



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de noviembre de 2024)

- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

#### **El reconocimiento como servicios previos a la Administración respecto de los prestados por trabajadores externalizados requiere una declaración de cesión ilegal decretada por el orden social**

Servicios previos en la Administración pública. Antigüedad y trienios. Cesión ilegal de trabajadores, cuestión prejudicial o reconocimiento directo de la prestación efectiva de servicios. Pretendido reconocimiento como servicios efectivos a la Administración respecto de los prestados por el trabajador a través de una empresa externa a la propia Administración, no existiendo, en su caso, una previa declaración por el orden jurisdiccional social de la existencia de cesión ilegal, a diferencia de otras trabajadoras de su empresa. Reconocimiento en apelación al atender la sala a la prueba de la realidad de los servicios materialmente prestados por cuenta de la Administración.

El reconocimiento como tiempo de servicio efectivo prestado en la Administración debe basarse en un título que, de ordinario, será el de nombramiento como funcionario en prácticas, o de empleo, o mediante el contrato en régimen laboral. No obstante, cabe también –y este es el caso– una situación patológica derivada de un proceso de externalización: que se trate de unos servicios prestados por trabajadores de empresas contratadas por la Administración y que, una vez probada la concurrencia de los elementos del artículo 43.2 del ET, se esté ante la realidad de una cesión ilegal a la Administración. De mediar una declaración jurisdiccional, esta vendrá del orden jurisdiccional social, lo que no quita para que se plantee si puede venir del orden contencioso-administrativo mediante una declaración prejudicial ex artículo 4 de la LJCA. Esta posibilidad implica, sin embargo, el empleo del proceso contencioso-administrativo para generar el título, ahora bien, a estos efectos no cabe encomendar esa declaración al orden contencioso, pues colisionaría con el carácter revisor de esta jurisdicción y con la carga que pesa sobre el interesado de presentar su solicitud a la Administración acompañada de esa declaración del orden social. De no mediar ese título, la Administración no puede reconocer el derecho derivado de la Ley 70/1978, como tiempo de servicios efectivos los prestados en la Administración. Por tanto, entiende la Sala que sí cabe reconocer como servicios previos los prestados mediante una cesión de trabajadores que se repute ilegal (ex art. 43.2 ET); ahora bien, debe mediar una previa declaración formal en tal sentido por el orden laboral.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de octubre de 2024, rec. núm. 5564/2022)

#### **Recaída en IT mientras se percibe desempleo. No se amplía en ningún caso la duración de la prestación de desempleo, y ello con independencia de la contingencia de la que aquella derive**

Incapacidad temporal (IT) por recaída que surge durante la percepción de la prestación de desempleo. Solicitud de ampliación de su duración. Improcedencia.

En la relación entre prestación por desempleo e IT, el artículo 283.1 de la LGSS señala en qué supuesto no se descuenta del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que el trabajador haya permanecido en la situación de IT. Ello ocurre en el caso del trabajador que se encuentra en situación de IT derivada de contingencias profesionales y durante dicha situación el contrato de trabajo se extingue. Pero no ocurre lo mismo si la incapacidad deriva de contingencias comunes. En este último caso, sí se descuenta del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que el trabajador haya permanecido en la situación de IT. Sin





embargo, de conformidad con el artículo 283.2 de la LGSS, si el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo total y pasa a la situación de IT, constituya o no tal incapacidad recaída de un proceso anterior, «el periodo de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de IT». Según puede advertirse, el artículo 283 de la LGSS diferencia los supuestos en que el tiempo de IT se descuenta o no del periodo de percepción de la prestación por desempleo. Adicional expresión de que el legislador introduce regulaciones diferenciadas sobre la repercusión de la prestación por desempleo sobre las diversas prestaciones de Seguridad Social se encuentra en el artículo 284 de la LGSS, sobre «prestación por desempleo, maternidad y paternidad». Si el trabajador se encuentra en situación de maternidad o de paternidad y durante dichas situaciones se extingue su contrato, sin hacer ahora mayores precisiones, no se descuenta del periodo de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad. Y si el trabajador está percibiendo la prestación por desempleo total y pasa a la situación de maternidad o de paternidad, igualmente sin realizar ahora mayores precisiones, se le suspende la prestación por desempleo y una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanuda la prestación por desempleo, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión. Se comprueba, así, que el párrafo tercero del artículo 283.2 de la LGSS ha introducido una previsión distinta a las establecidas en el párrafo tercero del artículo 283.1 y en el artículo 284 de la LGSS. Con el artículo 283.2 de la LGSS, en lo que se refiere a su duración, el legislador ha unificado el régimen jurídico aplicable a todos supuestos de recaída de la IT mientras se perciben las prestaciones de desempleo, con independencia de la contingencia de la que la misma derive. Y en su último párrafo dispone de forma expresa que no se ampliará por este motivo la duración de la prestación de desempleo, a diferencia de lo que específicamente establece en el artículo 284.2 de la LGSS en el caso de maternidad y paternidad.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2024, rec. núm. 3302/2022)

## **Pensión de jubilación. Cuando el último día trabajado coincide con el último día del mes, la fecha del hecho causante es la del primer día en que no se trabaja**

**Jubilación. Fecha del hecho causante cuando el último día de trabajo coincide con el último día de un mes.**

En los casos en que el cese en la prestación de servicios coincida con el último día del mes, se ha de entender que el hecho causante no se produce (ese) último día del mes, en el que efectivamente se presta servicios y por el que se cotiza a la Seguridad Social, sino al (día) siguiente, que corresponde ya a un mes distinto, lo que, en consecuencia, habrá de conllevar la computación de aquel periodo mensual a los fines de concreción de la base reguladora de la pensión. Desde una perspectiva lógica resulta, ciertamente, anómalo dar coincidencia cronológica a dos hechos antagónicos como son el de prestación y el de cese en el trabajo, puesto que, si materialmente pudiera admitirse la coincidencia de ambos en una misma fecha, desde un punto de vista jurídico-laboral no es aceptable la simultaneidad en la producción de los mismos. En estos supuestos, el hecho causante ha de fijarse al día siguiente al del cese efectivo en el trabajo, porque, si un trabajador concluye su jornada laboral diaria, consume, ya, la prestación de servicios en ese día, por lo que difícilmente se puede entender producido también en dicha fecha el cese en el trabajo, toda vez que obviamente no se da la falta de actividad laboral en esa jornada, sino que es al día siguiente la fecha en que ya no se acude al centro de trabajo. No hay que olvidar que de la exposición de motivos de la Ley 26/1985 se desprende la intención del legislador de computar meses completos de cotización teniendo en cuenta realmente la vida laboral del trabajador, por lo que no es dable excluir en el cómputo de las cotizaciones el último mes íntegramente trabajado y cotizado. Este mes completamente trabajado se integra, ineludiblemente, en lo que el legislador entiende como «vida laboral» del trabajador, y aparece, además, cumplidamente cubierto por las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social, circunstancias ambas que impiden excluirlo a la hora de solicitar la jubilación. Entenderlo de otro modo supone desvirtuar el propio y verdadero sentido de la norma aplicable, ocasionando un injusto perjuicio al trabajador interesado.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2024, rec. núm. 2032/2022)

## Jubilación y complemento por maternidad en el régimen de clases pasivas: la resolución denegatoria, consentida y firme, únicamente puede ser removida por el cauce de la revisión de oficio

Jubilación. Complemento por maternidad. Clases pasivas. Denegación y nueva solicitud. Necesidad de instar el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos. Solicitud de reconocimiento del referido complemento en vía administrativa, recayendo una primera resolución denegatoria que devino consentida y firme. Nueva solicitud planteada posteriormente, amparada en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18).

La resolución denegatoria originaria, de 6 de enero de 2021, devino firme al no ser impugnada en vía contencioso-administrativa. Es oportuno destacar que el recurrente no la impugnó pese a que fue dictada en fecha posterior a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, que había establecido, respecto del régimen general, que el complemento por maternidad no podía ser denegado a los hombres por el mero hecho de serlo. Los actos administrativos consentidos y firmes, por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido, y cuya nulidad de pleno derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Y existiendo una resolución administrativa firme que denegó la solicitud de revisión, no cabe invocar el artículo 13 del Real Decreto 5/1993, sobre revalorización y complementos de pensiones de clases pasivas para 1993 y otras normas en materia de clases pasivas, para propugnar a su amparo una nueva solicitud de revisión, pues el precepto reglamentario no puede enervar la existencia de aquella resolución administrativa denegatoria, consentida y firme. Por lo demás, a fin de enervar o paliar las consecuencias de cuanto venimos razonando, el recurrente podía haber especificado –en vía administrativa o en el curso del proceso– que su solicitud de revisión o recálculo de la pensión se formulaba solo con efectos pro-futuro, sin afectar a percepciones pasadas, en cuyo caso los términos del debate podrían haber sido distintos. Pero lo cierto es que no hizo tal cosa pues en vía administrativa (primera y segunda solicitud a las que antes nos hemos referido) pedía la «revisión de la pensión», sin concretar el alcance o eficacia temporal de su solicitud; y tampoco en la demanda presentada en el proceso de instancia hacía precisión alguna sobre esa proyección temporal de su petición, si únicamente se formulaba hacia el futuro o con eficacia retrospectiva.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de octubre de 2024, rec. núm. 7199/2023)

## Subsidio de desempleo para mayores de 52/55 años reconocido indebidamente por el SEPE. El Supremo recuerda que no cabe el reintegro cuando el error es atribuible en exclusiva a la autoridad estatal

Subsidio de desempleo para mayores de 52/55 años reconocido indebidamente por error del SEPE. Reintegro de prestaciones indebidas. Improcedencia.

En el caso analizado, el beneficiario no hizo ninguna alegación falsa o inexacta que indujera a error al SEPE. Simplemente, cuando cumplió la edad exigida (55 años), al no tener trabajo ni ingresos suficientes, solicitó el subsidio por desempleo informando al organismo autónomo de cuáles eran sus rentas. No hay que olvidar que el mentado subsidio por desempleo satisface necesidades básicas de subsistencia, dándose la circunstancia de que el beneficiario se encontraba sin trabajo y en una situación difícil, habida cuenta de sus escasos ingresos y su edad. Además, la cantidad percibida en concepto de subsidio por desempleo es muy modesta (entre 4.618,22 y 5.163,24 euros anuales), por lo que debemos inferir que ha sido consumida por el demandante para afrontar sus gastos básicos de subsistencia. El reconocimiento indebido del subsidio por desempleo es imputable únicamente al SEPE. Pese a ello, se requirió al beneficiario para que devolviese íntegramente lo percibido. El SEPE evitó cualquier consecuencia de su propio error, lo que causa un grave perjuicio al beneficiario. Por consiguiente, el SEPE ha hecho recaer toda la carga de su error sobre el beneficiario. El TEDH sostiene que los errores atribuibles exclusivamente a las autoridades estatales no deben remediarse, en principio, a expensas de la persona afectada, especialmente cuando no está en juego ningún otro interés privado en conflicto.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2024, rec. núm. 806/2022)

## TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

### **Excedencia por incompatibilidad. Puede solicitarla quien trabajando en el sector público accede a otro empleo en la Administración y no completa el periodo de prueba exigido convencionalmente**

Excedencia por incompatibilidad. Trabajador que, tras superar un proceso selectivo en la AEAT como personal laboral –mozo de almacén– y firmar el correspondiente contrato, solicita excedencia por incompatibilidad antes de que transcurra el periodo de prueba de 15 días, al optar por el puesto que venía desempeñando en el SEPE como interino –administrativo–.

El contrato de trabajo despliega todos sus efectos jurídicos desde el mismo momento de su concertación, con la única salvedad de que cualquiera de las partes puede resolverlo unilateralmente, sin ninguna exigencia formal, durante el periodo de prueba pactado, salvo que con tal decisión se vulnere algún derecho fundamental. La dicción del artículo 14.3 del ET: «Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos...» solo puede ser interpretada en el sentido de que, terminado el periodo de prueba, desaparece la posibilidad de la resolución unilateral, pero de ningún modo puede concluirse que, durante dicho periodo de prueba, el contrato de trabajo estuviera en una suerte de limbo jurídico, durante el cual el trabajador se viera privado de otros derechos, fuera de la excepción antes mencionada (la posibilidad de resolución unilateral), tal como se sostiene en la sentencia de instancia, para denegar al trabajador el derecho a solicitar la excedencia por incompatibilidad prevista en el convenio. La decisión del trabajador de solicitar la excedencia por incompatibilidad al tiempo de la toma de posesión y suscripción del nuevo contrato laboral, por haber optado por mantener otro puesto de trabajo, es conforme a las normas que regulan tal clase de excedencia. El efecto que ello produce respecto del puesto de trabajo en el que se obtiene la excedencia es que, si el trabajador solicita posteriormente su reingreso, deberá completar el periodo de prueba que quedará pendiente.

(STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2024, rec. núm. 587/2023)

### **Anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo al amparo del Real Decreto 1194/1985. No se excluye a los trabajadores a tiempo parcial siempre que la jornada del trabajador sustituto sea igual o superior a la del sustituido**

Jubilación anticipada a los 64 años de trabajadora a tiempo parcial (limpiadora) como medida de fomento del empleo. Sustitución por trabajadora con contrato eventual por circunstancias de la producción a jornada parcial idéntica.

En el caso analizado resulta de aplicación el Real Decreto 1194/1985, norma transitoria y excepcional que debe interpretarse de manera sistemática, teniendo en cuenta la modificación que ha experimentado la prestación más próxima a la controvertida que es la de la jubilación parcial con contrato de relevo. No hay que olvidar que el artículo 3.1 del Real Decreto 1194/1985 no prohíbe expresamente el acceso a la jubilación especial del trabajador vinculado a la empresa por un contrato de trabajo a tiempo parcial, por lo que el precepto debe interpretarse en el sentido de que el trabajador sustituto debe pasar a realizar la prestación de servicio realizada por el sustituido, de modo que si la contratación de este es a tiempo parcial, igual naturaleza y carácter debe tener la de trabajador sustituto, que va a realizar la misma jornada a tiempo parcial, que desempeñaba el prejubilado. Esta interpretación es acorde con la realidad sociojurídica del actual contrato a tiempo parcial, cuya «normalidad» –a la que no fue ajena el convenio de la OIT, norma 107 de 1994– se intentó fundamentalmente por el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de «medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad», y el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, que desarrolla en materia de acción protectora de la Seguridad Social legislación vigente en la fecha del hecho causante que, posteriormente, se ha modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que derogó, en su disposición





derogatoria única, letra f), el Real Decreto-Ley 5/2001, al que de esta manera, y con las enmiendas introducidas y aceptadas en el debate parlamentario, dio forma de ley. Si esta legislación ya desde la reforma de 1998 ha mantenido que «los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo» y ha permitido «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa» (según el art. 12.4, letras d) y e), ET, cuyos apartados no han sido modificados por la reforma de 2001); así como ha aplicado en materia de protección social (disp. adic. séptima LGSS, según redacción dada por el RDL 15/1998) «el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial a tiempo completo», estableciendo específicas normas, derivadas del principio de proporcionalidad relativas tanto al acceso a las prestaciones –periodo de carencia establecido con arreglo a un coeficiente multiplicador de las cotizaciones de 1,5–, como al cálculo de las mismas, sería un contrasentido interpretar el referido precepto, contenido en una disposición anterior a la vigencia del Real Decreto-Ley de 1998 y del reglamento para su aplicación en sentido contrario al nuevo régimen jurídico establecido por esta última normativa. Es de resaltar, finalmente, que la causa fundamental de esta especial jubilación –y contratación, también singular y temporal que determina– es dar la posibilidad a los trabajadores de edad avanzada de obtener la jubilación al cumplir 64 años, con la contrapartida de que otro trabajador ocupe la jornada de trabajo dejada por el prejubilado.

(STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2024, rec. núm. 496/2024)

## **Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. No es necesario comunicar a la entidad gestora el rescate parcial de un plan de pensiones si el rendimiento que reporta es inferior al 75 % del SMI**

**Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Requisito de carencia de rentas. Rescate parcial de plan de pensiones (30.000 €) que no se pone en conocimiento de la entidad gestora.**

Con el rescate del plan de pensiones, el actor no ha ingresado en su patrimonio nada que no tuviera ya, ha sustituido un elemento patrimonial (el plan de pensiones) por otro (el dinero obtenido por el rescate del citado plan), siendo lo único relevante, a los efectos ahora examinados, la ganancia, plusvalía o rendimiento que le haya podido reportar el mencionado plan. Es el rendimiento que haya podido generar el plan lo que determina la existencia de rentas a los efectos del artículo 275 de la LGSS y esos rendimientos no ascienden a 30.000 euros, puesto que esa es la suma rescatada. El magistrado, ante la falta de actividad probatoria al respecto, realiza una proyección sobre mínimos que debemos asumir al ser el único dato del que podemos partir (interés legal del dinero de acuerdo con la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2020), resultando que la suma anual correspondiente a la renta es de 900 euros, muy lejos del 75 % del SMI. Dado que esta suma en ningún caso puede dar lugar a una modificación del derecho a la percepción de subsidio, la parte actora no estaba obligada a su comunicación.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2024, rec. núm. 201/2024)

## **Reintegro de gastos médicos. Intervención quirúrgica por desprendimiento de retina en clínica privada. El concepto de urgencia vital no se puede circunscribir a un riesgo para la propia vida**

**Asistencia sanitaria. Reintegro de gastos médicos. Urgencia vital. Intervención quirúrgica por desprendimiento de retina en clínica privada. Programación de operación por el SERGAS 5 días después de acudir el trabajador a urgencias.**

El concepto de urgencia vital, de acuerdo con la doctrina jurisdiccional y jurisprudencia, no se puede circunscribir a un riesgo para la propia vida, sino que el estado actual de la protección social en materia sanitaria, derivado del mandato constitucional del derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE), implica un riesgo plausible de pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. El desprendimiento de retina es un problema urgente, hasta el punto de que





si todavía no ha afectado a la mácula requiere atención sanitaria dentro de las 24 horas posteriores a los primeros síntomas, al objeto de evitar el deterioro o pérdida irreversible de la visión, en tanto que si la mácula ya se ha desprendido el grado de urgencia resulta menor, admitiendo que la intervención quirúrgica se demore de una semana a 10 días. En el caso analizado, el actor presentaba desprendimiento de retina superior que amenazaba con afectar a la mácula de ojo izquierdo, lo cual explica la necesidad de cirugía de forma urgente, ya que la demora podía comprometer el éxito de la intervención y afectar de forma irreversible a la visión, siendo evidente, por tanto, la perentoriedad de la intervención quirúrgica llevada a cabo en la clínica privada. Además, la demandada, no ha aportado ningún informe, ni siquiera del servicio de oftalmología del hospital perteneciente al SERGAS que acreditase que la cirugía no era urgente y podía esperar 3 días.

[\(STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2024, rec. núm. 2644/2023\)](#)