

SALA CUARTA.²

² La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D^a. Dolores Redondo Valdeón, D^a. María Silva Goti, D^a. Paz Menéndez Sebastián, y D^a Yolanda Cano Galán, bajo la coordinación de los Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmos. Srs. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva y José Ángel Folguera Crespo, y con la supervisión del Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

INDICE SISTEMÁTICO

Introducción.

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Contrato de trabajo y figuras afines
2. Contratación temporal
 - Contrato de interinidad y contrato de acumulación de tareas en la Administración Pública
 - Trabajos temporales de colaboración social
 - Derecho transitorio ex ET 15.5 ET
 - Trabajadores fijos discontinuos y existencia de discriminación
3. Convenios colectivos y negociación colectiva
 - Ámbito de aplicación.
 - Comisiones negociadoras y comisiones aplicativas.
 - Efectos de la anulación judicial de un convenio estatutario.
4. Contratas: Responsabilidad solidaria
5. Despido individual y extinciones del contrato de trabajo
 - Caducidad de la acción de despido
 - Efectos de la información incorrecta en la notificación de despido por la Administración
 - Despido disciplinario
 - Despido improcedente e incapacidad permanente absoluta
 - Despido improcedente y trabajador extranjero no comunitario
 - Despido disciplinario improcedente e indemnización por falta de preaviso
 - Despido objetivo
 - Derecho de opción y jubilación del trabajador antes de que recaiga sentencia
 - Ejecución sentencia firme de despido
 - Extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla
 - Requisitos de validez y eficacia del finiquito
6. Despido colectivo
 - Grupo de empresas
 - Derechos fundamentales
 - Consortios Andaluces UTEDLT y fraude de ley
 - Obligaciones documentales e informativas del empresario
 - Obligación de negociar de buena fe
 - Legitimación del Comité Intercentros y legitimación activa de la comisión ad hoc
 - Despido colectivo mientras se encuentra en ejecución un ERE suspensivo
 - Despido colectivo de hecho

Alcance del Control judicial en los despidos colectivos

7. Fondo de Garantía Salarial: Responsabilidad.
8. Modificación de condiciones de trabajo
Alcance del control de los Tribunales tras el RD-Ley 3/2012.
Modificación y pacto extraestatutario.
Calificación de la modificación.
Alteración de la regulación convencional de distribución de jornada consecuencia de la Ley 2/2012 de la CAM.
9. Periodo de prueba.
10. Prejudicialidad normativa de los conflictos colectivos
11. Prescripción
Acción de sustitución del disfrute vacacional - no disfrutadas por enfermedad- por compensación económica.
Prescripción de las faltas. Personal laboral de las Administraciones Públicas: Aplicación del EBEP.
12. Relación laboral especial: deportistas profesionales
13. Salario y régimen retributivo
Compensación y absorción.
Tiempo de "toma y deje": retribución. ADIF.
14. Subrogación empresarial: Centro Especial de Empleo.
15. Tiempo de trabajo
16. Traslado: Diferencia entre el traslado colectivo y el individual.
17. Tutela del derecho a la libertad sindical: legitimación.

II . DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- 1.-Incapacidad temporal
 - 1.1.-Reconocimiento del derecho
 - 1.2.-Prórroga de la incapacidad temporal: efectos económicos
 - 1.3.-Mejoras convencionales
 - 1.4.-Prescripción de la acción de reclamación de diferencias
 - 1.5.-Responsabilidad del pago de prestaciones
- 2.-Incapacidad permanente
 - 2.1.-Pensión de invalidez no contributiva
 - 2.2.-Determinación de la contingencia
 - 2.3.-Gran invalidez
 - 2.3.1.-cálculo de la pensión
 - 2.3.2.-derecho a la mejora convencional

- 2.3.3.-ceguera
- 2.4.-Deducción en ejecución de sentencia de lo percibido mientras se prestaban servicios
- 2.5. Responsabilidad en el abono de la prestación
- 3.-jubilación
 - 3.1.-Reconocimiento del derecho
 - 3.1.1.-En el régimen general de la seguridad social
 - 3.1.2.-En el régimen especial de trabajadores del mar
 - 3.1.3.-En el régimen especial de trabajadores autónomos
 - 3.2.-Derecho a indemnización prevista convencionalmente
 - 3.3.-Cálculo de la pensión
 - 3.4.-Prejubilación
 - 3.5.-Jubilación anticipada
 - 3.6.-Jubilación parcial
 - 3.6.1.-reconocimiento del derecho
 - 3.6.2.-cálculo de la mejora convencional en supuestos de jubilación parcial
- 4.-Seguro obligatorio de vejez e invalidez
- 5.-Accidente de trabajo y enfermedad profesional
 - 5.1.-Determinación de la contingencia
 - 5.2.-Accidente “en misión”
 - 5.3.-Accidente “in itinere”
 - 5.4.-Indemnización por daños y perjuicios
 - 5.4.1.-Aplicación del baremo para accidentes de circulación
 - 5.4.2.-Efecto de cosa juzgada de lo dispuesto en sentencia sobre recargo de prestaciones en procedimiento sobre indemnización por daños y perjuicios
 - 5.4.3.-Prescripción de la acción
 - 5.5.-Recargo de prestaciones
 - 5.5.1.-Plazo de prescripción para reclamar el recargo
 - 5.5.2.-Imposición por falta de medidas de seguridad y salud
- 6.-Reintegro de gastos médicos
- 7.-Maternidad
 - 7.1.-Reconocimiento del derecho
 - 7.2.-Responsabilidad en el abono de la prestación
- 8.-viudedad
 - 8.1.-Reconocimiento del derecho
 - 8.1.1.-En supuestos de matrimonio previa existencia de pareja de hecho
 - 8.1.2.-En supuestos de separación
 - 8.1.3.-En supuestos de pareja de hecho
 - 8.2.-Fecha de efectos económicos
 - 8.3.-Cálculo de la pensión

9.-Orfandad

- 9.1.-Incremento de la pensión de orfandad: interpretación de la expresión “orfandad absoluta”
- 9.2.-Efectos económicos

10.-Desempleo

- 10.1.-Nivel contributivo
 - 10.1.1.-Derecho a la prestación
 - 10.1.2.-Mantenimiento, suspensión y extinción del derecho
 - 10.1.3.-Incompatibilidad con salarios de tramitación
- 10.2.-Nivel asistencial: determinación de la carencia de rentas

11.-Renta activa de inserción: acreditación de la condición de víctima de violencia de género

III. DERECHO PROCESAL LABORAL.

1. Competencia del orden social:

- 1.1. Competencia judicial internacional;
- 1.2. Incompetencia del orden social. Ley de dependencia;
- 1.3. Procedimiento de conflicto colectivo. Competencia;
- 1.4. Proceso de conflicto colectivo y competencia del orden social;
- 1.5. Impugnación de sanción;
- 1.6. Impugnación de convenios. Competencia territorial;
- 1.7. Ejecución de un aval;
- 1.8. Competencia del orden social en cuestiones prejudiciales administrativas –obiter dicta--;
- 1.9. Legitimación activa para impugnar el Convenio Colectivo para el personal laboral.

2. Cuestiones de común aplicación al procedimiento:

- 2.1. Reconvencción anunciada en el acto de conciliación previa. Prescripción;
- 2.2. Efecto de cosa juzgada del salario fijado en la sentencia de despido respecto de reclamaciones posteriores de cantidad;
- 2.3. Ejecución de sentencia de despido. Incidente de tercería de dominio.
- 2.4. Falta de acción de las fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa;
- 2.5. Intereses procesales del art. 576 LECv;
- 2.6. Extensión de la condena solidaria a los intereses de la empresa condenada por primera vez en suplicación;
- 2.7. No procede condena en costas a demandante cuya condición de trabajador no se admite;
- 2.8. Cosa juzgada en materia de Seguridad Social;
- 2.9. Ejecución de sentencia e insolvencia empresarial;
- 2.10. Plazo para la interposición de demanda de incidente concursal laboral;

3. Procesos especiales:

- 3.1. Particularidades del proceso de conflicto colectivo: Eficacia respecto de los procesos individuales; Idoneidad respecto de determinadas pretensiones; Consignaciones y condena en costas. No procede;
- 3.2. Proceso especial de impugnación de despidos colectivos;
- 3.3. Acumulación de acciones en el proceso de Seguridad Social.

4. Recurso de suplicación:

- 4.1. Alcance del escrito de impugnación del recurso de suplicación;
- 4.2. Consideración de la existencia de un proceso colectivo como justificativo de la existencia de afectación general;
- 4.3. Posibilidad de entrar en suplicación a valorar la calificación de la incapacidad sin variar los hechos probados;
- 4.4. Irrecorribilidad de las sentencias de conciliación vida familiar;
- 4.5. Recorribilidad de las resoluciones sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo;
- 4.6. Recorribilidad de las decisiones sobre movilidad geográfica;
- 4.7. Recorribilidad de las acciones sobre reintegro de gastos médicos;
- 4.8. Irrecorribilidad del auto que tiene por desistida a la parte por incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio.

5. Recurso de casación unificadora:

- 5.1. Alcance de la exigencia de contradicción;
- 5.2. Idoneidad de la sentencia de contraste. Requisitos de firmeza en la LRJS;
- 5.3. Cita y fundamentación de la infracción legal;
- 5.4. Valoración de hechos considerados intrascendentes en suplicación;
- 5.5. Recurso del Ministerio Fiscal;
- 5.6. Incorporación de documentos.

6. Laudo arbitral obligatorio. Contenido y alcance.

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 2013-2014, bien por su novedad u originalidad, bien, en fin, por el alcance rectificador, corrector, o de matización de criterios precedentes.

No debe olvidarse que la finalidad de la presente crónica es proporcionar una visión panorámica de esa labor desarrollada por el Tribunal Supremo en el ámbito del ordenamiento laboral, de ahí que no se trate de un recuento exhaustivo y sí de una selección de aquellos pronunciamientos más relevantes, bien por la materia que abordan, bien porque rectifican el criterio anterior mantenido por la Sala. En todo caso, no está de más señalar que el dinamismo que siempre ha caracterizado a este sector del ordenamiento jurídico que es el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ha dado lugar a una variedad y riqueza de cuestiones litigiosas que es difícil reconducir a una exposición concisa, dinamismo que se ha visto particularmente reflejado en las últimas reformas legislativas.

En el concreto terreno del Derecho del Trabajo, resulta necesario destacar la entrada de los despidos colectivos en la casación ordinaria, si bien, contra todo pronóstico, la sustancial modificación operada en el régimen jurídico del despido colectivo, primero por el RDL 3/2012, luego por la Ley 3/2012, ha logrado desplazar de manera radical el centro de atención de las cuestiones de fondo a los aspectos procedimentales, cumpliendo así de paso los verdaderos designios de la norma comunitaria de referencia, la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOL núm. 225, de 12 de agosto). No esta de más decir que la supresión en la reforma de 2012 de la autorización administrativa en los despidos colectivos y la aparente simplificación del régimen jurídico del despido colectivo ha sido finalmente solo una apariencia pues al margen de las incidencias del desarrollo reglamentario, el intento de contener la judicialización ha sido en vano, habiéndose sustituido el difícil juicio prospectivo y de instrumentalidad o funcionalidad de la medida extintiva por una serie de valoraciones de lo más diverso sobre el órgano interlocución, el alcance del deber de negociar, el contenido de las negociaciones, el significado de la buena fe, la extensión de los deberes documentales e informativos del empresario, como es ver en los pronunciamientos hasta la fecha dictados por la Sala. A lo hasta ahora expuesto, hay que añadir que la tramitación de estos asuntos es lenta por la tendencia a la multiplicación de las partes a lo que se anuda la de situar el debate en el Pleno de la Sala a los efectos de evitar dispersiones doctrinales.

También dentro de estricto ámbito del Derecho de Trabajo y ahora en materia de negociación colectiva y libertad sindical, los temas que predominan

son los habituales, normalmente vinculados a la interpretación de concretos pactos colectivos respecto a cuestiones diversas, determinación del convenio colectivo aplicable distinción entre comisiones negociadoras y comisiones aplicativas y otros más especiales como los efectos de la anulación judicial de un convenio estatutario.

Finalmente, son de destacar las sentencias dictadas a propósito de modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y que vienen perfilando que debe entenderse por modificación sustancial. Asimismo, y como consecuencia de las nuevas competencias de la Sala IV es de resaltar la sentencia que determina y fija los criterios para diferenciar el traslado individual del colectivo.

Por lo que se refiere a la materia de Seguridad Social han existido también importantes pronunciamientos por la Sala IV del Tribunal Supremo. Su relevancia se pone de manifiesto por el número de sentencias emitidas en Pleno, en relación con cuestiones como: forma de acreditación del requisito de carencia de rentas que condiciona el derecho a pensiones no contributivas (y en particular si debe computarse el complemento del 50% de la pensión de gran invalidez del cónyuge de la beneficiaria), prescripción de la acción para reclamar recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, accidente “in itinere” –respecto del que la Sala revisa la jurisprudencia anterior-, determinación de cuándo existe orfandad absoluta a efectos del incremento de la pensión con la pensión de viudedad no percibida, o si puede equipararse la pensión compensatoria a la pensión de alimentos a efectos del percibo de una pensión de viudedad.

Pero además, la Sala IV se ha pronunciado sobre otras muchas cuestiones de especial relevancia, tales como la forma de acreditación de la condición de víctima de violencia de género a efectos de la inclusión en programas de renta activa de inserción, concreción del grado de incapacidad que debe reconocerse a las personas con ceguera, jubilación –tanto anticipada como parcial, y tanto en el nivel contributivo como asistencial, desempleo –igualmente tanto del nivel contributivo como asistencial-, maternidad, reintegro de gastos médicos, etc.

Finalmente en el concreto campo del Derecho Procesal Laboral, en el periodo correspondiente a esta crónica la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre temáticas de particular interés, que van desde cuestiones competenciales, relativas, por ejemplo, a la determinación de la competencia de los tribunales nacionales en pleito planteado por español que presta servicios en el extranjero para empresas no nacionales; a la delimitación entre el orden social y el contencioso-administrativo para el conocimiento de litigios que traen causa en la ley de dependencia; al conocimiento por la Sala IV de impugnaciones de sanciones administrativas laborales, o de ejecuciones de avales, etc. De otro lado, se han resuelto otras cuestiones de relevancia, tales como la vinculación, en materia de prescripción, de la reconvencción anunciada en el acto de conciliación previa a lo que acontezca con la demanda principal; la falta de acción de las fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa para iniciar un incidente de tercería de dominio respecto de la ejecución forzosa de

una sentencia de despido, o problemáticas relacionadas con la reivindicación judicial de cuestiones laborales en empresas sujetas a concurso. Y, por descontado, la Sala también ha tenido oportunidad de rememorar su doctrina – y añadir precisiones de interés-- sobre diversas temáticas, como en materia de conflicto colectivo, de recurso de suplicación o de casación, y de aclarar otras como por ejemplo el alcance del escrito de impugnación del recurso de suplicación o el contenido del laudo arbitral.

I.- DERECHO DEL TRABAJO

1. *Contrato de trabajo y figuras afines*

El trazado de las fronteras entre los distintos regímenes jurídicos aplicables a las diversas formas de prestación de servicios ha afectado, sobre todo, en el período de referencia, al **ámbito administrativo**, a propósito del contrato concertado por el Ministerio de Defensa (INTA) con un trabajador en cuya prestación de servicios concurren las notas definidoras básicas del contrato de trabajo: ajenidad y dependencia, no obstante, calificarse sus contratos como “contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica”, al amparo del RDL 2/2000, de 16 de junio. La **STS 15-07-2013 (Rc 3227/12)** declara el carácter laboral de esta relación, abundando en las razones de las limitadas posibilidades que la Administración tiene para contratar en régimen administrativo la prestación personal de servicios, máxime al haber desaparecido la figura del “contrato para la realización de trabajos específicos y concretos y no habituales”, modalidad que planteaba mayores problemas de delimitación respecto del contrato laboral por obra o servicio de duración determinada. En consecuencia, los contratos celebrados fueron desde el principio laborales, al tratarse de profesional que se insertó en el ámbito organizativo de la Administración contratante.

Asimismo, la **STS 16-12-2013 (Rc 3265/12)** declara la existencia de relación laboral en quien ha sido contratada en régimen administrativo y temporal por la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha como Asesora lingüística/Monitora de Inglés al amparo de los Convenios MEC-British Council, con sucesivos contratos de «interinidad programa temporal» habiéndose producido los ceses con la indicación de «no subsistir las razones de necesidad o urgencia que motivaron su nombramiento como funcionario interino». Afirma la sentencia que con independencia de la difícil compatibilización entre la normativa estatal, que suprimió a partir de la Ley 53/1999 la posibilidad de contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, y la normativa autonómica, que admite el nombramiento de personal interino «por razones de necesidad y urgencia» y para «actividades no habituales» de la Administración, no concurre en el caso esa necesaria urgencia ni se trata de una actividad no habitual [impartir enseñanza de inglés], por lo que se trata de una relación laboral. Se declara la no aplicación de la STS 13-07-2010 (Rec 3142/09 por no hacerse el contrato al amparo de la LOCE art 32 y no tratarse de "profesor especialista" al que alude el precepto.

Junto con la contratación administrativa, también el contrato de **arrendamiento de servicios** es otra de las figuras contractuales más próximas al contrato de trabajo en todos los sentidos. Pues bien, la **STS 09-07-2013 (Rc 2569/13)** nos recuerda que el trabajo de valoración de daños de los peritos tasadores de seguros puede realizarse tanto en régimen laboral (contrato de trabajo) como en régimen de ejercicio libre de la profesión (arrendamiento de servicios); o, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras, la tasación pericial de daños puede llevarse a cabo con recursos personales propios, o mediante encargo a peritos colaboradores externos o a sociedades de peritación. En el caso, a partir de los datos e indicios aportados, nos encontramos ante un colaborador externo de la compañía de seguros, no sometido a las facultades de dirección y disciplina del empresario, colaborador externo que ha prestado sus servicios profesionales en régimen de autonomía y mediante su propia organización de trabajo, lo que determina la inexistencia de contrato de trabajo y, por ende, la incompetencia del orden social para conocer de la controversia.

La cuestión debatida en **STS 19-02-2014 (Rc 3205/12)**, es la de determinar si la prestación de servicios del demandante para una conocida cadena de radiodifusión (cadena SER) como colaborador (tertuliano) en diversos programas desde el año 1994 hasta el año 2011 reviste o no los rasgos definitorios de una relación jurídico laboral en los términos exigidos en el ET art. 1. Para examinar la cuestión, recuerda la sala que la figura del **colaborador periodístico** se sitúa en esa zona fronteriza o gris en que es difícil determinar la **naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios** en cuestión. Pero también lo es que esa dificultad se aminora sustancialmente cuando el colaborador en cuestión es precisamente una persona cuya profesión principal y quizás única es la de periodista. La sentencia examina una a una las notas definidoras del trabajo asalariado, en concreto, la ajenidad y dependencia, y concluye afirmando el carácter laboral de la relación, sin que desactive tal afirmación el dato de que el accionante percibiera sus retribuciones a través de una sociedad mercantil de la que es administrador único.

2. Contratación temporal

2.1. Contrato de interinidad y contrato de acumulación de tareas en la Administración Pública

Declara la **STS 10-07-2013 (Rc 2844/12)** que no cabe otorgar validez a la extinción de un contrato de interinidad por vacante con base en la cobertura provisional de esa plaza por funcionario, y sin que la misma haya salido a concurso. La Sala reitera doctrina y declara que "la cobertura provisional de la vacante y no otra es el dato fundamental para calificar la relación jurídica como contrato de interinidad por vacante, bastando con que la calificación de la plaza que se contrata se realice de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado y que el acto empresarial se realice con criterios objetivos", por lo que en el caso enjuiciado "no cabe aceptar que el interino deba cesar por la conclusión de un proceso de selección en el que no se ha incluido su especialidad ni su plaza y en el que ni siquiera pudo participar....".

En el supuesto que examina la **STS 10-07-2013 (Rc 1991/12)**, el actor había concertado con la Administración **contrato temporal por acumulación de tareas**, siendo el objeto consignado "necesidad de compensar con descansos al personal que

por necesidades del servicio cubrió las ausencias, por permisos reconocidos en el convenio y para cubrir los distintos turnos. Así las cosas, la sentencia si bien considera la insuficiencia de plantilla como “acumulación de tareas” a los efectos del contrato temporal de eventualidad en los organismos públicos, no sostiene la misma posición en cuanto a la suficiencia de la consignación en el documento del contrato de la concreta causa de temporalidad invocada. En efecto, a pesar de que el contrato de trabajo del actor había expresado la causa o causas de la suplencia, no especificó con la precisión requerida en la normativa aplicable (RD 2720/1998, arts. 2, 3 y 4), el nombre del trabajador o trabajadores sustituidos, lo que inexorablemente conduce a que el cese sea calificado como despido improcedente.

2.2. Trabajos temporales de colaboración social

Modifican doctrina anterior de la Sala, **las SSTS 27-12-2013 (Rcs, 217/12, 2798,12, 3214/12; y 22-01-2014 (Rc 3090/12)**, en relación a los trabajos temporales de colaboración social. Como es de ver, la cuestión que se suscita nuevamente en las sentencias señaladas es la de determinar si una Administración Pública puede lícitamente utilizar al figura del denominado “contrato temporal del colaboración social”, para contratar a trabajadores que van a desarrollar tareas normales y permanentes de la Administración contratante. Recuerda la Sala que la Administración para poder hacer uso de dicha figura contractual, debe cumplir los requisitos legalmente establecidos, a saber, que se trate de trabajos de **utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad**, y el de la temporalidad. En relación con el primero de los requisitos para la validez de ese tipo de contratos, se ratifica la doctrina de la sala, ahora bien, en lo tocante al **requisito de la temporalidad** es el punto en el que se rectifica doctrina anterior, básicamente, porque la temporalidad que define en términos legales el tipo contractual no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con el de la prestación de desempleo, sino que **debe predicarse del trabajo objeto del contrato**. En efecto, la temporalidad ya existe desde el momento en que el trabajador contratado es un desempleado, ahora bien, si solo tomamos en cuenta este extremo, carecería de sentido que el art. 39.1 del RD 1335/1982 exija a la Administración Pública contratante la acreditación de “la obra o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización”, “así como la duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio como de la actuación de los trabajadores especialistas y categorías”. Así las cosas, en los supuestos enjuiciados los servicios prestados se corresponden con las actividades normales y permanentes de la Administración, sin que se haya justificado la temporalidad por ello la contratación efectuada no tiene amparo en la normativa señalada de ahí que al no existir causa válida de temporalidad, la denuncia extintiva constituye un despido improcedente.

2.3 Derecho transitorio ex ET 15.5 ET

En la **STS 03-03-2014 (Rc 819/13)**, se da respuesta a una cuestión de derecho transitorio, en relación a aquellos trabajadores que cuando entra en vigor el RDL 10/2011, de 26 de agosto que, como es sabido, suspendió la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 del ET, habían adquirido la condición de fijos por haber prestado sus servicios durante más de veinticuatro meses en un periodo de treinta para la misma empresa. En concreto, se dirimió si se suspendió la efectividad de los derechos ya adquiridos o sólo de los que estaban en trance de adquisición, optando

la Sala IV por esta última proposición. Razona al respecto que la solución viene avalada por una interpretación literal del art. 15.5 inciso final del primer párrafo del ET, que demuestra que el derecho a la fijeza se adquiere cuando se reúnen los requisitos allí establecidos. Interpretación que viene avalada por la disp.trans.4ª del CC, e irretroactividad que el art. 9.3 CE impone para las normas restrictivas de los derechos ya adquiridos.

En **STS 12-03-2014 (Rc 1494/13)** el tema de debate gira sobre la normativa aplicable a los supuestos de conversión de un contrato temporal en indefinido por aplicación del art. 15.5 del ET, al superarse con sucesivos contratos temporales los límites establecidos, esto es, trabajar más de veinticuatro meses en un periodo de treinta meses. Más concretamente, el problema consiste en determinar si se aplica el art. 15.5 en la redacción que le dio la L 43/2006, vigente al tiempo de suscribirse los contratos, o se aplica la redacción que este precepto dio la L 35/2010, que se encontraba vigente al tiempo de extinguirse el contrato. La cuestión es resuelta por la L 35/2010 disp.trans.2ª, cuya aplicación determina que a los efectos previstos en el art. 15.5 del ET en la redacción dada por la L 35/2010, sólo sea computable el vigente el 18-06-2010 (fecha en la que entró en vigor el RDL 10/2010), esto es el último de los contratos celebrados, ya que, así se deduce de la literalidad de la norma. Los demás contratos suscritos antes del 18-06-2010, incluso el último se computan a estos efectos solo para aplicar el art. 15.5, en la redacción que le dio la L 43/2006, lo que supone el respeto de los derechos adquiridos según la normativa anterior estableciéndose el cómputo al efecto de todos los contratos suscritos.

2.4. Trabajadores fijos discontinuos y existencia de discriminación

Se pronuncia **STS 21-01-2014 (Rc 1194/13)** sobre la discriminación, por no adhesión a un convenio extraestatutario, de los accionantes, personal laboral fijo-discontinuo del Servicio de Defensa contra Incendios de la Xunta de Galicia. La sentencia tras recordar la doctrina constitucional sobre la no identificación del principio constitucional de igualdad con la proscripción de la discriminación, el alcance de la desigualdad con relevancia constitucional y las reglas de carga probatoria en estos casos, declara censurable el tratamiento desigual consistente en fijar por la Administración una superior temporada de trabajo -con anterior fecha de llamamiento- a los empleados fijos- discontinuos que se adhieran al convenio colectivo extraestatutario, y mantener la anterior jornada anual que a los que se nieguen a hacerlo, siendo inaceptable sostener que los actores no han acreditado su mejor derecho a reiniciar sus contratos en 05-02-2007, porque la cuestión suscitada ninguna relación guarda con posibles preferencias, sino con la aplicación de la nueva temporada exclusivamente a quienes se adhieran al convenio extraestatutario, y tal planteamiento comporta desconocer la ya citada jurisprudencia constitucional y ordinaria en orden al desplazamiento de la carga de la prueba.

3. Convenios colectivos y negociación colectiva.

3.1 Ámbito de aplicación.

La **STS 26-12-2013, (Rc 291/11)** desestima la aplicación del III Convenio Colectivo Único del Personal al servicio de la Administración General del Estado a

los trabajadores de la empresa Ingeniería y Servicios Aeroespaciales SA (INSA). La sentencia aclara que la demandada es una sociedad mercantil -en concreto, una sociedad anónima- de titularidad pública por lo que no está incluida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Único. Es cierto que las sociedades mercantiles estatales forman parte del sector público, pero una cosa es el sector público y otra los entes de carácter público que también se integran en ese sector, pero que no agotan el ámbito del mismo, (art. 3 de la Ley de Contratos del Sector Público). En cuanto al fondo del asunto, la sucesión de INSA se produjo en 1992, por lo que no es de aplicación la versión del art. 44 del ET establecida por la Ley 12/2001 ni la Directiva CE 2001/23 coincidente en lo esencial con la regulación actual. En todo caso, se estima de aplicación la doctrina establecida antes de aquella modificación por lo que se reitera que la sucesión de empresa, no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo; este principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, y de ahí que, por vía de convenio colectivo, posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede proceder a la regulación homogénea de condiciones de trabajo, de modo que en el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador. La limitación de la vigencia del convenio de la entidad cedente se produce, además, por “la extinción o expiración del convenio colectivo” de la empresa cedente. Esto es lo que ha ocurrido en el caso analizado, por lo que desde ese momento -1/1/1999 – dejó de ser aplicable el convenio de la empresa cedente porque ese convenio había dejado de tener vigencia y los nuevos convenios aprobados para la Administración General del Estado no pueden quedar comprendidos en el ámbito de una garantía que se refiere únicamente al convenio aplicable en el momento de la transmisión. Se concluye que el legislador comunitario no ha querido vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transferencia y se limita a mantener los derechos y las obligaciones de los trabajadores vigentes en la fecha de la transmisión”, sin que alcance a “proteger simples expectativas y, por tanto, beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos”. No hay, por tanto, ni en las normas comunitarias, ni en las nacionales la garantía dinámica en la aplicación del convenio colectivo por lo que la garantía de aplicación del convenio de la empresa transmitida es estática y no alcanza a los convenios posteriores a la transmisión.

3.2 Comisiones negociadoras y comisiones aplicativas

En la **STS 21-10-2013 (Rc 104/12)** se impugna determinados artículos del III Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A., en base a considerar que las Comisiones previstas en tales disposiciones tenían facultades negociadoras, excediendo de la mera interpretación y aplicación del convenio, por lo que haber excluido de ellas al sindicato demandante, pese a su legitimación para negociar el convenio –que no había firmado, aunque sí negociado– integra lesión a su derecho de libertad sindical, en la vertiente del derecho a la negociación colectiva. La Sala IV reitera la distinción entre comisiones “negociadoras” y “aplicadoras”. Las primeras son las constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio y todos los Sindicatos que tengan la necesaria

representatividad están legitimados para formar parte de dichas comisiones, y su exclusión atenta al principio de libertad sindical. Las Comisiones “aplicadoras” son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo o la adaptación a un problema no previsto y la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio para formar parte de éstas es legítima y no vulnera la libertad sindical, en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional. Son las concretas circunstancias del supuesto [cometido de la comisión; número de miembros integrantes; funcionalidad o disfuncionalidad de una mayor representatividad, etc.] las que en su caso habrán de evidenciar si la exclusión de la organización que se haya negado a firmar pudiera no ofrecer justificación objetiva y razonable. En aplicación de la anterior doctrina, la Sala IV resuelve la cuestión nuclear confirmando la nulidad de todos los preceptos que exceden de funciones de la “administración” del Convenio y rechaza la pretensión de nulidad referida a las restantes comisiones, que entiende sólo aplicativas. Se mantiene el criterio de que los Sindicatos que hubieran participado en la negociación del Convenio, aunque no lo hubiesen firmado, necesariamente han de formar parte de las comisiones normativas, pero que su exclusión de las de simple administración no comporta lesión alguna de la libertad sindical.

3.3. Efectos de la anulación judicial de un convenio estatutario.

En la **STS 14-05-2013 (Rc 1312/12)** la cuestión suscitada consiste en determinar si anulado judicialmente un convenio colectivo estatutario continúan o no vigentes las cláusulas normativas del anterior Convenio Colectivo, que había sido derogado por el posteriormente declarado nulo y, en concreto, de darse respuesta afirmativa, si entre tales cláusulas normativas deben entenderse incluidas las relativas al procedimiento sancionador - exigencia o no de expediente disciplinario previo para poder sancionar las faltas muy graves -; así como la relativa al alcance retroactivo que en dicha materia pueda darse al posterior Convenio colectivo suscrito para reemplazar al Convenio declarado judicialmente nulo. La Sala IV concluye que las cláusulas de Convenios colectivos estatutarios denunciados, relativas a faltas y sanciones, deben considerarse cláusulas normativas, por lo que mantienen la vigencia, a falta de pacto, una vez concluida la duración pactada y hasta que entre en vigor un nuevo convenio que lo sustituya. Añade que la nulidad, declarada judicialmente, de posterior Convenio colectivo que sustituía al anterior, hace que recobren vigencia cláusulas normativas del precedente. Por tanto, los efectos de la declaración de nulidad del Convenio no son “ex nunc” - desde el momento en que se dictó la sentencia anulatoria - sino “ex tunc” - desde el momento inicial de la aprobación del propio convenio colectivo declarado nulo -, lo que implica que recobran vigencia, como regla general, las cláusulas normativas del Convenio inicialmente derogado por el posteriormente declarado nulo.

4. Contratas: Responsabilidad solidaria.

La **STS 11-11-2013 (Rc 2674/12)** reitera, en interpretación del art 42.2 ET, que la responsabilidad solidaria del empresario principal, que se extiende, en su caso, a toda la cadena de subcontratistas, tiene, sin embargo, una limitación temporal expresamente establecida en el propio precepto, consistente en que dicha afectación abarca solamente al “*período de vigencia de la contrata*”, refiriéndose el

siguiente límite temporal "*durante el año siguiente a la terminación del encargo*" al plazo de ejercicio de la acción correspondiente, que, en lo que se refiere a los salarios, coincide con el plazo común de prescripción establecido en el art 59.1 ET. Por todo ello, la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas de la contratista o subcontratista - entre las que deben incluirse la parte proporcional de vacaciones- se extiende únicamente a las contraídas por estos durante el periodo de vigencia de la contrata.

5. Despido individual y extinciones del contrato de trabajo

5.1 Caducidad de la acción de despido.

La **STS 03-06-2013, (Rc 2301/12)**, [con voto particular] da respuesta a una cuestión compleja relativa a la caducidad de la acción de despido en relación con la interposición de la papeleta de conciliación administrativa y que consiste en determinar si resulta aplicable al cómputo del plazo de caducidad, art 59.3 ET, el art 135.1 LEC cuando se interpone la demanda de conciliación en los términos previstos en éste precepto, esto es, dentro de las 15 horas del "día 21" del plazo, y la demanda ante el Juzgado de lo Social el mismo día en que se lleva a cabo la conciliación sin avenencia. Es sabido que el plazo de caducidad de 20 días, previsto en el art 59.3 ET para el ejercicio de la acción de despido, queda "congelado" durante la sustanciación de la conciliación, esto es, desde el día en que se interpone la papeleta de conciliación hasta aquél en que se lleva a cabo la misma. Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza de la conciliación, se concluye que no hay motivo para la no aplicación de la LEC art 135.1. Por tanto, si la conciliación no ha "consumido" ningún día del plazo de caducidad, deberá hacerse un paréntesis con ese tiempo, de manera que cuando el día 20 es el inmediatamente anterior a la demanda de conciliación, ésta podrá interponerse -como podría haberse hecho con la demanda por despido- hasta las 15 horas del día siguiente a la finalización de tal plazo, y por tanto hasta las quince horas del día número 21, puesto que la demanda procesal realmente se interpuso el mismo día de la conciliación celebrada sin avenencia, por lo que ningún día se consumió con ello del repetido plazo. En conclusión, no se tiene en cuenta el día de interposición de la papeleta de conciliación ante el órgano administrativo ni tampoco el día en que se celebra el acto sin avenencia, ex art 135.1 LEC, y se entiende no caducada la acción cuando la conciliación se plantea dentro de las 15 horas del día 21 del plazo, equiparando la posibilidad válida de interponer la demanda con la del inicio de conciliación.

5.2 Efectos de la información incorrecta en la notificación de despido por la Administración

La **STS 14-1-2014 (Rc 4121/11)** reitera doctrina y declara que no pueden redundar en perjuicio del trabajador las inexactitudes u omisiones que contenga la comunicación de la decisión de despido efectuada por la Administración pública empleadora, en especial respecto al transcurso del plazo de caducidad. En el caso se produjo una falta de información al interesado sobre el modo de impugnar el acto administrativo lo que resulta imputable a la Administración, máxime cuando ésta actúa de hecho, por lo que además de no indicar formalmente el contenido del acto tampoco suministra información adecuada sobre su forma de impugnación. La doctrina unificada señala que las normas sobre la incidencia de la reclamación

previa en la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex art 24 CE, por lo que no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales. Además, tras la entrada en vigor de la LRJS la solución a estos problemas tiene una respuesta expresa en el art 69. Finalmente, la notificación del despido verbal debe entenderse efectuada cuando la parte actora interpuso la reclamación previa -- fecha en que el interesado realizó actuaciones que suponen el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de la notificación o interpuso la reclamación previa que procedía --.

5.3 Despido disciplinario

A propósito de un despido disciplinario, reitera **STS 11-03-2014 (Rc 1203/13)** que el plazo de prescripción ex art. 60.2 ET comienza a computarse desde el momento en el que la empresa tiene completo conocimiento de la conducta sancionable, por lo que al desconocer la empresa los motivos exactos de la detención de los trabajadores y estar en marcha la instrucción penal, quedó interrumpido el plazo de prescripción durante todo el período en que los actores estuvieron en prisión provisional, reiniciándose el cómputo con su puesta en libertad. Además, si de conformidad con el ET una de las causas de suspensión del contrato es la privación de libertad de trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria, la solución práctica hubiera sido la misma porque, pese a que la suspensión, de conocerse los hechos con suficiente precisión, no cercene por completo las facultades disciplinarias del empleador, una vez finalizada por la puesta en libertad de los trabajadores, fue entonces, antes de que transcurriera cualquier plazo de prescripción, cuando la empresa inició el procedimiento sancionador, sin que los días transcurridos desde ese inicio hasta que se les comunicó el despido superara el plazo establecido en art. 60.2 ET para la prescripción de las faltas muy graves.

5.4 Despido improcedente e incapacidad permanente absoluta

Reitera **STS 25-06-2013 (Rc 2113/12)** doctrina anterior (STS 28-01-2013) a propósito del derecho del trabajador a ser indemnizado con independencia de que con posterioridad al despido fuese declarado afecto a una incapacidad permanente. Recuerda la Sala que cuando desaparece un término de la obligación establecida en el art. 56.2 del ET, por no ser posible la readmisión del trabajador, “debe aplicarse el art. 1134 CC, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir el otro miembro de la obligación alternativa, es decir la indemnización”. Asimismo señala que no nos encontramos ante una duplicidad de indemnizaciones, porque las indemnizaciones nos reparan el mismo daño: la indemnización por despido cubre el daño producido por la privación injusta del empleo, mientras que la indemnización procedente de la incapacidad derivada de un accidente de trabajo afecta a todos los empleos derivados de su profesión habitual; por lo tanto operan con plena independencia y no se confunden una con otra.

5.5 Despido improcedente y trabajador extranjero no comunitario

El trabajador extranjero que carece del correspondiente permiso de trabajo tiene derecho a las prestaciones inherentes a un despido improcedente, tal y como afirma **STS 17-09-2013 (Rc 2398/12)**, pues si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la Ley, sin embargo la LO 4/2000 de Extranjería (art. 36.1), dispone que la carencia de autorizaciones “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados en los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderles...”, disposición con base en la cual quedan a salvo de la sanción de nulidad los derechos que por razón de un despido improcedente pudieran corresponder a un trabajador en tal situación irregular en lo que a su contratación se refiere.

5.6 Despido disciplinario improcedente e indemnización por falta de preaviso

Declara la **STS 15-05-2013 (Rc 2926/12)** que la indemnización por despido improcedente, reconocido por la empresa, es compatible con la indemnización por falta de preaviso que se ha pactado para los casos de decisión unilateral de ruptura de la relación laboral. Así, en el caso examinado, la empresa procedió al despido disciplinario del trabajador reconociendo su improcedencia y optando la empleadora por la indemnización equivale a una extinción unilateral empresa que da derecho a la indemnización por preaviso incumplido pactada contractualmente entre las partes; otra interpretación posibilitaría al empleador eludir el cumplimiento de su obligación contractual mediante el cauce de la gratuita imputación de una causa extintiva del contrato totalmente improsperable, lo que equivaldría aceptar como jurídicamente eficaz una conducta que entrañaría claro abuso de derecho y fraude de ley.

5.7 Despido objetivo

Es improcedente el despido objetivo derivado del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 53.1.b) del ET, tal y como reiteran las **SSTS 09-07-2013 (Rc 2863/12)**, y **24-02-2014 (Rc 3152/12)** pues la ley establece de forma imperativa que la empresa viene obligada a poner a disposición del trabajador la indemnización por despido objetivo de manera simultánea a la comunicación de la decisión extintiva, sin que pueda diferirse a la fecha de eficacia del despido.

De nuevo se plantea en **STS 08-07-2013 (Rc 1928/11)** una cuestión ya resuelta por la Sala, relativa a la posibilidad de que el empresario que ha comunicado su decisión de despido (objetivo) al trabajador se retracte de ella, directa o indirectamente, y trate de dejarla sin efecto después de comunicarla al trabajador. En **SSTS 07-10-2009 (Rc 2694/08)**, **11-12-2009 (Rc 660/09)** y **26-04-2010 (Rc 2785/09)**, se afirmó que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo, de tal suerte que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes. Pero, lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación que ya no

existe. En consecuencia, no es posible la retractación del despido comunicado debidamente.

En relación al despido objetivo por **absentismo laboral**, las **SSTS TS 16-10-2013 (Rc 446/13); 03-12-2013 (Rc 737/13), 10-12-2013 (Rc 1041/13, Rc 790/13, 802/13); y 15-01-2014 (Rc 1238/13)** examinan si es aplicable la última redacción del precepto a las ausencias de las respectivas actoras, anteriores a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 52.d) del ET operada por el RDL 3/2012 de 10 de febrero (BOE 11-2-2012) que si bien mantuvo la redacción del precepto en la versión introducida por la L 35/2010 de 17 de septiembre, suprimió el último inciso, el que exigía que el índice total de absentismo del centro de trabajo superara el 2,5 % en el período de ausencias del trabajador, lo que justificaría la extinción del contrato por causas objetivas, o por el contrario, ha de aplicarse la redacción vigente cuando se produjeron las ausencias, en cuyo caso no procedería el despido objetivo ya que no se ha acreditado que el absentismo de la plantilla en igual periodo alcanzar el 2,5%. El TS declara que el requisito suprimido por el RDL 3/2012 no resulta exigible en el supuesto en el que la extinción de la relación laboral por falta de asistencias al trabajo se acuerde bajo la vigencia de la nueva norma pero con fundamento exclusivo en ausencias acaecidas en una horquilla temporal comprendida en un periodo anterior a la promulgación de la norma.

Al socaire del despido de unos trabajadores por causas objetivas, dentro del año siguiente a su cese como **representantes de personal**, se dirime en **STS 16-09-2014 (Rc 1636/12)** el **derecho de prioridad** de aquéllos en la empresa. El TS desestima tal derecho, cual se deriva de la literalidad del art. 68 b) y c) del ET y de una interpretación sistemática del mismo. En efecto, el citado precepto distingue entre la garantía de prioridad de permanencia en la empresa en los casos de extinción del contrato por causas tecnológicas o económicas (apartado b)) y la de no ser despedido ni sancionado por actos realizados en el ejercicio de su representación durante el desempeño de sus funciones representativas o dentro del año siguiente a la finalización de esa labor (apartado c)). Las diferencias entre las garantías son evidentes, y mientras la primera se concede frente a los despidos o extinciones contractuales fundadas en causas objetivas, la segunda se da frente a los despidos por causas subjetivas, frente a los despidos y sanciones disciplinarias motivadas por actos del despido. En consecuencia, la garantía de permanencia en los despidos objetivos no se extiende al año posterior al cese del representante de los trabajadores.

En relación al despido objetivo de un **trabajador incluido en un ERE suspensivo** se pronuncia **STS 12-03-2014 (Rc 673/13)**, señalando que en ese particular supuesto es nulo el despido objetivo, ya que, aunque en principio es factible admitir que durante una situación de suspensión de la relación contractual por causas económicas y productivas una empresa pueda tomar una decisión extintiva, por razones objetivas, ello exigiría, que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión. En el caso no concurre ni una ni la otra condición. Las causas – económicas y productivas-- son las mismas, no concurriendo tampoco un cambio

sustancial y relevante de las circunstancias sobre las que se fundamentó la autorización de suspensión.

5.8 Derecho de opción y jubilación del trabajador antes de que recaiga sentencia

De interés es el problema que se examina en **STS 04-03-2014 (Rc 3069/12)**, relativo a determinar si confirmada la declaración del despido como improcedente, el empresario está obligado a ejercitar su derecho de opción entre readmitir o indemnizar al trabajador o si, por el contrario, no está obligado a hacerlo al haber optado ya por la readmisión en fase de ejecución provisional mientras duraba la tramitación del recurso, dándose la circunstancia de que el trabajador rechazó esa reincorporación al trabajo pues se jubiló tras el despido. La sentencia señala que de conformidad con el texto procesal, una vez confirmada la sentencia recurrida, el sentido de la opción no puede ser alterado, pues la única consecuencia que se deriva de la negativa del trabajador a reincorporarse vigente la ejecución provisional, es la pérdida de los salarios de tramitación. En consecuencia, la jubilación del trabajador no exime a la empresa de proceder a la readmisión, una vez firme la sentencia, pues aquél puede pedir la suspensión del abono de la pensión y reintegrarse a su puesto de trabajo.

5.9 Ejecución sentencia firme de despido

Una de las materias que difícilmente acceden al recurso de casación para la unificación de doctrina, es aquella que tiene que ver con la ejecución de las sentencias firmes de despido. A uno de los interrogantes que se puede suscitar en fase de ejecución se destina el pronunciamiento obrante en **STS 27-12-2013 (Rc 3034/12)**, siendo el tema a resolver el relativo a determinar si declarada en sentencia firme la improcedencia del despido con opción entre la readmisión o la extinción indemnizada a favor del empleador, éste último puede optar válidamente por readmisión “en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido” (Ex LRJS art. 110.1) cuando en ese momento la readmisión ya no la podía efectuar en las mismas condiciones sustanciales existentes en la fecha del despido y si la efectúa de tal forma, en su caso, lo será “en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido” por lo que no se podrá considerar, en el primer caso, como realizada en “forma regular”, lo que comportaría la procedencia de la extinción contractual indemnizada. En el caso, consta el cierre del centro de trabajo en el que prestaban sus servicios los trabajadores antes de ser despedidos y en estas circunstancias, concluye la sentencia afirmando que el empleador no podía válidamente elegir el cumplimiento de la sentencia optando por readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, dado que además en las obligaciones alternativas el deudor no tiene derecho a elegir prestaciones imposibles, por lo que la readmisión debe declararse irregular, lo que determina la extinción contractual indemnizada.

5.10 Extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla

De indiscutible interés es el pronunciamiento obrante en **STS 17-07-2013 (Rc 1380/12)**, sentencia en la que se trata de determinar la respuesta que debe dar nuestro ordenamiento jurídico a la extinción del contrato de una trabajadora con

relación laboral de carácter indefinido no fijo, que viene prestando servicios para una Administración Pública, cuando dicha extinción se produce por cese del servicio al que estaba adscrita. La sentencia mantiene que la extinción del contrato indefinido no fijo no se produce solamente por la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo sino que “también ha de aplicarse (la causa extintiva) a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización y ello porque en este caso no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual ...”; manteniendo que este aspecto del contrato indefinido no fijo presenta notorias analogías con el contrato de interinidad, con relación al cual la Sala ya había mantenido con reiteración que su extinción puede acordarse “por amortización de la plaza cubierta ... sin necesidad de acudir a la vía que establece el art. 52.c) del ET” entendiéndose que el mismo criterio ha de aplicarse a los contratos no fijos. La sentencia se extiende en otras consideraciones en las que se viene a admitir la posibilidad de que los trabajadores indefinidos no fijos puedan percibir la indemnización prevista en el art. 49.1.c) del ET, si bien no se reconoce en este procedimiento el derecho a dicha indemnización por cuanto que se trata, según mantiene la Sala, de una cuestión no planteada por la parte actora.

El criterio de esta resolución se reitera en pronunciamientos posteriores, en concreto se trata de las **SSTS 14-10-2013 (Rc 68/13); 15-10-2013 (Rc 383/13); 23-10-2013 (Rcs 408/13 y 804/13)**, una pequeña cadena de asuntos en los que se ventilaban diversas acciones de despido dirigidas contra el Ayuntamiento de Parla. En unos casos se cuestionó la problemática de si el órgano administrativo competente para adoptar tal decisión era la Junta de Gobierno Local o el Pleno del Ayuntamiento y, en otros, partiendo de la existencia de un acuerdo administrativo, formalmente válido, de amortización de plazas, se planteaba la necesidad de determinar los requisitos laboralmente exigibles para proceder a la amortización de puestos de trabajo desempeñados por trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración pública principal empleada y las derivadas consecuencias. La Sala IV proclama que la Administración Pública empleadora puede amortizar los puestos de trabajo ocupados por trabajadores indefinidos no fijos sin necesidad de acudir a los arts. 51 ó 52 del ET. Sentado lo anterior, y declarada la procedencia de la decisión extintiva empresarial, en estos asuntos sí se reconoce a los trabajadores demandantes el derecho a recibir a cargo del Ayuntamiento demandado una indemnización en la cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar la que establece el art. 49.1.c) del ET, dado que la consideración de la naturaleza del vínculo contractual ha determinado aceptar la amortización como causa válida de terminación del contrato con duración incierta, teniendo en cuenta la previsión de la disp. trans. 13ª del ET, a cuyo tenor los contratos temporales celebrados hasta el 31-12-2001 se indemnizaron con 8 días de salario por cada año de servicio. La doctrina fijada en dichas sentencias se reproduce en **STS 25-11-2013 (Rc 771/13)**, en relación a la amortización de un puesto de trabajo en otra Administración Pública.

5.11 Requisitos de validez y eficacia del finiquito

Las **SSTS 08-07-2013 (Rc 1657/12) y 10-07-2013 (Rc 1480/12)** constituyen un resumido compendio de la doctrina de la Sala IV al respecto de los recibos de finiquito, su valoración jurídica y sus posibles efectos sobre la extinción del contrato

de trabajo. En estos casos, la Sala IV niega efectos extintivos a los finiquitos suscritos cuando ya se ha producido un acto empresarial unilateral de poner fin a la relación, siendo la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, procediendo seguidamente a suscribir el trabajador el documento de saldo y finiquito. Por lo tanto, dicho documento suscrito por las partes no respondía a ninguna función transaccional, que solventara un eventual discrepancia ulterior a la decisión empresarial ya adoptada, resultando relevante que la cantidad a la que se refiere el recibo fuera única, sin desglose ni particular mención de los conceptos a los que obedecía.

6. Despido colectivo

Dada la novedad sustantiva y procesal de la figura del despido colectivo regulada en la reforma laboral de 2012, la Sala ha venido resolviendo a partir de 2013 los procedimientos de esta naturaleza en Pleno de Sala, del que proceden las sentencias que se refieren a continuación

6.1 Grupo de empresas

Una de las constantes en los litigios sobre procedimientos de despido colectivo que se han venido tramitando ante la Sala IV en el periodo de referencia ha sido la relativa a la relevancia laboral del grupo de empresas, por la incidencia que sobre la tramitación administrativa y la concurrencia de las causas de fondo tiene que la empresa pertenezca a un grupo, máxime cuando el mismo tenga características de grupo irregular.

La **STS 27-5-2013 (Rc 78/2012)** es una resolución decisiva sobre los grupos de empresas, porque se encargada de matizar y perfilar la doctrina sobre éstos, al menos referida a los procedimientos de despido colectivo. Ante todo, la Sentencia indica que, al margen de posibles imprecisiones semánticas, el concepto de grupo de empresas en el orden laboral es esencialmente común a otros ordenamientos (mercantil, contable, fiscal), en los que igualmente hay grupos regulares e irregulares según cumplan o no ciertas condiciones y adquieran responsabilidades diversas, y que ha de prescindirse de la anterior dicotomía “grupos laborales, grupos mercantiles” en función de su carácter ilegal o legal para aplicar el concepto de “grupos de empresas regulares e irregulares”.

En segundo lugar, para definir los grupos de empresa irregulares o ilícitos, que dan lugar a las consecuencias laborales propias del grupo de empresas irregular, formula una nueva relación de criterios en los términos siguientes:

“la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresa del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo –simultánea o sucesivamente– en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores” y añade a continuación las siguientes precisiones: “En todo caso parece oportuno destacar –con la ya citada STS 20/Marzo/13– que «el

concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de (...) empresas (...), la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma».

Igualmente contiene algunas referencias tales como que “la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas” y se descarta también que el control pueda llevar a ese resultado, porque “ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial”, entendida como una posición empresarial común o como un supuesto de extensión de la responsabilidad. Tampoco actúa como elemento adicional la llamada apariencia externa de unidad, que es solo “un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél”.

La sentencia procede a aclarar también el juego de los elementos adicionales. Señala, en primer lugar, que “el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad, pero solo “para las diversas empresas que reciben la prestación de servicios”. La confusión de plantillas no puede confundirse con los fenómenos de circulación de los trabajadores dentro de las empresas del mismo grupo cuando esos fenómenos son lícitos y transparentes. Por su parte, la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio y se concibe como una situación de “promiscuidad en la gestión económica” que no debe confundirse con las relaciones de colaboración entre las empresas del grupo ni con las participaciones en el capital o con la simple utilización de infraestructuras comunes. Por último, la creación de empresas aparentes debe relacionarse con actuaciones fraudulentas o con el abuso de la personalidad jurídica.

En una resolución posterior **STS 25-09-2013 (Rc 3/13)** se contienen precisiones adicionales de interés sobre la confusión patrimonial: 1º) no lo es la pertenencia de la totalidad de las acciones a la empresa dominante, porque la confusión patrimonial no se identifica con la titularidad del capital social; 2) tampoco con la existencia de cuentas consolidadas del grupo, pues éstas son solo un medio de información contable sobre el grupo que no afecta a la obligación de las empresas de formular sus propias cuentas (art. 42 CCo) y 3º) no tiene ese carácter la financiación de una sociedad del grupo a través de créditos participativos, pues la existencia de préstamos no convierte en grupo a prestamistas y prestatarios.

Esta doctrina se ha reiterado en varias sentencias posteriores, entre las que hay que destacar **STS 19-12-2013 (Rc 37/13)**, en la que el grupo lo constituye una agrupación de interés económico (AIE), que cuenta con un específico régimen jurídico

en el que la unidad de dirección es elemento esencial o consustancial, y en el que no hay confusión de plantillas porque la utilidad patrimonial de la actividad de los trabajadores de la AIE se transfiera por ésta a las sociedades, ni hay confusión patrimonial. Por lo tanto, al no apreciarse componente anómalo alguno que permita considerar la existencia de una realidad empresarial única integrada por la AIE y los socios, o que permita vislumbrar la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, o el uso abusivo de la dirección unitaria en perjuicio de los trabajadores, es lógico excluir la participación de los socios componentes en el expediente que ha de seguirse para proceder al despido colectivo de los trabajadores.

Descarta la posición empresarial del grupo por no concurrir elemento adicional de responsabilidad, la **STS 28-01-2014 (Rc 16/13)**. Reitera que la confusión patrimonial no es equiparable a la titularidad de las acciones o participaciones de las sociedades por otras del grupo, que es irrelevante la existencia de cuentas consolidadas, pues tan solo se trata de información contable, propia del grupo y que no es por si solo la base de comunicación de la responsabilidad. Por otro lado, aunque existan créditos participativos (pacto que permite al acreedor convertir la deuda en fondos propios, de manera que el prestamista se convierte en un socio más) ello no convierte en grupo de empresas a prestamista y prestatario.

Asimismo, en **STS 19-02-2014 (Rc 45/13)** se rechaza que deba procederse a la valoración de la situación integral del grupo a efectos de considerar acreditada la concurrencia de la causa extintiva –económica–, porque la falta de acreditación de esos factores adicionales de responsabilidad, conduce inexorablemente a la conclusión de que la valoración de la concurrencia de la causa económica se ha de ceñir al ámbito estricto de la empresa que adopta la decisión extintiva [Hormigones Lazcano], prescindiendo del hecho de que se integre o forme parte de un grupo de empresas.

Por el contrario, en **STS 29-01-2014 (Rc 121/13)**, se confirma la responsabilidad de los socios individuales en un supuesto de apreciación de grupo de empresas. En concreto, la Sala declara que estamos ante un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria al que se ha de aplicar la **doctrina del levantamiento del velo**, que permite ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores, en congruencia con lo cual, se atribuye la cualidad de verdadero empresario a los socios partícipes.

Se confirma en **STS 19-02-2014 (Rc 60/13)** la declaración de no ajustada a derecho la decisión extintiva acordada por el grupo constituido por dos de las empresas demandadas [Hermanos Rodríguez Gómez SL], por ser el grupo, en realidad, mayor del que dichas empresas reconocen, actuando a efectos laborales todas las integrantes del mismo de manera unitaria, lo que ha supuesto descapitalizar a las empleadoras.

6.2 Derechos fundamentales

La lesión de los derechos fundamentales es una de las causas de nulidad del despido colectivo, como precisa el art. 124.11 LRJS. La aplicación de esta sanción se

suscita en **STS 28-01-2014 (Rc 16/13)**, y que mantiene la nulidad del despido por antisindical, constituyendo indicios de vulneración de la libertad sindical de la Organización Sindical actora [ELA], el hecho de que todos los despedidos están afiliados a ELA, lo que la sentencia cifra en un 92%, designados nominativamente, anudado al hecho de que todos los despedidos se presentaron como elegibles en la candidatura del Sindicato actor, anudado al hecho de que el Sindicato mayoritario en el comité, UGT, no se vio afectado en afiliado alguno ni tampoco por anteriores despidos objetivos.

6.3 Consorcios Andaluces UTEDLT y fraude de ley

Respecto al fraude como motivo autónomo de nulidad, se pronuncia la **STS 17-02-2014 (Rc 142/13)**, que inaugura la que podría considerarse ya la serie de sentencias relativas a la llamativa situación acaecida como consecuencia de la tramitación de procedimientos de despido colectivo para la extinción de los contratos de los trabajadores de la plantillas de los consorcios de empleos andaluces (UTEDLT). A dicha sentencia le han seguido las **SSTS 17-02-2014 (Rc 143/13); 18-02-2014 (Rc 151/13, Rc 228/13), y 19-02-2014 (Rc 150/13)**. En ellas, con abundante cita doctrinal, se repasan en primer lugar las características y elementos del fraude: que el fraude no se presume; pero que puede acreditarse a través de pruebas directas o indirectas, como las presunciones. A partir de esta doctrina, y partiendo de que la omisión de la mención expresa al fraude en la art. 124 LRJS no debe ser interpretada más que como un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse o llenarse con contenido acudiendo al CC art. 6.4, las meritadas sentencias, califican como fraudulento el hecho de que los consorcios respectivamente demandados acudieran al procedimiento de despido colectivo cuando se podían haber disuelto por decisión de los entes locales en cada caso integrantes y pasado su personal a depender del Servicio Andaluz de Empleo (SAE), que se hubiera debido subrogar en los correspondientes contratos de trabajo; y, lo que es más trascendente, sin coste económico alguno, que en el caso se proveyó a través de las correspondientes subvenciones, lo que a la postre es calificado como “desviación de poder” de la Administración. En consecuencia, el despido colectivo de todo el personal de los Consorcios, tenía como único fin el de eludir la aplicación de la L 1/2011, de 17 de febrero (art. 8 y disp.adic. 4ª), y D 96/2011, de 19 de abril (disp.adic. 2ª), a los exclusivos efectos de que el SAE no se subrogara en el personal de los Consorcios.

En el mismo sentido la **STS 18-02-2013 (Rc 108/13)** declara también nulo el despido colectivo de todos los trabajadores de una estación de servicio, por apreciarse una actuación fraudulenta por parte de las empresas implicadas al acudir a la extinción del art. 51 ET, mediante el despido colectivo de toda la plantilla, para luego proceder a la transmisión de los bienes indispensables para la explotación de dicha estación de servicio eludiendo así las obligaciones subrogatorias que impone el art. 44 ET.

6.4 Obligaciones documentales e informativas del empresario

Se examina en **STS 18-02-2014 (Rc 74/13)** si la demandada (ITAP) dio o no cumplimiento a lo previsto en la ET letra e) del art. 51.2 ET, en el que se exige que la comunicación escrita de la empresa con la que se lleva a cabo la apertura del periodo

de consultas ha de contener los “**criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos**”, dando la sala a tal interrogante una respuesta positiva, pues siendo cierto que el ET exige la expresión de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, declara que esas exigencias se han de valorar en relación con las circunstancias concretas en las que se proyecta, pues es obvio que no es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra, como la demandada, que sólo tenía 58 empleados y los despidos afectaron finalmente a 17, siendo además que en el caso debatido por concurrir determinadas especialidades se hacía muy complicada la exacta precisión de esos criterios, amén de que luego tras las sucesivas reuniones se entregaron mayores concreciones.

Asimismo tiene interés la señalada resolución en lo que atañe a la **aportación documental en los casos de ERES en el Sector Público**, afirmando que en los casos de despidos colectivos dentro de empresas públicas, integrantes del llamado sector público (definido por la LO 2/2012 art. 3), que no es en sentido estricto Administración Pública, las exigencias de aportación documental son precisamente las mismas que en los despidos colectivos de empresas privadas, por así derivarse de la previsión contenida en el disp.adic. 20ª párrafo primero ET, aunque pudieran tomarse en cuenta los principios generales de prevención y corrección que se contienen en la normativa de estabilidad presupuestaria a que el propio ET se refiere en ese apartado, pero muy matizadamente.

6.5 Obligación de negociar de buena fe

Un caso paradigmático fue el que decidió **STS 18-02-2014 (Rc 42/13)**, [Grupo Curbimetal], en la que se analiza la repercusión que sobre el correcto o cabal cumplimiento de la obligación de llevar a cabo una negociación debidamente informada tiene el hecho de no haber entregado a los representantes de los trabajadores en el período de consultas la contabilidad real (la llamada “contabilidad B”) de las empresas integrantes del indiscutido grupo a efectos laborales, pues desde hacía años de las operaciones comerciales realizadas con una serie de clientes no quedaba constancia en la contabilidad de la empresa, lo que impidió una verdadera negociación durante las referidas consultas y entrañó el incumplimiento de la exigencia legal de que <<durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo” (art. 51.2 ET en redacción RDL 3/2012, de 10 de febrero, vigente en la fecha de inicio de periodo de consultas), lo que determinó que se confirmara la declaración de nulidad de la sentencia de instancia.

6.6. Legitimación del Comité Intercentros y legitimación activa de la comisión ad hoc

La cuestión de mayor interés a efectos doctrinales que se aborda en **STS 25-11-2013 (Rc 87/13)** es la relativa a determinar la legitimación del **Comité Intercentros** para actuar como representante de la parte trabajadora en el procedimiento de despido colectivo cuando el convenio colectivo aplicable así lo disponga. La sentencia tras una cuidada labor argumental recuerda que en supuestos como el enjuiciado de procedimientos de despido colectivo, debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene

y negocia en el periodo de consultas con la empresa y en el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo, lo que no es el caso, en el que “el destino de los trabajadores de estructura no fue decidido por sus órganos naturales de representación legal sino por otro ajeno a tal representación en el que únicamente se habían integrado dos de sus representantes con sus capacidades condicionadas cuando no anuladas”.

Un problema de índole procesal se resuelve en **STS 18-03-2014 (Rc 114/13)**, en relación a las partes y su legitimación. En esta sentencia se aborda como cuestión nuclear la relativa a determinar si la específica modalidad de representación de los trabajadores –la denominada “**comisión ad hoc**”– que permite paliar los supuestos de inexistencia de representantes legales o sindicales, está o no legitimada para impugnar los despidos colectivos. La sentencia da a tal interrogante una respuesta positiva, poniendo de manifiesto la falta de sintonía entre la legislación material y la procesal. En efecto, si bien en el ET art. 51.2, párrafo sexto (RDL 3/2012), se afirma que en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir representación para el período de consultas a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el ET art. 41.4, sorprendentemente, el legislador no ha tenido en cuenta esa realidad a la hora de acomodar las reglas procesales por las que ha de regirse la eventual impugnación de la decisión empresarial adoptada sin acuerdo, de ahí que a la hora de señalar a los sujetos legitimados para accionar por la vía de la LRJS art. 124, se ha limitado a mencionar a los representantes “clásicos”. Por lo que de mantener una interpretación diversa no se podrían impugnar las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical. Por lo tanto, la comisión ad hoc ha de ser incluida en el concepto de representación legal a los efectos de la LRJS art 124.

En esta misma sentencia se resuelve también un importante problema: el de la entrada al proceso de las sociedades que se integran en el grupo de empresas, señalando que no es necesario demandar a todo el grupo de empresas si no se pide la condena solidaria de las empresas integrantes, sin que se deba confundir la institución del litisconsorcio pasivo y los razonamientos de fondo por los que se concluye con la nulidad del despido, pues aun cuando se aprecie que ha existido un **grupo de empresas irregular**, como causa de nulidad del despido, no se requiere demandar a todas las sociedades mercantiles integrantes del grupo de empresa sino se ha pedido la condena directa de todas ellas, es decir, que existe “litisconsorcio pasivo necesario”.

6.7 Despido colectivo mientras se encuentra en ejecución un ERE suspensivo

Rechaza **STS 18-03-2014 (Rc 15/13)** la posibilidad de acudir a un despido colectivo cuando estaba pendiente y en ejecución un ERE suspensivo anterior, y ello por cuanto al tratarse de un ERE suspensivo por acuerdo, no cabe dejarlo sin efecto apelando a la cláusula *rebus sic stantibus*, que no es aplicable a los convenios colectivos, máxime cuando no ha quedado acreditada la concurrencia de nuevas

causas sobrevenidas, y siendo la situación de crisis y su gravedad notoria cuando se acordó el ERE suspensivo. El iter argumentativo seguido al efecto giró sobre el estudio del art. 1278 y ss del CC, el examen del principio “*pacta sunt servanda*” y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tales argumentaciones son –como hemos señalado– descartadas con sustento en el carácter vinculante del acuerdo suspensivo, la falta de prueba sobre un cambio radical a peor en las causas productivas y organizativas y, sobre todo, porque la empresa no puede unilateralmente desconocer los acuerdos a los que había llegado hacía menos de un año, por lo que venía obligada a negociar su modificación mientras se mantuviesen vigentes.

6.8 Despido colectivo de hecho

El problema del alcance del despido colectivo se plantea en la **STS 25-11-2013 (Rc 52/13)**, que se enfrenta a lo que se califica como un **despido de hecho**, en el que la empresa en el período de referencia había procedido a despedir a un número de trabajadores que superaba el límite cuantitativo establecido para entrar en la extinción colectiva, acudiendo para ello a despidos disciplinarios y extinciones objetivas. Además en varios casos había llegado a acuerdos transaccionales entre la empresa y los despedidos y se habían firmado finiquitos. Con este panorama la sentencia afirma que estamos en presencia de un despido colectivo irregular por omisión del periodo de consultas que puede ser impugnado por la vía del art. 124 LRJS, debiendo computarse a efectos de los umbrales del despido colectivo tanto los despidos disciplinarios con reconocimiento de improcedencia como los objetivos respecto de los que los trabajadores firmaron finiquito, al no tratarse de extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones sino de despidos cuya naturaleza no se ve alterada por el pacto, sin que el procedimiento de despido colectivo sea disponible para el empresario que no puede aceptar la improcedencia para evitar dicho procedimiento.

6.9. Alcance del control judicial en los despidos colectivos.

Es de gran relevancia a este respecto, aunque también se analizan otras cuestiones reiterando doctrina, como las referidas al grupo de empresas irregular, o a la buena fe en el periodo de consultas, **la STS 26/03/2014 – (Rc 158/2013)** que en un conocido caso de despido colectivo en una Televisión Autónoma ha establecido – reiterando la doctrina que antes ya había fijado para las modificaciones sustanciales en la STS de 27-01-2014 (rec. 100/2013) que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas, amén de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de un buen comerciante al igual que se venía sosteniendo antes de la reforma de 2012. Compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada. Y así mismo, que aunque no corresponde a los Tribunales fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, por ejemplo reduciendo el número de trabajadores afectados. El control judicial, del que no pueden hacer

dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos, lo que lleva a la Sala Cuarta a declarar la injustificación de los ceses, porque “El control judicial, del que no pueden hacer dejación los Tribunales, para el supuesto de que la medida se estime desproporcionada, ha de limitarse a enjuiciar la adecuación de la medida dentro de los términos expuestos.”

7. Fondo de Garantía Salarial: Responsabilidad.

Especial relevancia presenta la **STS 10-12-2013 (Rc 3002/12)**, que conoce de la demanda interpuesta por la empresa – que tenía menos de 25 trabajadores- frente al FGS en reclamación del 40% de la indemnización abonada en su día a cuatro trabajadores como consecuencia de los despidos objetivos por causas productivas, y en los que en conciliación se alcanzó un acuerdo, por el que la empleadora ofreció una mejora de la indemnización que fue aceptada. El FGS denegó la prestación alegando fraude en cuanto la empresa había procedido a contratar a estos trabajadores para el mismo puesto de trabajo, sosteniendo que estos hechos posteriores muestran que no ha existido la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto, ex ET art 52. La Sala IV señala que no estamos ante un problema de fraude de ley y si del cumplimiento, a efectos de la prestación directa del FGS en el pago de las indemnizaciones, del requisito de que se haya producido el supuesto de hecho determinante de la procedencia del despido y que la legislación entonces vigente vinculaba a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo. En principio, en supuestos de normalidad la existencia de un despido por causa objetiva podría quedar acreditada por el acta de conciliación. Ahora bien, en cuanto constituye un negocio jurídico entre terceros, no vincula al organismo público demandado, y además esa vinculación puede excluirse ante la existencia de hechos susceptibles de llevar a la conclusión de que no ha existido realmente la extinción del contrato, la amortización del puesto de trabajo o la causa legalmente prevista para aquélla. Y esto es lo que sucede en el presente caso a la vista de las nuevas contrataciones que se han producido a los pocos meses del despido, que se extienden durante amplios periodos de tiempo, se producen en un periodo relativamente breve y no se ha acreditado ningún cambio de situación, ni ningún compromiso de recolocación.

8. Modificación de condiciones de trabajo

8.1 Alcance del control de los Tribunales tras el RD-Ley 3/2012.

Es de resaltar la **STS 27-1-2014 (Rc 100/13)**, que confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en la que se solicitaba la nulidad o improcedencia de la modificación sustancial de las condiciones de carácter colectivo referida al devengo de las comisiones adoptada por el Grupo Cortefiel. Consta que desde el 1-9-12 el nuevo sistema establecido “supone que se cobrarán comisiones si la tienda donde se prestan servicios cumple los presupuestos fijados por la cadena”, que para el ejercicio 2012 se establecieron en el 3% de superación respecto del ejercicio anterior, cuando hasta entonces las comisiones se abonaban a todos los trabajadores de las diversas tiendas del Grupo desde la primera venta. En el periodo 2007 a 2011,

las ventas del comercio minorista textil a nivel estatal han caído en torno a un 30%, y las del grupo Cortefiel más del 16 %. Tras analizar la nueva regulación del RD- Ley 3/2012 se estima que no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado de “prevenir” una evolución negativa o “mejorar” la situación y perspectivas de la empresa, sino que basta con que las medidas estén “relacionadas” con la competitividad, productividad u organización técnica, lo que supone que aunque a los órganos jurisdiccionales no les correspondan efectuar juicios de oportunidad, les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, de poder apreciar –si concurriese– la posible vulneración de derechos fundamentales. Asimismo se rechaza que la modificación sustancial colectiva pueda alcanzar los futuros objetivos que la empresa decida unilateralmente. Finalmente, y dada la falta de prueba de la parte demandante para sustentar sus alegaciones relativas que se ha fijado un objetivo inalcanzable, desproporcionado e irracional, se confirma la desestimación de la demanda.

8.2 Modificación y pacto extraestatutario

En la **STS 14-5-2013 (Rc 285/11)** se analiza la modificación efectuada por la empresa en el concepto salarial denominado plus convenio y actividad, en relación con su forma de pago. Entre la empresa y la representación de los trabajadores, se han alcanzado diversos pactos en años sucesivos, que han venido complementando o precisando lo establecido en los convenios colectivos estatutarios de aplicación. Aquellos pactos no constituyen un verdadero convenio colectivo, sino pactos extraestatutarios, con una concreta vigencia temporal expresamente pactada, y por su naturaleza no cabe entenderlos sometidos a “ultra actividad” y no generan condiciones más beneficiosas en los términos del art. 41 ET. Por tanto, la finalización de la vigencia del pacto extraestatutario existente sobre el plus “convenio y actividad”, no constituye una condición más beneficiosa que trascienda de la vigencia del propio pacto por deber entenderse incluido en los contratos de trabajo individuales de los trabajadores afectados, lo que posibilita la modificación empresarial de su contenido una vez finalizada la vigencia del pacto y no supone modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el art. 41 ET.

8.3 Calificación de la modificación

La **STS 27-5-2013 (Rc 90/2012)**, interpreta el alcance del art. 82.3 ET en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012, y en particular si los supuestos en los que para la norma cabe acuerdo modificativo es «*numerus clausus*». Se estima que la **fijación de las vacaciones** es materia comprendida en el elenco efectuado por el nuevo art. 82.3 ET. Aunque ciertamente la redacción estatutaria de los arts. 41.2 y 82.3 difiere al referir la enumeración de condiciones de trabajo modificables, la respuesta positiva viene determinada por diversas consideraciones, entre ellas que carecería de sentido que la misma cuestión –vacacional– no fuese susceptible de acuerdo alguno por el hecho de estar regulada en el convenio colectivo y que sí puedan serlo otras materias de importancia cuando menos similar [jornada de trabajo, horario y retribución]. Además, la materia está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, por lo

que cabe entender incluido el descanso anual entre aquellos conceptos expresamente susceptibles de modificación por singular acuerdo colectivo. Finalmente, no existe razón alguna para excluir el cuestionado concepto de entre los susceptibles de modificación por voluntad concorde de la empresa y de quienes en la parte social tienen legitimación para convenir colectivamente. En conclusión se estima la validez de los Acuerdos, modificando la forma de disfrute de las vacaciones establecida en el convenio colectivo, puesto que la nueva redacción del art 82.3 ET ampara la eficacia del Acuerdo. Todo ello implica que no sea de aplicación la doctrina de la STS 11-5-2012, RC 157/10, que se fundamenta en un contexto normativo diverso.

En la **STS 12-6-2013 (Rc 103/12)** se cuestiona si la alteración de la cuantía del salario está incluida en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, conforme al art 41.1 ET en la redacción anterior al RD Ley 3/2012 y Ley 3/2012, en particular en el redactado de la Ley 35/2010, lo que supone decidir si la lista de condiciones modificables previstas en el mencionado es abierta, y pueden afectar a otras condiciones distintas de las expresamente reseñadas. Se estima que la “**modificación de la cuantía salarial**”, afecta al núcleo esencial de la naturaleza laboral del contrato, de tal modo que, el ordenamiento jurídico laboral le otorga la máxima protección, hasta el punto de permitir la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere o transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en la lista "ad exemplum" del artículo 41.2 ET. El adjetivo implica un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser valorado en cada caso concreto, pero siempre el cambio ha de ser trascendente y esencial. Siguiendo sentencia previa se concluye que no es materia susceptible de ser alterada por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la cuantía del salario, esto es, la disminución del salario no tiene encaje en los supuestos del art 41 ET. En conclusión, se declara injustificada la medida empresarial, al haber introducido la demandada una modificación sustancial en el salario de los trabajadores afectados que va más allá de lo permitido por el art 41.1 del ET.

Por su parte, la **STS 18-12-2013 (Rc 2566/12)** niega que suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo la **exclusión del turno nocturno** motivado por la **salud de la trabajadora** puesto que la justificación de la medida se inserta en las obligaciones de naturaleza preventiva y se trata de una obligación legal de ineludible cumplimiento para la empresa. Aun tratándose de una modificación del tiempo de trabajo y del sistema de turnos de la actora, la misma está justificada por el cumplimiento de la empresa de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Por consiguiente, la adopción de la medida prevista -cambio de turnos para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación-, no constituye una modificación sustancial de condiciones de las que regula el art. 41 ET, ni exige, por consiguiente, el cumplimiento del procedimiento allí establecido. Quiere con ello decirse que, con independencia de la posibilidad de analizar la adecuación del cambio de turno y su acomodo a las medidas preventivas en las que se sustentaba, lo cierto es que no cabía imponer a la empresa el cauce de la modificación sustancial de condiciones de trabajo

Asimismo, la **STS 22-1-2014 (Rc 89/2013)**, califica como no sustancial la medida adoptada en la empresa Heineken España SA consistente en la **sustitución del sistema de comedor** de la residencia de verano de Sanlúcar de Barrameda - para vacaciones de los trabajadores y sus familias- realizado por su personal fijo-discontinuo, por la prestación de dicho servicio por un establecimiento de la localidad. Se trata de un beneficio social, que no se engloba en los aspectos fundamentales de la relación laboral, por lo que la modificación es una manifestación del “iusvariandi” empresarial. Además, la medida no supone perjuicio alguno para los trabajadores, antes bien, el horario de comedor ha quedado ampliado con esta variación y los menús contratados son más variados que los que se ofrecían con el sistema de comedor original. Todo ello supone que no fuera necesario seguir el procedimiento del art 41 ET.

La **STS 25-3-2014 (Rc 140/13)** ratifica que no se ha producido una modificación sustancial del **sistema de retribución variable**, ni por tanto existe incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 41 ET, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012. Los trabajadores afectados tienen derecho a una retribución variable anual y tal derecho les está reconocido en su contrato individual de trabajo, en el que pactaron que los objetivos se fijarían anualmente por las empresas, lo que se venido realizando cada año, sin que conste acreditada protesta alguna de los afectados, aunque variaban de año en año, no estando establecida ni una fórmula de fijación anual negociada que permitiera la intervención de los representantes de los trabajadores ni un sistema mediante el que se establecieran unas bases para su determinación que posibilitara un concreto control de su cumplimiento, sin que de los diversos sistemas aplicados en los años anteriores quepa configurarlo como una condición más beneficiosa. En el presente caso, se ha probado que los objetivos impugnados son muy similares a los fijados en las anualidades anteriores por lo que no cabe deducir, que los nuevos objetivos previstos no pudieran conseguirse o fueran inalcanzables por los trabajadores afectados o que se hayan fijado de modo irrazonable, inidóneo, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o de los derechos fundamentales de los afectados.

8.4 Alteración de la regulación convencional de distribución de jornada consecuencia de la Ley 2/2012 de la CAM.

Las **STS 5-11-2013 (Rc 66/13)** y **11-12-2013 (Rc 40/2013)** estiman que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo adoptadas por las empresas demandadas tras el período de consultas, y que supone la **alteración de la jornada**, consecuencia de la aplicación de la **Ley autonómica 2/2012** de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid, que establece la posibilidad de **apertura de actividad comercial con libertad** y sin limitación legal alguna en la implantación de horarios mercantiles en domingos y festivos, es nula. La Sala considera que tanto por el número de trabajadores afectados –unos 3.500- como por la entidad de las medidas que implican la modificación, lo que en realidad se lleva a cabo es una alteración del régimen jurídico convencional de la “distribución de la jornada”. Así, se incrementan el número efectivo de domingos y festivos que se trabajan, se modifican los turnos horarios, que según el convenio, no pueden suponer variaciones en la jornada diaria superiores a una hora, y sin que

dicho artículo permita la transformación de la jornada de mañana en una de tarde o viceversa, ni de continuada a partida y esta alteración excede de lo permitido por el artículo 41.2 ET en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-Ley 3/2012, que únicamente autoriza, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, modificaciones, entre otras, de jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, y régimen de trabajo a turnos, que afecten “a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutados por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.” El conjunto de medidas no puede conllevar –como aquí acontece- la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET, por cuanto así se establece expresamente en el apartado 6 del mismo artículo 41, remitiendo la modificación que afecte a un convenio colectivo sea de empresa o sector, al procedimiento establecido en el artículo 82.3 ET. De modo que, si no hay acuerdo – como aquí ha acontecido- las partes podrían haber sometido la discrepancia a la Comisión Paritaria del Convenio y, si tampoco se llegara al acuerdo, en su caso, acudir a las posibilidades procedimentales establecidas en el propio artículo 83. No habiéndose seguido este procedimiento, se ha vulnerado el ET lo que comporta la declaración de nulidad.

9. Periodo de prueba.

Especial relevancia presenta la **STS 20-1-2014, Rec 375/13**, dado que la cuestión planteada es novedosa en casación unificadora y consistente en determinar la validez y los efectos del periodo de prueba suscrito cuando el trabajador ya había prestado exactamente los mismo servicios en la empresa durante un corto período anterior y, tras un breve espacio de inactividad - tres días- vuelve a prestar idénticos servicios y en el mismo centro de trabajo. La Sala IV tras recordar jurisprudencia relativa a la naturaleza del periodo de prueba concluye, en interpretación del art 14.1 ET, que el pacto probatorio será nulo cuando el desempeño de las mismas funciones bajo cualquier modalidad contractual llegue a superar, singular o acumulativamente, el periodo total convencionalmente establecido para la prueba, siempre, claro está, que no quepa apreciar situaciones de fraude, discriminatorias o vulneradoras de derechos fundamentales. Por ello, el elemento determinante para la validez es el propio período temporal establecido al respecto en el convenio colectivo, no la variación en la modalidad contractual empleada. Si no ha transcurrido ese período cabe que, en un nuevo contrato, se establezca un nuevo periodo de prueba siempre que, sumado al anterior, no supere el convencionalmente previsto.

También, en relación con el periodo de prueba se pronuncian las **STS 3-12-2013, (Rc 2858/12)** y **23-1-2014 (Rc 1181/13)**, que establecen que habiendo accedido el trabajador tras un proceso selectivo, en un caso en una empresa perteneciente al sector público y en otro a un Ayuntamiento, la decisión de si ha superado o no el período de prueba prevista en las bases de la convocatoria corresponde al empleador y no al Tribunal Calificador. Los trabajadores participaron en un proceso de selección para el acceso a empleo público, y tras haber sido seleccionados para una de las plazas vacantes convocadas, y suscrito el oportuno contrato de trabajo, son cesados por no superar el período de prueba establecido en dicho contrato, discutiéndose si en esta decisión debe tener o no intervención el

órgano seleccionador. De conformidad con las bases de la convocatoria las funciones del Tribunal Calificador finalizan con el "Acta de propuesta de formalización de contrato" por lo que no es función del mismo el supervisar el desarrollo del periodo de prueba, ni decidir si el trabajador ha superado o no el mismo, limitándose a proponer el nombre del candidato elegido. El periodo de prueba se consigna en el contrato y, dada la naturaleza y duración del mismo, es la propia empresa la que ha de decidir si el candidato supera o no dicho periodo. Por otra parte, dicha solución no es contraria a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad (art 103 CE).

10. Prejudicialidad normativa de los conflictos colectivos

Se suscita la prejudicialidad normativa de los procesos de conflicto colectivo y en particular el posible efecto suspensivo de la demanda de conflicto colectivo en la reclamación de cantidad instada con posterioridad. La **STS 24-6-2013 (Rc 1031/13)** reitera que el art. 157.3 LPL [art. 160. 5 de la vigente LRJS] se refiere al efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada que implica que la sentencia firme de conflicto colectivo no constituye impedimento alguno para que se dicten con posterioridad a ella sentencias que pongan fin a los conflictos individuales que versen sobre idéntico objeto pero sin que se deduzca necesariamente de aquel precepto la existencia de litispendencia. Ahora bien, tampoco puede desconocerse la vinculación que existe entre el proceso de conflicto colectivo y los individuales, y que aquel produce determinadas consecuencias o efectos en relación con los de carácter individual a él vinculados, consistente en suspender el trámite de los mismos hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin a aquél; efecto suspensivo que generalmente se produce en las situaciones de prejudicialidad, al establecer que "la interposición del conflicto [colectivo] paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución". Esta consecuencia –la obligada suspensión del procedimiento a partir del momento de coincidencia en el ejercicio de las acciones– no sólo comprende los supuestos de plena identidad objetiva, sino también los casos en que sea apreciable una "directa conexidad". Se trata de una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que podría calificarse de prejudicialidad normativa, en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa "iuris", pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo.

11. Prescripción

11.1 Acción de sustitución del disfrute vacacional - no disfrutadas por enfermedad- por compensación económica.

Se reclama en la demanda rectora la compensación económica por vacaciones no disfrutadas en años sucesivos como consecuencia de enfermedad o accidente que imposibilitaba al empleado temporalmente para trabajar. Además, el contrato de trabajo se extinguió como consecuencia de haber sido declarado en

situación de incapacidad permanente en grado de total, planteándose la determinación del día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción tendente a reclamar las cantidades compensatorias de las sucesivas vacaciones anuales no disfrutadas a consecuencia de la referida situación derivada de enfermedad o accidente. La **STS 28-5-2013 (Rc 1914/12)**, dictada en Sala General, con voto particular, y tras una profusa labor argumental, concluye que el excepcional derecho a solicitar la compensación económica por vacaciones anuales que no se hubieran podido disfrutar efectivamente no surge hasta que se extingue la relación laboral y, en consecuencia, hasta ese momento no cabe entender que se inicie el plazo para el ejercicio de la acción tendente a exigir tal compensación. Por tanto, mientras pervive la relación laboral, aunque en suspenso, no es exigible tal sustitución de la obligación de hacer por una pecuniaria. En definitiva, el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción no se inicia al final de cada año natural, aunque la trabajadora hubiera permanecido en su totalidad en situación de IT, pues estando vigente el contrato no es dable en tal momento su excepcional compensación en metálico. Por todo ello, la acción de sustitución del disfrute vacacional anual efectivo por compensación económica únicamente puede instarse al extinguirse la relación laboral.

11.2 Prescripción de las faltas. Personal laboral de las Administraciones Públicas: Aplicación del EBEP.

En la **STS 23-5-13 (Rc 2178/12)** se suscita una interesante cuestión, siendo el objeto del debate precisar si al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, pese a resultar aplicable el EBEP, le es también de aplicación la "prescripción corta" del art. 60.2 ET Dado que la inclusión del personal laboral dentro del EBEP no se lleva a cabo con toda plenitud, sino que unas veces se produce una equiparación completa con los funcionarios públicos, otras se les incluye con matices, y en otras ocasiones se les excluye expresamente con remisión al régimen laboral, se examina la regulación específica del EBEP en materia disciplinaria para extraer la normativa aplicable al régimen de infracciones del personal laboral. Las normas del ET parten de la fecha de conocimiento de la empresa para fijar un plazo de 60 días; si bien, dispone que, en todo caso -esto es, aun cuando la empresa no lo conociera en su momento-, la facultad sancionadora disciplinaria prescribe a los 6 meses desde la comisión de la falta. Las matizaciones introducidas por la doctrina jurisprudencial se refieren a los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a la excepcional circunstancia de la ocultación por parte del trabajador, en cuyo caso el plazo se iniciaría en el momento en que la empresa fuera conocedora de los hechos aunque se superen los seis meses desde su comisión. Este doble juego de fechas no aparece plasmado en el EBEP en que el plazo prescriptivo es único y su inicio se fija en la fecha de la comisión de la falta lo que supone que, durante el mismo, resultará irrelevante el momento de conocimiento por parte de la empresa, cuya facultad sancionadora se mantendrá en tanto no transcurra el plazo único en cuestión. No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral ni cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta. El legislador opta por un sencillo esquema de fijación de un plazo y determinación del momento inicial del mismo por lo que se concluye con la inaplicabilidad del art. 60.2 E.T. a los empleados públicos, rechazando la pretensión de trasponer a ese tipo de relaciones laborales el plazo de 60 días desde el conocimiento de la comisión de las faltas.

12. Relación laboral especial: deportistas profesionales

Confirma **STS 26-03-2014 (Rc 61/13)** la sentencia que desestimó la demanda de conflicto colectivo planteada por la Asociación de Equipos de Ciclismo Profesional, en la que solicitaba que a la finalización del contrato de duración determinada de los ciclistas profesionales no procedía abonar la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET, en las cuantías señaladas en la disp.trans.13ª del ET, y ello según lo establecido en el art. 15.2 del Convenio Colectivo de la actividad de ciclismo profesional, en relación con el RD 1006/1985, de 26 de junio que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, arts. 6, 13 b), 14 y 21, y art. 49.1 c) y disp.trans. 13ª del ET. Señala el TS que: 1) la regulación de la relación laboral especial por el RD 1006/1985, no es completa ni cerrada hasta el punto de impedir que sea integrada con disposiciones estatutarias o que se fije una indemnización por convenio colectivo o se acuerde en los contratos individuales; 2) que la finalidad de la indemnización no es sólo el fomento del empleo indefinido o estable, sino también otorgar una mayor calidad del empleo; 3) que no es incompatible la indemnización con la relación laboral especial, permitiendo eliminar desigualdades de tratamiento de los deportistas respecto de otros colectivos.

13. Salario y régimen retributivo

13.1 Compensación y absorción

Nuevamente se plantea la posibilidad de la absorción y compensación, en el caso, de un complemento por ventas realizadas denominado comisiones, que aparece recogido en el contrato de trabajo, no constando en el convenio colectivo aplicable ni en norma alguna de derecho necesario, consignándose en la cláusula contractual que dicho complemento es absorbible y compensable. La **STS 27-11-2013 (Rc 714/13)**, sintetiza la jurisprudencia en la materia, que exige que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad al menos en el orden de la función retributiva. Ahora bien, dicha exigencia quiebra por acuerdo expreso en tal sentido entre las partes, sin que el mismo vulnere el principio de indisponibilidad del art 3.5 ET porque la prohibición legal sólo puede entenderse en los términos que expresamente contempla el precepto estatutario. Se estima procede la absorción y compensación del denominado plus “comisiones”, aunque no se compense con conceptos retributivos homogéneos por estar así expresamente pactado en el contrato que estableció el plus.

13.2 Tiempo de “toma y deje”: retribución. ADIF.

En la **STS 13-11-2013 (Rc 2310/12)**, se plantea una reclamación de cantidad en relación con el complemento de “toma y deje” en la empresa ADIF y se suscita una cuestión inédita cual es el concreto importe con el que se deben retribuir esas horas dado que la demandada se opone a que se retribuyan con el incremento del 75%. La Sala IV reitera que el tiempo excedente de trabajo preparatorio o complementario prestado por determinados grupos de trabajadores de ADIF, en

virtud del convenio colectivo de empresa para la ejecución de trabajos necesarios - tiempo de “toma” y “deje”-debe ser calificado como “horas extraordinarias” a efectos retributivos; El art 35.1 ET sobre remuneración mínima de las horas extraordinarias – fijándolo en el valor salario de la hora ordinaria - es una norma legal imperativa de derecho necesario absoluto, no disponible por tanto por la autonomía colectiva; El art 210 del convenio colectivo aplicable obliga a “valorar” el tiempo excedente de toma y deje como horas extraordinarias; y con carácter general, art 229, las horas extras se abonaran con un recargo del 75 % sobre el valor de la hora ordinaria. La cuestión consiste en determinar si el recargo del 75 % debía aplicarse sobre el valor actual de la hora ordinaria o sobre el valor del complemento fijado en el propio Convenio, dado que las tablas salariales no han sido actualizadas. La Sala IV rechaza la pretensión actora al incurrir en la proscrita técnica del “espiguelo” porque, por un lado, acepta el régimen jurídico que el convenio atribuye a dicho concepto como compensación de un exceso de jornada y, por otro, sólo se fija en éste último aspecto para, obviando aquella determinación cuantitativa expresamente establecida, tratar de obtener un incremento porcentual previsto para situaciones distintas. En conclusión, se excluye el incremento del 75%, en el abono del concepto controvertido porque si en un Convenio Colectivo se fija el valor de la hora extra y en los posteriores esa cuantía no se revisa, ni actualiza, deberá estarse a lo pactado, pero siempre que se supere el mínimo legal, y, caso de no superarse ese mínimo, el valor de la hora extra será equivalente al de la hora ordinaria actualizada.

14. Subrogación empresarial: Centro Especial de Empleo

En la **STS 10-2-2014, (Rc 93/13)**, la cuestión consiste en determinar sí en una contrata para realizar servicios en aparcamientos aunque la empresa saliente sea un centro especial de empleo y la entrante no, debe aplicarse la cláusula de subrogación prevista en el V Convenio Colectivo general de ámbito nacional del sector de aparcamientos y garajes y sí debe obligarse a la nueva adjudicataria a subrogarse en el personal de la empresa saliente, catalogada como centro especial de empleo. Cuestión a la que se da una respuesta positiva, debiendo en consecuencia aplicarse la cláusula de subrogación convencional, con obligación a la nueva adjudicataria a subrogarse en el personal de la empresa saliente. Tanto en los supuestos en los que la empresa saliente como en los que la entrante tienen la condición de centro especial de empleo, rige el criterio funcional que determina la aplicación de la norma convencional, y de la actividad que realizan los trabajadores, en cuyos contratos ha de subrogarse cualquier empresa que aspire a obtener la contrata en cuestión, incluso si dicha empresa fuera un centro especial de empleo, puesto que, en principio, nada impide a este tipo de empresas subrogarse en los contratos de otros trabajadores, sean éstos o no personas con discapacidad.

15. Tiempo de trabajo

La **STS 16-04-2014 (Rc 183/13)** estima que el art. 25 del Convenio Colectivo de la empresa demandada (Grupo el Árbol, Distribución y Supermercados SA) vulnera el art. 34.2 ET al establecer un plazo de preaviso de 24 horas, en lugar de los 5 días del ET, respecto a la distribución irregular del 10% de la jornada a lo largo del año a la que se refiere el propio art. 34.2 ET y que la disposición convencional ha reducido al 5%. La previsión estatutaria, pese a no ser una norma de derecho necesario absoluto, si constituye una norma de derecho necesario que permite su

mejora, pero no su empeoramiento –en ambos casos desde el punto de vista del trabajador- vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo. Así pues, la garantía del plazo de preaviso de cinco días del art 34.2 ET se podrá ampliar o mejorar, pero no cabe empeorarlo, como hace el convenio analizado al reducir la garantía hasta 24 horas., por lo que se declara la nulidad el convenio en este extremo

16. Traslado: Diferencia entre el traslado colectivo y el individual.

Interesante es la **STS 02-02-2014 (Rc 64/13)**, en la que se plantea la determinación del criterio de cómputo a los efectos de decidir sobre la dimensión colectiva o individual de los traslados y, en consecuencia, la necesidad de que la empresa, antes de tomar su decisión, deba someter la medida a consulta con los representantes de los trabajadores. En el caso se produjo el traslado de un grupo de trabajadores - el colectivo personal denominado “Técnicos Administrativos”-, en número aproximado de 67, aunque luego afectó a 84, con cambio de residencia, a diferentes centros de trabajo diseminados por la geografía nacional, contando la empresa con una plantilla aproximada de 2.700 trabajadores. Partiendo de que es de aplicación el ET art 40.2 en la redacción dada por el RD Legislativo 1/1995 (inmodificado por las Leyes 3/2012 y 11/2013) existen dos parámetros que han de tenerse en cuenta. Por un lado, el número de trabajadores afectados por la medida empresarial, es decir, los trabajadores trasladados. Por otro, el número de trabajadores que prestan sus servicios en la totalidad de la empresa. Así, será “individual”, y sin necesidad de periodo de consultas, si el centro de trabajo en el que se produzcan los traslados ocupa a 5 o menos de 5 trabajadores, aunque el traslado les afecte a todos ellos y, que más bien debería calificarse de “plural”. También tiene el tratamiento “individual”, si en el período de 90 días los traslados no superan los umbrales numéricos, referidos ahora a la totalidad de la plantilla empresarial, previstos en la norma arriba transcrita. Por el contrario será “colectivo” (con consultas) si el traslado afecta a todos los trabajadores de un mismo centro de trabajo y en él estuvieran ocupados más de 5 trabajadores y también sea cual fuere el número de trabajadores afectados por centro de trabajo en los casos en que, en un período de 90 días, la empresa en su conjunto ocupe a un número de trabajadores que supere los umbrales legales. En aplicación de la anterior doctrina se declara la nulidad de la medida pues se trata de una medida de carácter colectivo que requería necesariamente del periodo de consultas que la empleadora ha obviado

17. Tutela del derecho a la libertad sindical: legitimación.

Especial relevancia presentan las **STS 26-11-2013 (Rc 449/13) y 19-12-2013 (Rc 555/13)**, en las que se trata de resolver si los representantes unitarios de los trabajadores pueden acudir al cauce del proceso especial de tutela del derecho de libertad sindical – LRJS art 177 - para impugnar las decisiones de la empresa que atentan contra las garantías que como tales representantes les otorga el ordenamiento jurídico. La delimitación de las áreas que comprenden el interés individual y el colectivo es una materia compleja y delicada, al no existir fronteras claras entre una y otra. El TC tiene dicho que el derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado comprende no sólo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, sino además el derecho de los sindicatos de ejercer

aquellas actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades. Ese contenido constitucional es precisamente susceptible de ser invocado por sujetos individuales o colectivos, según los casos, dentro del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical. En aplicación de esta doctrina se reconoce que tienen legitimación los representantes unitarios de los trabajadores y los miembros del comité de empresa que alegan la violación del derecho a la libertad sindical en su vertiente individual con ocasión de actos de la empresa relativos a la modalización del crédito horario sindical y a la sustitución de la trabajadora durante sus ausencias en uso del crédito sindical.

Por su parte, la **STS 10-12-2013 (Rc 85/12)** estima la falta de legitimación activa del comité de empresa de una provincia para reclamar contra la violación de la libertad sindical producida por la actuación de la empresa consistente en negarse a constituir un comité de seguridad y salud y, simultáneamente, pedir una indemnización por el daño causado por ese proceder. Al efecto se reitera que el comité de empresa no es titular del derecho de libertad sindical en su vertiente colectiva, puesto que *"la libertad sindical no ampara la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la práctica o la legalidad vigente atribuyen funciones sindicales, como es el caso de los Comités de Empresa"*. Por ello, la actividad sindical desempeñada por estas organizaciones queda fuera del ámbito del proceso constitucional de amparo. Como en el caso analizado, el comité actúa como tal y en defensa de intereses colectivos, se concluye que el mismo no es titular del derecho de libertad sindical.

II.- DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1.-INCAPACIDAD TEMPORAL

1.1.-Reconocimiento del derecho

Aplicando consolidada y reiterada jurisprudencia -entre otras, SSTS 03-10-2005 (Rc. 2233/04), 06-06-2007 (Rc. 568/06), y STS 13-04-2009 (Rc. 84/08) que además se invocó como sentencia de contraste en el supuesto examinado-, en **STS 16-07-2013 (Rc. 2522/12)**, se deniega el derecho a la prestación de incapacidad temporal de un trabajador por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario, que suscribió contrato temporal y que inició situación de incapacidad temporal un día en que no tenía que prestar servicios.

Entiende la Sala que no hay razones para abandonar lo dispuesto en la reiterada jurisprudencia mencionada, y que el reconocimiento de la prestación vulnera lo establecido en el art. 21 de la Ley de Seguridad Social Agraria (RD 2123/1971), ya que:

1.-Puesto que la finalidad de la prestación de incapacidad temporal es sustituir la percepción de rentas de trabajo, para tener derecho a la misma

debe estarse prestando servicios efectivamente en la fecha de la contingencia, sin que sea posible tener derecho a la misma en una fase de latencia de la relación laboral;

2.- Además, se contraría el canon de interpretación finalista y del sentido propio de las palabras, ya que los periodos de prestación de servicios no equivalen a vigencia del contrato de trabajo, respecto del que pueden existir periodos en los que no haya prestación efectiva de trabajo ni percepción de salario -como en los supuestos de suspensión del art. 45 ET o de inactividad del contrato de trabajo fijo-discontinuo-;

3.- La exigencia en el REA de prestación de servicios efectiva, viene a cumplir el mismo papel que en el RGSS desempeña el requisito de alta, ya que en dicho régimen (REA), el alta no se atiene a las vicisitudes de la relación laboral al poderse mantener en determinadas condiciones y durante los periodos de inactividad.

Por otro lado, la Sala IV, reiterando lo dispuesto en SSTS 30-01-2012 (Rc. 111/11), 07-02-2012 (Rc. 1456/11) y en **STS 15-10-2013 (Rc. 3162/12)**, otorga el derecho a percibir prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por una determinada patología, a los trabajadores que habiendo sido dados de alta por la Inspección médica, son dados de baja nuevamente por una enfermedad común por patología distinta por los Servicios Médicos correspondientes, ya que no es preciso que la baja se expida nuevamente por la Inspección Médica, a diferencia de si la nueva baja fuera por la misma patología por la que fue dado de alta, en cuyo caso sí tendría que expedir la nueva baja la Inspección Médica.

Argumenta la Sala IV, que la Orden de 21-03-1974 (que determina que en los supuestos de incapacidad temporal en los que el asegurado es dado de alta la Inspección Médica, es ésta únicamente quien pueden cursar nueva baja médica), formaba parte del sistema de control de situaciones de incapacidad temporal prevista en el art. 17 Orden 13-10-1967, precepto derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Única de la Orden 19-06-1997, que desarrolla el RD 575/1997, de 1 de abril, sin que sin embargo se haya derogado expresamente la Orden de 21-03-1974 que tiene que ser aplicada teniendo en cuenta la normativa promulgada posteriormente y que incide en la cuestión, en particular, la Disposición Adicional Primera RD 1117/1998, de 5 de junio, que completando lo dispuesto en el RD 575/1997, de 18 de abril, determina que habiendo sido de alta el beneficiario por los servicios médicos adscritos al INSS, si se inicia nueva baja por el mismo proceso patológico que originó el alta, ésta sólo puede ser expedida por la Inspección Sanitaria del correspondiente Servicio Público de Salud, y *a sensu contrario* determina que si la nueva baja deriva de proceso patológico distinto, no tiene que ser expedida por la Inspección Sanitaria, RD que se ha desarrollado por la Orden de 18-09-1998, que a su vez modifica la Orden de 19-06-1997.

1.2.-Prórroga de la incapacidad temporal: efectos económicos

La doctrina contenida en la STS 06-02-2012 (Rc. 1995/2011), que se reiteró en STS 01-03-2012 (Rc. 2265/2011), en las que se condenaba al INSS al abono de la prestación de incapacidad temporal “*hasta que concurra la causa legal de extinción*”, y se desestimaba la oposición a la ejecución formulada por el INSS que entendía que no procedía abonar la misma por haberse producido la causa legal de extinción consistente en que se había agotado el plazo máximo de incapacidad temporal de 18 meses, es reiterada en **STS 08-07-2013 (Rc. 2988/12)**, donde se concreta que los efectos económicos de la incapacidad temporal prorrogada se prolongan hasta que se dicta la resolución administrativa que valora la capacidad laboral residual del afectado y lo declara o no en situación de incapacidad permanente.

1.3.-Mejoras convencionales

Corresponde a la compañía aseguradora y no a la empresa responder del abono de la cantidad contenida en el convenio colectivo de aplicación, en que se establecía una indemnización a cargo de la empresa en supuestos de incapacidad permanente, para cuyo pago la empresa había concertado un contrato de seguro, en cuya actualización se demora la compañía aseguradora.

Así lo entiende la Sala IV en **STS 03-10-2013 (Rc. 717/12)**, teniendo en cuenta que en la póliza constaba una cláusula que establecía que el objeto del contrato era pagar la indemnización establecida en el convenio colectivo (sea cual sea el vigente en cada momento), y que el convenio colectivo vigente en el momento del hecho causante había incrementado la cantidad a asegurar sin que sin embargo la compañía aseguradora actualizara la póliza a las nuevas cuantías del nuevo convenio.

La Sala llega a dicha conclusión teniendo en cuenta que es la compañía aseguradora la que ha llevado a cabo las sucesivas actualizaciones -si bien con falta de diligencia- por lo que no existiendo cláusula alguna en el contrato que obligue a la empresa a solicitar la actualización, corresponde abonar la diferencia entre la efectivamente percibida por el trabajador, y la que le correspondería percibir (de acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo que sin embargo no se actualiza), a la compañía aseguradora.

1.4.-Prescripción de la acción de reclamación de diferencias

Como consecuencia de que el actor inició proceso de incapacidad temporal siéndole reconocida una incapacidad permanente, adeudándole la empresa unas diferencias por la prestación de incapacidad temporal reconocida –por haber cotizado la empresa por base inferior a la que correspondía- desde la fecha de inicio de ésta hasta la fecha de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, reclamó se le abonaran éstas, dictándose sentencia de suplicación que entendió que la acción para reclamar la percepción de diferencias del subsidio de IT caducó en una determinada fecha, ya que en aplicación del art. 44.2 LGSS cuando se trata de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caduca al año de su respectivo vencimiento.

La Sala IV, casa y anula dicha sentencia y en **STS 04-02-2014 (Rc. 1173/13)** aplica lo dispuesto en la STS 24-10-2005 (Rc. 1918/2004), creando jurisprudencia, por entender que debe ser de aplicación el plazo de prescripción de cinco años para ejercitar el derecho al reconocimiento de prestaciones fijado en el art. 43.1 LGSS, ya que cuando se reclama una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, lo que en realidad se reclama es la falta de reconocimiento de una parte del derecho y la falta de pago del derecho ya reconocido, por lo que hay que aplicar el art. 43 LGSS –plazo de prescripción de cinco años- y no el de un año previsto en el art. 44 LGSS.

1.5.-Responsabilidad del pago de prestaciones

Por sentencia firme se declaró la responsabilidad de la empresa en el pago de prestaciones de incapacidad temporal y asistencia sanitaria de un trabajador, que fueron adelantadas por la Mutua, con condena subsidiaria del INSS, estando la empresa en situación de concurso en el momento en que la Mutua insta la ejecución de sentencia frente al INSS.

Pues bien, ante la cuestión de si puede la Mutua solicitar en ejecución de sentencia la responsabilidad del INSS o tendrá que acudir al concurso, la Sala IV considera, en **STS 21-11-2013 (Rc. 2065/12)**, que la declaración de concurso de la empresa equivale a insolvencia, debiendo el INSS acudir al concurso a reclamar el crédito una vez que satisfaga su responsabilidad frente a la Mutua, y ello por entender:

1.-Que cabe efectuar la equiparación entre declaración de concurso e insolvencia empresarial a efectos del art. 126.3 LGSS;

2.-Que por lo tanto cabe ejercer la acción ejecutiva frente al deudor subsidiario, acción que se sustancia en el marco del proceso de ejecución social al entablarse entre el beneficiario del título ejecutivo y el INSS que son ambos ajenos al concurso,

3.-Que la conexión con el concurso sólo se produce cuando se pretenda ejecutar el crédito frente a la empresa, lo que afectará al INSS una vez que haya satisfecho su obligación con la Mutua.

2.-INCAPACIDAD PERMANENTE

2.1.-Pensión de invalidez no contributiva

Ante la cuestión de si a efectos de acreditar el requisito de carencia de rentas –a que refiere el art. 144.1 d) LGSS- que condiciona el derecho a las pensiones no contributivas debe computarse como ingreso el complemento del 50% de la pensión de gran invalidez que cobra el cónyuge de la beneficiaria de dicha pensión no contributiva, la Sala IV constituida en Pleno, en **STS (Pleno) 28-05-2013 (Rc. 1456/12)**, falla en el sentido de que no puede computarse dicho incremento, por cuanto:

1.-En atención a lo dispuesto en el art. 139.4 LGSS -que dispone que el complemento tiene que ser “*destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende*”, el complemento no puede computarse por cuanto su finalidad no es compensar la pérdida de ganancia que provoca la gran invalidez, sino ayudar al afectado a retribuir a una persona para que le ayude en los actos esenciales de la vida;

2.-Aunque el complemento tiene naturaleza prestacional y forma parte del sistema de Seguridad Social, no es igual al resto de las prestaciones, puesto que éstas tienden a compensar la pérdida de capacidad de ganancias por pérdida de ingresos derivados de trabajo, y el complemento pretende retribuir a la persona que le ayuda para realizar los actos más esenciales de la vida;

3.-Dicha solución se avala por lo dispuesto en el art. 12 RD 357/1991, de 15 de marzo, que determina que son ingresos computables los derivados del trabajo o sustitutivos de aquél, y el art. 50 LGSS –en redacción dada por Ley 27/2011, de 1 de agosto-, sobre complementos para pensiones inferiores a las mínimas.

Añade la Sala que la sentencia no supone una rectificación de lo dispuesto en las SSTS 24-01-2002 (Rc. 1903 /01), 23-06-2004 (Rc. 3908/03) y 28-02-2005 (Rc. 1272/04) –que determinaron que era computable el complemento por gran invalidez reconocido a la beneficiaria de la pensión no contributiva para fijar el límite de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia que determina el reconocimiento de una pensión no contributiva-, por cuanto los supuestos son distintos:

1.-En el presente supuesto el que recibe el complemento es el marido de la actora, mientras que en aquellas sentencias el complemento lo percibía la persona que reclamaba la pensión no contributiva, lo que determina que la normativa aplicable sea distinta, ya que los arts. 144 y 145 LGSS condicionan el reconocimiento del derecho a los ingresos de la beneficiaria –primero- y de su familia -después;

2.-Cuando se dictaron dichas sentencias no se había publicado la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que pretende facilitar a las personas en situación de la ayuda de otra persona, ni se había reformado el art. 50 LGSS

2.2.-Determinación de la contingencia

Reiterando consolidada jurisprudencia –entre otras muchas SSTS 27-10-1992 (Rc. 1901/91) y 23-02-2010 (Rc. 2348/09)-, en **STS 03-07-2013 (Rc. 1899/12)**, se insiste en que la contingencia de la incapacidad permanente total reconocida al actor que sufrió un accidente a resultas del cual inició incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y que le agravó una lesión previa, es laboral, ya que entiende la Sala IV que se está en presencia de una patología previa que se agravó estando el trabajador en el centro de

trabajo, desempeñando su labor y con ocasión de realizar un esfuerzo, lo que hace que el suceso sea accidente de trabajo conforme al art. 115.2 f) LGSS

2.3.-Gran invalidez

2.3.1.-Cálculo de la pensión

Las cotizaciones satisfechas como consecuencia del nuevo trabajo realizado en la ONCE por un pensionista de gran invalidez, han de tener eficacia para recalcular la pensión reconocida, cuando la actividad profesional desarrollada desde que se declaró por primera vez la incapacidad no pueda seguir desarrollándose.

Así lo ha determinado la Sala IV en **STS 16-10-2013 (Rc. 907/12)**, ante la situación de quien habiendo sido reconocido en situación de gran invalidez, pasa a desempeñar trabajos como vendedor de cupones de la ONCE y que pretende, tras un nuevo reconocimiento como gran invalido -teniendo en cuenta que las dolencias le imposibilitan para continuar con su trabajo como vendedor de la ONCE-, que se tengan en cuenta las cotizaciones efectuadas para incrementar su pensión de gran invalidez.

2.3.2.-Derecho a la mejora convencional

La Sala IV, en **STS 15-01-2014 (Rc. 1585/13)** reconoce el derecho del actor, al que se le reconoció en situación de gran invalidez, a que se le abone la mejora convencional de aplicación, por entender que el hecho de que la norma convencional prevea que sólo se reconocerá la prestación convencional en supuestos de incapacidad permanente total y absoluta, no implica que excluya a la gran invalidez, puesto que si bien se trata de un grado autónomo de incapacidad, participa de la cualidad de la incapacidad permanente, tratándose de un plus y no de un aliud en relación con los grados anteriores.

2.3.3.-Ceguera

En **STS 03-03-2014 (Rc. 1246/13)**, la Sala IV falla en el sentido de que una persona que puede ser calificada de ciega –por tener alteraciones visuales que dan lugar a la calificación de ceguera- puede ser objetivamente considerada a efectos de prestaciones de incapacidad permanente en situación de gran invalidez, incluso cuando por percibir algún estímulo luminoso o por motivos ambientales, temporales y otros, llegan a adquirir habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, e incluso si puede llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación.

Argumenta la Sala IV que si bien en numerosos autos y sentencias se ha apreciado inexistencia de contradicción en temas de declaración de incapacidad permanente, ello no supone que no se tengan que unificar determinadas cuestiones en materia de invalidez, y sistematizando las sentencias dictadas en casación por infracción de ley que determinaron que la ceguera comporta gran invalidez, y las sentencias dictadas en casación para la unificación de doctrina que han examinado dicha cuestión, concluye que:

1.-Cuando una persona puede ser considerada ciega por estar dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez;

2.-Aunque no hay doctrina legal ni médico-científica que determine qué agudeza visual tiene que ser valorada como ceguera, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos, se viene aceptando que ello significa ceguera;

3.-El invidente requiere naturalmente de la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, sin que sea necesaria la ayuda de tercera persona de forma continuada;

4.-No puede negarse la gran invalidez a quienes por factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, han adquirido alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente;

5.-Tampoco puede excluirse la calificación de gran invalidez por el hecho de que puedan efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, al evitar el efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de dichas personas.

2.4.-Deducción en ejecución de sentencia de lo percibido mientras se prestaban servicios

La trabajadora presentó demanda en la que solicitaba el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, con efectos de 27-05-2010, oponiéndose el INSS al reconocimiento de dicha incapacidad, pero sin alegar nada sobre la fecha de efectos o en relación a que la trabajadora se encontraba en activo. Dicha pretensión fue desestimada en instancia pero estimada en suplicación, en cuya sentencia se declara a la actora en situación de incapacidad permanente total con fecha de efectos 09-06-2010 (fecha del dictamen propuesta), sin que el INSS impugnara el recurso presentado y sin que tampoco presentara recurso de casación para la unificación de doctrina frente a dicha sentencia, que devino firme. La trabajadora solicitó ejecución de dicha sentencia, momento en que el INSS alegó que la actora estuvo en activo hasta el 17-05-2011. Ante la cuestión de si cabe o no en fase de ejecución de sentencia deducir de lo que le corresponde percibir a un beneficiario de la Seguridad Social en concepto de incapacidad permanente total reconocida en las resolución judicial que se ejecuta, las cantidades percibidas durante el periodo en que realizó la actividad laboral, la Sala IV, en **STS 18-09-2013 (Rc. 3101/12)** falla en el sentido de que procede la ejecución pero sólo por el periodo transcurrido entre la fecha de efectos de la pensión reconocida (09-06-2010) y la fecha de la sentencia que declaró a la actora en situación de incapacidad permanente total (04-05-2011).

2.5.-Responsabilidad en el abono de la prestación

La responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional (silicosis), corresponde al INSS cuando el hecho causante se produce cuando todavía no estaba vigente el art. 68.3 LGSS según redacción dada por la Disposición Final Octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que introduce la responsabilidad de las Mutuas por la contingencia de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional –el precepto determina que en *“la colaboración en la gestión de las contingencias de (...) enfermedades profesionales (...) las operaciones que lleven a cabo las Mutuas se reducirán a repartir entres sus asociados (...) el coste de las prestaciones por causa de (...) enfermedad profesional”*-.

Entiende la Sala IV en SSTS 15-01-2013 (Rc. 1152/12), 18-02-2013 (Rc. 1376/12), 12-03-2013 (Rc. 1959/12), 19-03-2013 (Rc. 769/12), 25-03-2013 (Rc. 1514/12), 26-03-2013 (Rc. 1207/12) cuya doctrina se reitera en **SSTS 10-07-2013 (Rc. 2868/12), 22-10-2013 (Rc. 161/13), 04-11-2013 (Rc. 2691/12), 25-11-2013 (Rc. 2878/12), 05-12-2013 (Rc. 3170/12), 12-02-2014 (Rc. 898/13), 04-03-2014 (Rc. 151/13) y 06-03-2014 (Rc. 126/13)**, que es de aplicación a partir del 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre), la misma jurisprudencia que determinó la responsabilidad del INSS en supuestos de accidente de trabajo [SSTS (Pleno), 01-02-2000 (Rc. 200/99), 19-01-2009 (Rc. 1172/08), y 14-04-2010 (Rc. 1813/09), entre otras] ya que la responsabilidad corresponde a quien aseguraba la contingencia en la fecha del hecho causante, ya que la cobertura se establece en función del riesgo asegurado.

3.-JUBILACIÓN

3.1.-Reconocimiento del derecho

3.1.1.-En el Régimen General de la Seguridad Social

No puede acceder a la jubilación, por no acreditar el periodo de carencia específica, quien tuvo dos partos con anterioridad al periodo al que refiere dicha carencia, por lo que no procede sumar 112 días asimilados por cada parto. La Sala IV, en **STS 18-11-2013 (Rc. 792/13)**, argumenta, que la finalidad de exigir un periodo de carencia específica (a diferencia de la carencia genérica) es mantener la vinculación del beneficiario con el sistema de Seguridad Social, que no se cumple cuando los partos son muy anteriores al periodo respecto del que hay que computar la carencia específica, de ahí que no puedan computarse 112 días de asimilación por cada parto, cuando los mismos han tenido lugar con mucha anterioridad al periodo respecto del que debe determinarse el cumplimiento de los requisitos de carencia específica.

3.1.2.-En el Régimen Especial de Trabajadores del Mar

Ante un supuesto en que el trabajador prestaba servicios para una empresa dedicada a la estiba y desestiba aunque se encontraba encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, recayendo sentencia en procedimiento en que se determina que el encuadramiento correcto del

trabajador es en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, si bien considerándose en suplicación que la sentencia de instancia no debió pronunciarse sobre si debió producirse dicho encuadramiento desde la fecha de ingreso en la empresa pues se trata de una cuestión recaudatoria, la Sala IV, ante la cuestión planteada ahora por el trabajador de que se le tenga en cuenta como afiliado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar todo el tiempo de prestación de servicios, y por lo tanto pueda acceder a la pensión de jubilación por aplicarse los coeficientes reductores de edad, falla en **STS 26-12-2013 (Rc. 386/13)**, en el sentido de que debe aplicarse el efecto de cosa juzgada positiva entre lo establecido en dicho procedimiento y en el presente, y puesto que conforme a lo fallado en el anterior procedimiento no puede establecerse que el encuadramiento del trabajador en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar debió ser desde la fecha de ingreso en la empresa, no pueden aplicarse los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos para dicho régimen.

3.1.3.-En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

En **STS 18-02-2014 (Rc. 1099/13)**, se resuelve que tiene derecho a la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), quien voluntariamente y sin invitación al pago por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), abona las cotizaciones pendientes con indicación de que se impute el ingreso a la deuda en el RETA y que se aplica dicha cantidad por la TGSS a otra deuda anterior habida en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS). La Sala IV desarrolla en el presente supuesto lo dispuesto en las SSTS 02-12-2008 (Rc. 663/08), 22-11-2013 (Rc. 2514/12) y 11-03-2013 (Rc. 1756/12), que establecían que debía imputarse al RETA, y no a otras deudas, las cotizaciones abonadas tras la invitación al pago, para aplicar dicha jurisprudencia a un supuesto en que dicha invitación al pago no se produjo por aplicación de lo dispuesto en el art. 28.2 Decreto 2530/1970, al que remite a DA 39ª LGSS; y ello por no existir ninguna norma que lo impida, puesto que no lo impide el art. 52 RD 1415/2004, de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, que impone a la Entidad Gestora la imputación del pago efectuado a la deuda más antigua -que en este caso era la del RGSS-, ya que el apartado 1 determina que *“los pagos que voluntariamente se efectúen (...) se imputarán a las deudas en periodo voluntario a que refieran”* y no es de aplicación ni el apartado 2 ni 3 al tratarse de un supuesto de pago voluntario.

3.2.-Derecho a indemnización prevista convencionalmente

Tiene derecho a la indemnización prevista en el art. 48 del Convenio Colectivo del Mueble de Cataluña, quien se jubila en una empresa incluida en su ámbito de aplicación, y ello por cuanto de una interpretación literal del precepto se deduce que se tiene derecho a la indemnización a la extinción del contrato cualquiera que sea su causa, y así lo ha reconocido la **STS 05-11-2013 (Rc. 276/2013)**.

3.3.-Cálculo de la pensión

La **STS 28-06-2013 (Rc. 1784/12)**, resuelve cuál es el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación de los Pilotos de Transporte de Pasajeros y Mercancías, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 2.1 y 4 RD 1559/1986, de 28 de junio –que prevén una reducción de la edad de jubilación–, en un supuesto en que se solicitó pensión de jubilación antes de cumplir los 65 años.

En particular, ante la cuestión si las bonificaciones allí establecidas para fijar el porcentaje de la pensión de jubilación deben aplicarse desde el periodo de tiempo que va desde el hecho causante hasta el cumplimiento de los 65 años, o se ha de aplicar sobre los años efectivamente trabajados, la Sala IV falla en el sentido de que la primera de las opciones no es válida ya que del art. 2.1 RD 1559/1986, de 28 de junio se deduce que la finalidad es rebajar la edad de jubilación en virtud de la peligrosidad y penosidad en que se desarrollan los trabajos aéreos, y además primar la contributividad al sistema de Seguridad Social, por lo que las bonificaciones de cotización resultantes del art. 4 en relación con el art. 2.1 del RD 1559/1986, deben aplicarse íntegramente sobre el tiempo efectivamente trabajado sin limitación temporal alguna.

Por otro lado, la Sala IV, en **STS 12-12-2013 (Rc. 257/13)**, cuya doctrina se reitera en **STS 11-02-2014 (Rc. 1854/13)** creando jurisprudencia, revisa la doctrina de la STS 28-06-2013 (Rc. 1784/12), para determinar que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en el art. 2.1 RD 1559/1986 (por el que se reduce la edad de jubilación para el personal de vuelo de las compañías de trabajo aéreo), no deben computarse a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la prestación, cuando la jubilación no se ha anticipado o no lo ha sido con el alcance que permite la norma.

Argumenta la Sala IV que las razones de la revisión se encuentran en que una interpretación contraria a la ahora expuesta no puede sustentarse en denominado principio de contributividad, ya que atribuye cotizaciones ficticias en virtud de un trabajo que no se ha ejecutado, por el que no se ha retribuido y por lo tanto, tampoco se ha cotizado, permitiendo computar una doble cotización –superpuesta y ficticia– por la misma actividad, y además ello no se deduce de la norma, que es clara cuando afirma que lo que se computa como cotizado es sólo el periodo de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación.

3.4.-Prejubilación

Los actores, trabajadores de la empresa Centrales Nucleares Almaraz y Trillo, suscribieron acuerdos de adhesión individual al sistema de prejubilación, extinguiendo sus relaciones laborales, existiendo en el plan de prejubilación, como beneficio social, que los planes de pensiones serían en las mismas condiciones que el personal que permanezca en activo. Como consecuencia de la aprobación de un nuevo convenio colectivo en el que además de mantenerse en vigor los subplanes de pensiones, se constituyó uno nuevo para el personal en activo, los actores presentaron demanda interesando que se les permitiera acogerse al nuevo subplan por ser más beneficioso y por cuanto no permitírsele supondría discriminarles por estar fuera de la plantilla. La Sala IV

en **STS 22-10-2013 (Rc. 3000/12)**, desestima dicha pretensión, por cuanto entiende que lo que se garantiza en el ERE es que se mantendrían los beneficios sociales que se reconocieran en el momento de suscribir la adhesión individual al sistema de prejubilación en términos de igualdad respecto de personal en activo en aquel momento, pero ello no impide que la empresa, manteniendo los beneficios de los prejubilados, establezca subplanes para el personal que estuviese en activo en el momento de constituirlo.

Por otro lado, se ha resuelto igualmente en **STS 14-01-2014 (Rec. 640/12)**, que tiene derecho a la mejora voluntaria prevista convencionalmente, quien, como consecuencia del fallecimiento de quien fuera su marido, prejubilado del Banco Santander Central Hispano, del que se había divorciado y del que percibía pensión compensatoria, reclama que se le abone la cantidad fijada en la cláusula séptima del contrato de prejubilación, en la que se establecía que al fallecimiento del trabajador el banco asignaría a su cónyuge una cantidad bruta anual siempre que se reunieran los requisitos exigidos por la LGSS para el devengo de dichas prestaciones y ello sin tener en cuenta a efectos del límite de la cantidad a percibir, el equivalente al importe de la pensión compensatoria. Fundamenta su decisión la Sala IV, en que la actora tiene derecho a dicha mejora voluntaria si bien la cantidad que debe satisfacer la empresa es la que resultaría de restar, al importe bruto garantizado, el importe que a la actora le hubiese correspondido sin tener en cuenta la pensión compensatoria

3.5.-Jubilación anticipada

En **STS 22-11-2012 (Rc. 176/12)**, cuya doctrina se reitera en **STS 25-09-2013 (Rc. 3177/12)**, se señala, en relación a cuándo deben retrotraerse los efectos de la revisión del porcentaje de base reguladora de una pensión de jubilación anticipada, que ello debe ser a los tres meses anteriores a su solicitud y no a la fecha de reconocimiento de la misma, al tratarse de una divergencia jurídica sobre la naturaleza de un determinado periodo de prestación de servicios, lo que es una cuestión de calificación jurídica y no de simples errores.

Ante el supuesto de los prejubilados de BANESTO en el año 2001, que como consecuencia de un acuerdo colectivo para que resultaran aplicables las condiciones de jubilación anticipada establecidas en el artículo 161.1 bis 2 LGSS, estipularon con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre -que dio nueva redacción a dicho precepto-, nuevo contrato por el que durante los dos últimos años anteriores a su jubilación la entidad les abonaría una cantidad superior a la que hubiera correspondido de haber tenido derecho a percibir la prestación por desempleo, y que solicitaron que se les reconociera un porcentaje superior de la pensión de jubilación reconocida en aplicación del art. 161.1 bis 2 LGSS –según redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre-, que les fue denegada, la Sala IV, en **SSTS 19-03-2014 (Rc. 1302/13)**, **20-03-2014 (Rc. 1318/13)**, **19-03-2014 (Rc. 1679/13)**, **19-03-2014 (Rc. 1460/13)**, **19-03-2014 (Rc. 1679/13)** y **07-04-2014 (Rc. 2381/13)**, falla en el sentido de que sí es de aplicación la nueva previsión contenida en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, puesto que la DF 3ª establece que las modificaciones incorporadas por la Ley se aplicarán a los hechos causantes

producidos a partir de la entrada en vigor de la norma salvo en los supuestos que enumera expresamente, entre los que no se encuentra el aplicable al asunto examinado, habiendo entrado en vigor dicha norma el 01-01-2008 y produciéndose el hecho causante no en el momento del cese en el trabajo (prejubilación), sino en el momento en que accede a la jubilación anticipada al cumplir 61 años de edad, momento en el que es de aplicación el art. 161 bis 2 LGSS en redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, lo que conlleva que se le deba reconocer un porcentaje de pensión superior. Añade que no cabe presumir la existencia de fraude de ley por la existencia de un contrato novatorio de prejubilación, puesto que el fraude no se presume, sin que se haya acreditado que se efectuara con la finalidad de forzar la aplicación de la nueva regulación, máxime cuando los mismos traían causa del acuerdo colectivo adoptado.

3.6.-Jubilación parcial

3.6.1.-Reconocimiento del derecho

Reiterando lo dispuesto en STS 06-10-2011 (Rc. 4410/10) y STS 26-12-2011 (Rc. 4268/10) en **STS 17-09-2013 (Rc. 3178/12)** se deniega el derecho a la jubilación parcial al trabajador que concertó un contrato a tiempo parcial, suscribiendo la empresa un contrato de relevo con un trabajador que no reúne las condiciones exigidas para ello, y ello por cuanto considera la Sala IV que no existe un derecho automático e incondicional a la jubilación parcial cuando se concierta un contrato a tiempo parcial con el trabajador que pretende jubilarse parcialmente, de forma que si la empresa comete fraude o irregularidades en la contratación del relevista, se podrá impedir la concesión de la jubilación parcial, sin perjuicio de que el trabajador pueda formular contra la empresa demanda por los perjuicios que le haya podido ocasionar la imposibilidad de acceso a la jubilación parcial.

Por otra parte, se ha fallado en **STS 25-03-2013 (Rc. 1775/2012)**, cuya doctrina se reitera en **STS 03-02-2014 (Rc. 861/2013)**, que puede acceder a la jubilación parcial prevista en el art. 166.2 LGSS, y acredita la antigüedad de 6 años requerida para acceder a la misma, quien ha prestado servicios por un periodo inferior a dichos 6 años para una Administración Pública en régimen laboral, tras renunciar del régimen funcionarial, en el que, computado con el periodo de tiempo de prestación de servicios en régimen laboral, superaba los 6 años, y ello por cuanto la expresión “antigüedad en la empresa” no puede entenderse referido únicamente a la actividad en régimen laboral, sino como “vinculación” o prestación de servicios ininterrumpida durante 6 años. Llega a dicha conclusión la Sala IV por cuanto no existe ningún criterio interpretativo que permita concluir que la vinculación tiene que ser únicamente laboral excluyendo la funcionarial.

3.6.2.-Cálculo de la mejora convencional en supuestos de jubilación parcial

Interpretando el art. 38.13 del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Burgos, que determina que “*Al personal que cumpla veinticinco años de servicio continuado en el mismo, se le concederá una paga extraordinaria correspondiente a una mensualidad completa o un mes de vacaciones*”, por **STS 19-11-2013 (Rc. 1418/12)**, se reconoce al actor, que se encontraba jubilado parcialmente, el equivalente a la mensualidad que hubiera percibido de haber estado a jornada completa, ya que considera que según una interpretación literal, lógica y finalista de la norma, que refiere a que la mensualidad debe ser “completa”, no cabe reducir ésta en ningún supuesto.

4.-SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ

Como consecuencia de que el actor solicitó pensión SOVI acreditando cotizaciones en España y Francia, solicitó que se tuvieran en cuenta días de bonificación por edad en aplicación de lo dispuesto en el DT 2ª OM 18-01-1967 para acceder a dicha pensión SOVI. La Sala IV, reiterando lo dispuesto en STS 07-12-2012 (Rc. 852/12) que determinó que las cotizaciones presuntas por edad de la OM 18-01-1967 sólo están previstas para establecer la cuantía de la pensión y sólo en el RGSS y no para el cálculo del periodo de carencia en el SOVI, en **SSTS 27-02-2014 (Rc. 1979/13), 27-02-2014 (Rc. 1437/13) y 10-03-2014 (Rc. 1218/13)**, se falla en el sentido de que para reunir el periodo de carencia de 1800 días necesarios para el acceso a las pensiones SOVI, no cabe computar los años de bonificación por edad que establece la DT 2ª OM de 18-01-1967 aplicable al RGSS, ya que una cosa es que los beneficiarios de la pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social puedan aprovechar las cotizaciones efectuadas a anteriores regímenes en los términos previstos en las normas transitorias de la LGSS y de la Orden de 18-01-1967, y otra distinta es que los beneficiarios del SOVI puedan aprovechar los beneficios de esas disposiciones posteriores que no conciernen a su régimen.

5.-ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

5.1.-Determinación de la contingencia

La Sala IV en **STS 27-01-2014 (Rc. 3179/12)** interpreta los términos “lugar de trabajo”, “tiempo de trabajo”, “con ocasión del trabajo” y “por consecuencia del trabajo” a los fines de aplicación de la presunción de laboralidad del art. 115.1 y 3 LGSS de un accidente de trabajo –a resultas del cual falleció el trabajador- sufrido por quien estando contratado eventualmente por dos meses en una explotación ganadera, disponiendo de autorización de la empresa para permanecer en el centro en el horario de la comida dada la distancia del centro de trabajo y su domicilio, falleció al quedar atrapado entre los pilares que sujetaban los silos de pienso y las vagonetas, al iniciar su actividad laboral antes de que sus compañeros, que comían en sus domicilios.

Argumenta la Sala IV que la calificación como profesional de un accidente exige la concurrencia de tres requisitos: lesión, trabajo y relación entre ambos elementos, En el presente supuesto, señala:

1.-Que es indudable que el accidente se produjo en el “lugar de trabajo”;

2.-En relación a si el accidente ocurrió en “tiempo de trabajo”, afirma que hay que estar a criterios hermenéuticos de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, y como en el presente supuesto existía autorización para comer en el lugar de trabajo, y el trabajador había comenzado su actividad laboral antes de que sus compañeros regresaran de comer de sus domicilios, no se desvincula la lesión con el trabajo, derivando el accidente de la actividad laboral.

3.-Que para aplicar la presunción, el accidente tiene que producirse “con ocasión” o “como consecuencia” del trabajo, argumentando que es precisa una causalidad indirecta y no pura, estándose en presencia de una verdadera causa –“propter quod”-, en el supuesto de “por consecuencia”, y en presencia de una condición –aquello sin lo que no se produce el accidente- en el supuesto de “con ocasión”, por lo que en el presente supuesto el accidente debe ser calificado como laboral, puesto que ocurre en lugar y tiempo de trabajo –cuando el trabajador ya había acabado de comer e iniciaba su actividad laboral antes de que regresaran de la comida sus compañeros-, sin que se haya desvirtuado la presunción de laboralidad ex art. 115.3 LGSS.

Por otro lado, manteniendo lo dispuesto en reiteradísima jurisprudencia, la Sala IV, en **STS 18-06-2013 (Rc. 1885/12)**, deniega la calificación de accidente de trabajo respecto de la dolencia cardíaca sufrida por la trabajadora en el trayecto de vuelta al trabajo, por cuanto:

1.-La presunción de laboralidad del accidente sólo alcanza a los acontecidos en tiempo y lugar de trabajo y

2.-La asimilación a accidente in itinere se limita a los accidentes en sentido estricto

Además, reiterando abundante jurisprudencia anterior, en **STS 18-12-2013 (Rc. 726/13)**, la Sala IV considera que es accidente de trabajo el sufrido por un trabajador que desde hacía un año padecía dolor torácico sin relación con el esfuerzo, que inició proceso de incapacidad temporal con posterioridad al alta médica y propuesta de incapacidad permanente derivada de enfermedad común –que posteriormente le sería reconocida- y que tras sufrir dolor torácico durante la noche, acude al trabajo y mientras prestaba servicios sufrió otro dolor acudiendo al médico de empresa que le derivó al hospital donde se le apreció un infarto. Entiende la Sala IV que el hecho de padecer una enfermedad cardíaca con anterioridad o tener antecedentes de tipo coronario, no es suficiente para excluir el trabajo como desencadenante de la lesión que surgió en tiempo y lugar de trabajo, no siendo necesario que la lesión sea como consecuencia del trabajo prestado, sino que haya surgido en tiempo y lugar de trabajo.

5.2.-Accidente “en misión”

Por **STS 11-02-2014 (Rc. 42/13)**, no se considera accidente de trabajo el de un trabajador que sufrió un ictus isquémico en la habitación del hotel donde pernoctaba en una población a la que se había desplazado temporalmente siguiendo órdenes de su empresa, por cuanto no concurre ninguna circunstancia especial que permita considerarlo accidente en misión, puesto que no todo lo que se produce durante la misión está vinculado con el trabajo, especialmente cuando no es propiamente desplazamiento ni realización de la actividad laboral, por lo que no puede considerarse que el accidente se sufre en tiempo y lugar de trabajo cuando acontece en periodos ajenos a la prestación de servicios, en periodos de descanso o realizando actividades de carácter personal o privado.

Igualmente, en **STS 24-02-2014 (Rc. 145/13)**, se falla en el sentido de que el fallecimiento del trabajador, cocinero de un buque que se encontraba en el puerto de Dingle (Irlanda) debido al mal tiempo esperando para hacerse a la mar, acontecido como consecuencia de que debido a que durante el tiempo de espera de la tribulación, libre de guardia, puede salir del barco, abandonando éste por el buque por asuntos propios y cayendo al mar al regresar y saltar desde un barco al que se encontraba abarloado, es accidente de trabajo. Entiende la Sala IV, tras sistematizar la jurisprudencia en relación a cuándo se produce un accidente en misión, que el accidente se produce “con ocasión” del trabajo, teniendo en cuenta que éste se desarrolla a bordo de una embarcación que no sólo es centro de trabajo sino también domicilio del trabajador, sin que el accidente hubiera ocurrido si el trabajador no hubiera tenido que regresar al barco exponiéndose a los agentes que causaron el accidente. Añade la Sala que *“la mar, elemento en el que se encuentra el buque –centro de trabajo y domicilio ocasional del trabajador- es un lugar potencialmente peligroso”*, peligro agravado por las malas condiciones climatológicas, y la arriesgada forma de acceso al barco (saltando desde otro barco que se encontraba abarloado).

5.3.-Accidente “in itinere”

Como consecuencia de que el trabajador sufrió un infarto cerebral cuando se dirigía en coche desde su domicilio en Galicia a Madrid, a prestar servicios en una obra, la Sala IV en **STS 16-09-2013 (Rc. 2965/12)**, resuelve que no se está en presencia de un accidente en misión, al tratarse de desplazamientos ocasionales, distintos del efectuado ordinariamente entre el domicilio habitual y el lugar de trabajo, que efectúa el trabajador a principio de temporada o para iniciar uno de los periodos correspondientes de prestación efectiva de servicios. Añade la Sala que no se han aportado indicios para determinar la existencia de un plus en el contenido del desplazamiento que lo diferencie del accidente in itinere y lo convierta en accidente en misión, ni tampoco se constata que la enfermedad surgiera durante la realización del trabajo en que consiste la misión, sin que tampoco pueda considerarse accidente in itinere.

En **STS (Sala General) 26-12-2013 (Rc. 2315/12)**, la Sala IV revisa su jurisprudencia anterior –que denomina “más estricta”- en materia de accidente in itinere, para determinar que tiene tal consideración el que se produce un

domingo en que el trabajador se desplazaba con su propio vehículo desde su domicilio donde “descansaba los fines de semana”, hasta el domicilio en que vivía durante la semana como consecuencia del trabajo. Señala la Sala que “domicilio” a estos efectos debe considerarse tanto el domicilio del trabajador como el lugar de residencia habitual por razones laborales, siendo esta interpretación más adaptada a la realidad social como impone el art. 3 CC, a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de movilidad territorial. Añade que concurren todos los elementos para considerarlo accidente *in itinere*, por cuanto:

1.-La finalidad del viaje está determinada por el trabajo –elemento teleológico-

2.-El accidente tiene lugar cuando se viajaba desde un punto definido como domicilio del trabajador hasta el lugar de residencia habitual para descansar y poder incorporarse posteriormente al trabajo –elemento cronológico-, y

3.-Aunque el accidente se produce en un itinerario respecto de cuyo destino no es el lugar de trabajo sino el de residencia laboral, no se rompe la relación entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia laboral para poder ir desde éste al trabajo en mejores condiciones de seguridad y para un mejor rendimiento laboral.

5.4.-Indemnización por daños y perjuicios

5.4.1.-Aplicación del Baremo para accidentes de circulación

La **STS 06-06-2013 (Rc. 2757/11)**, corrige el error aritmético cometido en la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, aplicando el Baremo para accidentes de circulación, entendiendo que cuando se acude al Baremo para fijar la cuantía de la indemnización, debe estarse al mismo si bien correctamente aplicado, ya que en el supuesto examinado, no negándose la existencia de daños morales por las secuelas de la IPA –cuya indemnización no fue reconocida en suplicación- respecto de los que la determinación de su importe corresponde al órgano de instancia, la cuantificación puede corregirse cuando concurren determinadas circunstancias, como:

1.-Si el juzgador resuelve de forma caprichosa, desorbitada o injusta,

2.-Si existe error -bien en la valoración de la prueba, bien en la aplicación de baremos, bien en la aplicación de criterios de determinación de las cuantías de las indemnizaciones-,

3.-Si existe error notorio o arbitrariedad en la cuantificación del mismo, o

4.-Cuando no se justifica adecuadamente su aplicación.

Por su parte, y en un supuesto en que la trabajadora, tras prestar servicios para Uralita y ser reconocida en situación de incapacidad permanente derivada

de enfermedad profesional con 80 años, solicitó indemnización por daños y perjuicios en aplicación de lo dispuesto en el Baremo para accidentes de circulación, la Sala IV, en **STS 15-01-2014 (Rec. 917/13)**, confirma la sentencia de suplicación que, confirmando la de instancia, reconoció una indemnización de 103.443 euros, de los que 73.443 correspondían a indemnización básica por lesiones permanentes (Tabla III Anexo I RD Legislativo 8/2004) y 30.000 euros por factor de corrección (Resolución 20-01-2011), por entender, en síntesis, que la reparación ha de aplicarse con criterios de igualdad al margen de la edad de la actora. Sostiene la Sala IV que el cómputo del factor de corrección por lesiones permanentes constitutivas de incapacidad para la ocupación o actividad habitual, debe ser de aplicación independientemente de la edad de la víctima, puesto que no puede prescindirse totalmente de la reparación del daño en este supuesto, si bien no es contrario al principio de igualdad tener en cuenta la edad a la hora de valorar determinados daños, y en concreto el perjuicio de disfrute que se asocia a la discapacidad vital (préjudice d'agrément)

En supuesto diferenciado, y como consecuencia de que los trabajadores que tras prestar servicios en contacto con asbesto en los diferentes puestos de trabajo, disponiendo únicamente de mascarillas de papel como mecanismos de protección, como consecuencia de las enfermedades padecidas solicitaron indemnización por daños y perjuicios aplicando el Baremo para accidentes de circulación, la Sala IV tras no entrar a conocer sobre la primera de las cuestiones planteadas en casación para la unificación de doctrina en relación a si debe ser de aplicación o no dicho Baremo, ni en relación a la forma en que hay que aplicar la Tabla I del Baremo, señala, en **STS 15-01-2014 (Rc. 909/13)** sin embargo, que siguiendo lo dispuesto en la STS 17-7-2007 (Rc. 4367/05), debe aplicarse el factor de corrección por los perjuicios económicos de la Tabla IV a pesar de que el actor tenía 82 años, ya que dicha indemnización incluye la incapacidad para otras actividades de la vida (préjudice d'agrément).

5.4.2.-Efecto de cosa juzgada de lo dispuesto en sentencia sobre recargo de prestaciones en procedimiento sobre indemnización por daños y perjuicios

En la **STS 12-07-2013 (Rc. 2284/12)**, la Sala se pronuncia respecto del posible efecto positivo de cosa juzgada que produce una sentencia dictada en un procedimiento sobre recargo de prestaciones respecto de un proceso sobre indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de la enfermedad profesional padecida por el mismo trabajador y a resultas del cual fue reconocido en situación de incapacidad permanente. La Sala de suplicación entendió que dicho efecto no se producía teniendo en cuenta la distinta configuración del recargo y de la indemnización civil adicional por los daños derivados de las contingencias profesionales. La Sala IV, sin embargo, aplicando reiterada y consolidada jurisprudencia, revoca dicha sentencia por considerar que para que se produzca el efecto positivo de cosa juzgada no es preciso que exista completa identidad entre ambos procesos –lo que sí se exige en el supuesto del efecto negativo de cosa juzgada–, bastando que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera

sentencia no excluye el segundo pronunciamiento pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado, vinculación que no es rigurosa -sólo lo incorporado en la parte dispositiva de la sentencia es susceptible de producir la vinculación, pero no las declaraciones de hecho, ni las consideraciones jurídicas- sino flexible, ya que los elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica aunque actúan sobre él como determinantes lógicos, vinculan a la segunda sentencia.

5.4.3.-Prescripción de la acción

Reiterando una consolidada jurisprudencia [STS 10-12-1998 (Rc. 4078/97), 12-02-1999 (Rc. 1949/98), 06-05-1999 (Rc. 2350/97), 22-03-2002 (Rc. 2231/01), 20-04-2005 (Rec 1954/03), 04-07-2006 (Rc. 834/05), 12-02-2007 (Rc. 4491/05) y 21-06-2011 (Rc. 3214/10), entre otras, en **STS 11-12-2013 (Rc. 1164/13)**, se vuelve a insistir en que el plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios, es el de un año previsto en el art. 59.2 ET, iniciándose dicho plazo, según lo dispuesto en el art. 1968 CC, en el momento en que las acciones pudieron ejercitarse, que no es otro que aquél en que el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente y de las mermas que las secuelas les producen, de forma que cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones, el plazo sólo comienza a correr desde que el mismo se agota, ya que el conocimiento pleno y cabal solamente se produce en la fecha en que se ha dictado la correspondiente resolución firme (sentencia) en proceso de incapacidad permanente.

Por su parte el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, mediando declaración administrativa de incapacidad permanente total, ejercicio de acción penal, sentencia de la Audiencia Provincial y Auto de cuantía máxima desestimatorio, se interrumpe tanto por el procedimiento penal como por la solicitud de dictado de auto de cuantía máxima. Entiende la Sala IV en **STS 17-02-2014 (Rc. 444/13)**, que no se puede aplicar la institución de la prescripción de manera rigurosa, sino sólo a quienes con su inactividad han hecho dejación efectiva de sus derechos, de forma que en relación a la reclamación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo:

- 1.-El plazo de prescripción es de un año del art. 59.2 ET;
- 2.-El dies a quo de dicho plazo se fija en el momento en que el beneficiario tiene cabal conocimiento de las secuelas del accidente;
- 3.-Cuando se sigue un procedimiento judicial para la fijación de las lesiones, el plazo comienza a correr desde que el mismo se agota, pues sólo entonces se sabe con certeza cuáles eran las dolencias y secuelas padecidas;
- 4.-Los procesos penales derivados del accidente de trabajo impiden que pueda comenzar a correr el plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de dicho accidente;

5.-El plazo de prescripción se interrumpe igualmente por la acción judicial dirigida a obtener título ejecutivo frente a la aseguradora del vehículo, y ello a pesar de que inviabilidad de la pretensión, ya que pone de manifiesto el “afán o deseo” de conservación el derecho

5.5.-Recargo de prestaciones

5.5.1.-Plazo de prescripción para reclamar el recargo

Como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador el 06-10-1995 a resultas del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total con efectos de 01-05-1996, se incoó por el INSS recargo de prestaciones el 13-06-1996 a instancias de la Inspección de Trabajo, sin que conste que se realizara ninguna actuación hasta el 23-09-2005, momento en que el INSS remitió escrito a la empresa solicitando trámite de audiencia, y dictando resolución de 17-07-2006 en la que se imponía a ésta un recargo del 30%, tras presentarse demanda por la empresa, ésta fue desestimada en instancia, cuya sentencia se revocó en suplicación, por entender que si bien el expediente administrativo no caducó, sí debe apreciarse prescripción al no acreditarse los motivos de la suspensión, paralización o interrupción de la misma.

Ante el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el trabajador, en el que suscitaba la cuestión de si la prescripción que establece el art. 43 LGSS se interrumpe con la tramitación del expediente administrativo y se prolonga durante todo el tiempo que media entre la incoación y la resolución expresa, la Sala IV en **STS (Sala General) 17-07-2013 (Rc. 1023/12)**, que se reitera en **STS 19-07-2013 (Rc. 2730/12)** y **STS 12-11-2013 (Rc. 3117/12)** modifica la jurisprudencia anterior, fijada en STS 15-09-2009 (Rc. 171/09) y STS 27-12-2007 (Rc. 4945/06) –que además se invocaron como sentencias de contraste-, tras señalar que a pesar de la naturaleza mixta del recargo de prestaciones –indemnización adicional satisfecha en forma prestacional atípica-, ésta está sometida al plazo de prescripción de 5 años previsto en el art. 43.2 LGSS. Argumenta la Sala IV:

1.-En relación con cuestiones generales que afectan al recargo, que la competencia para fijar la declaración de responsabilidad empresarial por falta de adopción de medidas de seguridad, corresponde, en aplicación de lo dispuesto en el art. 123 LGSS en relación con art. 1 e) RD 1300/1995, de 21 de julio, al INSS, sin que se establezca ningún procedimiento específico para llevar a cabo la declaración de responsabilidad en el art. 16 OM de 18 de enero de 1996, y sin que se pueda aplicar la caducidad del expediente administrativo que está contemplada con carácter general en los arts. 44.2 y 92 LRJAP-PAC;

2.-En relación con el recargo, señala que según lo dispuesto en STS (Pleno) de 10-12-1998 (Rc. 4078/97) y STS 12-02-1999 (Rc. 1494/98), reiteradas posteriormente por otras muchas [STS 07-07-2009 (Rc. 2400/08) y STS 09-02-2006 (Rc. 4100/04)], el día inicial del plazo prescriptivo debe fijarse en el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la

prestación de que se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada.

3.-En relación con la posibilidad de interrupción del plazo de prescripción del derecho al recargo, argumenta que éste se interrumpe por el ejercicio de la acción ante los Tribunales (contra un presunto culpable, criminal o civilmente), reclamación extrajudicial del acreedor y cualquier acto de reconocimiento por el deudor, por la reclamación ante la Administración o en virtud del expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y aunque en la doctrina judicial seguida tradicionalmente por la Sala IV se estableció que el plazo prescriptivo se interrumpe desde el momento en que se pone en marcha el expediente administrativo hasta que se dicte resolución expresa aún cuando el interesado pueda ejercitar las acciones que considere oportunas en el momento en que pudo entender desestimada por silencio administrativo su petición, ello no puede ser de aplicación en supuestos como el enjuiciado, en que no hay constancia de resolución alguna durante el tiempo que duró el expediente.

Partiendo de ello, concluye que el efecto interruptivo que sobre la prescripción tiene la incoación del expediente, tiene que ponerse en relación con las circunstancias concurrentes a lo largo de la tramitación del mismo, ya que sólo la justificación clara de la suspensión o ampliación de la tramitación puede permitir el mantenimiento de la interrupción, de forma que al alcanzar el plazo máximo de 135 días hábiles del art. 14.1 OM de 1996 desde el acuerdo de iniciación el procedimiento o desde la recepción de la solicitud de iniciación del interesado, se entenderá resuelto el expediente en sentido negativo y por lo tanto se reiniciará el cómputo del plazo de prescripción del derecho que había quedado interrumpido por la inacción de aquél, aunque la Entidad Gestora puede acordar la ampliación del plazo en aplicación de lo dispuesto en el art. 145.2 OM y arts. 42 y 49 LRJAP-PAC.

Añade por último la Sala, que el tiempo de interrupción de la prescripción no puede quedar sometido a la mera inactividad administrativa, de forma que el plazo de 135 días permitirá al trabajador reaccionar ante la falta de respuesta, pero si existiese resolución expresa posterior, se mantiene la vigencia del derecho, y como en el supuesto enjuiciado no hubo actuación alguna desde la inacción el expediente administrativo en junio de 1995, dictándose resolución expresa cuando se superó el plazo de cinco años (en 2006), puede la empresa alegar prescripción de la acción.

5.5.2.-Imposición por falta de medidas de seguridad y salud

Procede imponer a la empresa recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en un supuesto en que la trabajadora sufrió un atraco en el centro de trabajo a resultas del cual sufrió lesiones, habiendo sido informada de la posibilidad de riesgo de robo, de la necesidad de tener a mano poca cantidad de dinero, de guardar en la caja fuerte el dinero sobrante y de que entregara el dinero que tuviera a mano en caso de robo, habiéndose adoptado con posterioridad al mismo un sistema de alarma.

Entiende la Sala IV en **STS 12-06-2013 (Rc. 793/12)**, que dicho recargo procede porque la empresa no cumplió con las necesarias medidas de prevención de riesgos laborales, ya que:

1.-La trabajadora no fue informada de los riesgos del puesto de trabajo correctamente –no es suficiente advertir de del riesgo de custodia de valores y decir que en caso de atraco no se ofrezca resistencia-,

2.-No existía evolución de riesgos laborales completa –en el Plan de Emergencia no se contiene evaluación de los riesgos de atraco, ni prevención del mismo, ni medidas de seguridad a adoptar para evitarlo, sin que sirvan las instrucciones sobre las medidas a adoptar con posterioridad-;

3.-No se habían adoptado concretas medidas de seguridad y de prevención del riesgos, en particular las medidas a las que refiere el art. 120 del Reglamento de Seguridad Privada (RD 2364/1994, de 9 de diciembre), sobre pulsador de alarma, dispositivos electrónicos para detectar el ataque o la entrada de armas, existencia de recinto estanco, etc.

Por su parte, en **STS 04-03-2014 (Rc. 788/13)**, la Sala IV ha fallado que procede imponer a la empresa un recargo del 50% como consecuencia de la situación de acoso moral sufrida por la trabajadora, que prestaba servicios para Alcampo, dependiendo de dos secciones distintas lo que provocó la duplicidad de funciones y la ausencia de instrucciones o que las impartidas fueran contradictorias o incompatibles, debiendo además sustituir y cubrir las ausencias del dependiente del departamento contiguo y que inició proceso de incapacidad temporal por depresión mayor en relación a mobbing, proceso que fue declarado por sentencia derivado de accidente de trabajo.

Entiende la Sala IV siguiendo lo dispuesto en STS 19-01-1996 (Rc. 536/95), que para determinar el porcentaje de recargo de prestaciones –establecido entre el 30 y el 50% en el art. 123 LGSS-, hay que tener en cuenta la gravedad de la falta, lo que supone reconocer al Juez de instancia un amplio margen de apreciación, que es controlable en atención al criterio jurídico general de gravedad de la falta, y que puede revisarse cuando no guarde proporción con dicha directriz, y en el supuesto examinado se calificó la falta como muy grave que debía ser sancionada en su grado medio, por lo que el porcentaje impuesto a la empresa del 50% es correcto.

6.-REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS

La Sala IV en **STS 12-02-2014 (Rc. 394/2013)**, falla que procede el reintegro de gastos médicos abonados por la actora, madre de dos hijos que padecían plagiocefalia postural, por lo que se les prescribió de un casco craneal remodelador, y ello tras argumentar:

1.-Que la acción de reintegro de gastos de asistencia sanitaria tiene la consideración de reclamación de reconocimiento de prestación, por lo que no

tiene influencia a efectos de recurrir en suplicación el importe de la cantidad cuyo reintegro se pretende,

2.-Que el reintegro procede por cuanto se está en presencia de una malformación que hace necesaria una restauración que abarca todo el cráneo y que por lo tanto puede estar incluida en el epígrafe relativo a las prótesis faciales, el casco fue prescrito por el servicio público de salud, y el uso del material remodelador puede tener enorme trascendencia en el desarrollo inmediato del menor, por lo que aunque no esté expresamente mencionado en el catálogo de la cartera de servicios (Anexo VI RD 1030/2006), puede entenderse incluido por analogía.

Además, por **STS 17-02-2014 (Rc. 895/13)**, se reconoce el derecho del actor a que se le reintegren los gastos ocasionados por el tratamiento con dietoterápicos complejos por alergia congénita a las proteínas de la leche de vaca, por entenderla incluida en el Anexo VII.1 que determina el derecho de las personas *“que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos”* y que consiste en tratamientos que *“se llevan a cabo con alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales para los usuarios del Sistema Nacional de Salud que padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos”* según el Anexo VII.2.1. para los que no consta limitación de edad alguna, pudiendo incluirse el trastorno metabólico congénito entre los supuestos previstos en el Anexo VII.6.1 b) *–“trastornos del metabolismo de los aminoácidos”-* y en el Anexo VII.7.B.1.3, *–“trastornos en el metabolismo de los aminoácidos ramificados”-*.

7.-MATERNIDAD

7.1.-Reconocimiento del derecho

En **STS 19-06-2013 (Rc. 2336/12)** se resuelve a favor de reconocer el derecho a la prestación de maternidad solicitada. La trabajadora, médico que trabajaba en atención primaria desde el 28-06-2002, solicitó y se le concedió permiso por maternidad el 13-04-2010 por lo que causó alta y baja en dicho día, solicitando el 23-04-2010 permiso por maternidad que le fue denegado por no encontrarse de alta o situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante. Fundamenta su decisión estimatoria la Sala IV, en que si la trabajadora solicita el descanso y le es concedido el mismo día que ha trabajado, ese día reunía el requisito de alta cumpliendo por lo tanto las exigencias legales del art. 133 ter 1) LGSS y 3 RD 295/2009, de 6 de marzo para tener derecho a la prestación de maternidad solicitada.

7.2.-Responsabilidad en el abono de la prestación

Ante la cuestión de quién es responsable del pago de la prestación por maternidad, en un supuesto en que la empresa se encontraba al descubierto de cotizaciones en la Seguridad Social en la fecha del hecho causante, habiéndose concedido con posterioridad un aplazamiento para el pago de la

deuda, si el INSS, o la empresa, la Sala IV, reiterando lo dispuesto en STS (Sala General) de 08-05-1997 (Rc. 3824/96) –que rectificaba la jurisprudencia anterior sobre la cuestión- y SSTS 23-09-1998 (Rc. 2431/97), y (Sala General) 01-02-2000 (Rc. 694/1999), falla en **STS 21-01-2014 (Rc. 2885/12)** que la responsabilidad es del INSS y no de la empresa, puesto que el descubierto en la cotización no alcanza trascendencia suficiente en la relación jurídica de protección, dada que la falta de cotización no impide la cobertura del periodo de cotización exigido. Añade que la jurisprudencia en relación a que el aplazamiento en el pago de las cotizaciones sólo surte efecto para futuras prestaciones, no es de aplicación, pues dicha jurisprudencia refiere al art. 28 RD 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el RETA.

8.-VIUDEDAD

8.1.-Reconocimiento del derecho

8.1.1.-En supuestos de matrimonio previa existencia de pareja de hecho

Ante un supuesto en que la actora contrajo matrimonio con quien falleció cuatro días después de éste por enfermedad común, si bien habían emitido escritura pública declarativa de la existencia de pareja de hecho diez días antes y habían convivido desde sus respectivos divorcios durante más de dos años, la Sala IV en **STS 25-06-2013 (Rc. 2528/12)** revoca la sentencia de suplicación para reconocer el derecho de la actora a la pensión de viudedad solicitada, por cuanto entiende que ésta tiene derecho a la pensión total y no temporal, ya que el periodo requerido de convivencia con el causante, sumado al de la duración del matrimonio, es el de dos años que prevé el art. 174.1 último párrafo LGSS, que refiere al momento en que ambos miembros de la pareja pudieron contraer matrimonio, lo que ocurre a partir del divorcio del causante que fue el último que se divorció, existiendo ya a dicha fecha convivencia.

8.1.2.-En supuestos de separación

Procede reconocer el derecho a la pensión de viudedad (inicialmente denegada por el INSS) a la viuda de cónyuge separado que tenía reconocido el derecho a pensión compensatoria, aunque en el momento del hecho causante no la percibiera (de hecho no la había percibido ni reclamado durante un dilatado periodo de tiempo). Así ha concluido la Sala IV en **SSTS 18-09-2013 (Rc. 2985/12), 18-12-2013 (Rc. 620/13) y 01-04-2014 (Rc. 64/13)**, en las que considera que lo que exige el art. 174.2 LGSS es que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC, pero no exige que sea perceptora de dicha pensión, lo que supone que para tener derecho a la misma, sirve tan solo que tenga reconocido el derecho a su percibo, ya que si el legislador hubiera querido que para tener derecho a la pensión de viudedad, además de tener reconocido el derecho a la pensión compensatoria se estuviera percibiendo efectivamente en el momento del fallecimiento, así lo hubiera hecho constar expresamente. Añade la Sala que el no haber reclamado el abono de la pensión, no supone una renuncia a la misma, ya que la actora podía reclamar dicho derecho en

cualquier momento, al no haber caducado la acción que ha de computarse a partir del devengo de cada pensión mensual.

Hay que tener en cuenta, además, que la Disposición Transitoria 18ª LGSS establece una excepción a regla general sobre la pensión de viudedad prevista en el art. 174.2 LGSS -que exige que en supuestos de separación o divorcio para ser acreedor del derecho a la pensión de viudedad, es necesario que se sea perceptor de pensión compensatoria a que refiere el art. 97 CC, que se extinga como consecuencia del fallecimiento del causante- en supuestos en que la separación o el divorcio se hubiera producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, y que el fallecimiento del causante se haya producido durante los 10 años siguientes a la separación o el divorcio, previéndose en dicha Disposición Transitoria 18ª LGSS, que en dicho supuesto no será necesario ser acreedor de pensión compensatoria para ser beneficiario de pensión de viudedad. Pues bien, teniendo en cuenta dicha previsión legal, por **STS 02-11-2013 (Rc. 3044/12)**, se resuelve que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de 10 años –que no deben haber transcurrido entre la separación o el divorcio y el fallecimiento- debe fijarse a partir de la situación jurídica que se produzca primero, es decir, la separación, porque así se deduce:

1.-De una interpretación literal del precepto que utiliza la disyuntiva “o” entre “separación” o “divorcio”,

2.-De una interpretación teleológica, ya que el fin perseguido por la norma es compensar el desequilibrio económico que produce la separación judicial o el divorcio y que se ocasiona como consecuencia de la primera de las situaciones, por lo que el plazo de 10 años se debe computar a partir del día que se produjo la situación de necesidad que se compensa, y

3.-De una interpretación acorde con la establecida por la Sala I del Tribunal Supremo en SSTs 09-02-2010 (Rc. 501/06) y 22-06-2011 (Rc. 1940/08) que determinan que el importe del perjuicio y de la pensión compensatoria se fija al tiempo de la separación, no cabe su modificación posterior dado su carácter compensatorio

Por su parte, la Sala IV reconoce en **STS 04-03-2014 (Rc. 1593/13)** el derecho a la pensión de viudedad de quien se casó con el causante en el año 1980, se separó judicialmente de quien fuera su marido en 1998 sin que en la sentencia se estableciera pensión compensatoria, posteriormente se reconciliaron en 1999 formalizándolo en escritura pública notarial en el año 2000, si bien la reconciliación no se comunicó al juez por lo que no se registró en el Registro Civil, pensión que le fue denegada por el INSS por no tener derecho en el momento del fallecimiento a la pensión compensatoria del art. 97 CC y haber transcurrido más de 10 años entre la fecha de la separación judicial y el fallecimiento del causante acontecido en 2010, además de por estar separados legalmente sin reconciliación judicial.

La Sala examina el requisito de no hallarse impedidos para contraer matrimonio y no tener vínculo matrimonial con otra persona que exige el art. 174.3 LGSS para el reconocimiento de la pensión de viudedad a parejas de

hecho, para concluir que lo que el precepto exige es que “*no tengan vínculo matrimonial con otra persona*”, lo que refiera a un tercero ajeno, pudiendo existir un vínculo matrimonial entre ambos que no puede constituir obstáculo para lucrar pensión de viudedad.

Añade la Sala IV que no consta el mínimo indicio de fraude de ley ni abuso de derecho por parte de la actora que pretende lucrar pensión de viudedad manteniendo vínculo matrimonial con el causante, único marido y de cuyo matrimonio han nacido dos hijos.

8.1.3.-En supuestos de pareja de hecho

Las SSTs 13-06-2012 (Rc. 3558/11) y 27-03-2013 (Rc. 2348/2012), cuya jurisprudencia se reitera en **SSTS 26-09-2013 (Rc. 3131/12) y 29-10-2013 (Rc. 3189/12)** exigen, en aquellos supuestos en que se solicita pensión de viudedad al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional 3ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre (que reconoce el derecho a las parejas de hecho cuando el fallecimiento del causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, es decir, el 01-01-2008), que la solicitud se haya realizado no habiendo transcurrido los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de la misma, ya que sólo así, se podrán retrotraer sus efectos al 01-01-2008.

8.2.-Fecha de efectos económicos

Como consecuencia de que el marido de la actora desapareció de su domicilio en 1994, instó en 2011 declaración de fallecimiento, siendo declarado oficialmente fallecido con efectos de 01-01-2005, por Auto de 15-06-2011, por haber transcurrido más de 10 años de la desaparición sin noticias del mismo en aplicación de lo dispuesto en los arts. 193 y 195 CC, Auto que devino firme el 30-06-2011. La actora solicitó pensión de viudedad que le fue reconocida, si bien con efectos de tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, reclamando que se le reconozca con fecha de efectos del día siguiente a la fecha en que se declaró judicialmente el fallecimiento, teniendo en cuenta que presentó la solicitud sin haber transcurrido tres meses desde la firmeza del auto. La Sala IV en **STS 11-06-2013 (Rc. 2860/12)**, y ante la cuestión de cuándo comienza el plazo de 3 meses para la solicitud de la pensión de viudedad que determinaría que los efectos del reconocimiento serían desde el día siguiente a aquél en que se declara judicialmente la fecha de fallecimiento del trabajador, y en particular si sería:

1.-El día de la fecha del auto de declaración de fallecimiento, que es el momento en que se fija el plazo en el supuesto de la sentencia recurrida en casación unificadora;

2.- El día de la fecha de notificación del Auto como determina la sentencia de contraste,

no acoge ninguna de las dos posibilidades y falla en el sentido de que debe fijarse dicho *dies a quo* en la fecha en que el Auto devino firme, lo que ocurre

cuando transcurre el plazo legalmente fijado para presentar recurso de apelación a que refiere el art. 207.2 LEC, sin que ninguna de las partes lo haya presentado.

8.3.-Cálculo de la pensión

Ante un supuesto en que se solicita pensión de viudedad por quien habiéndose divorciado de quien fuera marido antes de 2008, siendo acreedora de pensión compensatoria y habiéndose producido el fallecimiento del causante después del 01-01-2010, por **SSTS 27-06-2013 (Rc. 2936/12) y 30-10-2013 (Rc. 2783/12)** y ante la concreta cuestión de si a efectos del cálculo de la pensión debe ser de aplicación el art. 174.2 LGSS o la Disposición Transitoria 18ª LGSS, se falla a favor de la aplicación dicha Disposición Transitoria 18ª y la no aplicación, por lo tanto, de los límites a que refiere el art. 174.2 LGSS, por cuanto entiende la Sala que es indiferente que la actora sea acreedora o no de pensión compensatoria, ya que la Disposición Transitoria 18ª no condiciona el derecho a la pensión de viudedad a que dicha pensión compensatoria exista, sino al cumplimiento de las exigencias que menciona y que la actora cumple, por lo que debiendo ser perceptora de pensión de viudedad en aplicación de dicho precepto, a la cuantía no pueden ser de aplicación los límites a que refiere el art. 174.2 LGSS en relación con dicha pensión compensatoria.

Además, en **STS 18-12-2013 (Rc. 530/13)**, la Sala IV resuelve dos cuestiones aplicando jurisprudencia anterior:

1.-Respecto de la primera, relativa a cómo se determina la base reguladora de una pensión de viudedad lucrada desde una situación asimilada al alta sin cotizaciones en los 15 años anteriores al hecho causante del fallecimiento, si conforme a una base reguladora 0 con reconocimiento de la pensión en su cuantía mínima, o conforme a las últimas bases de cotización con las actualizaciones o revalorizaciones procedentes, señala la Sala IV que esta última opción es la válida conforme a lo dispuesto en SSTS 21-03-2012 (Rc. 1677/11) y 13-12-2012 (Rc. 3640/11), en las que se llega a dicha conclusión por analogía con lo dispuesto en el art. 4.1 CC y Anexo VI.D.4 Reglamento 1408/1971 (hoy Reglamento CEE 883/2004) y art. 7.3 Decreto 1646/1972;

2.-Respecto de la segunda, relativa a cuál es la fecha desde la que deben aplicarse las revalorizaciones de la pensión de viudedad reconocida, si desde la fecha en que el causante dejó de cotizar o fecha del hecho causante de la pensión (fallecimiento), señala la Sala IV que según lo establecido en SSTS 21-03-2012 (Rc. 1677/11) y 13-12-2012 (Rc. 3640/11), deben aplicarse las revalorizaciones desde el día siguiente en que el causante dejó de cotizar. En atención a ello, considera que en la fecha en que el causante dejó de cotizar, debe calcularse la base reguladora partiendo de las últimas bases de cotización conforme al importe “teórico” inicial de la prestación que deberá ser revalorizado conforme a los criterios aplicables a la pensiones de igual naturaleza desde la fecha en que el causante dejó de cotizar (fallecimiento).

9.-ORFANDAD

9.1.-Incremento de la pensión de orfandad: interpretación de la expresión “orfandad absoluta”

La pensión de orfandad reconocida al hijo de quien falleció habiéndose divorciado de su cónyuge superviviente, habiéndose acordado en la sentencia de divorcio pensión de alimentos pero no compensatoria, no puede acrecentarse con la pensión de viudedad no reconocida, por cuanto así ha fallado la Sala IV en **STS 10-05-2013 (Rc. 1969/12)**. Argumenta la Sala que si bien cuando el progenitor sobreviviente no estaba casado con el causante -y por lo tanto no tiene derecho a la pensión de viudedad-, en aplicación de lo establecido en la STC154/2006 tiene derecho al incremento de la pensión de orfandad, dicha situación no es idéntica a la examinada en el presente supuesto, en que ni se está en presencia de un huérfano absoluto –en cuyo caso si tendría derecho al incremento- ni de un hijo extramatrimonial cuyo progenitor superviviente no sea cónyuge del causante por falta de matrimonio -a que refiere dicha STC 154/2006-, ya que se trata de un huérfano no absoluto que no va a sufrir una situación económica más desfavorable por el hecho de que sus padres no se hubieran casado, puesto que admitiéndose el reconocimiento de pensión compensatoria al cónyuge separado o divorciado para paliar el perjuicio económico correspondiente, si no se le reconoció ésta es porque no sufrió desequilibrio económico, el excónyuge superviviente no puede beneficiarse de la pensión de orfandad, ni el huérfano incrementar la pensión de orfandad reconocida con la pensión de viudedad no percibida.

Sin embargo, en **STS 28-06-2013 (Rc. 2160/12)** se reconoce el incremento de pensión de pensión de orfandad en un supuesto en que el beneficiario es fruto de la unión de hecho entre la solicitante y el causante que no se inscribieron en el registro de parejas de hecho, por lo que la madre no tenía derecho a la pensión de viudedad. La Sala IV, tras sistematizar la evolución legislativa y jurisprudencial sobre el derecho examinado, concluye en el sentido de que la equiparación entre “orfandad absoluta” e inexistencia de cónyuge con derecho a pensión de viudedad, a los efectos de percibir el incremento de pensión de orfandad, es a la que se inclina el preámbulo del RD 296/2006 en que se regula la cuestión, y que acoge lo establecido en la STC 154/2006, ya que existe una situación de necesidad que tiene que ser resarcida.

Ante esta disparidad de pronunciamientos en relación con supuestos de hecho cercanos en relación con la apreciación de cuándo hay “orfandad absoluta” a efectos del incremento de la pensión de orfandad reconocida, la Sala IV, constituida en Pleno, en **STS 29-01-2014 (Rc. 3119/12)** –sentencia que contiene voto particular que suscriben 7 Magistrados- cuya doctrina se reitera en **STS (Sala General), de 29-01-2014 (Rc. 1122/13)** –sentencia que igualmente contiene voto particular que suscriben 7 Magistrados- y **SSTS 06-02-2014 (Rc. 621/13), 11-02-2014 (Rc. 42/13) y 11-02-2014 (Rc. 1088/13)** resuelve que no tiene derecho al incremento de la pensión de orfandad (con la pensión de viudedad no percibida), prevista en el art. 175 LGSS en redacción

dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre para los supuestos de orfandad absoluta, quien siendo huérfano de padre separado de su madre que vive, ésta no tenía derecho a la pensión de viudedad puesto que no se había fijado pensión compensatoria.

Entiende la Sala IV reiterando y matizando la jurisprudencia anterior, que tanto el art. 175 LGSS como art. 36 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en redacción dada por RD 296/2009, de 6 de marzo, refieren a los supuestos de “orfandad absoluta”, lo que debe entenderse referido a:

1.-Fallecimiento de los dos progenitores;

2.-Fallecimiento de un progenitor siendo el otro desconocido en aplicación de lo establecido en STC 154/2006, de 22 de mayo que eliminó la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales;

3.-Progenitor supérstite maltratador,

Añade que la expresión no puede ir referida a los supuestos en que existiendo un progenitor, éste no perciba la pensión de viudedad por el motivo que sea.

Señala, además, que lo que se afirmó en **STS 28-06-2013 (Rc. 2160/12)** –a la que se ha hecho mención anteriormente- es que en dichas situaciones existe una situación de necesidad familiar, lo que no concurre en el presente caso, ya que para que se produzca el incremento es precisa la existencia de una “orfandad absoluta”, entendida como la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano.

9.2.-Efectos económicos

Reiterando lo fallado en STS 29-03-2010 (Rc. 1130/09), en **STS 16-01-2014 (Rc. 254/13)**, se resuelve que los efectos económicos del incremento de la pensión de orfandad con el de la pensión de viudedad en un supuesto de orfandad absoluta (por fallecimiento del padre y ausencia total de la madre), deben retrotraerse a tres meses antes a la fecha de la solicitud de dichos incrementos en aplicación del art. 43.1 LGSS según redacción dada por Ley 42/2006, que entró en vigor el 01-01-2007,- y que establece que *“El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultará afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a las que se refiere el artículo*

45ª y no a la fecha del hecho causante ocurrido éste con anterioridad a dicha fecha.

Reitera la Sala IV que:

1.-Cuando se trata de una acción tendente al reconocimiento inicial de prestaciones, el plazo de ejercicio de la acción es de prescripción y de cinco años computados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate;

2.-El plazo de retroacción de los efectos económicos del reconocimiento inicial se limita a los tres meses anteriores a la fecha de la correspondiente solicitud, y

3.-Cuando se trata de una acción de revisión del contenido económico de prestaciones de Seguridad Social ya reconocida, el plazo de retroacción de los efectos económicos del incremento ulteriormente reconocido, se limita a los tres meses anteriores a la fecha de presentación de solicitud de revisión, sin que sea de aplicación la jurisprudencia anterior que retrotraía los efectos económicos a la fecha del reconocimiento inicial con un plazo de prescripción de cinco años.

10.-DESEMPLEO

10.1.-Nivel contributivo

10.1.1.-Derecho a la prestación

No procede que la empresa devuelva lo percibido por los trabajadores por la prestación por desempleo cuando se suscribieron multitud de contratos temporales y se discute si la modalidad de contratación debería haber sido fija discontinua, por cuanto así se establece en **STS 03-12-2013 (Rc. 661/13)**, que reitera lo establecido en la STS 28-04-2010 (Rc. 3494/09) en la que se determinó que sólo procedería el reintegro a que refiere el art. 145 bis LPL, cuando la percepción de dichas prestaciones hubiera supuesto un perjuicio para la entidad gestora.

10.1.2.-Mantenimiento, suspensión y extinción del derecho

En SSTS 18-10-2012 (Rc. 4325/11), 23-10-2012 (Rc. 3229/11) 24-10-2012 (Rc. 4478/11) y 30-10-2012 (Rc. 4373/11), ya se concretó que la salida del territorio nacional del perceptor de prestaciones por desempleo por periodo inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora pero existiendo causa para dicha ausencia no comporta la extinción del derecho a la prestación sino la suspensión del mismo.

Pues bien, en el periodo analizado y según **SSTS 21-01-2014 (Rc. 228/13)** y **08-04-2014 (Rc. 2675/12)**, se reitera que:

1.-En relación con el concepto de traslado de residencia al extranjero que como causa de extinción de la prestación se contempla en el art. 213.1 g) LGSS, si bien no se ha establecido una línea divisoria por el legislador de Seguridad Social entre estancia y residencia, de una interpretación sistemática del art. 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y art. 64.1 c) Reglamento Comunitario 883/2004 que determina que la residencia temporal se distingue de la estancia empezando a partir de los 90 días de permanencia, a ello habrá de estarse –de este modo en realidad se está rectificando las STS 22-11-2011 y 17-01-2012

2.-En relación con la obligación de comunicación de las ausencias del territorio español, ésta debe realizarse ex ante (para salida programada) o ex post (en caso de circunstancias sobrevenidas), produciéndose una suspensión o pérdida temporal del derecho a la prestación de desempleo correspondiente a los días de estancia en el extranjero no comunicada;

3.-En relación a la posibilidad de mantener la prestación por desempleo durante el periodo de 15 días de estancia en el extranjero previsto en el art. 6.3 RD 625/1985, si ésta ha sido puntualmente comunicada a la Administración española, no supone ni suspensión ni extinción de la prestación por desempleo, ya que se trata de un supuesto equiparable a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado que permite la conciliación de la vida personal y profesional del beneficiario de la prestación.

En definitiva, reitera la Sala IV que se mantendrá la prestación por desempleo en supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días al año, por una sola vez, y cuando el desplazamiento se haya comunicado en tiempo oportuno, por el contrario se extinguirá, en supuestos de desplazamiento al extranjero por más de 90 días que según la legislación de extranjería supone el paso de la estancia a la residencia temporal, y por último, la prestación se suspenderá en los supuestos previstos en el art. 6.3 RD 625/1985 o cuando se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora pero con causa.

10.1.3.-Incompatibilidad con salarios de tramitación

En STS 22-09-2009 (Rc. 3856/08), se falló en el sentido de que cuando no se comunicaba por quien estaba percibiendo prestación por desempleo al por entonces INEM, la existencia de un título que daba lugar al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia era el cese en el percibo de las prestaciones y la devolución de las percibidas.

Dicha doctrina se rectifica por STS 01-02-2011 (Rc. 4120/09) dictada en Sala General (que contiene voto particular que suscriben 4 Magistrados), y STS 21-03-2011 (Rc. 1187/2010), según la cual, si bien incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia de un título en virtud del cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación (en el supuesto enjuiciado una sentencia por la que se declara la improcedencia del despido y el derecho al percibo de salarios de tramitación), la consecuencia de dicho incumplimiento no debe extenderse a la devolución

íntegra de la totalidad de la prestación cuando durante el percibo de la misma existía una situación de desempleo protegida no incompatible; es decir, sólo cabría la devolución de lo percibido indebidamente desde la fecha de notificación de la sentencia por la que se condeno al pago de salarios de tramitación.

La argumentación de la Sala es que el despido en sí mismo determina la existencia de situación de desempleo y derecho al percibo de la correspondiente prestación, y si después del reconocimiento inicial del derecho a la prestación se plantea demanda por despido que termina con una sentencia o acta de conciliación en la que se obliga al pago de salarios de tramitación, el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo no se produce una vez finalizado el periodo a que corresponden los salarios de tramitación, sino desde el despido (porque la prestación por desempleo no es doble, sino una sola que nace con la extinción del contrato de trabajo), sobre la que se deben proyectar las vicisitudes que puedan surgir con posterioridad, y que llevan a que la devolución sólo proceda respecto de los periodos incompatibles.

Pues bien, dicha doctrina se reitera, respecto del periodo examinado, en **STS 02-07-2013 (Rc. 2391/12)**, en la que se invocó la anterior como sentencia de contraste.

Por su parte, y ante un supuesto del apartado b) del art. 209.5 LGSS, y en relación a quien corresponde devolver lo percibido por desempleo cuando el trabajador fue despedido improcedentemente, se abonaron salarios de tramitación y la empresa optó por la readmisión, si a la empresa o al trabajador, la Sala IV, siguiendo la jurisprudencia en relación con el art. 209.5 a) LGSS (supuestos de despidos improcedentes en los que se opta por la indemnización), en particular, STS (Pleno) 19-09-2011 (Rc. 4272/10), y STS 01-02-2010 (Rc. 4120/09) que rectificaba la doctrina de la STS de 22-07-2009 (Rc. 3856/08) para considerar que corresponde al trabajador devolver las prestaciones coincidentes con los salarios de tramitación ya que le corresponde a él comunicar dicha situación al SPEE, declara, en **SSTS 14-02-2012 (Rc. 765/11)**, y **22-01-2014 (Rc. 704/2013)**, que corresponde la devolución a la empresa y no al trabajador cuando las prestaciones percibidas por el trabajador no superen el importe de los salarios de tramitación.

En el mismo sentido, la **STS 27-03-2013 (Rc. 1837/2012)**, resume la forma de devolución de la prestación por desempleo cuando indica que existe una obligación del trabajador de comunicar al SPEE la obtención de salarios de tramitación cuando está percibiendo prestaciones por desempleo, correspondiendo a él devolver las prestaciones coincidentes con los salarios de tramitación, ahora bien, cuando los salarios de tramitación no se han percibido efectivamente (por insolvencia de la empresa o cualquier otra circunstancia, como por ejemplo que no se ha abonado por el FOGASA), corresponde a la empresa ingresar las prestaciones descontándolas de los salarios, siendo obligación del trabajador devolver la diferencia entre salarios de tramitación y prestación coincidente con dichos salarios, cuando ésta sea superior a la prestación que la empresa haya podido descontar de los salarios que efectivamente se perciban por el trabajador.

10.2.-Nivel asistencial: determinación de la carencia de rentas

Ante un supuesto en que la actora, beneficiaria del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, vio extinguido el mismo –y reclamadas en cuanto que indebidas las prestaciones percibidas- como consecuencia de las ganancias patrimoniales logradas puntualmente por la venta de fondos de inversión de los que era titular junto con su marido, habiendo presentado la actora declaración de IRPF en que constaban las mismas, la Sala IV, siguiendo lo dispuesto en la STS 28-10-2010 (Rc. 706/10), reitera, en **STS 28-05-2013 (Rc. 2752/12)** que no procede dicha extinción ni la reclamación de prestaciones en cuanto que indebidas, ya que la obtención de rentas superiores a las exigidas para tener derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años por un tiempo que no alcanza los 12 meses, supone suspensión del subsidio que podrá reanudarse en el momento en que se acredite de nuevo la carencia de rentas, pero no extinción del mismo que sólo puede producirse cuando la superación del límite legal afecta a un periodo de 12 meses continuados y no cuando las rentas corresponden a un único pago percibido en un mes concreto.

Además en relación con un beneficiario del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que vio extinguido el mismo –y reclamadas en cuanto que indebidas las prestaciones percibidas- como consecuencia de las ganancias patrimoniales logradas puntualmente –por la venta de fondos de inversiones, paquetes de acciones, etc.-, habiendo presentado declaración de IRPF en que constaban las mismas, la Sala IV, siguiendo lo dispuesto en la STS 28-10-2010 (Rc. 706/10), en **SSTS 28-05-2013 (Rc. 2752/12) y 25-03-2014 (Rc. 1740/13)**, falla en el sentido de que no procede dicha extinción ni la reclamación de prestaciones en cuanto que indebidas, ya que la obtención de rentas superiores a las exigidas para tener derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años por un tiempo que no alcanza los 12 meses, supone suspensión del subsidio que podrá reanudarse en el momento en que se acredite de nuevo la carencia de rentas, pero no extinción del mismo que sólo puede producirse cuando la superación del límite legal afecta a un periodo de 12 meses continuados, y no cuando las rentas corresponden a un único pago percibido en un mes concreto.

11.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN: ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La **STS 02-10-2013 (Rc. 3123/12)**, resuelve la cuestión de cómo se acredita la condición de víctima de violencia de género a efectos de la inclusión en el programa de renta activa de inserción (en el que se prevén diversas ayudas), regulado por el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, y en particular, si la acreditación se realiza mediante la orden de protección a favor de la víctima y excepcionalmente a través del informe del Ministerio Fiscal, o por el contrario, será posible acreditar dicha condición por aplicación analógica de lo establecido en el art. 3.2 b) RD 1917/2008, de 21 de noviembre por el que se

aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género, que determina que la acreditación se realizará:

1.-A través de sentencia condenatoria;

2.-A través de resolución judicial que hubiere acordado medidas cautelares para la protección de la víctima;

3.-A través de la orden de protección acordada a favor de la víctima o, excepcionalmente,

4.-Mediante el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

La actora había obtenido un Auto del Juzgado de violencia sobre la mujer confirmado por otro de la Audiencia Provincial, que declaró no haber lugar a dictar orden de protección integral a favor de la actora, aunque prohibiéndose al denunciado aproximarse a ella a menos de 300 metros y comunicarse de cualquier modo, pero no disponía de la orden de protección que regula el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

La Sala IV, en la mencionada **STS 02-10-2013 (Rc. 3123/12)**, falla en el sentido de que puesto que el art. 23 LO 1/200 no incluye a la renta activa de inserción, habrá de estarse a lo que disponga la normativa que la regula, sirviendo analógicamente los medios de acreditación que se contemplan en el RD 1917/2008, de 21 de noviembre.

III.- DERECHO PROCESAL LABORAL

1. Competencia del orden social

1.1. Competencia judicial internacional

Decide la **STS 30-12-13 (Rc 930/13)** sobre la potencial competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda de despido de un trabajador que prestaba servicios para Workforce International Contractors Limited (WFI), como auxiliar de cabina, iniciándose su relación en 2007 para trabajar en las aeronaves de la empresa Ryanair con base en Madrid, con segundo y tercer contrato temporal con WFI para prestar servicios para Ryanair en las aeronaves con base en el Aeropuerto de Oslo, con cláusula de remisión a la legislación de la República de Irlanda y a los tribunales de ese país. El trabajador es despedido disciplinariamente y demanda ante los tribunales españoles alegando que tiene su domicilio en Madrid, a donde acude los días de libranza, aunque tiene su residencia en Oslo, la empresa WFI tiene el domicilio en Irlanda y carece de oficinas en España; y Ryanair tiene su domicilio en Dublín, pero tiene una oficina abierta en el Aeropuerto de Madrid-Barajas.

La Sala, tras recordar que la cuestión de competencia debe resolverse incluso de oficio, comienza por revisar las reglas de competencia internacional, y su ordenación en base al principio de jerarquía y prioridad, que hace que deba aplicarse con prioridad la normativa internacional europea y sólo en su defecto al derecho autónomo (interno) --art. 25 LOPJ--. Lo que supone la aplicación al caso de autos del Reglamento CE 44/2001, que consagra el “domicilio” como la determinante de la propia aplicación del Reglamento; y para concretar los tribunales de qué Estado deben conocer de la controversia laboral, distinguiendo, cuando el empresario es el demandado, entre los supuestos en los que el empresario tenga o no su domicilio en un Estado miembro (art. 18 y 19.1), estableciendo en este último caso una excepción a la regla general conforme a la cual si falta domicilio en un Estado miembro la competencia judicial se determinará conforme a las reglas internas del Estado; y, por otra parte, para determinar la posibilidad de que el trabajador (no el empresario demandante) pueda demandar ante los tribunales de un Estado miembro “más favorables a sus intereses” (presumiblemente el del lugar de cumplimiento de su prestación de servicios), distintos al del domicilio del empleador, si concurren las reglas de conexión que establecen (lugar de desempeño habitual del trabajo, último lugar de desempeño del trabajo o, en supuestos especiales, los del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador) (arg. ex art. 19.2 en relación art. 5.1).

En la medida en que ninguna de las demandadas tiene en España su domicilio, resulta imposible declarar por esta regla la competencia de los tribunales nacionales. Conclusión que no se altera por el argumento del trabajador de que la competencia nacional puede resultar de tener Ryanair unas oficinas, establecimiento abierto o base (“oficina abierta”) en España, en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, porque el concepto de domicilio que se establece en el Reglamento CE 44/2001 art. 60 cuando el demandado sea una sociedad o una persona jurídica, alude a la sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal –condición que no puede atribuirse a una oficina abierta--. Y la previsión que en materia de contrato de trabajo asimila al “domicilio” a la sucursal, agencia, o cualquier otro establecimiento --art. 18 Reglamento CE 44/2001—sólo resulta de aplicación cuando el empresario no tuviere su domicilio en un Estado miembro, lo que como se ha venido diciendo no acontece en el caso de autos.

Pero también la Sala rechaza atribuir competencia a los tribunales nacionales a través de los foros especiales por razón de la materia que, como se sabe, en el ámbito laboral remiten al Estado de prestación habitual de servicios o del último lugar en que lo hubiere desempeñado o donde hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador. No en vano, tratándose de un trabajador que ha prestado sus servicios “habitualmente” en un único Estado, estos han tenido lugar en Noruega, que es donde el trabajador prestó sus servicios desde el 3-3-10 hasta su despido el día 17-1-11.

Así las cosas, el actor pudo elegir entre los tribunales del Estado donde las codemandadas tienen su domicilio, o el del lugar habitual de su prestación de servicios, o el del último lugar donde lo hizo ("ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado"), pero en ningún caso en España, por no concurrir en territorio nacional ninguna de las circunstancias señaladas.

1.2. Incompetencia del orden social. Ley de dependencia

Resultan de particular relevancia las **STS 17-9-13 (Rc 2212/12)**, **14-1-14 (Rc 1115/13)**, **25-2-14 (Rc. 1142/13)** y **12-3-14 (Rc. 1474/13)**, que atribuyen al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción la competencia para conocer de las reclamaciones derivadas de la ley de dependencia, tanto si la demanda se presenta antes como después de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, RJS, en cumplimiento de su DF 7ª. No debe olvidarse en este sentido, que la DF 7ª LRJS dilata y pospone la entrada en vigor de su art. 2.o), de lo que se deduce tácitamente que el contencioso administrativo había sido el competente hasta entonces, atribuyéndose después al conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social a partir de la fecha que se fije "en una ulterior Ley, cuyo Proyecto deberá remitir el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años, teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias". En otras palabras, mientras esta norma no vea la luz la competencia continúa correspondiendo al orden contencioso-administrativo.

1.3. Procedimiento de conflicto colectivo. Competencia

La **STS 6-7-13 (Rc 2821/12)** atribuye competencia a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el proceso de conflicto colectivo formulado por el comité de empresa de uno de los centros de trabajo de la empresa para que se reconociese a los trabajadores lo establecido en el Cc Nacional de Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas 2009-2010 en lo relativo al abono de los cuatrienios a los empleados con reducción de jornada por guarda legal. Como sostiene la Sala en la medida en que la comercial disponía de otro centro de trabajo en otra Comunidad, en el que tres trabajadoras tenían reducción de jornada por cuidado de menor, aunque no consta que la misma práctica interpretativa se siguiese en ese otro centro de trabajo, como no se ha acreditado que la cuestión suscitada quedase restringida al ámbito del centro de trabajo de los representantes que formularon la demanda, al estar ambos centros de trabajo en Comunidades diferentes la competencia corresponde a la AN.

Por su parte, la **STS 21-5-13 (Rc. 53/12)** niega que sea competente la Audiencia Nacional para conocer de una demanda de conflicto colectivo planteada frente a la empresa Zardoya Otis SA, que publicó nota de régimen interno informando que la jornada comenzaba cuando los trabajadores se encontraran en su puesto de trabajo y no en el centro de trabajo, debiendo cambiarse de ropa antes o después de iniciarse o finalizar la jornada. La demanda se formula por el comité de empresa de Asturias pretendiendo que se declarara nula la decisión y se mantuviera como condición más beneficiosa

colectiva que la jornada se computara en los centros de trabajo y no en los puestos de trabajo. La Sala limita el litigio al ámbito de la Comunidad Autónoma al promover el conflicto el comité de empresa de Asturias, con efectos limitados a Asturias, con independencia de que la empresa tenga otros centros de trabajo en Cantabria. Por lo demás, la resolución también declara adecuado el proceso de conflicto colectivo, por cuanto la pretensión es genérica (continuar disfrutando del régimen anterior vigente durante más de 30 años), y además la demanda se presentó el 13-2-2012 y el art. 153.1 LRJS acoge en dicho proceso las modificaciones colectivas de condiciones de trabajo.

1.4. Proceso de conflicto colectivo y competencia del orden social

El orden social de la jurisdicción es competente, según sostiene la **STS 5-2-14 (Rc cas ord 111/12)**, para conocer sobre la vigencia del convenio colectivo y su derogación parcial por Pacto de Interlocución alcanzado entre la Administración autonómica y varios sindicatos, pues no se trata de conocer de los pactos o acuerdos de la Administraciones Públicas en los términos del art 3 e) LRJS sino tan solo de interpretar, a los meros efectos prejudiciales, el contenido de una disposición derogatoria. No en vano, es el núcleo de intereses afectados el que determina la jurisdicción que ha de resultar competente y en este caso dichos intereses son de exclusivo carácter laboral.

1.5. Impugnación de sanción

La **STS 8-7-13 (Rc impugnación actuaciones administrativas 1/2012)** declara la incompetencia del orden social para el conocimiento de una impugnación de una sanción porque el conocimiento de los actos en materia sancionadora u otros «... de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral ...» (art. 2.n) dictados por el Consejo de Ministros (art. 9 a.) sólo corresponde al orden social respecto de sanciones impuestas tras la entrada en vigor de la LRJS (lo que sucedió el 11-12-11), y en el caso de autos databa de agosto de 2011. No en vano, la DT4 de la norma fija como elemento de atribución de la competencia el momento en que se dicta la resolución del Consejo de Ministros. Es cierto que en este caso la parte impugnó el Acuerdo ante la jurisdicción Contencioso-administrativa, una vez que se entendió desestimado por el transcurso de un mes sin resolución expresa el recurso de reposición previo al contencioso interpuesto el 27-10-11, y ese recurso de reposición facultativo se resolvió de manera expresa por nuevo Acuerdo del Consejo de Ministros de 18-5-12, desestimándose íntegramente y confirmando en su totalidad la decisión anterior, con la particularidad de que en este segundo Acuerdo se indicaba a la parte recurrente que frente al mismo cabía su impugnación ante el orden jurisdiccional social, por aplicación de la LRJS art. 9.a). No obstante, como aclara la sentencia ahora comentada si bien en el momento de resolverse el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo ya se encontraba en pleno vigor la LRJS, en realidad el Acuerdo verdaderamente impugnado databa de agosto de 2.011, y la resolución del recurso de reposición ratificando íntegramente un acto administrativo que había ya puesto fin a la vía administrativa, dado su carácter meramente instrumental, no tiene autonomía propia a efectos de su impugnación en un proceso

diferente, ni puede proyectar sus efectos autónomos sobre la atribución de la competencia, que correspondía al orden contencioso-administrativo, que ya venía conociendo a través del oportuno recurso, la impugnación del Acuerdo originario del Consejo de Ministros.

Tampoco se declara competente la Sala para el conocimiento del proceso en el que trae causa la **STS 28-10-13 Impugnación actos de la Administración 3/12**, en el que la empresa impugnaba la decisión del Consejo de Ministros de 11-5-2012, confirmada en vía administrativa el 21-9-2012, por la que se le imponía una sanción pecuniaria como consecuencia de un Acta de Infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por el impago de cuotas a la Seguridad Social en el periodo de 1-8-2009 a 30-6-2011. La parte impugnante alega que la sanción posee mero fin recaudatorio, sin que suponga garantía de cobro de la deuda pues aboca a la empresa al cierre debido a su situación económica (pretende su nulidad de pleno derecho con base en el art. 62.1.c) LRJPADC). Argumento que la Sala rechaza al entender que el supuesto contemplado es de los incardinados en el apartado f) del artículo 3 LRJS y por tanto en la excepción a las reglas de competencia establecidas en el artículo 2.n) y 9.a) de la citada norma procesal. Tesis que en idéntico sentido se mantiene en las **STS 21-1-14 impugnación actos de la Administración 2/12**.

Por su parte, la **STS 9-12-13 (Rc 71/13)** niega el acceso a casación, por situarse la sanción impugnada por debajo del umbral legal del art. 206.1.a) LGSS (150.000 €), a una impugnación de sanción de 25.000 € impuesta en junio de 2011 por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, y confirmada en mayo de 2012 por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. No en vano, el art. 2 LRJS incorporó la competencia del orden social en materia de «impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a Derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social», pero el art. 206.1.a de este mismo cuerpo normativo exceptuó de la recurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia –y de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional–, los «actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social ... que sean susceptibles de valoración económica cuando la cuantía litigiosa no exceda de 150.000 €». Y en el caso de autos la sanción impuesta a la empresa únicamente ascendía a 25.000 €. Regla que reitera la **STS 26-2-14 (Rc 117/13)**.

1.6. Impugnación de convenios. Competencia territorial

Particular consideración merece la **STS 25-11-13 (Rc 23/13)** dictada en proceso de conflicto colectivo, que declara de oficio la falta de competencia objetiva de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, remitiendo la competencia al TSJ de Andalucía. En este caso se impugnaba el Convenio Colectivo de la empresa Top-Room SL., que cuando se suscribió tenía un único centro de trabajo, aunque el convenio se autoproclamaba de ámbito estatal. Con posterioridad a su suscripción se procedió a la apertura de un nuevo centro de trabajo en otra localidad, pero en la misma Comunidad Autónoma –

Andalucía--. Entiende la Sala que el ámbito del conflicto no se extiende a todo el territorio nacional, sino únicamente a los lugares en los que la empresa tiene en la actualidad centros de trabajo --Córdoba y Sevilla--, por lo que la AN carece de competencia ex art. 8.1 h) LRJS, debiendo al efecto estar al ámbito de afectación real del conflicto y no a la consideración como convenio de ámbito estatal.

1.7. Ejecución de un aval

La **STS 14-10-13 (Rc 2668/12)** da respuesta al interrogante de cuál es la jurisdicción competente para, en ejecución de sentencia, acordar la efectividad del aval prestado a fin de garantizar la ejecución contra la que se recurrió en suplicación, cuando esta sentencia deviene firme en un momento en el que la empleadora se encuentra en concurso de acreedores. Conviene tener presente que, en este caso, se había declarado la improcedencia del despido del demandante y la empresa presentó aval solidario para recurrir en suplicación, recurso que, finalmente, fue desestimado. Firme la sentencia de instancia, se instó su ejecución y la del aval prestado para recurrir, habida cuenta que la empresa durante la tramitación del recurso de suplicación había sido declarada en concurso de acreedores. En las instancias previas se considera que la declaración de concurso deriva la competencia al Juzgado Mercantil del concurso ex art. 55 Ley 38/2011 y art. 235.5 LPL –aplicable por cuestiones temporales al caso--. Criterio que no comparte la resolución glosada, que está a la doctrina enunciada en las sentencias de 11-12-2012 Recs 440/12 y 782/12, en las que se atribuyó competencia a la jurisdicción social para resolver sobre el destino de la cantidad consignada en metálico para recurrir en suplicación.

Reiterando la señalada doctrina, que por lo demás es acorde con jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional y de la Sala IV Tribunal Supremo, advierte la Sala que la consignación de la cantidad objeto de la condena ordenada por el juez de instancia en el proceso social cumple una finalidad de garantía de percepción, por parte del trabajador o por parte del beneficiario de prestaciones de Seguridad Social, de la deuda contraída por las personas o las entidades condenadas; de ahí que pueda “sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito” (art. 230.1 LRJS, que aclara la redacción de la art. 228 LPL), y su finalidad es disuadir al litigante vencido en la instancia de posibles maniobras dilatorias, al tiempo que reforzar la posición procesal del trabajador, litigante más débil en el supuesto de que el empresario haya decidido hacer uso de su derecho de recurso. Y por ello cuando se cumple la condición de la que depende su eficacia, ésta se produce *ex tunc*, desde el momento en que fue reconocido, y no *ex nunc*, desde el momento en que la sentencia desestimatoria del recurso y/o confirmatoria de la sentencia anterior hace desaparecer el obstáculo que impedía su pleno despliegue o desarrollo.

Así las cosas, cuando la ley concursal se refiere a la “ejecución” lo hace en el sentido técnico de proceso o procedimiento ejecutivo, de modo como la consignación es precisamente una cautela para prevenir y evitar tal proceso ejecutivo haciendo disponible de manera inmediata para el litigante que vence

en juicio el derecho reconocido, hay que entender que lo que la Ley indicada impone, y «debe aplicarse declinando la competencia del orden jurisdiccional social, es, como dice el propio artículo 55 de dicha Ley, “iniciar” “ejecuciones singulares”, pero no entregar una cantidad que había salido del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso».

En base a lo dicho, la Sala declara la competencia del orden social en el caso estudiado porque la ejecución no se dirige contra bienes del concursado, sino de un tercero que se comprometió en firme a pagar solidariamente con el avalado, acuerdo cuya validez no se discute. Sin que a tal conclusión obste el que la ejecución del aval suponga un incremento del pasivo de la concursada, porque ello no puede justificar ni la paralización de esa ejecución, ni la atribución de la competencia al juez mercantil, al no existir norma legal que así lo disponga y porque el ejecutante es titular de un crédito reconocido por sentencia cuya efectividad dependía de la firmeza de la misma y estaba garantizada por un aval, gracias al que se había impedido que aquella sentencia ganase firmeza y fuese ejecutada antes de la declaración del concurso.

1.8. Competencia del orden social en cuestiones prejudiciales administrativas –*obiter dicta*--

Aunque en ellas se aprecia falta de contradicción, las **STS 28-10-13 (Rc 3252/12)**, **14-10-13 (Rc 3287/12)**, **22-10-13 (Rc 3291/12)**, **14-4-14 (Rc 1797/13)**, merecen una mención segregada en la medida en que en ellas se contiene una advertencia relevante sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer, siquiera prejudicialmente, sobre la validez de un acuerdo de modificación de una relación de puestos de trabajo, con posterior amortización de parte de ellos, cuestión suscitada a propósito de la impugnación de los despidos de trabajadores indefinidos no fijos llevados a cabo por el Ayuntamiento de Parla.

Se mantiene en dichas resoluciones lo que sigue: «aunque hipotéticamente no se entendiera exigible en este supuesto la contradicción, -- invocando, lo que no hace el recurrente, el que por esta Sala se haya aceptado su excepcional inexigibilidad entendiendo que afectaba al orden público, en especial en materias de competencia funcional (entre otras, SSTS/IV 3-octubre-2003 –rcud 1011/2003 y 30-octubre-2012 –rcud 2827/2011) --, se llegaría a la misma conclusión, puesto que la solución adoptada en este punto por la sentencia recurrida es la jurídicamente correcta, y acorde con la jurisprudencia de esta Sala, sobre el conocimiento prejudicial del orden social de las cuestiones contencioso-administrativas, pues como recuerda, entre otras, las STS/IV 27-febrero-2012 (rcud 3264/2010, Sala General con voto particular) “En el presente recurso, -- y a diferencia, en su caso, de lo planteado en otros análogos que han sido resueltos por la Sala ... --, no se plantea la problemática de si como presupuesto necesario para decidir sobre la validez de la extinción contractual, corresponde al orden jurisdicción social, con base en la atribución competencial para el conocimiento de las cuestiones prejudiciales administrativas que efectúa el art. 4.1 LPL, determinar si la referida amortización se ha efectuado por el procedimiento legal o reglamentariamente

establecido. Extremo que ya resolvió esta Sala afirmativamente en su STS/IV 10-julio-2000 (rcud 4145/1998, Sala General), -- seguida, entre otras, por las SSTs/IV 12-febrero-2001, 2 y 10-abril-2001 y 7-noviembre-2001 --, en la que se establecía, esquemáticamente, que ´es incorrecta la doctrina de la sentencia de contraste al sostener que, para declarar la procedencia del cese, basta con comprobar ´la veracidad de la amortización de la plaza´, refiriéndose con esa expresión a que el órgano judicial social sólo debe cerciorarse de que la amortización ha quedado constatada documentalmente´ y que ´para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización».

1.9. Legitimación activa para impugnar el Convenio Colectivo para el personal laboral

La **STS 11-2-14 (Rc 742/13)** declara que los demandantes, funcionarios de carrera del Ayuntamiento de Galdar, tienen legitimación activa para impugnar, por lesividad, parte del convenio colectivo para el personal laboral de dicho Ayuntamiento, que establece un proceso de funcionarización para dicho personal. Según razona la Sala tienen la condición de “terceros” y la previsión convencional impugnada afecta a sus intereses profesionales.

2. Cuestiones de común aplicación al procedimiento

2.1. Reconvención anunciada en el acto de conciliación previa. Prescripción

La **STS 26-6-13 (Rc 1161/2012)**, declara no prescrita la acción de reconvención formulada en el acto de conciliación por la empresa ante la demanda en reclamación de cantidad presentada por el trabajador cuando se celebra el juicio transcurrido más de un año desde que se intentó la conciliación sin efecto. No hay que olvidar, al efecto, que la reconvención es una institución que despliega sus efectos en el marco del mismo proceso, generando una forma específica de acumulación, que la doctrina científica ha tenido a bien considerar una modalidad de “acumulación sucesiva por inserción de pretensiones”, que produce “la consecuencia esencial de que haya varias pretensiones en un solo proceso”, como efecto común a toda acumulación. Y como la reconvención debe anunciarse en la conciliación previa al proceso (art. 85.2 LPL), merece similar tratamiento a la formulación de una demandada, produciéndose una acumulación de pretensiones –demanda y reconvención– de la que deriva una unidad procesal, que conlleva que la reconvención haya de correr la suerte de la demanda.

De modo que si la demanda finalmente se interpone tras el fracaso de la conciliación, la reconvención entra igualmente en el proceso, y el efecto interruptivo de la demanda le beneficia. Es decir, si en el acto administrativo de conciliación se planteó la reconvención expresando los hechos en que se fundaba y concretando lo pedido, el trabajador no puede considerar que la

empresa había abandonado su derecho por no formular una reclamación independiente.

La sentencia tiene un extenso voto particular en el que se mantiene doctrina diversa.

La **STS 3-3-14 (Rc 986/13)** reitera esta doctrina.

2.2. Efecto de cosa juzgada del salario fijado en la sentencia de despido respecto de reclamaciones posteriores de cantidad

La **STS 17-10-13 (Rc 3076/12)** es una resolución harto importante, en la medida en que se reconoce efecto de cosa juzgada a la cantidad fijada como salario en la sentencia de despido a efectos de reclamaciones posteriores de cantidad. Según advierte la sentencia, los efectos preclusivos de la cosa juzgada se extienden tanto a los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso previo como a los que en él hubieran podido alegarse.

2.3. Ejecución de sentencia de despido. Incidente de tercería de dominio. Falta de acción de las fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa

El art. 258 LPL dispone que el tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados, adquiridos con anterioridad a la traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el órgano jurisdiccional social que conozca de la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado, alzando en su caso el embargo. No obstante, la **STS 23-4-13 (Rc 1783/12)** niega a las fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa acción para iniciar un incidente de tercería de dominio respecto de la ejecución forzosa de una sentencia de despido, en un caso en el solicitada la ejecución de la sentencia firme de despido, se dictó auto acordando su ejecución forzosa y decretándose el embargo de bienes en cantidad suficiente para cubrir lo adeudado, resultando embargada una cuenta bancaria de titularidad de la empresa. Posteriormente las fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa formularon escrito planteando tercería de dominio respecto de las cantidades que pudieran ingresar en el futuro en la mencionada cuenta bancaria con el fin de amortizar el préstamo, desestimándose la tercería de dominio, pues lo que se pretende es dejar sin efecto las cantidades futuras que se depositen en la cuenta embargada, y ello no implica el dominio actual sobre tales cantidades, sino una expectativa de futuro. En síntesis, la tercería no puede amparar una acción “ad cautelam” o preventiva de futuro respecto a las cantidades que pudieran ingresarse en la referida cuenta bancaria.

2.4. Falta de acción de las fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa.

La **STS 23-04-13 (Rc. 1783/2012)** resuelve la falta de acción para plantear tercería de dominio respecto de las dos fiadoras de un préstamo hipotecario concedido a la empresa demandada y ahora ejecutada de cuyos

administradores resultan ser sus esposas, casadas en régimen de separación de bienes; y todo ello por que no consta que se haya trabado bien alguna titularidad de las recurrentes, por lo que carecen de acción para reclamar el alzamiento interesado; y sin que por otro lado, constase que hubieran ingresado cantidad alguna en la cuenta de la empresa de sus esposos embargada en el proceso de ejecución, planteándose en definitiva una acción “ad cautelam” o preventiva de futuro respecto a las cantidades que pudieran ingresarse en la referida cuenta bancaria; situación que – sin negar que cualquier tercero tiene acción para pedir el levantamiento del embargo realizado sobre un bien propio- no tiene encaje en la acción de tercería de dominio ejercitada.

2.5. Intereses procesales del art. 576 LECv

Según entiende la Sala en las **STS 4-7-13 (Rc 2192/12)**, **11-7-13 (Rc 2145/12)** y **13-11-13 (Rc 2541/12)**, los intereses del art. 576.1 LECV, que por el juego de su apartado 3 rige también en el orden social, no proceden en un litigio de plan de pensiones donde la sentencia de instancia contiene una condena alternativa a la “movilización” o el “rescate” del plan, ya que uno de los términos de la condena es una obligación de hacer y no de dar una cantidad líquida --la movilización de un plan de pensiones tiene por objeto una obligación de hacer y no una obligación de dar dinero--. No en vano, en estos casos el título ejecutivo ya incluía la actualización del fondo “hasta que se hicieran efectivos los derechos de rescate y movilización”, es decir, hasta el momento final de liquidación de lo adeudado, por lo que si el actor lucrara además los intereses procesales por el período transcurrido entre la constitución originaria del título (la sentencia de instancia) y dicha liquidación final, ello “podría significar un enriquecimiento injusto” pues, como ya afirmaba el Auto de ejecución, “el rendimiento financiero derivado de la actualización que incluía el pronunciamiento de condena resarce sobradamente al demandante, pues durante todo el tiempo el importe a su favor reconocido ha sido productivo”.

Solución que, es preciso advertir, no coincide con la que se contiene en la **STS 10-12-13 (Rc 554/13)** –que está a lo dicho en STS 5-11-12 (Rc 390/12)-, porque en este otro caso se parte de la situación inversa, en la que no se produce tal solapamiento, ni tal enriquecimiento injusto.

De otro lado y en relación con estos concretos intereses, la **STS 16-10-13 (Rc 874/13)**, aclara que en ejecución de conciliación en procedimiento de despido frente a un Ayuntamiento, la liquidación debe incluir el incremento de dos puntos establecido en el precepto aquí analizado porque en el concepto “Haciendas Públicas” no se halla comprendida la Hacienda Local [en el mismo sentido, las STS 24-9-03 (Rc 3969/02), 6-11-93 (Rc 398/1992)].

Por su parte, la interesante **STS 5-5-14 (Rc. 1680/13)** resuelve la doble cuestión de si la presentación de aval bancario por parte de la empresa condenada en causa por despido enerva los intereses procesales que ex art. 576 LECiv son debidos desde la fecha de la sentencia definitiva; y si procede la

imposición de costas *ex art.* 239.3 LRJS, pese a que antes de la solicitud de parte instando la ejecución ya la parte condenada al pago había manifestado su voluntad de que se procediese a ejecutar el referido aval.

Para resolver la primera cuestión suscitada, comienza la Sala por recordar que estos intereses procesales cumplen una doble función, a saber: resarcir en sentido amplio el perjuicio que para quien ha vencido en el juicio se deriva de «la demora en ejecución de una sentencia judicial favorable» (STS 21-2-90), y de otra disuadir de la interposición de recursos infundados (STS 7-2-94 Rc. 1398/93). Y su generación procede, «*ope legis*», en todo tipo de resoluciones judiciales en las que se condene al pago de una cantidad líquida. De otro lado, la consignación para recurrir o el sustitutorio aval bancario protege al trabajador, parte más débil de la relación de trabajo, no disminuyendo su tutela y derecho al percibo de lo debido, con el fácil acceso a recursos dilatorios de la contraparte.

Siendo las finalidades descritas las que persigue el legislador con las instituciones señaladas –intereses y consignación–, entiende la Sala que las mismas no se garantizan con el simple aseguramiento, por lo que la obligación legal de abonar intereses solamente se paraliza con el abono del principal o con su equivalente consignación judicial, pero no con el aval bancario constituido para recurrir, como tampoco con la exclusiva manifestación de que «se dé cumplimiento a la condena» con cargo al indicado aval, puesto que los intereses procesales operan objetivamente y prescinden de todo contenido volitivo ajeno a la literalidad del comentado art. 576 LECiv.

Tesis que avala igualmente la imposición de costas –segunda cuestión planteada– porque la exoneración de ellas hubiese requerido –conforme al art. 239.3 LRJS– que «dentro del plazo de los veinte días siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia», se hubiesen satisfecho no sólo «en su integridad» la obligación en aquélla establecida, sino también «los intereses procesales si procedieran», y ni el aval ni la simple manifestación de parte respecto de que se proceda a ejecutar con cargo a él, equivalen al cumplimiento de la obligación judicialmente impuesta, y tampoco exoneran del abono de los correspondientes intereses, por lo que las costas se imponen también de forma absolutamente objetiva y prescindiendo de cualquier componente intencional.

2.6. Extensión de la condena solidaria a los intereses de la empresa condenada por primera vez en suplicación

De particular interés resulta la **STS 30-10-13 (Rc 632/13)**, que impone a una empresa condenada por primera vez en suplicación los intereses desde la fecha de la sentencia de instancia –en la línea de la STS 28-11-03 (Rc 709/03)–. Al efecto, razona la sentencia que «el interés legal del dinero debe aplicarse al sucesor, porque la atribución de la responsabilidad solidaria a éste no tiene en cuenta la valoración de su conducta en orden al cumplimiento de la correspondiente obligación, sino que opera como una garantía objetiva del crédito de los trabajadores existente frente al primer empresario [...] Por ello, el interés legal del dinero debe abonarse por el sucesor desde que la obligación fue reconocida judicialmente con independencia de que en ese momento aquél

hubiera tenido o no entrada en el proceso, pues aquí juega plenamente la garantía sustantiva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, dado que el interés es sólo la actualización del valor económico del crédito reconocido a favor del trabajador».

2.7. No procede condena en costas a demandante cuya condición de trabajador no se admite

El beneficio de justicia gratuita, según ha entendido la Sala en **STS 4-12-13 (Rc 2673/12)**, alcanza igualmente a quien demanda con la pretensión de que su relación se declare laboral, aunque la misma no sea estimada. En realidad ya se había sostenido así en el ATS 14-3-01 (Rc 4129/2000), si bien a propósito de la exención de la obligación de depósito respecto de quien discutía si tenía la condición de trabajador o de personal estatutario (en interpretación del art. 227 LPL), advirtiendo entonces la Sala que «El beneficio, al menos en el orden social, no lo disfruta quien real y actualmente tenga la condición de trabajador, sino también aquel que la postule, o la haya perdido. Lo relevante, en suma, es que se litigue en cuanto trabajador, al menos afirmadamente, bien por relación a un conflicto en que tal condición se niega, bien por referencia a otro en que esa condición es algo pasado». Doctrina que aunque de forma implícita también se sostiene en la STS 22-6-00 (Rc 1785/99).

2.8. Cosa juzgada en materia de Seguridad Social

Previo recordatorio de la doctrina de la Sala sobre el efecto de cosa juzgada--STS 3-5-10 (Rc 185/07) y 18-4-12 (Rc 163/11)--, la **STS 26-12-13 (Rc 386/13)** aplica tal efecto a una resolución firme que reconoció al actor, que prestaba servicios para una empresa dedicada a la estiba y desestiba encuadrado en el régimen general, el derecho a ser encuadrado en el régimen especial de trabajadores del mar, pero advirtiendo que «no es posible fijar los efectos del encuadramiento en el Régimen Especial del Mar desde la fecha de su ingreso en la empresa, debiendo quedar reducido dicho pronunciamiento en el derecho de los actores a estar incluidos en el Régimen Especial del Mar». Siendo éste el tenor de pronunciamiento previo, la sentencia comentada llega a la convicción de que no se puede tomar en cuenta, a efectos del cumplimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación, como afiliado al REM todo el tiempo de prestación de servicios del actor para la empresa en cuestión, sino únicamente a partir de la sentencia de instancia que reconoció que debía estar integrado en el régimen especial.

Igualmente, la **STS 12-2-14 (Rc 482/13)** aplica el efecto de cosa juzgada --esta vez de oficio: STS 22-5-11 (Rc 1582/10) y 5-6-12 (Rc 2255/11)--, de una sentencia firme que reconocía al demandante afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, con derecho a la pensión correspondiente, respecto a otra demanda en la que se interesaba la declaración de incapacidad permanente absoluta a efectos de concesión de una pensión de orfandad. Como advierte la Sala, se trata del mismo demandante, que ejercita la misma pretensión -la declaración de incapacidad permanente absoluta- aún cuando las partes intervinientes no

sean exactamente las mismas, porque esta diferencia no es relevante, en cuanto si lo son las partes obligadas –INSS y TGSS-.

2.9. Ejecución de sentencia e insolvencia empresarial

La **STS 21-11-13 (Rc 2065/12)** se pronuncia sobre la responsabilidad subsidiaria del INSS en el marco de declaraciones de concurso por insolvencia empresarial. Y lo hace recordando que la declaración de insolvencia requiere de un proceso y una resolución judicial, por lo que no están en juego sólo cuestiones que afectan al ámbito social, sino que la declaración puede derivarse también de lo resuelto en el ámbito mercantil, a través del correspondiente proceso de concurso regulado por la Ley Concursal. Lo que obliga a entender que la mera insolvencia provisional de la empresa justifica la ejecución de la obligación subsidiaria del INSS, siendo equiparable a estos efectos la declaración de concurso y la insolvencia empresarial. En otras palabras, con la declaración de concurso basta para entender que se da la insolvencia de la empresa a los efectos de la responsabilidad subsidiaria del INSS, concurriendo el requisito para el ejercicio de la acción ejecutiva frente al deudor subsidiario, acción que se sustanciará en el marco de la ejecución del proceso social, al entablarse entre el beneficiario del título ejecutivo y el INSS, ajenos ambos al concurso.

2.10. Plazo para la interposición de demanda de incidente concursal laboral

Se pronuncia la relevante **STS 24-3-14 (Rc. 1757/13)** sobre si la acción ejercitada por el trabajador demandante en incidente concursal en materia laboral está sometida al plazo de caducidad de un mes que fija el art. 64.8 de la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de junio, en su redacción vigente dada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, o bien al de prescripción de un año que señala el art. 59.1 ET para el ejercicio de "las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial". En particular, en este caso constaba que en el procedimiento concursal voluntario de la sociedad en cuestión se había aprobado un ERE en 2009, que autorizaba la extinción, entre otros, del contrato de trabajo del demandante, fijando una determinada indemnización y antigüedad. Frente a la resolución judicial que autorizó la extinción el demandante presentó incidente concursal laboral, el 30-9-10, solicitando mayor antigüedad y, consiguientemente, una mayor indemnización, pretensión desestimada por Auto del Juzgado de lo Mercantil. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, por sentencia de 10-7-12, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, razonando que el plazo para interponer la demanda de incidente concursal en materia laboral era de un mes desde que el trabajador conoció el auto del juez del concurso.

La sentencia ahora comentada recuerda que el art. 195 de la Ley Concursal regula un cauce específico para que los trabajadores que no hayan sido admitidos como parte en el expediente concursal puedan promover un incidente concursal laboral ante el juez de lo mercantil, que es el regulado en el art. 64.8 de dicha Ley concursal, en el que podrán defender sus derechos e intereses individuales y que se resolverá mediante sentencia recurrible en

suplicación. Que es el que ha planteado el demandante para discutir un aspecto concreto individual relativo a la antigüedad de su contrato. Y como este precepto no establecía, en ese momento, ningún plazo para interponer la referida demanda de incidente concursal laboral contra el Auto del juez de lo mercantil --que sí se estableció por reforma incorporada por la Ley 38/2011, con indicación expresa de que este nuevo precepto "serán de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en curso a la fecha de su entrada en vigor....[pero ello, sólo]...*para la tramitación del expediente y adopción de las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo*"--, debe aplicarse lo dispuesto en la Legislación Laboral, esto es, el plazo anual de prescripción establecido para ejercitar acciones exigiendo percepciones económicas o, en todo caso, para ejercitar acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial (art. 59.1 y 2 del ET).

3. Procesos especiales

3.1. Particularidades del proceso de conflicto colectivo

Eficacia respecto de los procesos individuales

Recuerda la **STS 24/06/2013 (Rc 1031/2012)** la doctrina de la Sala sobre la prejudicialidad normativa de los conflictos colectivos, respecto de procesos individuales iniciados tras haberse instruido conflicto colectivo sobre materia de «directa conexidad» --STS 20-12-01 (Rc 669/01), 30-9-04 (Rc 4345/03) y 18-10-06 (Rc 2149/05)--. Al efecto se advierte que aunque el art. 157.3 LPL [art. 160. 5 LRJS] regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, de manera que la sentencia firme de conflicto colectivo no impide pronunciamientos posteriores en los conflictos individuales que versen sobre idéntico objeto, pero éstos habrán de resolver en consonancia con lo dicho en el proceso colectivo, tal imposición legal no contiene en realidad una pauta de litispendencia entre el proceso de conflicto colectivo y los conflictos individuales relacionados con aquél, imposible por lo demás porque nunca puede concurrir la triple identidad [de personas, cosas y acciones o causa de pedir] que exige el art. 1252 C.C.; doctrina que tras la derogación de este último precepto (DD-2-1º LEC) ha de considerarse matizada por la referencia al precepto homólogo de la LEC, art. 222, cuyo más amplio y permisivo alcance respecto del precepto del Código Civil ha analizado la STS 24 de enero de 2005, rcud 5204/03, pero que no altera la conclusión esencial anterior, aunque la triple identidad se entienda sustituida por los más permisivos conceptos del art. 222 LEC".

Ahora bien, la indiscutible vinculación existente entre el proceso de conflicto colectivo y los individuales obliga a atribuir al pleito colectivo una serie de efectos respecto de los procesos individuales para garantizar precisamente el analizado efecto de cosa juzgada. Y necesariamente uno de esos efectos ha de ser la suspensión del trámite de los individuales en tanto adquiera firmeza la sentencia colectiva, efecto suspensivo que generalmente se produce en las situaciones de prejudicialidad y cuya solución se acoge con mayor precisión en el ET arts. 40.2 y 41.4 y LPL 138.3 LPL, que prescriben que «la interposición del conflicto [colectivo] paralizará la tramitación de las acciones individuales

iniciadas, hasta su resolución». Se trata de una especie de prejudicialidad normativa, pues lo dicho en el proceso de conflicto colectivo determina la interpretación que haya de darse a la norma discutida o el modo en que ésta haya de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas [TS 5-12-05 (Rc 4755/04), 5-10-11 (Rc 3637/10), 14-6-12 Rec. 4265/11) y 11-7-12 (Rc 2176/11)].

Como señala la Sala, esta suspensión del procedimiento, que acontecerá desde el momento de coincidencia en el ejercicio de las acciones, no tras la celebración del acto de juicio, ha de alcanzar a los casos de «directa conexidad», como ahora se proclama expresamente en el art. 160.5 LRJS. Directa conexidad que aprecia la Sala en el caso de autos, en el que se ejercitaba una acción de despido que tenía como premisa la aplicación a la demandada --«Ocio y Parques Temáticos, SLU»-- del Convenio Colectivo de la subrogada --«Terra Mítica Parque Temático de Benidorm, SA»--, que prevé una forma de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos que no había sido observada por la empresa sucesora. La existencia de un proceso de conflicto colectivo sobre la aplicación del convenio de la subrogada a la empresa subrogante, a entender de la Sala, constituye exactamente la base – con prejudicialidad normativa– sobre la que decidir la cuestión suscitada en autos, por lo que debe suspenderse el pleito individual.

En la otra cara de la moneda, las **STS 4-6-13 (Rc 1731/12) y (Rc 1721/12)** aclaran que la eficacia de la sentencia dictada en conflicto colectivo para interrumpir la prescripción de las reclamaciones individuales se limita al año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la demanda colectiva. Doctrina que ya se había mantenido en la STS 18-10-06 (Rc 2149/05), que se refería, como en el caso de autos, a una impugnación de convenio, de ahí la precisión previa de que esta cualidad interruptiva de la prescripción alcanza igualmente a estos otros procesos colectivos. Esta misma doctrina sobre la limitación temporal de la eficacia interruptiva del conflicto colectivo se recuerda también en la **STS 11-7-13 (Rc 2364/12)**, a propósito de una reclamación de cantidad por horas extraordinarias en empresas dedicadas a la seguridad privada. Mientras que la **STS 22-10-2013 (Rc. 683/2013)** aclara que la tramitación de un proceso de conflicto colectivo no sólo paraliza el trámite de los individuales ya iniciados que tengan el mismo objeto, sino que sirve para interrumpir la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar, y ello aunque sea la parte empresarial la que formule la demanda.

De otro lado, de singular interés resulta la importante **STS 18-6-13 (Rc. 108/12)**, recaída en casación ordinaria, que efectúa consideraciones relevantes a propósito de que la sentencia colectiva contenga pronunciamiento de condena. En este caso, los trabajadores afectados por el conflicto pretendían que el plus de desplazamiento, que se regulaba en determinados Acuerdos de empresa, se abonase con arreglo al importe que resultase de una sentencia de conflicto colectivo y no al precio de la hora extraordinaria fijada en convenio. La sentencia ahora comentada rechaza el argumento en contra de la parte, que se basa en que el fallo de la sentencia recurrida no cubría los requisitos del art. 160.3 LRJS para hacerla directamente ejecutable, pues ni en el escrito de la demanda, ni en la parte dispositiva de la sentencia se identifican los

trabajadores afectados por la sentencia, ni el tratamiento salarial y de Seguridad Social que debe atribuirse a las cantidades reconocidas, ni se cuantifican las cantidades adeudadas, ni se indican cuáles son los desplazamientos efectivamente realizados.

Entiende la sentencia a la que ahora se alude que el art. 160.3 LRJS contiene, como novedad, el reconocimiento explícito de que la condena de la sentencia colectiva es susceptible de ejecución «directa e individual». Así se advierte en el Preámbulo de la nueva norma, en el señalado art. 160.3 LRJS, y en el art. 247 LRJS. Admisibilidad ejecutoria que «sólo rige en aquellos supuestos en los que el fallo colectivo contiene la imposición de una obligación con todos los elementos necesarios para que quede determinada y pueda hacerse efectiva mediante la ejecución». Exigencia que se cumplía en el caso de autos, puesto que la demanda presentada y la sentencia dictada no se limitan a reclamar y declarar la procedencia de una regularización salarial y la obligación empresarial de abonar las diferencias habidas por tal concepto, sino que al hacer referencia a los concretos trabajadores afectados por la normalización económica reclamada, al periodo al que la regulación se ciñe y a la cuantía abstracta de la diferencia a retribuir [diferencia entre el plus de «desplazamiento» abonado y el de la hora extraordinaria que debió haberse satisfecho], «la simpleza aritmética de la operación a realizar por quien -la empresa demandada- tiene documentada y exacta constancia de todos los días en que abonó el plus con determinado importe y -de acuerdo a la sentencia ahora confirmada- los debió haber remunerado como si tratasen de horas extraordinarias, así como de los concretos trabajadores afectados, esta facilidad ejecutiva -propia de los conflictos colectivos susceptibles de ejecución- es precisamente la que justifica que en la actual regulación procesal - art. 247 LRJS - los legitimados para instar la ejecución en este tipo de procesos [los representantes legales o sindicales; y los órganos unitarios de la empresa] se limiten a instarla, y que sea la empresa -a requerimiento del Secretario judicial- la que proceda a la cuantificación individualizada; mandato legal que sería ciertamente innecesario si la exigencia de expresión de concreción de datos en demanda y en sentencia [ejecutable] hubiese de ser entendida en los tan minuciosos términos [horas exactas de plus de «desempeño» por cada trabajador] que la recurrente pretende, porque con la misma demanda y sentencia -tal como la recurrente pretende- ya estaría hecha la cuantificación».

Idoneidad respecto de determinadas pretensiones

Por su parte, en cuanto al empleo del proceso especial de conflicto colectivo, la **STS 23-12-13 (Rc cas ord 44/13)** declara que éste no es el cauce procesal idóneo para reclamar un cómputo de antigüedad en la empresa cesionaria a los efectos de futuras indemnizaciones, acceso a la categoría y promoción profesional cuya determinación requiere el conocimiento de circunstancias concretas que sirvan para calificar de abusiva la contratación – se alude a la doctrina contenida en la STS 20-7-09 (Rc 96/08)--.

Tampoco puede emplearse este proceso especial, como expresamente se advierte en **STS 26-12-13 (Rc cas ord 291/11)**, para formular pretensiones subsidiarias, en este caso con el propósito de que se reconociese como

condición más beneficiosa determinados beneficios derivados del Convenio de la Administración General a quienes tenían reconocida la aplicación de ese convenio en su contrato de trabajo. En concreto, el sindicato accionante -- Federación Estatal de Servicios Públicos de UGT-- solicitaba, con carácter principal, la aplicación del III Convenio Colectivo Único del Personal al servicio de la Administración General del Estado a los trabajadores de la empresa Ingeniería y Servicios Aeroespaciales, SA y, subsidiariamente, que fuese aplicable a aquellos trabajadores que tenían incorporado a su contrato una cláusula de aplicación del convenio único. Entiende la Sala que esta pretensión subsidiaria cae fuera del proceso especial, pues si bien el grupo genérico podría surgir del elemento común de la cláusula contractual, se trataría de una construcción artificial, pues las cláusulas han de verse en el marco de cada contrato, y además desde el momento en que la condición más beneficiosa se liga no a los términos de la cláusula, sino a determinadas conductas de la empresa, el grupo genérico desaparece, pues en estas condiciones la condición más beneficiosa solo podría derivar de actos de reconocimientos individuales, que no pueden ser objeto de un proceso colectivo.

Por el contrario, sí puede acudir a este cauce procesal para solicitar la nulidad de las bases de la convocatoria de un concurso para cubrir vacantes, siempre que la impugnación se presente antes de la resolución del concurso y que se pida sólo la nulidad de las bases del concurso, pero no la de las adjudicaciones que se hagan en el mismo [STS 16-7-13 (Rc 3708/11), reiterando lo dicho en STS 24-7-02 (Rc 1269/01), 23-1-03 (Rc 86/02), 17-6-04 (Rc 149/03) y 26-2-13 (Rc 785/2012)].

Consignaciones y condena en costas. No procede

Por último, respecto de este proceso especial, ha aclarado la Sala, de una parte, que no hay obligación de consignar para recurrir porque ninguno precepto legal prevé para esta modalidad procesal la expresa obligación de consignar la cantidad objeto de la condena para poder recurrir, y porque la sentencia dictada en instancia, ex art. 247 LRJS, puede ser objeto de ejecución definitiva pero no parece susceptible de ejecución provisional, lo que descarta la necesidad de la consignación (STS 17-9-13 (Rc 3089/12)).

De otro lado, también se ha advertido que en el proceso de conflicto colectivo no procede la condena en costas salvo temeridad (STS 11-12-13 (Rc 373/13)).

3.2. Proceso especial de impugnación de despidos colectivos

La importantísima STS 26-12-13 (Rc cas ord 28/13) resuelve la particular demanda de despido colectivo presentada por la Sociedad para el Desarrollo Regional de Cantabria (SODERCAN). En concreto, la empresa había negociado y acordado con los representantes de los trabajadores —tras el sometimiento al correspondiente periodo de consultas— un despido colectivo, respecto del que pedía en vía jurisdiccional una declaración de conformidad a derecho, con el objetivo evidente de obtener una sentencia favorable que produjese el efecto de cosa juzgada respecto de los pleitos

individuales. La demanda se dirigida contra el comité de empresa y contra miembros de la comisión que firmaron el acuerdo, pero el comité —que había suscrito el acuerdo—no actuó como tal, oponiéndose a la demanda y recurriendo el fallo favorable a la empresa obtenido en la instancia sólo uno de los miembros del comité individualmente considerado. Paralelamente, algunos de los trabajadores afectados por el despido solicitaron personarse en el proceso como parte, acordándose su admisión “en calidad de demandados” ex art. 13 LECv.

Tan singular formulación del pleito obliga a la Sala a ofrecer dos pronunciamientos de máximo interés: el primero, que no puede admitirse la existencia de un proceso de impugnación colectiva del despido si no hay sujeto colectivo que se oponga al mismo (por la falta de contradicción real que resultaría de esta situación), y el segundo, que no es posible la entrada de los trabajadores individualmente considerados en el proceso del art. 124 LRJS. A lo que se añade que la legitimación para intervenir en este tipo de procesos corresponde a los sujetos colectivos a que se refiere el precepto —así se ha dicho ya por la jurisprudencia respecto de otros procesos, por ejemplo, en STS 15-12-00, 14-6-02 y 1-6-04 y TC 12/09--, no a las personas físicas que los integran cualquiera que haya sido su posición en el periodo de consultas.

Como acertadamente advierte la sentencia «La apertura a los trabajadores individuales, aun en el supuesto de que se limitara a los casos de ausencia de la representación colectiva, desestabilizaría el proceso y sin ninguna duda el propio resultado de la negociación en el periodo de consultas [...] convertiría los procedimientos colectivos del art. 124 LRJ en procesos plurales masivos con grave quebranto de su urgencia, que es esencial para lograr una rápida decisión sobre los despidos colectivos [...] y] no evitaría el efecto que ha tratado de eludir la solución aplicada por la Sala de Cantabria [...] que] consiste en que, a través de la acción declarativa del art. 124.3 LRJS, puede originarse un proceso sin contradicción real que, sin embargo, desemboque en una decisión sobre la procedencia de los despidos, decisión que tendría efecto positivo de cosa juzgada en los procesos individuales. Es claro que esta consecuencia es extraordinariamente grave, pues se vulnerarían los principios esenciales del proceso ya mencionados y se crearía para los trabajadores afectados una situación de indefensión. Pues bien, la apertura del proceso a los trabajadores singularmente considerados no puede eliminar por sí misma este efecto, porque para evitarlo sería necesario que los trabajadores tuvieran un conocimiento pleno de la existencia del proceso y no sólo el conocimiento indirecto que puede derivar del artículo 124.9.2º LRJS, que además solo lo prevé “a efectos de la notificación de la sentencia”. De esta forma, no hay una garantía plena de que los trabajadores conozcan la existencia del proceso y, desde luego, no conocerán si en el mismo hay o no un sujeto colectivo que se oponga efectivamente a la pretensión de la empresa».

De este modo, la empresa, que no ha podido traer al proceso a ningún sujeto colectivo pasivamente legitimado que se oponga a su pretensión, carece de acción para formular la pretensión que ha deducido en este proceso. Y en el supuesto examinado esa falta de acción se concreta en términos procesales

en una inadecuación del procedimiento colectivo del art. 124 LRJS, «pues ante la inexistencia de un conflicto colectivo actual sobre el despido colectivo, lo que se produce es un desajuste entre el interés real que subyace en la pretensión ejercitada- el logro de un pronunciamiento sobre la procedencia del despido que se imponga a las reclamaciones individuales frente a éste- y la modalidad procesal elegida -la modalidad colectiva del art. 124 de la LRJS en la forma especial del número 3 de este artículo-». Punto este último respecto del que discrepa el voto particular formulado a la sentencia, que entiende que lo dicho no comporta inadecuación de procedimiento, sino desestimación de la demanda por falta de legitimación *ad causam*, porque lo pretendido frente a la parte demandada –la declaración de que el despido colectivo se ajustaba a derecho- era algo ya reconocido por dicha parte social al suscribir el acuerdo.

3.3. Acumulación de acciones en el proceso de Seguridad Social

La **STS 5-11-13 (Rc 761/13)** admite la posibilidad de que una Mutua acumule, ejercitándolas simultáneamente contra el INSS, la TGSS y la empleadora, las acciones encaminadas a obtener el reintegro de diversas cantidades satisfechas por ella a otros tantos asegurados, a unos por contingencias profesionales y a otros por contingencias comunes, cuando la causa o el motivo común del reintegro son los descubiertos empresariales en materia de cotización que, por las circunstancias en las que se produjeron, revelan una actitud rupturista con el sistema. Como aclara la sentencia, aunque lo reclamado obedecía a cantidades satisfechas por la Mutua a los beneficiarios como consecuencia de distintas contingencias, el objeto del proceso era una pretensión procesal única, consistente en que se reconociese la responsabilidad directa de la empleadora respecto a la totalidad de las prestaciones y la subsidiaria de la Seguridad Social respecto a las causadas por contingencia profesional, por lo que la relación causa-efecto de la propia pretensión eran únicamente los graves incumplimientos empresariales en materia de cotización, lo que justifica la acumulación de acciones.

4. Recurso de suplicación

4.1. Alcance del escrito de impugnación del recurso de suplicación

La relevante **STS 15-10-13 (Rc 1195/13)** resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal, de oficio o a solicitud de entidades legitimadas (art. 219-3 LRJS), en defensa de la legalidad y sin necesidad de contar con doctrina de contradicción, en este caso sobre el alcance que debe atribuirse al escrito de impugnación del recurso de suplicación. En concreto se suscitan por el Ministerio Fiscal en su recurso cuales sea las posibilidades que a la parte impugnante se le reconocen de formular “eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la Sentencia”, según la regla que contiene la LRJS en su art. 197.1 (y en forma semejante también el art. 211.1 LRJS para el recurso de casación). Como se ha expuesto doctrinalmente, esta posibilidad es una expresión del principio de eventualidad, y está prevista para el caso de que la Sentencia que se dicte en el recurso estime alguno de los motivos de suplicación (o de casación), pero deje

imprejuzgada alguna causa de oposición igualmente expuesta y que en todo caso pudiera dar lugar a la desestimación del recurso aunque no fuera apreciada por el juez o tribunal autores de la resolución recurrida.

Inicialmente, con la Ley de Procedimiento Laboral, se había entendido que la finalidad del escrito de impugnación era exclusivamente la «... de limitarse a interesar la inadmisión del recurso de suplicación formulado de contrario, o la desestimación del mismo», sin posibilidad de pedir “revisión de hechos, interesar otras fundamentaciones de la sentencia impugnada etc...».

Pero poco a poco se le había ido atribuyendo un contenido más amplio, partiendo de la legitimidad para recurrir de quien obtuvo sentencia favorable --STC 227/02, de 9-12, 209/05, 18-7--, y de que resulta desproporcionado en tal caso imponerle la carga de recurrir siendo más apropiado que formule sus alegaciones en el propio escrito de impugnación al recurso contrario. En otras palabras, aunque en el escrito de impugnación no se puede interesar la condena de quien ha sido absuelto --TC 227/02, de 9-12--, sí se puede, por ejemplo, alegar la excepción de prescripción (TS 21-9-05 (Rc 3977/04), y argumentar sobre otros fundamentos distintos a los aducidos y que fueran determinantes del sentido del fallo a juicio de la Sala sentenciadora (TC 53/2005, 14-3-, 4/06, 16-1).

La introducción en la LRJS de la expresa ampliación del contenido de los escritos de impugnación en los recursos de suplicación de y casación ordinaria (art. 197.1 y 211.1.II LRJS), así como la del posterior trámite de audiencia o alegaciones a favor de las otras partes cuando se hubieren formulado motivos o causas de oposición subsidiarias (arts. 197.2 y 211.3 LRJS), tiene como fundamento la adaptación de la normativa procesal social a la jurisprudencia constitucional. Así, entre otras, la STC 4/2006, de 16 de enero, en la que se aceptaba en un recurso de suplicación la formulación en el escrito de impugnación de alegaciones como la analizada en dicho recurso de amparo "en la que el impugnante en fase de recurso se opone a una relación de hechos probados que, si se considerara inalterada al no existir oposición del recurrente al relato de la Sentencia de instancia, podría favorecer la estimación del recurso al dar lugar a una distinta aplicación del Derecho", concluyendo que: "En suma, la parte de un litigio laboral que, beneficiada por el pronunciamiento recaído en la instancia, se encuentra con que éste, recurrido, se sustenta en un relato de hechos probados que no se atiene a prueba documental o pericial válidamente practicada en autos e inequívocamente expresiva de un hecho capital para sustentar la decisión dictada y sin el cual ésta podría revocarse, podrá hacer valer su interés a través de su escrito de impugnación, teniendo derecho a una respuesta congruente del órgano judicial que considere sus alegaciones", pero advirtiendo que ello no puede comportar la vulneración del "derecho de defensa de la parte recurrente en suplicación" a la que debía ofrecérsele "un trámite de audiencia ... en el que tenga oportunidad de alegar sobre la cuestión fáctica objeto de controversia" y por tanto recomendaba que "resultaría conveniente introducir dicho trámite de audiencia en la Ley de procedimiento laboral, para atender debidamente a los imperativos del > derecho de defensa en supuestos como el que viene de analizarse, o como en otros recientemente abordados por este Tribunal (STC 53/2005, de 14 de

marzo ...). De otro modo, no dando audiencia en casos como los citados, sufriría la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso, que no puede desconocerse por los órganos judiciales".

En análogo sentido, STC 85/2006, de 27 de marzo: «el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva 'no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balani c. España* y *Ruiz Torija c. España* de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras' (FJ 3)». Finalmente, la circunstancia de que la pretendida incongruencia omisiva se considere producida en una Sentencia que resuelve un recurso de apelación, hace necesario recordar que la relevancia constitucional de la omisión de respuesta judicial a una pretensión o alegación fundamental exigirá que la concreta alegación forme parte del debate procesal que imperativamente ha de resolver el órgano judicial, bien porque haya sido expresamente reiterada o planteada *ex novo* por alguna de las partes en la fase de apelación, bien porque, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obligue a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que hayan sido objeto del litigio, lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia [STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4.b, que recuerda que así ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de Ley].

En relación con ello también, la doctrina constitucional se ha referido a los resultados paradójicos de la estimación de recurso dejando en peor situación a la parte y otros efectos perversos parecidos (SSTC 186/2002 FJ 6, 227/2002 FJ 3, 218/2003 fj 6 y 7, y en STC 91/2010): "... la vulneración del art. 24.1 CE en la vertiente de motivación cuando el silencio sobre alguna pretensión provoca resultados irregulares o paradójicos (STC 200/1987, de 16 de diciembre, FJ 3, y STC 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 3), o cuando es posible interpretar que la pretensión estaba implícita (STC 218/2003, de 15 de diciembre)."

Pero como la sentencia ahora analizada aclara, en modo alguno puede emplearse esta vía para eludir la vía normal del recurso a cargo de la parte vencida, otra cosa es que esta última no deba quedar en posición peor que si hubiera vencido, como consecuencia de la omisión de algún pronunciamiento decisivo que no hubiera sido tratado o que hubiera sido desestimado en instancia. De este modo la Sentencia, según es propio de esta modalidad de recurso y con la correspondiente publicación en BOE, fija en el fallo la doctrina jurisprudencial aplicable, declarando que:

"a) En el escrito de impugnación del recurso de suplicación se pueden alegar motivos de inadmisibilidad del recurso, interesar

rectificaciones de hecho o formular causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia.

b) Dichas alegaciones han de efectuarse cumpliendo los requisitos establecidos para el escrito de interposición del recurso en el artículo 196 LRJS.

c) En el escrito de impugnación únicamente procede interesar la inadmisibilidad del recurso de suplicación o la confirmación de la sentencia recurrida, no procede solicitar la nulidad de la misma, ni su revocación total o parcial.

d) la naturaleza del escrito de impugnación no es similar a la del recurso de suplicación, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso de suplicación.”

Conclusión que resulta del tenor literal del precepto, que no establece que en el escrito de impugnación se pueda solicitar la revocación de la sentencia impugnada; de los arts. 202 y 203.1 y 2 LRJS que al regular los efectos de la estimación del recurso, contemplan única y exclusivamente el recurso, no la impugnación del mismo; del art. 202.3 del mismo cuerpo legal, del que no resulta que de estimarse, en su caso, las alegaciones contenidas en el escrito de impugnación, proceda alterar el contenido del fallo; de la propia naturaleza del escrito de impugnación, que no es un recurso de suplicación, por lo que nunca puede alcanzar a revocar la sentencia recurrida por la otra parte; del art. 211 de la LRJS que regula la impugnación del recurso de casación –de similar naturaleza al de suplicación- que permite la introducción de otros motivos subsidiarios pero únicamente para fundamentar el fallo de la sentencia recurrida, no para pretender su revocación total ni parcial; porque de admitirse que la impugnación pudiese alcanzar a revocar la sentencia impugnada de contrario, en el supuesto de que la parte recurrida no fuera trabajador, causahabiente suyo o beneficiario de la seguridad social, no tendría que depositar y consignar, lo que se frustraría la finalidad de evitar recursos dilatorios y asegurar el cumplimiento de una eventual condena futura; y porque la jurisprudencia constitucional inspiradora de la reforma legal admite la posibilidad de revisar los hechos probados y aducir nuevos fundamentos jurídicos en el escrito de impugnación, pero siempre limitados a la inadmisión o desestimación del recurso, no a la revocación de la sentencia impugnada.

Todo ello porque el recurso de suplicación no es comparable a la apelación civil, para el que explícitamente se contempla la posibilidad de que en el escrito de impugnación, la parte recurrida, aunque no hubiera apelado, pueda interesar la refutación de la resolución apelada en lo que le hubiera podido resultar desfavorable a la parte (la apelación condicionada).

Lo dicho sirve a la Sala para, en el caso de autos, negar al impugnante la posibilidad de solicitar que se reduzca el importe de la condena fijada en la sentencia de instancia.”

4.2. Consideración de la existencia de un proceso colectivo como justificativo de la existencia de afectación general

Como recuerda la **STS 4-7-13 (Rc 3065/12)**, cuando la reclamación tiene "como fundamento y precedente inmediato una sentencia dictada en conflicto colectivo" debe apreciarse afectación general por notoriedad [TS 23-12-97 (Rc 4148/96)], pues «estos pleitos precedentes, unidos al actual pueden acreditar la afectación generalizada del conflicto, en tanto que las reclamaciones tienen su origen en un procedimiento de conflicto colectivo" [TS 23-10-08 (Rc 3671/07)], de forma que "la previa existencia del conflicto colectivo del que traen causa las demandas, acredita por sí misma la concurrencia de un interés general no pacífico... lo cual es conforme ... con la finalidad, que trata de conseguir la ley procesal laboral, de evitar que queden fuera del recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, al multiplicarse o extenderse a nuevos supuestos de hecho idéntico y requerir, por tanto, una actividad uniformadora de los órganos jurisdiccionales de rango superior». Si bien, también es justo tener presente que la presunción de afectación general respecto de la existencia de un pleito colectivo queda destruida cuando las circunstancias concurrentes evidencian que la reclamación carece de esa proyección general notoria --STS 11-2-13 (Rc 376/12) —.

4.3. Posibilidad de entrar en suplicación a valorar la calificación de la incapacidad sin variar los hechos probados

Cuando en el pleito se insta la declaración de incapacidad permanente en alguno de sus grados, la Sala de suplicación, según declara la **STS 23-4-13 (Rc 729/12)**, sin variar los hechos declarados probados en instancia, puede alterar la calificación jurídica sobre la existencia o inexistencia de incapacidad o de su grado. No hay que olvidar que la calificación del grado de la incapacidad permanente es una cuestión jurídica y, por ello, aunque permanezcan inalterados los hechos probados de la resolución de instancia, el Tribunal de suplicación puede examinar si es correcta o no la calificación efectuada por el juzgado --STS 26-12-00 (Rc 2341/99), 6-3-01 (Rc 2344/99) y 25-6-01 (Rc 3791/00)--. Ello explica que pueda solicitarse una nueva valoración de la incapacidad sin haber intentado la revisión de los hechos probados.

4.4. Irrecorribilidad de las sentencias de conciliación

La doctrina sentada en la ya conocida **STS 25-3-13 (Rc 957/12)** --que rectifica, con algunas precisiones, la doctrina de la Sala que había dado acceso a suplicación a la demanda de una trabajadora que ya tenía reconocida la reducción de jornada por cuidado de hijo y pretendía después el cambio de turno también por razones de conciliación familiar—es seguida ahora por la **STS 28-6-13 (Rc 4213/11)**, negándole acceso a suplicación a la resolución de instancia porque en la demanda se ejercita una acción de conciliación de la vida familiar y el trabajo, toda vez que en el encabezamiento se hace referencia a la concreción horaria y a la determinación del disfrute de la reducción de jornada y al explicar el alcance de la solicitud en los hechos se traza un auténtico programa de conciliación (reducción de jornada anual, con horario de

6 a 13 horas de lunes a viernes, descansos en sábados y domingos y distribución de los descansos resultantes en los periodos de vacaciones escolares).

En la misma línea, la **STS 16-9-13 (Rc 2326/12)** niega el acceso a suplicación de una demanda de solicitud de cambio de turno de trabajo, sin reducción de jornada, para el cuidado de un hijo menor. Y también hacen lo propio las **STS 28-6-13 (Rc 4213/11)** y **3-12-13 (Rc 775/13)**.

4.5. Recurribilidad de las resoluciones sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo

La **STS 22-1-14 (Rc 690/13)** abre las puertas, ex Art. 138 LRJS, a la suplicación a la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo interpuesta por un trabajador individual pero respecto de una decisión empresarial que tenía un carácter colectivo. No debe perderse de vista, en este sentido, que aunque con carácter general esta modalidad procesal no tiene acceso al recurso (arts. 138.6 y 191.2 e) LRJS), la propia ley excepciona esta irrecurribilidad para las modificaciones sustanciales de "carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41 ET" –lo que supone una novedad respecto de la regulación prevista en la LPL--. De este modo, en la actual regulación la recurribilidad se vincula a la naturaleza colectiva de la decisión empresarial, aun en el caso de que ésta sea atacada por los trabajadores individualmente considerados.

4.6. Recurribilidad de las decisiones sobre movilidad geográfica

La **STS 26-2-14 (Rc 652/13)**, recordando lo dicho en la antes indicada **STS 22-1-14 (Rc 690/13)**, resuelve el particular supuesto de una trabajadora que había prestado servicios desde el curso escolar 1997/98 bajo la dependencia de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía como técnico superior de educación infantil y desde el 2005 en el C.P. Cándido Nogales (Jaén), aún cuando tenía plaza de titularidad en el C.P. Ntra. Sra. De Vilches desde enero del año 2000, y ello en virtud de sucesivas órdenes de desplazamiento temporales hasta que el 23-1-2012 le fue comunicado que por necesidades del servicio, tenía que incorporarse a su plaza titularizada. La Sala considera que no se trata de un traslado en sentido estricto, sino de un supuesto de reincorporación a la plaza de la que había sido titular en todo momento, por lo que no debe tramitarse por la modalidad especial de movilidad geográfica, debiendo atribuirse a la resolución de instancia la condición de recurrible en suplicación.

4.7. Recurribilidad de las acciones sobre reintegro de gastos médicos

La Sala, en la **STS 12-2-14 (Rc 394/13)**, reconoce la recurribilidad de una reclamación de reintegro de gastos médicos por importe de 1200 €, correspondientes a un casco craneal remodelador. Debe tenerse en cuenta, a tal efecto, que la acción de reintegro de gastos por asistencia sanitaria ha de tener la consideración de reclamación del reconocimiento de la prestación, a los efectos de su posibilidad de llegar a la suplicación, sin que el importe de la

cantidad cuyo reintegro se pretende altere esta consideración [STS 7-7-00 (Rc 1969/99), 20-3-01 (Rc 2228/00), 30-6-04 (Rc 3407/03) y 22-12-04 (Rc 4769/03)].

4.8. Irrecurribilidad del auto que tiene por desistida a la parte por incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio

Aunque el recurso termina desestimándose por falta de cita y fundamentación de la infracción legal, resulta de interés la **STS 2-12-13 (Rc 3278/12)** en la medida en que aclara que no cabe, durante la vigencia de la LPL, recurso contra la sentencia que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra el Auto que tuvo a los actores por desistidos del proceso por despido que habían iniciado, ante su incomparecencia injustificada a los actos de conciliación y juicio. Se recuerda, al efecto, que desde la STC 3/83, 25-1, se mantiene que el derecho al recurso es de configuración legal, sin que exista – salvo en materia penal– norma o principio constitucional alguno que obligue a la existencia de unos recursos determinados, por lo que al legislador corresponde fijar el sistema de recursos en los términos y con los requisitos de acceso a los mismos que considere oportunos, y a los Tribunales ordinarios la interpretación y aplicación de los mismos. Por lo que «... no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las resoluciones judiciales» (TC 251/00, 71/02, 91/05, 270/05, 19/09, 256/06, 19/09 y 204/12). De modo que aunque el legislador podría haber permitido el acceso a suplicación del supuesto debatido, no lo hizo hasta la LRJS (art. 194.4.c).2º), por lo que en los supuestos en los que resulte de aplicación la LPL, como no pueden los Tribunales prescindir de la concreta configuración legal existente en un momento dado, no les está permitido admitir la interposición del recurso en tal caso.

5. Recurso de casación unificadora

5.1. Alcance de la exigencia de contradicción

Como se sabe, la Sala no pueda apreciar la concurrencia de contradicción aun cuando las sentencias comparadas se refieran al mismo suceso, si contemplando una misma realidad su proyección en el proceso es diferente. Esta doctrina sirve a la Sala en las **STS 26-6-13 (Rc 2083/12)**, **27-11-13 (Rc 2317/13)**, **26-6-13 (Rc 2083/12)** para desestimar el recurso por falta de contradicción en un proceso referido a la contratación por la Administración Gallega de "expertos docentes".

Lo mismo acontece en el caso del que conoce la **STS 16-10-13 (Rc 2736/12)**, que reiterando lo dicho en resoluciones precedentes --**TS 25-6-13 (Rc 2408/12)**, **19-12-12 (Rc 4340/11)**-- rechaza la concurrencia de la identidad necesaria respecto de la responsabilidad solidaria entre empresas sobre la base de la existencia de un grupo empresarial, pese a que las partes y la controversia eran las mismas, porque en el caso de la recurrida existían datos fácticos reveladores de la acción unitaria y de la caja única y de la confusión de patrimonios y empleados, que no se daban por probados en la de referencia.

De otra parte, particular referencia debe hacerse a las **STS 28-10-13 (Rc 3252/12)**, **14-10-13 (Rc 3287/12)**, **22-10-13 (Rc 3291/2012)**, **15-10-13 (Rc 519/13)**, en las que se impugnaban los despidos de trabajadores indefinidos no fijos llevados a cabo por el Ayuntamiento de Parla, discutiéndose en primer lugar la competencia o incompetencia orden jurisdiccional social para conocer, siquiera prejudicialmente, sobre validez acuerdo modificación RPT y derivada amortización, y en segundo término la competencia o incompetencia de la Junta de Gobierno Local para proceder a modificación RPT y amortización puestos de trabajo.

Pues bien, respecto del segundo motivo, estas sentencias contienen un pronunciamiento obiter dicta de interés. Así se advierte lo que sigue: « Aun no planteado por la parte recurrente, cabría reflexionar sobre la dificultad de disponer de sentencias contradictorias sobre la específica cuestión competencial afectante a los diversos órganos de un Ayuntamiento regido por la normativa administrativa, tema de no frecuente conocimiento y solución por la jurisdicción social sino de conocimiento pleno del orden contencioso-administrativo, cuyas sentencias no son validas como contradictorias a los efectos del recurso de casación unificadora (art. 219.1 LRJS; entre otras, SSTS/IV 7-junio-2002 –rcud 2303/2001 y 10-junio-2002 –rcud 3274/2011). No obstante ese mismo problema puede suscitarse, hasta que no exista un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia, sobre los supuestos de impugnación de actos administrativos en materia, laboral, sindical y de seguridad social que a partir de la entrada en vigor de la LRJS son de conocimiento del orden social (arts. 2 y 3 LRJS). Con el fin de evitar la demora en la formación de jurisprudencia sobre tales extremos, -- sin perjuicio de que en determinadas materias relacionadas con los derechos fundamentales o con el derecho de la Unión Europea pueda ser factible la invocación como contradictorias de las “sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España” y de “la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario” (art. 219.2 LRJS) --, la LRJS ha configurado un singular instrumento, a través del especial recurso de casación unificadora que puede formular el Ministerio Fiscal, “en su función de defensa de la legalidad, de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa”, puede accederse al recurso, sin la exigencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias, entre otros supuestos, “cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo” (art. 219.3 LRJS)» --también aprecia falta de

contradicción respecto de la problemática tratada las **STS 14-10-13 (Rc 3290/12)**, **28-10-13 (Rc 548/13)**--.

5.2. Idoneidad de la sentencia de contraste. Requisitos de firmeza en la LRJS

La **STS 5-2-2013 (Rc 946/12)** contiene doctrina de interés sobre la idoneidad de la sentencia de contraste respecto de la exigencia de firmeza conforme a la LRJS. Como se sabe, al contrario de lo que se preveía en la LPL –la sentencia tenía que ser firme a la fecha de publicación de la recurrida: STS 14-7-95 (Rc 3560/93), 9-7-08 (Rc 2814/07), 5 y 21-2-08 (Rc 4768/06 y 493/07), y 10-2-09 (Rc 92/08), 30-4-12 (Rc 1348/11), lo que recuerda también la **STS 27-6-13 (Rc 2137/12)**--, la nueva norma reguladora del proceso social dispone que para viabilizar el recurso de casación unificadora la sentencia de referencia ha de ser firme a la fecha «de finalización del plazo de interposición» del recurso. Pues bien, la Sala, interpretando esta exigencia llega a la convicción de que son idóneas las que han adquirido firmeza antes de las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición del recurso.

La pretensión del legislador, según entiende la Sala, es flexibilizar las exigencias del recurso, y en concreto, en este punto ampliar hasta el límite máximo posible la admisión del mismo en aras a la seguridad jurídica para evitar la pervivencia de resoluciones contradictorias, mediante el retraso del momento en que la sentencia de contraste debe haber adquirido firmeza. Todos los preceptos de la LRJS --art. 221.3, 224.3 y 224.4—que aluden al plazo que aquí interesa lo hacen refiriéndose al momento o fecha «de finalización del plazo de interposición del recurso».

De tal manera que aunque una interpretación literal de estos preceptos en relación con el art. 45.1 del mismo cuerpo legal y con los arts. 135.1 y 207.2 y 4 LECv, pudiera llevar la conclusión contraria --pues en estos otros artículos el horario prorrogado se ofrece a los exclusivos fines de presentación de escritos con posterioridad al del vencimiento efectivo del plazo--, una interpretación flexibilizadora acorde especialmente con la finalidad ya indicada de la reforma obliga a concluir que «a los exclusivos efectos de la exigencia del recurso de casación unificadora consistente en que la sentencia de contraste deba ser firme en la fecha “de finalización del plazo de interposición” del recurso, deben ser calificadas como idóneas no solamente las sentencias de contraste que alcancen firmeza hasta el mismo momento de la finalización del plazo de interposición del recurso de casación unificadora, sino además todas aquellas otras cuya firmeza se alcance hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición del recurso de casación unificadora».

5.3. Cita y fundamentación de la infracción legal

La **STS 4-11-13 (Rc 2691/12)** recuerda –a propósito de la alegación de una infracción de una Resolución del Ministerio de Trabajo—que las instrucciones administrativas no constituyen norma jurídica, sino un acto administrativo contemplado en el art. 21 LRJPAC, por lo que carecen de todo

valor normativo o reglamentario aun para el caso de que hubiesen sido objeto de publicación oficial en el BOE [(SSTS 9-3-94 (Rc 2574/92), 19-11-01 (Rc 3083/00), y 24-5-05 (Rc 188/03)]. Y si bien en alguna ocasión la Sala ha admitido que las Resoluciones de la Seguridad Social –pese a esa ausencia de valor vinculante– sí pueden calificarse como ejemplo de «medio auténtico de interpretación» [SSTS 30-10-72 y 15-4-02 (Rc 2320/01), tal afirmación únicamente puede hacerse cuando las usuales reglas hermenéuticas sean insuficientes para determinar el sentido de la norma.

En la misma línea, la **STS 21-1-14 (Rc 1045/13)** hace lo propio respecto de la llamada Normativa Laboral vigente primero en RENFE y después en su sucesora ADIF, que constituye el producto de la negociación colectiva estatutaria.

Por su parte, la **TS 20-1-14 Rec 736/13** advierte, en un supuesto en el que se discutía la jurisdicción competente para conocer de unas demandas por despido fundamentadas en haber sobrepasado en exceso la empresa el plazo razonable para la ejecución de los despido autorizados por una resolución administrativa, cuando ésta no fijó ningún plazo, que no basta para cubrir la exigencia de fundamentación de la infracción legal con citar el art. 3 LPL en relación con la competencia del orden contencioso-administrativo, sin desarrollar las razones por las que entiende que es de aplicación dicho precepto y sin que sea suficiente remitir tácitamente a la fundamentación jurídica de la sentencia de contraste.

5.4. Valoración de hechos considerados intrascendentes en suplicación

Es sobradamente conocida la doctrina de la Sala, que ahora rememora la **STS 13-5-13 (Rc 1956/12)**, según la cual cuando un motivo por error de hecho ha quedado patentizado con prueba idónea y únicamente se rechaza en suplicación porque el Tribunal considera intrascendente la revisión, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho se tengan en cuenta, si la Sala de casación entiende que tienen la trascendencia que en suplicación se les había negado [TS 27-7-92 (Rc 762/91), 14-3-12 (Rc 3768/11), y 17-9-12 (Rc 578/12)].

5.5. Recurso del Ministerio Fiscal

La ya comentada **STS 15-10-13 (Rc 1195/13)**, admite el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad ex art. 219.3 LRJS sobre el alcance del escrito de impugnación del recurso de suplicación, porque no existe doctrina unificada en la materia litigiosa en la fecha de su formulación y la norma aplicada por la sentencia impugnada, LRJS, lleva menos de cinco años vigente.

5.6. Incorporación de documentos

La **STS 3-12-13 (Rc 354/12)** resume la doctrina de la Sala sobre la admisión de documentos durante la tramitación del recurso para unificación de doctrina. Admisión que viene condicionada, como sintetiza esta sentencia, a

que: a) las sentencias o resoluciones hayan sido dictadas o notificadas en fecha posterior al momento en que se llevaron a cabo las conclusiones en el juicio laboral de instancia; b) que serán admisibles si, además, por su objeto y contenido aparecieran como condicionantes o decisivas par resolver la cuestión planteada en la instancia o en el recurso, y c) en el caso de que no se trate de documentos de tal naturaleza o calidad, deberán ser rechazados de plano, y serán devueltos a la parte que los aportó, sin que puedan por lo tanto ser tenidos en cuenta para la posterior resolución que haya de dictar la Sala. Por lo demás, los documentos que por reunir aquellos requisitos previos hayan sido admitidos y unidos a los autos producirán el efecto pretendido por la parte sólo en el caso de que la producción, obtención o presentación de los mismos no tenga su origen en una actuación dolosa, fraudulenta o negligente de la propia parte que pretende aportarlos; lo cual será valorado en la resolución (auto o sentencia) que proceda adoptar en definitiva.

6. Laudo arbitral obligatorio. Contenido y alcance

Resultan de particular interés las **SSTS 4-4-14 (Rcs. 132/13 y 184/13)** en las que, por primera vez, se refiere la Sala al contenido y alcance de un laudo arbitral, a propósito del arbitraje obligatorio que se impuso como medio de solución de las sucesivas huelgas declaradas en la empresa “Iberia L.A.E., S.A.U., Operadora” como consecuencia de las dificultades en la negociación del VIII Convenio Colectivo de Iberia Operadora para los Tripulantes Técnicos Pilotos, estando ya en vigor, en ambos casos, la LRJS, que, como se sabe, suplió la omisión contenida en el art. 65.3 LPL, que se hacía referencia a “un recurso judicial de anulación del laudo” sin desarrollar su contenido, así como la exclusión directa de los arbitrajes laborales del ámbito de aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 1.4).

Conviene tener presente que Iberia Express presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra “Iberia Operadora”, el “Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas” (SEPLA), la “Sección Sindical SEPLA en Iberia” y el Ministerio Fiscal, instando, con carácter principal, la nulidad de los laudos arbitrales dictados en el conflicto planteado entre la empresa Iberia L.A.E., S.A.U., OPERADORA y el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) y su sección sindical en la misma, con motivo de la cesión de actividad en la compañía Iberia Express y otras cuestiones relacionadas con el proceso negociador del Convenio colectivo para los tripulantes pilotos. La Audiencia Nacional dictó una primera sentencia anulando el primer laudo arbitral y acordando retrotraer el procedimiento arbitral para que fuera oída “Iberia Express”, resolución que fue impugnada ante el Tribunal Supremo. En ejecución de aquella sentencia, el árbitro dio audiencia a “Iberia Express”, dictándose nuevo laudo arbitral, cuya impugnación deriva en el Rc. 184/13. Esta sentencia anula el laudo arbitral (21-12-12) por afectar a una sociedad independiente en la que no concurrían las circunstancias para que le afectara un laudo obligatorio ex art. 10.I Real Decreto-ley 17/1977, por idénticos motivos a los acordados sobre la nulidad del primer laudo arbitral (24-05-2012) recaído en el mismo procedimiento arbitral en el Rc. 132/2013.

En efecto, por lo que ahora interesa, la Sala anula los respectivos laudos arbitrales porque Iberia Express no había tenido oportunidad de ser oída por el árbitro, ni de efectuar alegaciones en defensa de sus derechos. El problema surge respecto de cómo podría afectar a la sociedad Iberia Express el laudo arbitral dictado al amparo de un Acuerdo del Consejo de Ministros, con fundamento en el art. 10.I Real Decreto-ley 17/1977 --“El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar ... el establecimiento de un arbitraje obligatorio ...”--, cuando no existía una situación de huelga declarada por los trabajadores de esta comercial, y cuando además dicha comercial no es oída en el procedimiento arbitral correspondiente.

La parte sindical mantiene, en contra del recurso de Iberia Express, que no hacía falta oír a esta comercial porque la representaba Iberia Operadora, empresa matriz de un grupo de empresas en el que existe unidad de dirección, confusión de patrimonios y de plantillas, lo que hace que la empresa matriz sea responsable solidaria de la otra. La Sala, rechaza la tesis sindical previo recordatorio de la doctrina sobre el grupo de empresas, porque no cabe apreciar la existencia de un grupo patológico, de manera que Iberia Express no estaba representada por Iberia Operadora, ni por representación expresa, ni por la tácita derivada de la existencia de un grupo de empresas con efectos laborales. Así las cosas, si el árbitro pretendía afectar los derechos o intereses de Iberia Express debió oírla antes de dictar el laudo y al no hacerlo violó los principios de igualdad de partes y de audiencia, especialmente si se tiene en cuenta que dicho Laudo no argumenta sobre la existencia de un "grupo de empresas patológico", ni declara su existencia irregular con la consiguiente responsabilidad solidaria de las empresas integrantes, sino todo lo contrario.

Para llegar a esta conclusión, la Sala recuerda que el arbitraje obligatorio que establece el art. 10 del R.D.L. 17/1977 es una institución jurídica para la solución extrajudicial de conflictos que tiene su naturaleza propia y especial y que debe ser interpretado de forma restrictiva, por cuanto supone una limitación de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga (STC 11/1981), por lo que no le son de aplicación las normas que regulan los procesos judiciales. Y en concreto, en el caso, como el de autos, de los arbitrajes de equidad, en los que el árbitro actúa como hombre bueno o amigable componedor, sin que le sean exigibles especiales conocimientos jurídicos, porque, aunque debe motivar su decisión, no es preciso que la funde en normas jurídicas.

También recuerda la Sala que el art. 65.4 LRJS, norma especial, regula el proceso de anulación de los laudos arbitrales por haberse resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, sin prever la subsanación de los errores en la tramitación del arbitraje, y autoriza que la nulidad se pida por terceros perjudicados por lesividad, sin que tampoco en estos casos se prevea la anulación de las actuaciones para que se celebre nuevo arbitraje en el que sea parte el tercero. Y que el ámbito, subjetivo y objetivo, del arbitraje lo determina el convenio arbitral y en su caso el Acuerdo que impone el arbitraje obligatorio. Y en este caso el objeto del arbitraje era la

huelga declarada en la empresa Iberia LAE S.A.U., Operadora a instancia del SEPLA y su objeto era resolver las cuestiones suscitadas en el planteamiento y desarrollo de la huelga (Apartados Primero y Tercero del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012). En ese Acuerdo no se incluyó, como parte ni como objeto del arbitraje, la existencia y forma de operar de Iberia-Express, sociedad ya creada y en funcionamiento. Por lo que esta empresa tiene la condición de tercero y no puede ser incluida como parte en el arbitraje por la simple decisión del árbitro, sino en virtud de un Convenio Arbitral que la misma suscriba o de un nuevo Acuerdo del Consejo de Ministros, decisión cuya legalidad requeriría una huelga del personal de Iberia Express que afectara a intereses generales, cual establece el art. 10 del R.D.L. 17/1977 para imponerlo.