. Tras una interpretación literal, teleológica, sistemática y acorde a la realidad social del tiempo en el que la norma ha de ser aplicada, concluye la sentencia que en los preceptos cuestionados no se menciona la prevención de riesgos laborales, lo que significa que el legislador no se refería a los mismos cuando hablaba de normas de prevención ni tampoco que dicha prevención haya de ser llevada a cabo por los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma.

8.7.- Plus de peligrosidad

La **STS 15-7-2021, (Rec 57/21)**, ECLI:ES:TS:2021:3012, rechaza que todos los trabajadores de la empresa - grupo de supermercados- cuyos servicios se prestan en contacto directo con el público, tengan derecho a percibir el plus de peligrosidad, previsto en el Convenio Colectivo de Empresas Minoristas del Principado de Asturias, art 17, como consecuencia de su exposición a la COVID - 19. El presupuesto constitutivo para lucrar el plus controvertido es que la empresa no haya desplegado los medios necesarios para evitar el riesgo de peligrosidad, toxicidad o penosidad, correspondiéndole la carga de la prueba del cumplimiento de dicha obligación, toda vez que la deuda de seguridad compete al empresario. En el caso queda acreditado que la empleadora ha cumplido con su obligación principal, consistente en crear todas las condiciones necesarias para evitar los posibles contagios de la COVID-19 para el personal que, durante la pandemia, se ha relacionado con el público, así como con los otros compañeros, cumpliendo el deber de seguridad exigido por el art 14 LPRL,

tomando las medidas preventivas precisas recomendadas por el Servicio de Prevención y siguiendo una serie de protocolos, profusamente relatados, que han evitado con éxito la propagación del COVID-19, que ha afectado a menos del 1% de su plantilla de 750 trabajadores.

8.8.- Protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

La **STS 19-1-2022, (Rc 64/21)**, ECLI:ES:TS:2022:370, desestima la petición de reconocimiento al personal sanitario y de centros de salud y hospitalarios del Servicio Vasco de Salud/Osakidetza del derecho a dedicar 10 minutos para el aseo antes de la comida si la jornada es partida, y en todo caso 10 minutos antes de finalizar la jornada laboral; así como a disponer de dos taquillas, una para depositar los efectos personales y otra para la ropa y elementos de trabajo, y en la que se alegaba que la actuación de la demandada supuso una vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de los afectados. Se argumenta que si bien la Covid-19 es un riesgo biológico protegido por el RD 644/1997, de dicha normativa no se desprende la automática aplicación del derecho reclamado. Respecto a disponer de 20 minutos dentro de la jornada laboral para el lavado de manos se constata que la actividad sanitaria exige la práctica habitual del continuo, repetido y frecuente aseo siendo una tarea habitual del puesto, por lo que carece de sentido conceder adicionalmente los dos periodos reclamados, en tanto se aplica tantas veces como sea necesario en la jornada. Respecto a las dos taquillas, consta que el material desechable se deposita en bolsas específicas y el calzado y zuecos en lugar para ser lavados, no se introduce en taquillas.

9. Desigualdad y discriminación.

9.1.- Complemento de categoría

La **STS 15-6-2022 (Rc 1491/20)** declara que no es contrario al derecho de igualdad, reconocido en el art. 14 CE, que el complemento de categoría, establecido en el convenio de un hospital público, retribuya de manera distinta a los titulados superiores sanitarios de los titulados superiores no sanitarios. Sostiene la sentencia que los negociadores del convenio han querido distinguir, sin ningún género de dudas, a ambos colectivos, concluyendo que concurren razones idóneas y proporcionadas, que justifican la diferencia de trato, puesto que unos y otros realizan distintas funciones. El valor añadido de las profesiones sanitarias es mayor en un hospital que las otras profesiones, que coadyuvan al funcionamiento del hospital, por lo que no se parte de situaciones iguales a las que se ha dado un tratamiento desigual. No concurre un trato diferenciado injustificado e irrazonable, y la distinta retribución del complemento de categoría, es totalmente razonable y proporcionada, máxime cuando la aportación a los fines del hospital de las profesiones sanitarias es cuantitativa y cualitativamente superior de aquellas que no lo son, lo cual no comporta, de ningún modo, que estas profesiones no sean necesarias e incluso esenciales para el funcionamiento del hospital, pero es patente que el hospital no podría desempeñar sus funciones sin el personal sanitario correspondiente y sería inviable el cumplimiento de sus fines.

9.2.- Pausa por bocadillo.

La **STS 15-2-2022, (Rc 3939/18)**, ECLI:ES:TS:2022:612, declara que no es discriminatorio que la empresa contabilice la pausa por bocadillo como tiempo de trabajo para quienes desarrollan su actividad en régimen de jornada continuada, mientras que no sucede así con los “ascensoristas de calle”. Consta que los primeros necesariamente despliegan su actividad en régimen de horario fijo, jornada continuada y con sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario y de los clientes en cuyas instalaciones prestan servicios, mientras que los llamados ascensoristas de calle, que son los afectados por el conflicto, tienen horario flexible, no tienen horario continuado y poseen cierta libertad para auto organizar su horario, sin perjuicio del registro telemático de todas las actuaciones. El diverso modo en que se presta la actividad productiva por uno y otro grupo quiebra el presupuesto aplicativo de la discriminación dado que no hay identidad en las situaciones comparadas visto que la distribución del tiempo de trabajo se ajusta a pautas bien diversas y no tienen ni siquiera características similares en la forma de realizar sus cometidos, salvo que deben trabajar el mismo número de horas, pero computadas semanalmente, no diariamente.

9.3.- Permiso retribuido recuperable. Trato discriminatorio.

La **STS 18-2-2022, (Rc 275/21)**, ECLI:ES:TS:2022:897, declara que la empresa incurre en trato discriminatorio cuando al personal fijo no les ha exigido la recuperación de los días disfrutados y sí lo ha realizado respecto al personal temporal en cuanto que no se ha aportado una justificación objetiva y razonable para apoyar la actuación controvertida. Consta que, a los trabajadores temporales, a la finalización del contrato, entre el mes de abril de 2020 y de diciembre de 2020, les han sido descontados, por la empresa de forma unilateral, los días de permiso retribuido recuperable, recuperación que no se ha exigido a los trabajadores fijos. El RDL 10/2020, de 29 de marzo, regulaba un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra la COVI, fijando el tiempo que debe comprender -del 30 de marzo al 9 de abril-, así como la recuperación de las horas no trabajadas durante el mismo, que deberá ser negociada, la duración de la negociación y en caso de desacuerdo el plazo de que dispone el empresario para notificar su decisión. Pues bien, la empresa comenzó a negociar la recuperación del permiso, en el mes de septiembre, cuando la mayor parte de los contratos temporales se habían extinguido; dicha negociación pudo abrirse mucho antes e intentar alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores sobre ese colectivo; la empresa actuó de forma unilateral, sin previamente agotar la vía que establecía la norma reguladora; no hay dato alguno que ponga de manifiesto los obstáculos que pudiera tener la demandada para no abrir antes el periodo consultas ni tampoco se justifica razonablemente la demora en la conclusión.

10.- Despidos

10.1.- Caducidad

Reitera la **STS 11-1-22 (Rc 1597/19) ECLI:ES:TS:2022:70**, que el “dies a quo” para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de despido ex art. 59.3 ET, cuando la empresa notifica la carta de despido (disciplinario) a través de burofax hasta en dos ocasiones, con resultado de “no entregado”, “dejado aviso” y “no entregado por desconocido”, siendo días después recogido en la oficina postal, es de conformidad con la L 24/1998, la fecha de la retirada del burofax en el servicio postal dentro de los treinta días, lo que en el caso determina que la acción no estaba caducada.

La **STS 10-3-22 (Rc 289/21) ECLI:ES:TS:2022:1010** declara que si la demanda por despido se presenta dentro del plazo de 20 días hábiles, no puede apreciarse judicialmente la excepción procesal de caducidad de la acción por el hecho de que la papeleta o solicitud de conciliación/mediación previa se presente fuera de dicho plazo, permitiendo el plazo de subsanación de 15 días hábiles del art. 81.3 LRJS, a resultas de la diligencia de ordenación del LAJ, no sólo la aportación de la certificación del acto de conciliación/mediación o de su intento, sino también la propia presentación de la papeleta o solicitud dentro de dicho plazo.

En esta línea la **STS 8-6-2022 (Rc 4927/19) ECLI:ES:TS:2022:2255** recuerda que el día de la interposición de la papeleta de conciliación debe excluirse del cómputo de los 20 días hábiles de caducidad para la interposición de la demanda por despido, así como que se reanuda el cómputo del plazo pasados 15 días desde la presentación de la papeleta sin celebrarse el acto de conciliación.

Las **SSTS 27-1-22 (Rc 4282/19) ECLI:ES:TS:2022:291; 8-3-22 (Rc 4874/19) ECLI:ES:TS:2022:876; 9-3-22 (Rc 2372/20) ECLI:ES:TS:2022:892, 10-6-22 (Rc 1358/21) ECLI:ES:TS:2022:2529** recuerdan que la notificación del acto de despido por la Administración Pública del Sector Público Local, sin indicar vía y plazo de impugnación, mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que el trabajador lo impugne.

10.2.- Error en la atribución de la cualidad de empresario

Aplica la **STS 13-1-22 (Rc 39/19) ECLI:ES:TS:2022:102** jurisprudencia previa [STS 5-5-16 (Rc 2346/14)] sobre el alcance de la excepción del art. 103.2 LRJS al plazo de caducidad de 20 días hábiles de la acción por despido. Excepción motivada por la errónea atribución por parte del trabajador despedido de la condición de empresario a quién realmente no lo fuese bien por tratarse de un empresario aparente bien por la dificultad objetiva del conocimiento del verdadero empleador. La sentencia anotada declara que no puede aplicarse la excepción a un supuesto en el que el trabajador despedido tenía todos los datos para la identificación del empresario societario, habiendo en cambio dirigido la conciliación y la demanda inicial frente a un empresario distinto, la cabeza o matriz del grupo mercantil de empresas al que pertenece su empresario, con ampliación de la demanda frente a este último fuera del plazo de caducidad del art. 59.3 ET.

10.3.- Videovigilancia e ilicitud de la prueba

En el marco de unos despidos disciplinarios la cuestión que abordan **las SSTS 1-7-21 (Rc 4877/18) ECLI:ES:TS:2021:3115; 13-10-21 (Rc 3715/18) ECLI:ES:TS:2021:3789; 25-1-22 (rc 4468/18) ECLI:ES:TS:2022:362; 30-3-22 (Rc 1288/20) ECLI:ES:TS:2022:1233; 1-6-2022 (Rc 1993/20) ECLI:ES:TS:2022:2252** es

la relativa a determinar la corrección jurídica de la inadmisión de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar los despidos de los trabajadores, y en virtud de la cual se habían captado los hechos que condujeron a los respectivos despidos. El TS afirma sin ambages que la prueba de videovigilancia aportada por las empresas para justificar el despido de los trabajadores debió admitirse, conforme a la doctrina STEDH (Gran Sala) 17-10-19 (López Ribalda II), de la STC 39/2016, y de la STS 31-1-17 (Rc 3331/15). No en vano la STC 39/2016 rebajó las exigencias informativas que debe facilitar la empresa al trabajador cuando instala un sistema de videovigilancia. Asimismo la STEDH admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia, sin que ello conduzca a la nulidad de la prueba de videovigilancia que sustenta y acredita la sanción al trabajador. En consecuencia, dicha prueba respetaba las exigencias jurisprudenciales de proporcionalidad y era necesaria para poder acreditar la veracidad de los hechos imputados al trabajador.

También en el marco de un despido disciplinario declarado procedente cuya calificación no se discute, se cuestiona por la entidad bancaria recurrente en la **STS 8-3-22 (rc 130/19) ECLI:ES:TS:2022:889** que se declare lícita y no vulneradora de derechos fundamentales de la trabajadora, la prueba sobre los hechos del despido consistente, en la utilización sin su autorización, de los datos en la cuenta corriente de la empleada. Y la sentencia anotada, en aplicación de la copiosa jurisprudencia constitucional, declara la ilicitud de dicha prueba toda vez que los datos que figuran en la cuenta corriente de la trabajadora son datos de carácter personal cuya protección está garantizada por el art. 18.4 CE y la legislación de desarrollo [LOPD 15/1999, de aplicación al caso por razones cronológicas]. Sentado lo anterior, no procede el reconocimiento de indemnización alguna por vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, al no haberla interesado la trabajadora despedida en momento procesal alguno.

10.4.- Prescripción de las faltas

La **STS 13-10-21 (Rc 4141/18)**, consolidada jurisprudencia sobre el *dies a quo* del plazo corto de prescripción de 60 días para los incumplimientos contractuales graves de los trabajadores del art. 60.2 ET, y conforme a la cual el inicio del plazo de prescripción coincide con el conocimiento empresarial cabal, pleno y exacto de los hechos susceptibles de ejercicio del poder disciplinario, en su caso mediante la sanción máxima de despido disciplinario, sin que en modo alguno puede considerarse como conocimiento pleno y exacto, el reconocimiento por parte del trabajador de los hechos.

10.5.- Transgresión de la buena fe contractual. Ofensas verbales y físicas

No todos los aspectos del régimen jurídico del despido disciplinario tienen el mismo grado de dificultad en acceder a la casación unificadora, en concreto se ha venido manteniendo que el recurso de casación unificadora no constituye cauce idóneo para el examen o nueva valoración de las conductas humanas, en particular las que dan o pueden lugar a un despido disciplinario. Ahora bien, en los últimos tiempos venimos asistiendo a una apertura de dicho criterio admitiendo algunas excepciones, muestra de las cuales es la **STS 6-4-22 (Rc 834/19) ECLI:ES:TS:2022:1446** cuyo interés radica en que admite una interpretación flexible del art. 219 LRJS, al tratarse de

despidos disciplinarios en los que la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa, al ofrecerse como sentencia de contraste la recaída en el despido del compañero por análogas conductas, quedando cifrado el núcleo de la contradicción en la distinta valoración que de la conducta enjuiciada efectúan las sentencias a contrastar

El TS declara la procedencia del despido. Tras recordar lo que la jurisprudencia de la Sala Cuarta define como concurrencia desleal, declara que los hechos probados revelan una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo, sino que también le facilita los medios para trabajar que, además, fueron utilizados para la realización de actividades concurrentes. La sentencia cuenta con un Voto particular en el que se sostiene la necesidad de que se hubiera aplicado en el caso la teoría gradualista.

También se declara la procedencia del despido disciplinario en **TS 31-5-22 (Rc 1819/20) ECLI:ES:TS:2022:2240** al considerar la Sala Cuarta que el proceder del trabajador resulta constitutivo de un incumplimiento muy grave y culpable de sus obligaciones, tipificado en los arts. 52.2.c) ET y art. 101 h) del Convenio Colectivo del sector de la Construcción y obras públicas de la Comunidad de Madrid, por malos tratos de palabra y obra y desconsideración hacia sus compañeros y subordinados, y ello a pesar de tratarse de una conducta realizada fuera del lugar y tiempo de trabajo.

10.6.- Despido tácito (baja en la Seguridad Social)

La Sala Cuarta tiene declarado que el despido tácito exige una conducta empresarial reveladora de una voluntad innegable de extinguir unilateralmente el contrato de trabajo. El debate litigioso al que da respuesta la **STS 15-3-2 (Rc 3031/20) ECLI:ES:TS:2022:1471** va dirigido, básicamente, a dilucidar si se produjo un despido tácito cuando la empresa cursó la baja del actor en la Seguridad Social por agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal de 545 días. Posteriormente se reconoció al demandante el derecho a percibir la pensión de incapacidad permanente. El TS descarta se tratara de un despido tácito, toda vez que la decisión de la empresa respondió al cumplimiento de lo previsto en el art. 174 LGSS y en la disp. adic. 5ª.2 del el RD 1300/1995, al haberse extinguido el derecho al subsidio por el transcurso del plazo máximo, sin que existiera obligación de cotizar. Por lo tanto, la baja en la Seguridad Social no equivale a un despido tácito.

10.7.- Despidos nulos

Declara la **STS 20-7-21 (Rc 4669/18) ECLI:ES:TS:2021:3145** que la extinción del contrato de una trabajadora que prestaba servicios como profesora de religión y moral católica para la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, por no renovación de la *missio canónica* y consiguiente falta de llamamiento tras contraer un segundo matrimonio sin haber obtenido la nulidad eclesiástica, constituye un despido nulo. Se apoya el Alto Tribunal en STC 51/2011 y STC 140/2014 para declarar que existen indicios de vulneración de los derechos a la igualdad, **libertad ideológica y a la intimidad personal y familiar**, que no quedan desvirtuados por una justificación objetiva y razonable de la extinción contractual.

La misma conclusión se alcanza en **STS 9-2-22 (Rc 1871/20) ECLI:ES:TS:2022:385**, donde se discute si la extinción de la relación laboral con una trabajadora por **razón de su matrimonio** implica una discriminación incardinable en el art. 14 CE, y por lo tanto, el despido, que tiene como causa el anuncio de la celebración del matrimonio a fin de disfrutar del correspondiente permiso, debe calificarse como nulo y no improcedente. Se trata de una interesante sentencia en la que, tras una profusa labor argumental, se concluye con la nulidad de dicho cese en atención a su carácter doblemente discriminatorio, por ser una mujer la interesada en cambiar de estado civil y pasar de soltera a casada, una circunstancia personal y familiar con un largo historial de minusvaloración y trato peyorativo en el ámbito laboral; y adicionalmente, por constituir el despido un atentado frente al deseo de la trabajadora de cambiar de estado civil. La sentencia anotada apoya su decisión en la normativa internacional de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, así como en la jurisprudencia del TEDH, del constitucional y en la ordinaria tangencialmente relacionada con el tema examinado, a los efectos de establecer los mimbres que permiten justificar la inclusión de una nueva circunstancia personal discriminatoria dentro de las causas discriminatorias del art. 14 CE inciso final.

10.8.- Garantías de los miembros del comité de seguridad y salud

Descarta la **STS 9-12-21 (Rc 1253/19) ECLI:ES:TS:2021:4846** que los trabajadores que representan al empleador en el comité de seguridad y salud de la empresa disfruten de las garantías en caso de despido consistentes en la tramitación de expediente contradictorio y en la atribución al trabajador de la opción entre readmitir o extinguir la relación laboral en caso de improcedencia del despido. Razona al respecto que el ordenamiento jurídico no ha previsto que los trabajadores que representan al empleador en el citado órgano consultivo disfruten de las garantías de los delegados de prevención previstas en el art. 68 ET y art. 37.1 LPRL; y de los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa, que tienen reconocidas las garantías de los representantes legales de los trabajadores de los arts. 68.a, b y c ET y 56.4 y art. 30.4. LPRL.

10.9.- Efectos del despido. Cálculo de indemnización y salarios de tramitación

Se pronuncia la **STS 11-1-22 (Rc 4906/18) ECLI:ES:TS:2022:1271** sobre la fecha de cálculo de la indemnización por despido en supuestos en los que, tras la decisión extintiva empresarial que se califica de improcedente, se produce una causa nueva de extinción del contrato por ministerio de la ley (declaración de IP, jubilación o fallecimiento del trabajador o finalización del contrato temporal) que impide la opción por la readmisión. En concreto se decide si la indemnización se calcula a la fecha del despido o a la fecha de la sentencia. El TS atendiendo a la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, declara que la indemnización ha de calcularse en función del tiempo de servicio efectivamente trabajado en la empresa, por lo que ha de quedar limitada a la fecha del despido, sin que pueda prolongarse más allá de la fecha de tal extinción.

Como es sabido, la legislación vigente establece en el art. 56.5 ET y art. 116.1 LRJS, un principio de responsabilidad del Estado si han transcurrido más de 90 días hábiles desde la presentación de la demanda hasta la sentencia que declara por primera vez

la improcedencia del despido. Y solo contempla tres excepciones, referidas en el art. 119.1 LRJS. En la **STS 24-3-22 (Rc 3666/18) ECLI:ES:TS:2022:1362** se cuestiona si en la reclamación de salarios de tramitación al Estado, ha de excluirse del cómputo que excede de los 90 días, el tiempo de suspensión de las actuaciones por el planteamiento de una cuestión inconstitucionalidad, alcanzando una respuesta negativa. Se funda esta decisión en el hecho de que las excepciones al principio general, como tales excepciones, deben ser objeto de una interpretación estricta, por lo que si la suspensión del acto de juicio a petición de parte es una de las exclusiones del cómputo expresamente prevista en el art. 119.1.b) LPJR, no sucede lo mismo con la suspensión por planteamiento de cuestión de constitucionalidad al tratarse de una decisión del órgano judicial.

11.- Despidos por causas objetivas

Las causas del despido objetivo constituyen otra materia cuya evolución jurisprudencial requiere constante atención. Más aún cuando se trata de causas distintas de las del despido económico individual. Éste es justo un período en el que, desde esa perspectiva, se han dictado algunas resoluciones de especial interés.

11.1.- Ineptitud sobrevenida

Una de las causas del despido objetivo enunciada en el art. 52 ET que no suele provocar especial litigiosidad, pero que sin embargo integra elementos de difícil determinación en la práctica es la que atañe a la **ineptitud sobrevenida**, materia en la que además en pocas ocasiones se supera el presupuesto de la contradicción. Relevante es la **STS 23-2-22 (Rc 3259/20) ECLI:ES:TS:2022:1015**, en la que se afronta un despido por ineptitud sobrevenida ex art. 52.a) ET basado exclusivamente en el estado de salud del trabajador, en principio incompatible con el desempeño de su puesto de trabajo, todo ello de conformidad con el informe de no aptitud expedido por el servicio ajeno de prevención de riesgos laborales de la empresa del trabajador despedido. Consta asimismo que el INSS dictó resolución por la que se denegaba la IP por no tener las lesiones que padecía el trabajador un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral y se procede a extinguir la prórroga de los efectos económicos del subsidio de IT [art. 174 LGSS]. La sentencia anotada califica el despido como improcedente, al carecer de suficiente entidad probatoria de la ineptitud sobrevenida el informe de no aptitud del servicio de prevención de riesgos laborales y ello ante la existencia de pruebas en sentido contrario, en particular, la denegación de la incapacidad permanente por parte de la Entidad Gestora, con finalización del proceso de IT de larga duración del trabajador despedido. En consecuencia, el despido se califica como improcedente, básicamente porque el informe del Servicio de Prevención ajeno, no constituye por sí solo medio de prueba suficiente para acreditar la ineptitud sobrevenida del trabajador.

11.2.- Causas productivas y organizativas

Recuerda la **STS 11-1-22 (Rc 4890/18) ECLI:ES:TS:2022:118**, que si bien la causa productiva y organizativa (terminación de la contrata) puede servir de justificación de la decisión extintiva del contrato ex art. 52.c) ET, resulta primordial sin embargo una conexión entre la envergadura del cambio productivo y la menor necesidad de empleo de determinados trabajadores, siendo de todo punto necesario en el ámbito judicial

controlar la razonabilidad y proporcionalidad de la causa objetiva esgrimida y la medida extintiva acordada. Así las cosas, se debate ahora si es ajustado a derecho un despido objetivo, cuando la empresa en el mismo periodo de tiempo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de ETT, en otro centro de trabajo de distinta localidad pero de la misma provincia. Y el TS declara que el despido merece la calificación de procedente, pese a la simultánea contratación de trabajadores a través de una ETT, pues las contrataciones temporales afectan a un centro de trabajo distinto al del trabajador despedido, quedando acreditado que el citado centro se extinguió la totalidad de la contrata, y no la mera reducción de la misma, resulta ajustada la medida de extinción de los contratos vinculados a la misma.

Afirma la **STS 22-3-22 (Rc 1985/20) ECLI:ES:TS:2022:1232**, reiterando doctrina, la razonabilidad de la medida extintiva del art. 52 c) ET en relación con la pérdida de la contrata, en supuestos en que la empleadora mantiene la actividad a través de otras adjudicaciones. Al efecto, la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial genera dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Por ello, la pérdida de la contrata puede constituir causa productiva y justificar la extinción de los contratos de trabajo adscritos a la misma si la medida es razonable y proporcionada cuando se produce un desajuste entre los medios de que dispone la empresa y sus necesidades. Por otra parte, nuestra actual legislación no impone al empleador la obligación de agotar todas las posibilidades de recolocación o acomodo del trabajador.

Análoga solución se alcanza en la **STS 22-3-22 (Rc 51/21) ECLI:ES:TS:2022:1271** a propósito del cierre de la oficina bancaria en que presta servicios la trabajadora, limpiadora al servicio de la empresa contratista que tiene asumida la tarea de adecentar el local, al declarar que constituye causa bastante como para justificar su despido por causas objetivas.

12.- Despidos colectivos

12.1.- Competencia objetiva

La **STS 21-10-21 (Rc 158/21) ECLI:ES:TS:2021:4017** con carácter previo y de oficio, afirma la indisponibilidad de los umbrales del despido colectivo, por lo que la Sala de origen debió declarar su incompetencia objetiva, sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados por ese despido colectivo a plantear demandas individuales. Razona que no se trata de un despido colectivo por cuanto que no se superan los umbrales numéricos establecidos en el art. 51 ET ni tampoco en la Directiva 98/59, puesto que tal y como se refleja en la versión judicial de los hechos, en el centro de trabajo afectado por el despido, prestaban servicios 15 trabajadores contratados como fijos discontinuos, siendo notorio que la empleadora es una empresa multiservicios con miles de trabajadores, por lo que no se alcanzan los umbrales exigidos legalmente para la concurrencia del despido colectivo.

12.2.- Legitimación activa

Como es sabido, están legitimados para impugnar la decisión extintiva colectiva, los representantes unitarios, siéndoles exigible acreditar únicamente, que la impugnación se decidió por mayoría de los miembros de representación unitaria. Esta mayoría se requiere tanto si se trata de delegados de personal, como si se trata del comité de empresa, criterio que refrenda la **STS 20-10-21 (Rc 160/21) ECLI:ES:TS:2021:4015**, al recordar que solo está legitimado el comité de empresa cuando la mayoría de sus miembros así lo ha acordado, la representación unitaria o la representación sindical de un sindicato con suficiente implantación en el ámbito de la empresa, o en su defecto la comisión "ad hoc", pero no la tienen los actores que son miembros del Comité de Empresa, pero actúan de su propio nombre y derecho.

12.3.- Caducidad de la acción

En las **SSTS 22-9-21 (Rc 65/21) ECLI:ES:TS:2021:3555; 16-3-22 (Rc 249/21) ECLI:ES:TS:2022:1398** se declara de oficio la caducidad de la acción de despido colectivo, toda vez que la demanda debe presentarse en el plazo de 20 días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, tal y como reza el art. 124.1 LRJS.

12.4.- Obligación de negociar de buena fe

Es de sobra conocido que el periodo de consultas constituye el centro de gravedad de la modalidad de despido colectivo, y es además el elemento sobre el que pivota la normativa comunitaria que nuestro ordenamiento se ocupa de trasponer y a la que ha de acomodarse la interpretación y aplicación de las reglas del derecho interno. En este contexto lo destacable de la **STS 17-11-21 (Rc 142/21) ECLI:ES:TS:2021:4330**, es que reitera la ya consolidada doctrina de la Sala elaborada a propósito de lo que debe entenderse por «buena fe», expresión que ofrece una innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y —menos aún— a las conductas que pudieran vulnerarlo. En este contexto, la sentencia anotada confirma la desestimación de la demanda y, por ende, rechaza la vulneración de la buena fe negocial, al quedar acreditado que la empresa no introdujo sorpresivamente en el periodo de consultas la existencia de un grupo empresarial, al tratarse de un dato conocido con anterioridad por los representantes de los trabajadores.

Buena fe negocial que se declara asimismo en la **STS 20-10-21 (Rc 88/21) ECLI:ES:TS:2021:3934**, toda vez que quedó acreditado que la empresa aportó la documentación legalmente exigida, realizándose diversas reuniones, en las que se realizaron ofertas y contraofertas, finalizando el periodo de consultas sin acuerdo, y sin que el hecho de que otras dos empresas del grupo incrementaran su plantilla con anterioridad al despido, suponga que ha habido mala fe en la negociación. Asimismo, se entregó documentación necesaria y suficiente para realizar el proceso negociador. Finalmente, declara que concurren causas para el despido, confirma que el despido es ajustado a derecho.

Por el contrario, se aprecia mala fe negocial en la **STS 28-10-21 (Rc 54/21) ECLI:ES:TS:2021:4038** que confirma la declaración de nulidad del despido colectivo.

12.5.- Obligaciones informativas y documentales del empresario

Como es fácil de adivinar, para ser eficiente la negociación durante el periodo de consultas ha de ser al mismo tiempo una “negociación informada”, lo que enlaza

directamente con las exigencias documentales necesarias y exigibles para la validez del despido. Y esta es una de las cuestiones que tiene que despejar la **STS 20-10-21 (Rc 87/21) ECLI:ES:TS:2021:3948**, a propósito de un despido seguido en una Administración Pública, resolución que confirma el fallo combatido que declaró el despido no ajustado a derecho y descartó la nulidad. La sentencia concluye que es necesario analizar en cada supuesto el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido las negociaciones, para concluir que en el caso la documentación requerida al Ayuntamiento no encaja en los arts. 38 y 39 del RD 1483/2012. Así, en materia de entrega de la documentación preceptiva, el deber alcanza a la que fuere relevante a los fines u objeto de posibilitar la negociación entre las partes, y atendido que en el presente supuesto la causa de despido gira en torno a la insuficiencia presupuestaria del Consistorio, aquélla comprendería la necesaria para poder negociar, con cabal conocimiento, acerca de su existencia. El TS declara que no concurrió la falta de aportación de documental, toda vez que el Ayuntamiento se ajustó a las exigencias reglamentarias para las AAPP, y entre las mismas no resultan incardinables las peticiones de la parte actora.

12.6.- Despido colectivo de hecho

No resulta ocioso recordar que el despido colectivo de hecho es, en realidad, un fenómeno de extinciones contractuales que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas en el art. 51 ET. En el caso que examina la **STS 23-9-21 (Rc 92/21) ECLI:ES:TS:2021:3561** se declara que concurre un manifiesto **despido colectivo de hecho**, que debe declararse nulo, de conformidad con lo dispuesto en art. 124.11 LRJS, toda vez que el número de despidos improcedentes superó con creces los umbrales del art. 51.1 ET. Pero, con toda probabilidad, el dato más revelador de esta resolución es la inclusión, entre las extinciones contractuales no inherentes a la personal del trabajador computables a efectos de la superación de los umbrales del despido colectivo, las relativas a los ceses empresariales acaecidos durante el periodo de prueba. Así, cuando por las circunstancias del caso concreto los ceses de los trabajadores durante el periodo de prueba puedan obedecer a un ejercicio abusivo (art. 7.2 CC) de la facultad empresarial de desistimiento ex art. 14 ET, y el empresario no aporte prueba alguna de la no superación individualizada del periodo de prueba, los ceses en cuestión habrán de ser objeto de cómputo para la concurrencia o no de los umbrales del despido colectivo.

12.7.- Extinción de la personalidad jurídica

La cuestión a resolver en las **SSTS 30-3-22, Rec 334/21 ECLI:ES:TS:2022:1346; 11-5-22 (Rc 1491/21) ECLI:ES:TS:2022:2055 ; 24-5-22 (Rc 257/21) ECLI:ES:TS:2022:2112**; es la de determinar si la extinción de la relación laboral debe someterse a los trámites previstos para los despidos colectivos del art. 51 ET, si se extiende a la totalidad de la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados no es superior a cinco, cuando es por causa de la extinción de la personalidad jurídica del empleador [Cámaras Agrarias de Andalucía], ex art. 49.1 letra g) ET. Las sentencias anotadas señalan que la dicción literal del art 49.1 g) ET impone una remisión genérica al art 51 ET, por lo que los trámites habrán de ser los del despido colectivo, cuando así deba calificarse conforme a lo dispuesto en ese precepto, pero también pueden ser los de los despidos objetivos individuales del art. 52 c) ET, si las extinciones de contratos de trabajo no alcanzan los umbrales de aquel precepto. Por ello, si la totalidad de la plantilla de la empresa cuya personalidad

jurídica se extingue es superior a cinco trabajadores, ha de tramitarse el procedimiento de despido colectivo. En los casos analizados; al tener las empresas un único o dos trabajadores, no se dan los requisitos del despido colectivo, debiendo tramitarse el despido individual.

12.8.- Causas económicas y productivas

En lo que atañe a la concurrencia de las causas invocadas por la empresa y adecuación de las medidas extintivas a la situación empresarial, las **SSTS 21-10-21 (Rc 112/21) ECLI:ES:TS:2021:3947; 15-12-21 (Rc 196/21) ECLI:ES:TS:2021:4791** declaran la procedencia del despido porque la situación económica de la empresa era absolutamente negativa en los términos exigidos por el art. 51 ET, quedando acreditadas las causas económicas y productivas iniciadas antes de la pandemia causada por el Covid-19, y la medida adoptada era proporcional cuantitativa y cualitativamente.

Análoga solución alcanza la **STS 15-12-21 (Rc 117/21) ECLI:ES:TS:2021:4863** que declara también ajustado a derecho el despido colectivo, sin que proceda declarar la nulidad de la decisión extintiva por no informar de los criterios de selección de trabajadores afectados, ya que la decisión extintiva giraba en torno a suprimir el servicio y extinguir todas las relaciones laborales. Por otro lado, afirma que concurren las causas organizativas y productivas de la DA 16ª ET, basadas en problemas de déficit presupuestario, permitiendo la medida una mejor reorganización de sus servicios y sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Por otro lado, afirma la **STS 22-2-22 (Rc 232/21) ECLI:ES:TS:2022:794** la nulidad del despido colectivo seguido en la empresa fabricante de motores para aviones, porque no cabe aducir como causa de despido la relacionada con la pandemia Covid-19 que es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debió proceder a las suspensiones o reducción de jornada de carácter temporal. Ahora bien, si esas mismas causas por mucho que estuvieran ligadas a la pandemia, sí tuvieran un carácter estructural y así fuera objeto de prueba por el empresario, dejarían expedita la vía del despido colectivo.

Solución distinta se alcanza en la **STS 18-2-22 (Rc 229/21) ECLI:ES:TS:2022:1161**, en la que el despido seguido en una empresa que constituye un centro especial de empleo se declara ajustado a derecho. El despido en este caso se amparó en las graves pérdidas (causas económicas) y en el no mantenimiento de un contrato de servicios en un hospital (causas productivas). El despido colectivo tiene su origen en la crisis estructural del contrato de servicios que la demandada tenía suscrito para el hospital y que venía generando pérdidas desde 2018, antes del inicio de la pandemia por COVID-19. No estamos ante la situación que regula el art. 2 del RD-L 9/2020.

Confirma también la **STS 16-3-22 (Rc 265/21) ECLI:ES:TS:2022:1155** el fallo combatido que declaró ajustado a derecho el despido colectivo seguido en la mercantil demandada. En efecto, el TS rechazada la revisión fáctica, y la aplicación al caso de la ficta documentatio, aprecia la concurrencia de las causas productivas alegadas y la proporcionalidad de la medida, rechazando la infracción del RD-L 9/2020 art. 2 porque la empresa acreditó el carácter estructural de la crisis que atraviesa, que, aunque está influenciada por la situación mundial pandémica, tiene raíces anteriores a tal situación sanitaria y se proyecta hacia el futuro. En el ámbito práctico de una demanda

oligopolista, las empresas fabricantes de piezas y componentes de dichas naves están absolutamente al albur de las necesidades de dichas constructoras y dependen, en exclusiva de la planificación que ellas hagan en relación a sus propias previsiones. Por lo que se trata de una crisis estructural.

12.9.- Vulneración de derechos fundamentales

La nulidad de los despidos colectivos por **vulneración de derechos fundamentales**, en particular, de la libertad sindical y de la negociación colectiva se rechaza en la **STS 16-12-21 (Rc 210/2021) ECLI:ES:TS:2021:4793** por el hecho de que el acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores ya estaba negociado y firmado al inicio del periodo de consultas, sin que se haya negociado de mala fe.

13.- Excedencias

La **STS 25-1-22 (Rc 4927/18) ECLI:ES:TS:2022:371** califica de despido improcedente la situación del trabajador en excedencia voluntaria que incumple el plazo de preaviso fijado en la norma convencional para solicitar su reincorporación (un mes), pero que solicita el reingreso antes de finalizar la excedencia concedida.

También en el marco de las excedencias voluntarias, ahora en la entidad CRTVE SA, la **STS 15-3-22 (Rc 583/18) ECLI:ES:TS:2022:1057** reconoció el derecho preferente al reingreso del excedente, porque el cumplimiento del convenio no puede quedar al arbitrio de la empresa.

Declara la **STS 14-12-21 (Rc 520/19) ECLI:ES:TS:2021:4927** que la negativa empresarial a la reincorporación del trabajador en válida situación de excedencia forzosa por el ejercicio de cargo público merece la calificación de despido improcedente, sin que las irregularidades en el disfrute de excedencias forzosas anteriores puedan alegarse por el empresario tras la finalización de las mismas para justificar la negativa a la reincorporación una vez concluida la última excedencia forzosa sin ilicitud alguna por medio.

14.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

14.1.- Acuerdo sobre MSCT para cambiar, en diversos centros de trabajo, los convenios colectivos aplicados tradicionalmente

Tras subrogarse en diversas contratas, la empresa demandada, mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT), y en base al Acuerdo alcanzado con la Comisión Negociadora, adopta el acuerdo de cambiar los convenios colectivos que venían aplicándose tradicionalmente, en varios centros de trabajo. La **STS 8-6-2021, (Rc 30/20), ECLI:ES:TS:2021:2677**, confirma el carácter fraudulento del acuerdo por no existir causa justificativa y concurrir fraude de ley.

La Sala IV, en una interesante resolución, analiza las diversas cuestiones debatidas y que afectan, entre otras, a la posibilidad de que la vía del art 41 ET permita esa sustitución de convenios. Pues bien, la empresa no está legitimada para sustituir un convenio por otro, durante su vigencia, salvo que acredite la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y en el caso la empleadora no identificó la causa en la que apoyaba su medida, por lo que el cambio de convenio se produjo en fraude de ley.

Por otra parte, la presunción del art 41.4 ET sobre la concurrencia de la causa, admite prueba en contrario y en el caso ha quedado desvirtuada dicha presunción (“iuris tantum”) puesto que la causa, más allá de la conveniencia empresarial, es inexistente. El hecho de que la negociación finalizara con acuerdo activa la presunción, pero no comporta que el control judicial sea imposible.

En cuanto al fraude de ley, que ha sido apreciado por el Tribunal de instancia, aparece como resultado de ponderar una serie de datos fácticos, que no han sido desacreditadas en el recurso, máxime cuando ni siquiera ha quedado constatado que la actividad preponderante o principal de la empresa, en términos laborales, se corresponda con el ámbito funcional del convenio colectivo cuya aplicación pretende. De esta forma, se acudió a unas normas en fraude de ley para de ese modo alcanzar objetivos distintos a la finalidad última de la normativa: introducir una MSCT sin concurrencia alguna de las causas legalmente exigidas y obviar las consecuencias de la subrogación.

14.2.- Calificación de la medida. Prohibición de percepción de propinas.

Es de destacar la **STS 17-6-2021, (Rc 180/19)**, ECLI:ES:TS:2021:2679, con voto particular, que califica de nula la decisión adoptada por la empresa, - consistente en no permitir, de manera discrecional, la percepción de propinas en el establecimiento - declarando el derecho de las personas afectadas por el conflicto colectivo a continuar percibiendo propinas por parte de la clientela, sin excluir a quienes están laboralmente vinculados mediante relaciones de duración determinada. Al efecto, reitera que la propina es una percepción derivada de liberalidad de quien la concede, sin que su derecho al cobro pueda constituir una condición más beneficiosa. Salvo en el caso de los Casinos, las propinas son ajenas al salario y poseen naturaleza extrasalarial, tratándose de una liberalidad que la clientela decide si abona o no, que no puede esgrimirse como un derecho frente a los clientes, habida cuenta de su carácter voluntario y sin constituir una contraprestación debida por la empresa en atención al trabajo.

Ahora bien, se califica de modificación sustancial de condiciones de trabajo la prohibición de percibir propinas por parte de la clientela, lo que venía sucediendo pacíficamente hasta que una auditoría interna desvela diversas irregularidades. La eliminación de esa ocasión de ganancia por parte de la empresa constituye un cambio relevante, no tanto en su dimensión económica (siempre incierta) sino en aspectos atinentes al clima de trabajo y a la existencia de estímulos o recompensas honoríficas. Por tanto, esta condición de trabajo no puede ser unilateralmente abolida por la empresa sin someterse al régimen de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

14.3.- Condición más beneficiosa: Supresión.

La **STS 7-7-2021, (Rc 80/20)**, ECLI:ES:TS:2021:3236, califica la decisión de la empresa, una conocida cadena de supermercados, de suprimir la entrega de la participación de la lotería de Navidad, considerada una condición más beneficiosa, como una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Se aprecia la existencia de una condición más beneficiosa al concurrir los requisitos exigidos jurisprudencialmente, puesto que a los trabajadores afectados la empresa viene obsequiando con la celebración de una cena de Navidad desde hace más de 30 años, que, en el año 2000, en lugar de suprimirla definitivamente, la cambia por un vale descuento para la compra de productos en sus establecimientos, al que acompaña la entrega de una participación de lotería de Navidad. Ambos elementos, el vale descuento y la participación de lotería, se configuran desde entonces como un todo que viene a sustituir, por voluntad de la empresa, la anterior cena de Navidad. En consecuencia, existe la voluntad de incorporar ese beneficio a las condiciones laborales de tales trabajadores, no como una mera y simple liberalidad, sino como un derecho adquirido que se ha venido reiterando y manteniendo ininterrumpidamente a lo largo del tiempo. La medida empresarial se declara contraria a derecho, en cuanto supone la supresión de una condición más beneficiosa adoptada unilateralmente por la empresa sin seguir el procedimiento del art 41 ET, MSCT.

14.4.- Modificación sustancial de condiciones e inaplicación convenio. “Licencia retribuida recuperable”.

También es interesante la **STS 2-6-2022 (Rc 230/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2445, en la que se analiza un específico supuesto: tras permanecer las instalaciones de la empresa, Adeslas Dental SAU, cerradas y los trabajadores sin prestar servicios ni acudir a su centro de trabajo, por decisión de la empresa, desde el 18 de marzo al 18 de mayo de 2020, se alcanzan un acuerdo, el 27-5-2020, entre la empresa y el 83% de la representación de los trabajadores sobre “licencia retribuida recuperable”, al amparo de las MSCT e inaplicación de los diferentes Convenios Colectivos de los distintos centros de trabajo de la empresa, por el que convienen la recuperación de 207.846 horas no trabajadas, desde la firma del Acuerdo hasta el 30-6-2022. La Sala IV declara la nulidad y deja sin efecto el Acuerdo analizado. Entre las actividades cuya apertura al público no fue suspendida, de conformidad con el RD 463/2020, se encuentran los establecimientos sanitarios, actividad a la que se dedica la empresa, por lo que el cierre de los establecimientos se produjo por decisión unilateral de la empresa, sin que existiera norma alguna que impusiera dicho cierre ni la permanencia de los trabajadores en su domicilio con abono de los salarios por parte de la empresa. Además, la mercantil tampoco acudió a los procedimientos previstos en el RD Ley 8/2020, de suspensión de contratos por causa de FM o por causas ETOP, sino que el mismo día en el que la norma entró en vigor, procedió a adoptar la medida analizada. Por lo tanto, durante dos meses -del 18 de marzo al 18 de mayo de 2020- la empresa ha mantenido cerradas sus instalaciones y a sus trabajadores sin acudir a la empresa ni prestar servicios, en una situación carente de cobertura, ni legal ni convencional, en cuanto que esta modificación sustancial de condiciones de trabajo se ha adoptado sin cumplir con las previsiones del art 41 ET. Tampoco tiene amparo legal la posterior negociación con los representantes de las personas trabajadoras a fin de considerar que tal situación tiene la naturaleza de “licencia retribuida recuperable” con las consecuencias indicadas. Por ello no procede subsanar dicha carencia acudiendo a

una figura desconocida en nuestro ordenamiento, que se pretende amparar en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios colectivos. Por otra parte, la figura “licencia retribuida recuperable”, no es sino un trasunto del “permiso retribuido recuperable” regulado en el RD Ley 10/2020 de 29 de marzo, pero sin respetar la regulación del mismo.

15.- Pacto de no competencia postcontractual

La **STS 1-12-21 (Rc 894/19) ECLI:ES:TS:2021:4491**, declara que no es válida la cláusula penal acordada por las partes en el pacto de no competencia postcontractual consistente en que, en caso de incumplimiento, el trabajador abonaría el doble de lo percibido por este concepto. Tras examinar diversos pronunciamientos de la Sala a propósito del pacto de no competencia, se concluye que, a la vista de las circunstancias concurrentes, la cantidad a reintegrar por el trabajador es desproporcionada respecto de la compensación percibida, toda vez que la compensación económica «adecuada» a que se refiere el art. 21.2 b ET se proyecta no solo sobre la compensación que ha de recibir el trabajador por la obligación de no competencia postcontractual, sino también sobre la cantidad que haya de abonar este a la empresa en caso de incumplimiento del pacto. Nulidad de pacto que se considera asimismo en la **STS 18-10-21 (Rc 3769/18) ECLI:ES:TS:2021:3815**, por no haberse fijado una compensación económica adecuada.

16.- Permiso de paternidad.

En las **STS 26-1-2022, (Rc 100/20) y 5-4-2022, (Rc 46/20)**, ECLI:ES:TS:2022:367 / ECLI:ES:TS:2022:1450, se determinan los efectos jurídicos que sobre la previsión convencional en el permiso de paternidad deben derivarse de la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo que reconocía el art 37.3 b) ET, tras la entrada en vigor de la nueva redacción operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, art. 2.9, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que establece la equiparación de la duración de la suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores, en su art. 2. 12, que modifica lo dispuesto en el art 48 ET. Los convenios de aplicación reconocen el derecho a un permiso retribuido de tres días hábiles en los casos de nacimiento de hijos, superando, de esta forma la previsión legal de dos días del ET art. 37.3 b), conforme a la redacción entonces vigente.

La Sala IV declara inaplicable el precepto convencional que mejoraba la previsión legal sobre aquel permiso retribuido en cuanto que esta clase de mejoras convencionales quedaban indisociablemente vinculadas a la propia vigencia y existencia del derecho sobre el que dicha mejora versa, de tal manera que una vez desaparecido tal derecho no cabe admitir la pervivencia autónoma y separada de la mejora. En definitiva, la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo, que reconocía el ET artículo 37.3 b), y la equiparación de la duración de la suspensión de contrato de trabajo de ambos progenitores, hace inaplicable el precepto convencional analizado.

17.- Práctica empresarial de exigir carecer de antecedentes penales. Vigilantes de seguridad privada.

Especial relevancia presenta la **STS 12-5-2022 (Rc 70/20)**, ECLI:ES:TS:2022:1860, que declara que es contraria a derecho la práctica empresarial por la que las empresas de seguridad privada requieran a los trabajadores de nueva incorporación un certificado o declaración escrita de que carecen de antecedentes penales. Y ello por afectar a datos de carácter personal de naturaleza penal y no venir amparada en norma de rango legal que permita recabar los datos personales relativos a condenas o infracciones penales dolosas, con independencia de que la información haya sido consentida por el trabajador porque se trata de datos personales que gozan de protección especial. El control de dichos datos es materia competencia de la Administración Pública (Ministerio del Interior) y no de la empresa que solo debe comunicar las altas y bajas de sus trabajadores a dicho Ministerio.

En el marco de la relación laboral de vigilantes de seguridad privada los antecedentes penales son requisito de acceso a las pruebas de selección para obtener la habilitación profesional de quienes aspiran a ejercer como vigilantes de seguridad y esta expedición de la habilitación profesional solo es competencia administrativa. Al vigilante de seguridad le basta con acreditar estar en posesión de la tarjeta de identidad profesional para poder atender las funciones que con ella pueda desarrollar, de forma que hasta que no se le retire ese documento público de acreditación profesional, por el procedimiento correspondiente, no tiene por qué poner de manifiesto ante el empleador otros datos distintos a los de estar en posesión del documento de habilitación.

18.- Relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

Una de las peculiaridades fundamentales del régimen especial que se asigna a la relación de trabajo de los empleados del hogar, radica en su extinción, puesto que puede tener lugar por **despido** del trabajador, o por **desistimiento** del empleador, si bien en ocasiones la distinción entra ambas figuras da lugar a resoluciones contradictorias. Uno de estos supuestos es el que se dirime en la **STS 14-2-22, (Rc 4897/18) ECLI:ES:TS:2022:579** donde se ventila si se ha producido un cese voluntario o dimisión, o un despido verbal por decisión empresarial. El TS concluye con la existencia de un despido tácito, pues se ha producido la baja en la social sin comunicación ni formalidad alguna.

Resuelve la **TS 11-1-22, Rec 2099/19 ECLI:ES:TS:2022:61** la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo de la empleada al servicio del hogar familiar que se encontraba embarazada en el momento de la extinción, sin que la empleadora conociera esa situación de embarazo. La sentencia anotada declara el despido nulo recurriendo para ello a la aplicación supletoria de las reglas comunes del ET sobre el despido nulo a la citada relación laboral especial de conformidad con los arts. 3 b) y 11.1, RD 1620/2011, que mencionan expresamente el art. 49 ET, sin excluir su letra k) sobre el despido del trabajador. Además, y en otro orden de argumentos, acude el TS a la aplicación e interpretación del Derecho con perspectiva de género LO 2/2007 arts. 4 y 15, y RDL 6/2019. Respecto a las consecuencias de la nulidad del despido fijadas por la sentencia recurrida (no readmisión y abono de indemnización de 33 días de

la regulación común), no se ocupa la Sala Cuarta al haber sido consentidas por las partes contendientes.

19.- Responsabilidad solidaria en deudas salariales (art. 42.2 ET): propia actividad

Las **STS 7-6-2022 (Rec 675/21 y 1817/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2370 / ECLI:ES:TS:2022:2258, **8-6-2022 (Rec 674/21)** y **16-6-2022 (Rec 677/21)** consideran, a efectos de la responsabilidad solidaria en deudas salariales, ex art. 42.2 ET, que constituye propia actividad del Ayuntamiento demandando y del Patronato, la externalizada y consistente en prestar atención al público destinatario de la programación cultural (información, control de aforos, taquillaje, portería, organización de comienzo y fin de actividades, medidas de seguridad, planes de evacuación, etc.) lo que lleva a condenar solidariamente al Ayuntamiento y al Patronato Sociocultural, junto con la empleadora.

Sobre el concepto de “propia actividad”, lo relevante a los efectos del art 42.1 ET es determinar si los servicios prestados por la empresa adjudicataria del contrato se incorporan al ciclo productivo o son escindibles del mismo, y si deben de articularse o pueden, sin más, superponerse o desarrollarse con autonomía. En el caso analizado, el Ayuntamiento, a través del Patronato Sociocultural, viene prestando el servicio de promoción de la cultura y equipamientos culturales que han sido asumidas como propias por parte del Ayuntamiento, para llevarlas a cabo y ofrecerlas a la ciudadanía a través de esa institución. La prestación del servicio de atención al público, complementario del programa cultural del Ayuntamiento, concertado con la mercantil empleadora, constituyen servicios de la propia actividad del consistorio, que efectúa a través del Patronato. De no haberse concertado la contrata, tales servicios tendrían que realizarse por el propio Patronato, so pena de perjudicar sensiblemente la actividad cultural del Ayuntamiento. Por otra parte, ninguna duda cabe que las tareas realizadas por el personal de la empresa subcontratada se incorporan directamente y de manera inescindible al resultado final del servicio que constituye la única finalidad del Patronato, y que no es otro que el ofrecer al público las obras, espectáculos y actividades culturales que justifican su propia existencia. La actividad del Patronato no se entiende sin la imprescindible la intervención de los trabajadores que llevan a cabo las tareas y funciones que constituyen el objeto de la contrata.

20.- Salario y régimen retributivo

20.1.- Absorción y compensación.

La **STS 11-5-2022 (Rc 5133/18)**, ECLI:ES:TS:2022:2058, declara que el complemento salarial que venía percibiendo el actor denominado mejora voluntaria es compensable y absorbible con los incrementos y atrasos derivados de la aplicación de un nuevo convenio: el de oficinas y despachos de Bizkaia, en sustitución del aplicado anteriormente (el estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública) a consecuencia de sentencia firme que así lo dispuso. La Sala IV, compendia doctrina en interpretación del art 26. 5 ET, concluyendo, en aplicación de la misma, que en el supuesto analizado la mejora voluntaria, al no venir referida a un grupo de complemento concreto, debe ser tratada como salario, en virtud de lo

establecido en el artículo 26.1 ET y, en consecuencia, se le reconoce la homogeneidad necesaria con los incrementos del convenio colectivo cuya aplicación se estableció en virtud de resolución judicial, sin que pueda reconocerse, a tenor de los hechos probados, ninguna previsión contraria a la posibilidad de compensación o a un eventual carácter no consolidable.

20.2.- Compensación y absorción a efectos de la subida del SMI para 2019.

Con ocasión de haberse aprobado el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, se ha planteado ante la Sala IV la posible compensación y absorción a efectos de la subida del SMI para 2019 con complementos salariales variables, de cantidad o calidad, en relación con las particularidades propias del convenio colectivo aplicable.

Acontece que vigente un orden retributivo (el del convenio colectivo) sobreviene un segundo (el del Real Decreto aprobando el salario mínimo interprofesional), resultando que la absorción y compensación acaban por neutralizar los efectos de la segunda norma cuando al amparo de la primera ya se disfrutaba de una protección similar o superior. Lo que se pretende es conseguir un resultado acorde con la intención de la norma cual es la de establecer una garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena, que tienen derecho a percibir en cómputo anual, por todos los conceptos, la cantidad de 12.600 euros (fijada para el año 2019).

Por tanto, hay que determinar si para garantizar la efectiva percepción del SMI garantizado se tiene que operar sobre el salario específico de la categoría, añadiéndose la diferencia con el nuevo salario mínimo establecido normativamente para 2019, o, si por el contrario, en la cuantía del salario convenio, debe incluirse, también, la cantidad que cada trabajador perciba en concepto de trienios u otros complementos, y sobre la cantidad resultante, añadir lo que falta para cumplir con el nuevo SMI.

En interpretación conjunta de los arts 26.5 y 27 ET, se declara que para conseguir dicha finalidad hay que estar a las previsiones del convenio colectivo, incluyendo los diversos complementos salariales, salvo que una norma con rango de Ley aboque a otra conclusión, o el propio convenio colectivo lo indique de forma expresa. En todo caso, la solución estará en función de las previsiones salariales que vengan establecidas en el convenio de referencia y en particular habrá que tener en cuenta si el importe del salario base del Convenio Colectivo resulta inferior al importe del SMI aprobado, lo que supone que la empresa pueda añadir al importe del salario base, antigüedad y los complementos salariales previstos en el art. 26.3 del ET a efectos de determinar si el importe total del salario supera, o no, el nuevo SMI.

En aplicación de la anterior doctrina, la **STS 26-1-2022, (Rc 89/20)**, ECLI:ES:TS:2022:292, declara, respecto a los trabajadores del Nivel 11 (Peones) del VII Convenio Colectivo de Trabajo del sector de Talleres para Personas con Discapacidad Intelectual de Cataluña, que el cálculo del SMI 2019 debe realizarse sumando al SMI específico de esa categoría (SMI de 2016, incrementado en el índice del IPREM), los trienios que vaya cumpliendo el trabajador; y dicha cantidad complementarla con el importe necesario hasta alcanzar el correspondiente al SMI general de 2019. En este caso, los salarios pactados resultan ser inferiores a los

establecidos por la nueva norma por lo que la base de cálculo, para llegar al SMI/2019, debe estar conformada por el salario específico de este nivel, sumado a lo que cada trabajador venía percibiendo por trienios.

Por el contrario, en la **STS 29-3-2022, (Rc 162/19)**, ECLI:ES:TS:2022:1353, se establece que para alcanzar el SMI para 2019 computan los complementos previstos en el convenio, art 35 – pluses de carácter salarial, plus de puesto de trabajo, plus de mantenimiento vestuario, plus de transporte-, precepto convencional que no impide la compensación y absorción de los incrementos del SMI, en tanto que afecta únicamente a las revalorizaciones del propio convenio colectivo. No siendo el convenio colectivo aquí aplicado uno de los que establece como salario base el SMI, la norma resulta inaplicable en su integridad.

Por su parte, la **STS 1-4-2022, (Rc 60/20)**, ECLI:ES:TS:2022:1355, a propósito del Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante para 2019, declara que el plus extrasalarial debatido – plus de transporte- no resulta compensable con el incremento del SMI para 2019, dada su naturaleza no salarial. Sin embargo, el complemento de antigüedad sí resultará computable para obtener la base de comparación con el nuevo SMI -el art. 27.1 incluye todos los salarios en su conjunto y cómputo anual- y ello a fin de conseguir a efectiva percepción del SMI garantizado.

20.3.- Complemento de turnicidad.

Las **STS 6-10-2021, (Rc 1182/20, 93/20 y 3261/20)** ECLI:ES:TS:2021:3751 / ECLI:ES:TS:2021:3750 / ECLI:ES:TS:2021:3793; **16-11-2021 (Rc 1498/20 y 4207/19)** ECLI:ES:TS:2021:4297 / ECLI:ES:TS:2021:4304 y **17-11-2021 (Rc 1712/20 y 2871/20)**, ECLI:ES:TS:2021:4302 / ECLI:ES:TS:2021:4303, niegan el derecho de los demandantes al percibo del complemento de turnicidad que contempla el III Convenio Colectivo Único para el personal al servicio de la Administración General del Estado. Con carácter general, la jurisprudencia sostiene que el derecho al percibo del plus supone la realización efectiva del trabajo a turnos en las condiciones que disponga el convenio colectivo. En el caso y analizando la norma colectiva, se estima que la consideración del trabajo a turnos que puede generar dicho complemento supone que un mismo puesto de trabajo se ocupe de manera sucesiva por diferentes trabajadores y que el trabajador debe prestar servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas. Y es este último elemento el que no concurre porque las horas asignadas a los demandantes son siempre las mismas, no integrándose en ninguna de las modalidades de turnicidad que prevé el Convenio Colectivo y ello porque prestando servicios de vigilante en un museo, realizan una jornada de martes a sábados, en horario de tarde, y de domingos y festivos, en horario de mañana o los domingos alternos en turnos de mañana

20.4.- Efectos de la prohibición convencional de prorrateo mensual del abono de las pagas extraordinarias.

Especial relevancia presenta la **STS 18-5-2022 (Rc 1646/20)**, dictada en Pleno, que modifica y matiza doctrina previa establece que para el caso de que las pagas extraordinarias prorrateadas mensualmente hayan sido percibidas pacíficamente por el trabajador a lo largo de su relación laboral, y el convenio que prohíbe expresamente el prorrateo no anuda sanción de tipo alguno a tal actuar, ningún crédito se genera a

favor del trabajador por tal concepto, ni cabe exigir su importe. La aceptación y el consentimiento al percibo mensual extinguió la correlativa obligación del empleador (arts. 1156 y 1126 CC) y un nuevo reconocimiento generaría un enriquecimiento injusto para el trabajador. El art 31 ET permite que, por convenio, colectivo o individual, las partes pacten el prorrateo de las pagas extras. Ahora bien, en el caso analizado ha quedado acreditado que el texto convencional de cobertura prohíbe el abono prorrateado por meses, optando por el pago semestral; al trabajador le era abonada una cantidad con prorrata mensual de pagas extraordinarias incluida y en tal forma fue aceptada por este. Se estima que el empleador ha dado cumplimiento al derecho del trabajador a percibir las gratificaciones extraordinarias, aunque su ejecución no se ha acomodado al pacto convencional, puesto que a diferencia de lo acontecido en supuestos anteriores, en los que se establecía una penalidad para el empresario consistente en la no extinción de la obligación de satisfacer las pagas extraordinarias, el actual convenio no recoge de forma concreta y específica esas previsiones, sino tan solo la interdicción de efectuar un pago prorrateado mensualmente. Se estima que el incumplimiento empresarial no es tributario de la sanción del signo acordado –mantenimiento de la existencia de la deuda- en cuanto que no cabe legal, ni jurídicamente, amparar la doble percepción por los trabajadores de un mismo y sólo devengo porque ello implicaría un enriquecimiento injusto contrario al ordenamiento.

20.5.- Plus de transporte. Teletrabajadores de contact center.

La **STS 1-6-2022 (Rc 247/21)**, ECLI:ES:TS:2022:2253, declara que el plus transporte, regulado en el art. 51 del II Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de contact center, no debe abonarse a los teletrabajadores. Se trata de un plus extrasalarial, lo que excluye que se abone a los teletrabajadores que no prestan servicio en el centro de trabajo de la empresa, y que, por lo tanto, no se desplazan a ella. No se ha acreditado indicio alguno que permita inferir que el plus controvertido tenga naturaleza salarial y retribuya la mayor penosidad del trabajo nocturno. La razón de que se abone cuando se presta servicios en la franja horaria entre las 24 y las 6 horas es porque pretende compensar los gastos en los que incurren los trabajadores cuando inician o finalizan su jornada en unas horas en las que el transporte público no funciona o lo hace con mucha menos regularidad que en el horario diurno. Esto es, se establece un plus extrasalarial cuya razón de ser se encuentra en las diferentes frecuencias del transporte público y no se paga por la prestación laboral en horas nocturnas sino en función de la hora de comienzo o finalización de la jornada.

21.- Sucesión de empresas y subrogación convencional

21.1.- Responsabilidad solidaria por deudas anteriores a la sucesión

Las **SSTS 8-9-21 (Rc 1866/20) ECLI:ES:TS:2021:3329; 8-9-21 (Rc 2543/20) ECLI:ES:TS:2021:3332** y **(Rc 2554/21) ECLI:ES:TS:2021:3381; 9-9-2021, Rec 2143/20 ECLI:ES:TS:2021:3347; 24-11-21 (Rc 2083/21) ECLI:ES:TS:2021:4400**, reiterando doctrina declaran que para que se active la responsabilidad solidaria del art. 44.3 ET es necesario que se transmita efectivamente una unidad productiva que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio, cuya carga de la prueba

corresponde al demandante, ex art 217.2 LEC. En los casos analizados al no haber acreditado la parte actora la certeza de los hechos en los que se fundamentaba su pretensión, no opera la sucesión empresarial prevista en el art. 44 ET y la empresa entrante no debe responder solidariamente de las deudas salariales de la empresa saliente.

21.2.- Trabajador fijo y reversión de servicio público

De notable relevancia son **las SSTS 28-1-22 (Rc 3781/20) ECLI:ES:TS:2022:270, y (Rc 3779/20) ECLI:ES:TS:2022:445; 31-1-20 (Rc 3775/20) ECLI:ES:TS:2022:446; 1-2-20 (Rc 3777/20) ECLI:ES:TS:2022:428** , en las que se afirma que los trabajadores de empresas privadas, cuando pasan a tener como empleador, en este caso, al Ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma, mantienen su condición de fijos, porque la reversión del servicio, no puede afectar a la modalidad de relación laboral preexistente, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE.

21.3.- Reversión del servicio de limpieza viaria

La figura de la sucesión de empresas ha sido, desde siempre, una figura compleja y difícil que ha generado múltiples problemas de solución siempre ardua y dificultosa. En las **SSTS 28-1-22 (Rc 4463/19) ECLI:ES:TS:2022:294, 23-3-22 (Rc 108/20) ECLI:ES:TS:2022:1518**, se declara que no existe sucesión de empresa a los efectos de la Directiva 2001/23/CE, y del art. 44 ET, en el supuesto de la reversión del servicio de limpieza viaria antes externalizado y que pasa a ser realizado directamente por el Ayuntamiento, sin recibir ningún elemento patrimonial ni hacerse cargo de los trabajadores. La reversión del servicio de limpieza por parte de esa Administración, no puede calificarse, en este contexto, de sucesión empresarial, ni al Ayuntamiento le es de aplicación el convenio colectivo del sector en materia de subrogación por cuanto las asociaciones empresariales carecen de la necesaria representativa para extender los efectos de una negociación colectiva a la administración públicas. Tampoco es de aplicación la LCSP de 2017 (art. 130) al no haber entrado en vigor a la fecha en que se inicia el expediente de contratación.

21.4.- Sucesión de plantilla

Reitera la **STS 23-3-22 (Rc 3117/20) ECLI:ES:TS:2022:1222** que en aplicación del ET art. 44, y la cristalizada doctrina de la Sala, habrá sucesión de plantillas si tanto cualitativa como cuantitativamente el servicio que se transmite descansa sustancialmente en la mano de obra, y por el contrario, no lo habrá, si resulta imprescindible para su prestación unos determinados equipamientos o bienes materiales. En este supuesto, se concluye que el factor esencial es la mano de obra y no la infraestructura. Por tanto, hay sucesión de plantillas al haberse hecho cargo la empresa sucesora del 75% de la plantilla de la saliente. Por el contrario en la **STS 18-1-22 (Rc 3876/19) ECLI:ES:TS:2022:185** se descarta la aplicación del art. 44 ET, al no acreditarse la transmisión de una unidad productiva autónoma, ni se ha producido transmisión de una parte relevante del personal adscrito al servicio, pues únicamente se ha subrogado a tres de los nueve trabajadores adscritos a la contrata.

22.- Tiempo de trabajo

22.1.- Compensación con días laborables

La **STS 6-4-2022, (Rc 114/20)**, ECLI:ES:TS:2022:1475, en interpretación del Convenio Colectivo del Sector de Residencias Privadas de la Tercera Edad de la Comunidad Autónoma de Galicia, art. 38, declara, que los trabajadores, afectados por el conflicto, no tienen derecho a que se les compense con 1, 3 días laborables por los 12 festivos trabajados, cuando se acumulan a las vacaciones. Con arreglo a la interpretación literal, sistemática y finalista del precepto, así como de los propios actos de las partes, resulta que nunca fue intención de los negociadores que se produjera dicha compensación. Se valora que se ha mantenido el mismo texto del convenio sin clarificar que los descansos acumulados a las vacaciones se retribuyen con 1, 3 días laborables. De hecho, cuando los negociadores han querido que se produjera una compensación especial, así lo han hecho.

22. 2.- Condición más beneficiosa.

Se plantea, en la **STS 7-6-2022 (Rc 77/20)**, ECLI:ES:TS:2022:2248, si, la compensación de las horas efectuadas por los trabajadores del turno de noche los días 23 y 30 de diciembre, equivalente al número de horas del turno realizado, que la Fundación notificó por escrito al comité de empresa en los años 2015, 2016, 2017 y 2018, constituye una condición más beneficiosa y de ser así, si la decisión unilateral, acordada por la empresa de suprimir esa compensación en 2019, sin seguir el procedimiento del art. 41.4 ET, debe declararse nula. La Sala IV reitera doctrina sobre el nacimiento y los efectos de una condición más beneficiosa en el ámbito del sector público, que si bien en principio son admisibles, exige que el reconocimiento este sometido a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario, que excluyen la posible obtención de CMB cuando la misma se oponga a norma legal de Derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo, o cuando -por parte empresarial- se carezca de la debida competencia para atribuirlo. Al no cumplirse estas exigencias se rechaza la pretendida condición más beneficiosa. Así, la compensación de jornada controvertida se reconoció para cada una de las anualidades, lo que descarta la voluntad inequívoca de incorporarlas permanentemente al nexo contractual de los trabajadores afectados por el conflicto. Además, no consta que, quienes notificaron la compensación ostentaran la competencia necesaria para vincular a los órganos de gobierno de la demandada, habiéndose acreditado, en todo caso, que dichas notificaciones no disponían del informe previo de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, exigido por las leyes de presupuestos, por lo que son nulas de pleno derecho, y en ningún caso, desplegar condiciones más beneficiosas

23.3.- “Días activables”. Escoltas. Tiempo de trabajo.

La **STS 6-4-2022, (Rc 85/20)**, ECLI:ES:TS:2022:1480, reitera que los llamados “días activables”, en los que los escoltas deben estar disponibles por teléfono móvil, pero no tienen que estar en un lugar determinado, no tienen la consideración de tiempo de trabajo. En estos días, pueden ocuparse de sus quehaceres cotidianos o familiares y no tienen un plazo determinado para presentarse a realizar el servicio requerido, por lo que, el periodo de disponibilidad sin efectiva prestación de servicios no impide a la persona trabajadora el normal desarrollo de su vida personal y social. En definitiva, se

rechaza que sea tiempo de trabajo el periodo de disponibilidad de los días activables en el que el escolta se limita a estar disponible sin tener que prestar servicio efectivo.

24.4.- Guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias.

Especial relevancia presenta la **STS 17-2-2022, (Rc 123/20)**, ECLI:ES:TS:2022:701, dictada en Pleno, que rectifica doctrina previa, determinando que las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los trabajadores dedicados al transporte sanitario deben computarse como tiempo efectivo de trabajo a efectos de la jornada anual, y, por tanto, el exceso debe abonarse como horas extras. La Sala IV, efectúa una interesante labor argumental, que pasa por analizar diversas sentencias del TJUE, el alcance de la actual Directiva 2003 y de la derogada de 1993, así como la normativa española sobre jornadas especiales de trabajo, RD 1561/1995 de 21 de septiembre, (modificado por el RD 902/2007, de 6 de julio), cuyo art. 8.1 se refiere al sector del transporte. Estima que el personal que presta servicios en el transporte de enfermos en ambulancias está incluido en la Directiva 2000/34/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y que establece límites a la duración máxima del trabajo semanal. Sin embargo, la actividad de dicho personal no está incluida en el Real Decreto 1561/1995, rectificando la doctrina contenida en la STS 21/4/2016, Rec 90/15. Seguidamente, y también con remisión a STJUE que abundan en el concepto amplio de tiempo de trabajo concluye que el tiempo en que los trabajadores prestan el servicio de emergencias con presencia en la base o centro de trabajo en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, tiene la condición de tiempo de trabajo a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo, puesto que concurren las notas definitorias del tiempo de trabajo. Por consiguiente, el límite de la jornada laboral no se encuentra en el art. 8 del Real Decreto 1561/1995 sino en el art. 34 del ET. En definitiva, es tiempo efectivo de trabajo las 24 horas de presencia en la base o centro de trabajo y se computan a efectos de la jornada anual y el exceso debe abonarse como tiempo de trabajo, reconociendo el carácter de horas extraordinarias de las que superan la jornada anual de 1.800 horas prevista en el Convenio Colectivo de aplicación.

24.5.- Reducción de jornada por cuidado de hijo menor

La **STS 22-2-2022 (Rc 4643/18)**, ECLI:ES:TS:2022:1157, rechaza que la trabajadora que tiene reconocida una reducción de jornada por cuidado de un hijo menor, y desde 2014 una reducción horaria de lunes a sábado desde las 10.30 a las 15.20 horas, deba prestar servicios los domingos en los que el supermercado empleador abre sus puertas. El Tribunal ha examinado la dimensión constitucional de la controversia litigiosa, el alcance del art 37.5, en la redacción aplicable al supuesto enjuiciado, que mencionaba la «reducción de la jornada de trabajo diaria», valorando los términos en los que se propuso la reducción de jornada por la trabajadora, que dicha propuesta fue aceptada por la empresa manifestando su «conformidad a la concreción horaria y diaria» y que durante un prolongado lapso temporal de más de dos años no consta que prestase servicios en domingos. Por otra parte, exigirle que comenzase a prestar servicios los citados días le supondría un perjuicio y obstaculizaría la compatibilidad de su vida familiar y laboral.

23.- Tutela libertad sindical.

23.1.- Constitución de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa con exclusión de UGT, que estaba legitimada.

La **STS 22-6-2022 (Rc 97/20)** declara vulnerado el derecho fundamental de libertad sindical de UGT y la nulidad de las actuaciones desarrolladas desde la constitución de la comisión negociadora del II convenio colectivo de Dentix, por haberse constituido con exclusión de UGT, al que reconoce el derecho a formar parte de la comisión negociadora, de forma proporcional a su representación. Consta que UGT cuenta con más del 10% de los representantes unitarios en la empresa, por lo debió ser llamado para constituir la comisión negociadora siendo irrelevante que no tuviera una sección de ámbito estatal constituida en la empresa. Si en el ámbito de una determinada empresa se quiere abordar la negociación de un convenio colectivo con los representaciones sindicales de la misma, y no todos los sindicatos con presencia en los órganos de representación unitaria han constituido secciones sindicales de ámbito empresarial, a tal negociación deben ser llamados directamente tanto aquellos sindicatos que no hayan constituido la referida sección, como aquellos que aun habiéndola constituido, no faculden a la misma con arreglo a su estatutos para llevar a cabo tal proceso de negociación, pues las secciones sindicales no son más que los órganos de representación del sindicato en la empresa o en alguno o algunos de los centros de trabajo de la misma, de forma que la referencia en estos casos contenida en el art 87.1 ET a las secciones sindicales debe entenderse referida las propias organizaciones a las que tales secciones representan en caso de no existir estas. Por ello, supeditar el ejercicio de parte del contenido del derecho a libertad sindical en el seno de la empresa de un sindicato a que adopte una determinada forma organizativa en el seno de ésta, no solo vulnera el derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, sino que supone una intromisión ilegítima en las facultades autoorganizativas del propio sindicato.

23.2.- Delegado Sindical designado para actuar en el ámbito de laborales y funcionarios.

La **STS 31-3-2022, (Rc 101/20)**, ECLI:ES:TS:2022:1352, confirma la desestimación de la demanda por vulneración del derecho a la libertad sindical, y en la que el sindicato demandante, CGT, pedía para el delegado sindical elegido para la sección en la provincia de Pontevedra el reconocimiento de un crédito de 40 horas mensuales, en vez de las 30 que tiene reconocidas. El crédito horario es el producto de computar como empleados a laborales y funcionarios, pero sin haber obtenido presencia en el ámbito laboral la organización sindical que ha constituido la Sección Sindical mixta-laborales y funcionarios afiliados al sindicato-. Se recuerda que el sindicato puede organizar libremente la estructura representativa que desea implantar en la empresa, y que, si la sección sindical se establece a nivel de empresa, ese mismo ámbito es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegado sindical al amparo del art 10.1 LOLS. Y aunque se admite la posibilidad de secciones sindicales mixtas, como la que ha configurado el sindicato demandante, no es posible que, a los efectos de obtener más horas de crédito, se puedan adquirir éstas del

conjunto de empleados cuando no se han obtenido representantes en el Comité de Empresa y solo se ha conseguido uno en la Junta de Personal.

23.3.- Notas o circulares informativas sobre jubilación parcial y contrato de relevo.

La **STS 1-6-2022 (Rc 126/20)**, ECLI:ES:TS:2022:2377, rechaza la declaración de nulidad de la decisión o práctica de empresa, impulsada desde las instrucciones o circulares sobre la jubilación parcial, y contrato de relevo y con ello la pretendida vulneración del derecho a la libertad sindical del sindicato demandante. Estas notas informativas no vulneran la negociación colectiva, porque no pretenden regular el acceso a la jubilación parcial ni la formalización de los contratos de relevo, limitándose a definir la política de la empresa en la negociación de dichos contratos, que no tienen que suscribirse obligatoriamente, sin contener, en ningún caso, una regulación normativa sobre dichos extremos que se pretenda imponer directamente a los trabajadores. Se dirigen a sus centros directivos para homogeneizar la aplicación de dicha política sobre ambas materias una vez constatada la solicitud masiva de peticiones de jubilación anticipada, debido al envejecimiento de la plantilla, así como el incremento de costes de cotización. Por tanto, tienen una función armonizadora de la activación de la tramitación administrativa en orden a la obtención individualizada de la jubilación anticipada, lo que se encuentra dentro del poder de dirección del empresario, toda vez que respetan los mínimos legales. Por otra parte, las instrucciones se dirigen a los órganos competentes de la Administración General y, para informarles sobre la política de la Junta de Castilla y León respecto a la jubilación parcial y la formalización de los contratos de relevo correspondiente.

23.4.- Pactos individuales en masa

La **STS 15-6-2022 (Rc 52/20)**, confirma la nulidad de la cláusula contractual que impone a los trabajadores la obligatoriedad de realización de servicios de guardia, declarando vulnerado el derecho de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva. El régimen del servicio de guardia que regula el convenio colectivo establece un sistema de guardia previa información y consulta con la representación legal de los trabajadores, permitiéndose la adscripción voluntaria, por un año, pero renovables, pudiendo quedar eximida su realización por algunas de las circunstancias que se reflejan en dicha regulación. Por ello, la práctica empresarial de asumir acuerdos individuales con los trabajadores para que éstos se obliguen a realizar las guardias durante toda la relación laboral, sin poder revocar dicho compromiso, lo que pretende es eludir la intervención de la representación legal de los trabajadores que se estipula en el convenio colectivo. Siendo incuestionable la intervención de la representación de los trabajadores, la práctica empresarial analizada incumple lo previsto en el convenio colectivo. La demanda mediante pactos individuales en masa, de espaldas a la representación de los trabajadores, está alterando la regulación convencional acordada con dicha representación, lo que vulnera la libertad sindical de las organizaciones sindicales que la integran.

23.5.- Plan de igualdad. Negociación y tutela de la libertad sindical.

La **STS 5-4-2022, (Rc 99/20)**, ECLI:ES:TS:2022:1431, declara la nulidad del Plan de Igualdad impuesto unilateralmente por las empresas sin negociación con los legitimados, así como la vulneración de derecho a la libertad sindical del sindicato accionante en cuanto que no ha sido negociado con el mismo cuando tiene representación mayoritaria en el conjunto de las empresas. Se reconoce la legitimación activa al sindicato demandante dado que está acreditado que, además de tener presencia en el Comité de Empresa más numeroso de las empresas demandadas, representa a más del 33% de los trabajadores afectados lo que, directamente, le permite ser considerado como organización sindical con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, siendo, además su ámbito de actuación mayor que el del conflicto al tratarse de uno de los sindicatos más representativos en el ámbito del Estado. En cuanto al fondo del asunto, al afectar el plan de igualdad de forma conjunta a varias empresas, la legitimación para su negociación es la que está prevista en el ET para la negociación de convenios de grupo de empresas. Por ello, es imprescindible el concurso de la negociación colectiva, y ésta constituye una actividad sindical decisiva en orden a la configuración de medidas de todo tipo que sirvan para conseguir el objetivo de la igualdad real entre mujeres y hombres inherente al plan, formando parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante, que ha sido vulnerado.

23.6.- Retirada por la empresa de ordenadores de los despachos de trabajadores, delegados sindicales

La **STS 7-7-2021, (Rc 155/19)**, ECLI:ES:TS:2021:3223, estima que no vulnera el derecho a la libertad sindical la retirada por la empresa de los ordenadores de los despachos de trabajadores, delegados sindicales, durante las elecciones sindicales, producida en el marco de una auditoría económica y financiera. Dicha retirada está justificada como consecuencia de la auditoría programada por la Universidad y que tenía por finalidad averiguar la existencia de irregularidades que hacían preciso la investigación del contenido de dichos ordenadores; el Sindicato disponía de un local, dotado de los medios necesarios, incluidos los electrónicos, para el desarrollo de su actividad sindical y no consta que las herramientas de trabajo de que disponían dichos trabajadores estuvieran destinadas también al desempeño de su actividad sindical, como tampoco que en dichos ordenadores y solo en ellos se dispusiera de la información sindical necesaria para poder atender la campaña electoral.

24.- Verificación del estado de salud del trabajador, ex artículo 20.4 ET. Facultad empresarial de vigilancia y control de la actividad laboral

La **STS 15-6-2021, (Rc 57/20)**, ECLI:ES:TS:2021:2470, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato accionante, en la que solicita que se declare que la facultad de la que dispone la empresa, conforme al art. 20.4 ET, de verificar el estado de salud del trabajador para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, no puede ser realizada por una empresa externa contratada a tal fin, y por otro lado, que esa empresa no pueda emitir ninguna propuesta de alta ni justificar la suspensión de derechos económicos, por ser esto facultad privativa del servicio médico de empresa. La Sala IV razona que la potestad establecida en el art 20.4 ET es una manifestación de la facultad del empresario en la dirección y control de la actividad laboral, que debe adecuarse a los límites que rigen con carácter general

en el ejercicio de dichas facultades con arreglo a las disposiciones legales y convencionales pactadas. En este marco, la solicitud de que el trabajador citado para la verificación del estado de salud aporte los informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de la baja o de bajas anteriores, además de no efectuarse en términos obligatorios sino voluntarios, resulta ser instrumental a la legítima finalidad de verificar el estado de salud del trabajador. Asimismo, se cumplen las exigencias legales en materia de protección de tales datos dado que, por un lado, se recaba el consentimiento del trabajador, mediante la información de sus derechos y la aportación voluntaria de los documentos solicitados; y, por otro, los datos podrían ser necesarios para la ejecución del contrato de trabajo, y en todo caso, el tratamiento de los datos se efectuará siempre y de manera exclusiva por personal médico.

PERSPECTIVA DE GÉNERO

La Sala Cuarta, probablemente por la naturaleza del contexto en el que tienen lugar las controversias que debe analizar (techo de cristal, brecha salarial, discriminación en el trabajo, etc.) es una de las Salas del Tribunal Supremo que, con más frecuencia, aborda el estudio de los conflictos que se le plantean desde la perspectiva de género.

La **STS 23-6-2021, (Rc 161/19)**, ECLI:ES:TS:2021:2615, confirma que es contraria a derecho la práctica empresarial de no abonar los pluses de idiomas y nocturnidad y los complementos por festivos y domingos a las personas trabajadoras que disfrutaran de alguno de los permisos retribuidos reconocidos en el Convenio Colectivo de Contac Center, art 28. Se cuestiona si dicha práctica empresarial puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, en cuanto que la exclusión de los complementos retributivos cuestionados podría tener un efecto negativo sobre la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres en relación con aquellos permisos que pudieran tener un mayor impacto de género. En el caso analizado, esta especial relevancia de género se predica, únicamente, en el permiso por accidente, enfermedad grave u hospitalización, art. 28 c), en cuanto que se produce un impacto superior para las mujeres trabajadoras al ser quienes, mayoritariamente, se hacen cargo de la atención de los familiares en esas circunstancias, de conformidad con los datos estadísticos oficiales y tiene en este punto un mayor impacto sobre el colectivo femenino de la plantilla. Se trata de un supuesto de discriminación indirecta para las mujeres, que se ha producido cuando, sin vinculación alguna con la intencionalidad, existe un efecto desigual y desproporcionado para éstas, afectando, de este modo, a un factor personal que se halla amparado por las normas anti-discriminación.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 8-4-2022 (Rc 20/21)**, ECLI:ES:TS:2022:1632, al confirmar que las personas trabajadoras de una entidad bancaria con jornada partida tienen derecho a percibir la ayuda alimentaria con independencia de que la salida por la tarde se produzca antes de las 16 horas. La empresa acordó unilateralmente que la ayuda estaba condicionada a la hora de salida por la tarde. Se declara que dicha práctica empresarial vulnera los derechos fundamentales, en cuanto que supone una discriminación indirecta por razón de sexo. Las personas trabajadoras con reducción de jornada que presten servicios con

jornada partida podrían salir del trabajo antes de las 16 horas, en cuyo caso no percibirían la ayuda alimentaria. La gran mayoría de este colectivo con reducción de jornada son mujeres – 298 de los 310 empleados-. Por lo que este colectivo feminizado es objeto de un trato discriminatorio, al impedir que puedan percibir la ayuda alimentaria tanto cuando disfrutan de la jornada reducida partida y salen antes de las 16 horas como cuando acceden al teletrabajo habiendo disfrutado previamente de dicha jornada. La empresa no ha justificado que la fijación de dicha hora para excluir la ayuda alimentaria responda a una finalidad legítima ajena al móvil espureo, por lo que se trata de una práctica empresarial aparentemente neutra que encubre una discriminación indirecta por razón de sexo.

Por otra parte, la **STS 9 de diciembre de 2021 (Rec 76/20)**, ECLI:ES:TS:2021:4795, analiza, de forma tangencial, una posible discriminación indirecta. En el caso se cuestiona el Plan de Igualdad de un grupo bancario, en particular, el derecho de los trabajadores en reducción de jornada a que sus objetivos se reduzcan en proporción a las horas de trabajo, sin ajuste de la base total de incentivos. La Sala IV confirma la estimación parcial de las demandas de conflicto colectivo y declara que la empresa ha incumplido la obligación recogida en el Plan de Igualdad al establecer objetivos colectivos correspondientes al personal con reducción de jornada en concordancia con el trabajo efectivamente realizado. Se rechaza la alegación de discriminación indirecta respecto del colectivo de mujeres, que se justificaba por el mayor perjuicio que se causa a dicho colectivo, con la indeterminación e inadecuación de los objetivos. Consta que los objetivos constan adaptados, atendiendo a la literalidad del Plan de Igualdad, resultando ajenas al procedimiento las alegaciones de discriminación indirecta vertidas por el recurrente, pues la dimensión de género que no niega la sentencia de instancia ciertamente deviene inhábil para modificar la pretensión, concediendo aquello que no se ha peticionado.

La **STS 8-6-2022 (Rc 4554/19)**, ECLI:ES:TS:2022:2452, confirma la desestimación de la demanda de reclamación de derecho relativa a la retribución de las horas de guardia médica prestadas a partir de una jornada reducida por cuidado de hijo menor. Consta, que la demandante, médica en un hospital, solicitó y le fue concedida la reducción de jornada ordinaria, pero sin haber solicitado la reducción de la respectiva jornada complementaria, dándose la circunstancia de que la jornada anual reducida más la jornada complementaria efectuada, que no se había reducido, no alcanzaba la jornada anual ordinaria. La regulación de la jornada complementaria y su retribución convencional es formalmente neutra, toda vez que afecta por igual a hombres y mujeres, a quienes se retribuirá la jornada complementaria conforme al precio pactado en el Anexo 11 del convenio, según lo dispuesto en su art. 35, cuya cuantía es inferior a la retribución de la hora ordinaria. No obstante, es notoria la abrumadora mayoría de mujeres que reducen su jornada para el cuidado de sus hijos, pudiendo concluirse, circunstancia que concurre también el colectivo médico. Ahora bien, se estima que la regulación de la jornada complementaria y su retribución, pactada en el convenio aplicable, no vulnera los arts. 1 y 14 CE, por cuanto se ha acreditado cumplidamente que la demandante solicitó únicamente la reducción de su jornada ordinaria, no haciéndolo para la jornada complementaria, aunque tenía pleno conocimiento de que

ésta se retribuía a un precio inferior a la hora ordinaria. Por ello, la demandante estaba obligada a efectuar la totalidad de su jornada complementaria, de manera que, su retribución convencional no vulnera de ningún modo su derecho de igualdad, puesto que ni se ha alegado, ni se ha probado consiguientemente, que fuera la empresa quien le impuso la reducción antes dicha. En conclusión, no concurre fraude de ley, ni discriminación directa o indirecta por razón de género, por cuanto la empresa se limitó a retribuir la jornada complementaria con arreglo a convenio, cuya regulación fue convalidada por STS 4 de julio de 2018, rec. 138/2017.

Deben destacarse también aquí, aunque ya lo han sido en el apartado correspondiente a la cuestión de fondo planteada, la **STS 9-2-22 (Rc 1871/20) ECLI:ES:TS:2022:385**, en la que se discute si la extinción de la relación laboral con una trabajadora por **razón de su matrimonio** implica una discriminación incardinable en el art. 14 CE, y por lo tanto, el despido, que tiene como causa el anuncio de la celebración del matrimonio a fin de disfrutar del correspondiente permiso, debe calificarse como nulo y no improcedente, donde también se resuelve con apoyo en la perspectiva de género, así como la **STS 11-1-22, Rec 2099/19 ECLI:ES:TS:2022:61** al respecto de la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo de la **empleada al servicio del hogar familiar** que se encontraba embarazada en el momento de la extinción, sin que la empleadora conociera esa situación de embarazo, y en la que el TS acude a la aplicación e interpretación del Derecho con perspectiva de género LO 2/2007 arts. 4 y 15, y RDL 6/2019.

II. SEGURIDAD SOCIAL.

En materia de Seguridad Social, la Sala ha dictado múltiples pronunciamientos a través de los cuales ha abordado diversas cuestiones relacionadas con la protección por desempleo (tanto en su nivel contributivo como en el asistencial), incapacidad en sus distintos grados, jubilación, accidente de trabajo, enfermedad profesional, asistencia sanitaria o viudedad, entre otros.

Respecto de la prestación por desempleo en su nivel contributivo, se ha debatido acerca del derecho a la prestación por parte de trabajadores que, finalizado un período de excedencia voluntaria, piden el reingreso en la empresa no readmitiéndole ésta y procediendo a su despido.

Se ha deliberado acerca de trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial con periodos de trabajo concentrados en los cuales el trabajador sigue en alta en la Seguridad Social durante los periodos de inactividad, así como respecto de trabajadores que mantienen su contrato de trabajo y no lo tienen extinguido, suspendido, ni reducido, a los efectos de determinar si se encuentran o no en situación legal de desempleo.

La determinación del derecho a lucrar la prestación por parte de extranjeros que mantienen vínculo marital con nacionales ha sido otro importante núcleo de

debate, así como la procedencia o improcedencia del derecho al abono de la diferencia entre lo percibido por desempleo y el salario que se hubiera percibido de no haberse acordado ERTE Covid-19.

La incompatibilidad entre el percibo de la prestación y los salarios de tramite o el acceso a la prestación desde la situación de excedencia voluntaria o jubilación parcial, han sido otras variantes de los pronunciamientos vertidos sobre la protección por desempleo.

El nivel asistencial ha desempeñado también un interesante papel protagonista en torno al requisito de carencia de rentas y valor imputable a bienes heredados, cargas familiares y, en particular, si deben computarse o no los ingresos de la pareja de hecho para que esta pueda percibir el subsidio por desempleo por cargas familiares. Así mismo, el Pleno de la Sala tras una labor interpretativa a nivel teleológico, sistemático, en clave constitucional y con perspectiva de género del art. 235 LGSS ha dictaminado que, a efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS).

La Sala ha abordado también los diferentes grados de incapacidad, la intervención de las Mutuas, la asistencia sanitaria a extranjeros en reagrupación familiar, sanciones a empresas por cuestiones sanitarias, el derecho a la jubilación activa de autónomo societario y del comunero, y finalmente, y con gran repercusión mediática y social, los casos relativos al complemento por la aportación demográfica ex. Art. 60 LGSS y la determinación de su fecha de efectos.

1.- Protección por desempleo

1.1.- Nivel contributivo

1.1.1.- Reconocimiento del derecho

1.1.1.1.-Trabajadores indefinidos a tiempo parcial con periodos de trabajo concentrados

Resuelve la **STS 23-06-2021 (Rc 877/2020) [ECLI:ES:TS: 2021:2619]** que no tiene derecho a la prestación por desempleo, por no encontrarse el contrato extinguido, suspendido, ni reducido, el trabajador con contrato indefinido a tiempo parcial con periodos de trabajo concentrados permaneciendo durante todo el tiempo (en periodo de actividad e inactividad) en alta en la Seguridad Social.

1.1.1.2.- Extranjero retornado casado con nacional española

En la **STS 17-05-2022 (Rc 851/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:1879]** el demandante, de nacionalidad ecuatoriana y casado con española, pleitea al hilo de su derecho a capitalizar la prestación por desempleo y retornar a su país de origen. Solicitó el pago único y anticipado de la prestación por desempleo debido al retorno voluntario a su país de origen, así como, igualmente, su derecho a obtener el citado pago en su integridad y a conservar la parte de la prestación ya percibida. Resuelve la Sala IV que la persona que ostenta una nacionalidad extranjera, aunque esté casada con otra de nacionalidad española y amparada por el RD 2407/2007, tiene derecho a capitalizar la prestación por desempleo en las condiciones previstas por el RDL 4/2008.

1.1.1.3.- ERTE Covid-19

La **STS (Pleno), 18-11-2021 (Rc 178/2021) [ECLI:ES:TS:2021:4305]** resuelve que no procede reconocer el derecho a que se abone la diferencia entre lo percibido por prestaciones por desempleo y el salario que se hubiera percibido de no haberse acordado ERTE Covid-19, argumentando que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato público suspendido no constituye una medida prioritaria, alternativa y excluyente de la posibilidad de acudir a un ERTE por fuerza mayor para suspender los contratos de trabajo, ya que ni el art. 22 RDL8/2020 excluye a las empresas contratistas del sector público de su ámbito de aplicación, ni el art. 34 RDL 8/2020 impide a estas empresas adoptar las medidas laborales oportunas, siendo preceptos distintos y complementarios, y si no ha existido costes salariales de Seguridad Social no se puede instar el reequilibrio por dicha causa.

1.1.1.4.- Hijos menores de 30 años del empresario no convivientes

La **STS 11-05-2022 (Rc 499/2020) [ECLI:ES:TS: 2022:1899]** tiene por objeto determinar si procede reconocer la prestación de desempleo a un trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre, afiliado al RETA, en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo.

Concluye la Sala que la DA 10ª de la Ley 20/2007 se ha limitado a destruir la presunción "iuris tantum" de no laboralidad de la relación existente entre el hijo y el trabajador autónomo que le contrata cuando convive con él, pero en nada ha alterado la situación contemplada en el artículo 1.3 e) del ET respecto a la existencia de relación laboral, tanto en los supuestos de convivencia si se demuestra la condición de asalariado del familiar, como en los supuestos de no convivencia, en los que no existe la presunción de que dicha relación es la de "trabajos familiares".

Por lo tanto, un hijo no conviviente, cuando haya sido contratado laboralmente por su progenitor, no está excluido del ámbito de aplicación del ET.

Se mantiene el mismo criterio que en la **STS 24 de marzo de 2021, rcud. 3951/2018.**

1.1.1.5.- Desde la excedencia voluntaria

En la **STS 26-04-2022 (Rc 1292/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1729]**, se debate acerca del derecho o no a la prestación por desempleo contributivo de la trabajadora que, finalizado un período de excedencia voluntaria, pide el reingreso en la empresa no readmitiéndole ésta y procediendo a su despido, que fue conciliado judicialmente como improcedente y, en concreto, si tal situación puede configurarse como de alta en la seguridad social al sobrevenir la contingencia o situación protegida. La Sala concluyó conforme a lo dispuesto en el artículo 267.2 d) de la Ley General de la Seguridad Social que la actora se encontraba en situación legal de desempleo, al haber solicitado el reingreso después de finalizar el periodo de excedencia voluntaria, teniendo cuenta además que presentó demanda por despido y la empresa reconoció la improcedencia abonándole la indemnización correspondiente.

1.1.1.6.- Desde la jubilación parcial

La cuestión suscitada en la **STS 10-05-2022 (Rc 559/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1888]** se centra en determinar si el demandante ostenta el derecho a la prestación por desempleo por suspensión de la relación laboral que lo era a tiempo parcial, por pasar a jubilación parcial, habiendo acumulado y atendido las horas de servicio con anterioridad a la suspensión que acordó la empresa. La Sala concluye que no concurre el requisito de la prestación por desempleo exigido por el art. 203.2 de la LGSS de 1994 consistente el cese de la actividad del trabajador, pues no se ha producido una suspensión de su relación laboral porque la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 del Estatuto de los Trabajadores).

1.1.2.- Incompatibilidad entre la prestación por desempleo y salarios de tramitación abonados por el Fogasa

Ante la cuestión de si resulta ajustada a derecho la resolución del SEPE que revisa de oficio y declara la percepción indebida de las prestaciones de desempleo correspondientes a un determinado periodo de tiempo, con base en que el FOGASA ha abonado a la trabajadora una cierta cantidad en concepto de salarios de tramitación, la **STS 23/2/2022 -Rc. 4389/2018 [ECLI:ES:TS:2022:837]**, resuelve que el trabajador debe devolver únicamente las prestaciones de desempleo temporalmente coincidentes con los salarios de tramitación, doctrina que se ha reiterado en la **STS 19/4/2022 – Rc1481/2019 [ECLI:ES:TS:2022:1525]**.

1.1.3.-Protección por desempleo y salarios de tramitación. Normativa aplicable a la regularización

Se plantea en la **STS 23-02-2022 (Rc 4389/2018) [ECLI:ES:TS:2022:837]** si la normativa aplicable para proceder a la regularización de la percepción

simultánea de prestaciones por desempleo y salarios de tramitación es la vigente en el momento del nacimiento de la situación legal de desempleo (el despido) o, por el contrario, la normativa vigente en el momento de la regularización. Argumenta la Sala IV que la normativa aplicable para proceder a la regularización es la vigente en el momento del nacimiento de la situación legal de desempleo.

1.2.- Nivel asistencial

1.2.1.- Requisito de carencia de rentas. Valor imputable a bienes heredados.

La **STS 01-06-2022 (Rc 1624/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:2279]** resuelve la cuestión consistente en determinar cuál ha de ser el valor imputable a los bienes y derechos adquiridos por herencia, a los efectos de calcular el límite legal de ingresos que condiciona la concurrencia del requisito de carencia de rentas a efectos de la percepción del subsidio de desempleo. Más concretamente, si debe estarse al valor patrimonial que tales bienes tengan, o al de los rendimientos que generan una vez ingresados en el patrimonio del beneficiario, y en este caso, a las normas para calcular el rendimiento presunto cuando no consta el real. Y debido a lo anterior, decidir si es ajustada a derecho la resolución del SEPE que extingue por este motivo el subsidio.

La sentencia – reiterando doctrina- resuelve que no ha de estarse al valor pecuniario de los bienes heredados, sino al de los rendimientos que realmente generen una vez incorporados al patrimonio del beneficiario. Y de no haberse acreditado, a los rendimientos presuntos resultantes de aplicar a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente.

En la misma línea la **STS 10-02-2022 (Rc 4838/2018) [ECLI:ES:TS: 2022:703]** reiterando doctrina .

1.2.2.- Subsidio de desempleo por cargas familiares

1.2.2.1.-Computo de ingresos. Pareja de hecho

Se discute en la **STS 27-04-2022 (Rc 141/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:1748]** si deben computarse o no los ingresos de la pareja de hecho de la demandante, para que esta pueda percibir el subsidio por desempleo por cargas familiares. Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la interesada coligiendo que, para el cálculo de la renta de la unidad familiar, no han de tomarse en consideración los ingresos de la pareja de hecho de la solicitante del subsidio de desempleo.

1.2.3.- Acceso desde el agotamiento de la RAI

La **STS 26-04-2022 (Rc 2202/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:1599]** resuelve dos cuestiones casacionales planteadas por la Abogacía del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal. Por una parte, niega el acceso al subsidio por desempleo desde el agotamiento de renta activa de

inserción, conforme a doctrina reiterada y, por otra, sobre la impugnación de la imposición de las costas a tal Servicio, se resuelve, reiterando doctrina que el SPEE, en su condición de Entidad Gestora de las prestaciones de desempleo en sus niveles contributivo y asistencial, incluidas en el ámbito de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social tal y como preceptúa el art. 42.1.c) LGSS, es titular del beneficio de asistencia jurídica gratuita de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, que se lo concede a «las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en todo caso».

1.2.4.- Subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Periodos de cotización asimilados por parto.

Se establece en la **STS Pleno 23-06-2022 (Rc 646/2021) [ECLI:ES:TS:2022:576]**, tras una importante labor interpretativa del art. 235 LGSS a nivel teleológico, sistemático, en clave constitucional y con perspectiva de género que, a efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS).

1.2.5.- Extinción

1.2.5.1.-Extinción por no comunicación de variación de datos: percepción de ingresos patrimoniales

La **STS 14-09-2021 (Rc 2407/2018) [ECLI:ES:TS: 2021:3380]** confirma la extinción del subsidio por desempleo a quien no comunica a la Entidad Gestora la percepción de ingresos provenientes de la venta de un fondo de inversión en el momento en que se produce la misma.

Igual debate se plantea en la **STS 19-04-2022 (Rc 602/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1484]** y en **STS 23-11-2021 (Rc 2799/2019) [ECLI:ES:TS:2021:4461]**.

1.2.5.2-Extinción por falta de comunicación de ingresos puntuales

En la **STS 15-07-2021 (Rc 4149/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3192]** se debate acerca de la posibilidad de extinguir el subsidio por desempleo para mayores de 55 años, cuando no se comunica a la Entidad Gestora la percepción de ingresos puntuales durante un mes, en aplicación arts. 25.3 y 47.1 LISOS, ya que el hecho de que sólo se hayan percibido los ingresos durante un mes y no durante 12 meses, no influye en dicha conclusión.

2.- Renta activa de inserción

2.1.- Incompatibilidad

La **STS 27-04-2022 (Rc 1148/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1731]** declara la incompatibilidad -en un caso de percepción simultánea durante el mismo periodo de tiempo de la pensión de invalidez no contributiva y de la renta activa de inserción- reiterando doctrina.

3.- Incapacidad Temporal

3.1.- Base reguladora

3.1.1.- Covid-19.

La **STS -Pleno- 20-01-2022 (Rc 269/2021) [ECLI:ES:TS:2022:186]** trae causa de la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato CCOO con la que se reclamó el derecho de los trabajadores de la empresa Fundación Diagrama Intervención Psicosocial que hubiesen estado o estuvieran en situación de IT asimilada a accidente de trabajo por razón de periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tuvieran el domicilio como consecuencia del virus COVID-19, a percibir el complemento del 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja, conforme al art. 96, párrafo segundo, del Convenio Colectivo de la empresa. La Sala IV reitera doctrina sobre la interpretación de los Convenios Colectivos reproducida, entre otras, en sentencias de 23 de septiembre y 11 de noviembre de 2010, recurso 206/2009 y 23/2010 y 22 de enero de 2013, recurso 60/2012, y más reciente sentencia de 26 de mayo de 2021, recurso 19/2020, para concluir que, al tratarse de una mejora voluntaria, no cabe hacer una interpretación extensiva del precepto que alcance a supuestos no contemplados específicamente por las partes por lo que, no estando contempladas las situaciones de IT en periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, no procede ampliar la mejora voluntaria a dichos supuestos.

3.2.- Determinación de contingencia

Resuelve la **STS 13-10-2021 (Rc 5042/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3814]** que deriva de accidente de trabajo el proceso de incapacidad temporal iniciado por la actora que sufrió un atropello en su tiempo de descanso cuando se dirigía a aparcar su coche más cerca del trabajo, por aplicarse la doctrina de la ocasionalidad relevante.

3.3.- Reconocimiento del derecho

3.3.1.- Requisito de alta o asimilación al alta

Resuelve la **STS 27-07-2021 (Rc 5009/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3266]** que se encuentra en situación asimilada al alta, y por lo tanto procede reconocerle la prestación de incapacidad temporal, el trabajador que el día en

que se cursa el alta no puede entrar en el trabajo por causa no imputable a él, sufriendo un accidente doméstico al día siguiente.

Ante la cuestión de si procede el reconocimiento de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencia común cuando el proceso se inicia tras la terminación de otro proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, durante el cual se produjo la extinción del contrato de trabajo, la **STS 1126/2021, 17-11-2021 (Rc 3226/2018) [ECLI:ES:TS:2021:4299]**, casa y anula la sentencia de suplicación, por entender que debe aplicarse lo establecido en SSTS 19-09-2003 (Rc 356/2002, 18-09-2002 (Rc 3184/2001), en que se determinó que no tiene derecho a la prestación de incapacidad temporal, el trabajador que no consta esté en alta ni en situación asimilada al alta en el momento de iniciar proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes, por no estar percibiendo prestaciones por desempleo, que no está vinculado con el anterior proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales, sin que proceda flexibilizar el requisito de alta. La sentencia reitera doctrina SSTS 19-09-2003 (Rc 356/2002, 18-09-2002 (Rc 3184/2001) y contiene voto particular discrepante.

3.3.2.- Reconocimiento del derecho tras agotamiento del plazo máximo de una incapacidad temporal previa

La **STS 23-11-2021 (Rc 87/2019) [ECLI:ES:TS:2021:4357]**, reitera doctrina vertida en SSTS 10-12-2012 (Rc 342972011, 06-11-2019 (Rc 1363/2017 y 04-02-2021 (Rc 3489/2018) según la cual no procede denegar la incapacidad temporal por similar patología de una anterior, sin que hayan transcurrido 180 días, cuando en la resolución denegatoria no se contemplan los criterios objetivos de denegación ni las posibilidades de recuperación.

3.4.- Cálculo de mejora de IT

La **STS 14-09-2021 (Rc 2/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3404]** trae causa de una demanda de conflicto colectivo con la que se postula el reconocimiento del derecho de los trabajadores a percibir el complemento salarial derivado del derecho a tickets restaurante desde el primer día de baja por IT. La sentencia anotada rechaza la pretensión por entender, tras rechazar diversas excepciones, que el hecho de que mediante acuerdo de empresas se procediera a monetizar el importe de los tickets restaurante que venían percibiendo los trabajadores, no supone que mude la naturaleza de dicha percepción, sino simplemente que en lugar de entregar a los trabajadores los tickets restaurante, la empresa procede a abonarles el importe de los mismos, y el ticket restaurante no tiene naturaleza salarial sino indemnizatoria; y que no hay que tener en cuenta los tickets restaurantes a efectos de complementar la IT porque no tienen naturaleza salarial.

3.5.- Extinción

3.5.1-Efectos.

La cuestión suscitada en la **STS 6-04-2022 (Rc 1289/2021) [ECLI:ES:TS:2022:1426]** es la de determinar si la extinción del subsidio por incapacidad temporal debe tener como fecha de efectos la de la resolución administrativa del alta médica o la de su notificación a la interesada. La Sala IV resuelve que el subsidio debe abonarse hasta la fecha de notificación al interesado de la resolución administrativa con declaración de alta médica, que no solo hasta la fecha de la propia resolución. Reitera doctrina vertida en las SSTS 2/12/2014, Rc 573/2014 y 18/1/2012, Rc 715/2012.

Así mismo, la **STS 27-04-2022 (Rc 78/2021) [ECLI:ES:TS:2022:1732]**, resuelve con cita de las SSTS 2 diciembre 2014 (Rc. 573/2014) y 18 enero 2012 (Rc. 715/2012) y STS 310/2022 de 6 abril (Rc. 1289/2021) que el subsidio debe abonarse hasta que se notifica la resolución administrativa con declaración de alta médica (por agotamiento del periodo, sin declaración de incapacidad permanente).

3.5.2 -Incomparecencia a reconocimiento médico

En la **STS 22-02-2022 (Rc 26/2019) [ECLI:ES:TS:2022:654]** al trabajador, en situación de Incapacidad Temporal (IT) cuyo control ejerce la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, le es suspendida la prestación por incomparecencia a citación de la Mutua. Esta Sala IV, tras la interpretación del artículo 191.2.g) LRJS en conexión con el art. 191.3.c) LRJS, argumenta que no cabe equiparar la suspensión del derecho a percibir prestaciones con su denegación. Así, el recurso de suplicación siempre está expedito cuando en la demanda se reclama el reconocimiento del derecho a una prestación, pero ha de entenderse que no sucede así cuando se combate la sanción mediante la que se suspende temporalmente o extingue su abono. En el caso de autos se reclamaban 606,72 euros correspondientes al subsidio por IT y al no combatirse la denegación del derecho a percibir el subsidio, ni superarse la cuantía legalmente estipulada para la viabilidad del recurso de suplicación, ni concurrir afectación masiva, la Sala IV resuelve que la sentencia de instancia no era recurrible en suplicación y la sentencia emitida por la Sala de lo Social del TSJ lo fue careciendo de la necesaria competencia funcional.

3.5.3-Impugnación de alta médica

Conforme a la **STS 09-12-2021 (Rc 2138/2020) [ECLI:ES:TS:2021:4658]** cabe recurso de suplicación frente a sentencia de instancia dictada en procedimiento de impugnación de alta médica, cuando se alegó incongruencia omisiva y defecto en la valoración de la prueba.

La Sala de suplicación inadmitió el recurso presentado por el actor frente a la sentencia de instancia que desestimó su demanda de impugnación de alta médica tras agotar el plazo de 365 días de incapacidad temporal, por cuanto conforme al art. 191.2 g) LRJS, dicho proceso está excluido de recurso de suplicación. Se plantea en casación para la unificación de doctrina si procede

recurso de suplicación cuando se alegó incongruencia omisiva por no resolver la pretensión consistente en que se revocase el alta médica y se sustituyese por otra con propuesta de incapacidad permanente, y otro por falta de valoración de los documentos médicos aportados. La sentencia anotada casa y anula dicha sentencia y devuelve actuaciones para que se pronuncie sobre la cuestión relativa a la incongruencia omisiva y defectos en la valoración de la prueba, por cuanto dichas materias sí tienen acceso a suplicación.

4.- Incapacidad Permanente

4.1.- Incapacidad permanente total

4.1.1.- Base reguladora

La **STS 17-05-2022 (Rc 1836/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1980]** resuelve el recurso de casación unificadora interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que suscita, en materia de integración de lagunas para calcular la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente (197.4 TR LGSS), cuando los períodos a integrar vienen precedidos de actividad en el sector agrario con el correspondiente encuadramiento en el REA o SEA (a partir de 01/01/2012), la aplicación del art. 256.7 del TRLGSS.

Interpreta los arts. 197.4 y 256.7 TRLGSS en el sentido de que solo se aplica cuando la acción protectora corresponde al régimen especial, no cuando la pensión se causa en el régimen general. Reflexiona, en el caso de cómputo recíproco de cotizaciones, considerando que sigue vigente el art. 68.2 del Decreto 3772/1972 y, por tanto, una vez determinado el régimen aplicable para causar la pensión, esta se reconocerá según sus propias normas.

4.1.1.1 Cálculo de la base reguladora

En la **STS 15-02-2020 (Rc 4528/2018) [ECLI:ES:TS:2022:704]** se resuelve la cuestión relativa a la determinación de la forma de cálculo de la base reguladora de la prestación de IPT derivada de accidente de trabajo que le ha sido reconocida al demandante en vía administrativa. Argumenta la Sala IV que debe calcularse conforme a lo dispuesto en el art. 60 del reglamento de accidentes de trabajo, y DA 11ª 4/1998 de 9 de enero sin que concurra base legal para que la cuantía tenga que ser coincidente con la de la correspondiente base de cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

4.1.2.- Reconocimiento automático de la discapacidad al trabajador que le ha sido reconocida judicialmente una prestación de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual.

La **STS 22-02-2022 (Rc 4492/2018) [ECLI:ES:TS:2022:686]** reitera doctrina vertida en SSTS -Pleno- de 20 de noviembre de 2018, Rcuds. 1827/2017 y 239/2018, y las que han seguido (SSTS de 12 de febrero de 2020, Rc. 2927/201 y de 12 de mayo de 2020, Rc. 4423/2017, 58/2018, 243/2018,

1490/2018, 1529/2018 y 2778/2018), para resolver la controversia consistente en determinar si procede o no el reconocimiento automático de la discapacidad al trabajador que le ha sido reconocida judicialmente una prestación de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual. La Sala IV responde en sentido negativo argumentando que el artículo 4.2 del RDLeg 1/2003 ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del artículo 1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, contradiciendo la interpretación jurisprudencial de la Ley previa a la refundición.

4.2.- Gran invalidez

4.2.1.- Reconocimiento del derecho

4.2.1.1.- Situación de jubilación anticipada por discapacidad

Conforme a la **STS 01-07-2021 (Rc 4751/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3154]** no procede reconocer en situación de gran invalidez a quien la solicita desde una situación de jubilación por discapacidad en aplicación de coeficientes reductores, por cuanto dicha situación es equiparable a una jubilación a la edad ordinaria.

La **STS 27-04-2022 (Rc 184/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1726]** resuelve la cuestión de si cabe reconocer una incapacidad permanente a la persona trabajadora que ha accedido a la situación de jubilación anticipada por discapacidad, dándose la circunstancia de que no ha cumplido los 65 años. La sala cambia su doctrina a la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias STC 172/2021; 191/2021, de 7 de octubre de 2021 y 17 de diciembre de 2021, respectivamente, y STC 191/2020, de 17 de diciembre de 2021, recurso de amparo 4121/2021 y desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Letrada de la Administración General de la Seguridad Social, en representación del INSS para confirmar la sentencia recurrida.

4.2.1.2.- Dolencias preexistentes antes de la afiliación a la Seguridad Social

La **STS 11-05-2022 (Rc 1457/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1897]** reitera doctrina vertida en precedentes sentencias a la hora de resolver si procede reconocer la gran invalidez de una trabajadora, vendedora de cupones de la ONCE que, antes de empezar a prestar servicios para la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE), ya tenía una agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos.

Resuelve, la sentencia que se comenta, que es doctrina reiterada de esta Sala que, si antes de la afiliación al sistema de la Seguridad Social y de la prestación de servicios en favor de la ONCE la agudeza visual era ya inferior en ambos ojos al 0,1 esta agudeza visual, aunque empeore, no es acreedora de la gran invalidez.

4.2.1.3.- Agravación de dolencias preexistentes

Colige la **STS 13-07-2021 (Rc 4780/2018) [ECLI:ES:TS: 2021:2926]**, **STS 14-07-2021 (Rc 1551/2019) [ECLI:ES:TS:2021:2920]** que procede reconocer en situación de gran invalidez a quien en el momento de afiliación al Sistema de Seguridad Social (no es importante el momento de afiliación a la Once), no presentaba ceguera legal, padeciéndola posteriormente.

Por su parte, la **STS 26-07-2021 (Rc 5132/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3198]** reconoce en situación de gran invalidez a quien padecía deficiencias visuales que se han agravado desde su ingreso en el Sistema de Seguridad Social y afiliación a la ONCE, aplicando el efecto positivo de cosa juzgada respecto de lo resuelto en un procedimiento anterior entablado por el mismo actor pero que terminó después.

En la **STS 26-04-2022 (Rc 902/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1723]** la cuestión que se plantea consiste de nuevo en determinar si procede reconocerse en situación de gran invalidez a una trabajadora que, con anterioridad a su afiliación a la Seguridad Social, presentaba una agudeza visual en ambos ojos inferior a 0,1 % y que, con posterioridad a la citada afiliación, ve agravadas sus lesiones.

La Sala IV, con remisión a la sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2020, recurso 1098/2018, resuelve -como en la sentencia anotada más arriba- que ha quedado acreditado que la actora, con anterioridad a su afiliación a la Seguridad Social, presentaba una grave deficiencia visual ya que sus limitaciones consistían en una agudeza visual de -0 en ojo derecho y -0,08 en ojo izquierdo, es decir, presentaba ceguera legal al ser su agudeza visual inferior a una décima en ambos ojos por lo que, aunque dichas lesiones se hayan visto agravadas con posterioridad a su afiliación a la Seguridad Social, no procede reconocerle la situación de gran invalidez, en aplicación de lo establecido en el artículo 193.1 de la LGSS, anteriormente artículo 136.1 de dicho texto legal.

4.2.1.4.- Necesidad de ayuda de tercera persona

La **STS 23-11-2021 (Rc 5104/2018) [ECLI:ES:TS:2021:4458]**, reitera **STS 19-04-2021 (Rc 5046/2018)** para reconocer en situación de gran invalidez por necesitar ayuda de tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida a quien no presentaba ceguera legal en el momento de incorporación a la ONCE (padecía 0,1 de agudeza visual en un ojo), pero sí posteriormente.

En la **STS 01-12- 2021 (Rc 505/2019) [ECLI:ES:TS:2021:4960]** se debatió acerca de la situación de ceguera legal de la trabajadora y el reconocimiento de la Gran Invalidez. La Sala IV reitera doctrina sobre la configuración de Gran Invalidez por deficiente agudeza visual - según la cual cuando la agudeza visual es inferior a 0,1 en ambos ojos en la práctica ello significa ceguera. A partir de ahí, se ha considerado que la persona que la padece requiere la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales en la vida, por lo que debe reconocerse la pensión de Gran Invalidez. En el caso de autos al presentar la trabajadora una agudeza visual OD de 0,10 y OI de 0,15, no se considera ciega absoluta y se le deniega la prestación por Gran Invalidez.

4.2.1.5.- Inexistencia de obligación de someterse a intervención quirúrgica

La cuestión planteada en la **STS 24-05-2022 (Rc 2427/2019) [ECLI:ES:TS:2022:2027]** consiste en determinar si el actor, que tiene reconocida una incapacidad permanente, tiene la obligación de someterse o no al riesgo de una intervención quirúrgica para determinar si las lesiones son o no definitivas en orden a resolver si procede el reconocimiento de una situación de gran invalidez. La Sala razona que la valoración global del cuadro patológico, en relación a la falta de agudeza visual en los dos ojos debería llevar aparejado el reconocimiento inicial peticionado sobre GI, sin embargo, estas lesiones no tienen el carácter permanente o definitivo de la pérdida de visión al ser susceptible de tratamiento quirúrgico y posible mejoría de la agudeza visual, como indican las recomendaciones por parte de los profesionales para que el beneficiario se someta a un tratamiento quirúrgico que suponga una posible mejoría de la agudeza visual.

4.2.2.- Base reguladora

4.2.2.1.- Cálculo de la base reguladora: aplicación doctrina del paréntesis

En la **STS 26-04-2022 (Rc 446/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1675]** se plantean si la base reguladora de la prestación ha de calcularse aplicando la denominada “doctrina del paréntesis” al periodo en el que no hubo obligación de cotizar por encontrarse la actora en situación de jubilación anticipada.

La Sala IV resuelve que no es posible aplicar la doctrina del paréntesis dado que la base reguladora debe calcularse computando las bases de cotización desde junio de 2008 hasta mayo de 2016 considerando que, desde diciembre de 2013, fecha del acceso a la jubilación, debe computarse bases mínimas, resultando una base reguladora mensual de 1372,07 euros, y el complemento de gran invalidez de 617,43 €, tal y como propuso la Entidad Gestora.

4.3.- Incapacidad permanente absoluta

4.3.1.- Reconocimiento del derecho

4.3.1.1.- Requisito de alta o asimilación al alta

En la **STS 7-02-2020 (Rc 5023/2018) [ECLI:ES:TS:2022:598]** se cuestiona la aplicación de la doctrina flexibilizadora en relación con el requisito de alta o situación asimilada al alta. La Sala IV desestima el recurso de la actora y resuelve no aplicar la doctrina flexibilizadora porque la situación de desempleo deriva de una baja voluntaria y no se puede considerar a la demandante en situación asimilada al alta, no teniendo ni cotizaciones ni grado suficientes para causar derecho a una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desde una situación de no alta.

4.3.1.2.- Agravación de dolencias previas

Conforme a la **STS 13-10-2021 (Rc 5108/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3859]** procede reconocer en situación de incapacidad permanente absoluta a quien padece una depresión mayor - enfermedad que no aparece en el expediente administrativo, ni en la demanda, y que se alega por primera vez en el acto de juicio, pero que la Sala descarta que estemos ante una vulneración de la congruencia entre la reclamación previa y lo solicitado en el proceso (art. 72 LRJS) o de la prohibición de invocar hechos que no aparezcan en el expediente administrativo (art. 143.4LRJS), y todo ello por tratarse de una agravación de las dolencias previas. Idéntica conclusión se alcanza en **STS 1177/2021, 01-12-2021 (Rc 345/2019)**, respecto de una lesión radicular medular que es evolución de dolencias anteriores.

4.3.1.2.1.- Trabajadores de la ONCE

En la **STS 20-04-2022 (Rc 193/2019) [ECLI:ES:TS:2022:354]** se plantea la cuestión consistente en si resulta acreedora de la pensión de incapacidad permanente absoluta la trabajadora que, antes de empezar a prestar servicios para la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE) tenía una agudeza visual de 0,1 en ambos ojos y, con posterioridad a dicha incorporación, pasa a tener una agudeza visual de 0,047 en el ojo derecho y de 0,000 en el izquierdo.

La Sala IV con sustento en la sentencia del Pleno 806/2020, 25 de septiembre de 2020 (rcud 1098/2018), colige que el concepto de ceguera legal supone «una visión inferior en ambos ojos a 0,1»; «este Tribunal ha considerado que cuando la agudeza visual es inferior a 0,1 en ambos ojos (a 1/10 en la escala de Wecker) en la práctica ello significa una ceguera. A partir de ello, hemos considerado que la persona que la padece requiere la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales en la vida, por lo que debe reconocerse la pensión de gran invalidez.» y reitera doctrina, resolviendo que la trabajadora debe ser declarada afecta de incapacidad permanente absoluta habiéndose aquietado al no reconocimiento de la gran invalidez.

4.3.2.- Prorrata temporis

Falla la **STS 13-07-2021 (Rc 3219/2018) [ECLI:ES:TS: 2021:2929]** que, a efectos de determinar la prorrata temporis de una IPA que corresponde abonar a España, han de tenerse en cuenta los periodos ficticios de cotización y no los realmente cotizados.

4.4.- Responsabilidad de la Mutua

Resuelve la **STS 18-10-2021 (Rc 3208/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3803]**, la cuestión relativa a si cabe cuestionar la responsabilidad en el pago de la prestación por IPA que, en revisión por agravación, derivada de enfermedad profesional le ha sido reconocida al trabajador que hasta entonces venía percibiendo por IPT derivada igualmente de enfermedad profesional y de la que fue declarada responsable la Mutua que se aquietó en vía administrativa a dicha declaración, casando y anulando la sentencia de suplicación, y desestimando la

demanda de la Mutua condenada a abonar la totalidad de la prestación, por entender que conforme a los arts. 80.1, 167.4, 200.2 LGSS, y RD 1300/1995, de 21 de julio, completado por la Orden de 18 de enero de 1996, las Mutuas no pueden impugnar resoluciones administrativas que les declaran responsables del pago de prestaciones, sin haber formulado frente a ellas en tiempo oportuno reclamación previa, porque se trata de un acto firme que no puede ser combatido, y en el presente supuesto se está impugnando en tiempo y forma una resolución administrativa que declara a la Mutua responsable de la IPA, ahora bien, dicha declaración es por revisión del grado de incapacidad permanente inicialmente reconocido, lo que no supone un reconocimiento de un derecho nuevo, por lo que no puede alterarse en una nueva resolución administrativa la responsabilidad en el pago de una prestación de mayor grado.

5.- Lesiones permanentes no invalidantes

5.1.- Responsabilidad

Se debate en la **STS 20-07-2021 (Rc 4540/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3065]** si deben responder la Mutua y el INSS en proporción al tiempo de exposición al riesgo, cuando dicha exposición se produce antes y después del 01-01-2008, del abono de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional por ruido. La sentencia comentada reitera abundante jurisprudencia anterior, en que se determinó que si bien la regla general es que la responsabilidad corresponde a la entidad que tiene asegurada la contingencia en el momento en que se produce el hecho causante, al tratarse de enfermedad profesional, el hecho causante no se produce en un momento en concreto, y como en el caso el trabajador estuvo sometido al riesgo antes del 01-01-2008, momento en que era el INSS el que respondía del aseguramiento, y con posterioridad a dicha fecha, la responsabilidad es compartida en proporción al tiempo de exposición al riesgo.

6.- Asistencia sanitaria

6.1.- Reintegro de gastos a las Mutuas

En la **STS 26-04-2022 (Rc 2040/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1655]** se resuelve la cuestión relativa a si la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social, en este caso, FREMAP, puede resarcirse de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria prestada a un trabajador, que se presentó en la Mutua sin parte de accidente, al que se diagnosticó “cólico nefrítico derecho”, sin que iniciara situación de incapacidad temporal después de la asistencia sanitaria. La Sala aprecia afectación general y remitiéndose a la STS -Pleno- de 20-11-2019, rcud. 3255/18, determina que el SAS debe reintegrar los gastos médicos, derivados de la única visita médica efectuada que no dio lugar a parte de baja, habiéndose acreditado su etiología común.

La misma cuestión se resolvió en la **STS 24-05-2022 (Rc 1138/2019) [ECLI:ES:TS:2022:2123]** en la que, de nuevo, FREMAP, reclamó los gastos

médicos derivados de la asistencia sanitaria prestada a un trabajador, que se presentó en la Mutua sin parte de accidente y al que se diagnosticó "lumbalgia".

6.2.- En supuestos de reagrupación familiar

Se plantea en la **STS 6-04-2022 (Rc 1152/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:1476]** si la parte recurrida en el recurso, ciudadana peruana con autorización de residencia temporal por reagrupación familiar de ciudadana de la Unión Europea, tiene derecho o no a la asistencia sanitaria. La Sala IV resuelve que la concesión de la residencia no supone la existencia automática del derecho de asistencia sanitaria, cuya dinámica está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión relativo a que el reagrupante disponga, entre otros requisitos, de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España. Reitera SSTs de Pleno 13/5/2019 (Rc. 3626/17, 4622/17, 1068/18, y 2022/18) y posteriores (entre otras, STS 19/01/2021 (Rc. 3912/2018), 3.03.2021 (Rc. 1410/2019), 7/04/2021 (Rc. 3066/2018) y 21/09/ 2021 (Rc.3019/2018).

Por su parte la **STS 27-4-2022 (Rc 631/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1815]** estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSS y TGSS y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de diciembre de 2018, recurso número 964/2017 que le reconoció el derecho a la asistencia sanitaria. En la sentencia se debate acerca del derecho a la prestación pública de asistencia sanitaria de una persona de nacionalidad cubana, que ha sido reagrupada por su hija, que ostenta doble nacionalidad cubana y española cuando aquel tiene concedida la "tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión", al amparo de lo previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

La misma cuestión se plantea en la **STS 11-05-2022 (Rc 1075/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:1878]**, y en **STS 11-05-2022 (Rc 873/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1973]**, y en el mismo sentido se dictan las recientes **SSTs 15-06-2022 (Rc 1851/2019) [ECLI:ES:TS:2022:552]** y **21-06-2022 (Rc 2091/2019) [ECLI:ES:TS:2022:563]**.

7.- Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional

7.1.- Efectos vinculantes de sentencia firme en procedimiento de recargo de prestaciones

La **STS 17-05-2022 (Rc 2480/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1896]** resuelve la cuestión relativa a si es ajustada a derecho la sanción administrativa que le ha sido impuesta a la empresa por infracción de la normativa de salud y seguridad laboral, derivada del accidente de trabajo del que trae causa el litigio y, en particular, se pronuncia sobre los efectos vinculantes derivados de una anterior sentencia firme que resuelve sobre la misma cuestión que es objeto de un

posterior proceso judicial, en la medida en que puedan generar efectos positivos de cosa juzgada en el mismo. La Sala concluye que como lo relevante, por tanto, es determinar en qué medida y bajo qué circunstancias lo resuelto en sentencia firme recaída en el proceso de impugnación de la sanción impuesta a la empresa, en lo que respecta a la existencia de la infracción que la motiva, y a los hechos en que se funda esa apreciación, puede proyectarse sobre la decisión que corresponde adoptar en el litigio sobre recargo de prestaciones”, y toda vez que la sentencia recurrida no contiene ninguna motivación de las razones por las que se aparta del criterio fijado en la anterior, procede casar y anular la recurrida porque lo resuelto en la sentencia firme es vinculante en el posterior procedimiento.

7.2.- Indemnización por daños y perjuicios

7.2.1.- Importe de la indemnización

Resuelve la **STS 1052/2021, 26-10-2021 (Rc 3956/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3982]**, la cuestión relativa a si del importe de la indemnización por daños y perjuicios que corresponde por accidente de trabajo, calculada conforme al Baremo para accidentes de circulación, debe descontarse lo abonado en virtud de un Acuerdo colectivo en concepto de indemnización por invalidez, en sentido positivo, sin que pueda acogerse la alegación de la parte de que no pueden descontarse las mejoras voluntarias del importe total de la indemnización por daños y perjuicios, ya que el pago se identifica como lucro cesante, mientras que lo reclamado es por daño moral. No se entra a conocer de la posibilidad de abono de intereses por mora, por cuanto no se aprecia contradicción con la sentencia de contraste.

8.- Jubilación

8.1.- Base reguladora

8.1.1.- Responsabilidad por falta de cotización

En la **STS 31-05-2022 (Rc 1775/2019) [ECLI:ES:TS:2022:21849]** resuelve que no existe responsabilidad del empleador en el pago de las diferencias de la base reguladora por infracotización, en una prestación de jubilación reconocida en un supuesto de pluriempleo, en que una vez cesado éste, ni el trabajador ni la Tesorería General de la Seguridad Social comunican a la empresa la nueva situación, que sigue cotizando en cantidad inferior a la exigible por aplicación del tope de cotización por pluriempleo, ya que la empresa demandada no tuvo conocimiento de tal situación o un ánimo fraudulento o malicioso, y la prolongación de dicha situación en el tiempo dadas las circunstancias concurrentes, lo que disculpa completamente a la empresa de la responsabilidad discutida resultantes, así como que tal responsabilidad ha de asumirla el INSS”.(FJ3).

8.1.1.1.- Sucesión de empresas

La **STS 06-10-2021 (Rc 4736/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3786]**, reitera doctrina vertida en la STS (Pleno) 23-05-2015 (Rc 2057/2014) y otras muchas, consistente en afirmar que responde la empresa sucesora de la pensión de jubilación por infracotización de la anterior empresa cuando el hecho causante (jubilación) se produce con posterioridad a la sucesión, porque la expresión “causadas” del art. 127.2 LGSS no debe interpretarse como prestaciones “reconocidas” con anterioridad a la subrogación, sino “generadas”, ya que es la interpretación más razonable cuando hay que estar a situaciones de enfermedad profesional que son de manifestación tardía, ya que en caso contrario se estaría desprotegiendo al trabajador.

También la **STS 30-03-2022 (Rc 4810/2018) [ECLI:ES:TS:2022:1364]** discute acerca de la responsabilidad empresarial en casos de sucesión de empresa, en particular, sobre la responsabilidad de la entidad empleadora absorbente en el pago de la pensión de jubilación que ha sido causada formalmente con posterioridad a la transmisión, cuando la empresa absorbida incurrió en infracotización.

8.1.2. Régimen Especial del Mar

Argumenta la **STS 20-07-2021 (Rc 4693/2018) [ECLI:ES:TS: 2021:3156]** que no procede incrementar la base reguladora de la pensión de jubilación en el Régimen Especial del Mar, aplicando coeficientes reductores, a quien no se jubila anticipando la jubilación, sino que se jubila a la edad ordinaria. Se aplica jurisprudencia sobre personal de vuelo.

8.2.- Seguro de jubilación

Razona la **STS 06-10-2021 (Rc 4743/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3692]** que la empresa no es responsable del abono de la prima de seguro que garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ERE cuando se acordó que la Junta de Andalucía abonaría la misma, habiendo cumplido la empresa la obligación de abono de una parte de esta, sin que tampoco sea responsable la empresa aseguradora cuando no ha recibido la prima.

8.3.- Compatibilidad

8.3.1.- Situación de segunda actividad sin destino en el cuerpo de Policía Nacional

Ante la cuestión casacional de si es compatible la percepción de la pensión de jubilación reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) con las retribuciones que se perciben en la situación administrativa de segunda actividad sin destino en el Cuerpo Nacional de Policía, **la STS 4-5-2022 (Rc 1741/2019) [ECLI:ES:TS:2022:1847]** resuelve que son incompatibles las retribuciones abonadas durante la situación de segunda actividad con la percepción de la pensión de jubilación del Régimen General.

8.4.- Conforme a Reglamentos Comunitarios

8.4.1.- Base reguladora

Dispone la **STS 06-10-2021 (Rc 806/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3791]** que, a efectos del cálculo de la prorratea que corresponde abonar a España de una pensión de jubilación causada conforme a Reglamentos Comunitarios, deben tenerse en cuenta las cotizaciones ficticias derivadas del adelanto de la edad de jubilación.

8.5.- Jubilación activa

8.5.1.- Cálculo de la pensión

Dispone la **STS 10-11-2021 (Rc 5050/2018) [ECLI:ES:TS:2021:4182]** que la pensión de jubilación activa de trabajador que está exonerado de pago de cuotas por tener cumplidos 65 años y más de 35 años cotizados, debe calcularse conforme al RGSS, es decir, conforme a las bases actualizadas anteriores a la exoneración de cuotas y no conforme a las bases mínimas, sin que sea relevante que esté desarrollando la misma o distinta actividad.

8.5.2.- Autónomo societario

Ante la cuestión de si un autónomo, administrador solidario de una sociedad, tiene derecho a percibir la pensión de jubilación compatible con el trabajo en cuantía del 100%, y en particular, si es posible su percepción cuando la contratación de trabajadores se realiza por la sociedad, o por el contrario sólo procedería cuando el jubilado es persona física, la **STS 23-07-2021 (Rc 1459/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3207]**, tras referir a la Recomendación de la OIT sobre los trabajadores de edad (núm. 162), Recomendación del Consejo 82/857/CEE, Recomendación de 25-01-2011 del Pacto de Toledo, RD Ley 5/2013, de 15 de marzo y art. 214.2 LGSS, recuerda que se exige para el percibo del 100% de la pensión en jubilación actividad, realizar una actividad por cuenta propia y tener contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena. Cuando quien contrata es una sociedad mercantil no se cumple el mismo. A pesar de ello, la Sala 4ª examina si debe realizarse una interpretación del art. 214.2 LGSS, de forma flexible para incluir un supuesto que no está expresamente previsto en ella: el autónomo societario cuya mercantil tiene contratados a uno o varios trabajadores, señalando que la reforma operada por la Ley 6/2017, es favorecer la conservación del nivel de empleo, y en el supuesto de empresario persona física, si se jubila, debe extinguir los contratos de sus trabajadores, por lo que para evitar dicho extremo es por lo que se prevé que puedan jubilarse y percibir la mismo tiempo la pensión de jubilación íntegra, lo que no acontece en el supuesto de empresario persona jurídica, cuya jubilación de sus consejeros o administradores no influyen en nada para los contratos que tienen suscritos. En atención a lo expuesto, no puede reconocerse el derecho al 100% de la pensión de jubilación compatibilizándola con el trabajo por cuenta ajena. A idéntica conclusión se llega en **STS 23-07-2021 (Rc 1515/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3204]**, **STS 23-07-2021 (Rc 1702/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3205]**, **STS**

23-07-2021 (Rc 1328/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3287], STS 21-09-2021 (Rc 1539/2020) [ECLI:ES:TS:2021:3408] STS 842/2021, 23-07-2021 (Rc 2956/2019), STS 843/2021, 23-07-2021 (Rc 4416/2019).

8.5.3.- Comunero

En la **STS -Pleno- 8-02-2022 (Rc 3930/2020) [ECLI:ES:TS:2022:548]** la cuestión suscitada se centra en determinar si el demandante tiene derecho al incremento de su pensión de jubilación activa (hasta llegar al 100%). El trabajador es beneficiario de una pensión de jubilación del RETA y tiene constituida una comunidad de bienes (para explotación de Farmacia) con otra persona, perteneciéndole un porcentaje de la titularidad de dicha Comunidad (70%) por lo que no se cumple la exigencia del artículo 214.2.II LGSS. En el mismo sentido se pronuncia la **STS -Pleno- de 8 de febrero de 2022 (Rc 3087/2020) y (Rc 3087/2020).**

8.6.- Jubilación anticipada

8.6.1.- Reconocimiento del derecho

En la **STS 26-04-2022 (Rc 1469/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:1670]** se discute si existe el derecho a la pensión de jubilación anticipada al amparo del art 161 bis.2 LGSS (procedente de la Ley 27/2011, pero redactado por el art 8 del RDL 5/2013), en particular se discute si procede aplicar el apartado a) o el b) de la DF 12ª de la Ley 27/2011 en la redacción temporalmente operativa al momento de interesarse la jubilación.

La Sala IV fija como doctrina correcta la de la sentencia de contraste. El acceso a la jubilación anticipada para quienes (al entrar en vigor la Ley 27/2011) habían visto suspendida o extinguida su relación laboral como consecuencia de expedientes de regulación de empleo está contemplado en el apartado b) de la referida Disposición Final Duodécima de la Ley 27/2011 (actual apartado 5 de la Disposición Transitoria Cuarta de la LGSS). A tenor de ese precepto, se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a las pensiones de jubilación que causen las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013.

No resulta aplicable, por tanto, la regla del apartado a) de la citada DF Duodécima, conforme a la cual la legislación anterior a la Ley 27/2011 se aplica a las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de

2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

Argumenta la **STS 14-10-2021 (Rc 4088/2018) [ECLI:ES:TS: 2021:3927]** que procede reconocer el derecho a la jubilación anticipada en aplicación del art. 207.1 d) LGSS a quien ve extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de un cierre de empresa de facto (se cerró de repente y los trabajadores no pudieron prestar servicios), por equipararse a los supuestos de extinción del art. 51 y 52 c) ET.

8.6.1.1.- Desde la situación de no alta

La cuestión que se resuelve en la **STS 13-06-2022 (Rc 113/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:542]** consiste en determinar la fecha del hecho causante a los efectos del cumplimiento del periodo de carencia específica de dos años de cotización dentro de los quince años precedentes cuando la edad de 65 años se alcanzó el 13 de julio de 2008 y la pensión se solicitó el 11 de julio de 2017.

Argumenta la sentencia que la pensión se causa cuando el beneficiario reúne los requisitos o condiciones para que le pueda ser reconocido el derecho prestacional. Las situaciones de no alta no alteran el hecho causante que es el momento en el que se reúnen los restantes requisitos, tal y como se obtiene del art. 161.3 de la LGSS 1994. A partir de ello, el derecho resulta imprescriptible y, por ende, puede ser solicitado en cualquier momento, sin perjuicio de que los efectos económicos puedan verse modificados o alterados consecuencia de una solicitud tardía, que se verán reducidos a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente. Esto es, la pensión causada y los efectos del reconocimiento de esta no tienen por qué coincidir. Dicho de otra forma, el derecho puede reclamarse en cualquier momento desde el instante en que se reúnen las condiciones de acceso a la pensión, momento en que se produce el hecho causante y, por ende, el derecho debe ser reconocido si así resulta acreditado, sin perjuicio de que los efectos económicos sean obtenidos en atención a la fecha de la solicitud.

8.6.1.2.- Desde la extinción del contrato de trabajo por impago de salarios instada por el trabajador

La **STS 22-06-2022 (Rc 1073/2020) [ECLI:ES:TS: 2022:586]** resuelve la cuestión relativa a si los supuestos de cese, previstos en el art. 207 LGSS, para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, constituyen un “numerus clausus” o, por el contrario, puede asimilarse a los mismos la extinción del contrato por impago de salarios, promovida por el trabajador, quien fue despedido colectivamente después de la sentencia que declaró la extinción justificada de su contrato de trabajo, sin que el trabajador impugnara dicha decisión empresarial, ni reclamara tampoco la indemnización por despido, aunque cobró del FOGASA la indemnización causada por la extinción de su contrato previa.

Razona la sentencia que el legislador ha anudado los supuestos de cese por causa no imputable a los trabajadores, a situaciones propias de la reestructuración empresarial, no incluyendo otros supuestos de extinción por causa no imputable al trabajador, como sucede con la extinción justificada de su contrato por impago del salario, regulado en el art. 50.1.b ET. La sentencia reitera doctrina de la Sala IV vertida en STS de 10 de febrero de 2021, Rc. 3370/18.

8.6.2.- Derecho al percibo de cantidades económicas hasta la edad de 65 años. Trabajador de BBVA.

En la **STS 9-03-2022 (Rc 1654/2020) [ECLI:ES:TS: 2022:1009]** se plantea la cuestión de si el derecho del trabajador a percibir unas determinadas cantidades económicas hasta la edad de 65 años, incluido en el acuerdo de suspensión del contrato de trabajo adoptado con la entidad ahora recurrente en casación unificadora BBVA, se mantiene aun cuando el empleado pase a la situación de jubilación anticipada, percibiendo la correspondiente pensión de jubilación y el contrato de trabajo se extinga. No es razonable interpretar que, a pesar de la extinción del contrato de trabajo y de la percepción por el trabajador de la pensión de jubilación de la Seguridad Social, la empresa deba seguir abonando las cantidades acordadas al trabajador para el supuesto de suspensión (no de extinción) del contrato de trabajo, periodo durante el que el trabajador no percibía pensión alguna. Se estima RCU de la empresa BBVA.

8.6.3.- Excepción a la falta de inscripción como demandante de empleo, conforme al art. 161.bis dos de la LGSS en la redacción anterior a la Ley 27/2011.

En la **STS 13-06-2022 (Rc 394/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:541]** con fundamento en su sentencia de 10 de marzo de 2021 (rcud. 307/2019) en la que tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso idéntico, resuelve que concurre la inexigibilidad preceptuada en el art. 161.bis.2 LGSS en la redacción vigente, establecida para aquellas situaciones en las que, al igual que en el presente, el empleador, por mor de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, hubiere abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiese correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiese podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

8.7.- Jubilación parcial

Razona la **STS 08-07-2021 (Rc 40/2020) [ECLI:ES:TS: 2021:3000]** que no se vulnera la DT 4ª 6 a) LGSS, cuando se niega el derecho a la jubilación parcial de trabajadores de las empresas del grupo Airbus, que no realizan funciones que exijan alto esfuerzo físico o grado de atención, reconociéndose el derecho sólo a los del grupo 3, pero no a los de los grupos 4,5 y 6.

8.8.- Jubilación forzosa

En la **STS 13-06-2022 (Rc 1518/2021) [ECLI:ES:TS: 2022:540]** se plantea la cuestión casacional de si la jubilación forzosa del demandante, que se ha adoptado conforme a las condiciones impuestas por el Convenio Colectivo de Bolsas y Mercados Españoles, cumple con las exigencias de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el RDL 28/2018 y, de no ser así, si el despido debería calificarse de nulo. La Sala IV resuelve que la decisión extintiva fue ajustada a derecho y casa y anula la sentencia recurrida.

9.- Viudedad

9.1.- Separación o divorcio

9.1.1.- Derecho a acrecer la pensión de viudedad

En la **STS de 9-02-2022 (Rc 4823/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:544]** se plantea la cuestión de si, producido el fallecimiento de la primera cónyuge del causante, la cónyuge superviviente tiene derecho o no a acrecentar su pensión de viudedad. La Sala IV, remitiéndose a lo ya resuelto en su STS 9 de junio de 2021, rcud. 3901/18 responde en sentido afirmativo de modo que, tras extinguirse el derecho a percibir pensión de viudedad por parte de la primera esposa del causante, la viuda superviviente tiene derecho a percibir íntegramente la pensión de viudedad.

9.1.2.- Viuda sin pensión compensatoria. Convenio regulador suscrito con anterioridad al 1/1/2008. Sentencia de divorcio posterior a dicha fecha.

En la **STS 15-06-2022 (Rc 671/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:548]** se afirma que la actora tiene derecho a la pensión de viudedad teniendo en cuenta que, aunque no percibía pensión compensatoria, el convenio regulador suscrito es anterior a enero de 2008 , aunque la sentencia judicial de divorcio recaiga con posterioridad a dicha fecha.

9.1.3.- Víctima de violencia de género

La cuestión que se plantea en la **STS 15-06-2022 (Rc 925/2019) [ECLI:ES:TS: 2022:549]** consiste en determinar si la actora -parte recurrida en el actual recurso- tiene derecho a percibir pensión de viudedad por ser víctima de violencia de género, condición que fue alegada una vez que se modificó en este sentido la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), cuando con anterioridad a esa modificación se le había denegado dicha pensión.

La Sala IV considera que los fundamentos de la solicitud de la primera y de la segunda pensión de viudedad fueron bien distintos, toda vez que solo en la segunda solicitud se adujo la condición de víctima de violencia de género, que

no se pudo tener en consideración en el expediente administrativo de la primera solicitud porque la legislación vigente no la contemplaba.

En este contexto, argumenta la sala, no puede operar la excepción de «cosa juzgada material», pues, no hay identidad de objeto entre el primer proceso y el segundo. El art. 400.2 LEC establece que, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior «si hubiesen podido alegarse en éste». Pero en este caso no es así, porque -en los términos de la sentencia recurrida, en base a los artículos 72 y 143.4 LRJS- la impugnación judicial de la primera denegación de la pensión de viudedad quedó acotada a lo actuado en el expediente administrativo y a las cuestiones jurídicas en él planteadas siendo, al menos razonable, que la condición de víctima de violencia de género, contemplada posteriormente por la legislación aplicable, fundara una nueva solicitud y un nuevo expediente administrativo en el que esa fuera precisamente la cuestión a resolver..

10.- Maternidad

10.1.- Complemento por la aportación demográfica ex. Art. 60 LGSS.

10.1.1.- Fecha de efectos de reconocimiento al progenitor (hombre)

10.1.1.1.- Efectos retroactivos de tres meses a contar desde la solicitud revisora

La **STS -Pleno- 17-02-2022 (Rc 2872/2021) [ECLI:ES:TS:2022:160]** en sentido coincidente con el **Rc 3379/2021 [ECLI:ES:TS:2022:163]**, deliberado por el Pleno de la Sala IV en la misma fecha resuelve la cuestión planteada por el INSS consiste en determinar la fecha de efectos del reconocimiento del complemento de pensión por hijos a un varón tras la sentencia del TJUE que declaró que la norma por la que se reconocía sólo a las mujeres (artículo 60 LGSS, en su redacción original) se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, por constituir una discriminación por razón de sexo. Argumenta esta Sala IV que los efectos de las sentencias del TJUE se retrotraen, como regla general, a la fecha de entrada en vigor de la disposición que interpretan y producen efectos "ex tunc", lo que implica que resultan de aplicación a supuestos nacidos antes de que se haya dictado, siempre dejando a salvo los casos en los que el propio Tribunal, de forma excepcional, limite sus efectos a los hechos producidos con posterioridad a ser dictada. Ahora bien, teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos, concurren diversos condicionantes que vedan esa proyección de los efectos económicos, ya que la sentencia de suplicación fijó los efectos económicos con una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud revisora y el pensionista no recurrió ni en suplicación ni en casación unificadora, lo que condiciona irremediabilmente los términos de enjuiciamiento, ya que la

decisión nunca podrá situarse en un punto temporal anterior al declarado en fase de suplicación por haber devenido firme.

10.1.1.2.- Efectos desde la fecha del hecho causante

El debate casacional planteado en la **STS Pleno 30-05-2022 (Rc 3192/2021) [ECLI:ES:TS: 2022:9030A]** radica en determinar la fecha de efectos del reconocimiento a un varón del complemento de pensión por maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social.

En este litigio se discute cuál tiene que ser la fecha de efectos del citado complemento entre las siguientes: a) La fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18 (el 17 de febrero de 2020). b) Tres meses antes de la solicitud del complemento de maternidad. c) Desde la fecha de jubilación del actor.

El demandante es beneficiario de la pensión de jubilación con efectos del 9 de junio de 2017. Es padre de dos hijos. En fecha 27 de julio de 2020 solicitó el complemento de maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social. El INSS lo denegó. El juzgado de lo social reconoció su derecho a percibir el complemento, limitando los efectos a tres meses antes de solicitarlo.

El actor recurrió en suplicación y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 22 de julio de 2021, recurso 240/2021, fijó como fecha de efectos del complemento de maternidad, la de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación.

El INSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina con dos motivos: a) En el primero denuncia la infracción del art. 53.1 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), solicitando que los efectos se retrotraigan tres meses antes de la solicitud del complemento. b) En el segundo alega que se ha vulnerado el art. 32.6 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, postulando que se declare que la fecha de efectos debe fijarse en la publicación en el DOUE de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019.

La Sala IV desestima ambos motivos. Argumenta que la controversia litigiosa se abordó en las recientes sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos), recursos 2872/2021 y 3379/2021. Ambas resoluciones examinaron recursos en los que se debatía si la fecha de efectos del complemento de maternidad por la aportación demográfica debía fijarse el día de publicación en el DOUE de la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019; o bien tres meses antes de la solicitud del complemento.

Las citadas sentencias del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 17 de febrero de 2022 (dos), recursos 2872/2021 y 3379/2021, argumentaron que «*El contenido del precepto del RD Ley 8/15, que excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento, objeto de consideración por el*

TJUE, se ha declarado constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19.12.1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que estableció que ese principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros de que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

De manera consecuente, la exégesis de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva. La norma que ha sido interpretada podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

La referida interpretación conduciría, correlativamente, a ubicar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc*-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre, naturalmente, que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 LGSS, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichas exigencias se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres.

Por consiguiente, en las citadas sentencias del TS de fecha 17 de febrero de 2022 se argumentaba que la fecha de efectos del complemento de maternidad debía fijarse en el momento del «*acaecimiento del hecho causante efectos ex tunc*—» porque la sentencia del TJUE no había establecido ninguna limitación temporal (FJ3º).

Sin embargo, en dichos litigios, las sentencias recurridas habían fijado los efectos del complemento de maternidad con una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud revisora. Y solamente había recurrido en casación unificadora el INSS, lo que impedía reconocer los efectos retro trayéndolos a un punto temporal anterior al declarado en fase de suplicación.

Es por ello por lo que la Sala IV resuelve reconocer los efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS.

11.- Prestación de riesgo durante el embarazo

11.1.- Reta

11.1.1.- Fraude por cambio de bases de cotización en el periodo inmediatamente anterior al hecho causante

La **STS 31-05-2022 (RC 290/2019) [ECLI:ES:TS:2022:2278]** establece que, ante el incremento fraudulento de las bases de cotización en el RETA por riesgo durante el embarazo y maternidad, procede la extinción de las prestaciones y la devolución de las cantidades percibidas.

12.- Prestación por cuidado de menor afectado por enfermedad grave

Falla la **STS 20-07-2021 (Rc 4710/2018) [ECLI:ES:TS: 2021:3148]** que no procede reconocer la prestación por cuidado de menor afectado por enfermedad grave a quien teniendo la guardia y custodia de la menor se separa del padre que no ejerce actividad productiva.

13.- Infracciones y sanciones administrativas

13.1.- Ejercicio de actividades propias de vigilancia de la salud sin autorización administrativa

La **STS 15-09-2021 (Rc 2217/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3395]** confirma la sanción impuesta a la empresa que realiza actividades propias de vigilancia de la salud de los trabajadores sin autorización administrativa como servicio de prevención ajeno, por suponer una infracción muy grave del art. 13.11 LISOS.

14. Entidades Gestoras

14.1 -Revisión de actos declarativos de derechos

La **STS 29-09-2021 (Rc 1087/2018) [ECLI:ES:TS:2021:3654]**, reitera **STS 61/2021, 19-01-2021 (Rc 4637/2018)** y resuelve que el dies a quo del cómputo del plazo de 4 años prescripción para reclamar por las Entidades Gestoras prestaciones indebidamente percibidas (acción del art. 146.1 LRJS), debe fijarse en el momento en que se dicta la resolución en que se reconoce el derecho a la prestación (en el caso, el incremento indebido de la pensión de viudedad).

15.-Perspectiva de Género.

En materia de Seguridad Social también se ha dictado alguna sentencia en la que la Sala Cuarta ha acudido a este método interpretativo. La más reseñable aparece ya ubicada en el epígrafe correspondiente a la cuestión de fondo debatida , pero merece destacarse aquí : la **STS 23-6- 22 - Rc 646/21 [ECLI:ES:TS:2022:2549]** relativa al subsidio por desempleo para mayores de 55 años, en la que se resuelve que los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de la

pensión de jubilación (quince años en total: art. 205.1.b LGSS) cuanto del propio subsidio (seis años por desempleo: art. 274.4 LGSS).

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

También ha sido rico el abordaje por la Sala Cuarta de las cuestiones procesales en el año 2021/2022. Los temas competenciales han ocupado un notable número de sentencias que han vuelto a deslindar el terreno de la jurisdicción social y la civil, así como el de aquella y la contencioso-administrativa, pero también las fronteras internacionales de nuestra jurisdicción.

Respecto de la jurisdicción civil, la laboralidad o no de la prestación de servicios; o si competen al juez de lo mercantil o social las reclamaciones formuladas en torno a un procedimiento concursal, han ocupado no pocas sentencias, entre las que han de subrayarse las que se ocupan de fijar la competencia en relación con la determinación temporal del proceso concursal, o con la pretensión deducida y los demandados.

Las fronteras con la jurisdicción contencioso-administrativa han vuelto a trazarse en la materia relativa a la prevención de riesgos, y también, entre otras, en la impugnación de decisiones que afectan al conjunto del personal que presta servicios en la administración pública o en torno a las razones que subyacen en la impugnación de ciertas resoluciones administrativas.

Así mismo la Sala Cuarta ha tenido la ocasión de fijar la competencia objetiva de los juzgados de lo social, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional en función del ámbito del conflicto, así como la competencia territorial. Y no han faltado recursos que han implicado pronunciamientos sobre la competencia internacional, diferenciando los supuestos en los que se aplica el Reglamento 1215/2012 y las normas que determinan la competencia cuando éste no es aplicable. Dentro de este ámbito tenemos, de nuevo, pronunciamientos sobre situaciones en las que se debate la inmunidad de jurisdicción.

Abundan otro año más las cuestiones atinentes a la demanda y su modificación sustancial y a los actos del juicio, que abarcan aspectos como la citación a juicio y la prueba, en la que han tenido especial protagonismo las sentencias que reconocen la legalidad de la prueba de videograbación obtenida sin la información a la persona trabajadora sobre la finalidad disciplinaria que podían tener las imágenes obtenidas. Del mismo modo, la carga de la prueba ha sido un tema especialmente relevante en lo que toca, entre otras, a las orillas de la sucesión de contratadas y la de empresas.

Los defectos de incongruencia de las sentencias han sido nuevamente objeto de cuantiosas sentencias, y en menor medida, pero también, del efecto de cosa juzgada y la litispendencia.

Las particularidades de las diversas modalidades procesales igualmente han ocupado a la Sala Cuarta, que ha resuelto entre otras variadas cuestiones, el

agotamiento de la vía previa, la adecuación del procedimiento o la legitimación. En las reclamaciones individuales derivadas de despidos colectivos cobra especial importancia la incidencia de las SSTC 140/2021 y 72/2022. Y pueden subrayarse también las sentencias dictadas en el marco del proceso de impugnación de los estatutos de sindicatos y la impugnación de convenios colectivos por lesividad.

Como no podía ser de otra forma, los recursos extraordinarios del orden social han protagonizado interesantes resoluciones sobre los defectos en los que incurren los escritos de preparación, en su caso, interposición e impugnación, o sobre las sentencias o autos recurribles. En el caso de la casación unificadora también se ha abordado otras condiciones de este especial recurso como la idoneidad de la sentencia de contraste o la inhabilidad como referenciales de algunas sentencias de la Sala Cuarta y, por supuesto, el requisito de la contradicción, principalmente respecto los supuestos en los que ésta no se exige y la contradicción a fortiori.

En los aspectos comunes de los recursos, junto a la legitimación para recurrir, vuelve a tener especial relevancia el cómputo de los plazos vinculado al sistema LexNet y la pandemia COVID; la revisión de los hechos probados, y su diferente consideración en casación unificadora, con un relevante pronunciamiento sobre la habilidad de una prueba para fundamentar la modificación fáctica en suplicación; la imposibilidad de invocar cuestiones nuevas en los recursos y también todos los pronunciamientos accesorios del fallo relativos al depósito, consignación y las costas.

Se recogen del mismo modo algunos ejemplos de sentencias dictadas en los procesos de revisión de sentencias firmes y error judicial que ha perfilado los requisitos relativos al agotamiento de los recursos previos.

Finalmente, la crónica se hace eco de algunos pronunciamientos relativos a la ejecución de sentencias en los que destacan aquellos en que se plantea la reclamación de los intereses procesales.

1. Competencia de la jurisdicción social

1.1. Competencia material

La Sala Cuarta traza también en el período 2021-2022 las fronteras de la jurisdicción social con la civil (y mercantil) y con la contenciosa.

Las zonas grises entre la jurisdicción social y la civil se han puesto de manifiesto en lo que es el objeto por antonomasia de la rama social del derecho: el contrato de trabajo y en diversas sentencias, que reiteran doctrina, se pronuncia sobre la laboralidad de la relación jurídica cuestionada. Insiste, así, el carácter laboral de la prestación de servicios de diversos profesionales técnicos municipales en ayuntamientos al amparo de un Convenio entre la Diputación Provincial de Valencia y varios Colegios Profesionales **[STS 10/11/2021, R. 175/19, (ECLI:ES:TS:2021:4175); STS 27/04/2022, R. 824/19, (ECLI:ES:TS:2022:1846) y STS 10/05/2022, R. 166/19, CECLI:ES:TS:2022:1819]**.

Lo mismo sucede con la **STS 27/04/2022, R. 1065/20 (ECLI:ES:TS:2022:1725)**, en la que se declara que en los servicios prestados por una pedagoga en el gabinete psicopedagógico de los centros escolares de la localidad de Guadarrama, concurren las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, en tanto que la actora desarrolla su actividad en centros de trabajo del Ayuntamiento, está sujeta a un horario que no elige, recibe instrucciones de los Colegios Públicos dependientes del Ayuntamiento, y atiende a los niños que éstos deciden; el material utilizado es proporcionado por los Colegios o por el Gabinete, y percibe una remuneración mensual fija, teniendo que presentar una memoria anual al Ayuntamiento, sin que tenga la trabajadora capacidad alguna para decidir sobre los horarios, los niños que ha de atender, utilizando siempre las dependencias del Ayuntamiento o de los Colegios y con el material que éstos le proporcionan.

Muy distinto es el caso de la **STS 09/03/2022, R. 742/19, (ECLI:ES:TS:2022:1005)**, en la que la Sala confirma la no laboralidad de la relación por existir una integración orgánica del actor en el campo de la administración social, ya que el demandante desempeña de modo simultáneo las funciones propias de administración y gerencia de la empresa pues, amén de ser miembro del consejo de administración y ostentar los más amplios poderes de representación de aquella, es titular de un porcentaje del capital social, 18%; no costa el desempeño de otros trabajos, comunes u ordinarios, para la sociedad y en la TGSS figura como autónomo.

Significativa es la **STS 19/10/2021, R. 2679/18, (ECLI:ES:TS:2021:3860)**, en la que, aunque la Sala Cuarta confirma la competencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación del pacto de no competencia entre el actor y la empresa incluido en un contrato de compraventa de acciones, y de la reclamación de daños y perjuicios, entiende que concurre la excepción de cosa juzgada derivada de la sentencia firme de la Sala Civil y Penal que confirmó el laudo arbitral que declaraba la validez del pacto y condenaba al actor a abonar una cantidad en concepto de penalización por incumplimiento del mismo.

En relación con las competencias del juez del concurso, la **STS 13/01/2022, R. 4804/18 (ECLI:ES:TS:2022:234)** reitera doctrina cuando distingue entre la competencia de la jurisdicción social para conocer sobre reclamaciones de cantidad, ya sean salariales o indemnizatorias, cuando la causa de pedir se base en la concurrencia de grupo de empresas a efectos laborales entre la empresa concursada y otras empresas que no están en dicha situación, y la competencia del juzgado de lo mercantil para resolver la impugnación individual de los despidos, cuya extinción colectiva autorizó; lo que lleva a la sala a estimar la competencia respecto de la reclamación de cantidad, pero no la acción por despido que es competencia del juzgado mercantil. Insiste en la competencia del juez del concurso en las impugnaciones individuales del despido en las circunstancias señaladas, aunque se alegue la existencia de grupo de empresas a efectos laborales, la **STS 16/03/2022, R. 3376/20 (ECLI:ES:TS:2022:1120)**.

Reitera doctrina también la **STS 10/02/2022, R. 4403/18 (ECLI:ES:TS:2022:574)**, que confirma que la competencia del juez del concurso

se ciñe al período en el que el concurso está vivo y por ello es competente la jurisdicción social para conocer de la ejecución de créditos del FOGASA y de los trabajadores una vez aprobado el convenio concursal, de acuerdo con el artículo 133.2 de la Ley 22/2003, aplicable por razones temporales. Desde el momento de la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio y hasta la declaración de cumplimiento de dicho convenio, o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor, porque cesan los efectos del concurso. Por similares razones, pero porque se trata de una reclamación de salarios anteriores a la declaración del concurso, que no constan reconocidos en la lista de acreedores, la **STS 27/04/2022, R. 4160/19 (ECLI:ES:TS:2022:1814)**, entiende que la competencia es del juzgado de lo social. Competencia que concurre también respecto de la demanda en que los trabajadores reclaman al Fondo el pago de lo percibido de la administración concursal que abonó al mismo parte de las cantidades adeudadas a su plantilla por la empresa liquidada [**STS 31/05/2022, R. 2572/20 FOGASA. (ECLI:ES:TS:2022:2124)**].

En lo que respecta a las lindes con la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sala Cuarta reitera con la **STS 18/05/2022, R. 624/19, (ECLI:ES:TS:2022:2209)**, que la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda interpuesta por personal estatutario por acoso laboral derivado de incumplimientos de la entidad empleadora en materia de prevención de riesgos laborales. La invocación de la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales conduce, a la vista de la exposición de motivos de la LRJS y, especialmente, de su artículo 2 e), a declarar la competencia de la jurisdicción social. También es esta materia la que determina la competencia de la jurisdicción social en la **STS 26/10/2021, R. 66/21 (ECLI:ES:TS:2021:4018)**.

Lógicamente, de acuerdo con el mismo artículo y como reiteran así mismo las **SSTS de 19/07/2021, R. 2282/20, (ECLI:ES:TS:2021:3203) y 10/11/2021 R. 2061/19, (ECLI:ES:TS:2021:4190)**, la competencia del orden social se extiende al conocimiento de reclamaciones de daños y perjuicios derivados de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales planteadas por funcionarios de carrera, en estos casos por funcionarias, ante la falta de adopción de medidas de prevención frente al acoso laboral. La indemnización no tiene el carácter de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada en el artículo 2 a) LRJAPPAC, sino de reparación del daño causado por incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva.

Más allá de la materia preventiva, será también la jurisdicción social, como es jurisprudencia ya consolidada, ante la que deba interponerse la reclamación sobre la preferencia del trabajador para ser contratado por tener un mejor puesto en la bolsa de trabajo que aquél que fue seleccionado [**STS 23/11/2021, R. 83/19 (ECLI:ES:TS:2021:4518)**], porque la LRJS establece, como regla general, que la impugnación de los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral, sindical y de Seguridad Social es competencia del orden social, según se deduce del art. 2.n) y s) en relación con el art. 3.a) de la LRJS, lo que supone la atracción de competencias de estas cuestiones hacia el orden social.

Y las **SSTS 19/04/2022, R. 3595/19 (ECLI:ES:TS:2022:1600)** y **26/04/2022, R. 4923/19, (ECLI:ES:TS:2022:1672)**, confirman la competencia del orden social porque el objeto de la pretensión es la impugnación del despido individual llevado a cabo por la empresa en ejecución de una resolución administrativa complementaria de un ERE aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS y del RDL 3/2012, de 10 de febrero. No se impugna la mencionada resolución administrativa complementaria, sino el despido que trae causa en ella.

Del mismo modo, este orden resolverá la demanda de un sindicato frente a la pasividad de la Autoridad Laboral, que no atiende su solicitud de recibir la información referente a los ERTES-COVID resueltos por la misma. La información solicitada concierne a datos relativos a las empresas que han solicitado los expedientes referidos (su CIF, provincias de afectación, periodo temporal de duración del ERTE, sector productivo) y a las personas afectadas. La Sala Cuarta recuerda la doctrina constitucional conforme a la cual los sindicatos pueden ejercer todas aquellas actividades encaminadas a cumplir las funciones que la Constitución y el Ordenamiento Jurídico les atribuye. El litigio afecta la rama social (art. 9.5 LOPJ), pues está en juego el alcance que posea la libertad sindical (arts. 28 CE y 13 LOLS) y sus límites, pues no se dilucida el derecho a obtener la información con arreglo a la legislación sobre Transparencia (Ley 19/2013; Ley autonómica 1/2014), sino determinar si la tutela de la libertad sindical alcanza a la reclamación frente a esta actuación de la Junta de Andalucía como Autoridad Laboral (art. 2.n LRJS). En favor de esa solución, desde luego, opera, señala la resolución, la doctrina constitucional sobre contenido esencial de la libertad sindical (STC 37/1983) y las pautas hermenéuticas facilitadas por el legislador procesal (Exposición de Motivos de la LRJS) [**STS 27/01/2022, R. 78/20 (ECLI:ES:TS:2022:299)**].

Sin embargo, otras reclamaciones sindicales no pueden ser acogidas por el orden social, como cuando se interpone demanda de conflicto colectivo contra las resoluciones gubernativas que fijan servicios mínimos en una huelga, cuando la controversia versa sobre la legalidad de dichas resoluciones y no sobre el ejercicio del derecho de huelga del sindicato. Así concluye la **STS 04/11/2021, R. 129/21 (ECLI:ES:TS:2021:4081)**, porque el sindicato actuante había impugnado los servicios mínimos que habían sido anulados por la jurisdicción contenciosa y paralelamente demandan a la Junta de Andalucía en el orden social mediante demanda de conflicto colectivo por vulneración del derecho de huelga de las resoluciones gubernativas por imponer servicios mínimos que ya habían sido anulados en convocatorias precedentes, pero del suplico de la demanda se deduce que postula la nulidad de las resoluciones que establecieron los servicios mínimos de la huelga, lo que corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo mismo sucede cuando la reclamación sindical a la Administración autonómica versa sobre determinadas conductas que se habrían cometido en las Mesas de Negociación colectiva constituidas en el seno de dicha Administración, en la medida en que afectaban al personal laboral y personal funcionario o estatutario, lo que supone que no es competente el orden social de

acuerdo con los arts. 2 f), y 3 c) LRJS [**STS 11/05/2022, R. 270/21 (ECLI:ES:TS:2022:1875)**].

Por analogía con lo dispuesto en los anteriores preceptos, la **STS 11/05/2022, R. 37/21 (ECLI:ES:TS:2022:1895)** confirma que la impugnación, mediante conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo, de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco consistentes en cambiar las jornadas de trabajo, los horarios, los calendarios laborales y los permisos recuperados de su plantilla de forma unilateral, y que afectan tanto al personal laboral como funcional, debe plantearse frente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otro tanto puede decirse frente a las Medidas Cautelarísimas Inaudita Parte y a la demanda formuladas por la Asociación Independiente de Fiscales (APIF), que impugna un acto administrativo en materia de vacaciones que afecta a los 108 Fiscales de la 58ª Promoción. La **STS 06/04/2022, R. 2/21 (ECLI:ES:TS:2022:1473)**, aclara que el derecho a las vacaciones no forma parte del régimen legal en materia de prevención de riesgos laborales, sobre el que ex art. 2 e) LRJS sería competente la jurisdicción social, sino del Estatuto profesional de los miembros de la Carrera Fiscal regulado por el derecho administrativo. Los arts. 9.4 LOPJ y 1.1 LJCA atribuyen a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la pretensión.

Finalmente, las **SSTS 26/01/2022, R. 2346/19 (ECLI:ES:TS:2022:416)** y **22/03/2022, R. 1275/20 (ECLI:ES:TS:2022:1221)**, confirman la incompetencia del orden social para enjuiciar la revocación de los nombramientos de personal funcionario eventual pues, de acuerdo las Salas Tercera y Cuarta, el examen de estos litigios corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción. Rechaza igualmente la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art. 16.2 de la Ley 6/85 de ordenación de la función pública de Andalucía pues, no solo, de acuerdo con la doctrina constitucional, la facultad para el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa del órgano judicial, no un derecho de las partes, sino que es requisito previo que el Tribunal sea competente para conocer de la pretensión, lo que no sucede en el supuesto de autos.

1.2. Competencia objetiva

La competencia objetiva se aborda en relación con los despidos colectivos y la competencia de los juzgados de lo social y los TSJ en las **SSTS -Pleno- 29/09/2021, R. 80/21 (ECLI:ES:TS:2021:3653)** y **21/10/2021, R. 158/21 (ECLI:ES:TS:2021:4017)**, en las que se concluye, reiterando doctrina, que el TSJ no es el competente para abordar la impugnación porque no se trata de despidos colectivos. Así, en el primer caso, la Sala Cuarta insiste en que cuando, para comprobar el umbral numérico que determina el carácter colectivo del despido, es preciso individualizar cada contrato para examinar el fraude, la Sala de lo Social del TSJ carece de competencia al no ser materia del proceso de despido colectivo sino competencia del juez social en los procesos individuales. Y la misma solución se adopta cuando, como sucede en el segundo caso, no se

alcanza el elemento cuantitativo para tal calificación, apreciación que la Sala Cuarta realiza de oficio.

La distribución de competencias entre los TSJ y la AN, se aborda en un conflicto colectivo por la **STS 09/12/2021, R. 186/21 (ECLI:ES:TS:2021:4705)**. La demanda circunscribe el ámbito del conflicto a dos centros de trabajo radicados en Madrid, pero la empresa tiene centros de trabajo en diferentes comunidades autónomas y la controversia afecta a trabajadores de centros de trabajo de la empresa radicados en diferentes comunidades autónomas; por lo que no es admisible que se reduzca artificialmente el ámbito del conflicto colectivo cuyo conocimiento corresponde a la AN.

Las **SSTS 19/04/2022, R. 3595/19 (ECLI:ES:TS:2022:1600)** y **26/04/2022, R. 4923/19, (ECLI:ES:TS:2022:1672)** señalan que la competencia para conocer de la impugnación de despido individual autorizado tras resolución complementaria de un Expediente de Regulación de Empleo dictada tras la entrada en vigor de la LRJS es del Juzgado de lo Social.

Por su parte, las **SSTS 06/10/2021, R.108/21(ECLI:ES:TS:2021:3715); R. 120/2021, (ECLI:ES:TS:2021:3811); R.123/2021, (ECLI:ES:TS:2021:3748); R. 132/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3812); 07/10/2021, R. 126/2021, (ECLI:ES:TS:2021:3810); R. 135/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3809.) y 04/11/2021, R. 109/2021, (ECLI:ES:TS:2021:4097)** dirimen la competencia para conocer de las diversas demandas de tutela de derechos fundamentales, promovidas por C.N.T. ante la AN y frente a las que esta se ha abstenido en favor de los juzgados de lo social. Las mencionadas demandas, aunque tienen como punto de partida la desfederación de los sindicatos de distintas ciudades, ponen el acento en que dichos sindicatos, una vez "desfederados", han promovido con otros una confederación de ámbito estatal, cuyas siglas corresponden a la denominación histórica de C.N.T. El ámbito del conflicto no queda limitado, por tanto, a las diversas ciudades, sino que tiene dimensión estatal, lo que comporta que su conocimiento corresponda a la Sala de lo Social de la AN.

1.3. Competencia funcional (remisión)

Véase la relación de sentencias referidas en el apartado dedicado al recurso de suplicación y en el recurso de casación para la unificación de doctrina.

1.4. Competencia territorial

La **STS 10/11/2021, R. 2318/20 (ECLI:ES:TS:2021:4203)** reitera que en los recursos de casación para la unificación de doctrina en los que se alega la falta de competencia territorial, como sucede con las cuestiones relativas a la falta de competencia internacional y funcional, no es exigible el presupuesto de la contradicción, sino que la Sala puede pronunciarse sobre ellas de oficio. Sostiene que el examen de las reglas de competencia territorial de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales Superiores de Justicia de los arts. 10 y 11 LRJS revela que dicha competencia se determina sobre la base de vínculos, como el domicilio del demandado o el lugar de prestación de servicios, que son

semejantes a los vínculos establecidos para determinar la competencia internacional en los arts. 20 a 23 del Reglamento 1215/2012, y en el art. 25 LOPJ. La ratio decidendi tiene elementos de semejanza. Asimismo, continua, el examen de la competencia territorial es claramente diferenciable del examen del fondo del asunto, lo mismo que sucede con la competencia internacional. En consecuencia, concluye que, como la competencia territorial afecta al orden público procesal, debe examinarse de oficio tanto en la instancia como en suplicación, lo que excluye que pueda dejarse imprejuizado un motivo suplicacional relativo a la falta de competencia territorial por haber sido alegado por primera vez en dicho recurso devolutivo. La prohibición de examinar cuestiones nuevas en suplicación no puede alcanzar a aquellas que deben examinarse de oficio por el tribunal.

1.5. Competencia internacional. Inmunidad de Jurisdicción.

La competencia de los tribunales españoles se ha abordado por la Sala Cuarta en tres sentencias en las que, por diversas razones, se declara la competencia de los mismos para conocer del despido de los actores.

Así, la **STS 14/09/2021, R. 3117/18 (ECLI:ES:TS:2021:3412)** ampara su decisión en que contrato laboral se suscribió en territorio español, lo que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 25.1 LOPJ atribuye la competencia para conocer del despido a los tribunales españoles. Entiende que el *Foreign Assignment Agreement* suscrito por el actor el 21-1-2011 en Palma de Mallorca es un contrato de trabajo sujeto a condición: la obtención de la autorización legal para trabajar en Singapur. No hay un tratado internacional regulador de la materia y no resulta aplicable el Reglamento 1215/2012, pues el actor no ha prestado nunca servicios en España ni para las empresas del grupo que defiende existente que se encuentran domiciliadas en España. Tampoco se ha acreditado que el verdadero empresario fuera el grupo mercantil y en el momento del despido, el verdadero empleador era la mercantil Pacific World Singapore PTE LTD, quien tiene oficinas en Singapur, desde donde sus empleados realizan sus funciones y no consta que dicha mercantil posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea. La misma doctrina, aplicación del art. 25.1 LOPJ y no del Reglamento 1215/2012 sustenta el pronunciamiento de la **STS 22/03/2022, R. 4344/19 (ECLI:ES:TS:2022:1245)**, que se remite a la anterior. El actor estuvo vinculado laboralmente desde marzo de 2008 de modo ininterrumpido, sucesivo y continuado con distintas empresas del grupo, con reconocimiento de derechos y asunción de éstos y de las pertinentes obligaciones recíprocas entre las mercantiles que conforman ABENGOA. Asimismo, consta la suscripción y firma en España de los documentos contractuales relativos a la prestación de servicios por el actor, de su condición de expatriado, del abono de complementos, e igualmente del pase a formar parte de Abengoa Bioenergy Outsourcing (ABO) radicada en USA.

Sí resulta aplicable, en cambio, el mencionado Reglamento 1215/2012 en el caso enjuiciado en la **STS 27/04/2022, R. 1484/20 (ECLI:ES:TS:2022:1658)**, porque el trabajador suscribió dos contratos de trabajo, uno con una empresa de los EEUU para prestar servicios allí y otro con una empresa del grupo americano,

pero con sede en España, de carácter instrumental, que tenía como única finalidad la de cotizar en la Seguridad Social española. La Sala interpreta que existió una única prestación con la empresa cotizante española y que la prestación de servicios en EEUU fue un desplazamiento temporal de los previstos en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y EE.UU. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 1215/2012, al tener la condición de empleadora la empresa española en el momento del despido, la competencia judicial es, como se ha dicho, de los tribunales españoles.

Por último, la **STS 31/05/2022, R. 1450/20 (ECLI:ES:TS:2022:2364)**, resuelve un supuesto en el que no se aplica la inmunidad de jurisdicción y resultan, asimismo, competentes los tribunales de nuestro país para conocer de la impugnación de un despido por un ciudadano español contratado en España, que presta servicio en la Embajada de Turquía en España como limpiador. Con remisión a sentencias previas y de acuerdo con los arts. 21 y 25 LOPJ y LO 16/2015, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, excluye la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, pues el demandante realizaba funciones meramente de limpieza en la Embajada de Turquía en Madrid, sin que conste que el trabajo tuviera carácter confidencial y, menos aún, que afectara a la seguridad de Turquía y de su Embajada en España, correspondiéndole a esta última la carga de probar en el proceso dichas circunstancias.

2. Proceso ordinario

2.1. Conciliación previa

Con la **STS 15/03/2022, R. 2872/20, (ECLI:ES:TS:2022:1454)**, la Sala Cuarta resuelve que no es extemporánea la aportación de la certificación acreditativa de la conciliación previa, que se había realizado en plazo, junto con el escrito interponiendo recurso de reposición contra el auto que acuerda el archivo de actuaciones. En el caso, se había presentado la papeleta de conciliación antes de interponer la demanda de despido, pero el acto de conciliación se celebró tres días después de plantear la demanda y la parte actora no la presentó ante el juzgado de lo social, pese al requerimiento efectuado por la LAJ, hasta que el juzgado dictó auto de archivo. El demandante la presentó junto con el escrito de interposición del recurso de reposición contra dicho auto. La Sala con sustento en reiterada doctrina constitucional, sostiene que el incumplimiento procesal que se imputa al actor no consiste en la realización extemporánea de la conciliación previa, porque ésta se había celebrado en tiempo y forma, sino únicamente en la omisión de la aportación en plazo del documento acreditativo. Por ello, al estar en juego la obtención de una primera decisión judicial, se aplica el principio *pro actione* y se revoca el auto dictado por el juzgado de lo social.

2.2. La demanda

Los pronunciamientos de la Sala Cuarta sobre la demanda se han ceñido a la variación sustancial de la misma y a la pérdida sobrevenida de objeto. Así, la **STS -Pleno- 23/09/2021, R. 89/21 (ECLI:ES:TS:2021:3553)** confirmó la excepción de variación sustancial de la demanda, alegada por la empresa y estimada por la SAN, por cuanto que la demanda sostenía, en lo que ahora interesa, que no concurría fuerza mayor, sino que existía, en su caso, una causa de carácter económico-productivo, por lo que el ERTE debería encuadrarse, no en el art. 22 sino en el 23 del RDL 8/2020, con el correspondiente periodo de consultas. Sin embargo, en el acto del juicio la parte demandante pasó a mencionar defectos, irregularidades o vicisitudes en la aplicación o ejecución del ERTE por fuerza mayor cuando en la demanda no mencionaba ningún hecho o circunstancia, ni hacía ninguna alegación, respecto de defectos, irregularidades o vicisitudes en la aplicación o ejecución del ERTE por fuerza mayor.

Las **SSTS 25/03/2022, R. 4395/19 (ECLI:ES:TS:2022:1229)** y **27/04/2022, R. 179/21 (ECLI:ES:TS:2022:1663)** consideran que hay variación sustancial de la demanda cuando se invoca en conclusiones en el acto de juicio, por primera vez, que el despido sea declarado improcedente por la falta de tramitación de un expediente contradictorio. Pero la **STS 08/04/2022, R. 20/21 (ECLI:ES:TS:2022:1632)** entiende que no vulnera el art. 80.1.c) LRJS que la demanda haga referencia por primera vez a la norma interna e invoque el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, cuando los hechos esenciales de la causa de pedir ya estaban recogidos en la solicitud de mediación.

En cuanto a la pérdida de objeto de la pretensión, la **STS 26/10/2021, R. 66/21 (ECLI:ES:TS:2021:4018)** confirma la terminación del proceso por carencia sobrevenida del objeto de la demanda, que era la impugnación de la Resolución de 10 de mayo de 2020 de la Dirección General de Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre Medidas Organizativas y de Prevención de Riesgos Laborales para la reincorporación presencial del Personal, y cuyo contenido había sido afectado por la numerosa normativa COVID posterior relativa a la transición hacia una nueva normalidad y las previsiones sobre teletrabajo.

2.3. Juicio

2.3.1. Citación a juicio de las partes

Los requisitos para la correcta citación del demandado es el objeto de la **STS 28/09/2021, R. 1817/18 (ECLI:ES:TS:2021:3684)**, que declara la nulidad de actuaciones por citación defectuosa de la demandada, que no compareció en juicio, porque no se intentó la citación en el domicilio de la empresa que se designaba en la demanda, sino que se citó al profesional que había asistido a la parte en la conciliación administrativa, previa conversación telefónica con el mismo. Y no consta, fehacientemente, el conocimiento extraprocesal de la

citación, que no aparece adverada por ningún medio de prueba. La Sala reitera que la empresa, como persona jurídica, debía ser citada en el domicilio indicado al efecto (art. 53.2 y 60 LRJS), que figuraba en la demanda, y por ser la primera citación, debió materializarse por correo certificado con acuse de recibo, con independencia de que, una vez personada, quedara obligada al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la administración de justicia.

Similar es la consecuencia de los defectos de citación del demandante en las circunstancias señaladas por la **STS 08/06/2022, R. 2120/21 (ECLI:ES:TS:2022:2367)**, que confirma la sentencia de segundo grado que acordó que se citara nuevamente a las partes a los actos de conciliación y juicio porque en el escrito de demanda se designó como domicilio a efectos de notificaciones el despacho de un abogado que no firmaba la demanda; no se aportaba ningún documento acreditativo de dicha representación; el juzgado de lo social efectuó la citación vía Lexnet a la dirección electrónica del letrado y al actor, que no comparece a juicio, se le tuvo por desistido. La Sala Cuarta subraya que, si el demandante no había otorgado representación a ningún abogado, se trataba de un sujeto interviniente en un proceso que no estaba obligado a emplear sistemas telemáticos y, en consecuencia, no pueden desplegar efectos las citaciones efectuadas por el juzgado vía Lexnet. El juzgado debió efectuar la citación del actor en el domicilio designado en la demanda y al no haberlo hecho, las citaciones telemáticas vulneraron los arts. 18, 53.2 y 80.1.e) LRJS y el art. 24 CE, causando indefensión al actor.

2.3.2. La prueba

2.3.2.1. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes

La limitación del número de testigos y de las preguntas a uno de ellos y su conformidad al artículo 92. 1 LRJS se analiza en una impugnación de actos administrativos, en la **STS -Pleno- 22/09/2021, R. 75/21 (ECLI:ES:TS:2021:3490)**, que confirma la actuación de la sala de instancia puesto que el testigo nada nuevo podía añadir a las declaraciones de otro testigo, ni a lo que se desprende indubitadamente de la prueba documental. Además, la recurrente no razona qué hecho concreto, decisivo para la resolución del pleito, pretendía probarse con la declaración del testigo, por lo que no acredita indefensión. Indefensión que tampoco concurre tras la limitación impuesta a las preguntas a formular a uno de los testigos, que se considera razonable y proporcionada porque reiteraba lo que se deducía de las pruebas practicadas.

La **STS 12/01/2022, R. 5130/18, (ECLI:ES:TS:2022:123)**, repasa la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la ficta documentatio prevista en el art. 94.2 LRJS (“Si no se presentaren sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada”) y recuerda que no opera con el automatismo que el recurrente pretende. Por ello advierte que la sentencia recurrida se adecua a la doctrina repasada porque lo que hace es advertir que el Juzgado de lo Social conoce y aplica tal construcción. La facultad del juzgador de instancia de valorar todas las pruebas practicadas no queda desplazada por la regla del precepto analizado.

Sin embargo, la Sala finalmente desestima el recurso por falta de contradicción entre las sentencias comparadas.

2.3.2.2. La licitud de la prueba

En el período 2021-2022 han sido numerosos los pronunciamientos de la Sala Cuarta sobre la licitud de la prueba de videograbación procedente de sistemas de videovigilancia en el marco de un despido que tiene lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. La Sala Cuarta a la luz de la doctrina de la STC 39/2016 y la STEDH (Gran Sala) 17-10-19 (López Ribalda II), entiende que la prueba es válida y casa y anula la sentencia de suplicación con devolución de actuaciones para que sobre la base de su licitud el juzgado o la sala resuelva sobre la calificación del despido con libertad de criterio.

La Sala considera que cuando el trabajador conoce que se ha instalado un sistema de control por videovigilancia, porque el mismo está señalizado, no es obligado informarle sobre la finalidad y el destino que se puede dar a las grabaciones, ni que cabe hacer uso de ellas para controlar la actividad laboral; de manera que tras examinar que se cumplen las exigencias de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia constitucional y del TEDH (conocimiento, no necesario consentimiento, idoneidad, adecuación, justificación, necesidad y proporcionalidad), se concluye que la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia constituye una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido. No en vano, argumenta la Sala, por una parte, la STC 39/2016 rebajó las exigencias informativas que debe facilitar la empresa al trabajador cuando instala un sistema de videovigilancia y por otra, la STEDH López Ribalda II admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia. Capitanea estos pronunciamientos es la **STS 21/07/2021, R. 4877/18 (ECLI:ES:TS:2021:3115)**, y cuya doctrina siguen las **SSTS 13/10/2021, R. 3715/18 (ECLI:ES:TS:2021:3789)**; **25/01/2022, R. 4468/18 (ECLI:ES:TS:2022:362)**; **30/03/2022, R. 1288/20 (ECLI:ES:TS:2022:1233)** y **01/06/2022, R. 1993/20 (ECLI:ES:TS:2022:2252)**.

Distinta es la conclusión de la Sala Cuarta en la **STS 08/03/2022, R. 130/19 (ECLI:ES:TS:2022:889)** respecto de la vulneración del derecho a la protección de datos de la trabajadora despedida, respecto de una prueba diferente a la de videovigilancia. La Sala señala que una entidad bancaria no puede utilizar su conocimiento de los datos de la cuenta corriente de una trabajadora para configurar prueba de los posibles incumplimientos laborales realizados por ella, por lo que su obtención sin mediar la necesaria autorización es ilícita por vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos.

No cabe que la entidad bancaria utilice los datos de la cuenta corriente de la empleada más allá de las necesidades que deriven de las obligaciones y derechos inherentes a la relación mercantil de las partes; y, más en concreto, en la utilización de tales datos en el ámbito de las relaciones laborales. No consta

que la trabajadora haya autorizado a la entidad financiera la utilización de los datos derivados del contrato bancario fuera de dicho ámbito. Tampoco puede entenderse aplicable la excepción prevista en la normativa de protección de datos que contempla que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Por ello, los datos de la cuenta corriente de la trabajadora fueron usados, sin autorización ni información previa a la misma, para fines distintos de los que podrían derivarse de una legítima finalidad anudada al contrato mercantil sobre cuenta corriente bancaria existente entre las partes.

2.3.2.3. La carga de la prueba

La carga de la prueba ha sido objeto de una serie de pronunciamientos de la Sala Cuarta integrada por las **SSTS 08/09/2021, R. 1866/20 (ECLI:ES:TS:2021:3329); R. 2554/20 (ECLI:ES:TS:2021:3381); R. 2543/20 (ECLI:ES:TS:2021:3332); 09/09/2021, R. 2143/20 (ECLI:ES:TS:2021:3347); STS 24/11/2021, R. 2083/20 (ECLI:ES:TS:2021:4400)**. En ellas se plantea que la sucesión de contratadas, en el marco de un sector que contempla cláusulas subrogatorias, pueda ser una sucesión de empresas y dichas resoluciones destacan que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante, y, en el supuesto, el demandante basó genéricamente su pretensión en el art. 44 ET, sin concretar si la actividad requería medios materiales o no, si la actividad pivotaba sobre mano de obra, etc. por lo que no habiéndose probado que se haya producido la transmisión de una unidad productiva, no se han probado los hechos constitutivos de su pretensión, lo que no se enerva por el hecho de que la empresa no probara que no se había transmitido una unidad productiva.

Sin embargo, en la **STS 11/01/2022, R. 2635/18 (ECLI:ES:TS:2022:384)**, también en un caso de subrogación empresarial en casos de sucesión convencional de contratadas pero de una actividad que descansa fundamentalmente en mano de obra (limpieza), entiende que derivada de las SSTS, 27-9-2018, R. 2747/16, 8-9-2021, R. 2543/2020 y Pleno 22-9-2021, R.106/2021, corresponde a la empresa entrante, condenada por el despido de la actora en instancia y absuelta en suplicación, acreditar que no se ha producido una asunción suficiente de mano de obra y al no haberlo hecho, la aplicación de la carga de la prueba obliga a concluir que se transmitió una unidad productiva autónoma.

Las **SSTS 21/12/2021, R. 389/20 (ECLI:ES:TS:2021:4860) y 31/03/2022, R. 1918/20 (ECLI:ES:TS:2022:1276)** abordan la carga de la prueba de la existencia o no de representación legal de los trabajadores en la empresa, a efectos del cumplimiento del requisito de darle traslado del escrito de preaviso en el despido por causas económicas, técnicas, objetivas o de producción. La parte actora fundamentó su pretensión de improcedencia en un hecho negativo: la empresa no cumplió el requisito formal de dar traslado del preaviso a la representación legal de los trabajadores (art. 53.1.c del ET). El empresario contestó alegando otro hecho negativo: la inexistencia de dicha representación.

La Sala concluye que incumbe a la actora acreditar el hecho positivo de la existencia de dicha representación y no al empleador acreditar la inexistencia de la misma. Una vez acreditado que sí hay representación legal de los trabajadores, incumbiría al empleador acreditar que le dio traslado del escrito de preaviso; el trabajador no tendría que probar la inexistencia de traslado porque sería una prueba diabólica.

Por su parte, la **STS 22/02/2022, R. 232/21 (ECLI:ES:TS:2022:794)** advierte de la particularidad generada en este punto con la normativa de excepción en relación con los ERTE con motivo de la pandemia COVID-19. Considera que en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales: que las medidas de flexibilidad interna de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020 son realmente insuficientes para paliar su situación crítica. Pues lo que, de ordinario, constituye un deber empresarial aquí aparece reforzado con especial énfasis, precisamente, por la necesidad de acreditar que no están subsumiéndose en el despido supuestos que concuerdan con las exigencias de una mera suspensión. Si concurren las causas coyunturales previstas en mencionados preceptos no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, porque dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por dichas causas. Solo si la empresa acredita la existencia de una situación estructural puede acordar el despido colectivo.

2.4. La sentencia.

2.4.1. Límites del auto de aclaración de sentencia

La **STS 23/02/2022, R. 3264/19 (ECLI:ES:TS:2022:836)**, que acaba desestimando el recurso por falta de contradicción, razona indirectamente sobre los límites del auto de aclaración de sentencia y por tanto de la inmodificabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales. Así, considera que en la sentencia referencial se hizo una nueva calificación jurídica de un determinado periodo de tiempo a efectos de su exclusión de los salarios de tramitación. Lo que obligó a reexaminar el material probatorio para alterar uno de los fundamentos de derecho de la sentencia. En la recurrida el auto de aclaración se limita a corregir el error de cálculo en que incurrió la sentencia de instancia para cuantificar el importe indemnizatorio, al aplicar la regla de la DT 11ª.2 RD Legislativo 3/3015 sin que para ello fuera necesario acudir a valoraciones jurídicas.

2.4.2. Insuficiencia de hechos probados

Las **SSTS-Pleno- 15/12/ 2021, R. 117/21 (ECLI:ES:TS:2021:4863), y R. 179/21 (ECLI:ES:TS:2021:4856)**, desestiman el motivo relativo a la nulidad de la sentencia por insuficiencia de hechos probados, por entender que el relato fáctico es suficiente cuando da por reproducidos informes o acuerdos. No hay indefensión, en la medida en que dicho relato no impide a la recurrente formular los motivos de recurso que estime convenientes; especialmente la adición de

hechos probados. Recuerda por ello que, como regla general, las partes no pueden basar los motivos de sus recursos de casación o suplicación en dicha causa de nulidad, pues el cauce procesal que, para remediar esa insuficiencia, pueden utilizar las partes es la pertinente adición o revisión fáctica basada en documentos o pericias obrantes en autos.

2.4.3. Incongruencia.

Los motivos de incongruencia de las sentencias recurridas son uno de los temas estrella en los recursos que conoce la Sala Cuarta que, como en otras ocasiones, se ha pronunciado sobre la incongruencia interna de la sentencia, pero también sobre la incongruencia de la sentencia respecto de las pretensiones deducidas.

2.4.3.1. Incongruencia interna

La **STS 19/01/2022, R. 205/21 (ECLI:ES:TS:2022:363)** concluye que la sentencia recurrida incurre en incongruencia interna porque tras indicar en los fundamentos jurídicos que determinadas pretensiones de la demanda exceden del objeto del procedimiento, en la sentencia incluye condenas específicas acordes con las citadas pretensiones. Esta incongruencia, sin embargo, no comporta la declaración de nulidad de la sentencia de instancia, sino que en aras a la economía procesal y por tratarse de una cuestión meramente jurídica, la Sala da la oportuna respuesta al resolver el recurso y elimina de su fallo las condenas específicas que según los fundamentos jurídicos quedaban extramuros del procedimiento.

2.4.3.2. Incongruencia omisiva

Para la **STS 15/03/2022, R. 869/19 (ECLI:ES:TS:2022:1126)** es incongruente por omisión la sentencia de suplicación que no se pronuncia sobre uno de los motivos de recurso (reclamación salarial), resolviendo solo el principal (extinción causal). O como en la **STS 07/04/2022, R. 112/19 (ECLI:ES:TS:2022:1474)**, no resuelve sobre los motivos de revisión fáctica articulados por uno de los recurrentes. Y lo mismo ocurre con la **STS 06/04/2022, R. 516/21 (ECLI:ES:TS:2022:1486)**, que casa y anula la sentencia que descartó pronunciarse sobre la vulneración de la garantía de indemnidad por entender que era una cuestión nueva, cuando constituía una de las pretensiones principales de la demanda, sobre la que se practicó prueba abundante y que fue recogida esencialmente en el relato fáctico de la sentencia de instancia. En similar sentido, la **STS 14/10/2021, R. 4961/18 (ECLI:ES:TS:2021:3899)** insiste en que las sentencias son incongruentes también cuando omiten el pronunciamiento sobre la petición subsidiaria del recurso de suplicación, en el caso sobre la incapacidad permanente parcial, habiéndose denegado la petición principal sobre la incapacidad permanente total, como en la **STS 24/05/2022, R. 2562/19 (ECLI:ES:TS:2022:1989)**, en la que en la demanda se solicita la declaración de incapacidad permanente total y, subsidiariamente parcial, reconociéndose en instancia la principal. Recurrida en suplicación por la entidad

gestora, la sala de lo social del TSJ revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda, sin pronunciarse sobre la incapacidad permanente parcial solicitada con carácter subsidiario; lo que da lugar a la nulidad de dicha sentencia. Cuando, como en la **STS 02/02/2022, R. 4793/18, (ECLI:ES:TS:2022:582)**, la incongruencia es parcial porque la recurrida no se pronunció sobre la pretensión subsidiaria de la demanda y del recurso de suplicación sobre graduación de sanciones, la nulidad es también parcial.

También son incongruentes las sentencias que no dan respuesta a los motivos de impugnación del recurso planteado como sucede con **las SSTS 20/07/2021, R. 2746/18 (ECLI:ES:TS:2021:3119) y 15/09/2021, R. 2728/18 (ECLI:ES:TS:2021:3383)** e igualmente cuando el silencio concierne a las solicitudes de revisión fáctica formuladas en dicho escrito, cuando están bien formuladas y acreditan la posible trascendencia de las mismas. No cabe deducir que hubiera una respuesta tácita o implícita del mero silencio o de la ausencia de respuesta alguna a las pretensiones del impugnante [**STS 05/04/2022, R. 2848/19 (ECLI:ES:TS:2022:1429)**].

La **STS 09/12/2021, R. 776/19, (ECLI:ES:TS:2021:4872)**, aunque también aprecia incongruencia, entra, en aplicación del art. 228.2 LRJS, a decidir sobre el punto concernido al contar con los elementos para ello, pero la defectuosa formulación del recurso de suplicación conduce a la Sala Cuarta a la confirmación de la sentencia recurrida, en el sentido de desestimar el recurso de tal clase formulado.

No hay incongruencia, en cambio, cuando a pesar de no hacer mención expresa en el fallo de una de las pretensiones, sobre la pausa del desayuno, es posible derivar la desestimación tácita de la desestimación de la pretensión relativa a la pausa de la comida y en cuya argumentación cabe incluir la omitida tal como se deduce de los antecedentes, y las referencias genéricas a horarios de los Fundamentos, que ponen de relieve que la sentencia ha tenido presente el problema referido a la pausa por desayuno y lo ha querido responder en sentido desfavorable a la demanda, pues los argumentos brindados son válidos para las dos cuestiones mencionadas en la demanda y en el debate [**STS 05/04/2022, R. 7/20, (ECLI:ES:TS:2022:1434)**].

2.4.3.3. Incongruencia *extra petita*

Recuerda la **STS 28/09/2021, R. 1207/18 (ECLI:ES:TS:2021:3563)**, que se incurre en incongruencia cuando se condena a una cantidad superior a la reclamada expresamente al momento de ratificar la demanda, utilizándose, además, una retribución distinta a la reclamada por la empresa y por un período distinto al reclamado en demanda; o cuando reconoce al trabajador, contratado como operador de periféricos, la categoría intermedia de operador de ordenador, que, aunque es superior a la pactada en el contrato, es inferior a la reclamada de analista-programador [**STS 15/02/2022, R. 3378/18 (ECLI:ES:TS:2022:585)**]. La incongruencia también concierne al pronunciamiento en suplicación sobre un extremo que había quedado firme en la sentencia de instancia, sin que fuera objeto de recurso [**STS 08/03/2022, R. 1311/20 (ECLI:ES:TS:2022:893)**].

No es, en cambio, incongruente la sentencia que reconoce una indemnización por cese del art. 49.1.c) ET no solicitada en demanda, por derivar ese derecho de dicha norma [**STS 01/06/2022, R. 3214/20 (ECLI:ES:TS:2022:2251)**].

2.4.3.4. Incongruencia por error

Por último ya en cuanto a los defectos de las sentencias, la **STS 11/02/2022, R. 124/20 (ECLI:ES:TS:2022:875)** sostiene que la sentencia recurrida incurre en el error de afirmar que la vigencia de un Acuerdo “no se ha cuestionado” cuando sí se hizo por el Abogado del Estado.

2.4.4. Cosa Juzgada

2.4.4.1. Cosa juzgada positiva

La Sala Cuarta vuelve a pronunciarse sobre el efecto de cosa juzgada positiva en diversas sentencias, como la **STS 22/02/2022, R. 410/19 (ECLI:ES:TS:2022:833)**, en la que un determinado colectivo de ADIF, el personal docente de la subdirección de formación, que realiza funciones lectivas, así como el resto de las funciones docentes, reclama la gratificación por formación, clave 113, de los meses de abril de 2014 a marzo de 2015. La sentencia firme que le reconoció dicha gratificación correspondiente al periodo de 18/04/2012 al 31/03/2014 produce el efecto de cosa juzgada positiva en esta sentencia.

La **STS 17/05/2022, R. 2480/19 (ECLI:ES:TS:2022:1896)** estima de oficio, en un proceso en el que se impugna una sanción por infracción de la normativa de salud y seguridad laboral, los efectos vinculantes de la sentencia firme dictada en procedimiento de recargo de prestaciones porque en ambos procedimientos los hechos y los elementos probatorios son los mismos. La sentencia recurrida no contiene ninguna motivación de las razones por las que se aparta del criterio fijado en la anterior. Por ello la sentencia se casa y anula no en orden a unificar la doctrina aplicada por las sentencias comparadas, sino a efectos de dar cumplimiento al mandato impuesto por el art. 222.4 LEC, en relación con los arts. 9.3 y 24.1 CE, y resolver la controversia de acuerdo con lo ya decidido en sentencia firme, para estimar el recurso de suplicación formulado por la empresa, revocar la sentencia de instancia, estimar íntegramente la demanda y dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada.

Por último, la **STS -Pleno- 15/12/2021, R. 196/21 (ECLI:ES:TS:2021:4791)** aclara que el acuerdo transaccional firmado entre la empresa, la mayoría del comité de empresa y un sindicato, por el que se desistía a cualquier acción concerniente al despido colectivo, no despliega los efectos de cosa juzgada sobre la impugnación por parte del sindicato no firmante del citado despido, porque se trata de un acuerdo alcanzado con anterioridad al inicio del procedimiento judicial de despido colectivo, por lo que no ha sido objeto de homologación judicial.

2.4.4.2. Cosa juzgada negativa

El efecto negativo de la cosa juzgada se aborda en las **SSTS 19/10/2021, R. 1124/20 (ECLI:ES:TS:2021:3924); 2005/2020 (ECLI:ES:TS:2021:3909) y 2077/20 (ECLI:ES:TS:2021:3807)**, por las que las sentencias firmes recaídas en procesos anteriores por despido que declararon el cese conforme a derecho, tienen efectos de cosa juzgada respecto de las posteriores reclamaciones de indemnizaciones por la extinción basada en distintos fundamentos jurídicos. Los actuales procesos son, por tanto, una repetición de la solicitud indemnizatoria derivada de la misma extinción contractual que ya se planteó en el proceso anterior y en la que concurre identidad de sujetos y un mismo objeto.

La particularidad de la **STS 19/10/2021, R. 2679/18, (ECLI:ES:TS:2021:3860)** es que reconoce que concurre la excepción de cosa juzgada derivada de la sentencia firme de la Sala Civil y Penal que confirmó el laudo arbitral que declara la validez del pacto de no concurrencia y condena al actor a abonar una cantidad en concepto de penalización por incumplimiento del mismo. En el proceso origen del recurso el actor impugnaba el mencionado pacto.

2.4.5. Litispendencia

Existe litispendencia en la **STS 03/11/2021, R. 9/20 (ECLI:ES:TS:2021:4093)**, entre el proceso actual iniciado el 29 de julio de 2019, en el que el sindicato reclama la tutela de la libertad sindical y otro anterior con idéntico objeto iniciado en 24 de julio de 2018, en el que la SAN, que había estimado la excepción de litispendencia, fue casada y anulada por la STS 14/10/2020, R. 40/2019. La Sala Cuarta entiende que a la fecha de dictarse la sentencia recurrida: 11/11/2019 existía una situación de litispendencia que ahora se ha convertido en cosa juzgada tras haber quedado definitivamente resuelto el anterior litigio por sentencia firme.

3. Modalidades procesales

3.1. Proceso de despido

3.1.1. Ámbito de aplicación

La adecuación del proceso de despido se aborda por la Sala Cuarta en numerosas sentencias y desde distintas perspectivas. Así, en relación con la solicitud de reingreso tras la excedencia, se aprecia la inadecuación del procedimiento de despido en la **STS 31/05/2022, R. 134/19 (ECLI:ES:TS:2022:2237)**, que subraya que en el supuesto en el que no exista rechazo empresarial abierto a la solicitud de reingreso, la reclamación sobre el mismo y sus consecuencias deben canalizarse a través del procedimiento ordinario y no del de despido. En esta órbita se sitúa la **STS 06/04/2022, R. 200/21 (ECLI:ES:TS:2022:1546)**, que considera no acreditada la voluntad extintiva de la empresa.

Por su parte, la **STS: 23/03/2022, R. 5134/18 (ECLI:ES:TS:2022:1238)**, indica que en la extinción de un contrato de trabajo por causas objetivas derivada

de despido colectivo que concluye con acuerdo en el que se pacta una indemnización, las discrepancias sobre su importe deben dirimirse en el proceso de despido y no en el el proceso ordinario.

Por ello, y por todas, la **STS 03/11/2021, R. 2940/19, (ECLI:ES:TS:2021:4086)**, entiende que el procedimiento ordinario es el adecuado para reclamar la cantidad correspondiente a la indemnización por despido de 20 días por año de servicio por la cobertura de la vacante de un trabajador declarado indefinido no fijo, porque la cantidad no es controvertida. Y en el mismo sentido se pronuncia la **STS 03/11/2021, R. 281/19, (ECLI:ES:TS:2021:4096)**.

3.1.2. Ejercicio anticipado de la opción por la indemnización (art. 110.1 LRJS)

En la **STS 01/06/2022, R. 2067/21 (ECLI:ES:TS:2022:2245)**, la cuestión suscitada consiste en decidir si es viable la aplicación del art 110.1.b) LRJS, de extinción de la relación laboral en sentencia, en un supuesto de despido declarado improcedente, por imposibilidad de la readmisión, cuando se ha acreditado el cierre o cese del centro de trabajo donde prestaba servicios la demandante, pero continua la actividad empresarial en otros centros de trabajo en distintas ciudades. La Sala Cuarta concluye que no es admisible que la demandante deba ser readmitida en un régimen laboral cuya ilicitud ha quedado probada, cuando se vería forzada, además, a ser objeto de un traslado forzoso a Madrid o a Málaga, que le exigiría necesariamente el cambio de domicilio, no habiéndose probado, siquiera, que existan vacantes de su categoría en dichos centros de trabajo.

En lo que respecta al ejercicio anticipado de la opción por la indemnización por parte del FOGASA, la **STS 11/01/2022, R 4776/18, (ECLI:ES:TS:2022:107)** recuerda que el derecho de opción del trabajador del artículo 110.b) LRJS, una vez que se ha ejercitado en tiempo y forma, deja sin contenido el derecho de opción del FOGASA del art. 110 a) LRJS, y confirma la sentencia recurrida que había reconocido al trabajador los salarios de tramitación. Los efectos de la opción del trabajador es que la extinción se produce en la fecha de la sentencia y por tanto da lugar a salarios de tramitación, pero cuando opta el FOGAS el importe de la indemnización por despido se calcula hasta la fecha de esa decisión empresarial -no hasta la fecha de la sentencia-, y en consecuencia, no se generan salarios de tramitación.

3.1.3. Indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales

Cuando el despido es nulo por vulneración de derechos fundamentales las **SSTS 23/02/2022, R. 4322/19 (ECLI:ES:TS:2022:830)** y **09/03/2022, R. 2269/19 (ECLI:ES:TS:2022:907)** reiteran que el mismo debe llevar aparejada la condena de la empresa al pago de la indemnización por los daños morales, siendo suficiente la petición, y la sentencia debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización.

3.2. Proceso de Despido colectivo

En materia de legitimación la **STS -Pleno- 20/10/2021, R. 160/21, (ECLI:ES:TS:2021:4015)** se pronuncia sobre la falta de legitimación activa para impugnar el despido colectivo, de tres miembros del comité de empresa, que no actúan como representación sindical o representación unitaria de los trabajadores, y no han adjuntado acuerdo o decisión que acredite la voluntad de dicho órgano colegiado de accionar. Recuerda la sentencia que del art.124.1 LRJS resulta que la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores, es decir, tanto por la representación sindical como por la representación unitaria, entendiéndose que esta última la ostentan el comité de empresa, los delegados de personal o, en su caso, la pertinente comisión "ad hoc". Y que la forma de actuación del comité de empresa, ex art. 65 ET, es colegiada, lo que supone que sus decisiones han de ser tomadas por mayoría, sin que se admita la legitimación individual de los miembros del citado comité para ejercer acciones que a éste le competen. En la **STS -Pleno- 18/05/2022, R. 246/21, (ECLI:ES:TS:2022:2038)** también se aprecia falta de legitimación activa por haber sido interpuesta la acción por menos de la mitad de los miembros de la comisión negociadora "ad hoc". La Sala entiende que, aunque estas comisiones negociadoras están legitimadas para impugnar el despido, deben actuar por acuerdo mayoritario de sus miembros y, por tanto, carece de legitimación una parte de ellos, minoritaria en la comisión. En todo caso, en instancia se había apreciado igualmente caducidad de la acción, a la que la mencionada comisión se aquieta, por lo que, ni siquiera de haberse apreciado legitimación, la Sala habría podido entrar en el fondo, pero decide abordar la pretensión sobre la legitimación de la comisión por considerar que hay interés legítimo.

La **STS -Pleno- 19/01/2022, R. 238/21, (ECLI:ES:TS:2022:285)** entiende que tienen legitimación para recurrir los sindicatos que se opusieron a la demanda del sindicato adhiriéndose a lo alegado por la empresa, porque la SAN estimó inexistencia del despido colectivo y produjo un gravamen a los recurrentes, que mantienen que el despido es colectivo y finalizado con acuerdo. La **STS 20/04/2022, R. 206/21 (ECLI:ES:TS:2022:1845)**, entiende que también el sindicato implantado en el ámbito del despido, que se adhiere a la demanda y que por tanto fue legítimamente parte en el procedimiento de impugnación del despido, está legitimado para interponer recurso de casación. Y es la falta de implantación del sindicato actuante, que no acredita representación en ninguno de los centros de trabajo ni afiliación alguna en toda la plantilla del grupo, la que conduce a la **STS 18/05/2022, R. 335/21 (ECLI:ES:TS:2022:1985)** a confirmar su falta de legitimación.

La **STS -Pleno- 28/10/2021, R. 54/21, (ECLI:ES:TS:2021:4038)** confirma que carecen de legitimación pasiva en el despido de Alcoa Inespal el Ministerio de Industria y la Consejería de Empleo de la Junta de Galicia, porque el art. 124 LRJS solo contempla como legitimada pasivamente a la empresa, a diferencia de lo establecido en el art. 148 b) LRJS, que sí la reconoce la legitimación de la Autoridad Laboral para impugnar acuerdos adoptados en periodos de consultas. Tampoco su intervención como sujetos adhesivos o coadyuvantes está amparada por los arts. 16, 17.1 LRJS, ni por los arts. 10.1, 13.1, 14.1 LEC;

A medio camino entre la falta de legitimación y la inadecuación de procedimiento se sitúa la creación jurisprudencial de la falta de acción cuya concurrencia descarta la **STS -Pleno- 19/01/2022, R. 238/21, (ECLI:ES:TS:2022:285)**. La sentencia recurrida ha apreciado falta de acción del sindicato demandante porque considera que no ha habido despido colectivo sino extinciones de contrato por mutuo acuerdo. Sin embargo, la Sala entiende que no cabe calificar de mutuo acuerdo de las partes las extinciones de contratos producidas por adscripción voluntaria de las personas trabajadoras con derecho a una determinada indemnización de conformidad con lo establecido en el acuerdo entre la empresa y los sindicatos. Lo que se ha tramitado, argumenta, ha sido un expediente de despido colectivo que ha finalizado con acuerdo, por lo que su impugnación ha de realizarse por los trámites de la impugnación del despido colectivo y la regulación al efecto prevé expresamente la posibilidad de su impugnación cuando el procedimiento de consultas acabe con acuerdo.

También la Sala Cuarta ha tenido ocasión de juzgar la adecuación del procedimiento en la **STS -Pleno- 22/09/2021, R. 106/21, (ECLI:ES:TS:2021:3492)**, en la que se entiende que procede la vía del despido colectivo habida cuenta de que, en el centro de trabajo con veintinueve personas empleadas en la división de limpieza, se extingue el contrato de veinticinco, lo que implica que se supera el umbral de despido colectivo si el cómputo se lleva a cabo en ese exclusivo centro de trabajo. No obsta a dicha conclusión que las empresas demandadas no hayan invocado causa expresa alguna, porque el supuesto es una sucesión de contratos en el que la saliente ha comunicado a los trabajadores la nueva adjudicataria.

Por ello, cuando no se alcanza el umbral numérico para calificar el despido como colectivo, no cabrá acudir a esta modalidad, y la decisión sobre la inadecuación puede adoptarse de oficio. Es el caso de la **STS 21/10/2021, R. 158/21 (ECLI:ES:TS:2021:4017)**. En el centro de trabajo afectado por el despido prestaban servicios 15 trabajadores contratados como fijos discontinuos, siendo notorio que la empresa es una empresa multiservicios que emplea miles de trabajadores, por lo que no se alcanzan los umbrales exigidos legalmente para la concurrencia del despido colectivo.

Puede también apreciarse la inadecuación parcial de procedimiento como confirma la **STS -Pleno- 15/12/2021, R. 195/21. (ECLI:ES:TS:2021:4928)**, porque el proceso de conflicto colectivo está destinado a la decisión extintiva y no a la ejecución de la decisión, cuando el empresario la notifica individualmente a los trabajadores afectados; de modo que la eventual vulneración de derechos fundamentales en esta última fase queda fuera del proceso colectivo y podrá impugnarse también, pero por el procedimiento de despido individual, como prevé el artículo 124.13 LRJS

Precisamente la doctrina de la Sala Cuarta en relación con este último precepto según la cual en las impugnaciones individuales no puede entrarse en el examen de la concurrencia de las causas del despido colectivo, ha sido objeto de dos recursos de amparo que han sido estimados. Así, la STC 140/2021, de 12 de julio, resuelve que cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por los representantes legales de los trabajadores a través del procedimiento

colectivo previsto en el art. 124 LRJS, la regulación legal no impide que en procesos individuales, el órgano judicial pueda dilucidar respecto de la realidad de las causas invocadas para justificar la referida medida colectiva, aunque se hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores. El legislador no ha establecido un régimen jurídico homogéneo para el ejercicio de las diferentes acciones individuales derivadas de la aplicación de medidas de naturaleza colectiva cuando se logra un acuerdo con la representación de los trabajadores, pues la regulación establecida para los despidos es diferente de la prevista respecto de otras decisiones empresariales. En consecuencia, anula la STS 02/07/2018, R. 2250/2016, que concluía que en los procesos individuales no puede discutirse la concurrencia de la causas del despido colectivo, por resultar contraria a la efectividad del derecho contemplado en el art. 24.1 CE, y proclama que la viabilidad de la impugnación individual del despido colectivo planteada por los demandantes debe ser reconocida. En el mismo sentido se pronuncia la STC 72/2022, de 13 de junio, que anula, entre otras resoluciones judiciales, los ATS de 30 de mayo de 2019 y de 12 de febrero de 2020, R. 2898/2018, que respectivamente inadmitieron el recurso de casación para la unificación de doctrina, referido a las causas del conflicto colectivo del que derivaba el despido individual impugnado, y el incidente de nulidad de actuaciones.

3.3. Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación

La **STS 24/03/2022, R. 3666/18 (ECLI:ES:TS:2022:1362)** indica que la demora en el pronunciamiento producida por el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no debe ser soportada por la empresa, porque dicha posibilidad es una decisión del órgano judicial, de manera que la dilación o la demora que ello pueda suponer no es atribuible a las partes, al contrario de lo que sucede con la suspensión del juicio a petición de parte o el tiempo invertido en la subsanación de la demanda, que sí son atribuibles a ellas. De ahí que en estos últimos casos el Estado no deba responder (art. 119 LRJS), pero sí debe hacerlo en el de planteamiento de una cuestión de constitucionalidad.

3.4. Revisión de actos declarativos de derechos. Plazo para el ejercicio de la acción

La **STS 29/09/2021, R. 1087/2018 (ECLI:ES:TS:2021:3654)** reitera doctrina sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción para reclamar por las Entidades Gestoras prestaciones indebidamente percibidas (art. 146.1 LRJS) y resuelve que ha de fijarse en el momento en que se dicta la resolución en que se reconoce el derecho al incremento.

3.5. Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral

Véase en cuanto a la adecuación de procedimiento el apartado relativo a la adecuación de procedimiento de los conflictos colectivos.

Continúan en este período las impugnaciones de los ERTE- COVID y la **STS-Pleno-17/02/2022, R. 244/21, (ECLI:ES:TS:2022:1014)** reconoce legitimación activa del sindicato ELA para impugnar la resolución administrativa, porque se acreditó interés legítimo en el conflicto. Confirma la SAN que dejó sin efecto las resoluciones administrativas dictadas en alzada frente a la resolución del MTSS que autorizó la suspensión de contratos de toda la plantilla de la empresa demandada por fuerza mayor. ELA además de su condición de sindicato más representativo a nivel autonómico, ha acreditado un nivel de afiliación del 2, 9% de la plantilla, un vínculo especial con el objeto del debate en el pleito. Pero a ello se suma que la empresa ha reconocido una representatividad significativa a ELA en el ERTE litigioso, toda vez que se constituyó una comisión representativa a nivel de empresa, compuesta por 13 miembros, en la que se incluye un vocal de ELA, a la que se dio traslado del ERTE y de la "documentación acreditativa y todas aquellas cuestiones que se deriven del reconocimiento de la indicada situación de fuerza mayor por parte de la Autoridad Laboral".

También las **SSTS -Pleno- 20/01/2022, R. 252/21 (ECLI:ES:TS:2022:204)** y **27/01/2022, R. 233/21 (ECLI:ES:TS:2022:473)** y **R. 245/21 (ECLI:ES:TS:2022:372)**, reiteran doctrina sobre el plazo para recurrir en alzada la resolución de la Autoridad Laboral denegando un ERTE COVID por fuerza mayor, y recuerdan que éste no quedó suspendido como consecuencia de la regla general del RD 463/2020 declarando el estado de alarma y de la DA Novena del RDL 8/2020, pero sí por así establecerlo la DA Octava del RDL11/2020, de 31 de marzo. Las dos últimas sentencias cuentan con voto particular sobre la procedencia de no retrotraer actuaciones sino de resolver la impugnación.

3.6. Proceso de conflicto colectivo

3.6.1. Agotamiento de la vía previa y plazo

La **STS 06/04/2022, R. 102/20, (ECLI:ES:TS:2022:1437)**, confirma la sentencia recurrida que no había entrado en el fondo por no haberse agotado la vía previa. El art. 65 II Convenio colectivo para las empresas y trabajadores de Transportes de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Extremadura contempla que "Las cuestiones relativas en materia de salud laboral que requieran seguimiento o consulta serán tratadas en la Comisión Paritaria del presente convenio". La demanda colectiva tenía que ver con esta materia y la Sala Cuarta razona que cuando en convenio se prevean cauces previos a la vía judicial, debe agotarse el cauce específico de solución extrajudicial determinado por los negociadores. Se trata de un requisito de procedibilidad incumplido.

Con la **STS 21/05/2021, R. 26/21 (ECLI:ES:TS:2021:2477)**, la Sala IV declara que conforme a lo establecido en la DA 4ª del RD 463/2020, el plazo de caducidad para interponer la demanda de conflicto colectivo para la impugnación de la decisión empresarial sobre ERTE ha quedado suspendido desde la declaración del estado de alarma hasta el 4/06/2020. La notificación de la decisión empresarial a la comisión representativa se produce el 17/04/2020, por

lo que el plazo de caducidad para su impugnación se encontraba suspendido y no se habría reanudado hasta el 4/06/2020, habiéndose ejercitado la acción en plazo con la interposición de la demanda el 21/05/2020, antes incluso del momento en el que se ha levantado la suspensión. La acción se ha ejercitado en plazo. No es de aplicación la disposición adicional 2ª de ese mismo RD relativa a la suspensión de los plazos procesales.

3.6.2. Falta de acción

La **STS 21/12/2021, R. 86/20, (ECLI:ES:TS:2021:4861)**, entiende que carece de acción el sindicato porque plantea la demanda colectiva, ante el silencio de la Comisión Paritaria del convenio, sobre la posible pervivencia del permiso por nacimiento de hijo previsto en el II Convenio Colectivo del sector de Contact Center tras la modificación de los arts. 37.3 y 48.4 ET operada por RD-ley 6/2019. La Sala de casación confirma la SAN porque es preciso que exista un derecho insatisfecho y en los autos no se pretende otra cosa que formular una consulta genérica sobre los términos abstractos en los que debe ser interpretado de futuro un determinado precepto convencional, persiguiendo de esta forma la obtención de un dictamen jurídico y no la efectiva resolución de un conflicto real y actual entre las partes.

No así la **STS 11/05/2022, R. 112/20 (ECLI:ES:TS:2022:2024)**, que en el conflicto colectivo planteado por el Sindicato Aragonés de Servicios, cuya demanda atiende a que la realización de los reconocimientos médicos de los trabajadores pertenecientes al Grupo Profesional IV, Personal Operativo, afectados por el Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad S.A., se haga en jornada y horario laboral, o, que su realización fuera del horario laboral subsidiariamente, se reconozca como tiempo de trabajo efectivo, se enfrenta a la alegación empresarial de falta de acción en razón a la ausencia de un litigio real dado que los trabajadores afectados no cumplimentan la jornada máxima anual. La Sala considera que no concurre soporte alguno que permita neutralizar la realidad del conflicto o del interés litigioso y además los datos, que en sede de recurso extraordinario proporciona la entidad recurrente como sustento de su línea argumental, no constan recogidos en la crónica fáctica y tampoco han sido objeto de ningún intento revisorio vía art. 207 d) de la LRJS.

3.6.3. Ámbito de aplicación. Adecuación de procedimiento.

La **STS 11/05/2022, R. 112/20 (ECLI:ES:TS:2022:2024)** considera adecuado el procedimiento de conflicto colectivo por concurrir el elemento subjetivo propio de dicha modalidad procesal. El conflicto afecta de forma indiferenciada, indivisible y global a un colectivo unido por intereses comunes -trabajadores pertenecientes al Grupo Profesional IV, Personal Operativo, afectados por el Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad S.A.-, que no requiere de la comprobación de las circunstancias particulares o personales de cada uno de los trabajadores concretamente afectados. Del mismo modo, la pretensión de la demanda, el interés genérico que contiene -que la realización de los reconocimientos médicos (voluntarios u obligatorios) ha de hacerse en jornada y horario laboral, o, subsidiariamente, se reconozca como tiempo de trabajo efectivo la realización de reconocimientos médicos fuera de su horario laboral-,

puede resolverse de manera abstracta. No es un sumatorio de reclamaciones individuales propio del denominado conflicto plural y no colectivo. De esta manera, el cauce de la modalidad procesal de conflicto colectivo resulta idóneo, así como ajustada a derecho la desestimación de la excepción que realiza la sentencia impugnada de manera motivada.

La **STS -Pleno- 29/09/2021, R. 3/20 (ECLI:ES:TS:2021:3491)**, con un voto particular, propugna que el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para resolver la demanda, planteada por diversas asociaciones judiciales, en la que se solicitaba que se declarase que el CGPJ ha incumplido su obligación de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral, con condena a la regulación de la carga de trabajo conforme a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial. No es adecuado el de impugnación de actos administrativos en materia social (art. 151 LRJS) porque la actuación cuestionada en materia de prevención de riesgos laborales la realiza el CGPJ a modo de empresario, como garante de seguridad. Además, se trata de un conflicto jurídico. La **STS 07/09/2021, R.103/20 (ECLI:ES:TS:2021:3349)** sostiene igualmente que el procedimiento adecuado es el de conflicto colectivo frente al procedimiento de impugnación de actos administrativos para impugnar una convocatoria de concurso de traslados de la Comunidad de Madrid.

También la **STS 17/02/2022, R. 258/21 (ECLI:ES:TS:2022:648)** se enfrenta a la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo frente al de impugnación de actos administrativos. Diferencia entre la constatación por la autoridad laboral de la fuerza mayor que, como acto administrativo, debería ser impugnado por el procedimiento, art. 151 LRJS, de la impugnación de la medida empresarial que ejecuta la suspensión de los contratos -o reducción de jornada- que ha de impugnarse por el procedimiento de conflicto colectivo, art. 138 LRJS y en el que ya no podrá cuestionarse la concurrencia de la fuerza mayor (la resolución administrativa goza ya de firmeza). Para identificar la pretensión ejercitada acude al suplico de la demanda, que se dirige frente a la medida empresarial, lo que supone que el procedimiento es el de conflicto colectivo, lo que lleva a anular actuaciones al momento de dictar sentencia.

En la **STS -Pleno- 17/02/2022, R. 123/20. (ECLI:ES:TS:2022:701)**, la Sala aclara la adecuación de la vía colectiva frente a la de impugnación de convenios colectivos porque el suplico de la demanda no postula la eliminación del art. 21 del Convenio Colectivo para el transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, como alega la recurrente, sino que se retribuyan como horas extraordinarias las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias. La modalidad procesal de conflicto colectivo es adecuada cuando, como es el caso, lo que se combate es una determinada actuación de la empresa en la aplicación del convenio y para ello se alega que los preceptos convencionales no son ajustados a derecho, sin pretender la declaración de ilegalidad de estos.

No puede, en cambio, entenderse adecuado este procedimiento, y así se hace de oficio en la **STS 21/12/2021, R. 79/20 (ECLI:ES:TS:2021:4870)**, cuando

la demanda solicita que se declare el derecho de los trabajadores de determinadas categorías profesionales a pertenecer a un determinado grupo profesional con una categoría superior. La necesidad de acreditar y comprobar el cumplimiento por parte de cada uno de los trabajadores afectados de los requisitos convencionales para pertenecer a las categorías reclamadas hace de dicho conflicto un conflicto plural y no colectivo.

La inadecuación del procedimiento también puede ser parcial, como ocurre en la **STS 01/04/2022, R. 60/20, (ECLI:ES:TS:2022:1355)**, en la que se aprecia de oficio. En el caso, la segunda de las pretensiones: que la tabla salarial del convenio para el año 2019 en determinadas categorías, una vez aplicado el incremento del SMI debe quedar como señala la demanda, implicaría la modificación de lo pactado por los negociadores y requiere una individualización tributaria.

3.6.4. Legitimación

La **STS 15/06/2021, R. 85/19 (ECLI:ES:TS:2021:2480)**, entiende que el sindicato actuante tiene legitimación activa y revoca la STSJ que entendió lo contrario. Recuerda que la legitimación activa de un sindicato en un conflicto colectivo debe examinarse desde la perspectiva del principio *pro actione* y no está condicionada a su representatividad autonómica o estatal, sino que exige la suficiente implantación en el ámbito del conflicto y la existencia de un vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito del que se trate, porque la sentencia colectiva despliega efectos prejudiciales normativos respecto de todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del conflicto. El sindicato demandante tiene implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo, porque actúa en todo el territorio de la C.A y tiene 6 representantes unitarios de un total de 54 en el ámbito del conflicto. A mayor abundamiento, en el juicio oral se adhirió a la demanda el sindicato Federación de Servicios Sociales de la UGT de Andalucía, que en el ámbito del conflicto tiene 17 representantes unitarios: un 31,48%, por lo que está legitimado para ejercer la presente acción.

También ostenta legitimación para recurrir en el caso de la **STS 11/05/2022, R. 112/20 (ECLI:ES:TS:2022:2024)**, el sindicato CSIF que de codemandado pasó a ser codemandante en el acto del juicio, adhiriéndose a la demanda del SAS, goza originariamente de la condición de parte, y no la de tercero interviniente adhesivo, y por tanto tiene legitimación para sostener la pretensión de la actora, aunque hubiera decaído la de ésta.

Si el sindicato accionante tiene representación mayoritaria en el conjunto de las empresas, es evidente su legitimación para impugnar el plan de igualdad impuesto unilateralmente por la empresa sin negociación con los legitimados [**STS 05/04/2022, R. 99/20, ECLI:ES:TS:2022:1431**].

En lo que a legitimación pasiva se refiere, la **STS -Pleno- 15/07/2021, R. 63/21, (ECLI:ES:TS:2021:3157)**, como ha reiterado en supuestos análogos, insiste en que las previsiones de los artículos 154 y 155 LRJS no agotan lo atinente al presupuesto procesal de la legitimación. En el litigio, la constitución incorrecta del litisconsorcio pasivo necesario (artículo 416.1.3º LEC), afecta de

un modo directo al derecho a la tutela judicial y ha de comportar la nulidad de todas las actuaciones posteriores a la presentación de la demanda, retrotrayéndolas al momento de su presentación a efectos de que la parte pueda subsanar el defecto de falta de llamamiento al juicio de los interesados en el mismo, ampliando la demanda frente a ellos, haciendo así efectivo el principio de tutela judicial que proclama artículo 24 CE.

3.6.5. La interrupción de la prescripción de los pleitos individuales

La Sala recuerda con, entre otras, las **STSS 24/11/2021, R. 383/19 (ECLI:ES:TS:2021:4407); 10/05/2022, R.124/19, (ECLI:ES:TS:2022:1894)**, que la tramitación de un procedimiento de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones individuales que puedan ejercitarse con el mismo objeto. El plazo de un año discurre desde la firmeza de la sentencia estimatoria de conflicto colectivo. Por sentencia colectiva se reconoció el derecho del profesorado de religión a percibir el complemento. Las actoras reclaman las cantidades correspondientes. Se debate si tienen derecho a cobrar solo con efectos retroactivos de un año desde que reclaman (tras ser firme la sentencia colectiva) o desde un año antes de que se formalizara el conflicto. La Sala reitera doctrina sobre la interrupción de la prescripción de las acciones individuales que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse por la tramitación de procedimiento de conflicto colectivo hasta que finaliza con resolución firme. Este efecto (art. 160.6 LRJS) obedece a la especial naturaleza del proceso de conflicto colectivo. La acción individual para reclamar, interrumpido su plazo por la presentación del conflicto colectivo está sujeta a un renovado periodo anual (art 59.2 ET), que comienza cuando alcanza firmeza la sentencia colectiva.

3.7. Impugnaciones de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o a su modificación

La **STS 27/01/2022, R. 92/20, (ECLI:ES:TS:2022:293)**, confirma la denegación de la solicitud de depósito de los estatutos del sindicato "Red de Abogados", por no acreditar los promotores estar sujetos a una relación laboral, o relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas. La Sala de lo social de la Audiencia Nacional desestimó la demanda y confirmó la resolución de la Dirección General de Trabajo que denegaba el depósito. Recurrída la sentencia en casación, se confirma la sentencia de instancia por no haber aportado los recurrentes ningún elemento fáctico que acredite la relación de carácter administrativo al servicio de la administración pública que recogen sus estatutos.

3.8. Impugnación de convenio colectivo

Sobre el proceso de impugnación de los convenios colectivos, la **STS 06/04/2022, R. 119/20, (ECLI:ES:TS:2022:1430)**, recuerda que está excluido de la necesidad de conciliación previa. Y en materia de legitimación, la **STS 31/03/2022, R. 59/20, (ECLI:ES:TS:2022:1341)**, se detiene en la diferencia entre la impugnación por ilegalidad y lesividad, de suerte que no está legitimada para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad quien no lo ha firmado ni está dentro de su ámbito de aplicación, pero si este tercero ostenta un interés que

puede resultar gravemente lesionado está legitimado para impugnar el convenio colectivo por lesividad. Existe lesividad en la previsión del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de A Coruña que impide concertar con empresas de trabajo temporal los contratos por circunstancias del mercado que regula.

En el mismo sentido, la **STS 06/04/2022, R. 119/20, (ECLI:ES:TS:2022:1430)** reconoce la legitimación activa para impugnar el Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo por lesividad a la asociación empresarial que agrupa empresas de trabajo temporal (ETT) no incluidas en el ámbito de aplicación del convenio que aporta indicios de que la regulación convencional impugnada pudiera lesionar gravemente sus intereses a consecuencia de contener previsiones ilegales.

3.9. Proceso de Tutela de derechos fundamentales

3.9.1. Ámbito del proceso

La **STS -Pleno- 19/01/2022, R. 205/21 (ES:TS:2022:363)**, aclara que el procedimiento iniciado no es el de tutela de derechos fundamentales porque la demanda mezcla y acumula indebidamente diversas pretensiones relativas a la vulneración del derecho a la vida y a la integridad física y otras de mera legalidad ordinaria. Ello resulta contrario a la no acumulación de acciones de otra naturaleza con el procedimiento especial de que se trata, prevista en el art. 178.1 LRJS. Ahora bien, la modalidad de tutela de derechos fundamentales no impide que la vulneración de un derecho fundamental pueda ser invocada, junto con cuestiones de legalidad ordinaria, en un proceso ordinario o, como es el caso, en un proceso de conflicto colectivo, proceso en el que no regirán las especialidades propias del especial de tutela de derechos fundamentales.

3.9.2. Legitimación pasiva del sindicato

La **STS 21/12/2021, R. 115/20, ECLI:ES:TS:2021:4956**, resuelve que el sindicato accionante y recurrente carece de legitimación para reclamar la tutela de la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva de otro sindicato que fue excluido de la composición de una comisión, cuando dicho sindicato tiene su propia personalidad jurídica, nunca otorgó al recurrente la potestad de representarle y admitió pacíficamente la composición de la misma.

3.9.3. Indemnización por daños morales

Véase sobre esta cuestión el apartado 3.1.3 en el marco del procedimiento por despido.

4. Recurso de suplicación

4.1. Defectos en el recurso de suplicación

Sobre los defectos en el recurso de suplicación se ha pronunciado la ya mencionada **STS 09/12/2021, R. 776/19, (ECLI:ES:TS:2021:4872)**, que hace referencia, de un lado, a la nítida insuficiencia del contenido del escrito de

formalización de la suplicación, que no articula ningún motivo jurídico acerca de la concurrencia, pertinencia y fundamentación de infracción o infracciones normativas o jurisprudenciales. Y de otro, a cómo la defectuosa técnica observada veda tanto la dación de respuesta, pues la Sala no puede construir de oficio el recurso, como una adecuada defensa de la contraparte.

4.2. Sentencias recurribles por razón de la materia

4.2.1. Sentencias que reconocen derechos no cuantificables económicamente

La **STS 05/04/2022, R. 4204/18 (ECLI:ES:TS:2022:1453)**, entiende que cabe recurso cuando la pretensión objeto del proceso es la del reconocimiento a todos los efectos de una determinada antigüedad. Se trata de una acción declarativa que, conforme a lo establecido en el convenio colectivo y los acuerdos invocados en la demanda, despliega efectos jurídicos en diferentes ámbitos de la relación laboral no cuantificables económicamente. En particular afecta al orden del trabajador en las bolsas de empleo que dan acceso a determinados puestos de trabajo.

4.2.2. Las sentencias que reconocen el acceso a prestaciones de la seguridad social

La **STS 26/04/2022, R. 1758/21 (ECLI:ES:TS:2022:1813)** entiende que es recurrible en suplicación, con independencia de la cuantía, la sentencia que reconoce el derecho de la beneficiaria de una pensión de viudedad a incrementarla en la parte que venía percibiendo la ex cónyuge del causante, una vez que se produce su fallecimiento. La Sala anuda la recurribilidad a que está en juego el reconocimiento de una prestación de seguridad social.

4.2.3. Las sentencias dictadas en relación materias relacionadas con modalidades procesales cuyas sentencias no admiten recurso

La **STS 09/12/2021, R. 2570/20 (ECLI:ES:TS:2021:4701)** argumenta que el procedimiento de clasificación profesional no es el seguido en la demanda que interesa el ascenso sin haber seguido el procedimiento contemplado en el convenio colectivo, lo que significa la recurribilidad de la sentencia. Lo decisivo es la petición formulada. A la vista de la misma no se trata de una reclamación de clasificación profesional, sino de decidir si el trabajador tiene derecho al ascenso en las condiciones señaladas.

También es recurrible en suplicación, la sentencia que resuelva la pretensión relativa a que se mantenga la categoría profesional que se ostentaba, aunque no figure en el nuevo convenio colectivo aplicable, al no ser materia propia del proceso especial de clasificación profesional [**STS 27/10/2021, R.4913/18, ECLI:ES:TS:2021:4083**].

Lo mismo sucede cuando, junto a una demanda de clasificación profesional, se acumula una reclamación de cantidad y esta supera los 3000 euros pues el art. 191.2 LRJS prevé que cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 137.3 LRJS, que permite la acumulación con una

reclamación de cantidad; lo que supone el acceso al recurso de la reclamación de clasificación **[STS 20/07/2021, R. 3468/18, (ECLI:ES:TS:2021:3093)]**.

En relación con la impugnación de las bajas médicas por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la **STS 19/01/2022, R. 2470/19 (ECLI:ES:TS:2022:83)** recuerda que el proceso del art. 140 LRJS no es el adecuado para que las mutuas impugnen las bajas médicas, sino para que los trabajadores impugnen las altas médicas. Por tanto, frente a las sentencias que resuelvan impugnaciones de las mutuas sobre bajas médicas cursadas por los servicios públicos de salud cabe recurso de suplicación.

4.2.4. Sentencias dictadas en procedimientos que no admiten suplicación, pero que son impugnadas por vulneración de normas esenciales del procedimiento

La **STS 09/12/2021, R. 2138/20 (ECLI:ES:TS:2021:4658)**, en el marco de la impugnación del alta médica, admite la procedencia del recurso de suplicación al amparo del art. 193.1 d) LRJS por vulneración de normas esenciales del procedimiento que han causado indefensión. Pero la sentencia de segundo grado deberá limitarse a la comprobación del defecto procesal alegado.

Por el contrario, no es una infracción procesal que permita el acceso a suplicación al amparo de la norma mencionada, la indivisibilidad de la ficta confessio. Así se encarga de advertirlo la **STS 05/04/2022, R. 3431/20 (ECLI:ES:TS:2022:1433)**, porque la ficta confessio afecta al enjuiciamiento del fondo del asunto.

4.2.5. Sentencia en materia de impugnación de modificación sustancial acompañada de tutela de derechos fundamentales

La **STS 07/07/2021, R. 3849/18, (ECLI:ES:TS:2021:2954)** reitera doctrina y confirma que cabe recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social, en un proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo individual en el que se solicita la nulidad de la medida impugnada, y a tal efecto se alega la existencia de una infracción de derechos fundamentales.

4.3. Sentencias recurribles por razón de la cuantía. Determinación de la cuantía litigiosa y momento procesal oportuno para ello

Como reiteran, entre otras las **SSTS 21/09/2021, R. 3026/20 (ECLI:ES:TS:2021:3554); 06/10/2021, R. 3261/20 (ECLI:ES:TS:2021:3793) y 23/02/2022, R. 4752/18, (ECLI:ES:TS:2022:838)**, la cuantía litigiosa para acceder a la suplicación, que determina la competencia de la sala de segundo grado y la de casación y por ello examinable de oficio, viene determinada por lo reclamado en demanda o lo concretado en conclusiones y en el caso de que sean varios los demandantes, se considera la pretensión de cuantía mayor, sin computar intereses ni recargos por mora **[STS 10/11/2021, R. 281/20 (ECLI:ES:TS:2021:4335)]**.

La determinación de la cuantía en reclamaciones de diferencias de base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad, como existen dos

demandantes y cada uno de ellos es titular de una pensión diferente, con su propio régimen jurídico para el reconocimiento, mantenimiento y extinción, ha de estarse a la mayor de las cuantías reclamadas, que no a la suma de las diferencias reclamadas por ambas pensiones [**STS 10/11/2021, R. 281/20 (ECLI:ES:TS:2021:4335)**].

El mismo límite de 3000 euros determina el acceso al recurso cuando se impugnan sanciones en materia de seguridad social, calculada en la manera prevista en el art. 192.4 LRJS y referida al contenido económico del acto sancionador que se pretende anular. Y esta doctrina es válida tanto para sanciones impuestas al trabajador como al empleador en [**SSTS 10/11/2021, R. 1250/20 (ECLI:ES:TS:2021:4301); 09/12/2021, R. 3767/20 (ECLI:ES:TS:2021:4704) y 06/04/2022, R. 1066/18 (ECLI:ES:TS:2022:1519)**].

No se entrará a conocer del recurso sobre la reclamación de 1876 euros en concepto de indemnización por el hecho de que la empleadora hubiere dejado de abonar en 2007 la póliza de asistencia sanitaria que venía pagando desde 1995 [**STS 28/09/2021, R. 2023/18, (ECLI:ES:TS:2021:3709)**]. Tampoco frente a la reclamación del abono de un determinado plus, como el de radioscopia [**STS 21/09/2021 R. 834/20, (ECLI:ES:TS:2021:3409)**]; o una demanda por diferencias en las aportaciones al plan de pensiones, inferiores todas a 3.000 euros en cómputo anual [**STS 09/12/2021, R. 2154/20 (ECLI:ES:TS:2021:4852)**] Y la misma línea sigue la **STS 06/04/2022, R. 827/19, (ECLI:ES:TS:2022:1447)**, respecto de la reclamación de cantidad correspondiente a bienios.

Igualmente queda sin recurso la sentencia que desestima la demanda de reintegrar al actor el incremento del 20% en la prestación de IP Total, cuyo abono había suspendido una resolución del INSS durante un periodo concreto y cuyo importe es inferior a 3000. La **STS 22/12/2021, R. 1789/19 (ECLI:ES:TS:2021:4944)** razona que lo que se debate es la mayor cuantía de la prestación reconocida, pero no una nueva prestación o un nuevo grado de incapacidad y no puede apreciarse la existencia de afectación general, puesto que la cuestión debatida gira sobre una concreta resolución administrativa que sólo afecta al beneficiario.

En similar sentido, la **STS 22/02/2022, R. 26/19 (ECLI:ES:TS:2022:654)** indica que no hay recurso para la reclamación del subsidio correspondiente al período de suspensión de la prestación por incapacidad temporal tras la incomparecencia del trabajador a la citación de la Mutua, porque su importe es de 606,72 €. y no cabe equiparar la suspensión del derecho a percibir prestaciones con su denegación.

Tampoco cabe suplicación en el supuesto de la **STS 17/05/2022, R. 462/19 (ECLI:ES:TS:2022:1870)**, en el que se reclama el complemento por mínimos a cargo de la Seguridad Social española, de una pensión de jubilación reconocida al amparo del Convenio Bilateral Hispano Argentino de Seguridad Social. No se discute el derecho a percibir el complemento por mínimos, sino tan solo su importe en función del tipo de cambio aplicable entre pesos y euros y la diferencia que no supera los 3000 €, sin que se alegase afectación general, que

no aparece acreditada, porque en la fecha de la sentencia únicamente consta la existencia de otro recurso de casación unificadora sobre la materia.

Cuando la cuantía reclamada supere los 3000 euros, la sala de suplicación será competente funcionalmente para conocer del recurso, como señala las **SSTS 02/07/2021, R. 4788/18, (ECLI:ES:TS:2021:3013), y 06/10/2021, R. 3261/20 (ECLI:ES:TS:2021:3793)**; aunque el derecho en cómputo anual no alcance dicha cifra, pero sí lo haga la cantidad reclamada como prevé la **STS 08/09/2021, R. 2978/18 (ECLI:ES:TS:2021:3367)**; o al revés, cuando la anualización de la reclamación conlleve el acceso a suplicación [**STS 31/05/2022, R. 306/21 (ECLI:ES:TS:2022:2185)**]. También, cuando se trata de una sanción en materia de seguridad social que supera dicha cantidad [**SSTS 10/11/2021, R. 1250/20 (ECLI:ES:TS:2021:4301); 09/12/2021, R. 3767/20 (ECLI:ES:TS:2021:4704) y 06/04/2022, R. 1066/18 (ECLI:ES:TS:2022:1519)**]; o una reclamación de 151 días de prestación de incapacidad temporal y la cuantía litigiosa también supera la citada cuantía [**STS 30/11/2021, R. 884/20 (ECLI:ES:TS:2021:4448)**].

El umbral de la cuantía para recurrir cuando se trata de procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral asciende a 18.000 euros ex art. 191.3 g) LRJS, de modo que, como define la **STS 23/11/2021, R. 2621/19 ECLI:ES:TS:2021:4463**, no es recurrible la sentencia que resuelve la impugnación de una sanción en materia laboral, en el caso por cesión ilegal, en cuantía inferior a 18.000 euros.

Por último, y como recuerda la **STS 30/11/2021, R. 1793/19 (ECLI:ES:TS:2021:4546)**, no cabrá recurso de suplicación contra la sanción por temeridad, cuando no cabe contra la reclamación principal, por cuanto su naturaleza es accesoria a la principal.

4.4. Sentencias recurribles por afectación general

En el período al que se refiere la presente crónica destaca, en lo que respecta al acceso al recurso por afectación general, cómo la Sala Cuarta, ante recursos sobre reclamaciones similares, ha debido acomodar un inicial criterio sobre la inexistencia de afectación general a, con el transcurso de los meses y la constatación de la misma, entender recurrible la sentencia de instancia.

Así ha sucedido, por una parte, con la reclamación de cantidad de los médicos internos residentes o los profesionales sanitarios en formación, vinculados a la Comunidad de Madrid mediante un contrato para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. Se debate el derecho a percibir las dos pagas extraordinarias previstas en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, conforme al sueldo base establecido en el contrato o en el importe inferior fijado por sendas Órdenes de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid dictadas en aplicación a su vez de las respectivas leyes de presupuestos generales para los años 2017 y 2018. La **STS 23/11/2021, R. 3372/20 (ECLI:ES:TS:2021:4360)** se pronunció sobre falta de competencia funcional de la sala de suplicación porque la afectación general no era notoria ni había sido probada en el proceso por ninguna de las partes ni poseía un

contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de ellas. Añadía que, aunque toda cuestión que versa sobre la interpretación de la ley es susceptible de afectación general, ello no implica que lo sea de hecho, ya que para apreciarla se requiere que realmente todos o un gran número de trabajadores o beneficiarios estén no potencialmente, si no de hecho, afectados por la cuestión debatida en el litigio, lo que en el supuesto examinado no concurre.

Pues bien, sin perjuicio de la **STS 06/10/2021, R. 3470/20, (ECLI:ES:TS:2021:3841)**, que sobre un asunto similar aprecia la competencia funcional porque en la demanda se alega discriminación, una posterior **STS 06/06/2022, R. 919/21 (ECLI:ES:TS:2022:2360)** entiende que la sala de segundo grado era competente para conocer del recurso. Frente al pronunciamiento anterior sobre la incompetencia funcional de dicha sala, subraya, tras recordar cómo en otras ocasiones la existencia de afectación general se aprecia tras previas resoluciones que declaran la falta de competencia funcional para conocer de recursos similares, que en el asunto debatido es apreciable la afectación general porque la Sala tiene constancia de que se ha planteado similar cuestión ante diferentes órganos judiciales de todo el territorio nacional, y en han dictado un importante número de sentencias por las salas de lo social e, incluso, han llegado a la Sala diferentes recursos de unificación de doctrina sobre la misma materia.

Otro tanto ocurre con las reclamaciones relativas a los días de subsidio de IT transcurridos desde la resolución administrativa con declaración de alta médica con extinción del subsidio, (por agotamiento del período y sin declaración de incapacidad permanente) hasta la notificación de dicha resolución al interesado. Las **SSTS 14/10/2021, 3629/18 (ECLI:ES:TS:2021:3911); 09/12/2021, R. 3151/19 (ECLI:ES:TS:2021:4761) y 10/12/2021, R. 3978/20, (ECLI:ES:TS:2021:4715)**, entendieron que la sala de suplicación carecía de competencia funcional para conocer del recurso, pues la cuantía no superaba los 3.000 euros. Pero la **STS 06/04/2022, R. 1289/21, (ECLI:ES:TS:2022:1426)**, se pronuncia sobre el fondo porque considera que la reiteración en la inexistencia de afectación general es, precisamente, reveladora de la existencia de un nivel tan elevado de litigiosidad que lleva a reconsiderar la anterior posición e interpretar que en el momento es notoria la afectación general. Por ello las **SSTS 27/04/2022, R. 78/21 (ECLI:ES:TS:2022:1732) y R. 456/19 (ECLI:ES:TS:2022:1728)** entienden que la afectación ya puede considerarse notoria y reiteran la doctrina de la STS 310/2022 de 6 abril, R. 1289/21.

Y lo mismo acontece con una inicial sentencia que califica de no recurrible la que resuelve sobre el derecho al permiso de dos días adicionales por hospitalización de familiar en distinta localidad, porque su traducción económica no supera los 3000 euros [**STS 15/09/2021, R. 1362/20 (ECLI:ES:TS:2021:3407)**]; tras la que la Sala, a la vista de nuevos datos sobre la repercusión de lo discutido, alcanza solución diversa en las **SSTS 17/11/2021, R. 3105/20, (ECLI:ES:TS:2021:4293), y R. 3115/2019 (ECLI:ES:TS:2021:4325)**, en las que expone el cambio de criterio dado que la propia empleadora ha puesto de relieve la existencia de múltiples litigios, que la sala de suplicación ha abierto un trámite específico, que consta igualmente que en diversas Comunidades Autónomas se ha suscitado la misma discusión y

existe ya un volumen de litigiosidad razonablemente elevado a los efectos de considerar que el litigio es subsumible en el precepto procesal que abre las puertas a la suplicación.

La pendencia de asuntos similares en la Sala Cuarta es, lo que, junto a los argumentos de la sentencia de instancia sobre la amplia litigiosidad, lleva a la **STS 15/12/2021, R. 3903/20, (ECLI:ES:TS:2021:4858)**, a apreciar la afectación general en los recursos frente a la reclamación a sus trabajadores por parte de la CNMV del reintegro de lo abonado en concepto de ayuda de comida y transporte.

Y la **STS 10/12/2021, R.2849/20, (ECLI:ES:TS:2021:4716)** aprecia la afectación general teniendo en cuenta que la cuestión debatida, en los recursos acumulados, -que es si el nuevo convenio podía disponer peyorativamente o no de derechos incorporados a los contratos de trabajo de los demandantes durante la vigencia del convenio precedente-, afecta a todos o a un gran número de trabajadores de la misma empresa; que las partes no pusieron jamás en duda la generalidad del litigio que, por tanto, es un hecho pacífico, y que se ha acreditado la promoción de un conflicto colectivo, que contenía la misma pretensión. En la **STS 15/02/2022, R. 4377/18 (ECLI:ES:TS:2022:821)** la notoria afectación general es consecuencia de un conflicto colectivo previo del que trae causa la demanda.

Las **SSTS 26/04/2022, R. 2040/19, (ECLI:ES:TS:2022:1655)** y **24/05/2022, R. 1138/19, (ECLI:ES:TS:2022:2123)**, estiman concurrente la afectación general en la reclamación del reintegro de la asistencia sanitaria prestada por una Mutua por parte del Servicio Andaluz de Salud.

Por lo demás, reiteran doctrina sobre la existencia de afectación general las **SSTS 10/11/2021, R. 3662/19, (ECLI:ES:TS:2021:4195)** y **R. 3368/19, (ECLI:ES:TS:2021:4195)**, respecto de las reclamaciones de antigüedad a efectos promoción económica y profesional de los trabajadores fijos discontinuos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

5. Recurso de casación (ordinaria)

5.1. Resoluciones recurribles

La **STS 19/07/2021 R. 31/21 (ECLI:ES:TS:2021:3111)**, recuerda que no es recurrible en casación el auto dictado por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, resolviendo el recurso de reposición interpuesto frente al Auto que estima parcialmente la adopción de medidas cautelares, previas a la interposición de demanda de despido colectivo.

5.2. Defectos del recurso

Abundan los pronunciamientos que desvelan los incumplimientos formales del recurso que impiden el examen de la cuestión casacional, como, por ejemplo, cuando concurre una falta absoluta de fundamentación de las infracciones denunciadas [**SSTS 05/04/2022, R.140/20, (ECLI:ES:TS:2022:1522)** y **16/06/2021, R. 35/19, (ECLI:ES:TS:2021:3008)**]; o

cuando se articula un único motivo en el que interesa la revisión de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida sin formular ningún motivo por infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia [**STS -Pleno- 18/05/2022, R. 348/21 (ECLI:ES:TS:2022:2186)**].

Recuerda igualmente la Sala que la técnica de este recurso se desconoce cuando se reiteran los argumentos de la demanda y no se fijan las concretas infracciones cometidas por la sentencia frente a la que se interpone la casación, porque la casación debe dirigirse frente al fallo de la sentencia no contra la conducta empresarial cuestionada [**STS -Pleno- 22/09/2021, R. 106/21 (ECLI:ES:TS:2021:3492)**].

No son pocas las sentencias que subrayan los defectos en los motivos de revisión fáctica como la **STS 16/06/2021, R. 35/19, (ECLI:ES:TS:2021:3008)** en la que no se identifica hechos probados a revisar ni se propone texto alternativo a introducir. La **STS 15/09/2021, R. 81/20 (ECLI:ES:TS:2021:3393)** indica que la denuncia de error en la apreciación de la prueba no puede dirigirse a introducir valoraciones jurídicas. En parecido sentido, la **STS 15/06/2021, R. 85/19 (ECLI:ES:TS:2021:2480)** se hace eco de la reiterada doctrina jurisprudencial que niega eficacia revisora casacional a los convenios colectivos publicados en un boletín oficial porque resulta aplicable el principio iura novit curia, por lo que no es cuestión de hecho el texto del convenio, que no debe incluirse en los hechos probados de la sentencia. La Sala puede razonar sobre él sin necesidad de incorporarlo al relato. Como la **STS 08/04/2022, R. 20/21 (ECLI:ES:TS:2022:1632)**, que recuerda que la demanda rectora y la solicitud de mediación no son documentos idóneos para sustentar una pretensión revisora casacional. Por su parte, la **STS 26/01/2022, R. 106/20 (ECLI:ES:TS:2022:417)** recuerda, así mismo, que el recurso de casación no puede ampararse en la modificación de los hechos probados sin formular motivo de censura jurídica.

Un caso particular es el de la **STS 19/05/2022, R. 320/21 (ECLI:ES:TS:2022:1935)**, en materia de despido colectivo, en el que la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) combate, como -único motivo, la cesión ilegal que es sólo una de las causas que ha motivado la estimación de la demanda, con lo cual, aunque se admitiera no sería posible revocar la sentencia recurrida. Aun así, la Sala examina el motivo del recurso, pese a su inhabilidad para revocar el fallo y lo desestima. Algo similar sucede en la ya mencionada **STS -Pleno- 18/05/2022, R. 246/21, (ECLI:ES:TS:2022:2038)**, en la que se había apreciado caducidad y falta de legitimación y se recurre únicamente esta última, sobre lo que la Sala se pronuncia por entender existente un interés legítimo, pero a sabiendas de la imposibilidad de revocar el fallo de la sentencia recurrida.

5.3. Condiciones del escrito de impugnación y de las alegaciones al mismo

También el escrito de impugnación es objeto de riguroso examen como en la **STS 14/09/2021, R. 2/20 (ECLI:ES:TS:2021:3404)** que, tras un recorrido por la jurisprudencia sobre los límites de dicho escrito, examina los motivos subsidiarios de fundamentación del fallo y entra a conocer de los mismos.

La **STS 01/04/2022, R. 60/20, (ECLI:ES:TS:2022:1355)**, razona que no cabe en el escrito de impugnación cuestionar la adecuación del procedimiento, sino que, en la medida en que la excepción al efecto se desestimó en instancia, debería haberse recurrido dicho extremo, pues el escrito en cuestión no puede ser el cauce adecuado para la anulación o revocación total o parcial de la sentencia que se recurre en casación. Ahora bien, la particularidad del pronunciamiento estriba en que aunque, a la luz de las condiciones impuestas por el art. 111 LJS, no cabría examinar la inadecuación procedimental aducida en la impugnación, la afectación del orden público procesal que la materia de inadecuación de modalidad procesal comporta, lleva a la Sala a tomarla en consideración al estar comprometida su propia competencia.

En cuanto al escrito de alegaciones al escrito de impugnación, la **STS 15/09/2021, R. 81/20 (ECLI:ES:TS:2021:3393)** recuerda que no tiene virtualidad alguna a la hora de resolver la Sala, aunque la de instancia haya dado traslado a dicha parte a tal efecto, a tenor del art. 211.3 LRJS. Las alegaciones que puede la parte recurrente presentar lo son frente a causas de inadmisibilidad del recurso (art. 213.4 LRJS), o cuando se proponga por las recurridas revisiones fácticas. En el caso ninguna de dichas partes ha alegado causas de inadmisión o modificación de los hechos probados, sino que se han limitado a argumentar la desestimación de los motivos que se plantearon por el recurrente.

6. Recurso de casación para la unificación de doctrina

6.1. Defectos en la preparación e interposición

Los defectos en los escritos de preparación e interposición han sido objeto de numerosos pronunciamientos, y, como advierte la **STS 31/05/2022, R. 306/21 (ECLI:ES:TS:2022:2185)**, el examen del cumplimiento de los requisitos formales de los escritos de preparación e interposición es previo al de la competencia funcional cuando es alegada por el recurrente. Las sentencias señalan como causas de desestimación de los motivos o de los recursos, entre las más comunes, la falta de fundamentación de la infracción legal, cuando la parte recurrente no ha efectuado el oportuno desarrollo argumental fundamentando la pretendida infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia. La Sala Cuarta también advierte que no es suficiente tampoco para cumplir el requisito legal la posible remisión tácita a la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste y, desde luego, tampoco cabe, que la Sala, vulnerando el principio de igualdad entre las partes, construya de oficio el recurso calificado de insuficiente. [por todas, **SSTS 10/12/2021, R.2849/20, (ECLI:ES:TS:2021:4716); 28/10/2021, R. 3949/18 (ECLI:ES:TS:2021:4077); 25/01/2022, R. 928/21, (ECLI:ES:TS:2022:295); 26/01/2022, R. 678/21 (ECLI:ES:TS:2022:472) y R. 1053/21, (ECLI:ES:TS:2022:364); 27/01/22 R. 3093/19 (ECLI:ES:TS:2022:290); 01/02/2022, R. 3482/19 (ECLI:ES:TS:2022:534); 09/02/2022, R. 170/20 (ECLI:ES:TS:2022:535); 22/03/2022, R. 3660/19 (ECLI:ES:TS:2022:1268) y 19/04/2022, R. 2827/18 (ECLI:ES:TS:2022:1529)].**

La falta de relación precisa y circuntanciada de la contradicción alegada es otro de los defectos más recurrentes por el cual el recurso se limita a comparar, en términos bastante parcos la sentencia recurrida y la traída como referencial, sin explicar tampoco la contradicción doctrinal existente entre ambas; o bien, se limita simplemente a reproducir de manera literal una parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia referencial, sin concretar la más mínima explicación de la que pudiere deducirse un cierto nivel de análisis comparativo de una y otra, para afirmar a continuación que ambos asuntos son iguales, y que la buena doctrina sería la contenida en la sentencia de contraste. El recurso que así procede no realiza la necesaria comparación entre hechos, fundamentos y pretensiones en los términos exigidos legalmente, sin que la mera transcripción literal de la sentencia referencial sirva en ningún caso para cumplir con aquellas exigencias legales. [por todas, **SSTS 25/01/2022, R. 928/21, (ECLI:ES:TS:2022:295)**; **22/03/2022, R. 3660/19 (ECLI:ES:TS:2022:1268)**; **19/04/2022, R. 2827/18 (ECLI:ES:TS:2022:1529)** y **26/04/2022, R. 1121/20 (ECLI:ES:TS:2022:1659)**]

Como contempla la **STS 25/01/2022, R. 839/20 (ECLI:ES:TS:2022:226)**, se incurre también en un defecto formal cuando un motivo en el que solicita la nulidad de actuaciones no invoca ninguna sentencia de contraste.

Finalmente, la **STS 29/06/2021, R. 3297/18, (ECLI:ES:TS:2021:2872)** razona sobre los defectos en los que incurre el recurso, frente a una sentencia que no entró en el fondo por falta de competencia funcional, que invoca como contradictoria una sentencia sobre la cuestión de fondo. Se desestima el recurso por limitarse éste a plantear la cuestión de fondo ignorando el pronunciamiento de la recurrida.

6.2. Idoneidad de la Sentencia de contraste

Particularmente significativa es en este punto la **STS 17/05/2022, R. 1224/19, (ECLI:ES:TS:2022:1994)**, que recuerda que los autos no son idóneos como término de comparación porque la contradicción, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, ha de establecerse exclusivamente con las sentencias que menciona el artículo 219 LRJS, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos otro tipo de resoluciones.

La **STS 09/12/2021, R. 776/19, (ECLI:ES:TS:2021:4872)** recuerda la exigencia de que la sentencia de contraste sea firme, de suerte de que de no serlo es inidónea como sentencia referencial

Finalmente, las **SSTS 14/12/2021, R. 3047/19 (ECLI:ES:TS:2021:4727)**; **08/03/2022, R. 3271/19, (ECLI:ES:TS:2022:1006)** y **22/03/2022, R. 1389/20 (ECLI:ES:TS:2022:1269)** se pronuncian sobre la inhabilidad a efectos referenciales de las sentencias de Sala Cuarta que desestiman el recurso por falta de contradicción, porque al no pronunciarse sobre el fondo del asunto, no establece ninguna doctrina respecto de la cual pudiere efectuarse la unificación de doctrina.

6.3. Requisito de la contradicción. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción

La **STS 22/03/2022, R. 1389/20 (ECLI:ES:TS:2022:1269)**, recuerda que los hechos que deben ser tenidos en cuenta a efectos de llevar a cabo la comparación entre las sentencias recurrida y de contraste pueden ser también aquellos que se encuentran erróneamente en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia. Sin embargo, esta operación debe hacerse con especial cuidado porque ha de distinguirse entre lo que son las conclusiones y valoraciones jurídicas del órgano judicial, de lo que realmente pueda ser un reflejo de los datos objetivos del relato histórico.

La **STS 03/03/2022, R. 3583/18 (ECLI:ES:TS:2022:898)**, también en lo que respecta a la comparación de los hechos a efectos de contradicción y reiterando doctrina, se pronuncia sobre la existencia de contradicción como consecuencia de la admisión ex art. 233 LRJS de un documento; aunque no entra sobre el fondo, sino que falla anulando actuaciones para que se dicte sentencia valorando también la documental.

Debemos hacernos eco en este apartado un año más de la ampliación de las fronteras de la casación unificadora que abarca progresivamente supuestos en los que tradicionalmente la Sala había apreciado de modo unánime la imposibilidad de contradicción, como en el caso de la calificación de los despidos disciplinarios, ante el casuismo intrínseco de las sentencias y así, las **SSTS 21/12/2021, R. 1090/19 (ECLI:ES:TS:2021:4922) y 06/04/2022, R. 834/19 (ECLI:ES:TS:2022:1446)** -esta última con un voto particular- califican de procedente el despido enjuiciado tras apreciar la preceptiva contradicción entre la recurrida y referencial.

Debemos remitirnos en este apartado a los relativos a la competencia de la jurisdicción social; a la sentencia, en lo que respecta, por ejemplo, a la cosa juzgada-, y a la adecuación de procedimiento. En estos debates la Sala Cuarta puede decidir sin mediar la contradicción por tratarse de cuestiones de orden público, tal como se ha señalado; lo que no significa que, de impugnarse por la recurrente, queden eximidos de la exigencia de la misma.

Pero merecen traerse a colación dos sentencias que, en materia de competencia, resultan especialmente didácticas. Por una parte, la **26/04/2022, R. 4923/19 (ECLI:ES:TS:2022:1672)**, que desbroza las exigencias de contradicción o no según el concreto aspecto competencial que aborde el recurso. Así, diferencia entre: 1) Competencia internacional, territorial y funcional, en la que reiterada doctrina jurisprudencial ha afirmado que la determinación de la competencia es una cuestión de orden público cuya resolución ha de hacerse de oficio, por lo que no es exigible la concurrencia del presupuesto procesal de contradicción. 2) Competencia material, en la que sí se ha exigido el cumplimiento del requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, por ser una cuestión cuya solución no depende de la sola aplicación de unos preceptos procesales como en el supuesto relativo a la competencia funcional, sino de consideraciones fácticas que necesitan de

sentencias contradictorias para su posible solución. 3) La competencia objetiva, que determina si el conocimiento del pleito en la instancia le corresponde al juzgado de lo social, a la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo y que también exige el cumplimiento del requisito de contradicción del recurso de casación unificadora, a diferencia de las competencias internacional, territorial y funcional.

Por otra parte, la **STS 31/05/2022, R. 306/21 (ECLI:ES:TS:2022:2185)** recuerda de un modo didáctico lo que respecta a la cuestión de la competencia funcional de la sala de suplicación y cómo se aborda en casación unificadora en relación con la no exigencia de contradicción. La Sala recuerda la necesidad de diferenciar dos supuestos:

a) Cuando el TSJ dicta una sentencia resolviendo un recurso de suplicación pese a que carece de competencia funcional; supuesto en el que el TS aprecia de oficio la falta de competencia, sin someterse a la letra del recurso. La sala Cuarta entonces no estima el recurso de casación, sino que anula de oficio las actuaciones que vulneran la competencia funcional y declara la firmeza de la sentencia del juzgado de lo social.

b) Cuando el TSJ dicta una sentencia negando su competencia funcional. En este caso, la parte recurrente que postula que el TS revoque la sentencia del TSJ, deberá cumplir los requisitos formales de los escritos de preparación e interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina. La naturaleza de orden público y el examen de oficio de la competencia funcional no excusa a la parte recurrente de cumplir los requisitos formales y temporales del recurso de casación unificadora, ni de presentar el correspondiente depósito y consignación, cuando sean necesarios.

Debemos recordar, y siempre en los términos didácticos en los que nos estamos moviendo, que, cuando sea la recurrente la que invoque los motivos de competencia en los que no es preceptiva la contradicción, deberá aportar una sentencia de contraste, aunque la Sala Cuarta decida sobre la concurrencia o no de dicha competencia sin necesidad de examinar la contradicción.

6.4. Contradicción a fortiori

Particularmente interesante en materia de contradicción resulta la contradicción a fortiori, en la que no concurre la igualdad fáctica pero dicha desigualdad lo que hace es precisamente reforzar la contradicción. Esto sucede cuando la sentencia de contraste con menos elementos de hecho que los contenidos en la recurrida llega a la consecuencia jurídica que pretende la recurrente de la sentencia que está impugnando. Es lo que sucede en la **STS 12/01/2022, R. 1970/19 (ECLI:ES:TS:2022:225)**, en la medida en que la recurrida ha concluido que el exceso en la prestación de servicios de un solo día hábil transforma el contrato de interinidad en indefinido, mientras que la referencial niega esa misma consecuencia jurídica, en un supuesto en el que la prestación se ha prolongado durante 40 días desde que la empresa tiene conocimiento de la finalización de la causa de sustitución en la que se sustentaba la interinidad. Algo similar sucede en la **STS 02/11/2021, R 3627/19,**

(ECLI:ES:TS:2021:4070), sobre el derecho a la indemnización al finalizar un contrato de interinidad por vacante en el empleo público como consecuencia de que la plaza pasa a ser ocupada por quien la ha obtenido tras el procedimiento reglamentario. La Sala entiende concurrente la contradicción a fortiori porque si la sentencia de contraste deniega la indemnización incluso cuando no hay continuidad de servicios, su doctrina es, a fortiori, contraria a la de la recurrida en que se reconoce esa compensación pese a concurrir el nombramiento como personal estatutario.

7. Aspectos comunes a los recursos de suplicación y casación

7.1. Legitimación para recurrir

La **STS 27/04/2022, R. 247/21 (ECLI:ES:TS:2022:1727)**, por todas, nos recuerda que ostenta legitimación para recurrir la parte que resulta perjudicada por el pronunciamiento, sin que necesariamente sea la vencida en el recurso de suplicación.

7.2. Plazo

En lo que se refiere al plazo para la interposición del recurso de suplicación, la **STS 14/05/2021, R. 3870/18 (ECLI:ES:TS:2021:2459)** recuerda que el art. 60. 3 LRJS determina que los actos de comunicación a, entre otros, el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, se tienen por realizados al día siguiente de la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción; lo que significa que el recurso de suplicación sí que estaba en plazo, porque si la notificación tuvo lugar el día 24 de junio, ésta se tiene por realizada el siguiente día hábil, que sería el 27 de junio (lunes), con lo cual el plazo de diez días comenzaría a computar el día hábil siguiente de esta última fecha, esto es, el día 28 de junio (martes). El plazo concluiría el día 12 de julio computando el día de gracia, por lo que el recurso presentado el 11 de julio estaba en plazo.

En similares términos se pronuncia la **STS 17/02/2022, R. 2669/19 (ECLI:ES:TS:2022:712)** en la que la recurrente retiró la notificación de la DIOR de 28-1-2019, que tuvo por anunciado el recurso y puso a disposición de la recurrente los autos para la interposición del mismo, el 30-1-2019 y formalizó el recurso el 14-2-2019 a las 19:46 h. La Sala Cuarta remite al Acuerdo no jurisdiccional de Pleno, de 6 de julio de 2016, en cuanto a las notificaciones a través del sistema LexNet en el orden social y plazos procesales, por el que, entre otras cuestiones y para los supuestos, como en el de autos, en los que se accede al contenido del acto de comunicación procesal durante los tres días hábiles posteriores a su remisión, la notificación se entiende realizada al día siguiente de dicho acceso. De este modo, el día 31-1-2019, es aquél en que debe entenderse notificada la diligencia y el plazo comienza a computar el día siguiente 1-2-2019, con lo que los 10 días finalizaban el día 15-2-2019 a las 15 horas tras descontar días inhábiles (art. 182.1 LOPJ) y extender el fin del plazo en los términos que marca el art. 45 LRJS.

Por lo demás y en cuanto a la cuestión relativa a la posibilidad de cumplimentar el recurso hasta las quince horas del día de gracia, los **AATS de 10/05/2022, R. 4338/2021 y 21/06/2022, 53/2021, (ECLI:ES:TS:2022:10251A)**, se pronuncian sobre recursos frente a resoluciones que tenían por extemporáneos los escritos enviados a través de la plataforma LexNet más allá de las 15:00:00 h y a la luz de la interpretación de las diversas normas que gobiernan los plazos procesales concluyen que deben despreciarse los segundos, de suerte que los recursos presentados a las 15:00:05 o a las 15:00:02 están en plazo. Los argumentos hacen referencia a que: a) la única ocasión en la que la LEC utiliza números, lo hace obviando los segundos; todas y cada una de las Salas del Tribunal Supremo, incluida la Sala Cuarta, cuando en sus resoluciones usan cifras, prescinden de los segundos; y lo mismo sucede en el Tribunal Constitucional; c) la plataforma Lexnet es un sistema al servicio del proceso, no al contrario. Pero, además, el modelo de resguardo que ofrece la Resolución de 15 de diciembre de 2015, por la que se aprueba el modelo de formulario normalizado del sistema Lexnet, tampoco contiene segundos; d) Los distintos resguardos acreditativos emitidos por el sistema Lexnet y equivalentes de las CCAA, tanto utilizan segundos como no lo hacen y e) puede considerarse que hasta que no son las 15:01 horas, sean cuales sean las fracciones de tiempo transcurridas, siguen siendo las 15:00 horas. Aplicar un criterio interpretativo en el que se tuvieran en cuenta los segundos vendría a suponer acoger un modelo resultante de una decisión técnica (el mecanismo empleado por la plataforma Lexnet o equivalente), frente a lo establecido en las normas reguladoras de la materia; así como frente a la dicción que ha sido práctica habitual de esta misma Sala. A lo que se añadirían las diferencias que se producirían entre litigantes según el resguardo expedido en cada caso y que sostener la relevancia de los segundos sería desproporcionadamente formalista y, en consecuencia, desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La **STS 11/05/2022, R. 122/20 (ECLI:ES:TS:2022:1966)**, examina el iter seguido en una reclamación de tutela de derechos fundamentales en el marco de las normas excepcionales durante la pandemia COVID-19, y concluye que la preparación del recurso de casación fue extemporánea porque la DA 2ª del RD 463/2020 contempló, entre las modalidades exceptuadas de la suspensión de plazos procesales los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en LRJS. Esta circunstancia determina la declaración de tenerlo por no preparado y la firmeza aparejada de la sentencia que se pretendía recurrir.

7.3. Revisión de los hechos probados

En este apartado debemos hacernos eco de varias sentencias que relacionadas todas con la revisión de los hechos probados ofrecen distintas soluciones en relación con los también diversos recursos en el proceso social.

Así, en relación con el recurso de suplicación, la **STS 01/02/2022, R. 2429/19 (ECLI:ES:TS:2022:526)** recuerda que el motivo que solicite la modificación de los hechos probados debe ofrecer un texto alternativo del

contenido de los hechos impugnados y que el incumplimiento de esa obligación conlleva su desestimación.

En lo que respecta a las pruebas hábiles para propiciar una revisión fáctica, la **STS 06/04/2022, R. 1370/20 (ECLI:ES:TS:2022:1469)**, recuerda que la grabación de sonido no tiene naturaleza de prueba documental a dichos efectos, lo que lleva a anular la sentencia recurrida que modificó los hechos probados en base a una grabación parcial de una conversación entre la actora y el gerente.

En cuanto a la casación ordinaria, como se ha dicho, la **STS 08/04/2022, R. 20/21 (ECLI:ES:TS:2022:1632)** recuerda que la demanda rectora y la solicitud de mediación no son documentos idóneos para sustentar una pretensión revisora casacional y la **STS 19/01/2022, R. 82/21 (ECLI:ES:TS:2022:228)**, argumenta igualmente respecto de los convenios colectivos.

Por último, y en cuanto concierne a la casación unificadora, la **STS 25/01/2022, R. 839/20 (ECLI:ES:TS:2022:226)**, también recuerda la falta de contenido casacional de los motivos relativos a la apreciación de la prueba.

7.4. Cuestión nueva

Son reiterados los pronunciamientos que recuerdan que el debate casacional es el planteado en la demanda, sin que quepa en fase de recurso introducir cuestiones nuevas, trasunto del derecho de defensa de las partes recurridas [Por todas **SSTS-Pleno- 20/10/ 2021, R.128/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3918)**; **15/12/2021, R. 195/2021, (ECLI:ES:TS:2021:4928)**; **16/12/2021, R. 147/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4875)** y **R. 210/2021, (ECLI:ES:TS:2021:4793)**]

En casación unificadora, la **STS 25/01/2022, R. 839/20 (ECLI:ES:TS:2022:226)**, insiste en que no procede entrar a conocer de un motivo del recurso que invoca una cuestión nueva, que no fue alegada en suplicación en la que además concurre la falta de contradicción con la sentencia referencial propuesta. Y sobre la exclusión de las cuestiones nuevas en los recursos del orden social resulta especialmente didáctica la **STS 21/12/2021, R. 82/20, (ECLI:ES:TS:2021:4925)**, que alude a su razón de ser en el marco de recursos perfilados legalmente como extraordinarios y cómo las cuestiones de orden público no pueden ser consideradas como tales, que es lo que ocurre en la **STS 10/11/2021, R. 2318/20 (ECLI:ES:TS:2021:4203)** con la competencia territorial.

La **STS 02/02/2022, R. 4633/18 (ECLI:ES:TS:2022:503)**, sigue esta estela cuando resuelve que no es posible introducir por primera vez en el recurso de suplicación la pretensión de que se declare la nulidad del despido por vulnerar la garantía de indemnidad, porque la garantía de indemnidad no forma parte del orden público procesal. Igualmente, la **STS 05/04/2022, R. 3431/20 (ECLI:ES:TS:2022:1433)**, entiende que hay cuestión nueva cuando la parte recurrente alega por primera vez en el recurso de suplicación que se ha infringido

el derecho a la tutela judicial efectiva porque la sentencia dictada por el juzgado de lo social ha vulnerado la indivisibilidad de la ficta confessio. La alegación de la vulneración del derecho fundamental debe hacerse en la instancia para permitir el acceso a suplicación. No se trata de una infracción procedimental que abra a la suplicación al amparo del art. 191.3.d) LRJS, porque la ficta confessio afecta al enjuiciamiento del fondo del asunto.

Finalmente, la **STS 23/03/2022, R. 1236/20, (ECLI:ES:TS:2022:1343)**, en un proceso en que un trabajador indefinido no fijo reclama su derecho a la indemnización de 20 días como consecuencia de la extinción de su contrato por cobertura definitiva de la plaza ocupada, sostiene que la calificación de la extinción de la relación laboral como despido improcedente por haberse prolongado durante más de 20 años sin haberse procedido a la cobertura de la plaza, no se suscitó ni en la demanda ni en el recurso de suplicación, por lo que procede desestimar el motivo, ya que las cuestiones nuevas imposibilitan la existencia de contradicción, presupuesto para entrar en el fondo.

7.5. Depósito y consignación

Las obligaciones derivadas de los arts. 229 y 230 LRJS y relativas al depósito y la consignación de la condena son presupuestos para recurrir que la propia sentencia puede examinar, como la **STS 20/01/2022, R. 2674/20, (ECLI:ES:TS:2022:181)**, que frente a la alegación de la parte impugnante de la insuficiencia de la consignación, resuelve su suficiencia y por tanto que no concurre el defecto invocado.

La **STS 09/02/2022, R: 2612/19 (ECLI:ES:TS:2022:520)** entiende que se incumple con la obligación de consignar o asegurar la condena cuando la consignación mediante aval bancario se realiza extemporáneamente, después de transcurrido el plazo para el anuncio del recurso, tras el requerimiento del juzgado y subraya que este defecto no es susceptible de subsanación y constituye causa de inadmisión del recurso.

La **STS 17/05/2022, R. 98/21 (ECLI:ES:TS:2022:1982)** recuerda que la Universidad de Santiago de Compostela, que como universidad pública tienen la consideración de administración pública, no está obligada a efectuar los depósitos y consignaciones para recurrir.

En este curso judicial se ha insistido también en la obligación de consignar en determinados conflictos colectivos y en particular en recursos frente a sentencias estimatorias de la impugnación de los ERTE en los que haya habido condena a abonar daños y perjuicios equivalente a los salarios dejados de percibir [**ATS 08/03/2022, R. 75/2021 (ECLI:ES:TS:2022:3359A)**].

7.6. Costas

Encontramos este año judicial sentencias que recuerdan que las entidades gestoras de la Seguridad Social quedan exentas de las costas del proceso, por reconocérseles en la Ley 1/1996 el beneficio de justicia gratuita. Así, la **SSTS 24/11/2021, R. 2002/19 (ECLI:ES:TS:2021:4946)** y **26/04/2022, R. 2202/19, (ECLI:ES:TS:2022:1599)** indican que no procede la condena en costas

del Servicio Público de Empleo Estatal y la **STS 11/01/2022, R, 1140/21, (ECLI:ES:TS:2022:104)** señala lo mismo respecto del IMSERSO.

La **STS 27/04/2022, R. 2575/20 (ECLI:ES:TS:2022:1662)**, precisamente porque la Fundación recurrente no tiene reconocido el beneficio de justicia gratuita le impone la condena en costas.

En otro orden de cosas y en relación con la cuantía máxima de las costas prevista en el artículo 235 LRJS, la **STS 22/02/2022, R. 232/21 (ECLI:ES:TS:2022:794)** acuerda la imposición de costas en la cuantía máxima de 1.800 euros para la parte vencida por cada una de las impugnaciones verificadas y la **STS 08/04/2022, R. 20/21 (ECLI:ES:TS:2022:1632)**, condena en costas de 1.800 euros por la extensión y complejidad del escrito de interposición del recurso.

8. Revisión de sentencias firmes

Entre los recursos de revisión de sentencias firmes merece la pena subrayar la **STS 14/12/2021, R. 11/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4718)**, que estima la demanda de revisión solicitada por el trabajador cuyo despido fue declarado procedente al amparo de la testifical de una persona condenada por sentencia firme penal, entendiéndose que su declaración en el juicio de despido del demandante constituyó falso testimonio. En suplicación no pudo esgrimirse la cuestión controvertida porque el hecho probado se había basado expresamente en la práctica de prueba testifical, por lo que no hay razón que impida la admisión de la demanda de revisión, cuando la misma se funda en lo dispuesto en el art. 510.3 LEC.

La **STS 02/02/2022, R. 36/2019 (ECLI:ES:TS:2022:426)** desestima, en cambio, la revisión porque sentencias penales no son documentos anteriores al proceso laboral que se hubieran recobrado con posterioridad a su finalización. Además, recuerda que la causa de revisión del art. 86.3 LRJS no se refiere a cualquier sentencia absolutoria, sino a la que declare la "inexistencia del hecho"; o "no haber participado el sujeto en el mismo" y los hechos por los que se sigue el procedimiento penal no son coincidentes con las irregularidades imputadas al trabajador en la carta de despido.

Por ello, también se desestima la demanda de revisión en la **STS 02/02/2022, R. 3/2021, (ECLI:ES:TS:2022:521)**, porque la sentencia penal absolutoria que se propone para revisar la sentencia sobre procedencia del despido es por falta de pruebas y, además, declara la existencia de los hechos y la participación del demandante en los mismos.

Finalmente, y en cuanto al agotamiento de los recursos para acceder a la revisión de sentencias firmes, la **STS 02/2/2022, R. 2/2021, (ECLI:ES:TS:2022:451)** desestima la demanda de revisión de quien fue condenado solidariamente a abonar una indemnización al trabajador por la vulneración de su derecho a la integridad física y dignidad. El ahora demandante no recurrió la sentencia de instancia y la Sala Cuarta recuerda que el art. 236.1. 3 LRJS precisa la denominada subsidiariedad de la demanda de revisión por la

que procede su desestimación cuando no se han agotado previamente los recursos jurisdiccionales que la ley prevé para que la sentencia pueda considerarse firme, sin que incida en dicha conclusión la alegación sobre la carencia de medios. A mayor abundamiento, la sentencia del juzgado de instrucción que se aporta para la revisión, absolvió al ahora demandante del delito leve por el que fue denunciado por el trabajador, por considerar que la carga de la prueba carecía de la necesaria entidad y consistencia para entender acreditada la versión del denunciante y desvirtuada la presunción de inocencia del denunciado. Recuerda también la Sala Cuarta que el art. 86.3 LRJS se refiere a sentencia absolutoria penal «por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo» y el juzgado de instrucción no niega la existencia del hecho denunciado, ni declara tampoco que el trabajador no hubiere participado en el mismo.

9. Error judicial

La **STS 02/02/2022, R. 4/2019, ECLI:ES:TS:2022:424**, desestima la demanda de error judicial planteada por una UTE y las empresas que la conforman por haber sido condenadas pese a que el trabajador accionante había desistido de su reclamación frente a ellas. La Sala advierte que las ahora demandantes no formalizaron recurso de casación para unificación de doctrina, que cabe plantear por cuestiones procesales, por lo que no han agotado los recursos previos porque habrían debido plantear expresamente un recurso unificador destinado a abordar la cuestión objeto del error que se denuncia.

10. Ejecución

En el caso de la **STS 20/01/2022, R. 4392/18 (ECLI:ES:TS:2022:202)** se cuestiona si cabe la ejecución provisional de la sentencia de instancia que ha declarado la nulidad de las extinciones de los contratos de los actores, de fecha 18 de julio de 2013, cuando es revocada en suplicación y se declaran las extinciones ajustadas a derecho. La Sala, tras considerar que las resoluciones decretando la ejecución provisional de las sentencias han excedido de los límites de la ejecución provisional, por lo que son recurribles en virtud de lo establecido en el artículo 304.3 LRJS, concluye que el recurrente tiene derecho a que se despache ejecución provisional de la sentencia dictada por el juzgado, pero los salarios de sustanciación objeto de la ejecución provisional solo pueden abarcar hasta la fecha de la comunicación de un nuevo despido que tuvo lugar en mayo de 2014, sin perjuicio del derecho a impugnarlo y, caso de prosperar su impugnación, a los salarios de tramitación que se devenguen desde la fecha del nuevo despido.

La **STS 09/03/2022, R. 427/20 (ECLI:ES:TS:2022:890)** considera que el proceso de ejecución definitiva de sentencia de despido nulo es vía idónea para cuantificar los salarios dejados de percibir en los periodos que concurren entre la fecha del despido y la readmisión, aunque, cuando el trabajador es fijo discontinuo, no pueden entenderse incluidos aquellos en los que no existió actividad. Ahora bien, los salarios de tramitación deberán abonarse hasta la fecha de notificación de la sentencia y no hasta la fecha de la readmisión, porque

este extremo de la sentencia de suplicación no fue combatido por la ahora ejecutada.

En lo que respecta a los intereses procesales de los salarios de tramitación y a partir de qué momento empiezan a devengarse los mismos, las **SSTS 17/05/2022, R. 563/19 (ECLI:ES:TS:2022:1996) y 31/05/2022, R. 1579/21 (ECLI:ES:TS:2022:2117)** distinguen entre los salarios devengados desde el despido hasta la notificación de la sentencia ejecutada, que es una suma líquida desde la fecha de la sentencia, de la que se descuentan los percibidos en otros empleos por la ejecutante, y los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al de notificación de la sentencia de instancia hasta la fecha de la readmisión. La primera suma devenga intereses desde la sentencia ejecutada y la segunda, desde la fecha del auto resolutorio del incidente de no readmisión que los cuantifica.

La **STS 15/12/2021, R. 4672/18 (ECLI:ES:TS:2021:4924)**, respecto del devengo de intereses en el marco de una ejecución de sentencia firme de despido frente al Ayuntamiento de Sevilla, señala que conforme a la DF 4ª LRJS, debe aplicarse el art. 287.4 e) LRJS y no el art. 576 LEC. La razón es que la LRJS contiene norma específica de ejecución de sentencias frente a entes públicos, remitiendo la DF 4ª LRJS a la LEC cuando no exista regulación propia, siendo de aplicación la norma específica del art. 287.4 e) LRJS frente a la general de ejecución dineraria del art. 251.2 LRJS.

Madrid; Julio 2022.