

# **CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2014-2015



TRIBUNAL SUPREMO

2015

## **SALA CUARTA.<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D<sup>a</sup>. Dolores Redondo Valdeón, D<sup>a</sup>. María Silva Goti , D<sup>a</sup>. Paz Menéndez Sebastián, y D<sup>a</sup> Yolanda Cano Galán, bajo la coordinación de los Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmos. Sres. 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
    - 2.1 Contrato para obra o servicio determinado
    - 2.2 Contratos de interinidad
    - 2.3 Contrato de relevo
  - 3.- Convenios colectivos y negociación colectiva
    - 3.1. Crédito horario.
    - 3.2. Legitimación.
    - 3.3 Ultraactividad.
  4. Despidos individuales y extinciones del contrato de trabajo
    - 4.1 Administración Pública: Contratos de interinidad por vacante y fijos no indefinidos.
    - 4.2 Despido disciplinario
    - 4.3 Vulneración de derechos fundamentales
    - 4.4 Despido objetivo por causas económicas
    - 4.5 Consecuencias económicas del despido
    - 4.6 Extinción del contrato a instancia del trabajador
  5. Despido colectivo
    - 5.1 Competencia del orden social y concurso
    - 5.2 Legitimación activa
    - 5.3 Órgano de interlocución
    - 5.4 Obligaciones documentales del empresario
    - 5.5 Deber de negociar de buena fe
    - 5.6 Control judicial de la decisión empresarial
    - 5.7 Lesión de derechos fundamentales
    - 5.8 Fraude de ley
    - 5.9 Despido económico en el empleo público
  6. Discriminación. Vulneración del principio de igualdad.
    - 6.1. Discriminación retributiva.
    - 6.2. Criterios de permanencia: movilidad geográfica forzosa.
  7. FOGASA.
  8. Huelga
  9. Indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales.
  10. Intereses moratorios.
    - 10.1. Intereses del art 29.3 ET
    - 10.2. Intereses del art 1100 y 1108 CC.
  11. Modificación sustancial de condiciones.
    - 11.1. Aportación de la documentación y negociación de buena fe.
    - 11.2. Descuelgue y adaptación.
    - 11.3. Naturaleza de la sentencia que declara la modificación de condiciones:
- Ejecución.
- 11.4. Pacto novatorio: transaccional judicial.
  12. Prescripción de la acción
    - 12.1. Interrupción por demanda de conflicto colectivo.
    - 12.2.- Reintegro de lo abonado por el préstamo.

13. Reclamación al Estado de salarios de tramitación.
14. Salario y régimen retributivo.
  - 14.1. Compensación y absorción.
  - 14.2. Condición más beneficiosa.
  - 14.3. Guardias médicas de presencia: forma de abono. Convenio de Hospitales de la Red Hospitalaria de Utilización Pública de Cataluña (XHUP).
  - 14.4. Supresión de la paga de la paga extra de diciembre de 2012 en el sector público: Real Decreto-Ley 20/2012
15. Suspensión de contratos de trabajo.
16. Tiempo de trabajo.
  16. 1.- Calendario laboral.
  16. 2.- Condición más beneficiosa.
  16. 3.- Contrato a tiempo parcial y realización de horas extraordinarias.
  16. 4.- Vacaciones.

## II. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1.-JUBILACIÓN

- 1.1.-Coeficientes reductores de la edad de jubilación
- 1.2.-Jubilación anticipada
- 1.3.-Jubilación parcial
- 1.4.-Jubilación forzosa
- 1.5.-Prorrata temporis
- 1.6.-Responsabilidad del abono de la prestación

### 2.-INCAPACIDAD TEMPORAL

- 2.1.-Cálculo de la base reguladora: trabajadores fijos-discontinuos
- 2.2.-Prórroga de la incapacidad temporal

### 3.-INCAPACIDAD PERMANENTE

- 3.1.-Reconocimiento del derecho
- 3.2.-Incremento de la pensión: prejubilados de Banesto
- 3.3.-Responsabilidad del abono de la prestación
- 3.4.-Lesiones permanentes no invalidantes
- 3.5.-Incapacidad permanente total
  - 3.5.1.-Reconocimiento del derecho
  - 3.5.2.-Compatibilidad con pensión de jubilación parcial
- 3.6.-Incapacidad permanente absoluta
  - 3.6.1.-Situación asimilada al alta
  - 3.6.2.-Compatibilidad con otras prestaciones
  - 3.6.3.-Revisión del grado de incapacidad reconocido
- 3.7.-Gran invalidez

### 4.-ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

- 4.1.-Determinación de la contingencia
  - 4.1.1.-Accidente in itinere
  - 4.1.2.-Accidente de trabajo
  - 4.1.3.-Accidente en misión
  - 4.1.4.-Enfermedad profesional
- 4.2.-Recargo de prestaciones
  - 4.2.1.-Imposición: infracción de medidas de seguridad
  - 4.2.2.-Minoración

- 4.2.3.-Revocación
- 4.2.4.-Responsabilidad en supuesto de sucesión de empresas
- 4.3.-Indemnización por daños y perjuicios
  - 4.3.1.-Efectos de lo resuelto en sentencia penal
  - 4.3.2.-Aplicación del Baremo para accidentes de circulación
  - 4.3.3.-Intereses
- 5.-DESEMPLEO
  - 5.1.-Coincidencia con salarios de tramitación
  - 5.2.-Mantenimiento, suspensión y extinción de la prestación por desempleo
  - 5.3.-Subsidio por desempleo
    - 5.3.1.-Incompatibilidad con el trabajo
    - 5.3.2.-Determinación de la carencia de rentas
    - 5.3.3.-Falta de comunicación del incremento de rentas
    - 5.3.4.-Cargas familiares
- 6.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN
- 7.-MATERNIDAD
- 8.-RIESGO DURANTE LA LACTANCIA
- 9.-VIUDEDAD
  - 9.1.-Asimilación al alta: renta activa de inserción
  - 9.2.-Derecho a la prestación
    - 9.2.1.-Desde la situación de pareja de hecho
    - 9.2.2.-Desde la situación de separación/divorcio
    - 9.2.3.-Desde la situación de matrimonio
- 10.-ORFANDAD
  - 10.1.-Derecho a la prestación
  - 10.2.-Compatibilidad con otras prestaciones
  - 10.3.-Incremento de la pensión: concepto de "orfandad absoluta"
- 11.-PRESTACIONES A FAVOR DE FAMILIARES
- 12.-SOVI
- 13.-RETA
- 14.-PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
  - 14.1.-Indemnización por no desarrollo de seguro por jubilación o incapacidad
  - 14.2.-Póliza para ayuda a pensiones
  - 14.3.-Abono de diferencias económicas de pensión de viudedad a cargo de mejora convencional

### III. DERECHO PROCESAL LABORAL:

1. Competencia objetiva del orden social:
  - 1.1. Información sindical en Correos y Telégrafos;
  - 1.2. Empresas en concurso. Demanda de despido colectivo previa a la declaración del concurso;
  - 1.3. Control de la regularidad de la actuación de la Administración de la Seguridad Social;
  - 1.4. Competencia de la AN en materia de impugnación de autorizaciones administrativas para extinciones colectivas;
  - 1.5. Competencia funcional. Demanda de oficio.
2. Incompetencia del orden social:
  - 2.1. Normas reguladoras de ayudas por prejubilación en la minería del carbón;
  - 2.2. Impugnación directa de resoluciones de afectación conjunta.
3. Tutela judicial efectiva:
  - 3.1. Interpretación constitucional de las reglas de acceso a los recursos;
  - 3.2. Motivación del rechazo de la práctica adecuada de las pruebas propuestas.
4. Cuestiones comunes al procedimiento:
  - 4.1. Legitimación para recurrir de la parte absuelta;
  - 4.2. Litisconsorcio pasivo necesario en grupos de empresas. Necesidad de demandar a todas las empresas del grupo;
  - 4.3. Inadecuado funcionamiento de la Administración de Justicia. Salarios de tramitación;
  - 4.4. Inadecuación procedimiento. Ejecución sentencia;
  - 4.5. Falta sobrevenida de objeto de litigio;
  - 4.6. Incomparecencia o negativa injustificada a responder del demandado llamado a interrogatorio judicial;
  - 4.7. Acciones declarativas;
  - 4.8. Consignación para recurrir;
  - 4.9. Nulidad de actuaciones. Exigencia de indefensión;
  - 4.10. Efectos de la incomparecencia. Consideración de la empresa como confesa;
5. Procesos especiales:
  - 5.1. Procedimiento de conflicto colectivo. Adecuación para reclamaciones de los representantes de los trabajadores;
  - 5.2. Legitimación sindical en los procesos colectivos;
  - 5.3. Impugnación necesariamente colectiva en los procesos colectivos;
  - 5.4. Proceso especial de impugnación de despidos colectivos. Reglas sobre la práctica de la prueba documental o pericial. Efecto no preclusivo de los plazos;
  - 5.5. Impugnación de acuerdos adoptados tras mediación;
6. Recurso de suplicación:
  - 6.1. Pruebas documentales y testificales. Informes de detectives;
  - 6.2. Prevalencia de los hechos declarados probados y de la valoración de la prueba practicada en instancia. Presunciones resultantes de los hechos declarados probados;
  - 6.3. Modalidad procesal de clasificación profesional. Acceso a suplicación si se acumula a reclamaciones de cantidad que superan el umbral legal;
  - 6.4. Impugnación de bajas médicas.

## 7. Ejecución:

7.1. Incidente de no readmisión. Prescripción de las acciones y juego de la excepción de cosa juzgada;

### **Introducción.**

Un año más se presentan en esta crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo los pronunciamientos doctrinales de la Sala IV que se han estimado más relevantes en el curso judicial 2014-2015, 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 -como consecuencia de la atribución de control judicial en materia de despidos colectivos-, son numerosas las sentencias que han abordado estas cuestiones, siendo uno de los temas recurrentes la relevancia laboral del grupo de empresas en estos casos, la existencia o no de buena fe en la negociación del despido colectivo, o la documentación exigible en dicho proceso, o la necesidad de trazar la línea divisoria entre Administraciones Públicas y entidades públicas a estos efectos, casos todos ellos resueltos por el Pleno de la Sala. Igualmente se han abordado multitud de recursos referidos a la contratación temporal por obra o servicio por órganos administrativos al amparo de medias coyunturales de fomento del empleo, para dilucidar si llegada la terminación del tiempo previsto debía acudir o no a los despidos objetivos o colectivos, y del mismo modo, diversas cuestiones relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales, las facultades extintivas de la relación laboral de los empleados municipales por parte de los Alcaldes, y otras muchas, de entre las que destacan las Sentencias que han abordado el espinoso problema de la ultraactividad de los convenios colectivos, o el cambio jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los contratos de interinidad por vacante e indefinidos no fijos.

Por lo que se refiere a la materia de Seguridad Social se han producido también importantes pronunciamientos de la Sala IV del Tribunal Supremo,

siendo de destacar que prácticamente todas las instituciones de esta materia se han abordado por la Sala a lo largo del año, abarcando cuestiones relativas a jubilación, incapacidad temporal, incapacidad permanente, recargo de prestaciones, etc. Además, algunas materias por su repercusión social o especial complejidad o relevancia se han resuelto por el Pleno de la Sala. Así se ha abordado con insistencia el régimen jurídico de la viudedad en los casos de parejas de hecho – como por ejemplo la forma de acreditación de su existencia- , o sobre la relevancia de la pensión compensatoria como requisito para acceder a la viudedad en los casos de separación o divorcio. Igualmente se han analizado numerosos casos referidos a la pensión de orfandad en los casos de orfandad absoluta, y por supuesto, algunos pronunciamientos de relevancia en materia de accidente de trabajo e indemnización de daños y perjuicios, con referencia a la forma de utilización del Baremo del Anexo al Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Por lo que se refiere al 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 del orden social para el conocimiento de demandas de despido colectivo previas a la declaración del concurso, al control de la regularidad de la actuación de la Administración de la Seguridad Social, o a la jurisdicción competente para conocer de la aplicabilidad de normas reguladoras de ayudas por prejubilación en la minería del carbón, o de la impugnación directa de resoluciones de afectación conjunta –funcionarios y laborales--, etc. 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 unificadora, con especial relevancia lo relativo a la contradicción en materia procesal o con alegación de doctrina constitucional, y de aclarar otras como, por ejemplo, el alcance del escrito de impugnación del recurso de casación ordinaria, o la necesidad de consignar los salarios de tramitación en el recurso de casación ordinaria en los despidos colectivos declarados nulos.

## I.- DERECHO DEL TRABAJO

### **1. Contrato de trabajo y figuras afines**

En relación con la naturaleza jurídica de la relación de servicios prestada por un perito tasador, se pronuncia la **STS 3-11-2014 (Rc 739/13) (ECLI:ES:TS:2014:5118)**, recordando que la línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y



prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia.

La sentencia 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, concurriendo datos genéricos que apuntan a la calificación de los servicios del actor como trabajo autónomo.

Como hemos señalado, es el contrato de arrendamiento de servicios una de las figuras contractuales más próximas al contrato de trabajo, en todos los sentidos, siendo el que presenta más puntos en común con el mismo, y el que suscita generalmente mayores dudas a la hora de la pertinente delimitación y separación. Y es esta concreta cuestión la que decide y resuelve **STS11-2-2015 (Rc 2353/13)** (ECLI:ES:TS:2015:850) que declara la competencia del orden jurisdiccional social, por entender que existe relación laboral y no arrendamiento de servicios en una situación en que como consecuencia del Convenio de Colaboración suscrito entre la Consejería de Justicia de la CAM y el Colegio de Psicólogos de Madrid, se procedió a seleccionar a psicólogos para prestar servicios mediante turnos en el servicio de atención psicológica a las víctimas en las oficinas judiciales, proporcionando la CAM mobiliario, equipo informático y material de oficina, estando el trabajador de alta en el RETA, y emitiendo facturas por los servicios. Entiende la Sala que la prestación de servicios del actor se realizaba en el marco de trabajo por cuenta ajena, con empleo de los medios materiales de la empleadora, bajo las directrices de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio.

En **STS 20-1-2015 (Rc 587/14)**(ECLI:ES:TS:2015:637) igualmente se declara la competencia del orden social para conocer de la demanda de despido interpuesta por quien prestaba servicios para una comunidad de propietarios a razón de unas dos horas diarias de lunes a viernes, percibiendo 236 € mensuales y siendo de cuenta de la demandada el material utilizado por la actora, quien fijaba libremente su horario de trabajo. La sentencia aprecia la concurrencia de la ajenidad y dependencia al ser la empresa la que dispone de la organización y bajo la misma se desarrolla la actividad contratada sin que el trabajador aporte infraestructura o elementos materiales, y sin que empañe tal solución el hecho de la cobertura de su baja por un familiar.

Finalmente, las **SSTS 21-7-2014 (Rc 2676/13) (ECLI:ES:TS:2014:3580)** y **27-4-2015 (Rc 1237/14) (ECLI:ES:TS:2015:2105)** afirman la naturaleza laboral y no administrativa de la relación de servicios mantenida por unos demandantes con la Junta de Andalucía, y en cuya prestación de servicios concurren las notas definidoras básicas del contrato de trabajo: ajenidad y dependencia, no obstante, calificarse su contrato como administrativo de consultoría y asistencia, al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, que sustituyó al RDL 2/2000. El TS 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, el contrato celebrado fue laboral, al tratarse de profesional que se insertó en el ámbito organizativo de la Administración contratante.

## **2. Contratación temporal**

### **2.1 Contrato para obra o servicio determinado**

Reitera **STS 28-4-2014 (Rec 900/13) (ECLI:ES:TS:2014:1962)** el criterio tradicional mantenido por la Sala de que resulta ajustada a derecho la decisión empresarial de extinguir la relación laboral de unos trabajadores que habían sido contratados para obra o servicio determinado, cuando **la causa de la extinción es la reducción de la actividad para la que fueron contratados, declarando** válida la extinción progresiva de los contratos temporales suscritos, por paulatina finalización de la contrata.

Por el contrario, en **STS 16-7-2014 (Rc 1777/13) (ECLI:ES:TS:2014:3454)** se rechaza la procedencia de la extinción de **contratos de trabajo para obra o servicio determinado por reducción de la contrata** a la que estaban vinculados los demandantes. Entiende la Sala, reiterando doctrina [(STS 8-11-2010, (Rc 4173/09)], que la reducción podría justificar la extinción por circunstancias objetivas ex art. 52,c) ET, pero no la extinción del art. 49.1,c) ET, pues no ha habido una finalización de la contrata sino una mera modificación consistente en una reducción de la tareas encomendadas. En consecuencia, la extinción no es ajustada a derecho, por lo que el despido es improcedente.

En relación a si cabe la extinción del contrato para **obra o servicio determinado por finalización de la contrata**, no obstante, celebrarse nueva contrata entre las mismas partes y para la misma actividad, se pronuncia **STS 20-3-2015 (Rc 699/14) (ECLI:ES:TS:2015:1371)**. Comienza la sentencia recordando el consolidado criterio jurisprudencial conforme al cual es válida la contratación para obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de una actividad contratada por un tercero y por tiempo determinado, citando al efecto jurisprudencia que aun cuando está plenamente asentada no por ello ha estado exenta de crítica doctrinal en cuanto que posibilita la contratación temporal para la cobertura de actividades normales y ordinarias de las empresas contratistas. Asimismo resume la sentencia la posición jurisprudencial a día de hoy en torno a los efectos que produce en los contratos de la contratista las modificaciones llevadas a cabo en la contrata,

manteniendo que mientras el mismo contratista sea titular de la contrata por prórroga o nueva adjudicación, no puede entenderse que haya llegado a su término la relación. Por lo tanto, no cabe la extinción del contrato por finalización de la contrata cuando la empresa renueva ésta sin solución de continuidad con el mismo cliente.

Es notorio que la contratación temporal en las Administraciones y Organismos Públicos constituye un ámbito de constantes controversias y dudas interpretativas y donde además la normativa laboral ha de conjugarse con otras reglas y principios que inspiran la actuación de los poderes públicos, específicamente con el acceso al empleo público. En este marco, las **SSTS 29-4-2014 (Rc 1996/13) (ECLI:ES:TS:2014:3444)**, y **1-7-2014 (Rc 1988/13) (ECLI:ES:TS:2014:3413)** recuerdan los requisitos que han de concurrir para que la contratación temporal por obra o servicio terminado, pueda considerarse ajustada a derecho, considerando siempre decisivo que se identifique con precisión y claridad la obra o servicio que constituye el objeto del contrato. En los supuestos examinados, la única cuestión que se suscita es la relativa a determinar si la relación que ha vinculado a los demandantes con **el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) para realizar funciones de asesor de empleo definidas en el marco del Plan extraordinario de medidas de orientación y formación profesional e inserción laboral (PEMO)**, puede ser calificada como indefinida. El TS efectúa un exhaustivo recorrido por la doctrina de la Sala a propósito del contrato por obra o servicio determinado, procediendo a reglón seguido a examinar los contratos suscritos por el SAE y su objeto que pone en relación con el PEMO y los hitos normativos seguidos en su regulación, concluyendo que dichos contratos no cumplen con la exigencia de identificar la obra o servicio que constituye su objeto, presupuesto del que las Administraciones Públicas no quedan exoneradas, lo que determina que los contratos se declaren celebrados por tiempo indefinido.

## **2.2 Contratos de interinidad**

Recuerdan las **SSTS 10-10-2014 (Rc 723/13) (ECLI:ES:TS:2014:4265)**; **14-10-2014 (Rc 711/13) (ECLI:ES:TS:2014:4264)** la más reciente doctrina de la Sala IV que ha considerado como indefinidos no fijos a los trabajadores que han prestado servicios para la Administración pública en calidad de interino por vacante superando el límite temporal máximo de tres años para su cobertura, de conformidad con la Ley 7/2007 (EBEP) arts. 70.1 y RD 2720/1998 art. 4.2 b) [SSTS 14-7-2014 (Rc 1847/13 y 15-7-2014, Rc 1833/13)]. En el caso, se trata de unos trabajadores del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña —en centros penitenciarios de Cataluña— que han venido prestando servicios en virtud de contratos que en principio lo fueron para sustituir a trabajadores con reserva de puesto de trabajo, para acabar siéndolo de interinidad por vacante, tratándose de una contratación que se ha venido produciendo de forma masiva, continuada y reiterada a lo largo del tiempo. El TS, como hemos anticipado, reconoce la naturaleza indefinida-no fija de esta relación, al tratarse en realidad de trabajadores que venían cubriendo necesidades de la empleadora que van más allá de la interinidad por sustitución bajo cuya cobertura prestaban servicios. Además, la Administración empleadora ha dejado transcurrir en exceso el plazo para la cobertura de las mismas.

## **2.3 Contrato de relevo**

Como es sabido, el contrato de relevo está previsto legalmente como un tipo contractual específico para sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que simultanea una jubilación parcial anticipada con un contrato a tiempo parcial. En el caso de **STS 19-1-2015 (Rc 627/14)** (ECLI:ES:TS:2015:453) se contempla la validez de uno de estos contratos al instar el trabajador relevista la declaración de improcedencia de su cese al alcanzar la edad de jubilación el relevado, con sustento en que este último había concentrado toda la jornada laboral --reducida al 5 %-- en los 9 meses siguientes a la suscripción del contrato de relevo, sin que con posterioridad a ello hubiese prestado más servicios para la demandada, pero manteniendo su alta en la empresa y consiguiente cotización. El TS tras una minuciosa labor argumental, atendiendo a la originaria conexión --que no dependencia-- entre los contratos del relevado y el contrato de relevo, y los objetivos pretendidos por el legislador, concluye que la concentración de jornada llevada a cabo en el caso no tiene expresa contemplación legal, pero esta ausencia de específico tratamiento normativo no implica de suyo ilegalidad alguna, sino que partiendo de la libertad de pacto que impregna nuestra legislación, aquella consecuencia solo es sostenible cuando media fraude, lo que no es el caso. En consecuencia, aunque esa concentración del periodo a trabajar no sea el exactamente previsto en el RD 1131/2002, no reviste cualidad fraudulenta ni perjudica los intereses en juego, tanto del relevista como de la Seguridad Social.

## **3. Convenio colectivo y negociación colectiva.**

### **3.1. Crédito horario**

La Sala IV se ha pronunciado sobre diversas cuestiones relativas al crédito horario de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales.

Especial relevancia presenta la **STS 1-07-2014 (Rc 91/2013)**, ECLI:ES:TS:2014:3933, dictada en Sala General, que rectifica doctrina previa si bien con voto particular, en relación con el crédito de horas para funciones de representación sindical de los **delegados sindicales de una sección sindical estatal**, en un supuesto en el que empresa tiene unos 1.400 trabajadores en diversas Comunidades, pero ningún centro de trabajo tiene más de 250 empleados. La Sala sostiene que la opción, que se ofrece en el art 10.1 LOLS, entre nombrar los Delegados Sindicales de manera conjunta para toda la empresa o de forma fraccionada por centros de trabajo corresponde al sindicato como titular del derecho de libertad sindical y del respeto a la "libertad de autoorganización del Sindicato". En consecuencia, para determinar el número de horas de ese crédito, aplicando la escala del artículo 68 ET, hay que estar a la **opción efectuada por el sindicato**, de forma que si éste opta por el nivel de empresa, la escala del art 68 ET, se refiere al nivel de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo. Por ello, en el caso analizado los Delegados sindicales de la sección sindical de empresa de ámbito estatal tienen derecho al crédito de horas de acuerdo con la escala establecida en el art 68 ET para los representantes unitarios, referenciando su escala al conjunto de trabajadores de la empresa y no de cada centro de trabajo,

dado que ese ha sido el ámbito tomado en consideración para la elección de dichos delegados sindicales.

Por otra parte, la **STS 15-07-2014 (Rc 236/13)**, [ECLI:ES:TS:2014:3487](#), declara el derecho de los **representantes unitarios** de los trabajadores, con **jornada a tiempo parcial**, a que el uso del crédito horario se haga efectivo y compute por jornadas completas de 8 horas y 14 minutos por cada día en que se realicen las mismas, y no por horas, y ello con independencia del horario real que cada representante tenga asignado durante el día en que se haya hecho uso del mismo y de la modalidad contractual. Se interpreta un Acuerdo que fue suscrito como “mejora del régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores” y presenta la peculiaridad de que el crédito horario, atribuido en función del número de empleados del centro o zona, se fija en un número de jornadas, en lugar de hacerse por horas, comprometiéndose la parte social a hacer uso del crédito horario por jornadas completas. El problema surge con los representantes con jornada a tiempo parcial que pueden resultar perjudicados con ese sistema. Se declara que el cómputo por jornadas pactado, con el compromiso de usar la jornada sindical completa, no puede abocar a una disminución de las garantías del art. 68 ET, cuya naturaleza indisponible impide cualquier condicionamiento o limitación. Todas las **garantías reconocidas en el art. 68 ET** son de contenido mínimo, mejorable en convenio colectivo, pero los pactos no pueden válidamente condicionar el ejercicio de esas facultades inherentes al derecho de representación, poniendo límites, que es lo que efectúa la cláusula analizada.

Asimismo, la **STS 2-02-2015, (Rc 279/13)**, [ECLI:ES:TS:2015:809](#), estima que la empleadora vulneró la **libertad sindical** de la CIG, condenando a aquella a que asigne a la Delegada sindical de la CIG el crédito horario objeto de litigio y a que abone al Sindicato 3.126 euros por daños morales. Existe vulneración del derecho a la libertad sindical, pues la demandada niega el ejercicio de un crédito horario previamente pactado con la representación sindical, al no reconocer la **cualidad de delegado sindical** de la CIG a la trabajadora nombrada por el sindicato en aplicación del pacto de empresa, que ésta no puede desconocer. En cuanto a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, sostiene, ex art 179.3 LRJS, que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” ha de excepcionarse “en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada” y éste es el caso de analizado. Además, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitido por el TC y por la Sala IV.

La **STS 23-03-2015 (Rc 49/14)**, [ECLI:ES:TS:2015:2103](#), con voto particular, reconoce a los **delegados sindicales el crédito horario** reconocido legalmente de 15 horas mensual durante los 11 meses de actividad laboral, sin que se extienda a las vacaciones [lo que comporta las 155 horas reconocidas y no las 180 reclamadas]. El crédito horario que corresponde a los Delegados sindicales, ex art. 10.3 LOLS, ofrece las mismas características que el propio de los representantes unitarios lo que supone que también ostenta la naturaleza de permiso retribuido. La regulación estatutaria y la naturaleza jurídica del permiso imponen el mismo como exención retribuida del trabajo. El uso del crédito horario sindical justifica el derecho a permiso retribuido para el trabajador que ejercita tal función (art. 37.3 ET) por lo

que solo cabe reconocer permiso retribuido cuando **existe efectiva actividad laboral** y, por tanto, se rechaza que sea posible su utilización mientras el trabajador se halla disfrutando de sus vacaciones anuales. Esto es, el crédito horario está indefectiblemente ligado a la actividad laboral, pues en términos lógicos el “permiso” [crédito horario] no es concebible sino como exención al cumplimiento de una obligación previa [actividad laboral]. Asimismo, se halla establecido con carácter “mensual” pero en relación con el periodo de actividad desempeñada, lo que consiguientemente lleva al disfrute del derecho tan sólo en los once meses de trabajo, rechazando que el derecho al crédito “mensual” de 15 horas se ostenta durante todos los meses de año [así las 180 horas reclamadas], incluido el mes de vacaciones.

Interesante es la **STS 22-04-2015 (Rc 152/14)**, ECLI:ES:TS:2015:2118, en la que se debate a propósito del crédito horario en el marco de una **sucesión del art 44 ET**. La entidad LIBERBANK procede de la fusión de las Cajas de Ahorro de Asturias, Extremadura y Cantabria por integración de las mismas en un SIP (Sistema Institucional de Protección). En virtud de lo establecido en el art 68 e) ET y en el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro para los años 2011 y 2014, al no existir un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la entidad Liberbank SA, en principio, no procedería la acumulación de horas de los representantes de los trabajadores solicitada en la demanda rectora. Sin embargo, en una de las entidades fusionadas, la posibilidad de la **acumulación heterogénea** de horas de los representantes de los trabajadores venía siendo disfrutada en virtud de un **acuerdo tácito** con la empresa, acuerdo que resulta plenamente válido y eficaz. Dado que la nueva entidad, en virtud de lo establecido en el artículo 44.1 ET, queda subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior empresa, el derecho a la acumulación heterogénea de horas ha de ser respetado por Liberbank SA, como sucesora. No se trata de una condición más beneficiosa unilateralmente concedida, sino de un verdadero acuerdo existente entre la entidad y los representantes de los trabajadores, por lo que la nueva entidad, al subrogarse en los derechos y obligaciones de la anterior, ha de asumir asimismo este acuerdo.

### **3.2. Legitimación.**

La **STS 4-06-2014 (Rc 111/2013)**, ECLI:ES:TS:2014:3407, analiza las reglas de la **legitimación negociada plena** para constituir válidamente el **banco empresarial** de la Comisión Negociadora del I Convenio Colectivo General del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, en la redacción dada a los preceptos estatutarios por el RDL 7/2011. La asociación empresarial ASPEL tiene la legitimación inicial u ordinaria al dar ocupación a más del 15% de los trabajadores del sector de limpieza al que afecta la negociación, pero no tiene la legitimación plena pues no representa a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores. El art 88 ET sigue exigiendo, en todo caso, que los negociadores por la parte empresarial ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el Convenio, aun cuando con la reforma se han flexibilizado las reglas de legitimación, facilitando la negociación sectorial. Se da entrada a las organizaciones estatales que tuvieran la condición de más representativas, o mejor, que tuvieran una representación mínima del 10% de los trabajadores en el conjunto del Estado o en

las Comunidades Autónomas según el ámbito de afectación del futuro Convenio, para el supuesto de que "no existan asociaciones que cuenten con la suficiente representatividad" en aquellos sectores a los que afecte la negociación, pero sólo para este supuesto, ampliando la legitimación que sólo tenían hasta entonces las patronales sectoriales a las patronales "generales" y tanto para reconocerles legitimación inicial como para reconocerles legitimación negociadora.

En la **STS 27-10-2014 (Rc 267/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5736, la cuestión a decidir se ciñe a determinar si CGT ha visto vulnerado su derecho a intervenir en la **negociación de un convenio colectivo** de empresa cuando no estuvo presente en su Comisión Negociadora. Cuestión a la que se le da una respuesta negativa tanto cuando la negociación fue llevada por la RLT cuanto por las secciones sindicales, a las que de forma alternativa se les reconoce la **legitimación negociadora inicial**. CGT no ha constituido su sección sindical en la empresa donde se negocia el convenio colectivo; no cuenta con representante de los trabajadores en el momento de constituirse la Comisión Negociadora; no posee la condición de sindicato más representativo; no ha acreditado obstaculización concreta alguna respecto del ejercicio de su derecho a la negociación y en ningún momento manifestó su intención de formar parte de una negociación que debía conocer, por su notoriedad y duración; solamente invoca la representación de once trabajadores respecto de un total de cuatrocientos cincuenta. En suma: ni legalmente estaba legitimada para negociar, ni siquiera llevó a cabo actuaciones para intentar ejercer su pretendido derecho.

### **3. 3. Ultraactividad.**

Sin duda una de las sentencias más relevantes de este año judicial es la **STS 22-12-2014, (Rc 264/14)**, ECLI:ES:TS:2014:5504, en la que se cuestiona el fin de la **ultraactividad de un convenio de empresa**, y se plantea si procede que la empresa aplique a partir del momento en que el convenio expiraba en su vigencia en ultraactividad, ex art. 86.3 ET, las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, en vez de las contenidas en el convenio, dada la **inexistencia de convenio de ámbito superior**. Finalizada la vigencia del convenio de empresa, es denunciado en el año 2010, constituyéndose la mesa negociadora, sin que se llegara a firmar ningún acuerdo del nuevo convenio, perdiendo su vigencia el 8/6/2013, por haber transcurrido el año de ultraactividad previsto en la Ley 3/2012 de 6 de julio. Tras una interesante interpretación del art 86.3 ET, la Sala IV se inclina por la denominada **tesis "conservacionista"**, según la cual las condiciones laborales que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deben mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes. Por ello, los derechos y obligaciones de las partes, existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo, no desaparecen cuando el convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente. Se rechaza expresamente la tesis "rupturista", según la cual los derechos y obligaciones de las partes pasarían a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales

existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido pues se producirían indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional. La sentencia consta de diversos votos particulares, también de gran interés.

#### **4. Despidos individuales y extinciones del contrato de trabajo**

##### **4.1 Administración Pública: Contratos de interinidad por vacante y fijos no indefinidos.**

En el periodo acotado por la presente crónica son de notable relevancia los pronunciamientos obrantes en **TS 24-6-2014 (Rc 217/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3081), **8-7-2014 (Rc 2693/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3514), **14-7-2014 (Rc 1807/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3455), **16-9-2014 (Rc 1880/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3926), **13-10-2014 (Rc 2039/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4537), **19-2-2015 (Rc 51/2014)**(ECLI:ES:TS:2015:703), **9-3-2015 (Rc 2186/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1747), **18-3-2015 (Rc 1521/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1908), **30-3-2015 (Rc 2276/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1906), **12-5-2015 (Rc 1080/14)**, en los que se rectifica doctrina de la Sala. El debate giró en estos casos sobre la determinación de si el contrato indefinido no fijo, al igual que el de interinidad por vacante, se extinguen al amortizarse la plaza cuya cobertura tenían por objeto, sin necesidad de acudir a los procedimientos de extinción contractual, colectiva o individual, que son regulados en los arts. 51 y 52.c) ET. Las amortizaciones se acordaron cuando ya estaba en vigor la Ley 3/2012 que incorporó al ET una nueva disp.adic.20ª, y en la que se estableció la necesidad de aplicar los arts. 51 y 52.c) ET a las extinciones contractuales acordadas por las Administraciones Públicas por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que obliga a la Sala, como hemos dicho, a rectificar la doctrina, pues la citada disp.adic.20ª, ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/CE, de 20 de julio, en relación con el personal laboral de las Administraciones públicas, a quien a partir de ahora se aplica lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) ET en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos individuales por causas objetivas. En consecuencia, la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los señalados preceptos.

##### **4.2 Despido disciplinario**

A propósito de un despido disciplinario acaecido en el Ayuntamiento de Almuñécar, la cuestión que aborda **STS 1-7-2014 (Rc 1486/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3451), es la relativa a determinar si es o no un requisito formal en la tramitación del expediente disciplinario la ratificación por el Pleno del despido decidido por el Alcalde, cuestión a la que se da una respuesta negativa, pues tras la Ley 11/1999 que reforma la Ley de Bases de Régimen Local arts. 21 y 22, y que reordena la atribución de la competencia para los despidos al Alcalde y modifica las competencias del Pleno al respecto, si bien se exige al Alcalde la dación de cuenta al Pleno de los despidos del personal laboral, pero no la ratificación por el Pleno, por lo que la falta de ratificación ante el Pleno, no da lugar a la improcedencia por defecto de forma.



Es doctrina reiterada –y de sobre conocida– de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que el recurso de casación para la unificación de doctrina, en su condición de medio extraordinario y hasta excepcional de impugnación de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo recursos de suplicación no constituye cauce idóneo para el examen o nueva valoración de las conductas humanas, en particular las que dan o pueden lugar a un despido disciplinario. De manera que la calificación de tales conductas y, consiguientemente, de la propia decisión extintiva son materias que carecen de interés casacional.

Sin embargo, no todos los aspectos del régimen jurídico del despido disciplinario tienen la misma dificultad de acceso a la casación unificadora, y ello hace posible que la Sala siga avanzando en la conformación o consolidación de doctrina en relación con esta institución. Muestra de ello y en lo que atañe a las causas específicas de despido disciplinario la **STS 15-10-2014 (Rc 1654/13) (ECLI:ES:TS:2014:4632)** aborda el despido de una trabajadora, afiliada al Sindicato CC.OO, y que ostenta la condición de representante de los trabajadores a la que se imputa la **transgresión de la buena contractual** con sustento en que el **crédito horario** concedido no fue dedicado a la actividad para la que se había previsto, sino, por el contrario, en todo o en parte para actividades particulares o de utilización personal o sindical en distinto horario del manifestado, aportándose asimismo un certificado sindical que no coincidía con lo realmente efectuado por la trabajadora. El TS tras efectuar un exhaustivo recorrido por la doctrina jurisprudencial de la Sala, concluye afirmando que el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación de los trabajadores durante el uso del crédito horario, no constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que pueda justificar el despido, puesto que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 ET a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual. De interés resultan asimismo las cuestiones procesales, que son abordadas en el apartado correspondiente de esta crónica, en orden a la prueba de detectives y la posibilidad de modificar la revisión fáctica con sustento en la misma.

#### **4.3 Vulneración de derechos fundamentales**

Se ventila en **STS 13-5-2014 (Rc 1685/13) (ECLI:ES:TS:2014:2618)** si existe una vulneración empresarial de los derechos fundamentales de la CE art. 18.4 (derecho a la protección de datos de carácter personal) provocada por la **utilización de cámaras de video-vigilancia** para sancionar a una trabajadora por el alegado incumplimiento de sus obligaciones laborales, vulneración que resultaría de la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones de imagen para un fin, desconocido por la trabajadora afectada y distinto del expresamente señalado por la empresa al instalar el sistema con carácter permanente, de control de su actividad laboral. Y la respuesta que da la Sala Cuarta a tal cuestión es afirmativa, considerando nula por vulneración del derecho a la protección de datos, la prueba consistente en las imágenes captadas por una cámara instalada en un supermercado que controlaba la zona de cajas y que registró irregularidades en el

cargo y abono de algunos artículos; concretamente no registrar, ni cobrar determinados productos retirados por la pareja de cajera que realizaba la operación. La sentencia, que parte expresamente de la doctrina de la STC 29/2013, se fundamenta en la falta de información previa a la trabajadora y a sus representantes sobre la finalidad del control que se había aplicado. Y concluye confirmando la declarada nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. La sentencia cuenta con un Voto particular.

También se califica como nulo el despido contemplado en **STS 14-5-2014 (Rc 1330/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2565) por considerar vulnerada la CE art. 24 en relación con la jurisprudencia relativa a la garantía de indemnidad, al existir indicios en el caso sobre el particular que no fueron contradichos por prueba suficiente de adverso. Así, tras presentar la actora demanda postulando el reconocimiento del carácter laboral indefinido de su relación con el organismo demandado, y obtener sentencia estimatoria, vencido el último contrato, la trabajadora hubo de cesar al no haberse procedido a prorrogar ni a formalizar otro nuevo, lo que no es explicable a la vista de la cadena de contratos existentes hasta la fecha, de tal suerte que la “causa objetiva y razonable” de la extinción contractual aludida por la demandada, no se considera acreditada.

Rechaza por el contrario la nulidad del despido, la **STS 29-9-2014 (Rc 3248/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4139) porque la pertenencia a un colectivo afectado por una subrogación no figura en la lista de discriminación de la CE art. 14 y, en principio no es equiparable a cualquiera de las condiciones y circunstancias personales o sociales que pudieran incluirse en ella. Tampoco cabe la calificación del despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho, recordando la línea doctrinal ya superada sobre la calificación del despido fraudulento, aquél en que el motivo real de la extinción contractual no se corresponde con la causa formalmente alegada, y que –como se recordará– con carácter general merecía la calificación de nulo, aunque no siempre. Línea con la que enlaza directamente el criterio que se viene manteniendo en relación con los despidos por excesiva morbilidad o en caso de enfermedad del trabajador. En definitiva, el Tribunal se reafirma en el ya asentado criterio doctrinal de que en estos casos el despido --nulo por fraude de ley o abuso de derecho-- ha de ser calificado como improcedente y no como nulo.

Declara **STS 17-2-2015 (Rc 891/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1901) nulo el despido objetivo de los demandantes por vulnerar el **derecho fundamental a la tutela judicial efectiva** en su doble vertiente de garantía de indemnidad y de cumplimiento de las sentencias definitivas y firmes. En este caso se aprecia un comportamiento fraudulento de las empresas demandadas que partiendo de un ilícito civil, cual es el incumplimiento de una sentencia firme que declaraba nula la transferencia de los actores desde Antena 3 a Central Broadcaster Media, son “cesados” por ésta por causas objetivas, tras haberse dirigido los demandantes por escrito a la Inspección de Trabajo denunciando el incumplimiento de tal resolución.

#### **4.4 Despido objetivo por causas económicas**

Entre los requisitos legales que con carácter general se exigen en la extinción por causas objetivas que han de cumplimentarse necesariamente, se encuentra la obligación de enviar copia del escrito de preaviso a los representantes de los

trabajadores para su conocimiento. Pues bien, en **STS 11-6-2014 (Rc 649//13)** (ECLI:ES:TS:2014:3306) se analiza si la notificación efectuada a un delegado de personal de los dos existentes es suficiente para entender cumplido el requisito del art. 53.1 c) ET, o es preciso entregar copia de la carta también al otro delegado de personal. La Sala Cuarta concluye que no procede exigir que se dé copia de la carta de despido a todos y cada uno de los representantes de los trabajadores. Así se deduce del tenor literal del precepto que se refiere a “la representación legal de los trabajadores”, no a cada uno de los representantes de los trabajadores. Además, la finalidad de tal requisito es que dicha representación tenga conocimiento del despido que ha efectuado la empresa, en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo y se cumple con la entrega de copia de la carta de despido a uno de los varios Delegados de personal. Así las cosas, se confirma la declaración de procedencia del despido objetivo por causas económicas.

Recuerda **STS 14-10-2014 (Rc. 3054/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4639) que “la selección de los trabajadores afectados” por los despidos objetivos del ET art. 52.c) corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios. Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, por tanto, en principio, a que la actualización de la cusa económica afecta al puesto de trabajo amortizado. Y en el caso, se afirma la procedencia del despido al no existir indicio suficiente de que la aplicación que se hizo de los criterios objetivos basados en la productividad y el absentismo, encierre un fraude de ley o abuso de derecho o se haya producido por móviles discriminatorios.

A propósito del **principio de igualdad** y su proyección sobre las relaciones laborales, se pronuncia la **STS 26-1-2015 (Rc 401/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1920), en relación a un inusual supuesto en el que el Convenio [Convenio Colectivo para Empresas Consignatarias de Buques] establece una **diferencia de trato para los despidos colectivos y los objetivos en lo tocante a la indemnización.**

Así las cosas, y puesta de manifiesto la homogeneidad de los dos tipos de despido, la explicación para que se hubiera pactado para los despidos colectivos una indemnización que dobla la legalmente prevista y que no se extiende a los despidos objetivos no colectivos, se encuentra en la génesis del precepto del convenio colectivo, dado que la norma data de 1987, es decir, se pacta con anterioridad a la reforma de la Ley 11/1994, redacción inicial que se ha ido manteniendo en los sucesivos Convenios Colectivos, y tras la reforma laboral de 1994 el beneficio pasó formalmente a limitarse a los despidos objetivos colectivos [únicos sometidos al ERE que el precepto refiere], sin que los negociadores del Convenio considerasen necesario u oportuno modificar sus redacción para alcanzar a los no colectivos. Y esta circunstancia no justifica la desigualdad en el tratamiento indemnizatorio, lo que determinar que el importe de la indemnización en el caso, se fije con el importe previsto en el Convenio Colectivo para los despidos colectivos, habida cuenta de que en los supuestos de tratamiento diverso constitucionalmente censurable se impone la llamada <<equiparación en lo favorable>>, de forma que a desigualdad ha de corregirse con la eliminación de la disposición que establece el trato peyorativo y la aplicación al colectivo discriminado también en el tratamiento más beneficioso.

En un despido objetivo por **causas económicas y de producción**, reitera **STS 23-2-2015 (Rc 1031/14) (ECLI:ES:TS:2015:1756)** que la existencia de reservas voluntarias no empece la existencia de pérdidas. Recuerda la sentencia que la Sala tiene declarado que no comparte la conceptualización de los **fondos de reserva** como un <<valor contable>>, que es cualidad únicamente predicable de las reservas para acciones propias y para la amortización de capital, sino que –conforme a la usual doctrina mercantilista y al TRLSC— sean <<partidas de fondos propios>> con afectación general y subordinada al capital social, y que entre sus aplicaciones –aparte de su posible capitalización y/o distribución— figure la principal de absorción de pérdidas. En consecuencia, la empresa se encuentra en una situación económica negativa, por la existencia de pérdidas actuales, que se han venido produciendo e incrementando en los últimos cuatro ejercicios económicos, por lo que concurre la causa de extinción objetiva del contrato de trabajo, sin que tal consideración quede desvirtuada por la existencia de un fondo de reserva voluntario.

La cuestión que se plantea en **STS 31-3-2015 (Rc 1505/14) (ECLI:ES:TS:2015:1919)** consiste en determinar la calificación que debe darse al despido objetivo ex art. 52.c) ET cuando la empleadora –sin invocación, en su caso, en la carta de despido de situación iliquidez--, no pone a disposición de la trabajadora, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización legal correspondiente del art. 53.1.b) ET, tratándose de una trabajadora reintegrada al trabajo al finalizar el periodo de **suspensión del contrato por maternidad** no habiendo transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, y en concreto, si debe ser declarado improcedente o nulo. En definitiva, se decide si el incumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo en los supuestos de especial protección debe comportar la declaración de improcedencia del despido o su nulidad. La Sala efectúa una interpretación coordinada de la LO y de los arts. 53.4.II y 55.5.II del ET, y arts. 108.2. II y 122.2 (letras d, d, y e) y 123 LRJS, así como de la específica regulación de los despidos objetivos, concluyendo que la nulidad del despido objetivo como especial protección a favor de todos los trabajadores/as que se acogen al derecho a las excedencias, suspensiones y permisos legales por motivos de embarazo, maternidad, guarda legal o situaciones conexas, únicamente se excepciona cuando el despido es declarado procedente “por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”, pero no cuando es declarado improcedente en los supuestos contemplados de incumplimiento de los requisitos formales o de no acreditación de la causa. Por lo tanto, se establece para los despidos objetivos en estos supuestos de especial protección la misma doctrina fijada para los despidos disciplinarios.

#### **4.5 Consecuencias económicas del despido**

Rechaza **STS 9-5-2014 (Rc 1116/13) (ECLI:ES:TS:2014:2570)**, descontar los salarios de tramitación correspondientes al periodo de tiempo derivado de las suspensiones del juicio realizadas a instancia de las trabajadoras demandantes, con base en que tal suspensión constituye un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, y aunque al tiempo la sentencia hace una valoración jurídica sobre el carácter abusivo de las solicitudes de suspensión, existen otras circunstancias indicativas de que la demora no se debió exclusivamente a la

actuación de las actoras, de ahí que no haga uso de la posibilidad que contempla LRJS art. 119.2 cuando dispone que el Juez “excepcionalmente, podrá privar al trabajador de su percepción (salarios de tramitación) si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho”.

La reforma laboral (RDL 3/2012) redujo sustancialmente la indemnización por despido improcedente de los realizados a partir del 12-2-2012. En la actualidad la indemnización se fija en función de la fecha del contrato antes o después del 12-2-2012. Respecto a los contratos formalizados antes del 12-2-2012, el cálculo indemnizatorio se hace en dos tramos, existiendo en ambos la obligación de prorratear por meses los períodos inferiores a un año (L 3/202 disp.tras.5ª): a) un primer tramo por el tiempo de prestación de servicios anterior al 12-2-2012 en el que el cálculo se hace a razón de 45 por días de salario por año de servicio; b) un segundo tramo por el tiempo de prestación de servicios posterior al 12-2-2012 a razón de 33 días por año de servicio. La indemnización está topada en 720 días (24 mensualidades) salvo que se supere tal cantidad considerando los servicios previsto al 12-2-2012; supuesto en el que se mantiene el tope de 42 mensualidades previo a la reforma (L 3/2012 disp.tras.5ª).

Es esta cuestión la que se examina en **STS 29-9-2014 (Rc 3065/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4270), supuesto en el que las trabajadoras fueron objeto de despido colectivo, y disconformes con las indemnizaciones en cuantías calculadas con el límite de 720 días, se alzaron en casación unificadora denunciando la infracción del RDL 3/2012 disp.tras. 5ª, precisamente al haber aplicado la sentencia recurrida el límite de 720 días en el cálculo de la indemnización, sin diferenciar la extensión de los periodos trabajados antes y después de la reforma operada por el meritado RDL.

También sobre el modo en que ha de calcularse la indemnización por despido improcedente se pronuncia **STS 24-9-2014 (Rc 1522/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4135)), quedando la cuestión litigiosa ceñida a determinar el importe del salario regulador de la indemnización por despido improcedente, dirimiéndose si debe incluirse el impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o no. La Sala da una respuesta negativa. Razona al respecto que las cuantías destinadas al abono del IVA que percibe el prestador de servicios al amparo de un contrato administrativo no son cantidades destinadas a recompensar la actividad comprometida. Se trata de dinero recaudado para el posterior ingreso en favor de la Hacienda Pública y por cuenta de ella.

En **STS 16-2-2015 (Rc 3056/13)** (ECLI:ES:TS:2015:983) se dirime si es procedente excluir del cálculo de la indemnización por despido improcedente, el importe de las dietas cobradas. La Sala afirma que en el caso, las cantidades percibidas por tal concepto no respondían realmente al resarcimiento de los gastos generados por la actividad laboral, ya que los contratos temporales se suscribieron en el mismo lugar de prestación servicios y, por tanto, ninguna norma obligaba a la empresa a abonar dietas al actor. Por lo tanto, lo abonado por tal concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que obligaba el contrato.

Sentado lo anterior, se estima asimismo el recurso de la empresa, con invocación del criterio jurisprudencial sobre la materia, excluyendo el devengo de salarios de tramitación, por entender que el reconocimiento de la improcedencia y consignación del importe indemnizatorio en la cuenta del Juzgado son correctos, sin

que sea exigible una previa comunicación de tales decisiones al actor. Y, si bien la empresa en el cálculo indemnizatorio no tuvo en cuenta las dietas que, conforme a lo antes indicado, si deben ser incluidas, dicho error se califica de excusable.

#### **4.6 Extinción del contrato a instancia del trabajador**

Declara la **STS 16-1-2015 (Rc 257/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1208) que los retrasos en abono de la prestación por incapacidad temporal y del complemento de la misma –ambos conceptos a cargo de la empresa— tienen la suficiente gravedad como para justificar la extinción indemnizada de la relación laboral, sin que los pagos ulteriores efectuados por la empresa pueden desactivar el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, constatado por la existencia de un retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución superando con exceso el retraso de los tres meses. Análoga solución se alcanza en **STS 19-1-2015 (Rc 569/14)** (ECLI:ES:TS:2015:629).

### **5. Despido colectivo**

#### **5.1 Competencia del orden social y concurso**

La **STS22-9-2014 (Rc 314/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4636) excluye la competencia del Juez del concurso, porque no consta resolución alguna suya en orden a la atracción de la competencia; y por otro lado, porque la demanda interpuesta lo ha sido contra empresas ya declaradas en concurso y otras que no se hallan en tal situación, afirmando –con confirmación judicial-- que se trata de un grupo de empresas a efectos laborales, circunstancia ésta que, en la doctrina del **ATS 28-9-2011**, trasciende a la competencia y excluye el posible conocimiento de la pretensión por parte del Juzgado de lo Mercantil de conformidad con lo dispuesto en la Ley 22/2003 arts. 8.2, 64.1 y 51.1, y **ATS –Sala de Conflictos – 24-6-2010 (Rc 29/09)**, y **28-9-2011 (Rc 30/11)**. Análogo criterio se sigue en **SSTS 26-1-2015 (Rc 173/14)**(ECLI:ES:TS:2015:1069) y **27-1-2015 (Rc 189/14)** (ECLI:ES:TS:2015:697), en las que se declara la competencia de la jurisdicción social para resolver sobre la impugnación de los despidos colectivos, aunque la demanda se presentara después de la declaración del concurso

#### **5.2 Legitimación activa**

En lo atañe al órgano de interlocución, un problema de índole procesal se resuelve en **SSTS 24-6-2014 (Rc 297/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3687), y **21-10-2014 (Rc11/2014)** (ECLI:ES:TS:2014:5513) en las que se afirma que carece de legitimación el Sindicato actor para impugnar el despido colectivo, por carecer de implantación suficiente en el empresa demandada.

Se rechaza en **STS 25-2-2015 (Rc 202/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1452), la legitimación activa del Sindicato CGT para interesar que se declare nula o subsidiariamente injustificada la decisión empresarial de despido colectivo acordado por la dirección de la empresa Roca Sanitarios SA, porque lo relevante no es que el Sindicato tenga representación en la empresa, sino que tenga implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, lo que no es el caso, al no tener

representantes en los dos centros de trabajo afectados por el despido colectivo.

Por el contrario en **STS 23-2-2015 (Rc 255/13)** (ECLI:ES:TS:2015:1455) se afirma la legitimación activa de la sección Sindical de la Confederación General de Trabajo de Printerman Industria Gráfica SA, para promover la impugnación del despido colectivo acordado en dicha mercantil, pues de la lectura del art. 124 LRJS en sintonía con el art. 17.2 de la propia norma procesal, se reconoce legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trata. Y en el caso es palmaria la concurrencia de dicho “vínculo” desde el momento en que, el único sindicato implantado en la empresa es CGT, que presenta ocho candidatos para una empresa de 46 trabajadores, lo que constituye una implantación única de un 18%.

Descarta **STS 25-2-2015 (Rc 36/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1373), la demanda en impugnación de despido colectivo deducida por un delegado de personal de un centro de la empresa donde hay otros dos delegados más, por falta de legitimación activa, toda vez que las competencias de los representantes de los trabajadores se ejercen mancomunadamente a tenor de lo dispuesto en el art. 62.2 ET, no pudiendo, en consecuencia, actuar unilateralmente. En efecto, la actuación de los delegados de personal, en cuanto son titulares de una representación colectiva, común para todos los representados, para ser válida y eficaz para todo el personal, exige el acuerdo mayoritario si son tres.

### **5.3 Órgano de interlocución**

Sin lugar a duda, una de las cuestiones que sigue ocupando el centro de debate en materia de despidos colectivos tras la reforma de 2012, es la referida a la conformación y composición de la comisión negociadora que habría de actuar en el período de consultas.

Un supuesto singular es el que se aborda en **STS 20-5-2014 (R 166/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3452), en el que son varios los centros afectados por el despido colectivo, declarando la Sala que puede ser válida y eficaz la negociación durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en cada uno de los tres centros de trabajo de la empresa en las provincias de Vizcaya, Álava y Navarra porque no existía comité intercentros, sin que las partes constituyeran una única comisión ad hoc. La **STS 22-9-2014 (Rc 27/2014)** (ECLI:ES:TS:2014:4878) admite la comisión constituida por representantes legales y representantes ad hoc – comisión híbrida negociadora--, siempre que se acredite la concurrencia del acuerdo y se asegure el voto ponderado de cada representante, para garantizar el voto mayoritario.

Didáctica resulta **STS 24-2-2015 (Rc 165/14)** (ECLI:ES:TS:2015:852), en el aspecto relativo a la conformación y composición de la comisión negociadora que habrá de actuar en el periodo de consultas, en concreto, en lo que atañe a la representación de los trabajadores. Así, como regla es el Comité de Empresa, dentro de los límites de su representación y si la afectación del despido colectivo no excede de dicho ámbito, es el organismo que, como representante legal de los trabajadores de naturaleza unitaria, ostenta el carácter de interlocutor por imperativo legal dada su condición de “órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses”. Si bien el ET en la nueva regulación del despido colectivo ha establecido, no obstante,

a pesar de la existencia de Comité de Empresa, una regla de preferencia a favor de las Secciones Sindicales con determinados presupuestos y otra subsidiaria para cuando no exista representación legal de los trabajadores, ni sindical ni unitaria. Reglas que se desarrollan reglamentariamente en el RD 1483/2012, aplicables asimismo en las Administraciones Públicas.

Sentado lo anterior, y en lo tocante el despido colectivo seguido en el Ayuntamiento de Aljaraque, se alcanzó un Acuerdo con el Comité de Empresa, impugnado por la Sección Sindical del Sindicato Unitario interesando la nulidad del despido debido a que la negociación y el Acuerdo se alcanza por el Comité de Empresa y no por las Secciones Sindicales, afirmando que la negociación del acuerdo se llevó a cabo por quien no está legitimado para ello en nombre de los representantes de los trabajadores, cuestión a la que el TS da una respuesta negativa. Razona al respecto que no consta existiera un acuerdo de las Secciones Sindicales para actuar como representantes de los trabajadores frente al empresario en el periodo de consultas del despido colectivo con prioridad al existente Comité de Empresa, ni que dichas secciones ostenten los presupuestos exigibles legalmente para poder hacer uso de tal facultad.

Por el contrario, en **STS 27-1-2015 (Rc 189/14)** (ECLI:ES:TS:2015:697), se declaró la nulidad del despido, entre otros extremos, porque la negociación quedó distorsionada por la forma en que se constituyeron de forma aleatoria las distintas **mesas negociadoras**, lo que dio lugar a que se hurtara la intervención de las secciones mayoritarias en la empresa y de los sindicatos mayoritarios en ella.

#### **5.4 Obligaciones documentales del empresario**

El RD 1483/2012 relativo a la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo, reproduce lo dispuesto en el art. 51.2.b) ET. Y esa finalidad de las obligaciones impuestas a la empresa en materia documental es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva de las causas de los despidos, de suerte que puedan afrontar el periodo de consultas adecuadamente, en consonancia con el mandato de la Directiva 98/59/CE. Ahora bien, no todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan solo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada, de ahí que el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso, tal y como afirma la **STS 20-11-2014 (Rc 114/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5620). Así, en **STS 21-5-2014 (Rc 182/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3297), se afirma que no toda insuficiencia documental entregada acarrea la declaración de nulidad del despido, sino solo aquella que impida la consecución de la finalidad del precepto, es decir, que no proporcione a los representantes de los trabajadores la información suficiente para poder negociar con cabal conocimiento de la situación de la empresa y de las causas que alega para proceder a su despido, de ahí que entienda que no revista trascendencia el hecho de que la empresa entregara con posterioridad al inicio del periodo de consultas las cuentas del último trimestre de 2012, pues de conformidad con el art. 51 ET la disminución del nivel de ingresos ordinarios o gastos es persistente durante tres trimestres consecutivos, y no refiere los tres trimestres últimos, siendo además la causa principal para proceder al despido la económica, y en segundo lugar la técnica, carece de relevancia la falta de entrega de un informe técnico.



Por lo que a la necesaria determinación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, las **SSTS 12-5-2014 (Rc 182/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3297), **22-5-2014 (Rc 17/14)** (ECLI:ES:TS:2014:2780), y **25-6-2014 (Rc 273/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3328) declaran que se cumple la exigencia de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados. Por el contrario, la ausencia de un plan de recolocación no determina la nulidad del despido porque no es un documento de obligada presentación en todo caso en la regulación reglamentaria actual (RD 1483/2012), ni tampoco la ausencia de suscripción de un convenio especial, tal y como señala la **STS 26-3-2014 (Rc 158/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2031). Asimismo la mera circunstancia de que no se aporte completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento del despido colectivo, a no ser que, por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera la negociación de la buena fe, si bien la carga de la prueba de su irrelevancia le corresponde al empresario infractor, tal y como señala la **STS 18-7-2014 (Rc 303/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3884).

### **5.5 Deber de negociar de buena fe**

Sobre el deber de negociar de buena fe se pronuncian las **SSTS 21-5-2014 (Rc162/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3410), y **(Rc 249/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3324), **23-9-2014 (Rc 52/14)** (ECLI:ES:TS:2014:4973), **2-12-2014 (Rc 99/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5707), y **22-12-2014 (Rc 185/14)**(ECLI:ES:TS:2014:5637). En las mismas se recuerda que la buena fe se presume y consiste en un comportamiento justo, leal, honrado y lógico, de tal suerte que la buena fe exigida es la buena fe <<negocial>>, lo que supone que no necesariamente haya que llegar a acuerdos, sino que debe negociarse con lealtad.

### **5.6 Control judicial de la decisión empresarial**

Por lo que atañe al control judicial de valoración de la causa en las **SSTS 26-3-2014 (Rc 158/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2031), y **15-4-2014 (Rc 136/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3443) se afirma que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyen al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitándose a verificar que la causa económica alegada existe, por lo tanto no les corresponde efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, lo que no exime al Tribunal de hacer un juicio de racionalidad de la mediada, para determinar si es ajustada a la situación existente o desproporcionada por excesiva. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 17-7-2014 (Rc 32/14)**(ECLI:ES:TS:2014:4131) Por el contrario la **STS 25-6-2014 (Rc 165/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3449) considera que dicha tesis interpretativa resulta contraria al principio constitucional de proporcionalidad cuando entran en conflicto derechos, valores o intereses dignos de protección.

### **5.7 Lesión de 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 18-7-2014 (Rc 11/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3477) –CelsaAtlantic– que considera la vulneración del derecho de huelga en la modalidad colectiva

cuando a la vista de la cronología de los hechos, se evidencia una vinculación o conexión causal entre la declaración de convocatoria y la huelga acordadas por el comité intercentros y la reacción empresarial de convertir el despido colectivo de parte de la plantilla en el despido colectivo de todos los empleados procediéndose al cierre definitivo de los centros afectados, al día siguiente de la huelga declarada. Lesión que se declara también en **TS 23-2-2015 (Rc 255/13)** (ECLI:ES:TS:2015:1455), porque la medida extintiva acordada por la empresa, supone una reacción represiva al ejercicio del derecho fundamental de huelga por parte de la totalidad de la plantilla. En efecto, tras la convocatoria de una primera huelga indefinida, a la que siguió otra, iniciada dicha huelga, al día siguiente, la empresa notifica el inicio del despido colectivo. Con este panorama fáctico, la Sala advierte un nexo causal entre el comportamiento antijurídico del empresario y el resultado prohibido por el ordenamiento en cuanto al ejercicio del derecho fundamental de huelga, quedando acreditada la intención voluntaria y consciente del empleador de vulnerar ese derecho fundamental, despidiendo a la totalidad de la plantilla, lo que determina que el despido colectivo se declare nulo. Análogo criterio se mantiene en **STS 24-2-2015 (Rc 124/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1439), referida al mismo grupo de empresas.

También se declara lesionado el derecho de huelga en **STS 20-4-2015 (Rc 354/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1717), pues no obstante haber acordado el grupo CCIP –Grupo Coca Cola-- la decisión de iniciar los trámites previstos para la adopción de la medida de despido colectivo por causas organizativas y productivas con anterioridad al comienzo de la huelga en la fábrica de Fuenlabrada, se estima que la conducta desplegada por la empresa, surtiendo de productos elaborados en otras plantas embotelladoras a la plataforma logística de CCIP en Madrid, vulneró el derecho de huelga de los trabajadores a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga, poniendo la sentencia especial hincapié en que estos hechos ocurrieron durante la tramitación, la negociación del despido colectivo, sobre el que pendían diversas cuestiones por definir definitivamente en el proceso de consultas, entre ellas, evitar el cierre de la factoría en huelga. La sentencia efectúa asimismo un interesante análisis del derecho de huelga a través de los pronunciamientos del TC, de las diversas resoluciones dictadas por la Sala en el ámbito específico del despido colectivo, y de la doctrina referente al esquirolaje impropio. La sentencia cuenta con Voto Particular.

### **5.8 Fraude de ley**

Respecto al fraude como motivo autónomo de nulidad, en el periodo abarcado por la presente crónica se ha continuado dictando sentencias a propósito de la 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). Así, en línea con pronunciamientos anteriores las **SSTS 20-5-2014 (Rc 153/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2564), **24-6-2014 (Rc 270/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3448), **25-6-2014 (Rc 23/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3825), **18-7-2014 (Rc 257/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3512) y **(Rc 269/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3521); **23-9-2014 (Rc 309/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4521), y **(Rc 310/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4268), **21-10-2014 (RcC 59/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5428), **3-2-2015 (Rc 262/13)**

(ECLI:ES:TS:2015:1361), **5-2-2015 (Rc 259/2013)** (ECLI:ES:TS:2015:1367), **24-3-2015 (Rc 118/2013)** (ECLI:ES:TS:2015:1971), 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 Ley 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.

### **5.9 Despido económico en el empleo público**

También se ha tenido que ocupar la Sala de trazar la línea entre Administraciones Públicas y entidades públicas, si bien la distinción no siempre es clara como muestran las **SSTS 21-5-2014 (Rc 249/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3324), **26-3-2014 (Rc 158/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2031), y **15-4-2014 (Rc 136/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3443). Y en relación a las sociedades mercantiles de titularidad pública, la **STS 14-7-2014 (Rc 200/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3518), aclara que no es imprescindible que la mayoría del capital social de una mercantil corresponda a la Administración General del Estado para que se integre en el sector público, sino que también ello sucede cuando la sociedad está mayoritariamente participada por una entidad pública empresarial o por otra sociedad mercantil que ya esté incluida en el sector público. Y la **STS 18-11-2014 (Rc 160/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5800), declara que las características del sector público son predicables de INCASOL de conformidad la Ley 4/1980, del Parlamento de Cataluña, que lo configuró como un organismo autónomo de carácter comercial.

Respecto al ámbito del despido económico en el sector público, en **STS 24-6-2014 (Rc 217/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3081) dictada en el caso del cese por amortización de determinados contratos de interinidad por vacante de la Universidad Politécnica de Madrid, se rectifica la doctrina anterior de la Sala y se declara la nulidad del despido por no haberse seguido los trámites del art. 51 ET. Razona la sentencia que el contrato de interino por vacante está sujeto a término y no a condición resolutoria --como hasta ahora se decía- término que llegará cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convoque para cubrir la plaza ocupada -única causa extintiva que contempla el art. artículo 4-2 del R.D. 2720/1998-, por lo que la extinción por amortización de la plaza se produce antes de que llegue su vencimiento, y eso determina que haya de seguirse los trámites de los arts. 51 y 52 ET de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional. 20ª ET, que es aplicable tanto al personal indefinido no fijo como al interino por vacante.

La apreciación de la causa en el subsector de las Administraciones Públicas ha determinado que se haya producido una definición específica de las causa económica centrada en la insuficiencia presupuestaria, que opera sobre dos puntos: el carácter persistente de la insuficiencia y el alcance de la misma: 1) la existencia de déficit en el ejercicio anterior en la correspondiente Administración; y 2) la

minoración de los créditos en el departamento afectado. La **STS 23-5-2014 (Rc 179/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3404) ha abordado la interpretación de estas dos reglas, aclarando que su aplicación ha de ser acumulativa. La misma solución se alcanza en **STS 2-12-2014 (Rc 29/2014)** (ECLI:ES:TS:2014:5642).

Los problemas de financiación y exigencias de reducción del gasto han llevado a la supresión de determinadas entidades públicas con las consiguientes medidas extintivas de los contratos de trabajo de su personal, así puede verse el caso de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. El despido del personal de este organismo se tramitó y decidió teniendo en cuenta la extinción de la Agencia y el cese de los trabajadores a su servicio, que se había acordado por la Ley 8/2012, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid. La **STS 26-6-2014 (Rc 219/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3434) consideró que el despido no estaba justificado al no haberse acreditado las correspondientes causas económicas. Un supuesto próximo se aborda en **STS 23-9-2014 (Rc 231/2013)** (ECLI:ES:TS:2014:4888) con relación a la Fundación Laín Entralgo, si bien este caso se dice aplicable el art. 44 ET.

En cuanto a los criterios de selección de trabajadores en el ámbito público, y el principio de igualdad a la hora de dar preferencia en el mantenimiento del empleo a los fijos de plantilla sobre los indefinidos, se resuelven en **SSTS 23-5-2014 (Rc 179/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3404) en el despido acordado en la Diputación de Orense; y en la misma línea sobre la preferencia en el cese de los temporales, la **STS 23-9-2014 (Rc 231/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4888), o **STS 15-4-2014 (Rc 188/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2556) sobre la afectación por la terminación de un plan extraordinario. Fuera del marco de la selección en sentido estricto, cabe destacar la influencia sobre el despido de los compromisos de funcionarización que se aborda en **STS 16-4-2014 (Rc 57/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2318), en el Ayuntamiento de Galdar, o de los compromisos de mantenimiento del empleo en **STS 22-9-2014 (Rc 305/2013)** (ECLI:ES:TS:2014:4417) en Paradores de Turismo.

## ***6. Discriminación. Vulneración del principio de igualdad.***

### ***6. 1. Discriminación retributiva.***

Es de destacar la **STS 14-05-2014 (Rec 2328/13)**, ECLI:ES:TS:2014:1908), que se pronuncia sobre una posible **discriminación retributiva**, contraria al art 14 CE, en un supuesto en el que la empresa asigna unilateralmente un **plus voluntario**, cuya finalidad estriba en “compensar tareas”, en cuantía diferente a varios de sus departamentos. En el centro de trabajo, un hotel, todos los trabajadores, hombres y mujeres, cobran ese plus, que ha sido objeto de compensación y absorción por parte de la demandada. En el Departamento de cocina y en el Departamento de bares prestan servicios mayoritariamente empleados varones mientras que en el Departamento de pisos prestan servicios únicamente mujeres, percibiendo éstas el complemento en cuantía significadamente inferior a los otros departamentos. Se estima que existen indicios de discriminación consistentes en que en el Departamento de pisos solo trabajan mujeres y a ellas se les viene abonando el plus controvertido en cuantía muy inferior a sus compañeros de los otros **dos Departamentos, mayoritariamente hombres** y de igual nivel salarial. La empresa no ha dado una justificación objetiva y razonable de aquél

desigual trato en la cuantía del plus, sin que tampoco se haya acreditado la existencia de una diferencia esencial de cometidos, valorándose que las funciones ejecutadas por las camareras de Pisos, en lo referente al cuidado y bienestar de los clientes, vienen a resultar de una trascendencia equiparable a las de los otros grupos. Por tanto, la diferencia de trato, al no existir una justificación razonable, tiene carácter discriminatorio porque entraña un trato retributivo que discrimina peyorativamente a quienes prestan servicios en un departamento ocupado exclusivamente por mujeres, hasta el punto de que ellas, en clara y exagerada disparidad con sus compañeros varones mayoritariamente destinados en los otros departamentos, perciben unas sumas muy inferiores, que en ningún caso alcanzan siquiera el 10% de los que se cobra en los otros departamentos.

## **6.2. Criterios de permanencia: movilidad geográfica forzosa.**

La **STS 31-03-2015 (Rc 102/14)**, [ECLI:ES:TS:2015:1774](#), estima que no vulnera el art 14 CE – principio de igualdad - los **criterios de permanencia** establecidos en el Acuerdo sobre movilidad geográfica forzosa de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, siendo el prioritario el de tener la condición de trabajador fijo en el Grupo AENA. En el caso nos encontramos ante dos grupos diferenciados -el de los **trabajadores fijos** y el de los que no ostentan tal condición- a los que se otorga tratamiento distinto en el referido Acuerdo de viabilidad, en tanto se reconoce a los primeros preferencia a la hora de permanecer en el mismo destino en caso de movilidad forzosa. Partiendo de la obligación de **trato equiparable** entre los colectivos que aquí se ponen en comparación, se estima que la empresa ha justificado la excepcionalidad de la diferenciación establecida en el pacto colectivo impugnado. Los trabajadores fijos suponen un **específico supuesto del personal laboral** que presta servicios en el sector público, en donde la categoría de trabajador “fijo” presenta un matiz adicional relacionado con el proceso de acceso al empleo y con la vinculación a un determinado puesto de trabajo, que excede de la figura del trabajador con contrato indefinido, por lo que resulta imprescindible partir de esta categoría contractual para analizar el alcance de la diferente consideración que se desprende de la regla impugnada. Esta naturaleza de la relación laboral se erige en la justificación razonable de la medida, por cuanto, inmersa la demandada en un proceso de reorganización interna a consecuencia del excedente de personal, la eventual posibilidad de que la plantilla pueda ser reubicada en centros distintos, para salvaguardar el empleo, resulta una medida cuyos costes personales serían evidentemente mayores de no adoptarse esta garantía de permanencia de los que tienen la condición de fijos. Por otra parte, la utilización del criterio de preferencia de los trabajadores fijos no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico pues la Disp. Ad. 20ª ET la consagra de modo expreso en relación al despido. En el fondo, lo que se compara es el grado de estabilidad del empleo que lleva aparejado una u otra fórmula de contratación, y, en ese punto, la diferencia se halla justificada precisamente por la propia definición del distinto vínculo contractual.

## **7. FOGASA**

La **TS 16-03-15 (Rc 802/14)**, [ECLI:ES:TS:2015:1450](#), declara que debe entenderse estimada por silencio positivo la reclamación al FOGASA de abono del 40% de la indemnización correspondiente a un trabajador por la extinción de su contrato, ex art. 33.8 ET, dado que **la resolución expresa** de dicho organismo, se

dicta en plazo superior a los tres meses a que se refiere el RD 505/1985, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, por lo que esa resolución tardía, desestimatoria de la pretensión, carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por **silencio positivo**. Es de aplicación el art. 43.1 de la L 230/1992 que dispone que, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos establecidos, excepción que no se da en el caso de autos, donde sí se dictó, en cambio, resolución expresa extemporánea. El silencio administrativo es la garantía que impide que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las peticiones efectuada. Al operar el silencio administrativo positivo, carece de eficacia enervatoria la resolución expresa dictada, tardía y denegatoria, precisamente al no haberse resuelto en el plazo previsto.

## **8. Huelga.**

Especial relevancia presenta la **STS 11-02-2015, (Rc 95/14), ECLI:ES:TS:2015:1217**, que declara que se ha vulnerado el **derecho de huelga** de los trabajadores de PRESSPRINT SL – que imprime periódicos del Grupo Prisa y de otros medios – por la decisión de las empresas demandadas, pertenecientes al citado Grupo, de contratar la publicación de los periódicos con otras entidades durante los días en los que la totalidad de los trabajadores de la plantilla de aquella estaban en huelga, habiéndose impreso y distribuido durante esos días los periódicos de las empresas editoras. Se analiza la **acción de un tercero**, - tres empresas editoras de los diarios -, en su cualidad de empresas principales, y que no son las empleadoras de los trabajadores huelguistas consistente en contratar con otras empresas la actividad de impresión de los diarios, que tenían contratada con la adjudicataria o contratista, durante los días en los que la plantilla de ésta estuvo en huelga. La Sala sostiene que ni la ausencia de previsión legal específica para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores ante vulneraciones cometidas por la empresa principal, en **supuestos de subcontratación**, ni el hecho de que ningún vínculo contractual ligue a las empresas principales con los trabajadores de la contratista, es obstáculo para apreciar la vulneración denunciada. Por ello, es factible que los trabajadores de una empresa contratista se vean afectados en sus derechos por actuaciones cuya responsabilidad no corresponde a su empresario directo sino al empresario que ha subcontratado con aquél una parte de su actividad. Finalmente, se valora que los trabajadores huelguistas están vinculados directamente a la actividad productiva de las empresas principales por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. Constatada que ha sido la actividad de las empresas principales la que ha vaciado de contenido el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores de la contratista, y dada la existencia de grupo de empresa a efectos laborales, se condena solidariamente a las codemandadas. Seguidamente la Sala IV atendidas las circunstancias existentes fija el importe de la indemnización.

## **9. Indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales.**

Han sido diversas las resoluciones que se han pronunciado sobre peticiones de indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Entre estas, es de destacar la **STS 2-2-2015 (Rc 279/13)**, ECLI:ES:TS:2015:809, que efectúa un resumen y análisis de la evolución de los criterios de la Sala en relación con esta cuestión, con especial atención a la nueva regulación contenida en el art 179.3 LRJS y al resarcimiento del daño moral. Se insiste en la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño consiste pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados “no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”. Además, la exigible determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los **daños morales** cuando resulte difícil su estimación detallada. Por otra parte, en algunos daños de este carácter su existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales.

Asimismo, la **STS 5-02-2015 (Rc 77/14)**, ECLI:ES:TS:2015:846, analiza la doble pretensión indemnizatoria del sindicato demandante tras la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical consecuencia de la negativa de la empresa a participar en los créditos horarios a dicho sindicato. Se reclama en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad equivalente a los salarios correspondientes a los días que se ha denegado el permiso a los representantes de los trabajadores y la suma de todo ello para el Sindicato afectado, alegando que ha acudido a todas las Comisiones y Subcomisiones, sin disponer de la dispensa horaria que le corresponde en virtud de la norma convencional. Esta reclamación es desestimada ante la falta de acreditación suficiente de los daños patrimoniales. No se acredita que al Sindicato le correspondan siete “liberados” para acudir a dichas reuniones, ni que la asistencia de todos ellos hubiera sido necesaria en “todas” las reuniones realizadas en el período indicado, ni que a “todas” ellas comparecen miembros del sindicato que disfrutaran de un crédito horario. Asimismo, se reclama la cantidad de 12.000 € en concepto de indemnización por daños morales. La sentencia valora que el no reconocimiento del crédito sindical, ha conllevado un problema organizativo para el Sindicato, y perjuicios en su actividad sindical, de difícil evaluación y estimación, al tener que realizar dicha actividad –durante el período en que no tuvo, y debió tener, a los mencionados “liberados sindicales”, sustituyéndolos por otros trabajadores liberados, con crédito horario por cauce distinto, y para funciones diferentes-, en condiciones menos favorables que los otros sindicatos, lo que se traduce en un daño moral, de difícil evaluación, que puede ser reparado con la indemnización de 12.000 euros. al sindicato.

Por otra parte, la **STS 11-02-2015 (Rc 95/14)**, ECLI:ES:TS:2015:1217, tras declarar la vulneración del derecho de huelga de los trabajadores de la empresa contratista por las empresas principales, estudia la indemnización por la vulneración del derecho fundamental. Los datos que toma en consideración son los siguientes: a) La gravedad de la conducta de las demandadas, consistente en la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL; b) La intensidad de la misma, ya que la contratación con otras empresas alcanzó a la impresión de la totalidad de las publicaciones de las empresas editoras; c) La reiteración de la conducta, pues la contratación con otras empresas se extendió a todos los días de huelga, d) El número de trabajadores

afectados, ya que la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de los dos centros de la empresa. e) El efecto que produjo que supuso que, no solo cercenó la presión que los trabajadores pueden ejercer con la huelga, sino que privó de visibilidad a la misma; f) El descrédito y pérdida de confianza que ha originado en el sindicato convocante de la huelga pues ante la ciudadanía la misma pasó totalmente inadvertida. Finalmente se fija a favor del sindicato CCOO la cantidad de 100.000 €, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

## **10. Intereses moratorios.**

### **10.1. Intereses del art 29.3 ET**

Especial relevancia presenta la **STS 17-6-2014 (Rc 1315/13)**, ECLI:ES:TS:2014:2785, en cuanto aclara y refuerza el criterio de la Sala IV en relación con la procedencia del interés por mora en los supuestos de reclamación de cantidad por **conceptos salariales**. La sentencia sostiene, en interpretación del art 29.3 que regula el recargo por mora del 10%, que tratándose de concretas deudas salariales, la solución ofrecida por el legislador opera de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra –10%– sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento cuanto por el importante elemento interpretativo al que alude la sentencia relativo a los trabajos parlamentarios previos. Por tanto, rige el criterio de **objetiva y automática** aplicación de los intereses para toda clase de deudas laborales tratándose de créditos estrictamente salariales, se presente o no “comprensible” la oposición de la empresa a la deuda y con independencia de si la cuestión es o no razonablemente controvertida.

Esta misma doctrina es aplicada en las **STS 21-01-2015 (Rec 304/13)**, ECLI:ES:TS:2015:842, – incremento salarial previsto en el convenio colectivo- **14-11-2014 (Rec 2977/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5422, y **24-02-2015 (Rc 547/14)**, ECLI:ES:TS:2015:989) – reclamación de cantidad por diferencias salariales por el desempeño de funciones de superior categoría – que reiteran que tratándose de créditos estrictamente salariales han de ser compensados con el interés referido en el art. 29.3 ET, que opera de forma objetiva, con independencia de la oposición de la empresa a la deuda.

### **10.2. Intereses del art 1100 y 1108 CC.**

En el supuesto de que los créditos reclamados no ostenten naturaleza salarial han de indemnizarse en el porcentaje previsto en el Código Civil. La **STS 2-02-2015 (Rc 395/14)**, dictada a propósito de la indemnización de daños y perjuicios consecuencia de un accidente de trabajo, por lesiones permanentes, incluidos daños morales, concede el interés legal moratorio de los arts. 1101 y 1108 del Código Civil, sobre la íntegra cantidad objeto de condena en concepto de principal, desde la fecha de la interpelación judicial hasta la fecha de la sentencia de instancia revocada en suplicación. El interés de demora no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda. La flexibilidad aplicativa ha de tenerse en cuenta en el



campo del Derecho del Trabajo, y dado los intereses en juego –afectantes a valores de singular trascendencia– imponen una interpretación pro operario. Estas singularidades del Ordenamiento laboral justifican que, en el ámbito de la jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1.101 y 1.108 CC atienda a un automatismo, de manera que la regla general en la materia ha de ser –supuestos exorbitantes aparte– la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial. Se trata de una deuda de valor, y los intereses que median entre la consolidación de secuelas y la reclamación en vía judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios por lo que procede su abono en la forma dicha.

## **11. Modificación sustancial de condiciones.**

### **11.1. Aportación de la documentación y negociación de buena fe.**

La **STS 9-12-2014 (Rc 263/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5658, confirma la nulidad de la medida colectiva, consistente en una rebaja salarial, por el incumplimiento empresarial de la obligación de aportar en el **periodo de consultas** la **documentación económica** necesaria y por **inexistencia de negociación de buena fe**. El art 41.4 ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, establece que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida, en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores, de un período de consultas que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y consecuencias para los trabajadores afectados. Aunque no exista previsión legal ni reglamentaria sobre la documentación a aportar, ésta deberá ser la suficiente para poder llevar a cabo la negociación y posibilitar dicha negociación entre empresa y representantes de los trabajadores. En el caso, la falta de aportación de la documentación económica en que se basaba la propuesta empresarial de reducción salarial, impidió que el periodo de consultas pudiera cumplir con su finalidad. La empresa se limitó a aportar una Memoria redactada por ella misma y sin ningún soporte documental, por lo que la representación de los trabajadores no pudo contradecir o combatir los datos en ella contenidos por carecer de otra documentación. Tampoco se cumple con el requisito de buena fe negociadora, instrumentada al objetivo de la consecución de un acuerdo, pues no se han dado opciones por parte de la empresa durante el periodo de consultas con tal finalidad.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 10-12-2014 (Rc 60/2014)**, ECLI:ES:TS:2014:5709, que declara la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, consistente en una reducción del 45% de la retribución fija percibida, por inadecuada información y falta de buena fe negociadora en el periodo de consultas. La decisión empresarial se adoptó después del periodo de consultas que terminó sin acuerdo. La **documentación** aportada por la empresa consistente en la memoria explicativa de la situación **no es suficiente** para poder discutir cabalmente la justificación de la medida, pues no existen datos numéricos sino solo gráficos de los que no se pueden extraer con precisión y sin conjeturas el número exacto de unidades vendidas, el valor de las ventas realizadas o la facturación. En segundo lugar, no hubo verdadero período de consultas al no haber negociado la empresa con buena fe, limitándose ésta a hacer una propuesta ilegal al comienzo de la negociación – al establecerse con efectos retroactivos- y otra al final de la misma

que se califica de "ultimátum" y que a juicio de la Sala parece más una sanción que una decisión empresarial dirigida a poder mantener las condiciones económicas de la empresa.

Sin embargo, la **STS 15-04-2015 (Rc 137/13)** declara ajustada a derecho la modificación de la jornada de trabajo, consistente en el cambio de jornada partida a jornada ordinaria, del personal laboral que presta sus servicios en los Servicios Periféricos (Mantenimiento y Conservación de carreteras) de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al considerar que concurren las causas alegadas y queda justificada la medida. Previamente, se descarta la nulidad pues el periodo de consultas se desarrolló de forma adecuada y efectiva, puesto que en la reunión de la Comisión Paritaria, se produjo un intercambio efectivo de información entre las partes intervinientes sobre el tema a tratar, siendo el mismo ampliamente debatido, por lo que se cumplió con la finalidad del periodo de consultas.

### ***11. 2. Descuelgue y adaptación.***

Especial interés presenta la **STS 17-12-2014 (Rc 24/14)**, ECLI:ES:TS:2014:5792, que conoce de la impugnación de un Acuerdo alcanzado en el marco de una **modificación sustancial de condiciones de trabajo**, ex art 41 ET, por considerar la demandante que invade materias propias del convenio colectivo, en cuanto modifica el sistema de clasificación profesional, añadiendo que dicha modificación podría efectuarse a través de un convenio de empresa, ex art 84.2 ET. La cuestión discutida está circunscrita a la determinación de si el Acuerdo modifica condiciones de trabajo sustanciales en los términos permitidos por el artículo 41 ET o si tal cauce es inapropiado por amparar el art 41 ET exclusivamente la alteración de las funciones. La Sala IV realiza un repaso comparativo, destacando las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art 41 ET y el **descuelgue** o inaplicación del convenio del art 82.3 y la **adaptación al ámbito de la empresa** del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, art 84.2 ET. La empresa ha implantado una nueva **estructura organizativa** de los puntos de venta, con un nuevo modelo de gestión, que sustituye al precedente y obsoleto, aplicando una nueva nomenclatura de puestos de trabajo, que es un tema distinto al de la clasificación profesional y que aparece justificada. Por ello el acuerdo adoptado por la mayoría de la representación social y la empleadora no altera lo previsto en los diversos convenios colectivos. Por otra parte, el art. 41 ET permite modificar cuestiones no contempladas en su lista de materias, entre ellas, el diseño del organigrama empresarial cuando comporte consecuencias relevantes para los trabajadores, por lo que se considera ajustado a Derecho el acudimiento al art. 41 ET. Asimismo, el que una materia esté regulada por convenio colectivo no significa que cualquier cambio en los derechos y obligaciones respecto de ella implique alteración de lo previsto en el convenio y necesidad de acudir al procedimiento de inaplicación o de adaptación. Por tanto, el establecimiento de un nuevo organigrama de puestos de trabajo sin afectar al sistema de clasificación profesional recogido en los diversos convenios aplicables no supone la adaptación contemplada en el art. 84.2.d) ET ni la inaplicación del art 82.3 ET. En definitiva, se trata de una manifestación del derecho a la negociación colectiva pues dicho Acuerdo surge tras el proceso de

negociación desarrollado, conforme al diseño legal, entre los sujetos legitimados al efecto.

### **11.3. Naturaleza de la sentencia que declara la modificación de condiciones: Ejecución.**

La **STS 20-05-2014 (Rec 2589/13)**, ECLI:ES:TS:2014:2323, declara que la naturaleza de la sentencia que declaró injustificada la decisión de reducir la jornada de trabajo y el salario durante el curso escolar 2008/2009, a los profesores de religión de la Junta de Andalucía, reconociendo su derecho a ser repuestos en sus anteriores condiciones de trabajo, condenando a la demandada “*a estar y pasar por la anterior declaración*”, es **ejecutiva** y ello a los efectos de la ejecución de dicha resolución y del abono de los atrasos retributivos. La Sala IV argumenta que la restauración de la situación implica la prestación de servicios con arreglo a la jornada inicial –lo que, a su vez, supone el percibo del salario acorde con dicha jornada-, y la reintegración de la diferencia salarial acordada –y provocada por la reducción de la jornada-. Por ello no cabe obligar al trabajador a interponer una nueva demanda para el abono de las diferencias salariales, pues lo que la sentencia firme ha declarado es su derecho a la reposición de las condiciones y tal reposición se remonta al momento en que las mismas fueron alteradas, en la medida que tal restitución es materialmente factible. Por tanto, no se trata de un fallo meramente declarativo, sino que el mismo impone a la parte demandada una **condena indiscutible a reponer al trabajador** en sus anteriores condiciones de trabajo, lo que lleva aparejada la reintegración de todos sus derechos.

### **11.4. Pacto novatorio: transacción judicial.**

En la **STS 9-7-2014 (Rc 312/13)**, ECLI:ES:TS:2014:3496, se impugna la decisión empresarial consistente en suprimir el uso de la valija interna del banco para enviar correspondencia sindical a través de medio impreso y sustituir ese procedimiento por otro. Este derecho se fundamentaba en un Acuerdo firmados en el año 1990 entre empresa y sindicatos. El cambio en el **sistema de comunicación** de las centrales sindicales con sus afiliados y demás empleados, fue acordado unilateralmente por la empresa en el año 2012, lo que dio lugar a un procedimiento que terminó por una transacción judicial que fue suscrita por CC.OO. y por U.G.T. Este Acuerdo, consiste, sustancialmente, en que la empresa se compromete a publicar en la intranet corporativa los comunicados de las secciones sindicales, sin controlar su legalidad y veracidad, así como la posibilidad de utilizar el correo electrónico corporativo para fines sindicales. La **transacción judicial** supone un nuevo pacto colectivo que modificó el Acuerdo de 1990 dándole unos procedimientos de ejecución del fin perseguido más modernos, rápidos y eficaces. En consecuencia se desestima la demanda por ser correcta la **novación** operada.

## **12. Prescripción de la acción.**

### **12.1. Interrupción por demanda de conflicto colectivo.**

Las **STS 4-06-2014 (Rc 2814/13)**, **5-06-2014 (Rc 1639/13)** y **14-11-2014 (Rc 2977/13)**, ECLI:ES:TS:2014:2875, ECLI:ES:TS:2014:2791, ECLI:ES:TS:2014:5422, se pronuncian en relación con el efecto de la acción de conflicto colectivo sobre las

acciones individuales de reclamación de cantidad. Se reitera, de conformidad con el artículo 1.973 CC, que la tramitación de un proceso de conflicto colectivo no solo paraliza el trámite de las reclamaciones individuales ya iniciadas sobre el mismo objeto sino que sirve para interrumpir la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar. No sería lógico obligar al trabajador - so pena de incurrir en prescripción - a ejercitar su acción individual una vez instado el proceso colectivo, para luego suspender el proceso incoado a su instancia hasta que la sentencia dictada en proceso colectivo adquiriera el carácter de firme.

## ***12. 2. Reintegro de lo abonado por el préstamo***

La **STS 25-02-2015 (Rc 432/14)**, - ECLI:ES:TS:2015:1913, rectifica doctrina, en particular la contenida en la **STS 12-11-2014 (Rec 3051/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5238, en relación con el plazo de prescripción de la acción en reclamación de cantidad efectuada por el empleador, entidad bancaria, frente a un trabajador, habida cuenta de que la relación laboral entre ambos se había extinguido y que en los dos contratos de préstamos suscritos se contenía una cláusula con arreglo a la cual los mismos se considerarían vencidos al extinguirse la relación laboral. La solución a la cuestión del plazo de prescripción – 1 año del art 59.1 ET o 15 años del art 1964 del Código Civil- pasa por determinar la naturaleza de las obligaciones cuya exigibilidad se hace valer con la demanda. Las partes litigantes estaban unidas por un contrato de trabajo, y mediante acuerdos y pactos colectivos se regula un específico sistema de préstamos al personal, a cuyo amparo le fueron concedidos los préstamos al trabajador. La Sala IV considera que la concesión de tales préstamos está estrecha e incondicionalmente **vinculada a la relación laboral**, dado que este tipo de beneficio halla su apoyo en la norma convencional y en las mejoras operadas en el mismo por la vía de la negociación colectiva. Lo que la empresa ofrece a sus empleados es la posibilidad de acceso a los productos propios de su actividad empresarial en condiciones más beneficiosas. Por consiguiente, para la entidad prestamista la concesión del crédito no se acomoda de forma absoluta a la autonomía de la voluntad que rige en sus operaciones en el mercado, sino que viene limitada por los términos de las cláusulas colectivas y, por tanto, conformada por su posición de empleadora respecto de los prestatarios. Si el préstamo estaba íntimamente ligado al contrato de trabajo, en consecuencia el plazo de prescripción para la acción de la empresa que pretende la amortización anticipada del préstamo en el momento del cese del trabajador, es el de un año del art. 59 ET.

## ***13. Reclamación al Estado de salarios de tramitación.***

La **STS 27-10-2014 (Rec 1887/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5222, conoce de la reclamación al Estado de salarios de tramitación por la empresa, derivada de un pleito por despido y en la que se debate, si a efectos de determinar la responsabilidad del Estado, el **periodo de subsanación de la demanda** -- suspensión del juicio por indebida acumulación de acciones, con formulación de nueva demanda - debe excluirse del cómputo de los 60 días hábiles. La sentencia estima que el órgano judicial no actuó a tiempo para la subsanación de la primera demanda, descartándose el fraude de ley o abuso de derecho por parte del trabajador, y del empresario pues éste se limitó a alegar legítimamente la indebida acumulación de acciones. Se trata de un supuesto de **anormal funcionamiento de la Administración de Justicia**, que es el fundamento de la reclamación al Estado

del pago de salarios de tramitación en juicios por despido. Los arts 119.1.a) y 81.2, LRJS establecen una regla general que pone a cargo del Estado el pago de los salarios de tramitación que excedan de 60 días hábiles. Para dicho cómputo es necesario descontar aquellos en que el proceso estuvo paralizado por obra de las partes. En estos casos el Estado no debe responder por no serle imputable aquella conducta dilatoria, salvo que en parte sea responsable por concurrir también un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y por eso la norma deja al arbitrio del Juez determinar a cargo de quien ha de correr en esos supuestos el pago de los salarios de tramitación, si del Estado o del empresario, sin que puedan afectar a la percepción del propio trabajador, salvo los puestos excepcionales de haber incurrido éste en manifiesto abuso de derecho en su actuación procesal.

#### **14. Salario y régimen retributivo.**

##### **14.1. Compensación y absorción.**

Es de destacar la **STS 26-11-2014 (Rec 1982/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5779, que declara que no cabe realizar la absorción y compensación del complemento salarial de comisiones por ventas - se obtiene en función del mayor o menor importe de las ventas - con el salario base del convenio colectivo - que se obtiene simplemente por el tiempo que el trabajador emplea en su jornada de trabajo, al margen del mayor o menor esfuerzo desplegado durante la misma-. Se establece la siguiente doctrina, matizando y concretando la posibilidad de excepcionar la regla de la necesaria **homogeneidad** por **pacto o acuerdo**: cuando la cláusula convencional que introduce una mejora salarial especifique que la misma podrá ser "compensable o absorbible", ello significa que lo podrá ser con futuras mejoras salariales siempre que las mismas cumplan el requisito de homogeneidad -en los términos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia- para que sea jurídicamente válida esa compensación o absorción. Ahora bien, si lo que se pretende decir con esa cláusula convencional es que con esa mejora se elimina -por "compensación o absorción"- una condición salarial previa, deberá indicarse cuál es esa condición salarial preexistente para que así se pueda controlar judicialmente si concurre el requisito de homogeneidad necesario para que esa cláusula convencional sea válida. En cualquier caso, ninguna mejora salarial podrá dar como resultado la disminución del salario base establecido en el Convenio Colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo. En virtud de pacto, las comisiones devengadas puedan menguar o incluso suprimirse por otros conceptos, pero no que puedan imputarse como pago de conceptos salariales establecidos en otra fuente, como es el convenio colectivo de aplicación a la relación laboral.

##### **14.2. Condición más beneficiosa.**

Las **STS 25-06-2014 (Rc 1885/2013 y 1994/12)**, ECLI:ES:TS:2014:3686 y ECLI:ES:TS:2014:3513, dictadas en Pleno y con voto particular declaran que existe una condición más beneficiosa para los trabajadores de una Residencia de Pensionistas, dependiente del Cabildo Insular de la Isla de La Palma que disfrutaban de un complemento salarial en especie -consistente en hacer una comida gratis en la propia Residencia en los días en que presten servicio-. Los trabajadores, originariamente, tenían reconocida esa condición en el Convenio de aplicación y, posteriormente, al ser transferidos al Cabildo, aunque ya no les era de aplicación

dicho Convenio, siguieron disfrutando durante varios años de esa medida. El Cabildo Insular, conscientemente, respetó, como una excepción al Acuerdo de Homologación, el disfrute del complemento en especie. El hecho de ser una Administración no exime del respeto a la condición más beneficiosa, pues con ello no se infringe norma alguna sino que se respeta el ordenamiento jurídico laboral por lo que no es admisible su eliminación de forma unilateral por la entidad pública empleadora. Ello no quiere decir que dicha condición más beneficiosa deba perdurar eternamente pues el ordenamiento jurídico laboral provee diversos instrumentos para conseguir su eliminación, con la debida justificación y, en su caso, contrapartidas.

#### **14.3. Guardias médicas de presencia: forma de abono. Convenio de Hospitales de la Red Hospitalaria de Utilización Pública de Cataluña (XHUP).**

Son numerosas las sentencias - **STS 7-10- 2014 (rec. 1634/2013, 1641/2013 y 1719/2013), 7-05-2015 (Rc 2176/13), 12-05-2015, (Rc 1057/14), ECLI:ES:TS:2014:4484,ECLI:ES:TS:2014:4261,ECLI:ES:TS:2014:4278, ECLI:ES:TS:2015:2106-** que se han pronunciado sobre la forma de abono de las guardias médicas de presencia – atención continuada – y en las que se declara que en la retribución de las guardias médicas que exceden del límite de jornada máxima pactada, no cabe deducir lo percibido en concepto de "complemento de atención continuada", regulado en el art 34 del Convenio para Hospitales Concertados de Cataluña (XHUP) ni tampoco el del "day off". Tras la interpretación del citado precepto convencional, con arreglo a las pautas hermenéuticas establecidas, se declara que el complemento es un añadido a la retribución, compensa determinadas cualidades personales y retribuye un mayor esfuerzo y dedicación en la prestación del servicio de guardia presencial, cual es realizar el 75% o más de la máxima jornada complementaria de atención continuada. Por ello se lucrará en función de las circunstancias de cada persona. Se trata de una especie de recompensa a quien ha desarrollado guardias presenciales de manera intensa durante el año natural. En definitiva, el importe del complemento de atención continuada no puede descontarse de la cuantía devengada por guardias presenciales. Igual criterio se aplica en relación con el complemento por guardia saliente o "day off".

#### **14.4. Supresión de la paga de la paga extra de diciembre de 2012 en el sector público: Real Decreto-Ley 20/2012**

También han sido numerosos los recursos presentados, la mayoría vía demanda de conflicto colectivo, ante la Sala IV en relación con la supresión de la paga extra de diciembre de 2012, en el sector público, en aplicación del RD –Ley 20/2012. Con carácter general se solicitaba el reconocimiento del derecho del personal afectado por el conflicto a percibir la paga extraordinaria de diciembre 2012 correspondiente, y subsidiariamente, la parte proporcional de dicha paga por los 44 días transcurridos entre el 1 de Junio y el 14 de Julio 2012 - periodo devengado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio-. Dicha pretensión se sustentaba en que la empresa no había respetado lo regulado en el Convenio Colectivo denunciando la vulneración de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva e igualdad así como lo dispuesto en el art 9.3 en

relación con el art 33 CE que prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Pues bien la Sala IV, en las STS **17-9-2014 (Rc 280/2013)**, **17-11-2014 (Rc 287/13)**, **1-12-2014 (Rc 285/14)**, **11-12-2014 (22/14)**, **12-12-2014 (39/14 y 40/14)**, **20-01-2015 (Rc 23/14)**, **31-03-2015 (Rc 230/13)**, - ECLI:ES:TS:2014:3915, ECLI:ES:TS:2014:5127, ECLI:ES:TS:2014:5643, ECLI:ES:TS:2014:5654, ECLI:ES:TS:2014:5809, ECLI:ES:TS:2014:5648, ECLI:ES:TS:2015:627, ECLI:ES:TS:2015:2107, entre otras, rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad. Argumenta que la situación de crisis económica-financiera, uno de cuyos ingredientes es el elevado déficit público, integra el “caso de extraordinaria y urgente necesidad” que ha habilitado al Gobierno de la Nación para dictar disposiciones, como el RD-L 20/2012 (BOE 14-7-12), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la productividad, en cuanto que las mismas inciden directamente en el montante de dicho déficit. Estas disposiciones no contienen una regulación de carácter general sobre el derecho a la negociación colectiva, ni afectan tampoco a la fuerza vinculante “propia” de los convenios colectivos, pues estos están subordinados a las disposiciones con rango o fuerza de ley; en particular, son ajustadas a la Constitución las limitaciones presupuestarias de la negociación colectiva en el sector público. Tampoco existe infracción del artículo 14 CE teniendo en cuenta que no consta discriminación de grupos o clases de trabajadores al servicio de la administración. Por tanto, las reducciones propiamente salariales acordadas por la norma legal estatal, no afectan al patrimonio del empleado público, ni a sus derechos adquiridos, ni suponen un “gravamen” que pueda asimilarse a una modalidad de tributación. Por lo que se refiere a una posible restricción retroactiva de derechos que pudiera afectar a la parte proporcional de la paga extraordinaria de Navidad ya devengada a la fecha del RD-L 20/2012, en vigor desde el 15/7/2012-, contenido de la pretensión subsidiaria, la Sala IV no entra a conocer del debate puesto que el mismo quedo excluido en la instancia en razón al pacto alcanzado entre las partes en sede judicial de someterse a lo que resuelva el Tribunal Constitucional sobre la cuestión de constitucionalidad elevada por la AN, autos 22/2012.

### **15. Suspensión de contratos de trabajo.**

La **TS 9-12-14 (Rc 291/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5653, dictada a propósito de una medida empresarial de suspensión colectiva de contratos de trabajo, estima que ni el Reglamento aprobado por RD 1483/12, ni su antecesor RD 801/11, incurren en ultra vires o extralimitación reglamentaria cuando contemplan la posibilidad de **negociación a nivel global o diferenciada por centros de trabajo**. La Sala afirma que dicha normativa no contraria ni excede la regulación legal del art 47 ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012 en lo referente al contenido y tramitación del periodo de consultas. Atendiendo al expreso mandato legal de desarrollo y ejecución del art 47 ET, el Reglamento contempló la posibilidad, nunca impuesta, en los casos de suspensiones y reducciones de jornada de que en la comunicación del inicio del periodo de consultas a la autoridad laboral, debería especificarse en el supuesto de ser varios los centros de trabajo afectados, “si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo”. Se admite pues la negociación por centros de trabajo para los despidos colectivos y

suspensiones de trabajo que se hubieran iniciado antes del RDL 3/2013 y Ley 1/2014, pues tras ella ya no se admite tal modalidad de negociación, al haber sido excluida dicha modalidad de negociación en el RD-Ley 11/2013.

Por otra parte, la **STS 11-12-2014 (Rc 138/14)**, ECLI:ES:TS:2014:5760, confirma la nulidad de la decisión de suspender 57 contratos de trabajo por causas económicas, adoptada por el sindicato empleador por **incumplimiento del deber de buena fe** en el periodo de consultas. El “Plan de viabilidad”, como documento a aportar por la empresa en el periodo de negociación, no aparece en el listado del art. 17 del RD 1483/2012 y, por ello, no puede entenderse exigible hasta el extremo de considerar que su omisión provoque la nulidad del despido máxime cuando el mismo constituía un apartado de la Memoria que se acompañaba con la documentación entregada inicialmente. Ahora bien, se mantiene la declaración de nulidad de la medida adoptada puesto que, con independencia de la aportación formal de la documentación enumerada en la norma reglamentaria, resulta que los documentos aportados no contienen información completa y plenamente fiable sobre los datos imprescindibles para la negociación por lo que no se garantiza la negociación de buena fe. Y ello porque, aun tratándose de documentos no estrictamente listados, podrían ser reveladores de circunstancias trascendentes para un análisis del alcance de la medida propuesta por la empresa y, por ello, facilitadores de la negociación.

## **16. Tiempo de trabajo.**

### **15.1. Calendario laboral.**

Se analiza en la **STS 18-11-2014 (Rc 2730/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5438, una demanda de conflicto colectivo por la modificación unilateral del calendario laboral, que el comité de empresa considera impuesto por la empresa tras un período de negociaciones que no dieron resultado positivo, debatiéndose respecto a la posibilidad de que tras las negociaciones fallidas pueda unilateralmente decidir la empresa sobre el particular. En interpretación del art 34.6 ET se estima que esta última posibilidad ha de aplicarse como vía supletoria cuando no se alcanza un acuerdo entre las partes y, en ese caso, la empresa se halla facultada para establecer unilateralmente el calendario laboral. En el supuesto analizado, se estima la demanda y se declara la nulidad del calendario laboral, pues no consta que se haya respetado el derecho de la representación de los trabajadores a informar antes de la elaboración del calendario por la empresa.

### **15.2. Condición más beneficiosa**

La **STS 24-11-2014 (Rc 317/13)** rechaza la existencia de una condición más beneficiosa de carácter colectivo, principalmente por no concurrir la pretendida situación de **tolerancia empresarial**, respecto a la consideración del tiempo de descanso de 15 minutos diarios como tiempo efectivo de trabajo y las ausencias, con ocasión de visita médica. No existen actos de la patronal expresivos de la voluntad de crear unas condiciones que mejorasen las de la Ley o las del convenio sino todo lo contrario, porque cuando la empleadora detectó la existencia de abusos en el cumplimiento del horario efectivo de trabajo estableció un riguroso sistema de control y amonestó a muchos empleados. Ello revela que no existió nunca la



voluntad de crear una mejora, voluntad que no se puede decir que exista cuando la empresa no tiene conocimiento de los excesos que se producen. A lo que se une que la mayor parte de la representación social en la comisión paritaria consideró que la condición más beneficiosa no existía.

### **15.3. Contrato a tiempo parcial y realización de horas extraordinarias.**

Se debate en la **STS 11-6-2014 (Rc 1039/13)**, ECLI:ES:TS:2014:3300, si las horas de exceso sobre la jornada expresamente pactada por un trabajador contratado a tiempo parcial (14 horas semanales), exceso amparado en un Acuerdo con el Comité de Empresa, deben considerarse como horas extraordinarias o bien horas ordinarias. En el periodo objeto de reclamación regía la prohibición de realizar horas extraordinarias a este tipo de trabajadores, y se parte de que tales excesos no tienen el carácter de horas complementarias. La Sala IV califica dichos excesos como horas extraordinarias, con independencia de la prohibición de realizarlas. Se ha establecido, con toda claridad, en el contrato a tiempo parcial el número de horas ordinarias objeto de la prestación, por lo que no pueden ser otra cosa, conceptualmente, que horas extraordinarias. Asimismo, la indicada prohibición de realizar horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, no tiene porqué modificar la naturaleza y el régimen jurídico de los derechos y obligaciones inherentes a la prestación, pues lo determinante, a los efectos de su retribución, no es sino la realidad de esa naturaleza y la realización del exceso de jornada. Por tanto, cuando un trabajador contratado a tiempo parcial realiza efectivamente una jornada superior a la pactada, y ese exceso no pueda ser calificado como tiempo u hora “complementaria”, todo lo que supere en esa materia el contenido del pacto, constituyen horas extraordinarias y como tal han de ser retribuidas, al margen o con independencia de la prohibición legal para efectuarlas.

### **14. 4. Vacaciones**

Especial relevancia presenta la **STS 5-11-2014 (Rc 210/13)**, ECLI:ES:TS:2014:5797, en la que se resuelve un tema formalmente inédito consistente en determinar si la traslación del descanso, y disfrute de las vacaciones en año posterior al que corresponda provocada por una situación de IT, ahora amparada expresamente por la Ley, debe comportar una minoración de la jornada efectiva que estaba previsto desarrollar durante la anualidad de disfrute. Pues bien, el derecho a vacaciones retribuidas, configurado como un verdadero principio de Derecho Comunitario, no puede ser objeto de interpretaciones restrictivas y comporta la necesidad de que las vacaciones que pasan de su año natural al siguiente como consecuencia de IT sean objeto de una nueva fijación del momento en que han de disfrutarse. Como no puede hablarse de verdadero descanso retribuido sin repercusión sobre la actividad-tipo que se hubiera prestado caso de ser inexistente el mismo, es claro que durante la anualidad en que se proyecte la vacación trasvasada tampoco habrá una prestación material de trabajo efectivo como estaba previsto, sino que concurrirá una correlativa minoración. Se considera contraria a Derecho la práctica empresarial que conduce a que en el ejercicio de efectivo disfrute se cumpla la jornada anual en los términos ordinarios previstos. Las dificultades derivadas de la distribución irregular de la jornada, la existencia de turnos vacacionales, las previsiones del convenio colectivo o las prácticas

empresariales afectarán a los términos de ejercicio del derecho, pero en modo alguno a su existencia.

## II.- DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1.-JUBILACIÓN

#### 1.1.-Coeficientes reductores de la edad de jubilación

En **STS 23-06-2014 (Rc. 227/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3072), dictada en casación ordinaria, la Sala IV, ante la demanda presentada por el sindicato que solicitaba que se asignase al puesto de trabajo de la empresa consistente en la extracción a cielo abierto de carbonato cálcico, un coeficiente corrector del 0,10 % previsto en el RD 2366/1984, de 26 de diciembre, -que fija dicho porcentaje a los *“trabajadores de exterior que participen de forma directa en el desarrollo de labores mineras distintas de las consignadas en el apartado 6 de esta escala con concurrencia de riesgos pulvígenos”*, aplicándose el 0,5% al *“resto de trabajadores de exterior que participen de forma directa en el desarrollo de labores mineras”*-, se falla en el sentido de que corresponde aplicar dicho coeficiente reductor del 10%, puesto que cuando se desarrollan las actividades profesionales en contacto directo con las zonas de explotación y con el mineral extraído, dicha actividad se considera análoga a la de otros trabajadores de exterior.

Además, la Sala IV se ha pronunciado en **STS 04-11-2014 (Rc. 3326/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5635) sobre cómo aplicar los coeficientes reductores de la edad de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REM), teniendo en cuenta que en un primer procedimiento, el trabajador, que prestaba servicios para una empresa de estiba y desestiba, y que estaba encuadrado en el RGSS, solicitó el encuadramiento en el REM, pretensión estimada en instancia, en que se determinó que el encuadramiento debía de ser en el REM desde el comienzo de la prestación de servicios, cuya sentencia se revocó en suplicación para eliminar la referencia a que debió de ser desde el comienzo de la prestación de servicios por tratarse de una cuestión de gestión recaudatoria. Con posterioridad, y tras solicitar el actor pensión de jubilación, ésta le es reconocida, si bien se procede posteriormente a modificar ésta para reducir el porcentaje de pensión que por edad le correspondía (por entender que era inferior teniendo en cuenta no todo el tiempo de prestación de servicios en la empresa, sino la fecha en que se dictó sentencia que determinó que el encuadramiento del trabajador debió de ser en el REM), reclamando el actor, en un segundo procedimiento, que se le reconozca el derecho a una pensión de jubilación del 100 % teniendo en cuenta los coeficientes reductores de la edad de jubilación tomando en consideración la fecha de ingreso en la empresa. Dicha pretensión fue estimada en instancia y suplicación. Ante la cuestión relativa a desde cuándo tienen que tenerse en cuenta los servicios

prestados en la empresa a efectos de la aplicación de los porcentajes reductores de la edad de jubilación y el porcentaje de pensión de jubilación que corresponde, si desde la fecha en que se comienzan a prestar servicios (fecha de ingreso en la empresa) o desde la fecha en que se reconoce que el encuadramiento en el Régimen de Seguridad Social fue incorrecto, la Sala IV, en **STS 04-11-2014 (Rc. 3326/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5635) entiende que la sentencia firme de suplicación que determinó que el encuadramiento del trabajador debió de ser en el REM y no en el RGSS pero no desde la fecha de su ingreso en la empresa, produce el efecto positivo de cosa juzgada respecto de lo planteado en el segundo procedimiento, si bien sólo respecto de que el encuadramiento debió de ser en el REM, pero no en relación a respecto de qué fecha deben aplicarse los coeficientes reductores de la edad de jubilación y si éstos deben aplicarse desde el comienzo de la prestación de servicios o desde la fecha de la sentencia que declara cuál es el encuadramiento correcto del trabajador, debiendo computarse todo el tiempo en que el actor prestó servicios en la empresa, sin que sirva aplicar los coeficientes reductores de la edad de jubilación (con efectos en el porcentaje de pensión reconocida), desde la fecha de la sentencia que declara que el encuadramiento en el RGSS fue incorrecto.

Por su parte, la Sala IV ha considerado que no tienen derecho a que los incrementos porcentuales de la cuantía de la pensión de jubilación previstos en el art. 163.2 LGSS, y que son de aplicación cuando se accede a la misma con 65 años de edad, se tengan en cuenta cuando el trabajador se jubila con anterioridad al acogerse a los coeficientes reductores de la edad de jubilación, si bien con posterioridad a la fecha en que podría haberse jubilado en atención a dichos coeficientes reductores. Así falló en **STS 27-03-2013 (Rc. 2379/12)** (ECLI:ES:TS:2013:1780) y **STS 19-12-2013 (Rc. 1077/12)** (ECLI:ES:TS:2013:863), cuya jurisprudencia se reitera en **STS 10-02-2015 (Rc. 256/14)** (ECLI:ES:TS:2015:716) , en la que en atención a un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores del Mar que se jubiló antes de cumplir 65 años en aplicación de los coeficientes reductores, y que pretende que se le apliquen los porcentajes de incremento previstos para jubilaciones a partir de los 65 años, deniega dicha solicitud por entender que existe una prohibición legal expresa en el art. 163.2 LGSS (según redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre), de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales, puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación.

En relación a la cuestión de cómo tiene que calcularse el importe de la pensión de jubilación reconocida a una trabajadora por aplicación de un coeficiente reductor por minusvalía al periodo efectivamente trabajado, y que el INSS reconoció en 0,25%, instando la actora el 0,50% teniendo en cuenta que tiene reconocido un grado de minusvalía del 79% y que se acreditó en el acto de juicio (aunque no en la resolución de reconocimiento del grado de minusvalía) el concurso de otra persona para las necesidades de la vida diaria, la Sala IV en **STS 18-02-2015 (Rc. 983/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1757), considera que no procede estimar la demanda, ya que la declaración de un determinado grado de incapacidad efectuada por el órgano administrativo competente juega como hecho condicionante del derecho a la prestación, por lo que no puede acogerse su pretensión de que como en acto de juicio se acreditó el concurso

de tercera persona, procede aplicar un coeficiente reductor por minusvalía del 0,50%.

Hay que tener en cuenta además, que la Sala IV, en STS 12-12-2013 (Rc. 257/13), rectificó 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, de 28 de junio, (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. Lo dispuesto en dicha sentencia se reitera en **STS 19-03-2015 (Rc. 701/2014)** (ECLI:ES:TS:2015:1769), creando jurisprudencia, argumentando la Sala, como ya hizo anteriormente, 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

#### 1.2.-Jubilación anticipada

Tiene derecho a la pensión de jubilación anticipada parcial, por cumplir la exigencia de tener seis años de antigüedad en la empresa a que refiere el art. 166.2 b) LGSS en relación con la DT 17ª LGSS, quien constituyó una empresa siendo administrador solidario, y posteriormente pasa a prestar servicios para la misma como trabajador por cuenta ajena, por cuanto en **STS 19-11-2014 (Rc. 3323/13)** (ECLI:ES:TS:2014: 5604), la Sala IV entiende que el art. 2 k) LGSS, declara asimilados a trabajadores por cuenta ajena (con exclusión de la protección por desempleo y del FOGASA) a los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en la DA 27ª LGSS, por lo que al encontrarse en situación asimilada al alta, procede tener en cuenta dicha antigüedad.

Por otro lado, ante el supuesto de un trabajador que solicitó pensión de jubilación anticipada tras percibir prestaciones por desempleo como consecuencia de la extinción de su contrato en virtud de ERE, figurando inscrito como demandante de empleo, la Sala IV, en **STS 26-11-2014 (Rc. 3362/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5734), resuelve que cuando el hecho causante por producirse desde una situación de alta tiene lugar en la fecha del cese en el trabajo por cuenta ajena, el devengo se produce desde el día siguiente siempre que la solicitud se formule dentro de los tres meses siguientes aplicándose el plazo de retroactividad de tres meses, y cuando el hecho causante se produce desde una situación asimilada al alta, no procede la retroacción al plazo de tres meses.

### 1.3.-Jubilación parcial

Por STS 24-09-2013 (Rc. 2520/12) (ECLI:ES:TS:2013:5058), cuya doctrina se ha reiterado, creando jurisprudencia, en **STS 17-11-2014 (Rc. 3309/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4884) la Sala IV entiende que procede reclamar por indebidamente las prestaciones de jubilación parcial percibidas por un trabajador, cuando la empresa no sustituyó al trabajador relevista que tras agotar el periodo máximo de IT (en que existe obligación de la empresa de cotizar a la Seguridad Social), obtuvo una prórroga permaneciendo en dicha situación (en que no existe obligación de cotizar por la empresa), sin que posteriormente fuera reconocido en situación de incapacidad permanente. La Sala IV, tras sistematizar la jurisprudencia relativa a los supuestos en que existe la obligación de sustituir al trabajador relevista y la correspondiente responsabilidad empresarial en caso de no hacerlo argumenta que el binomio jubilación parcial/contrato de relevo tiene como doble finalidad la política de empleo -al evitar que se pierdan puestos de trabajo- y el mantenimiento financiero de la Seguridad Social, de forma que en los supuestos en que el trabajador relevista tiene el contrato suspendido sin que exista obligación de cotización a la Seguridad Social (lo que ocurre en los supuestos de prórroga de la incapacidad temporal), existe la obligación empresarial de sustituir al relevista, y en caso de no hacerlo, de reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas por el jubilado parcial durante dicho periodo.

Por su parte, y como consecuencia de la jubilación parcial del trabajador, y de que la empresa contrató a un relevista y transformó el contrato de otro de a tiempo parcial a tiempo completo, si bien como consecuencia de la autorización de extinción de 46 contratos de trabajo incluyendo a los dos trabajadores afectados por el relevo, se reclamó a la empresa el pago de la prestación de jubilación parcial, a pesar de que en el momento del cese el jubilado parcial tenía la edad y cotizaciones suficientes para acceder a la jubilación anticipada, la Sala IV, en **STS 14-01-2015 (Rc. 463/14)** (ECLI:ES:TS:2015:693), reiterando lo dispuesto en la STS 22-09-2010 (Rc. 4166/09) (ECLI:ES:TS:2010:5371), confirma la sentencia de suplicación que no exoneró de responsabilidad a la empresa, por entender que no se ha contratado a otro trabajador sustituto del relevista en un supuesto en que el jubilado parcial no accedió a la jubilación, ni dejó de percibir las prestaciones de jubilación parcial una vez producido el cese por el ERE.

Además, se ha entendido que no es posible, para acreditar el periodo de carencia necesaria para causar derecho a la prestación de jubilación parcial, el computar las cotizaciones efectuadas al régimen de clases pasivas cuando son insuficientes las correspondientes al Régimen General. Justifica su decisión la Sala IV en STS 31-05-12 (Rc. 104/2011) (ECLI:ES:TS:2012:4460), STS 11-03-2013 (Rc. 1572/12) (ECLI:ES:TS:2013:1492), cuya doctrina se reitera en **STS 15-12-2014 (Rc. 279/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5649) en que el RD 691/1991, de 12 de abril, que supone desarrollo de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y que regula el cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes integrados en el sistema de Seguridad Social, excluye expresamente en su art.

2.2 a la pensión de jubilación parcial. Añade la Sala IV que la entrada en vigor del EBEP no ha alterado el marco normativo anterior en la materia, ya que no existe regulación en el Régimen de Clases Pasivas que permita solicitar una jubilación parcial (por cuanto no se ha desarrollado la previsión contemplada en la de posibilidad de que los funcionarios públicos accedan a esta modalidad de jubilación).

Por último y en relación a la expresión “*convenio y acuerdos colectivos de empresa*” contenida en la Disposición Transitoria 2ª RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, la Sala IV consideró, en STS 25-02-2013 (Rc. 560/12) (ECLI:ES:TS:2013:1332), que la expresión tiene que interpretarse en sentido literal, de forma que sólo podrán acogerse a la jubilación parcial cuando se contemple en dicho ámbito (empresa), que es más reducido que el previsto con anterioridad en la Disposición Transitoria 17ª. 5 LGSS, en la que se aludía a “*convenios y acuerdos colectivos*”. Argumentó en su momento la Sala IV en que el RD-ley 8/2010, de 20 de mayo, lo que hace es adoptar medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, por lo que la nueva regulación –restrictiva y reducida al ámbito empresarial- se ampara en dicha finalidad al restringir la posibilidad de jubilación parcial. Dicha doctrina se reiteró en STS 18-06-2013 (Rc. 2518/12), creando jurisprudencia –en la que se deniega la jubilación parcial en aplicación de lo establecido en el Convenio Colectivo de Hostelería y Turismo de Cataluña-, y se ha reiterado posteriormente en **STS 31-03-2014 (Rc. 1656/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2054), que deniega igualmente la jubilación parcial en aplicación de lo establecido en el Convenio Nacional del sector de pasta, papel y cartón, en **STS 09-12-2014 (Rc. 3346/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5625) en que se deniega la jubilación parcial en virtud de un convenio provincial y **STS 24-03-2015 (Rc. 1550/14)** (ECLI:ES:TS:2015:2108) en que se deniega la jubilación parcial en aplicación del Convenio Colectivo de Empresas Consignatarias de Mercado Central de Barcelona (Mercabarna).

#### 1.4.-Jubilación forzosa

Siguiendo lo dispuesto en STS (Pleno) 21-12-2012 (Rc. 3439/11) (ECLI:ES:TS:2012:9179), STS (Pleno) 21-12-2012 (Rc. 3925/11) (ECLI:ES:TS:2012:9178) y STS 29-10-2013 (Rc. 25/13) (ECLI:ES:TS:2013:5891)-en relación con el art. 152 del Convenio colectivo de AENA-, en **STS 17-06-2014 (Rc. 1441/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3304), la Sala IV, siguiendo la misma técnica de examen estipulada en dichas sentencias, si bien en relación con el art. 84 del Convenio Colectivo para las empresas del comercio al por mayor e importadores de productos químicos, señala que dicho precepto cumple con las obligaciones que sobre la jubilación forzosa se establecen en la Disposición Adicional 10ª ET, puesto que éstas deben entenderse cumplidas examinando las totalidad del convenio colectivo.

Además, a tenor de lo dispuesto en la cláusula de jubilación forzosa impuesta en el Convenio Colectivo de Telefónica 2011-2013, las **STS 04-02-2015 (Rc. 233/14)** (ECLI:ES:TS:2015:847) y **STS 09-03-2015 (Rc. 651/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1283), determinan que el mismo no cumple las exigencias

de la DA 10ª ET, y por lo tanto el cese debe ser considerado improcedente , ya que a diferencia de lo que ocurrió durante la vigencia del convenio anterior (2008-2010), en el presente se observa una disminución de la plantilla notable.

### 1.5.-Prorrata temporis

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de jubilación quien desarrolló actividades en el sector de la minería tanto en Polonia como en España, la Sala IV, en **STS 11-02-2015 (Rc. 1780/14)** (ECLI:ES:TS:2015:721) reiterando la jurisprudencia en relación con los periodos de embarque en buques de bandera no española pero sí comunitaria respecto del cálculo del importe de la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, falla en el sentido de que para fijar el porcentaje de pensión que le corresponde abonar a España, han de tenerse en cuenta no sólo los días realmente cotizados, sino también los bonificados por la realización de trabajos en la minería aplicados para determinar la edad ficticia del beneficiario a fin de acceder a la pensión, sin que sirva la solución de tener en cuenta sólo las cotizaciones sufragadas a la Seguridad Social española, además de que se totalizan los periodos de cotización sólo en la medida necesaria para alcanzar el máximo de pensión nacional, sin que se puedan sumar cotizaciones innecesarias que arrastraría el efecto de minorar el prorrateo a cargo del sistema español de Seguridad Social.

### 1.6.-Responsabilidad del abono de la prestación

En relación a quien corresponde abonar la diferencia entre la pensión de jubilación reconocida y la incrementada, en el supuesto de un médico que prestaba servicios para la sanidad pública, primero para el Estado, y posteriormente, y como consecuencia de la transferencia de competencias a las CCAA, para el SAS, la Sala IV, siguiendo doctrina tradicional de la Sala, entiende, en **STS 10-12-2014 (Rc. 2313/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5615) que la responsabilidad corresponde al Estado hasta la fecha en que se hizo efectivo el traspaso de funciones y medios al organismo autonómico, y desde esa fecha, la responsabilidad debe asumirla éste.

## 2.-INCAPACIDAD TEMPORAL

### 2.1.-Cálculo de la base reguladora: trabajadores fijos-discontinuos

Ante la cuestión de cómo tiene que calcularse la base reguladora de una incapacidad temporal de un trabajador fijo-discontinuo que presta servicios y percibe prestaciones por desempleo cuando el pago es asumido por la Mutua, y en particular, si sólo deben tenerse en cuenta las cotizaciones efectuadas por la empresa en los periodos de tiempo trabajados, o además hay que añadir las cotizaciones efectuadas por el abono de la prestación por desempleo en los periodos de inactividad, la Sala IV falla en **STS 22-07-2014 (Rc. 2109/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4276), en el sentido de que hay que computar ambas. Fundamenta su decisión en que el art. 4.1 b) RD 1131/2002, de 31 de octubre, establece el derecho de trabajador a las prestaciones por incapacidad temporal, refiriendo el precepto al término “empresa”, en el que si bien en

puridad no se incluye la Entidad Gestora que también está obligada a efectuar cotizaciones a la Seguridad Social, al tratarse de un trabajador fijo-discontinuo, no pueden excluirse las cotizaciones realizadas por el INEM en aplicación del art. 214.1 LGSS (que determina que la Entidad Gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social asumiendo la aportación empresarial). Añade la Sala IV, que la DA 7ª párrafo primero apartado 1 LGSS, asimila a los trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo a efectos de protección social (en aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial de UNICE, CEPP y CES de 06-06-1997 y Directiva 97/1981/CE, del Consejo, de 15-12-1997), por lo que al existir una laguna legal sobre si deben computarse las cotizaciones efectuadas durante el tiempo trabajado o también las abonadas (por el INEM) durante los periodos de inactividad, debe aplicarse a los trabajadores a tiempo parcial las mismas normas que a los trabajadores a tiempo completo, incluyéndose por lo tanto las cotizaciones efectuadas por la empresa y por el INEM.

## 2.2.-Prórroga de la incapacidad temporal

Procede abonar el subsidio por incapacidad temporal (en adelante IT) entre la fecha de la resolución de la Entidad Gestora en la que se declaró agotada la duración máxima de la percepción del subsidio y se declaró el alta médica, y la de la incorporación del beneficiario a la empresa. Así se estableció en STS 18-01-2012 (Rc. 715/11) (ECLI:ES:TS:2012:753), cuya doctrina se reitera en **STS 02-12-2014 (Rc. 573/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5608), creando jurisprudencia, en la que la Sala IV señala que la demora en la notificación del alta por la Entidad Gestora, no puede perjudicar a la parte actora, de forma que procede abonar la IT hasta el momento de notificación de la resolución administrativa, por ser cuando debe el beneficiario reincorporarse al puesto de trabajo. Justifica esta decisión la Sala IV en que:

- 1.-El art. 131.2 LGSS establece la obligación de pago del subsidio mientras el beneficiario se encuentre en situación IT;
- 2.- El art. 131 bis 3 LGSS prevé la prórroga de la IT hasta la calificación de la IP;
- 3.-Cuando se ha agotado el periodo de duración máxima y se declara el alta, el art. 128.1 LGSS prevé que el INSS es el competente para optar entre la prórroga de la IT, la calificación como incapacitado permanente o el alta médica por curación;
- 4.- El art. 128.1 a) LGSS según modificación incorporada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, otorga, en los supuestos de alta médica, un plazo de cuatro días al interesado para mostrar su disconformidad ante la inspección médica, adquiriendo el alta médica plenos efectos si en el plazo de 7 días se confirma por la inspección la decisión del INSS o transcurren 11 días sin pronunciamiento alguno, debiendo iniciarse dichos plazos desde la fecha en que se notifica la resolución, entendiéndose prorrogada la IT durante este tiempo; y



5.- No puede entenderse que los efectos del alta médica queden fijados en la fecha de la resolución por cuanto todavía cabe impugnación.

Añade la Sala que además el art. 131 bis 3 LGSS prevé la prórroga de la IT hasta la calificación de la IP, lo que obliga a abonar el subsidio de IT hasta el momento de la notificación de la resolución administrativa, por ser el momento en que debe reincorporarse a su puesto de trabajo.

### 3.-INCAPACIDAD PERMANENTE

#### 3.1.-Reconocimiento del derecho

Tras jubilarse anticipadamente, el actor reiteró la solicitud de reconocimiento en situación de incapacidad permanente que le había sido denegada con anterioridad a dicha jubilación, siendo denegada esta última solicitud. La Sala IV, en **STS 21-01-2015 (Rc. 491/14)** (ECLI:ES:TS:2015:641), siguiendo lo dispuesto en la STS 22-03-2006 (Rc. 5069/04) (ECLI:ES:TS:2006:2608), y creando jurisprudencia, determina que sí tiene derecho al reconocimiento en situación de incapacidad permanente, quien está percibiendo pensión de jubilación anticipada, y ello por cuanto la remisión que el art. 138.1 párrafo segundo LGSS hace al art. 161.1 a) LGSS, es a la jubilación total pero no a la anticipada o parcial.

#### 3.2.-Incremento de la pensión: prejubilados de Banesto

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 STS 14-03-2014 (Rc. 1317/13) (ECLI:ES:TS:2014:2553), STS 18-03-2014 (Rc. 1687/13) (ECLI:ES:TS:2014:1436), STS 19-03-2014 (Rc. 1302/13) (ECLI:ES:TS:2014:1384), STS 20-03-2014 (Rc. 1318/13) (ECLI:ES:TS:2014:1376), STS 19-03-2014 (Rc. 1679/13) (ECLI:ES:TS:2014:1664), STS 19-03-2014 (Rc. 1460/13) (ECLI:ES:TS:2014:1665), STS 19-03-2014 (Rc. 1679/13) (ECLI:ES:TS:2014:1664), STS 07-04-2014 (Rc. 2381/13) (ECLI:ES:TS:2014:2015), STS 16-04-2014 (Rc. 2271/13) (ECLI:ES:TS:2014:1968), cuya doctrina se reitera en el periodo examinado en **STS 16-06-2014 (Rc. 2499/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2883), **STS 07-07-2014 (Rc. 2342/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3470), **STS 14-10-2014 (Rec. 3146/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4536) y **STS 11-11-2014 (Rc. 2838/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5116), 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 la Sala IV 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.

### 3.3.-Responsabilidad del abono de la prestación

En **STS 18-06-2014 (Rc. 610/2013)** (ECLI:ES:TS:2014:3308), **STS 18-11-2014 (Rc. 3084/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5117), **STS 04-02-2015 (Rc. 202/2014)** (ECLI:ES:TS:2015:714) **STS 04-03-2015 (Rc. 540/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1542), **STS 17-03-2015 (Rc. 1960/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1545) -respecto de hipoacusia-se reitera lo dispuesto en abundante jurisprudencia [STS 15-01-2013 (Rc. 1152/12) (ECLI:ES:TS:2013:212), STS 18-02-2013 (Rc. 1376/12) (ECLI:ES:TS:2013:1286), STS 12-03-2013 (Rc. 1959/12) (ECLI:ES:TS:2013:1687), STS 19-03-2013 (Rc. 769/12) (ECLI:ES:TS:2013:1811), STS 25-03-2013 (Rc. 1514/12) (ECLI:ES:TS:2013:1767), STS 26-03-2013 (Rc. 1207/12) (ECLI:ES:TS:2013:1778), STS 10-07-2013 (Rc. 2868/12) (ECLI:ES:TS:2013:4467), STS 22-10-2013 (Rc. 161/13) (ECLI:ES:TS:2013:5562), STS 04-11-2013 (Rc. 2691/12) (ECLI:ES:TS:2013:6428), STS 25-11-2013 (Rc. 2878/12) (ECLI:ES:TS:2013:5936), STS 05-12-2013 (Rc. 3170/12) (ECLI:ES:TS:2013:6674), STS 12-02-2014 (Rc. 898/13) (ECLI:ES:TS:2014:883), STS 04-03-2014 (Rc. 151/13) (ECLI:ES:TS:2014:1130), STS 06-03-2014 (Rc. 126/13) (ECLI:ES:TS:2014:2322) –respecto de silicosis-], en relación a que la responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, 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 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,

ya que la responsabilidad corresponde a quien aseguraba la contingencia en la fecha del hecho causante, puesto que la cobertura se establece en función del riesgo asegurado.

#### 3.4.-Lesiones permanentes no invalidantes

Ante la cuestión de si procede reconocer al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de hipoacusia detectada en el año 2006, y si ha prescrito o no la acción de reclamación, la Sala IV, en **STS 19-02-2015 (Rc. 3001/13)** (ECLI:ES:TS:2015:1384), interpretando los arts. 150 y 43.1 LGSS, reitera que el dies a quo para el inicio el cómputo del plazo de cinco años a que refiere el art. 43.1 LGSS, comienza en el momento en que ocurre el hecho causante o se determina la contingencia profesional, y como en el presente supuesto el hecho causante está indeterminado (fijándose en algún momento alrededor de 2006), y las dolencias no fueron valoradas, teniendo el origen de la enfermedad carácter profesional, el comienzo del cómputo del plazo de cinco años debe fijarse en el momento en que se califican las dolencias como profesionales, lo que ocurre en el año 2012, por lo que la acción no ha prescrito y por lo tanto puede reclamarse en ese mismo año la prestación de lesiones permanentes no invalidantes.

#### 3.5.-Incapacidad permanente total

##### 3.5.1.-Reconocimiento del derecho

A pesar de reconocer la Sala IV que la materia de incapacidad permanente no es apta para la unificación de doctrina, por tratarse de temas casuísticos que impiden apreciar contradicción, de forma excepcional, en **STS 23-12-2014 (Rc. 360/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5711), entiende que de forma extraordinaria y especialísima procede entrar a conocer sobre si procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, y en qué grado, de un gruista que pierde la visión de un ojo. Así, y ante la cuestión particular de si las lesiones tienen que valorarse atendiendo a los parámetros del Reglamento de accidentes de trabajo de 22-06-1956, o si por el contrario tiene que tenerse en cuenta el profesigramas de los trabajadores afectados, la Sala IV, examinando ambos, considera que para el desempeño de la profesión de gruista se exige una visión binocular que permita el cálculo de distancias y elimine el riesgo de provocar accidentes en la manipulación y uso de la grúa, por lo que entiende que procede el reconocimiento del actor en situación de incapacidad permanente total.

Además, y ante el supuesto de un trabajador, que prestó servicios estando expuesto a amianto, se jubiló, y estando ya jubilado, solicitó el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de enfermedad profesional, por haber sido diagnosticado de una enfermedad relacionada con asbestosis inicial. La Sala IV, tras señalar que en el presente supuesto no se está en presencia de una simple comparación de lesiones que impedirían el acceso al recurso de casación, recordar que el art. 138.1 LGSS permite que se acceda a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional desde la situación de jubilación, y concretar que el

puesto de trabajo a tener en cuenta a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total no es el desarrollado en los últimos tiempos en que prestó servicios para una empresa, sino los propios del último trabajo con riesgo pulverígeno desarrollado por el trabajador, falla en **STS (Pleno) 25-03-2015 (Rc. 411/14)** (ECLI:ES:TS:2015:2101), que una pretensión de incapacidad permanente total, necesita de la evidencia de unas limitaciones funcionales en el trabajador que le impidan llevar a cabo las funciones correspondientes a su actividad profesional en la empresa, profesión que será la que tuvo el trabajador cuando adquirió la enfermedad profesional. Desde dicha aseveración, argumenta la Sala IV que no procede realizar una especie de *“paréntesis, de parálisis o interrupción temporal que abarque más de diez años en los que el demandante estuvo jubilado, de manera que su situación se valore como si hubiera cesado en el trabajo inmediatamente antes de la petición de incapacidad”*, ya que no existe desprotección alguna del demandante, que percibe una pensión de jubilación desde hace años, y que tiene una situación médico-funcional que no alcanza la calificación de incapacidad permanente total para la profesión habitual. Añade que no es de aplicación al presente supuesto lo dispuesto en la STS 11-06-2001 (Rc.4570/01), en que existía una continuidad entre el trabajo y la incapacidad temporal postulada y no objetivada, no existiendo puestos de trabajo en la empresa sin riesgo para el agravamiento de la enfermedad incipiente, de ahí que la Sala reconociera el derecho del actor a la incapacidad temporal, para evitar una situación de desprotección, que en el presente supuesto, y como consecuencia de estar percibiendo el actor pensión de jubilación, no concurre.

### 3.5.2.-Compatibilidad con pensión de jubilación parcial

En **STS 28-10-2014 (Rc. 1600/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5785)—sentencia que contiene voto particular- la Sala IV resuelve que es compatible el percibo de una pensión de incapacidad permanente total (IPT) que el trabajador tenía reconocida, con una pensión de jubilación parcial a la que accedió como consecuencia del desempeño de otra actividad compatible con dicha IPT, y ello por cuanto el art.122 LGSS establece una regla general de incompatibilidad en el percibo de dos pensiones en el RGSS por el mismo beneficiario, pero permite que existan excepciones, excepción que se contempla en el art. 14 RD 1131/2002, de 31 de octubre, en el que se prevé la compatibilidad entre la IPT reconocida como consecuencia del desempeño de un trabajo, con la jubilación parcial reconocida como consecuencia de un trabajo distinto.

### 3.6.-Incapacidad permanente absoluta

#### 3.6.1.-Situación asimilada al alta

En **STS 03-06-2014 (Rc. 2588/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2566) -aplicando la jurisprudencia humanizadora contenida en STS 26-01-1998 (Rc. 1385/97), y STS 25-07-2000 (Rc. 4436/99) (ECLI:ES:TS:2000:6277)-, se reconoce el derecho de la actora a la prestación de incapacidad permanente absoluta por entenderse cumplido el requisito de estar en alta, cuando dicho presupuesto concurría al iniciarse la enfermedad que derivó en el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, y es explicable que no se hayan

cumplido por el interesado las obligaciones legales para continuar formalmente en alta o situación asimilada al alta que exige el art. 138. 1 LGSS en relación con el art. 124.1 LGSS, y ello en un supuesto en que la actora en el momento de causar baja en la Seguridad Social, ya estaba afecta de la grave enfermedad que derivaría posteriormente en la solicitud de reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta, sin que pueda presumirse un abandono por parte de la misma del Sistema de Seguridad Social, cuando por su estado no podía efectuar una actividad con habitualidad, rendimiento y eficacia.

### 3.6.2.-Compatibilidad con otras prestaciones

Sistematizando lo dispuesto en STS 15-03-1996 (Rc. 1316/95) (ECLI:ES:TS:1996:1640), 11-05-2010 (Rc. 3640/09) (ECLI:ES:TS:2010:3215), 15-07-2010 (Rc. 4445/09) (ECLI:ES:TS:2010:4418), 22-11-2010 (Rc. 233/10) (ECLI:ES:TS:2010:7503) y 20-01-2011 (Rc. 708/10) (ECLI:ES:TS:2011:219), en **STS 14-07-2014 (Rc. 3038/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3412), se vuelve a considerar compatible el percibo de prestaciones de incapacidad permanente absoluta en dos regímenes distintos de la Seguridad Social, cuando ha existido sucesión de actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes diferentes y el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos en cada régimen para la percepción de la prestación, y ello independientemente de que se tenga en cuenta la agravación de dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declarada en otro régimen distinto.

### 3.6.3.-Revisión del grado de incapacidad reconocido

Reiterando lo dispuesto en las SSTS 17-05-2007 (Rc. 2104/06) (ECLI:ES:TS:2007:3950), 17-05-2007 (Rc. 3440/06) (ECLI:ES:TS:2007:3733), 06-06-2007 (Rc. 172/06) (ECLI:ES:TS:2007:4956), 18-10-2007 (Rc. 2307/06) (ECLI:ES:TS:2007:7560), 16-11-2007 (Rc. 1713/07) (ECLI:ES:TS:2007:8093), 27-12-2007 (Rc. 619/07) (ECLI:ES:TS:2007:9088), 29-02-2009 (Rc. 1506/07) (ECLI:ES:TS:2008:2500), 12-05-2009 (Rc. 1605/07) (ECLI:ES:TS:2008:3479), 03-06-2008 (Rc. 1517/07) (ECLI:ES:TS:2008:3357), 25-02-2010 (Rc. 1879/09) (ECLI:ES:TS:2010:1384), en **STS 26-11-2014 (Rc. 960/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5416), insiste en que la Entidad Gestora puede fijar el plazo para instar la revisión de la incapacidad, sin perjuicio de su posible control jurisdiccional posterior y aunque la incapacidad permanente se haya reconocido por sentencia firme, ya que el art. 143.2 LGSS determina que *“toda resolución inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría el estado invalidante profesional”*. Señala la Sala IV que el texto no ofrece dudas por lo que hay que estar, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.1 CC, a lo que en el mismo se contemple. A igual conclusión conducen el art. 6.2 RD 1300/1995, de 21 de junio y art. 13.3 Orden de 18-01-1996.

### 3.7.-Gran invalidez

Tiene derecho al reconocimiento de pensión de gran invalidez, quien pretende que se tengan en cuenta cotizaciones efectuadas tras la suscripción de convenio especial con posterioridad a las resoluciones administrativas denegatorias de la declaración del derecho a la prestación, cuando se haya producido una agravación de las dolencias previamente reconocidas, y ello por cuanto así se ha afirmado en **STS 21-01-2015 (Rc. 127/14)** (ECLI:ES:TS:2015:722), en la que la Sala IV argumenta que si la denegación de un determinado grado de incapacidad proviene de la falta inicial del periodo de carencia necesario, si se produce una agravamiento en la situación del trabajador tras la suscripción del convenio especial, éste no puede considerarse irrelevante.

Por su parte, en **STS 03-03-2014 (Rc. 1246/13)** (ECLI:ES:TS:2014:1094), cuya doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en **STS 10-02-2015 (Rc. 1764/14)** (ECLI:ES:TS:2015:458), la Sala IV falla 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 determinó que la ceguera comporta gran invalidez, y las sentencias dictadas en el recurso de casación para la unificación de doctrina que han examinado dicha cuestión, concluye: 1) que 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) que 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) que 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) que 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) que 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.

#### **4.-ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL**

#### 4.1.-Determinación de la contingencia

##### 4.1.1.-Accidente in itinere

La trabajadora, que prestaba servicios como dependiente en un estanco, después de cerrar el mismo fue víctima de un robo iniciando proceso de incapacidad temporal que fue declarado derivado de contingencia común, y respecto del que entendía debía ser considerado derivado de accidente de trabajo. La Sala IV, en **STS 14-10-2014 (Rc. 1786/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5124), aplica la presunción del art. 115.3 LGSS, y considera el robo como un accidente in itinere al ocurrir al ir o venir del trabajo, ya que la exclusión sólo opera cuando la agresión que sufre el trabajador por parte de un tercero, bien en el trabajo, bien in itinere, obedece a razones personales entre agresor y agredido.

##### 4.1.2.-Accidente de trabajo

En **STS 10-12-2014 (Rc. 3138/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5612) la Sala IV considera que deriva de accidente de trabajo la incapacidad temporal reconocida al actor, que encontrándose en tiempo y lugar de trabajo comienza a sentirse indispuesto, si bien continua desarrollando sus funciones hasta la finalización del horario de mañana, quedándole el de la tarde por realizar, manifestándose la hemorragia cerebral cuando ya no se encuentra en el lugar de trabajo por haber concluido la jornada de mañana encontrándose comiendo, y ello por cuanto entiende la Sala IV que entra en estos supuestos en juego la presunción del art. 115.3 LGSS. Añade la Sala IV que el hecho de que el actor tuviera una serie de padecimientos previos, no impide la declaración de la contingencia como derivada de accidente de trabajo, ya que lo que tiene que valorarse es la acción del trabajo como factor desencadenante del accidente, y en el presente supuesto, la hemorragia se produjo cuando el trabajador había sido trasladado a otra oficina bancaria y en el día de inicio del periodo de renta.

Por su parte, la Sala IV, en **STS 16-07-2014 (Rc. 2352/2013)** (ECLI:ES:TS:2014:4349) considera accidente de trabajo el sufrido por un trabajador que prestaba servicios como marinero de altura estando a bordo de un buque (en el que prestaba servicios y pernoctaba), mientras veía una película en tiempo de descanso. Señala la Sala IV que en el supuesto hay que aplicar la presunción del art. 115 LGSS en relación a cuándo el accidente ocurre “en tiempo” y “lugar” de trabajo, teniendo en cuenta que en la actividad realizada en el mar no puede aplicarse la presunción de que el accidente es en misión (puesto que no se encarga al trabajador que se desplace temporalmente a un lugar distinto de su centro de trabajo habitual para realizar la prestación de servicios), y las especiales condiciones en que se presta el servicio en el mar, ya que como se determinó en **STS 24-02-2014 (Rc. 145/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3838), el accidente se produce en “*unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo*”, ya que el buque no es sólo un centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque.

En la misma línea, como consecuencia de que el actor falleció de un edema pulmonar provocado por una cirrosis hepática, estando sobrio en el momento de la muerte, acontecida encontrándose en un barco en el que vivía desde hacía un año al encontrarse embarcado y sin navegar, sin que fuera objeto de atención hospitalaria, reclamó su viuda que se declarara el fallecimiento derivado de accidente de trabajo. La Sala IV, en **STS 04-02-2015 (Rc. 197/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1753) siguiendo lo dispuesto en la STS 24-02-2014 (Rc. 145/13) (ECLI:ES:TS:2014:1797), 16-07-2014 (Rc. 2352/13) (ECLI:ES:TS:2014:4349)–en las que se declaró derivado de accidente de trabajo el fallecimiento de los trabajadores en periodo de descanso a bordo de un buque–considera que aun no tratándose de un accidente en misión, puesto que no se encarga al trabajador que se desplace a lugar distinto del centro de trabajo habitual para prestar servicios, teniendo en cuenta que el buque es al mismo tiempo centro de trabajo y domicilio, estando sujeto a permanente disponibilidad, la muerte debe considerarse derivada de accidente de trabajo al ocurrir “en tiempo y lugar de trabajo”

#### 4.1.3.-Accidente en misión

Por el contrario, como consecuencia de que el padre del actor prestaba servicios para RENFE Operadora como interventor en ruta y residencia en Córdoba, falleciendo en la habitación del hotel en que pernoctaba pagado por la empresa tras realizar la ruta Córdoba-Algeciras, a causa de infarto agudo de miocardio, tras solicitar su hijo pensión de orfandad derivada de accidente de trabajo, la Sala IV, en **STS 20-04-2015 (Rc. 1487/14)** (ECLI:ES:TS:2015:2121), y tras sistematizar la jurisprudencia en relación con el accidente en misión, considera que no puede considerarse derivado de accidente de trabajo el fallecimiento del trabajador en las circunstancias expuestas, infarto de miocardio sufrido por un trabajador en la habitación del hotel en que se encontraba descansando tras haber finalizado su jornada laboral.

#### 4.1.4.-Enfermedad profesional

En **STS 05-11-2014 (Rc. 1515/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5221) se considera enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano bilateral que padece una limpiadora, argumentando que: 1) El art. 116 LGSS, determina que es enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo en las actividades que se especifiquen en las normas de desarrollo de la ley y que estén provocadas por la acción de elementos o sustancias que en la misma se referencien para cada enfermedad; 2) El RD 1299/2006, de 10 de noviembre, aprueba el cuadro de enfermedades profesionales, entre las que se incluye el síndrome del túnel carpiano por comprensión del nervio mediano en la muñeca en los trabajos que se relacionan en el Anexo I, grupo 2, agente F, subagente 2, actividad 01, código 2F0201; 3) Cuando la enfermedad está listada, no es precisa la prueba del nexo causal lesión-trabajo que se exige en supuestos de accidentes de trabajo; 4) Las tareas que desempeña una limpiadora según el convenio colectivo, podrían entenderse incluidas en las que aparecen en la norma, aunque dicha profesión de “limpiadora” no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional.



## 4.2.-Recargo de prestaciones

### 4.2.1.-Imposición: infracción de medidas de seguridad

Reiterando consolidada jurisprudencia iniciada por STS (Pleno), de 30-06-2010 (Rc. 4123/08) (ECLI:ES:TS:2010:4801), se insiste en **STS 09-06-2014 (Rc. 871/12)** (ECLI:ES:TS:2014:2786) en que puesto que el empresario es deudor de seguridad, para enervar su posible responsabilidad en relación con riesgos profesionales, tiene que acreditar haber agotado toda diligencia exigible para evitar dicho riesgo, por lo que procede imponer el recargo de prestaciones del art. 123 LGSS, cuando consta probado que existía normativa de prevención de riesgos laborales en relación con la exposición a asbestos en el periodo temporal en que el trabajador prestó servicios sometido a dicho riesgo y que dicha normativa no fue cumplida por la empresa.

A su vez, como consecuencia del fallecimiento de la trabajadora, limpiadora, por accidente de trabajo, habiendo recibido ésta información y formación específica verbal y escrita en materia de seguridad, con especial advertencia de no limpiar las máquinas por dentro, se solicitó por los herederos de ésta recargo de prestaciones, pretensión que fue estimada en instancia cuya sentencia se revocó en suplicación, por entender que la causa del accidente fue la falta de medidas de seguridad. Ante la cuestión de si puede excluirse la imposición del recargo por el juego de la presunción de inocencia que impediría contemplar la necesaria relación de causalidad entre la infracción y el accidente, en **STS 15-10-2014 (Rc. 3164/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5733), la Sala IV entiende que no puede negarse la existencia de relación de causalidad, cuando queda acreditado que el accidente se produjo por inexistencia de dispositivos de seguridad en el equipo causante del accidente, ausencia de señalización visual o acústica u otro tipo de elementos de prohibición de acceso a la zona peligrosa y de información del riesgo existente, deficiente coordinación de actividad empresariales e inexistencia de evaluación de riesgo real de las operaciones.

Además, y como consecuencia del accidente sufrido por el trabajador consistente en que mientras prestaba servicios en una estación de servicio, recibió una paliza de tres atracadores que le provocó un derrame cerebral, siendo reconocido en situación de IPA, la empresa fue condenada a un recargo de prestaciones del 30% (porcentaje mínimo) puesto que sí existían diversas medidas de prevención como cámaras de grabación y alarma no conectada a la central. La Sala IV, tras considerar que el atraco en una entidad bancaria o en una gasolinera es un riesgo laboral, y ello tras examinar la diferente normativa en que se define el riesgo, concluye, en **STS 20-11-2014 (Rc. 2399/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5623) que es correcta la imposición del recargo en el porcentaje mínimo, puesto que existe nexo causal entre el accidente sufrido y la falta de medidas de seguridad que el empresario tenía la obligación de adoptar para minimizar el mismo, como mejor iluminación de la zona del murete por la que accedieron los atracadores o conexión con la central de alarmas, medidas que la empresa implementó con posterioridad al accidente.

#### 4.2.2.-Minoración

Como consecuencia del fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional, se impuso inicialmente a la empresa un recargo de prestaciones del 50%, que fue minorado al 40% en suplicación, por entender la Sala que “*no se aprecia un absoluto desprecio de la normativa de prevención*” puesto que la empresa adoptó a partir de 1978 determinadas medidas de seguridad. La Sala IV, en **STS 17-03-2015 (Rc. 2045/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1909) casa y anula dicha sentencia, y entiende que no procede minorar el recargo, por cuanto, a pesar de existir normativa en materia de prevención de riesgos laborales ya desde el momento de la contratación en relación con el riesgo la empresa tardó más de 15 años en adoptar alguna medida preventiva.

#### 4.2.3.-Revocación

Reiterando consolidada jurisprudencia, la Sala IV, en **STS 12-05-2014 (Rc. 635/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3071) falla en el sentido de que no procede declarar la nulidad de la resolución por la que se impuso a la empresa un recargo de prestaciones del 30% como consecuencia de la recaída del accidente sufrido por el trabajador, a pesar de haberse omitido el trámite de audiencia a la empresa. Fundamenta su decisión la Sala IV en que si bien el empresario tiene la consideración de “interesado” en el procedimiento administrativo que reconozca la incapacidad permanente de sus trabajadores, la omisión del trámite de audiencia en vía administrativa no supone que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, ni que la omisión, en sí misma, cause indefensión, ya que si se le comunicó la resolución por la que se le reclamaba el capital coste de la nueva pensión reconocida, y se otorgó plazo para que formulara alegaciones lo que no hizo, el empresario pudo articular la defensa de sus intereses, oponerse al grado de incapacidad reconocido y a la imputación de responsabilidad, sin que le cause indefensión, por lo que no procede declarar a nulidad que contempla el art. 62.1 e) Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

#### 4.2.4.-Responsabilidad en supuesto de sucesión de empresas

Originariamente, y como consecuencia del recargo de prestaciones impuesto a las empresas para las que había prestado servicios efectivos hasta 1987 el trabajador que falleció de enfermedad profesional, y absorción de las empresas sucesoras de aquellas desde fecha posterior al cese laboral del causante, presentaron demanda las primeras, planteándose en casación unificadora si procede la condena solidaria a las empresas sucesora, la Sala IV, siguiendo lo dispuesto en la STS 18-07- 2011 (Rc. 2502/10) (ECLI:ES:TS:2011:5862), en **STS 28-10-2014 (Rc. 2784/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4776), entiende que no procede extender dicha responsabilidad, puesto que la situación no se rige por el art. 44 ET, sino por el art. 127.2 LGSS, preceptos que son independientes pero complementarios, y según el art. 127 LGSS la solidaridad únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así a las posteriores que traigan causa en incumplimientos anteriores.

Siguiendo dicha jurisprudencia y en atención a que el art. 123.2 LGSS, determina que *“la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”*, en **STS 04-03-2015 (Rc. 1307/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1907), reiterando lo dispuesto en la ya antigua STS 20-05-1994 (Rc. 3187/1993) (ECLI:ES:TS:1994:3910), se falla en el sentido de que como se ha impuesto un recargo de 30% de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas del accidente de trabajo a la empresa con responsabilidad subsidiaria del INSS, y no procede transmitir la responsabilidad, procede estimar el recurso del INSS para absolverle de la responsabilidad en el pago del recargo.

Pues bien, en **STS (Pleno) 23-03-2015 (Rc. 2057/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1924) -sentencia que contiene dos votos particulares-, la Sala IV rectifica su jurisprudencia anterior, partiendo de que el recargo mantiene su naturaleza mixta que atiende a finalidades diversas: resarcitoria y preventivo/punitiva, articulándose su gestión de forma prestacional. Partiendo de dicha consideración, entiende que en materia de sucesión de la responsabilidad derivada del recargo, tiene que primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva (a diferencia de lo que se sostuvo anteriormente), o dicho de otro modo, que las previsiones del art. 123.2 LGSS, tienen que ceder frente a las del art. 127.2 LGSS. Las razones que esgrime proceden de que el art. 44 ET dispone que en supuestos de cambio de titularidad de una empresa, el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, no previéndose nada en el art.123.2 LGSS –precepto que regula el recargo- en supuestos de sucesión de empresas, respuesta que sin embargo sí se contiene, en el supuesto de prestaciones, en el art. 127.2 LGSS –que determina que *“en los casos de sucesión (...) el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”*. En definitiva, considera la Sala IV que existiendo laguna legal en materia de sucesión del recargo de prestaciones en el art. 123.2 LGSS, la misma debe eliminarse recurriendo a la normativa comunitaria, lo que se ha realizado en la Sentencia del TJUE 05-03-2015 (Asunto C-353/2013), en la que ante la cuestión prejudicial sometida por el Tribunal de Trabajo de Leiria (Portugal), sobre la posible transmisión a la sociedad absorbente de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida, el TJUE, interpretando los arts 3.1, 13 y 19 de la Directiva 78/855/CEE –derogada por la Directiva 2011/35/UE que sería de aplicación al supuesto examinado pero que mantiene idéntica redacción de los preceptos examinados-, concluye que debe transmitirse la responsabilidad. Añade la Sala IV que lo dispuesto en dicha sentencia es acorde con lo establecido en el art. 127.2 LGSS, por lo que la transmisión de la responsabilidad debe aplicarse en los supuestos de fusión, escisión o transformación de empresas, y en el presente supuesto, teniendo en cuenta que Uralita SA sucedió a Rocalla SA, procede que Uralita SA abone el recargo de prestaciones por infracción de las medidas de seguridad que en su momento cometió Rocalla SA, si como

consecuencia de las mismas el trabajador sufre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

#### 4.3.-Indemnización por daños y perjuicios

##### 4.3.1.-Efectos de lo resuelto en sentencia penal

Como consecuencia del fallecimiento del trabajador en accidente de trabajo, reclaman la viuda, hijos y padre del trabajador, indemnización por daños y perjuicios. En instancia se desestimó la demanda por apreciar la concurrencia de cosa juzgada al haberse seguido actuaciones penales concluidas con sentencia firme en que se resolvió sobre la responsabilidad civil, sentencia que fue anulada en suplicación para que se dictara nueva sentencia por apreciar inexistencia de cosa juzgada. La Sala IV, ante la cuestión de si cabe reclamar en el orden social una indemnización por daños y perjuicios coincidente con la reclamación de responsabilidad civil derivada de delito, confirma la sentencia de instancia en **STS 22-12-2014 (Rc. 3364/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5712), por entender que debe apreciarse el efecto positivo de cosa juzgada, puesto que lo enjuiciado en el ámbito penal es lo mismo que sirve como fundamento para la acción de indemnización por daños y perjuicios en el orden social, y al no haberse optado por la reserva de acciones civiles en el proceso penal (ex art. 112 LECr), no puede reclamarse lo mismo en el ámbito social.

##### 4.3.2.-Aplicación del Baremo para accidentes de circulación

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado en el periodo examinado sobre la aplicación del Baremo para accidentes de circulación a efectos del cálculo de la indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y ello en la intención de clarificar la jurisprudencia anterior o rectificarla en algunos extremos. Así, ante un supuesto en que la Sala de suplicación reconoció el derecho del actor a una indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido, teniendo en cuenta: 1) que habiendo existido culpa tanto de la empresa como del trabajador que tenía a su disposición un arnés en perfecto estado, procede el recargo en porcentaje del 30%; 2) Que debe ser de aplicación el Baremo para accidentes de circulación del año 2002 (fecha en que las secuelas quedaron estabilizadas al ser declarado en situación de IPA), y no el de 2001 (fecha del accidente), ni el de 2011 (fecha en que se dicta la sentencia de instancia que reconoce el derecho a la indemnización; 3) que no pueden tenerse en cuenta a efectos del cálculo las indemnizaciones que se solicitan por terceros, como son los daños morales de la familia del actor); 4) que respecto del subsidio por incapacidad temporal y factor de corrección de la Tabla V apartado b) del Baremo, que hay que deducir el subsidio de incapacidad temporal equivalente al 75% de la base reguladora; 5) que hay que aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos y daños moral complementario de la Tabla IV del Baremo para deducirlo del lucro cesante de la IP, y 6) Que no procede imponer a la aseguradora el interés, puesto que existe incertidumbre sobre la concurrencia de culpas, tras discrepar

el trabajador sobre el Baremo que hay que aplicar, que entiende debe ser el vigente en el momento de dictarse la sentencia de instancia que reconoció el derecho a la indemnización por daños y perjuicios, la Sala IV, en **STS 30-03-2015 (Rc. 3204/13)** (ECLI:ES:TS:2015:1551), señala que efectivamente hay que aplicar el baremo vigente en el momento de dictarse la sentencia de instancia, puesto que se trata de reparar íntegramente el daño causado, y por lo tanto hay que estar al importe de la indemnización en la fecha en que éste se cuantifica, que no es otro que en el momento de dictarse dicha sentencia; a partir de ello, procede la Sala a recalcular la indemnización que procede abonar al trabajador por daños y perjuicios.

La reclamación de indemnización por daños y perjuicios en aplicación del Baremo Anexo al Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (RD 8/2004, de 29 de octubre), como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador que fue declarado en situación de incapacidad permanente total, habiéndose impuesto a la empresa un recargo de prestaciones del 30%, lleva a la Sala IV, en **STS (Pleno) 23-06-2014 (Rc. 1257/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3546), a sistematizar la jurisprudencia en relación a la aplicación de dicho Baremo y a rectificar, en un aspecto concreto al que se hará mención posteriormente, la doctrina anterior de la propia Sala en relación con la forma de cálculo de la indemnización. La rectificación afecta a la forma de cálculo de la indemnización por daño moral en la incapacidad permanente, debiendo aplicarse el factor de corrección de la Tabla IV del baremo sólo para el daño moral, pero no para el resto de daños.

Antes de centrarse en la justificación de la rectificación de la doctrina anterior, la Sala IV, en Pleno, sistematiza cómo debe aplicarse el Baremo cuando éste se utiliza para calcular la indemnización en supuestos de accidentes de trabajo, partiendo de las siguientes premisas:

1.-En relación con las posibles vías de resarcimiento del daño sufrido por el trabajador, o posibles vías de determinación de la responsabilidad empresarial, señala que existen 4 supuestos en los que la empresa es responsable:

A.-Prestaciones del Sistema de Seguridad Social (es una responsabilidad objetiva, con indemnización tasada en atención a las cotizaciones del empresario)

B.-Recargo de prestaciones (art. 123 LGSS)

C.-Mejoras voluntarias de la acción protectora

D-Responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC) –que exige culpa del empresario, lo que en el ámbito de la Seguridad y Salud en el trabajo implica que el empresario haya agotado toda la diligencia exigible para evitar el accidente- o extracontractual (art. 1902 CC)

2-En relación con el alcance de la reparación económica, señala la Sala IV:

A.-Que el trabajador tiene derecho a una reparación “íntegra” de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional (sin que íntegro implique que se pueda exceder en la reparación del daño sufrido), como son los sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social.

B.-Que la fijación de la cuantía de la indemnización es misión del órgano de instancia, cuya decisión puede ser revisada cuando los criterios aplicados lo han sido de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada.

C.-Que el órgano de instancia puede decidir aplicar el Baremo o por el contrario no, justificando entonces las partidas a indemnizar y la cuantía indemnizatoria.

D.-Que las diversas indemnizaciones son “compatibles” y “complementarias”, es decir, de la cuantía total de la indemnización habrá que descontar lo que se hubiese cobrado ya por el mismo concepto (compensación entre conceptos homogéneos) y ello para evitar el enriquecimiento injusto del trabajador.

3.-En relación con las reglas de cálculo del importe indemnizatorio, señala la Sala IV que los conceptos a indemnizar son:

A.-Daño emergente (atendiendo a lo pedido y a la prueba practicada en relación al daño y al importe de la indemnización)

B.-Lucro cesante, de forma que sólo se otorgará indemnización en aplicación del Baremo, cuando con las prestaciones de Seguridad Social y mejoras voluntarias no cubran éste (sin que se tenga en cuenta el recargo de prestaciones).

C.-Daño corporal y daño moral.

4.-En relación a la aplicación del Baremo, la Sala IV distingue su aplicación en supuestos de incapacidad temporal y de incapacidad permanente (que se prevé en el Baremo en la Tabla IV como uno de los factores de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes de la Tabla III), y sistematiza el modo en que se tiene que aplicar el mismo del siguiente modo:

A.-La indemnización por lesiones permanentes se contempla en la Tabla III del Baremo que incluye secuelas físicas y daños morales, por lo que se determinará, en aplicación de la misma, atribuyendo puntos por cada secuela y valor por punto en atención a la edad del trabajador, sin que pueda existir compensación:

a.-Con prestaciones de Seguridad Social, ni con

b.-Mejoras voluntarias

Además, el valor de los puntos será el que se haya determinado reglamentariamente en el momento de consolidación de las secuelas actualizados a la fecha de la sentencia o aplicando intereses moratorios desde la consolidación de las mismas.

B.-La indemnización por la incapacidad temporal se calculará en aplicación de la Tabla V del Baremo, si bien teniendo en cuenta lo siguiente:

a.-El lucro cesante se calcula en la diferencia entre el salario real que hubiera recibido el trabajador de permanecer en activo y las cantidades percibidas por la prestación, por lo que habrá que descontar el complemento de IT percibido por mejora voluntaria, y habrá que actualizar la cuantía conforme al salario del nuevo convenio colectivo que pueda entrar en vigor, sin que se apliquen los factores de corrección por perjuicios económicos previstos en el Anexo, y sin que pueda compensarse la cuantía obtenida con lo reconocido por otros conceptos.

b.-El daño moral se calcula conforme a la Tabla V del Baremo en las cantidades establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo, y los de baja no impeditivos (puesto que el alta no siempre implica que el trabajador haya sanado).

C.-La indemnización por la incapacidad permanente, se calculará en aplicación de la Tabla IV del Baremo, teniendo en cuenta lo siguiente:

a.-En relación con el lucro cesante, a la indemnización conforme a la Tabla IV del Baremo, habrá que descontar las prestaciones de Seguridad Social y las mejoras voluntarias, pero no el recargo de prestaciones.

b.-El daño moral se indemnizará (como consecuencia de la rectificación de la doctrina de la Sala), teniendo en cuenta que el factor de corrección de la Tabla IV del Baremo, sólo se aplica al daño moral, sin que pueda aplicarse dicho factor de corrección a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes fijadas en la Tabla III.

Reiterando lo dispuesto en la sentencia anterior, y sistematizando nuevamente la forma del cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional conforme al Baremo para accidentes de circulación, en **STS 17-02-2015 (Rc. 1219/14)** (ECLI:ES:TS:2015:991), se sistematiza la aplicación del mismo del siguiente modo:

1.-El principio general, es que hay que reparar íntegramente los daños [STS (Pleno) 17-07-2007 (Rc. 513/06) (ECLI:ES:TS:2007:6502)]

2.-Es preciso que la indemnización sea adecuada y proporcionada, evitando enriquecimientos injustos [STS (Pleno), 17-07-2007 (Rc. 513/06) (ECLI:ES:TS:2007:6502)]

3.-Como consecuencia de que un accidente de trabajo puede dar lugar a distintas vías de reparación mediante prestaciones sociales, las diferentes indemnizaciones son compatibles pero complementarias, pudiendo ejercitar todas las acciones que le permite la ley para obtener el resarcimiento total [SSTS 09-02-2005 Rc. 4398/03) (ECLI:ES:TS:2005:1976), 01-06-2005 (Rc. 1613/04) (ECLI:ES:TS:2005:3534), 24-04-2006 (Rc. 318/05) (ECLI:ES:TS:2006:3455), (Pleno) 17-07-2007 (Rc. 513/06) (ECLI:ES:TS:2007:6502)]

4.-La reparación tiene que referir (y por lo tanto hay que indemnizar):

A.-El daño corporal, es decir, las lesiones físicas y psíquicas del accidentado

B.-El daño moral o sufrimiento psíquico o espiritual derivado del accidente

C.-El daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial directamente vinculada al daño

D.-El lucro cesante, es decir, la pérdida de ingresos y de expectativas laborales.

5.-Hay que excluir de la indemnización los daños que ya hayan sido resarcidos para evitar un enriquecimiento injusto.

6.-El importe de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla III), no puede compensarse con prestaciones de Seguridad Social ya percibidas, ni mejoras voluntarias, ni recargo de prestaciones, puesto que compensan el lucro cesante, mientras que la Tabla III repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente.

7.-El factor de corrección de la Tabla IV atiende sólo al daño moral,

8.-La Tabla V compensa el daño moral en la incapacidad temporal

En atención a todo ello, concluye que de la cuantía de los daños morales calculada conforme al Baremo, no cabe descontar lo percibido por prestaciones de Seguridad Social, ni por complementos, y ello independientemente de que se trate de una situación de incapacidad temporal o de lesiones permanentes.

Además, siguiendo lo dispuesto en la STS (Pleno) 23-06-2014 (Rc. 1257/13) (ECLI:ES:TS:2014:3546), la Sala IV, en **STS 13-10-2014 (Rc. 2843/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5430) vuelve a pronunciarse sobre cómo hay que



calcular la indemnización por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo cuando se opta por recurrir al Baremo para accidentes de circulación. En particular, y en relación a si procede deducir o no, y en qué forma, la cantidad percibida en virtud de póliza suscrita como consecuencia de una mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo. La cuestión suscitada es si dicha cantidad debe detraerse sólo de la cantidad resultante que resarce la incapacidad profesional generada por el accidente laboral y por lo tanto del lucro cesante, sin incluir la discapacidad vital, o no, decantándose la Sala IV por la primera de las opciones, ya que la indemnización obtenida por mejora de las prestaciones de Seguridad Social, no se corresponde con una indemnización atribuida a factor de corrección por incapacidad permanente por lucro cesante sino a daños morales, y como la STS (Pleno) 23-06-2014 (Rc. 1257/13) (ECLI:ES:TS:2014:3546), abandona expresamente la antigua atribución de doble finalidad (lucro cesante y daño moral) al factor corrector por incapacidad permanente *“todos los factores de corrección son compatibles, cualesquiera que sean, de forma que ese imputado porcentaje de “lucro cesante” en el factor corrector de IP [Tabla IV] es de todo compatible con una posible prestación de la Seguridad Social por la misma IP [compatibilidad absoluta]”*. En definitiva, la Sala añade a la condena el descuento del factor de corrección de incapacidad permanente para la ocupación habitual en cuantía equivalente a la mejora voluntaria.

Por su parte, en **STS 20-11-2014 (Rc. 2059/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5242), si bien la Sala IV no entra a conocer sobre la cuestión relativa a la incidencia que en el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo podría tener la concurrencia de culpas del empresario y el trabajador por apreciar falta de contradicción, sí que resuelve la cuestión relativa a si de la indemnización calculada conforme al Baremo contemplado en el Anexo del RD-Legislativo 8/2004, de 29 de octubre -por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor-, se puede detraer el importe de lo percibido por prestaciones de viudedad y orfandad, y ello en el sentido de que ello no procede. Llega a dicha conclusión la Sala IV tras sistematizar que el factor de corrección referido a los ingresos que percibía la víctima, cuantifica el lucro cesante, y respecto al daño moral, de las cantidades establecidas en la Tabla IV no pueden deducirse las prestaciones de muerte y supervivencia puesto que no guardan homogeneidad con las prestaciones de viudedad y orfandad, que vienen a compensar, bien el daño emergente desde la perspectiva de los supervivientes, es decir, la pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañoso, bien el lucro cesante si nos fijamos en las rentas dejadas de percibir por el fallecido y su familia, sin que tales prestaciones integren el daño moral, que debe en cualquier caso indemnizarse. En definitiva, señala la Sala que no procede efectuar la compensación o deducción de las prestaciones por viudedad u orfandad, porque no guardan homogeneidad respecto a la indemnización civil básica por muerte derivada de la Tabla I .

#### 4.3.3.-Intereses

Ante el supuesto de un trabajador que sufre un accidente de trabajo, solicitando indemnización por daños y perjuicios que es reconocida en

instancia sin aplicar el Baremo para accidentes de circulación, incrementándose la cuantía de la misma en suplicación en 10.000 euros, la Sala IV, en relación a si procede abonar intereses y en qué cuantía, señala, en **STS 16-05-2014 (Rc. 2670/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2779), que las compañías aseguradoras condenadas solidariamente al abono de la indemnización deben abonar los intereses del siguiente modo:

1.-Desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia, y durante el primer año, debe abonarse el interés anual a la cantidad fijada por daños y perjuicios (no la incrementada en suplicación) equivalente al interés legal del dinero más el 50%;

2.-A partir del segundo año, debe abonarse el 20% anual;

3.- Respecto de la cantidad incrementada en suplicación por daño moral, debe abonarse el interés legal del dinero más un 50% al no haberse cumplido 2 años desde que se fijó la responsabilidad en el abono de la indemnización.

Además, y ante la indemnización reconocida al trabajador derivada de accidente de trabajo de 37.311,40 euros, teniendo en cuenta que el actor había sido reconocido afecto de lesiones permanentes no invalidantes (edad 21 a 40 años, valor por punto 1286,00 por 20 puntos), solicitó se le abonaran intereses procesales a partir de la fecha de la interpelación judicial o desde la fecha de presentación de la demanda (que la Sala de suplicación entendió que no procedían puesto que se había producido una estimación parcial del recurso de suplicación y además la cantidad estaba actualizada a la fecha de la demanda).La Sala IV, aplicando lo dispuesto en la STS 30-01-2008 (Rc. 414/07) (ECLI:ES:TS:2008:1850)y STS (Pleno) 23-06-2014 (Rc. 1257/13) (ECLI:ES:TS:2014:3546), reconoce en **STS 02-02-2015 (Rc. 395/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1752), el derecho a los intereses desde la fecha de interpelación judicial hasta la fecha de la sentencia de instancia revocada en suplicación, por cuanto el valor de los puntos atribuibles a las secuelas son los de la fecha de consolidación, si bien han de actualizarse al a fecha de la sentencia, procediendo aplicar intereses moratorios desde la interpelación judicial o desde la fijación definitiva de las secuelas (alta por curación), siendo dichos intereses indemnizatorios más que moratorios.

## 5.-DESEMPLEO

### 5.1.-Coincidencia 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 rectificó por STS (Pleno) 01-02-2011 (Rc. 4120/09) (ECLI:ES:TS:2011:1003)-que contiene voto particular que suscriben 4 Magistrados-, que se reitera en STS 21-03-2011

(Rc. 1187/10) (ECLI:ES:TS:2011:1767), STS 02-07-2013 (Rc. 2391/12) (ECLI:ES:TS:2013:4041) y en el marco temporal a que se circunscribe esta crónica en **STS 02-03-2015 (Rc. 903/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1225) y **STS 14-04-2015 (Rc. 1706/14)** (ECLI:ES:TS:2015:2115) 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 condenó al pago de salarios de tramitación. La argumentación de la Sala IV es que el despido en sí mismo determina la existencia de una 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.

## 5.2.-Mantenimiento, suspensión y extinción de la prestación por desempleo

En **STS 03-06-2014 (Rc. 1518/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2781), **STS 25-11-2014 (Rc. 1969/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5744), **STS 22-09-2014 (Rc. 2834/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3921) **STS 19-01-2015 (Rc. 223/14)** (ECLI:ES:TS:2015:695) y **STS 22-09-2014 (Rc. 2834/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3921), se reitera lo dispuesto en STS 18-10-2012 (Rc. 4325/11) (ECLI:ES:TS:2012:7817), STS 23-10-2012 (Rc. 3229/11) (ECLI:ES:TS:2012:8622), STS 24-10-2012 (Rc. 4478/11) (ECLI:ES:TS:2012:8638), STS 30-10-2012 (Rc. 4373/11) (ECLI:ES:TS:2012:7896), STS 21-01-2014 (Rc. 228/13) (ECLI:ES:TS:2014:616), STS 10-03-2014 (Rc. 1432/13) (ECLI:ES:TS:2014:2076), STS 27-03-2014 (Rc. 3079/12) (ECLI:ES:TS:2014:1479), STS 08-04-2014 (Rc. 2675/12) (ECLI:ES:TS:2014:1959) y STS 02-06-2014 (Rc. 2114/13) (ECLI:ES:TS:2014:3578), en que se determinó 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. La argumentación es la siguiente:

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, que 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, de 29 de abril, 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;

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, de 2 de abril, 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, entiende 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, de 2 de abril, o cuando se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora pero con causa.

Pues bien, en **STS (Pleno), 21-04-2015 (Re. 3266/13)** (ECLI:ES:TS:2015:2144), la Sala vuelve a abordar la cuestión, en un supuesto en que lo que además de plantearse si es un supuesto de suspensión o extinción de la prestación por desempleo por salida del territorio por plazo inferior a 90 días (concluyendo en este supuesto la Sala de suplicación que procedía la suspensión y no la extinción), sin embargo se extinguió ésta como consecuencia de que no se había comunicado al SPEE la salida, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS. La Sala IV constituida en Pleno, considera que la jurisprudencia anteriormente mencionada que se dictó antes de la promulgación del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, también es de aplicación en supuestos acontecidos después, debiendo ser de aplicación la misma incluso cuando la entidad gestora lo que hace es extinguir el derecho aplicando una norma no invocada entonces, cual es el art. 25.3 LISOS. Fundamenta esta decisión la Sala en lo siguiente:

1.- No tiene sentido que para un bloque normativo, el sancionador, se prevea la salida del territorio nacional como causa de extinción de la prestación, mientras que para otro conjunto de normas, prestacionales, se proceda a la suspensión, debiendo exigirse coherencia entre la totalidad del bloque normativo, coherencia que se pone de manifiesto en la jurisprudencia tradicional en materia de suspensión y extinción de la prestación por salida del territorio sin comunicación al SPEE, además de que la coherencia también conduce a pensar que si la ausencia de comunicación del viaje desemboca en la suspensión de la prestación (descartándose la extinción de la misma), mal podría sostenerse que se llegase al resultado opuesto (extinción de la prestación, devolución de todo lo percibido) por la vía de las sanciones;

2.- Es necesario dar una solución unificada conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el art. 9.3 CE, ofreciendo mayor seguridad en el bloque regulador de las propias prestaciones que se disfrutan;

3.- Podría existir discriminación objetiva en la aplicación de las leyes, por el hecho de que la entidad gestora pudiera poner en marcha dos tipos de actuaciones (extinción en aplicación de la normativa sancionadora y suspensión en aplicación de la normativa prestacional);

4.- El principio de proporcionalidad determina que hay que modular las consecuencias desfavorables para quien se traslada al extranjero siendo beneficiario de prestaciones por desempleo, de la forma menos perjudicial, de ahí que proceda, en aplicación de la jurisprudencia tradicional, la suspensión cuando no se comunica la salida a la entidad gestora, y ésta tiene una duración inferior a 90 días.

### 5.3.-Subsidio por desempleo

#### 5.3.1.-Incompatibilidad con el trabajo

Como consecuencia de que el SPEE tuvo conocimiento de que la actora, perceptora de subsidio por desempleo para mayores de 52 años, recogió la aceituna en una finca de su propiedad para autoconsumo, lo que produjo un rendimiento anual que no alcanzó los 100 euros, debiendo incluso una cantidad superior a la almazara por el aceite comprado previamente que se intentó compensar con la entrega de la aceituna, procedió a extinguir el subsidio y reclamar prestaciones indebidas. La Sala IV en **STS 27-04-2015 (Rc. 1881/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1773), tras sistematizar la jurisprudencia sobre el art. 221.1 LGSS –que determina que *“la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no suponga la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial”*-, en la que se concretó [SSTS 04-11-1997 (Rc. 212/97) (ECLI:ES:TS:1997:6537), 29-01-2003 (Rc. 1614/02) (ECLI:ES:TS:2003:497) y 01-02-2005 (Rc. 5864/03) (ECLI:ES:TS:2005:495)] que la incompatibilidad a que refiere el art. 221.1 LGSS tiene que extenderse también a trabajos por cuenta propia aunque no determinen la inclusión en el Régimen Especial

Agrario –régimen que condiciona la inclusión a que las labores agrarias se realicen habitualmente y como medio fundamental de vida-, señala que en el presente supuesto existen una serie de particularidades que impedirían aplicar dicha jurisprudencia, y ello teniendo en cuenta que las labores realizadas estaban orientadas al autoconsumo (en el caso las aceitunas cosechadas se limitaron a compensar el aceite previamente adquirido en la almazara), que no se realizan con profesionalidad, y que pueden considerarse *“trabajos residuales y esporádicos de mera administración y conservación de un pequeño patrimonio agrícola, que de otro modo se veía malbaratado y perdido por dejar de prestarse los cuidados mínimos imprescindibles, que incluyen la recogida del fruto”*. A pesar de ello, la Sala IV no aprecia contradicción con la sentencia invocada de contraste, teniendo en cuenta, precisamente las distintas cantidades percibidas en los supuestos examinados por las sentencias.

### 5.3.2.-Determinación de la carencia de rentas

Ante la cuestión de si tiene que computarse como ganancia patrimonial o renta a efectos de lo dispuesto en el art. 215.3.2 LGSS, y percepción del subsidio por desempleo, de la cantidad ganada en un concurso por la actora, la Sala IV, en **STS 16-07-2014 (Rc. 2387/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3504) entiende que no puede considerarse renta sino ganancia patrimonial, puesto que la cantidad obtenida no lo ha sido en periodos regulares sino de forma no regular y por una sola vez, tratándose de un ingreso nuevo que supone una ganancia real porque el importe de lo percibido se incorpora al patrimonio de la actora, por lo que debe aplicarse a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente, sin que sea óbice para aplicar el criterio anterior, el hecho de que la reciente normativa fiscal haya impuesto directamente un gravamen sobre los premios obtenidos en juegos de azar.

Por su parte, la Sala IV ha afirmado que tiene derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, por no acreditar el requisito de carencia de rentas, quien solicitó el subsidio en 2011, y declaró unos rendimientos del año 2010 muy superiores al 75% SMI, acreditando durante los meses transcurridos de 2011, que había tenido como único ingreso por rendimientos de capital mobiliario, una suma muy inferior a dicho límite. Entiende la **STS 28-10-2014 (Rc. 2577/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4879), que cuando lo que se hace es solicitar el subsidio, no es preciso demostrar que en 2011 se disminuyeron los ingresos respecto de 2010, sino que hay que estar a las rentas que según consta probado se perciben realmente en el momento de la solicitud.

Además, se ha afirmado que procede reconocer el derecho al subsidio por desempleo a quien percibe, como consecuencia de su divorcio, pensión compensatoria y la hija con la convive pensión de alimentos, y ello por cuanto entiende la Sala IV en **STS 02-12-2014 (Rc. 2738/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5517), que se cumple el requisito de carencia de rentas previsto en el art. 215.1.1 LGSS, ya que para determinar el límite de rentas se deben tener en cuenta exclusivamente los ingresos del solicitante del subsidio y no los de otros miembros de la unidad familiar, ingresos que sí se deberían tener en cuenta para obtener la pensión por responsabilidades familiares del art. 215.2 LGSS.

En atención a lo expuesto en la STS (Pleno) 28-10-2009 (Rc. 3354/08) (ECLI:ES:TS:200:7789) –que modificó la anterior doctrina en relación a que tienen que tenerse en cuenta los ingresos netos y no brutos a efectos de determinar la carencia de rentas para el percibo de subsidio por desempleo-, y en STS 18-12-2012 (Rc. 4547/10) (ECLI:ES:TS:2012:9115) –que reconoció el derecho a la prestación a favor de familiares teniendo en cuenta los ingresos netos y no brutos-, en **STS 19-01-2015 (Rc. 654/14)** (ECLI:ES:TS:2015:448) se reconoce el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años al actor, computando los ingresos netos y no brutos.

### 5.3.3.-Falta de comunicación del incremento de rentas

Ante el supuesto de quien estando percibiendo subsidio por desempleo ve extinguido el mismo como consecuencia de la venta de una finca que pertenecía en un 50% indiviso a la sociedad de gananciales formada por la actora y su esposo, siendo el otro 50% privativo, y realizándose la transmisión a la hija de ambos y su cónyuge, la Sala IV, en **STS 09-03-2014 (Rc. 288/14)** (ECLI:ES:TS:2015:705) reiterando lo dispuesto en la STS 28-10-2010 (Rc. 706/10) (ECLI:ES:TS:2010:6232), y por lo tanto creando jurisprudencia, entiende que procede la suspensión durante el mes en que se produjo el incremento de renta pero no la extinción, por cuanto:

- 1.- No puede ser de aplicación el art. 25.3 LISOS y no se puede sancionar la conducta de falta de notificación, puesto que el incremento patrimonial fue incluido en la declaración de IRPF; y
- 2.- El incremento de renta se produjo en un momento puntual, y no en forma de renta o producto obtenido a lo largo de un periodo de varios meses.

### 5.3.4.-Cargas familiares

Para determinar cómo deben computarse las cargas familiares a efectos del percibo del subsidio por desempleo por cargas familiares, teniendo en cuenta que el solicitante carece de rentas propias de cualquier naturaleza que superen el 75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extra, y si debe incluirse como divisor a la persona que aporta los ingresos (en el caso el cónyuge), y en particular, si debe excluirse como miembro de la unidad familiar a la esposa del demandante o debe incluirse, la Sala IV, en **STS 02-03-2015 (Rc. 712/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1766) reiterando jurisprudencia tradicional iniciada con la STS 30-05-2000 (Rc. 2717/99) (ECLI:ES:TS:2000:4392), 27-07-2000 (Rc. 1894/99) (ECLI:ES:TS:2000:6331), 28-10-2002 (Rc. 957/02) (ECLI:ES:TS:2002:7124) y 26-04-2010 (Rc. 2704/09) (ECLI:ES:TS:2010:3157) interpreta el art. 215.2 LGSS –que determina que *“a efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo del cónyuge, hijos menores de veintiséis años o menores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, divida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del salario mínimo*

*interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”*, en el sentido de que cuando el solicitante carece de rentas propias de cualquier naturaleza que superan el 75% del salario mínimo interprofesional, no tiene derecho al subsidio, y sólo cuando no se superan dichas rentas es cuando pueden acreditarse cargas familiares, y como en el presente supuesto no se superan dichos ingresos, deben tenerse en cuenta como divisor, a efectos de la determinación de rentas, tanto la esposa como los dos hijos del actor.

## **6.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN**

El trabajador fue excluido del programa de renta activa de inserción por no comparecencia ante el SPEE que le había convocado al itinerario de inserción dejándole aviso de carta certificada en el buzón de su domicilio. La Sala IV reconoce el derecho del actor a la inclusión en el programa en **STS 22-07-2014 (Rc. 2930/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3794) por entender que el RD 1829/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de servicios postales en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, obliga a que se realice un segundo intento en una hora distinta y en los tres días siguientes, cuando intentada la notificación en el domicilio del interesado nadie pueda hacerse cargo de la misma.

## **7.-MATERNIDAD**

Tiene derecho a la prestación por maternidad la trabajadora, que teniendo su contrato suspendido por situación de riesgo durante el embarazo, es despedida, dando a luz posteriormente, y recayendo sentencia que declara la nulidad del despido sin que la trabajadora se reincorpore por lo que se procede a la extinción de su relación laboral. Así lo entiende la Sala IV en **STS 03-06-2014 (Rc. 2259/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3590), cuya doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en **STS 13-11-2014 (Rc. 2684/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5603), argumentando que la empresa tiene la obligación de cotizar durante el periodo correspondiente a salarios de tramitación en supuestos de improcedencia o nulidad del despido, por lo que durante la tramitación del proceso de despido, el trabajador puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, lo que permite a la trabajadora solicitar y percibir prestación por maternidad

Igualmente, tiene derecho a la prestación por maternidad una trabajadora que inicia proceso de incapacidad temporal estando de alta en el RETA, causando baja en el mismo por cese de actividad, y dando a luz en periodo inferior a 90 días desde su baja en dicho régimen. Así se ha fallado en **STS 10-06-2014 (Rc. 2546/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3039) en que se rechaza la argumentación del INSS de que puesto que el art. 4 RD 295/2009, de 6 de marzo, contiene una cláusula cerrada de situaciones asimiladas al alta entre las que no se incluye la expuesta, no cabe reconocer la prestación. Argumenta la Sala IV que a pesar de la promulgación del RD 295/2009, de 6 de marzo,



continúa vigente la regla de que en el supuesto de prestaciones por maternidad con baja en el RETA por cese de actividad previo, concurre la situación asimilada al alta en el periodo de gracia de 90 días, ya que dicha norma no contempla las particularidades del RETA y por lo tanto debe primar la norma especial reguladora del RETA (art. 29 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto y 36.1.15 del RD 94/1996, de 26 de enero) sobre la general (RD 295/2009, de 6 de marzo).

Abundando en dicha línea, profundiza la Sala IV en la cuestión en **STS 10-02-2015 (Rc. 25/14)** (ECLI:ES:TS:2015:708), en la que la actora, mientras disfrutaba de una excedencia por cuidado de su quinto hijo, se dio de alta en el RETA para ejercer una actividad que le permitía conciliar el trabajo con el cuidado del menor, solicitando como consecuencia del nacimiento de su sexto hijo prestación por maternidad ex art. 133 ter LGSS, que se le reconoce en el RETA y no en el RGSS por *“no estar en alta ni en situación asimilada en el Régimen General, de acuerdo con lo previsto en el art. 180 de la LGSS en relación con la Disposición Adicional Cuarta, párrafo primero, del RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones de maternidad”*. Argumenta la Sala IV que procede reconocer el derecho a la prestación por maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social, por cuanto de una interpretación sistemática del art. 180 LGSS en relación con la DA 4ª.1, RD 295/2009, de 6 de marzo, se deduce que la actora se encontraba en situación asimilada al alta en el momento de solicitar la prestación, puesto que la excepción a que refiere la DA 4ª nº 1 RD 298/2009, de 6 de marzo –que determina que *“tendrán la consideración de situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad Social”*-, debe interpretarse en el sentido de que sólo se aplica cuando se haya superado el periodo considerado como de cotización efectiva, lo que no ocurre en el supuesto examinado. Añade la Sala IV que no puede acogerse la interpretación de la sentencia recurrida de que como se realizaron trabajos compatibles con el cuidado de hijos, la excedencia pasó de ser forzosa a voluntaria, y por lo tanto no pueden reconocerse tres años como periodo de cotización efectiva y como situación asimilada al alta, ya que ello no tiene respaldo legal.

## **8.-RIESGO DURANTE LA LACTANCIA**

Tras sistematizar la evolución legal de la prestación de riesgo durante la lactancia, en un supuesto en que se reconoció a la trabajadora en situación de riesgo durante la lactancia encontrándose la empresa en situación de concurso y hallándose al descubierto en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, la Sala IV exime de responsabilidad subsidiaria al INSS en **STS 19-05-2014 (Rc. 522/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3065) por cuanto entiende: 1) Que si bien la prestación de riesgo durante la lactancia se asimiló originariamente a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se le atribuye naturaleza de “contingencia profesional”(eliminándose los requisitos de carencia y alta y devengándose el

derecho aunque el empresario hubiere incumplido sus obligaciones aseguratorias); 2) La normativa reguladora de la prestación nada dispone (a diferencia de la declaración de responsabilidad empresarial y anticipo por parte de la Mutua o Entidad Gestora que tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales), acerca de si en los supuestos de insolvencia empresarial rige la responsabilidad subsidiaria del INSS; 3) Que la responsabilidad subsidiaria que se atribuye al INSS, va referida a contingencias profesionales “lesivas”, y la prestación de riesgo durante la lactancia tiene naturaleza “preventiva”, por lo que la cualidad “profesional” no se predica de la contingencia (riesgo durante el embarazo), sino tan sólo de la prestación (subsidio), ya que la intención del legislador es proteger más adecuadamente a la trabajadora y no rectificar la naturaleza de la contingencia. Añade la Sala IV que no sólo no existe disposición legal o reglamentaria que atribuya la responsabilidad subsidiaria al INSS, sino que la misma debe excluirse porque en las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas sobre cotización a la Seguridad Social, y en particular aportaciones a las Mutuas para el sostenimiento de servicios comunes de la Seguridad Social, no se prevé un aumento de la aportación financiadora por parte de las Mutuas.

Por el contrario, por **STS 28-10-2014 (Rc. 2542/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5122), se deniega el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia a ATS-DUE del Servicio Murciano de Salud en el servicio de urgencias, y que prestaba servicios con turnicidad y nocturnidad, siguiendo lo dispuesto en la STS 01-10-2012 (Rc. 2373/11) (ECLI:ES:TS:2012:8005), y además, en **STS 07-04-2014 (Rc. 1724/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3295), se deniega la prestación de riesgo durante la lactancia a una enfermera que presta servicios en urgencias en turnos, por cuanto no se han acreditado los riesgos vinculados a la lactancia sino sólo los genéricos que afectan a todo el personal sanitario, ni la imposibilidad de adaptación de las condiciones en que se realizaba el trabajo

## 9.-VIUDEDAD

### 9.1.-Asimilación al alta: renta activa de inserción

Se encuentra en situación asimilada al alta -reuniendo los requisitos para causar prestaciones por muerte y supervivencia (viudedad)-, quien al tiempo del hecho causante es perceptor de la renta activa de inserción. Fundamenta su decisión la Sala IV en **STS 05-05-2014 (Rc. 2678/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2144) en que si bien la renta activa de inserción no es equiparable al subsidio por desempleo, desde la publicación del RD 1369/2006, de 24 de diciembre (cuyo contenido se mantiene por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio), para ser beneficiario de la renta activa de inserción es necesario figurar inscrito como demandante de empleo durante doce meses o más, y el art. 29.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre -a efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia-, consideraba en situación asimilada al alta a quienes se encontraban en las situaciones del art. 28.2 d) y e) -desempleo total y subsidiado y situación de paro involuntario que subsistiera después de agotar las prestaciones por desempleo-, lo que se reiteró por el art.

2.4 de la Orden 13-02-1967, derivándose la situación asimilada al alta de lo dispuesto en el art. 9 de la Orden 31-07-1972, dado que el causante era perceptor de la renta activa de inserción, auxilio económico que tiene su encaje en el art. 22 del Decreto 1646/1972, de 28 de julio. En atención a ello, considera que dadas las cotizaciones acreditada por el actor, y que éste agotó las prestaciones por desempleo permaneciendo inscrito como demandante de empleo los 15 meses anteriores a su fallecimiento, debe entenderse que se encontraba en situación asimilada al alta por ser perceptor de la renta activa de inserción, y por lo tanto procede el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad solicitada, por reunir el causante los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a dicha prestación.

## 9.2.-Derecho a la prestación

### 9.2.1.-Desde la situación de pareja de hecho

La Sala IV, de forma tradicional y con jurisprudencia consolidada -SSTS 03-05-2011 (Rc. 2170/10) (ECLI:ES:TS:2011:3990), 15-06-2011 (Rc. 3447/10) (ECLI:ES:TS:2011:5974), 04-10-2011 (Rc. 4105/10) (ECLI:ES:TS:2011:8035), 03-05-2011 (Rc. 2170/10) (ECLI:ES:TS:2011:3990), 15-06-2011 (Rc. 3447/10) (ECLI:ES:TS:2011:5974), 04-10-2011 (Rc. 4105/10) (ECLI:ES:TS:2011:8035), y 23-01-2012 (Rc. 1929/11) (ECLI:ES:TS:2012:750), entre otras muchas- ha declarado de forma reiterada:

1.- Que el art. 174. 3 LGSS exigía dos requisitos simultáneos para la obtención de pensión de viudedad en supuestos de convivencia more uxorio: la convivencia estable e ininterrumpida durante cinco años, y la publicidad de dicha convivencia mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho o constitución como tal en documento público;

2.- Que ello no supone una exigencia probatoria duplicada sobre el mismo extremo (pareja de hecho), sino que se refiere a dos exigencias legales distintas: la material de convivencia estable como pareja de hecho durante 5 años, y la formal o ad solemnitatem de que la pareja se ha constituido ante el Derecho dotada de *“análoga relación de afectividad a la conyugal”*;

3.- Que ello supone que la pensión de viudedad se reconocerá no a todas las parejas de hecho que acrediten convivencia, sino a las parejas de hecho *“registradas”*, que cumplan el requisito convivencia, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho a la pensión de viudedad corresponde *“a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”*;

4.- Que aunque la acreditación de la convivencia puede realizarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, y no sólo por el certificado de empadronamiento (sin que valga el Libro de Familia), la acreditación de la existencia de dicha pareja sólo será por los medios a que refiere el art. 174. 3 LGSS (inscripción en el registro correspondiente o documento público en que conste su constitución).

Pues bien, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, en el que se establecía que «*En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica*» –por STC 40/2014, de 11 de marzo-, vuelve a plantearse la cuestión de si está justificada la exigencia de dos requisitos de acreditación distintos de la convivencia como pareja de hecho y de la existencia de pareja de hecho, por lo que por **STS (Pleno) 22-09-2014 (Rc. 1958/12)** (ECLI:ES:TS:2014:4885), **STS (Pleno), 22-09-2014 (Rc. 1098/12)** (ECLI:ES:TS:2014:4631), **STS (Pleno), 22-09-2014 (Rc. 759/12)** (ECLI:ES:TS:2014:4633), **STS 22-09-2014 (Rc. 1980/12)** (ECLI:ES:TS:204:4637), **STS (Pleno) 22-09-2014 (Rc. 1752/12)** (ECLI:ES:TS:2014:5245), **STS (Pleno), 22-09-2014 (Rc. 2563/10)** (ECLI:ES:TS:2014:5729) –que contiene Voto Particular-se vuelve a retomar la cuestión para clarificarla, en el sentido de que el art. 174.3 LGSS quiso establecer una prueba cerrada para la “*constitución de la pareja estable*”, que no puede ser otra que la que se explicita en la norma –inscripción en el registro de parejas hecho o documento público-, ya que si hubiese querido admitir una prueba abierta habría utilizado otras expresiones como “*cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho*”, sin que dicha exigencia formal sea “*histórica y conceptualmente absurda*”, ya que es notorio que muchas de las parejas que conviven no se inscriben por cuanto ya perciben una pensión de viudedad. Para fundamentar la continuidad de la jurisprudencia tradicional en materia de acreditación de la existencia de pareja de hecho con efectos en el derecho al percibo de la pensión de viudedad, la Sala IV hace referencia a lo dispuesto en la STC 40/2014, de 11 de marzo, en la que se afirmó que la exigencia de una especial acreditación de la existencia de la pareja de hecho (a diferencia de la convivencia estable y notoria), no vulnera el derecho a la igualdad, ni carece de finalidad constitucionalmente legítima, sin que pueda acogerse la alegación, como consecuencia de la nulidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, de que la existencia de diversidad legislativa para entender constituida la pareja de hecho, lleva a que para evitar situaciones de desigualdad, tenga que aplicarse la normativa menos exigente, y por lo tanto, se pueda probar su constitución por cualquier medio de prueba admitido en derecho. En definitiva, la Sala IV consolida la jurisprudencia tradicional, según la cual, la acreditación de la existencia de la pareja de hecho con efectos en el derecho a la pensión de viudedad, sólo admitirá los mecanismos probatorios a que refiere el art. 174.3 LGSS, sin que puedan admitirse “*otros medios de prueba admitidos en derecho*”.

Siguiendo dicha jurisprudencia de Pleno, en **STS 20-05-2014 (Rc. 1738/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2775), **STS 11-11-2014 (Rc. 3348/2013)** (ECLI:ES:TS:2014:5602), **STS 12-11-2014 (Rc. 3349/2013)** (ECLI:ES:TS:2014:4641), **STS 09-02-2015 (Rc. 2220/14)** (ECLI:ES:TS:2015:704), **STS 09-02-2015 (Rc. 2586/14)** (ECLI:ES:TS:2015:707), **STS 09-02-2015 (Rc. 1339/14)** (ECLI:ES:TS:2015:718), **STS 09-02-2015 (Rc. 2288/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1210), **STS 10-02-2015 (Rc. 125/14)**

(ECLI:ES:TS:2015:984), **STS 10-02-2015 (Rc. 2690/14)**  
(ECLI:ES:TS:2015:990) y **STS 10-03-2015 (Rc. 2309/2014)**  
(ECLI:ES:TS:2015:1370), se reitera y sistematiza que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho sólo admitirá los mecanismos probatorios a que refiere el art. 174.3 LGSS “*inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*” sin que puedan admitirse otros medios de prueba admitidos en Derecho, interpretación que es acorde a lo dispuesto en las STC 40/2014, de 11 de marzo –que declaró inconstitucional y nulo el último inciso el art. 174.3 LGSS- STC 44/2014, de 7 de abril –que proclama el carácter formal ad solemnitatem de la forma de acreditación de la existencia de pareja de hecho-, y STC 45/2014, de 7 de abril –que considera constitucional la distinción en torno a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho y de la convivencia como tal-.

Además, en **STS 09-02-2015 (Rec. 1352/2014)** (ECLI:ES:TS:2015:724), se deniega el derecho a la pensión de viudedad a quien no estando casado con la causante, con quien tenía dos hijas e común, convivían en el mismo domicilio, habían constituido una sociedad mercantil en la que constaban como pareja de hecho, y habían otorgado testamento en el que constaba la existencia de pareja de hecho, y ello por cuanto ninguno de ellos puede considerarse documento público que acredite la existencia de la pareja de hecho.

En otro orden de cosas, y ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad quien conviviendo durante más de 10 años en el mismo domicilio con el causante con el que tenía 2 hijos en común y estaba inscrita como pareja de hecho en el Registro correspondiente, si bien sin cumplir la exigencia prevista en el art. 174.3 LGSS de inscripción dos años antes del óbito, acontecido cuando no había transcurrido dicho plazo desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la Sala IV, siguiendo lo dispuesto en la STS 28-11-2011 (Rc. 286/11) (ECLI:ES:TS:2011:8809), por **STS 04-11-2014 (Rc. 2707/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5121), se crea jurisprudencia al reconocer el derecho a la pensión de viudedad, en aplicación del principio ad impossibilia nemo tenetur (nadie puede ser obligado a lo imposible). Argumenta la Sala IV no se puede exigir un requisito (inscripción registral dos años antes del fallecimiento) que no puede cumplirse cuando el fallecimiento se produce en fecha anterior al transcurso de dicho plazo contado hacia delante a partir del 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la norma que exige dicho requisito adicional).

#### 9.2.2.-Desde la situación de separación/divorcio

La Sala IV deniega la pensión de viudedad a quien habiendo contraído matrimonio con el causante, se divorció de él más de 10 años después sin que se estableciera pensión compensatoria, falleciendo éste más de 10 años después del divorcio y con posterioridad al 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007). Entiende la Sala IV en **STS 21-07-2014 (Rc. 2074/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3839) que la DT 18ª incorporada por Ley 26/2009, de 23 de

diciembre, contenía una regla de transitoriedad respecto a la exención del requisito de pensión compensatoria en supuestos de separación o divorcio antes del 01-01-2008, pero con determinadas condiciones, entre las que se encuentran que no hayan transcurrido más de 10 años desde la fecha de la separación/divorcio y el fallecimiento del causante, exigencia que se tiene que cumplir incluso cuando el fallecimiento se produce entre el 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre), y el 31-12-2009 (fecha de entrada en vigor de la DT 18ª LGSS).

Al respecto de la “pensión compensatoria”, la Sala IV, en **STS (Pleno) 29-01-2014 (Rc. 743/13)** (ECLI:ES:TS:2014:978) –sentencia que contiene voto particular- cuya doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en **STS (Pleno) 30-01-2014 (Rc. 991/12)** (ECLI:ES:TS:2014:1269) –que igualmente contiene voto particular- y **STS 17-02-2014 (Rc. 1822/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2122), **STS 06-05-2014 (Rc. 1344/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2873), **STS 27-11-2014 (Rc. 3202/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5657) y **STS 03-02- 2015 (Rc. 3187/13)** (ECLI:ES:TS:2015:1751), resuelve la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad quien estando separada del causante sin que se fijara pensión compensatoria a favor –a pesar de que ésta se abonara- y en particular, resuelve qué ha de entenderse por pensión compensatoria a la que refiere el art. 174.2 LGSS (según redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre), y DT 18ª LGSS en relación con el art. 97 CC, y si existen otro tipo de contraprestaciones –como la pensión de alimentos- que puedan equipararse a ésta. Al respecto, señala si bien la pensión de alimentos regulada en el art. 142 y ss CC no es igual a la pensión compensatoria del art. 97 CC, en ocasiones se produce confusión en relación a los conceptos de prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, y si bien se trata de dos tipos de compensaciones distintas –la pensión compensatoria no está basada en la concurrencia de necesidad sino que trata de solucionar el desequilibrio económico producido como consecuencia de la ruptura matrimonial- debe estarse a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante para determinar si ésta cumple la finalidad exigida por la LGSS bajo el término “pensión compensatoria” para ser acreedor a la pensión de viudedad en supuesto de que ésta se extinga como consecuencia del fallecimiento del causante –la propia Sala pone como ejemplo que si se fija una “pensión de alimentos” al ex cónyuge sin hijos, debe entenderse que se está en presencia de una “pensión compensatoria”-. Partiendo de dicha consideración, señala que lo que la LGSS tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente con independencia de la situación económica del beneficiario, de forma que hay que examinar, caso por caso, si el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida con la finalidad de satisfacer aquellas situaciones económicas a las que atiende la pensión compensatoria. En atención a ello, aplica dicha doctrina al caso enjuiciado para concluir que la actora tiene derecho a la pensión de viudedad, puesto que a pesar de que se había fijado en el momento de la separación una pensión de alimentos para los hijos, el único hijo menor no convivía con la actora desde antes de la separación –pues convivía con el causante-, por lo que su naturaleza era en realidad la de pensión compensatoria, máxime cuando se abonó durante más de 16 años y se incrementó un año antes del fallecimiento del causante. En definitiva, la Sala considera que *“La razón del*

*requisito para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria strictu sensu, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación o su naturaleza jurídica”.*

En atención a ello, en un supuesto en que la actora, que se separó del causante sin que en la sentencia de separación se fijara pensión compensatoria, que sin embargo sí se fijó en un convenio regulador suscrito un mes antes de la muerte pero no aprobado por la autoridad judicial, y que solicitó pensión de viudedad que le fue denegada “*por no tener derecho en el momento del fallecimiento a la pensión compensatoria*”, la Sala IV, en **STS 10-11-2014 (Rc. 80/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5435) reconoce el derecho a la pensión de viudedad reclamada, por cuanto entiende que un convenio regulador privado no aprobado judicialmente, cuando no se demuestra que se haya suscrito con fraude, puede considerarse incluido en las previsiones del art. 174.2 LGSS a los efectos de la pensión de viudedad, ya que el art. 174.2 LGSS remite al art. 97 CC, sin que sea necesario que la pensión compensatoria haya sido fijada mediante resolución judicial.

Por su parte, 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 receptor 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, de 4 de diciembre, 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) (ECLI:ES:TS:2013:6643), cuya doctrina se reitera –creando jurisprudencia- en **STS 28-04-2014 (Rc. 1737/13)** (ECLI:ES:TS:2014:2557), **STS 19-01-2014 (Rc. 3156/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5423) y **STS 05-02-2015 (Rc. 166/14)** (ECLI:ES:TS:2015:720) 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 produce 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 que determina 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.

En otro orden de cosas, 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 STS 27-06-2013 (Rc. 2936/12) (ECLI:ES:TS:2013:3494) y STS 30-10-2013 (Rc. 2783/12) (ECLI:ES:TS:2013:6579), cuya jurisprudencia se reitera en el periodo examinado en **STS 15-10-2014 (Rc. 1648/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5431) 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 sin aplicación por lo tanto de los límites a que refiere el art. 174.2 LGSS, por cuanto entiende la Sala IV 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 puede ser de aplicación los límites a que refiere el art. 174.2 LGSS en relación con dicha pensión compensatoria.

A su vez, ante la cuestión de si en supuestos de fallecimiento del causante con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, tiene derecho su ex cónyuge supérstite sin derecho a pensión compensatoria, a la pensión de viudedad prorrateada al tiempo de convivencia, o completa, en **STS 23-06-2014 (Rc. 1233/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4167), la Sala IV entiende que sólo procede reconocer la pensión en atención al tiempo de convivencia y por lo tanto prorrateada.

En la misma línea, y en supuestos de separación sin establecerse pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, acontecida antes del 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre que dio nueva redacción al art. 174.2 LGSS), sin que concurren varios beneficiarios, ocurriendo el fallecimiento con posterioridad a dicha fecha, en **STS (Pleno) 23-06-2014 (Rc. 1233/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4167)–sentencia que contiene Voto particular- se falla en el sentido de que tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge supérstite separado, si bien sólo respecto del porcentaje equivalente al periodo de convivencia. La argumentación es que así se deduce de la interpretación de la Disposición Transitoria 18ª párrafo 2º del número 1 LGSS, en relación con el art. 174.2 LGSS, respecto de los que la Sala IV determina que las normas sobre la base reguladora y el porcentaje de pensión, siguen siendo las mismas antes y después de 01-01-2008, la norma sobre el tope en función de la pensión compensatoria sólo está vigente desde el 01-01-2008 sin que pueda ser aplicable a separaciones anteriores puesto



que la DT 18ª LGSS sólo refiere a personas que no tenían reconocido el derecho la pensión compensatoria, y la remisión que la DT 18ª LGSS realiza a *“la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007”*, sólo opera respecto de la regla relativa a la prorrata en caso de crisis matrimoniales prevista en el art. 174.2 LGSS.

### 9.2.3.-Desde la situación de matrimonio

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge de quien falleció por enfermedad común previa al matrimonio, fallecimiento que aconteció antes del transcurso de un año antes del mismo, pero acreditando la convivencia con el causante superior a dos años (añadiendo el tiempo anterior al matrimonio que convivieron como pareja de hecho), en un supuesto en que la actora se divorció de un anterior matrimonio en noviembre de 2009, contrayendo matrimonio con el causante en mayo de 2010 y falleciendo su esposo en agosto de 2010, la Sala IV, en **STS 30-09-2014 (Rc. 2516/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4629), interpretando el art. 174.1 párrafo tercero, inciso segundo LGSS –en particular respecto del alcance que haya de darse a la remisión al art. 174.3 LGSS- señala que se impone que durante el plazo de convivencia de dos años a que refiere el precepto, no exista impedimento alguno para casarse, lo que no ocurre en el supuesto examinado.

Reiterando jurisprudencia anterior [STS 14-06-2010 (Rc. 2975/09) (ECLI:ES:TS:2010: 4374), 03-05-2011 (Rc. 2897/10) (ECLI:ES:TS:2011:3066) y 25-06-2013 (Rc. 2528/12) (ECLI:ES:TS:2013:4227)], en **STS 15-12-2014 (Rc. 536/14)** (ECLI:ES:TS:2014:5638), se reconoce el derecho a la pensión vitalicia de viudedad, a quien contrajo matrimonio con el causante, falleciendo éste por enfermedad común previa al matrimonio antes de transcurrido un año desde este, si bien acreditan un periodo de convivencia que sumado al del matrimonio supera los dos años, lo que se acredita por el correspondiente empadronamiento u otros medios de prueba, sin que sea preciso que se acredite una convivencia de 5 años, ni que se acredite la existencia de pareja de hecho mediante inscripción en el registro de parejas de hecho o escritura pública que acredite su existencia.

Por su parte, la Sala IV reconoce el derecho a la pensión de viudedad la viuda de un trabajador que tenía cotizados 12,78 años, y quien al terminar su última relación laboral no se inscribió como demandante de empleo por estar pendiente de impartir, en unos meses, un nuevo curso, falleciendo antes de un fallo cardíaco, y ello por cuanto en **STS 20-01-2015 (Rc. 507/14)** (ECLI:ES:TS:2015:713) se realiza una “interpretación flexibilizadora y humanitaria” de los arts. 174, 124 y 125.2 LGSS en relación con el art. 41 CE, para concluir que existió animus laborandi, puesto que el causante acreditaba un amplio periodo de cotizaciones y una voluntad de trabajar, sin que por el simple hecho de que no se inscribiera como demandante de empleo, habiendo transcurrido menos de dos meses desde el último trabajo hasta la fecha de su óbito, se desprenda que tenía intención de separarse del sistema.

## 10.-ORFANDAD

### 10.1.-Derecho a la prestación

El art. 175.2 LGSS en redacción dada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, prevé que *“si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del curso académico”*, por su parte, la DT 6ª bis LGSS, establece *“aplicación paulatina del límite de edad a efectos de las pensiones de orfandad simple en los que el huérfano no trabaje”*. El actor, que percibía pensión de orfandad y estaba cursando estudios universitarios, fue dado de baja de la pensión al cumplir 22 años, reclamando que se le siguiera abonando ésta. La Sala IV, en **STS 18-09-2014 (Rc. 3217/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4267) y **STS 04-03-2015 (Rc. 1382/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1434) examina ambas normas y concluye, creando jurisprudencia, que la reforma amplía el beneficio de seguir percibiendo pensión de orfandad hasta los 25 años con comienzo de vigencia el 01-01-2014, de forma que quienes se encontraran cursando estudios a dicha fecha, y a lo largo de dicho año cumplieran 25 años, conservan el beneficio hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente curso académico, y lo mismo ocurre a quienes cumplan 24 años a lo largo del curso académico en 2013, 23 años a lo largo del curso académico en 2012 y quienes cumplen 22 años a lo largo del curso académico en 2011, ya que *“el hecho de fijar una edad, la de 25, unida a un año 2014, solo tiene sentido se considera destinada a proteger a quien cumple la edad límite en la redacción anterior en 2011, prolongando su condición de beneficiario hasta los 25 años”*.

### 10.2.-Compatibilidad con otras prestaciones

La Sala IV, en **STS 14-10-2014 (Rc. 2897/13)** (ECLI:ES:TS:2014:4880) entiende que poniendo en conexión lo dispuesto en los arts. 122.1 y 179.3 LGSS, es compatible el percibo de una prestación de orfandad a un mayor de 18 años que tenía una deficiencia mental media, con grado de minusvalía del 52% y de una pensión de jubilación en el RGSS –obtenida tras prestar servicios en un centro especial de empleo-, y ello cuando se acredita la incapacidad con anterioridad al cumplimiento de 18 años.

### 10.3.-Incremento de la pensión: concepto de “orfandad absoluta”

La Sala IV, constituida en Pleno, resuelve, en **STS 29-01-2014 (Rc. 3119/12)** (ECLI:ES:TS:2014:1176)–sentencia que contiene voto particular- cuya doctrina se reitera en **STS (Pleno) de 29-01-2014 (Rc. 1122/13)** (ECLI:ES:TS:2014:1383)–sentencia que igualmente contiene voto particular – creando jurisprudencia, y que después se ha seguido reiteradamente en **STS 06-02-2014 (Rc. 621/13)** (ECLI:ES:TS:2014:1170), **STS 11-02-2014 (Rc. 42/13)** (ECLI:ES:TS:2014:1037), **STS 11-02-2014 (Rc. 1088/13)** (ECLI:ES:TS:2014:1374), **STS 30-04-2014 (Rc. 584/13)** (ECLI:ES:TS:2014:1967), **STS 12-05-2014 (Rc. 2424/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3458), **STS 01-07-2014 (Rc. 1876/13)** (ECLI:ES:TS:2014:3463), **STS 14-01-2015 (Rc. 447/14)** (ECLI:ES:TS:2015:405), **STS 17-12-2014 (Rc. 1987/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5804) y **STS 24-02-2015 (Rc. 1134/14)**

(ECLI:ES:TS:2015:1540), falla en el sentido de que no tiene derecho al incremento de la pensión de orfandad con la pensión de viudedad no percibida, -incremento previsto 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, tiene a su madre (separada del causante) que vive, y que no tiene derecho a la pensión de viudedad. Entiende la Sala IV 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; y

3.- progenitor supérstite maltratador, pero no puede ir referida a los supuestos en que existiendo un progenitor éste no perciba la pensión de viudedad por el motivo que sea. Argumenta además la Sala IV 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.

Pues bien, siguiendo la jurisprudencia anterior, en **STS 25-02-2015 (Rc. 929/14)** (ECLI:ES:TS:2015:2116), se resuelve además la cuestión de si tendrían derecho los huérfanos de un progenitor al incremento de la indemnización a tanto alzado –prevista en los arts. 28 29 de la Orden de 13-02-1967, y art. 39 Decreto 3159/1966, de 23 de diciembre, en redacción dada por RD 296/2009, de 6 de marzo-, existiendo progenitores sobrevivientes que no tienen derecho a la prestación por tanto alzado. La Sala IV considera que puesto que la normativa condiciona el acrecimiento de las pensiones de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado a una misma condición, que es la orfandad absoluta (salvo supuestos de violencia de género o de un solo progenitor conocido), la misma jurisprudencia que interpretó la expresión “orfandad absoluta” a efectos de la prestación, debe trasladarse a la indemnización a tanto alzado.

## **11.-PRESTACIONES A FAVOR DE FAMILIARES**

La actora, soltera y sin hijos, que convivía con sus padres y a su cargo, solicitó al fallecer su padre en 1998, prestación a favor de familiares, que se le denegó por existir familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos, puesto que la madre era beneficiaria de una pensión de viudedad, sin que la actora presentara demanda frente a la denegación. Tras fallecer la madre en 2011, solicitó de nuevo la prestación, que le fue denegada por entender el INSS que la petición ya fue resuelta en su momento. La Sala IV, interpretando el art. 176.2 LGSS, y en particular el art. 22 de la OM 13-02-1967, señala en **STS 27-03-2015 (Rc. 1821/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1772), que cuando se

solicita la prestación por un hijo o hermano del fallecido, no se exige el requisito de que *“no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil”*, debiendo de *“carecer de medios propios de vida”*, y ya a la fecha del fallecimiento del padre, la actora reunía todos los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a la pensión, solicitud que tiene carácter de imprescriptible conforme al art. 178 LGSS, por lo que como en aquél momento ya debió de ser otorgada la pensión y no se hizo, no existiendo plazo de prescripción para solicitar el reconocimiento del derecho (que es lo que se ha hecho), procede éste.

## 12.-SOVI

Ante la cuestión de si cabe tener en cuenta para acreditar el periodo de carencia para lucrar pensión de vejez SOVI, los días de bonificación por edad establecidos en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18-01-1967, la Sala IV, en **STS 07-12-2012 (Rc. 852/12)** (ECLI:ES:TS:2012:9118) cuya doctrina se reitera en **STS 16-12-2014 (Rc. 2704/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5765), creando jurisprudencia, se considera que la Orden establece normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el RGSS, de forma que las cotizaciones efectuadas en los anteriores regímenes se computan para causar pensión en el sistema de Seguridad Social vigente a partir de 1967 y por lo tanto distinto del SOVI, sirviendo para determinar el número de años de cotización, pero no para completar la carencia. En definitiva, entiende la Sala IV que se tendrá derecho a la pensión de vejez SOVI, si a 01-01-1967 se reunían 1.800 días efectivos de cotización o acreditación de haber figurado afiliado al retiro obrero, pero no pueden adicionarse cotizaciones ficticias en razón de la edad según la escala de la Disposición Transitoria Segunda de la Orden 18-01-1967, que sólo es de aplicación en el actual sistema de Seguridad Social y para mejorar la cuantía de la pensión, no el periodo de carencia.

Siguiendo lo dispuesto en:

- 1.- STS 30-12-1992 (Rc. 97/92), en que se estableció que el reconocimiento de una pensión SOVI está condicionada a que el beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en los regímenes de la Seguridad Social,
- 2.- STS 14-04-2014 (Rc. 2663/13) (ECLI:ES:TS:2014:2055), que resolvió si procedía reconocer a un beneficiario de la pensión de jubilación en el RGSS una pensión SOVI teniendo en cuenta a efectos de carencia las cotizaciones ficticias previstas en la DT 2ª Orden 17-01-1967,
- 3.- STS 24-01-2002 (Rc. 2021/01) (ECLI:ES:TS:2002:9561), que resolvió que las prestaciones SOVI tienen naturaleza subsidiaria y por lo tanto son incompatibles con percepciones de pensiones de Seguridad Social, como es la de viudedad, por lo que percibiendo ésta no se tiene derecho a la pensión SOVI,
- 4.- STS 20-07-2012 (Rc. 4361/11) (ECLI:ES:TS:2012:5964), que concluyó que los beneficios de cotización ficticia reconocidos en la DA 44 LGSS, no

sirven para completar la carencia al SOVI, en **STS 30-03-2015 (Rc. 1644/14)** (ECLI:ES:TS:2015:1915) se deniega el derecho a la pensión SOVI a quien es beneficiario de una pensión de jubilación en el RGSS, sin que entienda la Sala que exista incompatibilidad con lo resuelto en la STS 07-02-2007 (Rc. 5251/05) (ECLI:ES:TS:2007:870), que reconoció pensión SOVI a un trabajador que tenía reconocido el derecho a pensión de invalidez en el RETA, pero que no la percibía al estar condicionada al abono de unos periodos de cotización

### **13.-RETA**

Tras la **STS 20-01-2015 (Rc. 558/14)** (ECLI:ES:TS:2015:445), se considera que las cotizaciones efectuadas al RETA correspondientes a periodos anteriores al alta e ingresadas con posterioridad a ésta, no pueden producir efectos respecto de las prestaciones solicitadas con posterioridad, ya que las cotizaciones efectuadas fuera de plazo en el RETA, antes de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 1 de enero, sólo pueden surtir efectos con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir del 01-01-1994, pero no a las realizadas con anterioridad.

### **14.-PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

#### 14.1.-Indemnización por no desarrollo de seguro por jubilación o incapacidad

La Sala IV, en **STS 13-10-2014 (Rc. 2976/12)** (ECLI:ES:TS:2014:4539) – sentencia dictada en casación ordinaria- rechaza que el comité intercentros de telefónica deba indemnizar a un antiguo trabajador, ahora pensionista de invalidez, por no haber desarrollado la regulación del “seguro de sueldo”, establecido en la reunión extraordinaria de la comisión rectora de Institución Telefónica de Previsión de 14-02-1952, prestación ésta económica que se reconocía a quienes se jubilaban o cesaban en la empresa por invalidez, equivalente a la diferencia entre el salario real y la pensión que percibiera. En su prolífica argumentación, señala la Sala IV que no es posible aplicar al demandante la normativa anterior a 1992 –momento en que la empresa promovió la liquidación de Institución Telefónica de Previsión, promocionando la creación de un fondo de pensiones-, hallándose establecido el régimen de cobertura de dicha indemnización en el convenio colectivo.

#### 14.2.-Póliza para ayuda a pensiones

Respecto a la cuestión de si procede dar de baja en la póliza concertada por la empresa con una entidad aseguradora, como consecuencia del “reglamento de la subvención para la ayuda de pensiones por jubilación, invalidez, viudedad y orfandad”, como consecuencia del despido del trabajador cuya improcedencia reconoció la empresa, o por el contrario el trabajador tiene derecho a conservar sus posibles derechos, bien siguiendo en alta en la citada póliza o bien mediante la movilización a otro contrato de seguro, la Sala IV, interpretando los requisitos previstos en el reglamento, falla, en **STS 19-11-2014 (Rc. 1221/13)** (ECLI:ES:TS:2014:5248), que no puede interpretarse el art.

3 del Reglamento, en relación con su anexo 1, en el sentido de que cuando se reúnen los requisitos exigidos para tener derecho al complemento de pensión de jubilación, el hecho de que se extinga la relación laboral antes de que se hubieren obtenido las prestaciones correspondientes no implica que se pierdan tales derechos.

#### 14.3.-Abono de diferencias económicas de pensión de viudedad a cargo de mejora convencional

El trabajador, tras pasar a percibir pensión de jubilación como consecuencia de ser prejubilado del Banco de Santander, lo que le suponía el derecho a que se le abonara un complemento pactado con el banco, pasó a percibir pensión de viudedad, de forma que con las dos pensiones superaba el tope máximo de pensión previsto en el sistema de Seguridad Social, por lo que ésta minoró la cuantía hasta el tope máximo. Reclama el trabajador que se le abone con cargo al Banco la diferencia económica resultante de la minoración efectuada por la Seguridad Social, pretensión que es desestimada por la Sala IV, que en **STS 19-01-2015 (Rc. 677/14)** (ECLI:ES:TS:2015:636) casa y anula la de suplicación por entender que llegar a la conclusión contraria supondría que la empresa se habría comprometido a sufragar las reducciones que en el importe de la pensión se llevan a cabo por imperativo legal, lo que es totalmente ilógico, en aplicación de lo dispuesto en la STS 14-01-2014 (Rc. 640/13) (ECLI:ES:TS:2014:264).

### III.- DERECHO PROCESAL LABORAL

#### 1. Competencia objetiva del orden social

##### 1.1. Información sindical en Correos y Telégrafos

La interesante **STS 8-7-14 (Rc 282/13)** --ECLI:ES:TS:2013:7287A-- declara la competencia del orden social para el conocimiento de la demanda de tutela del derecho de libertad sindical interpuesta por el Sindicato de Correos y Telégrafos de Madrid de la CGT, contra la conducta empresarial consistente en negarle determinadas informaciones a través de su sección sindical y los delegados sindicales que le representan en la comercial. Las dudas competenciales se generaban porque la petición de algunas de las informaciones en liza procedía de miembros del sindicato que prestaban servicios en la empresa en calidad de funcionarios. La Sala fundamenta su competencia en el hecho de que quien padece la carencia de información que se denuncia no son los concretos empleados públicos, sino el propio Sindicato CGT como tal, siendo indiferente que la persona concreta que, en nombre del sindicato, solicite la información sea funcionario o laboral.

##### 1.2. Empresas en concurso. Demanda de despido colectivo previa a la declaración del concurso

Merece la consideración de cita obligada la **STS 22-9-14 (Rc 314/13)** --ECLI:ES:TS:2014:4636--, que declara la competencia del orden social para conocer de una demanda de despido colectivo previa a la declaración del concurso y dirigida también contra empresas del grupo que no se hallan en esta particular situación. La consideración de los preceptos en juego lleva a la Sala a la convicción de que la «jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso» requiere que la presentación de la demanda por despido sea posterior a la declaración de concurso (ATS –Sala de Conflictos– 24-6-10 Rec. 29/09). Circunstancia que al no concurrir en el caso de autos reconduce el pleito al orden social, pues no consta resolución alguna del juez del concurso en orden a la atracción de competencia; y la demanda interpuesta lo fue contra empresas ya declaradas en concurso y otras que no se hallaban en tal situación, al tratarse de un grupo de empresas a efectos laborales, circunstancia ésta última que, en la doctrina del referido ATS 28-9-11, trasciende a la competencia y excluye el posible conocimiento de la pretensión por parte del Juzgado de lo Mercantil.

En esta misma doctrina se cimenta la **STS 27-1-15 (Rc 189/14)** --ECLI:ES:TS:2015:697--, que atribuye al orden social competencia para conocer de una demanda de despido colectivo acordado antes de la declaración concurso, aunque la demanda se presentó después. No hay que olvidar que según el art. 64.1 Ley 22/2003 las competencias del juez mercantil en materia de despidos colectivos comienzan a partir de la declaración del concurso con relación a los despidos colectivos que se produzcan después de esa fecha, que son tramitados ante él (números 2 a 6 del citado art. 64), siendo a este orden jurisdiccional al que le corresponde, finalmente, dictar resolución en forma de auto acordando las extinciones contractuales que procedan. Pero cuando se trata de despidos colectivos acordados antes de la declaración del concurso, el último párrafo del citado art. 64-1, en relación con el artículo 50-4 de la señalada norma, entiende la Sala, deja claro que el juez mercantil no tiene competencia, que los administradores concursales deberán ejecutar el acuerdo sobre los despidos colectivos y que las demandas que impugnando los mismos se presenten, tras la declaración del concurso, se tramitarán ante el órgano de la jurisdicción social competente, quien deberá emplazar a los administradores concursales para que defiendan los intereses de la masa.

En síntesis, el dato fundamental para la atribución de la competencia a uno u otro orden jurisdiccional es el de la fecha del despido de los trabajadores en relación con la fecha de declaración de la empresa en estado de concurso: si el despido se produce antes de la declaración del concurso la competencia corresponde al orden Social, y si, por el contrario, aquella extinción ocurre con posterioridad, la competencia se desplaza a favor del Juez de lo Mercantil – también, **STS 9-2-15 (Rc 406/14)** --ECLI:ES:TS:2015:717-- y **26-1-15 (Rc 173/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1069--.

### **1.3. Control de la regularidad de la actuación de la Administración de la Seguridad Social**

El orden social de la jurisdicción puede decidir, según sostiene la **STS 10-12-14 (Rc 2599/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5803--, si la Administración de la Seguridad

Social (INSS y/o TGSS) cuando han procedido, fuera de los procedimientos de apremio administrativo (gestión recaudatoria), a deducir de la prestación económica periódica de incapacidad permanente que tiene reconocida un beneficiario, cantidades derivadas de embargos sobre tal pensión decretadas por diversos Juzgados u Organismos, ha respetado la prohibición de inembargabilidad absoluta o los límites de embargabilidad que afectan a las pensiones, pudiendo incidir en que el beneficiario la perciba en cuantía inferior a la establecida como garantía legal para su subsistencia. Ello porque le corresponde el conocimiento, como regla, de todas “*las reclamaciones en materia de Seguridad Social*”, incluido el control jurisdiccional de los actos de las Administraciones públicas (entre ellas, la Administración de la Seguridad Social), singulares o plurales (no las disposiciones generales) sujetos a Derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, dejando aparte el control de los actos prestacionales que igualmente le incumben (ex LRJS arts. 1, 2.o y 2.f). Siendo este principio general la regla, y las excepciones las tasadas, los únicos actos administrativos en materia de Seguridad Social que no son objeto de conocimiento por el orden social son los enumerados en el art. 3.f) LRJS.

Ahora bien, esta declarada competencia no se extiende al control, ni a la valoración de la regularidad de tales órdenes de embargo o retención emitidas por los diversos Juzgados u Organismos ejecutores, debiendo ser la Administración de Seguridad Social la que deberá, en su caso, dirigirse a ellos si entiende que las órdenes no puede ser cumplirlas en los términos requeridos sin vulnerar los límites de inembargabilidad de las pensiones; e igualmente ante dichos Juzgados u Organismos ejecutores deberá, en su caso, el beneficiario embargado formular las peticiones o recursos oportunos para cuestionar la procedencia o cuantía de los embargos trabados o su ajuste a la legalidad o para instar, en su caso, los posibles reintegros.

#### **1.4. Competencia de la AN en materia de impugnación de autorizaciones administrativas para extinciones colectivas**

La **STS 26-11-14 (Rc 294/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5441-- declara la competencia de la AN para conocer de la impugnación por parte de dos trabajadores de la autorización administrativa en el ERE de AUTO SPAIN, SAU y el GRUPO SERVENTA, con alegación de lesión de derechos fundamentales. Tal competencia resulta de la interpretación que la Sala ha venido dando al art 8.1 LRJS, que fijaba antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012 –aplicable al caso--, la competencia objetiva de la AN en esta materia cuando los procesos o resoluciones extendían sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma. Atribución competencial que no se vincula a la naturaleza o ámbito de decisión de la Autoridad que dicta la resolución, sino al alcance de sus efectos.

La misma razón lleva a la **STS 14-11-14 (Rc 5/14)** --ECLI:ES:TS:2014:5813-- a apreciar de oficio la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del recurso de casación formulado, por no ser susceptible de recurso la sentencia de instancia. En este caso por el juego del art. 206 LRJS, que en la versión



entonces vigente establecía: “Son recurribles en casación: 1. Las sentencias dictadas en única instancia por [...] Sala de lo Social de la Audiencia Nacional- excepto las siguientes: ...b) Las sentencias dictadas en relación con expedientes de regulación de empleo [...] cualquiera que sea la cuantía, cuando afecten a menos de cincuenta trabajadores”. De lo que se deduce que no eran entonces recurribles en casación las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de la AN, resolviendo demandas de impugnación de resoluciones administrativas recaídas en expedientes de regulación de empleo, cuando afectasen, como era el caso, a menos de cincuenta trabajadores.

### **1.5. Competencia funcional. Demanda de oficio**

La **STS 16-12-14 (Rc 42/14)** --ECLI:ES:TS:2014:5786--, tiene particular interés, en la medida en que entiende que el procedimiento del art. 148 LRJS es igualmente aplicable a los supuestos de suspensión colectiva de los contratos de trabajo y declara la competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, no del Juzgado de lo Social, para conocer de una demanda de oficio, interpuesta por la Autoridad Laboral a instancia de la Entidad Gestora de la prestación de desempleo, al entender que existe fraude en la suspensión de los contratos acordada por la empresa, al tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Tal atribución competencial trae causa en el art. 7 LRJS, que establece que: “Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán: a) ... en única instancia de los procesos de oficio previstos en la letra b) del artículo 148 de esta Ley... cuando el acuerdo o acto administrativo impugnado extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma”. Y en este caso se impugnaba por la Autoridad Laboral la decisión de una empresa domiciliada en Palma del Río (Córdoba) de suspender el contrato de doce trabajadores de los diecinueve que integran su plantilla, por lo que la competencia para conocer de dicha demanda en instancia corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla.

La sentencia también descarta que la Administración demandante haya ido contra sus propios actos, y ello porque no existe acto alguno declarativo de derechos a favor de los trabajadores afectados por el expediente de suspensión.

## **2. Incompetencia del orden social**

### **2.1. Normas reguladoras de ayudas por prejubilación en la minería del carbón**

Resulta de especial consideración la **STS 17-9-14 (Rc 232/13)** --ECLI:ES:TS:2014:4520--, que descarta el conocimiento por el orden social de la jurisdicción de la demanda en la que se pretende que se declare la inaplicación de la DT 2ª RD 1545/2011, de 31 de octubre, que dejó en suspenso el art. 9.5 RD 808/2006, de 30 de junio, para los años 2011 y 2012, y que establecía una revisión anual de las ayudas por prejubilación en la minería

del carbón conforme al IPC real de cada año. Como advierte la Sala, no se trata de la interpretación de una norma administrativa para resolver después una cuestión laboral, sino de juzgar sobre la aplicabilidad de dicha norma. Además, las subvenciones del RD 808/2006, modificado por el RD 1545/2011, no son prestaciones de Seguridad Social, por lo que los actos administrativos sobre su reconocimiento, denegación, extinción y reintegro caen fuera de la jurisdicción social ex art. 2.º LRJS. Tampoco el Plan Nacional que dio origen al R.D. 808/2006 es un pacto colectivo, y los trabajadores afectados no son empleados de la Administración. A lo que se suma el hecho de que lo que en realidad se pretende es la aplicación del RD 808/2006 en su redacción originaria y la inaplicación de la transitoria segunda del R.D. 1545/2011, lo que está excluido del orden social por el juego del art. 3.º a) LRJS, que excluye del conocimiento por esta jurisdicción «la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

## 2.2. Impugnación directa de resoluciones de afectación conjunta

También merece comentario la **STS 14-10-14 (Rc 265/13)** -- ECLI:ES:TS:2014:4538--, que declara la incompetencia de la jurisdicción social para la impugnación directa de una Resolución del Director General de Relaciones Laborales de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía por la que se declaraba la finalización de la temporada 2012 de determinadas residencias de tiempo libre, decisión que afectaba a personal laboral y funcionarial. La razón de tal conclusión es que no se impugnan las resoluciones concretas de la Junta que con posterioridad fueron desarrollando y aplicando esta resolución para el personal laboral de dichas residencias –cuyo conocimiento sí correspondería al orden social--, sino la resolución inicial que procede al señalado adelanto.

No en vano, como destaca la sentencia, el orden social conoce con carácter general de la impugnación de las actuaciones de la Administración pública “realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones” en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, siempre que se trate de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados), y de los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio (arts. 1.º y 2.º letras a, b, e a i LRJS), salvo que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario, en cuyo caso la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de su impugnación al orden contencioso-administrativo (art. 2.º letras f y h y art. 3.º letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales. Regla esta última que por analogía debe aplicarse al caso de autos, pues aunque no se aluda expresamente en el art. 2.º n) a la impugnación de los actos plurales de la Administración pública dictados “en el ejercicio de sus potestades y funciones” en materia laboral, parece que el principio básico establecido en tal norma (aunque formulado explícitamente para actos de distinta naturaleza), consiste en residenciar el conocimiento de los actos de implicación conjunta ante el orden contencioso-administrativo (salvo en materia de prevención de riesgos laborales). Ello sin perjuicio de que la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales

posteriores, y que afecten exclusivamente al personal laboral, corresponda al orden social.

Esta misma doctrina se reitera en la **STS 9-3-15 (Rc 119/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1767-- a propósito de la impugnación de la resolución de 11 de julio de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, por la que se procede a la reordenación, como consecuencia de la externalización de los servicios de limpieza, del personal que presta dichos servicios en la red de centros del Servicio Madrileño de Salud, tanto personal laboral como estatutario.

### **3. Tutela judicial efectiva**

#### **3.1. Interpretación constitucional de las reglas de acceso a los recursos**

Tiene singular relevancia la **STS 23-9-14 (Rc 66/14)** --ECLI:ES:TS:2014:4421--, que repasa la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y la interpretación de las exigencias legales de acceso a los recursos. Recordando que atenta contra este derecho fundamental impedir el acceso a un determinado recurso por causas no razonables o arbitrarias, o por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no acorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso --SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998--, pero que, de otro lado, el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (STC 37/1995), pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (SSTC 211/1996 y 258/2000). Lo que tiene particular relevancia en el recurso de casación, por el carácter extraordinario que la propia ley le concede y que se explicita en las sentencias recurribles y los tasados «motivos» del recurso. De hecho, el propio TC admite que en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia y son consustanciales al mismo, aunque queda igualmente vedado cualquier exceso formalista que sólo pretenda dificultar la utilización del instrumento procesal (STC 17/1985).

Es por ello que, como advierte la **STS 2-7-14 (Rc 241/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3688--, no resultan aceptables los formalismos enervantes, siendo lo esencial que los términos en que se redacte el escrito de interposición permitan desvelar de forma inequívoca el motivo o motivos del recurso, propiciando tanto su impugnación cuanto el pronunciamiento del Tribunal *ad quem*.

#### **3.2. Motivación del rechazo de la práctica adecuada de las pruebas propuestas**

Precisamente para preservar debidamente este derecho a la tutela judicial efectiva, la **STS 13-11-14 (Rc 2836/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5246-- anula actuaciones en un despido objetivo por causas organizativas y productivas, por haberse inadmitido sin la debida motivación la prueba propuesta por la trabajadora despedida, con la que pretendía demostrar la existencia de contrataciones inmediatamente posteriores a su extinción contractual. El

Juzgado había denegado la práctica de la señalada prueba, y declarado probado que no habían quedado acreditadas contrataciones de la empresa posteriores al despido para puestos de trabajo iguales o similares al de la actora. La Sala de suplicación rechaza la nulidad solicitada, criterio que no comparte la sentencia comentada, para la que se ha producido indefensión a la parte al impedírsele, sin motivación, practicar una prueba que estima relevante para la solución del litigio. La petición de prueba formulada por la demandante se ajustó a los mandatos legales, en principio, y debió ser admitida o rechazada por el Juzgado de lo Social, razonando la resolución a tomar, pues en todo caso, una vez propuesta formalmente la prueba, el Tribunal tiene el deber de resolver acerca de su admisión y su rechazo deberá estar fundamentado en razones que la parte puede rebatir mediante los recursos.

#### **4. Cuestiones comunes al procedimiento**

##### **4.1. Legitimación para recurrir de la parte absuelta**

La **STS 8-4-14 (Rc 19/13)** --ECLI:ES:TS:2014:2772-- reconoce legitimación activa a la empresa para recurrir la sentencia pese a desestimar la demanda sindical y no contener ningún pronunciamiento desfavorable a sus intereses jurídicos, ni en el fallo ni en la fundamentación jurídica. El sindicato actor alegaba que la empresa había vulnerado sus derechos de libertad sindical, y de libertad ideológica e intimidad al aportar a juicio como documento dos listados con los nombres de los afiliados de CCOO, sin que los trabajadores afectados le hubiesen autorizado para ello, conteniendo la sentencia recurrida una afirmación sobre la posible lesión del derecho fundamental. La Sala entiende que en la medida en que la sentencia recurrida sostiene que tal actuación empresarial podría vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores afectados --aunque concluya que no se produce una vulneración del derecho de libertad sindical de CCOO--, la comercial accionante está legitimada para atacarlo, por el potencial perjuicio que puede causarle, pudiendo impugnar sólo ese contenido de la fundamentación jurídica, sin necesidad de atacar el fallo de la sentencia.

##### **4.2. Litisconsorcio pasivo necesario en grupos de empresas. Necesidad de demandar a todas las empresas del grupo.**

La importantísima **STS 2-6-14 (Rc 546/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3461-- se pronuncia sobre cómo debe constituirse el litisconsorcio pasivo cuando se pretende obtener una declaración de responsabilidad solidaria de las empresas de un grupo, en los casos en los que no media previa declaración de la existencia de tal a efectos laborales. La Sala recuerda que el litisconsorcio pasivo necesario no solamente puede venir determinado por la efectiva condena, sino también por el fundamento de la misma, que en este caso queda condicionado a la aceptación del carácter patológico del grupo empresarial. Por ello, no cabe pedir la declaración de grupo empresarial patológico, como presupuesto de la condena --con mayor motivo basarse en la inexistencia de pérdidas en el conjunto de sus miembros-- sin demandar a todas y cada una de las sociedades componentes de ese grupo.

No obstante, en el caso de autos, en la medida en que la Sala entiende que de los hechos declarados probados no se puede derivar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, por economía procesal no se acuerda de oficio la nulidad de actuaciones que en principio también debiera decidirse en trámite de casación, pues la indefensión que para los diversos componentes del grupo pudiera significar la ausencia formal en este proceso, finalmente no se traduce en perjuicio material alguno, al no apreciarse la existencia de éste.

#### **4.3. Inadecuado funcionamiento de la Administración de Justicia. Salarios de tramitación**

El alcance del mecanismo resarcitorio previsto en los art. 119.1.a) y art. 81.2 y 3 LRJS frente a dilaciones indebidas y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia --poner a cargo del Estado el pago de los salarios de tramitación que excedan del plazo de noventa días hábiles computados entre la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido y la de la sentencia del juzgado o Tribunal que por primera vez declare su improcedencia--, no alcanza, como ya dijera la Sala –STS 10-12-12 (Rc 70/12)-, a la demora que sea atribuible a las partes. Ahora bien, el órgano judicial tiene la obligación de detectar cualquier defecto de la demanda, de modo que ésta no debe ser admitida a trámite cuando no se haya subsanado debidamente (art. 81 LRJS), y si tal obligación no se cumple la dilación producida no se puede imputar en forma única a la parte. Es por ello que la STS 27-10-14 (Rc 1887/13) --ECLI:ES:TS:2014:5222--, condena al Estado al pago de los salarios de tramitación en un pleito de despido, respecto del tiempo de suspensión del juicio por indebida acumulación de acciones, con formulación de nueva demanda, pues no se debió admitir a trámite la primera sin haber sido subsanado el defecto.

#### **4.4. Inadecuación procedimiento. Ejecución sentencia**

La **STS 3-12-14 (Rc 144/14)** --ECLI:ES:TS:2014:5436-- declara que el procedimiento de ejecución de sentencia no es el adecuado para impugnar una RPT acordada por la Administración tiempo después de la readmisión, máxime cuando se trata de un indefinido no fijo, incorporado por cesión ilegal, cuyos derechos no se modifican, ya que sólo se cambia el nombre del puesto de trabajo al que fue adscrito, puesto que sigue desempeñando, aunque se considere funcional. El proceso al que debe acudir es el ordinario. Y ello dado que el apartado 4-d-1º del art. 191 LRJS permite resolver en ejecución puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ni resueltos por la sentencia, pero sólo respecto de cuestiones basadas en hechos anteriores a la sentencia, no para las fundadas en hechos posteriores que deberán plantearse en un nuevo proceso.

Nótese que aunque la excepción de inadecuación de procedimiento no fue analizada y resuelta por la sentencia recurrida, la Sala entra a valorarla al entender que se trata de normas de orden público procesal por cuya observancia debe velar la Sala, incluso de oficio, no en vano la falta de competencia funcional del TS en el caso de autos trae causa en la inadecuación del procedimiento, pues por vía de un incidente de ejecución, tras

la ejecución de la sentencia en sus propios términos, se plantean y resuelven cuestiones que no se plantearon en el pleito –ni podían suscitarse-- porque derivaban de normas y actos jurídicos producidos con posterioridad.

#### **4.5. Falta sobrevenida de objeto de litigio**

Contienen doctrina de interés sobre la falta sobrevenida de objeto litigioso las **STS 2-7-14 (Rc 131/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3508 -- y **18-6-14 (Rc 187/13)** -- ECLI:ES:TS:2014:3309--, ambas relativas al sector de Grandes Almacenes. La apreciación de esta circunstancia se basa en ambos casos en que la parte actora fundamentaba su pretensión en la interpretación de una norma convencional que había sido derogada por otra posterior. En concreto, entiende la Sala en la primera de las citadas que en aras del principio de buena fe debe tenerse en cuenta el propio devenir del proceso, no pudiendo ignorar que la revisión existía y que aun cuando no podían operar sus efectos en la fecha exacta de la sentencia --a falta del requisito de su publicación--, podía contener una eficacia retroactiva, como de hecho sucedía. Algo similar acontece con la segunda, en la que la Sala está a la desaparición del objeto del recurso como uno de los modos de terminación del proceso, porque el Convenio Colectivo había sido derogado expresamente por el posterior suscrito por las partes, careciendo de objeto pronunciarse sobre la legalidad de preceptos que ya no se integran en el ordenamiento jurídico aplicable, no teniendo sentido examinar las infracciones jurídicas respecto de una sentencia que, como la recurrida, deviene de imposible ejecución.

#### **4.6. Incomparecencia o negativa injustificada a responder del demandado llamado a interrogatorio judicial**

A propósito de un despido colectivo, la **STS 21-4-15 (Rc 296/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:1927-- aclara que no es una obligación del órgano judicial sentenciador el que por el mero hecho de la incomparecencia o negativa injustificada a responder del demandado llamado a interrogatorio judicial, previo requerimiento, deba tener por acreditados los hechos esenciales de la demanda fundamento de la pretensión actora en los que hubiere intervenido y le resultaren perjudiciales, pues el art. 91.2 LRJS otorga al Juez o Tribunal sentenciador una facultad que podrá utilizar en todo o en parte, en especial siempre que tales hechos sean verdaderos datos fácticos concretos y precisos, pero no cuando consistan en interpretaciones jurídicas o aparezcan desvirtuados por otros hechos o cuando sea racionalmente exigible una mayor actividad probatoria para "*probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones ...*", lo que deberá motivarse, en uno u otro sentido, en la sentencia que se dicte.

#### **4.7. Acciones declarativas**

Se hace obligada la cita de la **STS 20-1-15 (Rc 2230/13)** -- ECLI:ES:TS:2015:123-- que atribuye a un trabajador de IBERIA que prestó servicios en virtud de sucesivos contratos temporales, con anterioridad a suscribir un contrato de carácter indefinido, acción para reclamar el

reconocimiento de los servicios previos prestados, y ello porque aunque se trate de una acción meramente declarativa, existe un conflicto y un interés actual digno de protección, al existir una verdadera controversia, ya que la empresa le niega dicha antigüedad, y ésta --la antigüedad-- tiene incidencia en la esfera de los derechos del trabajador, pues es elemento esencial configurador de la relación laboral al incidir en la indemnización que pudiera corresponderle en caso de extinción del contrato, en la movilidad geográfica obligatoria y en la posibilidad de solicitar excedencia, que el convenio conecta precisamente con la antigüedad en la empresa.

#### **4.8. Consignación para recurrir**

La obligación de consignar la condena no se desplaza porque la empresa condenada esté en concurso, pues como sostiene la **STS 25-11-14 (Rc 857/14)** --ECLI:ES:TS:2014:5624-, la consignación del importe de la condena es un presupuesto necesario para poder recurrir contra la resolución que la establece, en garantía de su ejecución, y el incumplimiento absoluto de ese requisito constituye un defecto insubsanable, por no atribuirle la Ley otra condición. Y la Ley 22/2003 no ha introducido respecto a la obligación de depósito y consignación ninguna singularidad a este respecto. Y la mera admisión del concurso no es equiparable a la insolvencia del empresario, ni presupone falta de liquidez, porque de la misma forma que los administradores judiciales pueden autorizar el pago de facturas o de los salarios de quienes continúan trabajando, también podrían efectuar consignaciones en metálico o mediante aval bancario solidario como exige la ley, o, en último extremo, a través, en su caso, de la autorización del Juez mercantil para “enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa” (art. 43 Ley 22/2003).

#### **4.9. Nulidad de actuaciones. Exigencia de indefensión**

Tiene interés en este punto la ya comentada la **STS 9-3-15 (Rc 119/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1767--, en la medida en que pese a que aprecia la concurrencia de infracciones procesales en la sentencia recurrida --en tanto que no advierte a las partes ante qué orden jurisdiccional pueden usar su derecho, y desestima la demanda, pese a no ser competente el orden social por tratarse de la impugnación de una resolución que afecta a personal laboral y estatutario--, no anula actuaciones pues esta excepcional medida está condicionada a la acreditación de la indefensión material, inexistente en el caso de autos, pues aunque no se exprese en el fallo cuál es el orden competente, de la lectura de la fundamentación jurídica se deduce éste con facilidad, y la desestimación de la demanda, aunque pueda ser un pronunciamiento excesivo y como tal deba suprimirse, en realidad no tiene alcance, porque de la lectura de la sentencia se deduce que la Sala no ha procedido a enjuiciar el fondo de la cuestión litigiosa y a desestimarla, ya que se ha limitado a razonar acerca de la alegada excepción de incompetencia de jurisdicción.

#### **4.10. Efectos de la incomparecencia. Consideración de la empresa como confesa**

En la línea de la señalada exigencia de indefensión, la **TS 23-3-15 (Rec 1922/14)** desestima la pretensión de la parte de que se anulen actuaciones porque celebrado el juicio sin su asistencia fue tenida por confesa. Entiende la Sala que no acontece la indefensión necesaria porque la demandada no compareció en el momento de la citación sino 30 minutos después y sin alegar causa que justificara su incomparecencia, dándose la circunstancia de que el juicio había tenido una primera suspensión a petición de esta misma parte, que había sido debidamente citada.

## **5. Procesos especiales**

### **5.1. Procedimiento de conflicto colectivo. Adecuación para reclamaciones de los representantes de los trabajadores**

Precisa la **STS 16-9-14 (Rc 163/13)** --ECLI:ES:TS:2014:4129-- que el procedimiento de conflicto colectivo es el apropiado para discutir la adecuación a Derecho de la supresión del crédito horario de un miembro designado por el sindicato accionaste en la Comisión de Seguimiento del Plan de Igualdad, porque lo que está en juego es el beneficio otorgado al sindicato, con independencia de quién fuera el trabajador posteriormente designado por éste para desempeñar su función de representación. Ello supone que la acción ejercitada se relaciona con la vertiente colectiva de la libertad sindical, y no con la perspectiva individual, lo que la dota de una proyección colectiva que, además, dado el ámbito del órgano de representación al que se refiere (la Comisión de seguimiento del Plan de Igualdad), se extiende a toda la acción del sindicato en la empresa.

No ocurre lo mismo, como advierte la **STS 23-9-14 (Rc 231/13)** --ECLI:ES:TS:2014:4888--, cuando lo que se discute es la adecuada aplicación de las reglas de prioridad de permanencia de los representantes legales en el marco de un despido colectivo. Tal pretensión no encaja en el último inciso del apartado 2 del art. 124 LRJS, sin perjuicio del derecho que asiste a los concretos afectados a impugnar su despido en el correspondiente procedimiento individual, regulado en el art. 124.13 del mismo cuerpo legal.

### **5.2. Legitimación sindical en los procesos colectivos**

Resulta especialmente interesante la **STS 28-1-15 (Rc 35/14)** --ECLI:ES:TS:2015:843--, que resuelve sobre el despido colectivo de los trabajadores de Santa Bárbara Sistemas, SA, y anula la sentencia recurrida, de la AN, que acogió la falta de legitimación para ser parte de CCOO, UGT y CSI-CSIF porque "no han presentado demanda ni han sido demandados". En este caso, el despido había sido impugnado por CGT, el Secretario del Comité de Empresa del centro de trabajo de A Coruña, y CIG, habiendo solicitado este último la citación de los sindicatos CCOO, CSIF y UGT como interesados. La empresa alega la excepción de falta de legitimación pasiva de estos sindicatos, porque este tipo de intervención procesal no tiene cabida en el proceso de impugnación de despido colectivo. Tesis que acoge la AN, y rechaza la sentencia comentada porque el art. 124 LRJS no puede ser interpretado al margen de otras normas procesales, cuya integración sistemática es ineludible.



No hay que olvidar que el art. 17.2 LRJS reconoce a los sindicatos legitimación general para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios, y a los que tienen implantación suficiente en el ámbito del conflicto legitimación para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate. Por su parte, el art. 155 del mismo cuerpo legal reconoce a los sindicatos representativos el derecho a personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto; y el art. 124 se limita a aludir al “empresario demandado” (art. 124.9) y a precisar que, cuando el período de consultas terminase con acuerdo, “también deberá demandarse a los firmantes del mismo” (art. 124.4). Lo que no puede interpretarse como una prohibición de que otros sindicatos no firmantes del acuerdo, pero con implantación en el ámbito del conflicto colectivo, puedan personarse, bien como demandantes bien como demandados, por aplicación analógica del art. 155 de la misma norma.

Ahora bien, dicho lo cual, la Sala añade una precisión de interés, y es que la presencia en el litigio de los sindicatos en cuestión se debe al llamamiento efectuado en la demanda de CGT y por su “condición de interesados con implantación en el ámbito del conflicto”, es decir es una intervención “adhesiva”, no autónoma, de modo que su posición está subordinada a la del demandante, por lo que podrán hacer las alegaciones que tengan por conveniente e incluso proponer pruebas, pero no mediante ninguno de esos dos mecanismos (alegaciones y pruebas), variar el contenido de la pretensión, ni hacer modificaciones sustanciales a la demanda (art. 85.1 in fine LRJS).

### **5.3. Impugnación necesariamente colectiva en los procesos colectivos**

Aunque en esta materia resultó clave la STS 26-12-13 (Rc 28/13), conviene ahora aludir también a la **STS 22-12-14 (Rc 81/14)** --ECLI:ES:TS:2014:5749-- que reitera lo dicho en aquella otra resolución pero con aplicación al caso concreto que resuelve. En este caso, la acción se ejercita por la administración concursal de la empresa ex art 124.3 LRJS, para lograr una sentencia que confirme el acuerdo adoptado en el periodo de consultas. La demanda se dirige contra los miembros del comité de empresa, como personas individuales y a título personal, sin que hayan actuado de forma conjunta en nombre de dicho órgano de representación. Como destaca la Sala, la legitimación, dado que se controvierten y resuelven cuestiones de interés general que afectan a un colectivo de trabajadores –validez del acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores--, sólo se atribuye a entes colectivos o de dimensión colectiva. De manera que si no hay sujeto colectivo que se oponga al despido no cabe su impugnación por esta vía (por la falta de contradicción real que resultaría de esta situación), sin que resulte admisible la entrada de los trabajadores individualmente considerados, careciendo la empresa de acción para demandar a las personas individuales que se han opuesto al despido en calidad de tal –no como órgano colectivo--. Como destaca la Sala, la única finalidad del proceso sería extender los efectos positivos de la cosa juzgada a los procesos individuales promovidos por los trabajadores afectados,

pero tal extensión no es posible cuando se promueve un proceso sin contradicción real, al ser contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva y sospechosa de un fraude procesal que el art. 11.2 LOPJ proscribiera.

En la misma línea se sitúa también la **STS 25-2-15 (Rc 36/14)** --LI:ES:TS:2015:1373--, que niega legitimación activa a un delegado de personal, de un centro de la empresa TSystems Eltec SL donde hay otros dos delegados más, para interponer demanda de conflicto colectivo. Como razona la Sala, tanto directamente como a través del proceso especial, los delegados de personal han de ejercer mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, por lo que no puede uno sólo interponer la demanda.

#### **5.4. Proceso especial de impugnación de despidos colectivos. Reglas sobre la práctica de la prueba documental o pericial. Efecto no preclusivo de los plazos**

Sobre esta cuestión la Sala ha dictado dos sentencias de innegable trascendencia, que anulan las resoluciones recurridas--de la AN en un caso y de un TSJ en el otro-- por negar la práctica de una prueba al haberse presentado sin sujeción a los plazos del art. 124.10 LRJS. La primera es la **STS 9-12-14 (Rc 222/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5703-- --en un procedimiento de suspensión colectiva de contratos en la empresa Cremonini--. En ella, la Sala tras recordar la estrecha conexión entre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, y que este derecho es de configuración legal, sostiene que la obligación legal de ajustar la solicitud a la regulación legal no puede interpretarse con una rigidez absurda. Así, en el caso de autos, la imposición legal de que se presente la prueba con «cinco días hábiles antes del acto del juicio», no justifica su rechazo cuando se ha producido una suspensión del juicio y aún así para la determinación del plazo se atiende a la fecha del primer señalamiento.

La previsión contenida en el art. 82.4 LRJS constituye regla aplicable para toda clase de procedimientos y la contenida en el art. 124.10 es regla específica para los despidos colectivos, pero la única diferencia entre ambos es que en el primero la aportación anticipada y en soporte informático de la prueba documental y/o pericial es tan sólo potestativa, mientras que en los despidos colectivos tal aportación resulta siempre de obligado requerimiento. En todo caso, en ninguno de estos preceptos la medida va acompañada de previsión preclusoria alguna, de forma que no resulta ajustado a Derecho entender que la desatención al requerimiento judicial comporte la preclusión del trámite de prueba y la imposibilidad de que posteriormente se proponga --y practique-- nueva prueba documental y/o pericial. Además, sendas previsiones legales se limitan a la prueba que «por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba», con lo que la conminación judicial nunca podría alcanzar a pruebas que no revistiesen ese «volumen o complejidad», y que por la propia dicción de la norma, estarían exentas de su presentación anticipada.

A lo dicho, añade la sentencia que el órgano judicial está dotado de los mecanismos legales que permiten conjurar eficazmente los riesgos que pudieran derivarse de esta falta de preclusión, en cuanto a la preservación de la celeridad, propia del proceso laboral. Y en este sentido recuerda la sentencia los instrumentos que al efecto prevé la LRJS: a) la posibilidad de imponer una multa --art. 75--; b) la concesión del plazo previsto en el art. 87.5 para «conclusiones complementarias»; c) el rechazo de la propia prueba cuando medie actuación fraudulenta en su presentación fuera del plazo inicialmente concedido; y d) «una finalista interpretación del art. 88 LRJS incluso permitiría entender que en la expresión «el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales», pudiera comprenderse también la reproducción de la prueba documental y/o pericial cuya complejidad hiciesen insuficientes los tres días de plazo previstos en el indicado art.87.6 para las «conclusiones complementarias»».

A la misma conclusión llega la **STS 2-12-14 (Rc 97/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5661--, que se pronuncia sobre dos demandas que se presentan frente al Acuerdo de despido colectivo adoptado por el Ayuntamiento de Estepona. También en este caso se había rechazado una prueba pericial, propuesta por la parte actora en la fase probatoria del acto del juicio, por estimar la Sala de instancia que tal prueba no se había aportado con antelación a los cinco días antes del inicio del juicio y que tenía la complejidad suficiente como para que el resto de partes personadas tuviesen oportunidad de estudiarlo con dicha antelación. La resolución citada, con argumentos propios, y tras realizar una exhaustiva exposición de las normas en juego --LRJS arts. 82.4 y 124.10-- llega también a la conclusión de que el posible incumplimiento del requerimiento judicial de aportación anticipada no puede comportar la preclusión de la aportación de tales pruebas complejas en el acto del juicio conforme a las principios generales del proceso social.

### **5.5. Impugnación de acuerdos adoptados tras mediación**

La trascendencia de la **STS 27-1-15 (Rc cas 28/14)** --ECLI:ES:TS:2015:547-- queda fuera de cualquier cuestionamiento, especialmente si se tiene en cuenta lo inusual del tema que en ella se ventila. Lo que se cuestionaba en el recurso era la impugnación parcial del acuerdo --únicamente en lo relativo al abono de diferencias salariales ya devengadas por revisión salarial, que había sido dejado sin efecto--, adoptado aceptando la propuesta del mediador en el marco del despido colectivo de IBERIA. La sentencia aprecia una inadecuación radical de procedimiento, y anula la recurrida porque se ha parcelado un objeto litigioso inescindible y ha existido un conocimiento paralelo de la misma materia. Para ello aclara en primer término que el acuerdo no constituye la mediación o conciliación ex art. 67 LRJS, sino la impugnación de un acuerdo alcanzado en el período de consultas (ET art. 51.2), pero no respecto de las extinciones, sobre las que ya ha existido pronunciamiento judicial, sino de otro de sus pilares.

Pues bien, es esta concreta circunstancia la que lleva a la Sala a sostener que los aspectos esenciales de este tipo de pactos han de combatirse a través de la modalidad procesal contemplada en el art. 124 LRJS, y solo de forma

subsidiaria, una vez conjurado el peligro de duplicidad de pronunciamientos, examinar judicialmente aspectos colaterales del mismo. Entiende la Sala que el acuerdo ha de tomarse como un todo y como tal impugnarse, de modo tal que únicamente si no se impugna el despido colectivo, o impugnado éste adquiere firmeza la solución judicial del mismo, se abre la posibilidad de examinar otra impugnación menor o secundaria, con respeto de lo dicho en la sentencia de despido colectivo.

## **6. Recurso de suplicación**

### **6.1. Pruebas documentales y testificales. Informes de detectives**

La interesante **STS 15-10-14 (Rc 1654/13)** --ECLI:ES:TS:2014:4632-- --con voto particular—recordando doctrina de la Sala niega la condición de prueba documental a los informes de detectives privados que reflejan manifestaciones (art. 193.c) LRJS), como presupuesto para la revisión fáctica en suplicación, o el error de hecho en la casación ordinaria (art. 207.d) LRJS). No en vano, se trata de meras manifestaciones testimoniales por escrito o de una prueba testifical impropia, que sólo habría adquirido valor procesal como tal prueba testifical de haber sido ratificada en juicio por sus firmantes y cuya valoración queda a libre apreciación del juzgador de instancia.

Conviene destacar que esta sentencia entra en el fondo apreciando contradicción en despido disciplinario, pero sin duda ello acontece por la relevancia de la cuestión procesal señalada.

### **6.2. Prevalencia de los hechos declarados probados y de la valoración de la prueba practicada en instancia. Presunciones resultantes de los hechos declarados probados**

Quizá convenga referirse a las **STS 17-3-14 (Rc 476/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3366-- y **26-6-14 (Rc 1046/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3491--, en las que se descarta la posibilidad de que la Sala de suplicación varíe datos claves para la resolución judicial en su fundamentación jurídica, sin previa alteración de los hechos declarados probados en ese punto concreto. Como dice la Sala, cuando la sentencia de instancia llega a una convicción resultado de una razonable presunción ésta ha de prevalecer frente a la afirmación contraria efectuada por la Sala en suplicación cuando la misma se ha llevado a cabo sin que las partes hubiesen formulado pretensión revisoria alguna al efecto.

### **6.3. Modalidad procesal de clasificación profesional. Acceso a suplicación si se acumula a reclamaciones de cantidad que superan el umbral legal**

A la hora de delimitar el acceso al recurso de suplicación, se revela imprescindible la **STS 21-1-15 (Rc 570/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1281--, que abre las puertas a una reclamación relativa a la clasificación profesional, a la que se acumula la reivindicación de las retribuciones devengadas en los últimos doce meses, por importe de 3.338,04 €. Como se encarga de aclarar la sentencia, si bien el art. 137 LRJS continúa la regulación tradicional,

disponiendo que contra la sentencia que recaiga en estos procesos no se habrá recurso alguno --irrecorribilidad de la sentencia que aparece también contemplada en el art. 191.2.d)--, prevé expresamente que a la acción de reclamación de clasificación profesional se le pueda acumular la reclamación de las diferencias salariales correspondientes, disponiendo como novedad, frente a la regulación precedente, que si la cuantía de éstas alcanza el umbral requerido para el acceso al recurso de suplicación procederá éste.

#### **6.4. Impugnación de bajas médicas**

También merece cita segregada en materia de acceso a suplicación, la **STS 10-2-15 (Rc 390/14)** --ECLI:ES:TS:2015:457-- que lo autoriza frente las sentencias de instancia cuando la impugnación de la baja médica es formulada por una Mutua. Entiende la Sala que la previsión del art. 191-2-g) LRJS, que niega el recurso "en procesos de impugnación de alta médica ...", incluso cuando la cuantía es superior a 3000 euros, se refiere sólo a los supuestos de impugnación del alta médica. De lo que se deriva, de una parte, que no puede tramitarse la demanda interpuesta por la Mutua impugnando la baja médica por el procedimiento especial del art. 140 LRJS, y, de otra, que la regla que cierra la puerta al recurso "se limitarán al alta médica impugnada", sin condicionar la que pueda recaer en otros procesos sobre naturaleza de la contingencia, base reguladora, derecho a las prestaciones y otros extremos, entre ellos la impugnación de la baja por parte de una Mutua.

### **7. Ejecución**

#### **7.1. Incidente de no readmisión. Prescripción de las acciones y juego de la excepción de cosa juzgada**

Aunque resuelve un caso muy concreto, la **STS 24-2-15 (Rc 169/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1368-- tiene especial relevancia porque se pronuncia sobre la prescripción de la acción en un incidente de no readmisión. Los demandantes solicitaron mediante incidente de no readmisión la ejecución del fallo que declaró improcedente su despido, con opción tácita de readmisión, estimándose en suplicación la prescripción de la acción alegada por el FOGASA, si bien estos continúan con la ejecución respecto de los salarios de tramitación, apreciando la Sala de suplicación cosa juzgada. La Sala revoca tal apreciación, al entender que solamente prescribe por el transcurso de tres meses desde la notificación de la sentencia aquello que tiene que ver con la acción ejercitada --incidente de no readmisión-- (art. 277.2 LPL, hoy 279.2 LRJS), pero la acción para demandar el pago de los salarios de tramitación prescribe al año (art. 241.2 LPL, hoy 243.2 LRJS). Sosteniendo además la sentencia que la declaración de prescripción de la primera acción por sentencia firme no puede afectar a la segunda acción, sin que proceda apreciar la existencia de cosa juzgada de la primera resolución firme porque en la segunda demanda se solicita una cuestión diferente, cual es el pago de los salarios de tramitación. Son dos acciones diferentes y con dos plazos de prescripción diferentes.

## **7.2. Solicitud de entrega de cantidad consignada o avalada insuficiente para cubrir principal e intereses**

Se pronuncia la **STS 24-12-14 (Rc 2999/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5650-- sobre el plazo de prescripción para la reclamación de los intereses procesales ex art. 576.1 LEC en una ejecución dineraria derivada de un título ejecutivo consistente en una sentencia firme y, en su caso, el día inicial para el cómputo de tal plazo cuando ha existido una previa solicitud de entrega de cantidad consignada o avalada que era insuficiente para cubrir principal e intereses. Respecto de la primera cuestión, interpretando el art. 243.3 LRJS, entiende la Sala que no se inicia un nuevo plazo de prescripción para la reclamación de intereses, pues con independencia de la naturaleza de la obligación cuya ejecución se inste, una vez iniciada aquélla ya no entra en juego esta excepción. Ello porque las normas relativas a la prescripción de acciones ejecutivas tienen sentido respecto de acciones no ejercitadas, escapando de su radio de acción las que ya fueron activadas.

De otra parte, cuando se solicita la entrega de lo consignado o avalado pero la cantidad en cuestión no es suficiente para cubrir en su integridad el principal y/o los intereses, considera la Sala que es posible entender que el que insta tal entrega está solicitando, salvo renuncia expresa, el cumplimiento de la íntegra obligación dineraria contenida a su favor en el título que se ejecuta. En síntesis, la solicitud de tal entrega debe configurarse como solicitud de ejecución y, por tanto instada ésta, a partir de ese momento la ejecución debe seguirse de oficio (LRJS art. 239.2), sin que se abra un nuevo plazo prescriptivo para reclamar los intereses, pues *“iniciada la ejecución, podrá reiniciarse en cualquier momento mientras no esté cumplida en su integridad la obligación que se ejecute, incluso si las actuaciones hubieren sido archivadas por declaración de insolvencia provisional del ejecutado”* (art. 243.3LRJS).

## **8. Recurso de casación unificadora**

### **8.1. Reclamación previa. Acceso a casación cuando se alega lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Validez de la segunda reclamación**

Aunque tradicionalmente se había negado contenido casacional a las cuestiones relativas a la falta de agotamiento o no de las vías previas, la **STS 3-3-15 (Rc 1677/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1369 -- se pronuncia sobre la validez ex art. 71.1 LRJS de una segunda reclamación previa formulada contra resolución del INSS, que es coincidente con el escrito de demanda. En concreto, en este caso existía una resolución del INSS que declaraba al actor afecto de una IPT por enfermedad común, con derecho a la prestación correspondiente, frente a la que se formularon dos reclamaciones previas con un mes de diferencia: la primera para que se reconociese al actor el derecho a reingresar en ADIF en un puesto acorde con su incapacidad y la segunda para que se le reconociera una IPA, si bien a esta última la entidad gestora no le otorgó tal carácter. El actor presenta demanda con esta segunda pretensión, que en instancia y en suplicación se desestima por falta de reclamación previa. La sentencia comentada entiende que se vulneran los arts. 71, 72 y 74 de la LRJS en relación con la tutela judicial efectiva, y ello porque la segunda

reclamación previa era válida y supuso el agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial.

## **8.2. Doctrina general sobre el alcance de la contradicción en materia de infracciones procesales**

Tras alguna resolución que pudiera generar incertidumbre sobre la valoración del requisito de la contradicción cuando para infracciones procesales se alega de contraste una sentencia del TC –en particular, la STS 4-11-14 (Rc 1236/13) --ECLI:ES:TS:2014:5223---la Sala ha perfilado definitivamente su doctrina, entre otras en la **STS 14-11-14 (Rc 1839/13)** --ECLI:ES:TS:2014:5641-- que volviendo un tanto a los orígenes reconduce aquella doctrina exigiendo de nuevo homogeneidad en la infracción procesal alegada, si bien con matices. Con carácter previo la sentencia aclara que la llamada del art. 219.2 LRJS a que la sentencia recurrida ha de contener doctrina contradictoria a la establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional «siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades», no debe ser interpretada como una remisión simple y pura a la prescripción del art. 219.1 sobre la exigencia de «hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales», en el sentido de igualdad sustancial en el substrato previo a los respectivos fallos (de la sentencia recurrida y de la de contraste) que se exige con rigor para el resto de supuestos. Pues lo contrario vaciaría de contenido la apertura realizada por el art. 219.2 «cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional; y más difícil aún sería si la sentencia que se aporta como contradictoria es una procedente de un órgano jurisdiccional internacional o comunitario».

Pero acto seguido advierte que la interpretación correcta del precepto es que esa igualdad sustancial debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate (o, en su caso, de alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales) –en la misma línea también puede citarse la **TS 11-3-15 Rec 1569/14--**. De modo tal que la identidad «... sí se produce en un caso, como el de autos, en que el derecho constitucional invocado [...] es el mismo sobre cuyo alcance establece doctrina diversa la sentencia del TC aportada como contradictoria: la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Y, más concretamente, en su manifestación de prohibición de incongruencia *extra petita*, concreción necesaria cuando lo que se invoca es un derecho que, como ocurre con el de tutela judicial efectiva, tiene tantas y tan diversas manifestaciones ...».

En todo caso, la cuestión ha quedado ya definitivamente cerrada tras la publicación del **Acuerdo no jurisdiccional** de 11-2-15, del pleno de la Sala de lo Social, en el que a propósito de lo que nos ocupa se llega a la siguiente convicción: «En los supuestos del art. 219.2 LRJS, con doctrina de contradicción del TC y órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades

fundamentales, TEDH y TJUE, en los casos de infracciones de garantías procesales fundamentales o derechos fundamentales sustantivos, la igualdad sustancial de las situaciones respectivas debe estar referida a la pretensión de tutela del derecho o libertad en el aspecto concreto de que se trate. Con iguales requisitos se examinará la contradicción respecto de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho Comunitario».

Acuerdo en el que se advierte además que cuando «... en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas».

Añadiendo que al «... analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, pues debe permitir que se aprecie una divergencia de doctrinas respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva. (Por ejemplo: litisconsorcio necesario o desistimiento por incomparecencia)».

Por otra parte, en «... los supuestos de incongruencia y de falta de competencia objetiva o defecto de jurisdicción del orden social se exige que, al menos, la sentencia de contraste contenga doctrina, o pronunciamiento implícito, sobre la materia en cuestión».

Precisamente en relación con la incongruencia, la **STS 11-3-15 (Rc 1797/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:1282--, en aplicación del señalado criterio de la Sala, niega que medie identidad suficiente entre las sentencias comparadas en recurso en el que se denuncia la incongruencia de la sentencia del Juzgado de lo Social – rechazada en suplicación-- por cuanto declara probado, en un despido disciplinario, que el trabajador se apropió de diversas cantidades en beneficio propio cuando la existencia de dicho ánimo de lucro no fue planteada, ni en la carta de despido, ni en la contestación a la demanda. Como dice la sentencia, a los efectos de la contradicción, «lo importante es que [...] las identidades [...] vayan referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas. [...] en algún caso lo que sucede es que la heterogeneidad de los debates sustantivos impide, por sí misma, la homogeneidad de los problemas procesales [...]». Y en el caso concreto no se da la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva exigible, pues frente a la pretensión de autos en la de contraste se denuncia la introducción de hechos nuevos, no invocados en la carta de despido.

Doctrina que en similares términos se formula en la **STS 7-4-15 (Rc 1187/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:1968--, a propósito de incongruencia omisiva de la sentencia recurrida por no resolver uno de los motivos de recurso.

### **8.3. Firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso**



El art. 221.3 LRJS es tajante al exigir que las sentencias invocadas como doctrina de contradicción hayan adquirido firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso. Y tal imposición, como se encarga de aclarar la **STS 25-11-14 (Rc 181/14)** --ECLI:ES:TS:2014:5425--, no resulta desplazable ni siquiera en supuestos en que la identidad de hechos es manifiesta, o incluso cuando existe doctrina de la Sala favorable a las pretensiones del recurso.

#### **8.4. No vinculación al criterio de referencia aunque sea de la propia Sala**

Es conocida la postura de la Sala en el sentido de que la resolución del recurso, una vez admitido, no queda condicionada en modo alguno por los términos en los que se haya podido solventar el tema en las dos sentencias contrastadas. Es más, como se advierte en la **STS 23-6-14 (Rc 1257/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3546--, esta posibilidad de apartarse de la tesis de contraste, “no desaparece por el hecho de que la sentencia invocada de contraste sea de la propia Sala, siempre que este Tribunal entienda –en su obligada misión de depurar la doctrina– que una reconsideración de la materia aconseja rectificar algún precedentes criterio y a tal efecto lo razone”.

#### **8.5. Cita y fundamentación de la infracción legal**

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que la cita de normas de funcionamiento interno de una empresa no puede sustentar el recurso de casación, no obstante, la **STS 27-10-14 (Rc 3172/12)** --ECLI:ES:TS:2014:5218- admite esta posibilidad respecto de las "Normas para el funcionamiento de la Caja Complementaria de Pensiones" de la entidad accionante, porque su cita se pone en directa relación no solamente con el CC --arts. 6, 7, 1255 y 1256--, sino también con la LGSS: arts. 39 (Mejoras voluntarias) y 192 (Mejora directa de las prestaciones). Así las cosas, puede entenderse que si bien la cita aisladas de este tipo de reglas no alcanza para sustentar un recurso de casación, su adecuada puesta en conexión con las normas legales correspondientes sí permite considerar cubierta la exigencia de cita de la infracción legal, sin perjuicio de que en el caso de autos el recurso no cubriera debidamente la exigencia de fundamentación de la señalada infracción.

### **9. Recurso de casación**

#### **9.1. Consignación para recurrir en despidos colectivos declarados nulos**

La **STS 20-4-15 (Rc 54/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1717—contiene doctrina de innegable relevancia respecto de varias cuestiones, por lo que a este apartado interesa, en ella se formula una primera convicción de alcance, a saber: es obligación del recurrente consignar los salarios de tramitación para impugnar en casación la sentencia que declara nulo un despido colectivo –extinción colectiva de Coca-cola en este caso--. Con ello se varía el criterio anterior, enunciado bajo la vigencia de la norma anterior, y basado especialmente en la naturaleza declarativa o de condena de la sentencia dictada en estos procesos. Variación que en realidad trae causa no en un cambio de criterio, sino en el propio devenir legislativo, pues la situación normativa ha variado

sustancialmente tras la promulgación de la Ley 3/2012, que establece en su núm. 11 *in fine* que en los casos de declaración de nulidad del despido colectivo “*la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley*”, y en especial con la reforma del apartado 2 del art. 247 LRJS introducido por el artículo 11. dos del RDL 11/2013, de 2 de agosto, ratificado en su redacción después por la Ley 1/2014 de 28 de febrero, en vigor desde el 2-3-2014 y aplicable, según las previsiones de la DT 3ª de dicha Ley, a los despidos colectivos “que se inicien” a partir del 4-8-2013 –de aplicación al de autos--. Dicho precepto fue modificado expresamente para advertir que “*La modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable [...] en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula*” –considera el voto particular que no hay tal variación normativa sustancial--.

De tal cambio normativo deduce la Sala que si las sentencias de despido colectivo son susceptibles de ejecución definitiva cuando el despido colectivo haya sido declarado nulo, el pronunciamiento de condena en relación con el abono de los salarios de trámite contenido en la sentencia recurrida ha de transitar indefectiblemente unido a la correlativa necesidad de consignar dichos salarios para poder recurrir, consignación que, de ese modo, servirá como garantía de la ejecución futura.

Y ello pese a que el art. 124 LRJS no exige concreción de circunstancias --a diferencia de las demandas de conflicto colectivo con pretensión de condena, en las que sí se impone tal concreción--, seguramente porque en estos casos está en manos de la empresa determinar no solo las personas que resultarán afectadas por la medida colectiva de extinción, sino también los datos relevantes para el cálculo de la indemnización o de los salarios de tramitación, muchas veces recogidos o especificados en la propia documentación que se aporta en el periodo de consultas.

Además, la falta de cuantificación de los salarios de tramitación no es argumento a tomar en cuenta, puesto que en las sentencias de despido individual declarado nulo nunca han resultado cuantificados exactamente por el órgano judicial, y ello no ha sido impedimento para aceptar su ejecución. A lo que debe sumarse, en último término, la regulación de un proceso incidental para la ejecución del art. 247 LRJS que pone de manifiesto, en lo que a condenas dinerarias se refiere, que la ejecutada tiene la obligación de “... *en el plazo de un mes, que podrá prorrogarse por otro mes cuando la complejidad del asunto lo exija, en relación a cada uno de los trabajadores en cuya representación se inste la ejecución, cuantifique individualizadamente la deuda y proponga, en su caso, una fórmula de pago*”.

## **9.2. Alcance de los escritos de impugnación**

La Sala ya se había pronunciado con anterioridad sobre el significado y alcance de los escritos de impugnación en la fase de suplicación --TS 15-10-13 Rec 1195/13 ECLI:ES:TS:2013:5889--. Tal doctrina se condensa ahora en la ya citada **STS 20-4-15 (Rc 354/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1717--, que la hace

extensible a los recursos de casación ordinaria –con los matices pertinentes--. Así, en primer término, se consideran extensibles las siguientes apreciaciones de la Sala: en los escritos de impugnación se pueden *interesar rectificaciones de hecho* o *formular causas de oposición subsidiarias*, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia; si bien dichas alegaciones han de efectuarse cumpliendo los requisitos establecidos para el escrito de interposición del recurso. En ellos únicamente procede interesar la inadmisibilidad del recurso o la confirmación de la sentencia recurrida, no solicitar la nulidad de la misma, ni su revocación total o parcial. Además, como su naturaleza no es similar a la del recurso, no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso. Así las cosas, la impugnación eventual no puede sustituir al propio recurso ni puede agravar por sí misma la condena inicial, y en consecuencia no es posible la *reformatio in peius* por la sola circunstancia de haberse formulado una impugnación eventual a cargo de la parte recurrida.

Lo dicho debe combinarse con la singular regulación de las alegaciones eventuales o subsidiarias de la parte recurrida en casación. Pues en este particular recurso se permite la formulación de “*otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida*” --art. 211.1 párrafo segundo LRJS--, distintos de los que consideró aplicables la sentencia recurrida, formula que no coincide con las “causas de oposición” propias de la impugnación en suplicación, y que trae causa en las limitaciones inherentes a la casación, en la que se cuestiona directamente la sentencia, sin posibilidad de un nuevo examen de la cuestión litigiosa.

Por último, como recuerda la sentencia, tanto en casación como en suplicación se configura la impugnación como un medio impugnatorio eventual, manifestación del principio estructural de eventualidad del proceso laboral que es correlativo al principio de concentración igualmente característico de este proceso social. Y como un mecanismo para garantizar que la posición de la parte vencedora no se vea empeorada por el hecho de que algunos de los motivos de defensa no fueran estimados en la instancia, de modo que pueda reproducir su alegato aun sin ser recurrente, porque de lo contrario sería una cuestión nueva no admisible en recursos de configuración restrictiva como la casación o la suplicación y que, de ser aplicada por la Sala *ad quem* sin previo planteamiento por las partes, excedería del margen del principio *iuranovit curia*.

## **10. Demanda de revisión**

### **10.1. No cabe cuando en vía penal se declara la comisión del ilícito que no se apreció en el orden social**

La **STS 24-4-14 (Rc 8/13)** --ECLI:ES:TS:2014:3460-- resulta de interés al rechazar la revisión de la sentencia que declaró improcedente el despido de un trabajador que posteriormente fue condenado por un delito de lesiones al empresario. Como mantiene la Sala la causa de revisión por absolución penal ha sido diseñada para impedir que se pueda despedir procedentemente a un trabajador por la comisión de un hecho que –según se demuestra en vía penal posteriormente (de ahí que el único remedio sea la revisión)- en realidad no ha cometido. Pero no contempla el caso contrario: que tras haber sido declarado

improcedente un despido, posteriormente se declare procedente al haberse probado en vía penal que el trabajador había cometido el o los hechos por los que fue despedido.

## **10.2. Revisión respecto de sentencias que reconocen deudas salariales en el marco de un concurso. Legitimación de la administradora judicial**

Merece particular consideración la **STS 9-12-14 (Rc 22/12)-- ECLI:ES:TS:2014:5665--**, que desestima la demanda de revisión formulada por la Administradora Judicial en el concurso necesario de acreedores de una empresa, contra las sentencias que la condenan al abono de salarios adeudados a varios trabajadores de la empresa concursada, sin haber acudido al juicio pese a haber sido citada en forma. La revisión pretendía fundamentarse en la recuperación de documentos decisivos que demostrarían que las deudas salariales reconocidas en esas sentencias habían sido pagadas y que si tal pago no se pudo demostrar fue debido a que la empresa, en connivencia con los trabajadores, no acudió al acto del juicio, ni exhibió dichos documentos, ni alegó una posible prescripción.

Por lo que ahora interesa, se reconoce legitimación de la Administradora judicial para interponer la demanda de revisión pese a que ni fue, ni pudo ser, parte en ese pleito, pues no había sido ni siquiera declarado el concurso, y ello no tanto porque represente los intereses de otros eventuales acreedores, sino porque representa los intereses de los socios de la sociedad que administra.

Pero se declara que la demanda debe ser desestimada al menos en relación a diez trabajadores por carencia sobrevenida de objeto, al haber sido satisfechos sus créditos tal y como afirma el Juez del concurso. Y respecto a los otros cinco restantes, se entiende que los finiquitos aportados no acreditan el pago de las nóminas, como lo demuestra el hecho de que se entregaran pagarés que resultaron impagados en todos los casos. Concluyendo, por lo demás, que no puede apreciarse maquinación alguna en obtener una sentencia estimatoria por demandar algo a lo que realmente se tiene derecho.