

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

AÑO JUDICIAL 2015-2016



TRIBUNAL SUPREMO

2016

# CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. AÑO JUDICIAL 2015/2016.<sup>1</sup>

## INDICE SISTEMÁTICO.

### Introducción

#### I. DERECHO DEL TRABAJO

##### 1. Caducidad de la acción.

###### 1.1. Acción de despido.

###### 1.2. Impugnación del acuerdo de suspensión colectiva de contratos de trabajo.

##### 2. Contrato de trabajo y figuras afines

##### 3. Contratación temporal: interinidad por vacante y amortización de la plaza

##### 4. Contrato de trabajo y derecho a la protección de datos de carácter personal

##### 5. Convenios y negociación colectiva

###### 5.1. Ámbito de aplicación del convenio.

###### 5.2. Comisión negociadora de Convenio colectivo franja.

###### 5.3. Composición comisión paritaria del convenio colectivo.

###### 5.4. Descuelgue. Inaplicación convenio colectivo.

###### 5.4.1. Eficacia temporal.

###### 5.4.2. Identificación de la propuesta ante la CCNCC.

###### 5.5. Impugnación de Acuerdo alcanzado ante el SIMA.

###### 5.6. Impugnación de convenio colectivo: legitimación.

###### 5.7. Negociación convenio colectivo.

###### 5.7.1 Mayoría necesaria para la validez de los acuerdos/convenios.

###### 5.7.2. Legitimación para negociar una modificación parcial del convenio.

##### 5.8. Secciones y Delegados sindicales: Derechos.

##### 5.9. Tutela de la libertad sindical.

##### Ultraactividad.

##### 6. Despidos individuales y extinciones del contrato de trabajo

###### 6. 1. Prescripción faltas trabajadores empleados públicos

###### 6.2. Promotores de Empleo: la extinción por imperativo legal excluye la aplicación de las reglas propias del despido colectivo

###### 6.3. Despido tácito y concurso de acreedores

###### 6.4. Despido objetivo ad cautelam [despido dentro del despido]

###### 6.5. Despido nulo y declaración de IPT

###### 6.6. Despido de trabajadora en situación de IT

###### 6.7. Vulneración de derechos fundamentales: garantía de indemnidad y derecho al honor y propia imagen

###### 6.8. Comunicación escrita a los representantes de los trabajadores

###### 6.9. Selección de trabajadores afectados

---

<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 Letrados Coordinadores del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmos. Srs. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva y D. José Ángel Folguera Crespo, y con la supervisión del Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

- 6.10. Impugnación despido individual derivado de despido colectivo: contenido y requisitos de la carta de despido
- 6.11. Comunicación individual en el marco de despido colectivo: notificación a los representantes legales.
- 6.12. Extinción del contrato por voluntad del trabajador e impago de salarios
- 7. Despido colectivo
  - 7.1. Legitimación activa
  - 7.2. Caducidad
  - 7.3. Buena fe
  - 7.4. Grupo de empresas
  - 7.5. Despido colectivo en TRAGSA
  - 7.6. Ausencia de notificación de la decisión empresarial de despido colectivo a los representantes de los trabajadores
  - 7.7. Despido acordado en el marco de un ERE y puesta a disposición de la indemnización
- 8. Efectos económicos del despido
  - 8.1. Indemnización por despido
  - 8.2. Error en la indemnización
  - 8.3. Alcance de la disp.trans.5ª de la L 3/2012
- 9. Fondo de Garantía Salarial.
- 10. Modificación sustancial de condiciones de trabajo
  - 10.1. Documentación a aportar. Buena fe negociada.
  - 10.2. Modificación sustancial: Requisitos.
  - 10.3. Reducción salarial: Modificación salarial o descuelgue.
- 11. Poder de dirección: alcance y contenido.
- 12. Reconocimiento médico obligatorio.
- 13. Salario y régimen retributivo.
  - 13.1. Compensación del “tabaco de fuma”. Discriminación.
  - 13.2. Condición más beneficiosa en el sector público.
  - 13.3. Diferencias salariales por realización de funciones de superior categoría.
  - 13.4. Incrementos retributivos
  - 13.5. Prescripción
  - 13.6. Profesores de religión católica. Sexenios.
- Supresión paga extra de 2012. Irretroactividad.
- 14. Suspensión colectiva de contratos de trabajo.
  - 14.1. Buena fe y solapamiento de medidas flexibilizadoras.
  - 14.2. Fraude de ley.
  - 14.3. Impugnación del Acuerdo.
- 15. Subrogación empresarial y sucesión de contratados
- 16. Tiempo de trabajo
  - 16.1. Pausa para el bocadillo
  - 16.2. Flexibilidad horaria.

## II SEGURIDAD SOCIAL.

- 1.-Jubilación
  - 1.1.-Periodo de carencia
  - 1.2.-Jubilación anticipada
  - 1.3.-Jubilación forzosa

- 1.4.-Jubilación parcial
- 1.5.-Reintegro de prestaciones
- 2.-Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional
  - 2.1.-Accidente de trabajo
    - 2.1.1.-Determinación de la contingencia
    - 2.1.2.-Accidente in itinere
    - 2.1.3.-Accidente en misión
  - 2.2.-Enfermedad profesional
  - 2.3.-Recargo de prestaciones
    - 2.3.2.-Extensión del recargo a la pensión de viudedad
    - 2.3.3.-Efectos de una sentencia sobre indemnización por daños y perjuicios en el recargo
    - 2.3.4.-Dies a quo del cómputo del plazo de prescripción del derecho al recargo
    - 2.3.5.-Intereses tras consignación posterior a imposición del recargo mientras se tramitan recursos
  - 2.4.-Indemnización por daños y perjuicios
    - 2.4.1.-Derecho a la indemnización cuando la empresa no acredita haber agotado toda la diligencia exigible para evitar el recargo
    - 2.4.2.-Efectos de una sentencia imponiendo recargo de prestaciones en la indemnización por daños y perjuicios
    - 2.4.3.-Responsabilidad de la entidad gestora
    - 2.4.4.-Plazo de prescripción para la solicitud de indemnización por daños y perjuicios
    - 2.4.5.-Intereses
- 3.-Incapacidad Temporal
  - 3.1.-Extinción de la prestación por incomparecencia a reconocimiento médico de la Mutua
  - 3.2.-Responsabilidad en el abono de la prestación
  - 3.3.-Cálculo del importe de la prestación
    - 3.3.1.-Conforme a la normativa convencional
    - 3.3.2.-Exclusión de la parte proporcional de pagas extra
    - 3.3.3.-No desigualdad de trato por cálculo distinto de la prestación
    - 3.3.4.-Influencia del abono de la prestación por incapacidad temporal en la determinación del salario
- 4.-Incapacidad Permanente
  - 4.1.-Incapacidad permanente parcial
    - 4.1.1.-Pérdida de visión de un ojo
    - 4.1.2.-Imposibilidad de reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial a trabajadores del RETA
    - 4.1.3.-Imposibilidad de reconocimiento de una segunda incapacidad permanente parcial para la misma profesión
  - 4.2.-Incapacidad permanente total en el RETA
    - 4.2.1.-Incapacidad permanente total cualificada
    - 4.2.2.-Fecha de efectos
  - 4.3.-Incapacidad permanente absoluta
    - 4.3.1.-Revisión por agravación
    - 4.3.2.-Revisión por mejoría
    - 4.3.3.-Derecho a la mejora voluntaria
    - 4.3.4.-Intereses

- 4.3.5.-Necesidad de abono de la indemnización en supuestos en que mientras se tramita el despido se reconoce al actor en situación de incapacidad permanente absoluta
- 4.3.6.-En el RETA
- 4.4.-Responsabilidad del pago de la prestación
- 5.-Desempleo
  - 5.1.-Nivel contributivo
    - 5.1.2.-Desempleo parcial
      - 5.1.3.-Régimen de compatibilidades e incompatibilidades
        - 5.1.3.1.-Incompatibilidad entre percibo de la prestación y trabajo
        - 5.1.3.2.-Incompatibilidad entre percibo de la prestación y jubilación
        - 5.1.3.3.-Compatibilidad entre percibo de la prestación e incapacidad permanente total
      - 5.1.4.-Mantenimiento, suspensión o extinción por salida del territorio sin comunicación al SPEE
      - 5.1.5.-Devolución de la prestación por coincidencia con salarios de tramitación
      - 5.1.6.-Cálculo del importe cuando se prestan servicios a tiempo parcial
      - 5.1.7.-Reposición de la prestación por desempleo
        - 5.1.7.1.-No reposición cuando ERE trae causa diversa del ERTE
        - 5.1.7.2.-No reposición si no se cumplen las exigencias legales respecto de periodos de suspensión y extinción
        - 5.1.7.3.-Reposición de la prestación aunque la extinción no derive de un despido
    - 5.2.-Subsidio por desempleo
      - 5.2.2.-Determinación del nivel de ingresos en atención a las cargas familiares
      - 5.2.3.-Ingresos a tener en cuenta a efectos de carencia de rentas: netos y no brutos
      - 5.2.4.-Suspensión del subsidio por venta de un inmueble
      - 5.2.5.-Extinción por falta de comunicación del incremento de renta
- 6.-Renta activa de inserción
- 7.-Prestación por cese de actividad de autónomos
- 8.-Prestación por maternidad
- 9.-Prestación de riesgo durante la lactancia
- 10.-Viudedad
  - 10.1.-En supuestos de parejas de hecho
  - 10.2.-En supuestos de divorcio
  - 10.3.-En supuestos de violencia de género
- 11.-Prestación a favor de familiares
- 12.-Impugnación por las mutuas de la imputación de responsabilidad
- 13.-SOVI.

### III. DERECHO PROCESAL:

- 1. Competencia del orden social:
  - 1.1. Competencia judicial internacional.
  - 1.2. Impugnación de un acto administrativo en materia de Seguridad Social que afecta a la prestación de incapacidad temporal;
  - 1.3. Rectificación de doctrina en materia de impugnación de sanciones impuestas por el Consejo de Ministros;

- 1.4. Asignación de nivel a trabajadores de la Agencia Tributaria;
- 1.5. Conflictos colectivos. Adif;
- 1.6. Cuestiones relacionadas con ERE antes de la LRJS;
- 1.7. Cuestiones relacionadas con ERE tras la entrada en vigor de la LRJS;
- 1.8. Incompetencia del orden social. Demanda sobre paralización de convocatorias de oferta pública de empleo;
- 1.9. Competencia funcional. Competencia de los tribunales españoles en conflictos colectivos que superan las fronteras nacionales.
2. Fases previas al procedimiento:
  - 2.1. Conciliación administrativa previa;
  - 2.2. Prestaciones por enfermedad profesional. No reapertura del procedimiento años después;
  - 2.3. Efecto interruptivo de la prescripción de la papeleta de conciliación.
3. Cuestiones comunes al procedimiento:
  - 3.1. Incongruencia de la sentencia. Extra petita;
  - 3.2. Formulación de los hechos probados;
  - 3.3. Variación sustancial de la demanda;
  - 3.4. Citación de las partes para acto de juicio;
  - 3.5. Incompetencia del Secretario para denegar pruebas propuestas;
  - 3.6. Prescripción. Sanciones en materia de infracción de medidas de seguridad
  - 3.7. Pruebas testificales. Principios de idoneidad e indispensabilidad de testigos afectados por el conflicto;
  - 3.8. Efecto de cosa juzgada. Recargo e indemnización;
  - 3.9. Contenido posible de los autos de aclaración;
  - 3.10. Condena en costas a los sindicatos cuando no “ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social”.
4. Alcance y formulación de la acción:
  - 4.1. Doctrina general;
  - 4.2. Existencia en acción tendente a que se declare, varios meses después de su finalización, que una relación jurídica calificada por las partes como arrendamiento de servicios es laboral;
  - 4.3. Inexistencia cuando se pretende exclusivamente la declaración judicial de que en la negociación del convenio se vulneró el derecho la negociación colectiva.
5. Ejecución de sentencias:
  - 5.1. Títulos de ejecución colectiva directa. Sólo alcanza a los del art. 247 LRJS;
  - 5.2. Ejecución de sentencias de despido colectivo;
  - 5.3. Títulos habilitantes en materia de Seguridad Social;
  - 5.4. Ejecución provisional;
  - 5.6. Los intereses procesales no se imponen si se ingresa el capital coste del recargo.
6. Proceso especial de conflicto colectivo:
  - 6.1. Competencia por razón del territorio;
  - 6.2. Legitimación para accionar;
  - 6.3. Adecuación de procedimiento;
  - 6.4. Impugnación de laudo arbitral.
7. Proceso especial de despido colectivo:
  - 7.1. Competencia funcional;
  - 7.2. Legitimación;

- 7.3. Impugnación conjunta de los pactos esenciales del acuerdo. Matizaciones.
- 8. Proceso especial de impugnación de convenio:
  - 8.1. Legitimación activa;
  - 8.2. Cauce procesal adecuado;
  - 8.3. Alcance de sus pronunciamientos.
- 9. Recurso de suplicación:
  - 9.1. Reclamación de prestación de Seguridad Social con atrasos. Determinación de la cuantía litigiosa;
  - 9.2. Cabe recurso contra las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales “en todo caso”;
  - 9.3. Recurribilidad de las resoluciones sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo;
  - 9.4. Clasificación profesional con acumulación de reclamación de cantidad;
  - 9.5. No apreciación de afectación general;
  - 9.6. Legitimación empresarial para recurrir en suplicación en materia de enfermedad profesional;
  - 9.7. No valoración de cuestiones nuevas. Excepción para la caducidad de la acción de despido.
- 10. Recurso de casación unificadora:
  - 10.1. Falta de contenido casacional;
  - 10.2. Alcance de la exigencia de contradicción cuando se alega de contraste una STC;
  - 10.3. Efecto de cosa juzgada de las sentencias de conflicto colectivo. Desplazamiento de la exigencia de contradicción.
  - 10.4. Inadmisión de cuestiones nuevas.
- 11. Recurso de casación ordinaria:
  - 11.1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso;
  - 11.2. Apreciación de oficio de la formulación extemporánea;
  - 11.3. Revisión de hechos probados;
  - 11.4. Alcance del escrito de impugnación del recurso;
  - 11.5. El gravamen como condición para la legitimación para recurrir.

## **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 2015-2016, 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 materia de Derecho del Trabajo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en este año judicial 2015/2016, ha resuelto innumerables cuestiones de enorme interés y repercusión social que serán más adelante debidamente expuestas de forma sistemática, pudiendo adelantar aquí que se ha tenido oportunidad de analizar de nuevo alguna de las zonas grises o fronterizas entre el Derecho del Trabajo y el arrendamiento de servicios o los contratos administrativos; también se ha abordado con insistencia la cuestión relativa a la extinción de los contratos de trabajadores indefinidos no fijos tanto por cobertura de la plaza como por amortización de ésta, y las consecuencias indemnizatorias de ello derivadas; se ha analizado la compleja relación entre el derecho a la protección de datos y la relación laboral, e igualmente se ha procedido a clarificar la forma de calcular las indemnizaciones por despido en base a los tramos que establece la DT 5ª de la Ley 3/12 . Este año los despidos colectivos- si bien en menor medida que el año anterior- han gozado también de gran protagonismo, y así, se han abordado cuestiones relativas a la caducidad, la buena fe en la negociación y la legitimación para impugnarlos, y por último, la Sala ha tenido la ocasión de analizar un debate muy complejo, como ha sido el de si en los despidos individuales derivados de un despido colectivo es preciso cumplir y en qué forma los requisitos contemplados en el art. 53 del ET.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, la Sala Cuarta ha procedido a clarificar algunas cuestiones relacionadas con la pensión de jubilación y ha abordado el complejo problema de la prescripción de la acción para solicitar el recargo por omisión de medias de seguridad así como la indemnización de daños y perjuicios por ella ocasionada. En materia de desempleo se han analizado supuestos de desempleo parcial de funcionarios interinos que ven reducida su jornada, así como se han abordado los problemas relativos al



devenir de la prestación por desempleo cuando se sale del territorio español sin comunicarlo al SPEE. La Sala en Pleno ha procedido a rectificar su doctrina anterior en relación al subsidio por desempleo y el modo de computar el incremento de rentas cuando se procede a un rescate de un plan de pensiones, debiendo estar sólo a la plusvalía obtenida, y no al importe total de lo rescatado, y al mismo tiempo ha establecido que la falta de notificación al SPEE de tal incremento es causa de extinción del subsidio.

En materia de Derecho Procesal Laboral en el periodo correspondiente a esta crónica, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones de innegable relevancia, tanto de índole competencial –tales como impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social o de sanciones impuestas por el Consejo de Ministros, o de ERE antes y después de la LRJS; o de paralización de convocatorias de oferta pública de empleo—como de las fases previas al proceso estrictamente judicial –con especial interés la relativa a la posibilidad de las Mutuas de reabrir los procesos sobre responsabilidad por enfermedades profesionales de larga generación cuando devinieron firmes las resoluciones administrativas correspondientes--. De otro lado, se han resuelto otras cuestiones de calado, relativas, por ejemplo, al alcance de la proscripción legal de variación sustancial de la demanda, a la citación de las partes para acto de juicio, a la incompetencia de los Secretarios para denegar pruebas, al efecto de cosa juzgada entre los pronunciamientos de recargo e indemnización por daños derivados de infracciones en materia preventiva o al contenido posible de los autos de aclaración. También sobre la existencia o no de acción para demandar a propósito de diversas reclamaciones o sobre la ejecución –provisional y definitiva—de sentencias individuales y colectivas. Y, como viene siendo habitual, la Sala también ha consolidado su doctrina en temas clásicos como los procesos especiales de conflicto colectivo o despido colectivo, el recurso de suplicación –con especial relevancia en lo relativo a la recurribilidad de las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales; sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o clasificación profesional con acumulación de reclamación de cantidad--, o de casación unificadora –particular mención corresponde al desplazamiento de la exigencia de contradicción por el juego del efecto de cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo-- y ordinaria.

## **I. DERECHO DEL TRABAJO**

### **1. Caducidad de la acción.**

#### **1.1. Acción de despido.**

La **STS 26-5-2015, (Rc 1784/14)** ECLI:ES:TS:2015:3033, declara, en relación con el computo del plazo de caducidad de la acción de despido, que no hay que tener en cuenta el día de interposición de la papeleta de conciliación ante el órgano administrativo ni tampoco el día en que se celebra el acto sin avenencia, por lo que no está caducada la acción cuando la

conciliación se plantea dentro de las 15 horas del día 21 del plazo, y la demanda ante el juzgado el día siguiente. El art 59.3 ET exige que la demanda por despido se ejercite dentro del plazo de caducidad de 20 días hábiles, plazo que queda "congelado" durante la sustanciación de dicha conciliación administrativa. Teniendo en cuenta la particular naturaleza de la conciliación, se estima que es de aplicación el art 135.1 LEC, lo que implica que si la conciliación no ha "consumido" ningún día del plazo de caducidad, deberá hacerse un paréntesis con ese tiempo, y cuando el día 20 es el inmediatamente anterior a la demanda de conciliación, ésta podrá interponerse -como podría haberse hecho con la demanda por despido- hasta las 15 horas del día siguiente a la finalización de tal plazo, esto es, hasta las quince horas del día número 21. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 26-1-2016 (Rc 2227/14)** ECLI:ES:TS:2016:761, estimando de aplicación el art 135 LEC a la presentación de la papeleta de conciliación previa.

### **1.2.- Impugnación del acuerdo de suspensión colectiva de contratos de trabajo.**

La **STS 16-9-2015 (Rc 139/14)** ECLI: ES:TS:2015:3852, confirma la caducidad de la acción para impugnar el acuerdo de suspensión de los contratos de trabajo. La impugnación del proceso individual/colectivo se inicia por demanda de los trabajadores/sindicatos afectados por la decisión empresarial, que deberá presentarse en el plazo de caducidad de los veinte días hábiles a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes; el plazo se computa desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas, plazo que no comenzará a contar hasta que tenga lugar dicha notificación. Sin embargo, resulta que el art 47.1 ET, no distingue a los efectos de inicio del cómputo del plazo de impugnación, cuando se trata de suspensión temporal colectiva, entre el supuesto en que el período de consultas haya finalizado sin acuerdo o con acuerdo. La Sala IV sostiene que, como regla general, cuando existe acuerdo y especialmente cuando el Sindicato impugnante estuvo presente en la conclusión del acuerdo, la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de veinte días contados desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas.

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

De nuevo sobre la frontera del contrato de trabajo y un **arrendamiento de servicios** se pronuncia la **STS 24-6-15 (Rc. 1433/14)** ECLI:ES:TS:2015:3264, que resuelve el despido interpuesto por un **operador de imagen de la Televisión de Cataluña, S.A.** Inicialmente el accionante venía prestando sus servicios como autónomo, si bien, posteriormente, se le invitó a que constituyese una sociedad, a través de la cual giraba las facturas mensuales a TVC, hasta que se le participa la extinción del contrato. La Sala Cuarta declara la competencia del orden social para conocer de la pretensión, al entender que subyace en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre dos sociedades una relación laboral entre la empresa contratante y el trabajador que constituyó la sociedad prestadora de tales servicios.

Sobre la naturaleza real de una prestación de servicios encauzada como **contrato administrativo** de consultoría y asistencia al amparo de la Ley 20/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, se pronuncia la **STS 23-6-15 ( Rc 2360/14) ECLI:ES:TS:2015:3305**. El Alto Tribunal 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.

### **3. Contratación temporal: interinidad por vacante y amortización de la plaza**

La cuestión que se decide en la **STS 6-10-15 (Rc 2592/14) ECLI:ES:TS:2015:4420** consiste en determinar si el cese de la demandante, indefinida no fija en la Administración de Galicia, que vio cubierta su plaza tras llevarse a cabo el oportuno concurso público, supone la existencia de un despido, o, por el contrario, su cese constituye una válida extinción del contrato de trabajado al amparo de lo previsto en el art. 49.1.b) ET, optando la Sala Cuarta por esta última solución. En el supuesto enjuiciado y a diferencia de la doctrina de la que es exponente la STS 24-6-14 (Rc, 217/03) ECLI:ES:TS:2014:3081, no se trata de la amortización de la plaza, sino que se ha llevado a cabo un proceso reglamentario, con respeto a los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que han conducido al nombramiento para la plaza ocupada por la actora de la persona que ha superado esas pruebas y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, por lo que el cese acaece como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con el art. 49.1.b) del ET, a la que, no obstante, se anudan las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c), del mismo precepto y en la manera que se establece en la disp.trans.13ª ET --ocho días por cada año de servicio--. La solución alcanzada cabe extraerla de la doctrina del TJUE, como puede verse en el Auto de dicho Tribunal de 11-12-2014 [asunto C-86/14].

### **4. Contrato de trabajo y derecho a la protección de datos de carácter personal**

Afirma la **STS 21-9-2015 (Rc 259/14) ECLI:ES:TS:2015:4086**, que la incorporación al contrato de trabajo de una cláusula-tipo para la consignación por el trabajador del teléfono y del correo electrónico, así como del compromiso de comunicar la inmediata variación de tales datos, a fin de que la empresa pueda poner en su conocimiento por tales vías toda incidencia relativa a la relación laboral, resulta contraria al derecho a la protección de los datos de carácter personal del art. 18.4 CE, porque dichos datos deben prestarse voluntariamente y, teniendo en cuenta que el trabajador es la parte más débil del contrato y que se trata de un momento -el de su contratación- de acceso a un bien escaso como es el empleo, considera que bien puede entenderse que

el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario, de forma que la ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LO de protección de datos, permite concluir que tal cláusula es nula por atentar contra un derecho fundamental, y que debe excluirse de los contratos de trabajo, desestimando por ello el recurso de casación formulado por la empresa.

## **5. Convenios y negociación colectiva.**

### **5.1. Ámbito de aplicación del convenio.**

La **STS 1-12-2012 (Rc 349/14) ECLI:ES:TS:2015:5818**, confirma la excepción de falta de acción por carencia de objeto sobrevenida en cuanto a la nulidad de la expresión contenida en el art 1 del ámbito funcional del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Industrias del Frío Industrial (BOE 23/10/2007) y desestima la demanda en petición de nulidad del citado Convenio. Sostiene que no se ha producido una invasión del ámbito funcional del convenio ni tampoco ilegalidad alguna en la negociación del mismo. En el Convenio para las Industrias del Frío Industrial se regula una actividad intrínsecamente ajena a lo que es el transporte de mercancías por carretera debiendo atenderse para la aplicación de un convenio u otro a la actividad preponderante o principal de cada empresa, lo que determina que no se produjo ilegalidad alguna en la negociación del Convenio ni invasión del ámbito funcional por referir actividades ya incluidas en el Acuerdo General para las empresas de transporte de mercancías por carretera. Tampoco se ha producido una infracción de la prohibición de concurrencia. Ahora bien, el ámbito funcional del convenio ha sido derogado por otro posterior por lo que carece de objeto pronunciarse sobre la legalidad de preceptos que ya no se integran en el ordenamiento jurídico aplicable lo cual, determina la apreciación de la excepción de falta de acción por carencia sobrevenida del objeto.

Asimismo, la **STS 30-12-2015 (Rc 255/14), ECLI:ES:TS:2015:5819**, confirma la desestimación de la demanda, interesando la declaración de nulidad del art 1 del Convenio colectivo de la industria química por incluir en su ámbito de aplicación al sector de la transformación del plástico. Se reitera, en relación con la negociación colectiva y el ámbito funcional de un convenio colectivo, que si bien se atribuye a los negociadores la competencia para fijar el ámbito de aplicación, esta libertad no es absoluta, sino que está limitada por criterios objetivos, que atienden a la representación y legitimación de los negociadores y a la configuración del Convenio como norma, lo que exige que la exclusión del ámbito natural del Convenio haya de tener justificación objetiva y razonable, sin que el ámbito de negociación pueda manipularse por las partes para incluir dentro de ésta a sectores ajenos a la misma. También queda prohibida la concurrencia, salvo en casos de pérdida de vigencia de la primera norma paccionada y siempre que no se encuentre ésta en periodo de ultraactividad. Asimismo, la protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios. En aplicación de dicha doctrina, se concluye que la definición del ámbito funcional del

convenio colectivo no ha sido construida artificialmente, sino que responde a un criterio histórico de la unidad de negociación, que deriva de una sucesión de convenios de más de treinta años de duración lo que lleva a estimar que la unidad negociadora es objetivamente apropiada y el sector al que afecta homogéneo.

Especial relevancia presentan las **STS 24-11-2015 (Rc 136/14)** ECLI:ES:TS:2015:5847, y **9-12-2015 (Rc 135/14)**, ECLI:ES:TS:2015:5773 que se pronuncian sobre una cuestión novedosa cual es el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores de un centro especial de empleo que realizan tareas de limpieza de edificios – el Convenio general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad o el del sector de limpieza de edificios y locales de Asturias-. La Sala IV, sostiene que hay que atender a la actividad principal de la empresa con independencia de las tareas de los trabajadores, sin que ello impida la realización de diversas actividades en una misma empresa. Estima que el convenio de centros especiales de empleo, sea cual sea la actividad en la que operen, prima sobre la concreta actividad de limpieza que es sólo una de las posibles actividades de los centros especiales de empleo. El convenio de centros y servicios de atención a personas con discapacidad es norma especial y es el que se ajusta a las particulares circunstancias que concurren en dichos trabajadores de forma que los sujetos de esta relación laboral especial no se rigen por un convenio colectivo pactado para trabajadores con relación ordinaria y sin que la retribución acordada resulte discriminatoria. En definitiva, el convenio aplicable a los trabajadores con discapacidad de centro especial de empleo es el estatal de tales centros y no el del sector de limpieza, aunque esta sea la actividad prestada por la empresa, por disposición de los respectivos convenios y por aplicación del principio de especialidad.

## **5.2. Comisión negociadora de Convenio colectivo franja.**

En relación con la Comisión negociadora de un Convenio colectivo franja y la determinación del banco social se pronuncia la **STS 26-11-2015 (Rc 317/14)**, ECLI: ES: TS: 2015:5592, que interpreta el alcance del art 87.1 ET. Dicho precepto establece que en los convenios franja están legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta. Esto es, la ley impone una votación a la que puedan concurrir como electores los trabajadores que ostenten las condiciones que definen su pertenencia al grupo cuyo perfil determina el ámbito del convenio, de suerte que sean esos trabajadores exclusivamente los que elijan a las secciones sindicales a las que otorgan la legitimación para negociar el convenio. Sin embargo, ninguna particularidad se establece sobre la limitación de la pluralidad del banco social. Hay que partir de que el mandato que la votación otorga exige, en primer término, que se alcance la mayoría absoluta de los votos. Efectuada la votación, la comisión negociadora habrá de conformarse con los mismos parámetros de proporcionalidad entre las secciones que han resultado elegidas, en aplicación por analogía del art. 71.2 b) ET. En conclusión, los puestos del banco social de la comisión negociadora habrán de distribuirse, de modo proporcional entre los sindicatos que hayan obtenido el mínimo de votos.

### **5.3. Composición comisión paritaria del convenio colectivo.**

La **STS 11-11-2015 (Rc 331/14) ECLI:ES:TS:2015:5578**, analiza cual debe ser la composición de la Comisión Paritaria, en el caso del Convenio Colectivo Estatal para el sector de agencias de viajes, en lo que respecta a la representación de las organizaciones sindicales firmantes de dicho convenio. La ley no especifica de manera concreta las funciones que debe desempeñar la comisión paritaria, ni tampoco la composición de la comisión negociadora, limitándose a exigir, que se permita participar a todas las representaciones y que esa participación guarde la debida proporcionalidad con la representatividad de cada miembro participante. Para resolver la cuestión la Sala IV se remite a la consolidada doctrina que diferencia entre comisiones negociadoras y comisiones aplicadores del Convenio. En las primeras tiene derecho a integrarse cualquier sindicato que esté legitimado para negociar, pero la participación en las segundas puede restringirse a los firmantes del acuerdo, sin que tal limitación suponga merma de los derechos de libertad sindical. Y en el caso enjuiciado, se estima que la Comisión paritaria es un órgano al que se le han concedido competencias que pueden considerarse de pura negociación, por lo que su composición debe responder a la representatividad que ostentaban las partes a la firma del convenio.

### **5.4. Descuelgue. Inaplicación convenio colectivo.**

La Sala IV se ha pronunciado sobre diversos aspectos o materias relacionados con el descuelgue o inaplicación del convenio colectivo, ex art 82.3 ET.

#### **5.4.1. Eficacia temporal.**

Las **STS 7-7-2015 (Rc 206/2014) ECLI:ES:TS:2015:3475**, **16-9-2015 (Rc 110/2014) ECLI:ES:TS:2015:3973**, **26-10-2015 (Rc 276/2014) ECLI:ES:TS:2015:5128**, y **23-12-2015 (Rc 28/15) ECLI:ES:TS:2015:5763**, analizan el ámbito de aplicación temporal que puede tener el válido acuerdo de descuelgue o inaplicación temporal del convenio, en materia salarial o de jornada. A dicho Acuerdo no le es de aplicación lo dispuesto en los arts 84-2 y 86-1 ET, que dan plena libertad y autonomía a los negociadores de los convenios colectivos para fijar la vigencia de sus pactos y preferencia aplicativa a los convenios de empresa, y ello porque dicho Acuerdo no se trata de un convenio colectivo negociado con las condiciones exigidas, sino de un simple acuerdo, por el que se concierta la inaplicación de ciertas condiciones del convenio. Ello supone que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, es distinta a la del convenio colectivo, existiendo limitaciones que los negociadores de ese pacto deben respetar. Por tanto, el apartamiento del convenio colectivo sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, y actúa hacia el futuro, lo que impide la retroacción de efectos. El convenio colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, y esa inaplicación de lo en él acordado sólo puede tener efectos a partir del momento en que se adopta. Por todo ello, el descuelgue del convenio no puede tener efectos retroactivos,

salvo, que una disposición legal establezca lo contrario, y en este caso, los efectos de tal descuelgue solo pueden producirse a partir de la publicación de la indicada resolución.

#### **5.4.2. Identificación de la propuesta ante la CCNCC.**

La **STS 15-7-2015 (Rc 212/13)** ECLI:ES:TS:2015:4362, desestima la demanda en petición de nulidad de la decisión adoptada por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) en materia de inaplicación de convenio colectivo y en la que se analiza el alcance del control judicial sobre dicha medida entre la empresa Air Nostrum Lam SA. y sus trabajadores pilotos. Se rechaza la pretendida vulneración del deber de buena fe del periodo de consultas que se sustentó en que la propuesta empresarial considerada por la CCNCC no quedó identificada hasta el momento de la solicitud ante dicho órgano. La pretensión empresarial, en términos generales, queda delimitada por la causa invocada, las cláusulas del convenio colectivo cuya inaplicación se persigue y las medidas propuestas, esto es, por las nuevas condiciones de trabajo y su periodo de eficacia. Por tanto, no es posible que en el momento de la solicitud ante la CCNCC la empresa modifique el debate. En el caso, si bien hubo un cambio entre la propuesta inicial de la empresa y la que concreta en su solicitud ante la CCNCC, no se trata de una “propuesta empresarial nueva”, pues no hay alteración del contenido de lo negociado con la postura empresarial que simplemente reduce sus postulados iniciales al retirar de aquella comunicación primigenia algunos de los preceptos del convenio respecto de los que pretendía la inaplicación, reduciendo, asimismo y en beneficio de los trabajadores, su propuesta de rebaja salarial. La solicitud no añadía pretensiones novedosas, limitándose a la reducción de los postulados iniciales.

#### **5.5. Impugnación de Acuerdo alcanzado ante el SIMA.**

La **STS 22-7-201 (Rc 130/14)** ECLI:ES:TS:2015:3433, analiza la impugnación de un Acuerdo alcanzado en el SIMA por las empresas Liberbank y Banco Castilla la Mancha y los sindicatos mayoritarios (UGT y CCOO). Dichas entidades iniciaron un procedimiento para la modificación colectiva de condiciones de trabajo, que finalizó sin acuerdo. Los sindicatos CCOO y UGT promovieron la vía de mediación ante el SIMA, alcanzándose con la parte empresarial un acuerdo sobre medidas suspensivas y novatorias de los contratos, que ha sido impugnado por CSI y STC/CIC al considerar que resulta contrario al derecho fundamental a la libertad sindical, por lo que solicitan la nulidad. La Sala IV sostiene que durante el periodo de consultas es posible instar la mediación previa a la vía judicial, lo que no supone una ampliación del periodo de consultas, ni la aplicación de las reglas sobre consultas y negociación de novaciones colectivas, art 40, 41, 47, 51 y 82 ET, a las actuaciones mediadoras ante el SIMA. Ahora bien, se declara la nulidad de la medida por vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva al haberse excluido de la negociación preparatoria y previa del trámite formal de mediación a diversas secciones sindicales legitimadas. La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó, ni asumió después por adhesión, constituye lesión del derecho de libertad

sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva. No basta con que las secciones sindicales legitimadas para negociar tengan la oportunidad de ratificar lo previamente deliberado y preacordado cuando se está ante instrumentos colectivos de eficacia general, sino que hay que garantizar su presencia en el órgano de deliberación.

### **5.6. Impugnación de convenio colectivo: legitimación.**

Para resolver las distintas demandas en impugnación de convenios colectivos, se ha reiterado consolidada jurisprudencia relativa a la triple legitimación - inicial o simple, plena o interviniente y negociadora o decisoria- para negociar los convenios colectivos estatutarios, que constituyen requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimiento, de manera que el presupuesto para alcanzar acuerdos es que se haya producido una negociación con sujetos con legitimación inicial y deliberativa suficientes. al momento en que ha de existir y probarse la legitimación -; respecto al momento en que ha de existir y probarse la legitimación -constitución de la mesa negociadora- y, a la ineludible exigencia del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio.

En aplicación de dicha doctrina, la **STS 2-12-2015 (Rc 6/15)** ECLI:ES:TS:2015:5645 confirma la anulación del convenio colectivo de empresa dado que los miembros de la parte social de la comisión negociadora no estaban legitimados para negociarlo por no representar a todos los centros de trabajo de la empresa, lo que implica una quiebra del principio de correspondencia ex art 87.1 ET, al pretender extender su ámbito de aplicación a todo el territorio español. En el caso, consta que la empresa tiene 17 centros de trabajo en toda España, y la negociación del convenio de ámbito estatal se efectuó por el Comité de Empresa de un centro y por el delegado de personal de otro, lo que lleva a afirmar que conculca la legalidad vigente puesto que la representación de 2 centros de trabajo no puede asumir la legitimación negociadora de los demás centros que carecen de aquélla.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 18-2-2016 (Rc 282/14)** ECLI:ES:TS:2016:1248, que confirma la nulidad del convenio colectivo de ámbito estatal de empresa, por haberse suscrito por la empresa y el delegado de personal del centro de Madrid, aunque su ámbito afecta a todos los centros de trabajo de la mercantil (que los tiene en Sevilla y en Málaga). El convenio impugnado se negoció por un delegado de personal del centro de trabajo de Madrid, cuya representatividad corresponde únicamente a dicho centro y no irradia a los demás centros de trabajo.

La **STS 6/11/2015 ( Rc 30515)** ECLI:ES:TS:2015:4998, confirma la desestimación de la demanda en impugnación del art 4 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad 2012-12, en la que se pedía la declaración de ilicitud por ser contrario a derecho fijar la entrada en vigor el 1/1/2012, y superponer el actual convenio sobre un período de tiempo coincidente con el convenio al que sustituye, con objeto de abonar unas retribuciones inferiores. La Sala IV sostiene que las partes legitimadas para negociar un convenio



colectivo estatutario, en un determinado ámbito, pueden modificar o dejar sin vigor anticipadamente el convenio estatutario anterior del mismo ámbito, aunque el mismo estuviese todavía vigente. No existe superposición de convenios, sino sucesión en virtud del principio de modernidad normativa. En todo caso, y aunque el nuevo convenio pueda contener una regulación más desfavorable para los trabajadores que el anterior, no por ello pueden aplicarse retroactivamente las normas más desfavorables de la nueva norma a situaciones de hecho producidas bajo la norma antigua y que ya han dado lugar a que nazcan derechos para los trabajadores. En el caso analizado, el convenio no establece una retroactividad in peius al regular su periodo de aplicación temporal, ni se deduce una retroactividad desfavorable para los trabajadores, máxime cuando la inaplicación de la subida salarial pactada en el convenio anterior deriva de un acuerdo alcanzado anteriormente ante el SIMA.

Asimismo, la **STS 10-5-2016 (Rc 164/15)** declara la nulidad del Convenio Colectivo de empresa al considerar probado que los trabajadores que lo habían firmado representando a la sección sindical de USO no estaban habilitados para actuar en tal condición. El art 87.1º ET, que regula la composición de la comisión negociadora de los convenios colectivos de empresa y de ámbito inferior, admite la posibilidad de que el convenio de empresa pueda negociarse con la representación unitaria de los trabajadores, o con las secciones sindicales cuando así lo acuerden y sumen en su conjunto la mayoría de los miembros del comité, habilitando de esta forma un modelo no cerrado de negociación colectiva que permite esa doble opción a la hora de constituir el banco social. En el caso, el objeto de debate se concreta en determinar si las partes quisieron constituir la comisión negociadora con los representantes unitarios de los trabajadores, o bien con los delegados designados por cada una de las secciones sindicales. Queda acreditado que la comisión negociadora estaba constituida por las secciones sindicales y no por la representación unitaria de los trabajadores, puesto que se alcanzó un acuerdo para que intervinieran en la negociación las secciones sindicales. Esta opción, es facultativa, pero a la vez excluyente de la intervención de los representantes unitarios de los trabajadores. Pese a que se había acordado integrar la comisión negociadora con las secciones sindicales la empresa ha excluido, sin embargo, a USO de la posibilidad de designar a sus propios delegados al aceptar la presencia de aquellos trabajadores que fueron expresamente desautorizados por el sindicato y que, es obvio, que no ostentan su representación. Supone un acto de injerencia empresarial, vulnerador del art. 13 de la LOLS, el pretender que puedan actuar en nombre de este sindicato unos trabajadores que no pertenecen al mismo, uno de ellos anteriormente expulsado, y los otros dos que habían concurrido a las elecciones al comité de empresa en las candidaturas de otros sindicatos y que fueron desautorizados.

## **5.7. Negociación convenio colectivo.**

### **5.7.1. Mayoría necesaria para la validez de los acuerdos/convenios.**

La **STS 28-9-2015 (Rc 277/14)**, ECLI:ES:TS:2015:5126, declara que para aprobar la negociación de un convenio colectivo no puede pactarse ni exigirse una mayoría superior a la del art 89.3 ET ni, menos aún la unanimidad. En el

caso se trataba de una empresa con varios centros de trabajo, y la comisión negociadora por la parte social se constituyó por miembros de los comités de empresa de los centros de trabajo que tenían ese órgano de representación, a la que se unió la delegada de personal de otro de ellos. También se acordó que "la representatividad para el acuerdo definitivo y acta final estará refrendada, en lo que respecta a los trabajadores, por todos los miembros de comités y delegados de personal de los distintos centros de trabajo amparados en el convenio". Finalmente se aprobó el Convenio Colectivo por mayoría de los representantes de la parte social. De la literalidad del pacto se deriva que la "representatividad" para concluir el convenio requiere la intervención y participación de todos los miembros de los distintos comités y delegados de personal por lo que solo se acordó sobre la representatividad necesaria para la válida composición de la parte social de la mesa negociadora, pero no se cambió el sistema de mayorías necesario para tomar acuerdos pues nada se dijo expresamente al efecto. Por lo que no se ha vulnerado el art 89-3 ET que establece que los acuerdos se toman por mayoría y no permite pactar la exigencia de una mayoría cualificada, ni, menos aún, la unanimidad.

### **5.7.2. Legitimación para negociar una modificación parcial del convenio.**

La **STS de 24 de septiembre de 2015 (Rc 54/14)**, ECLI:ES:TS:2015:4150, declara que la legitimación para negociar una modificación parcial del convenio la tienen los representantes actuales y no los que negociaron el convenio que se modifica. En interpretación de los arts 86.1 y 87.1 ET esa legitimación se concede a favor de quien es representante en el momento en el que se va a negociar el cambio y no en favor de quien lo fue. El fin perseguido por la Ley es facilitar la negociación colectiva, lo que no se conseguiría otorgando la facultad de negociar a quien ya no es representante o tiene menor representatividad. En definitiva, es ilógico pensar que los citados preceptos se refieren a los que fueron representantes y no a quienes lo son en el momento de la negociación y representan a los afectados por ella.

### **5.8. Secciones y Delegados sindicales: Derechos.**

La **STS 21-12-2015 (Rc 56/15)** ECLI:ES:TS:2015:5761, reitera que los delegados sindicales, ex art 64 ET, tienen derecho de acceso a la misma información que el comité de empresa, aunque no formen parte de éste, puesto que ese derecho tiene naturaleza individual, autónomo, independiente y con sustantividad separada del derecho del comité, precisamente para facilitar la información y con ella la actividad sindical, distinta de la que corresponde al órgano de representación unitaria, aunque el contenido material de la información sea el mismo. Por otra parte, se declara que la información interesada - copia actualizada de la bolsa de trabajo en determinadas categorías profesionales - no viola la Ley de Protección de datos, ni necesita del consentimiento del trabajador, al entender que si está justificado acceder a la cuantía de las retribuciones y a los datos de quien las percibe, más aún lo está acceder a la lista de miembros de la bolsa de empleo, que contiene menos datos, y se hace para comprobar que se guarda el turno de llamamientos por orden de puntuación.

Por otra parte, la **STS 12/3/2016 (Rc 141/14)** ECLI:ES:TS:2016:1254, analiza el alcance de los derechos de las Secciones Sindicales. En el caso la CGT constituye sección de empresa, pero solo tiene representación en uno de los diez centros de trabajo y pretende derechos sindicales en los restantes, como sección sindical a nivel autonómico. Del total de 51 representantes unitarios que hay en los nueve centros de trabajo de la empresa, CGT tiene únicamente cuatro (un 7,84%), y además el ámbito electoral en que posee implantación es solo en Málaga, por lo que no tiene la condición de más representativo a nivel autonómico. Tampoco obtuvo en el ámbito territorial de Málaga el 10% o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa a que se refiere el art 7.2 LOLS lo que impide expandir su condición al resto de la empresa. Tras recordar que el requisito de 250 trabajadores necesario para que la sección sindical sea representada por un delegado sindical está referido al centro de trabajo--, concluye que la Sección Sindical posee los derechos genéricos, pero no los específicos del art 8.2 LOLS, pudiendo nombrar Delegado-Portavoz pero sin los derechos del art 10.1 LOLS. En suma, tiene el derecho, en ese centro de trabajo, a que la empresa le ponga a su disposición un tablón de anuncios situado en el lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores, pero no el uso de un local dado que no se llega, en el ámbito en que obtuvo la representación unitaria al umbral de 250 trabajadores.

Asimismo, la **STS 24-2-2016, (Rc 79/15)** ECLI:ES:TS:2016:912, se pronuncia sobre el derecho a la información de los delegados de prevención, en interpretación de los art 18, 23 y 36 LPRL. La remisión al art. 23, que regula la documentación que el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral, supone que el derecho de información de los delegados de prevención tiene la misma extensión que la potestad informativa de la propia autoridad laboral en este ámbito. Si se negare el acceso a los delegados de prevención ello sería equivalente a negar también el de la autoridad laboral. Por tanto, los delegados de prevención tienen derecho a acceder, al igual que las Autoridades laborales, a los informes y documentos resultantes de la investigación por la empresa de los daños para la salud de los trabajadores, puesto que dichos informes forman parte del proceso global de evaluación de los riesgos laborales, aun cuando puedan existir determinadas limitaciones por diversas causas, que no han sido objeto del conflicto. Por una parte, el derecho de información de los delegados de prevención tiene la misma extensión que la potestad informativa de la propia autoridad laboral, y, por otra parte, la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales forma parte del proceso de evaluación de los riesgos laborales y el acceso a sus resultados integra el derecho de información sobre la evaluación de riesgos de aquellos.

### ***5.9. Tutela de la libertad sindical***

La **STS 11-12-2015 (Rc 65/15)** ECLI:ES:TS:2015:5796, analiza la posibilidad de pactar de manera individual y masiva, o en acuerdos extraestatutarios sin eficacia normativa, en términos contrarios a los establecidos en un convenio colectivo y que desvirtúen sus mandatos. Resulta que las empresas demandadas promovieron acuerdos individuales masivos

con ex trabajadores (jubilados y prejubilados), mediante una compleja fórmula de “compra o sustitución” de los derechos reconocidos en concepto de “tabaco de regalía o promocional”. Se declara que la conducta analizada constituye una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical de los demandantes, declarando igualmente nulos los acuerdos suscritos con el personal pasivo sobre la compra de sus derechos reconocidos en el art. 59 del convenio colectivo. Éste incorporó a su ámbito normativo el nuevo modo de compensación económica que sustituía a la entrega de tabaco suprimida como consecuencia de la Ley 28/2005 y esa fórmula concreta, sólo podrá ser modificada por la voluntad concurrente de los sujetos colectivos o por la vía del vigente art. 82.3 ET (descuelgue), constituyendo el intento empresarial de rectificación mediante la adhesión individual en masa, la vulneración de la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva.

Por otra parte, en la **STS 26-4-2016 (Rc 113/15)** ECLI:ES:TS:2016:2034, se discute acerca de la vulneración de la libertad sindical desde la perspectiva de difusión telemática de comunicaciones en el seno de la empresa, confirmando que la actuación de las mercantiles, bloqueando, censurando y negándose a publicar los comunicados supone una vulneración del derecho de libertad sindical. Se debate acerca de la difusión de documentos que el sindicato desea hacer llegar a los trabajadores por considerarlos hábiles al objeto de cumplir los fines que constitucionalmente le están asignados. Existe un acuerdo conciliatorio del año 2012, por el que la empresa "se compromete a publicar en la Intranet corporativa los comunicados emitidos por las Secciones Sindicales existentes en el banco sin ejercer el veto o control sobre la legalidad de los mismos y/o su veracidad o a si exceden de los límites informativos". No se ha probado, ni siquiera alegado, por las empleadoras que la difusión de los comunicados rechazados perjudicase el sistema informático y además, acepta la existencia de la negativa a la publicación de los tres comunicados, actitud que obedece a una censura previa de los comunicados que por contenido y temas no agradaban a la Dirección; y además, existe un acuerdo en el que la empresa se compromete a publicar en la intranet los comunicados sin veto ni control.

#### **5.10. Ultraactividad.**

Las **STS 2-7-2015 (Rc 1699/14)** ECLI:ES:TS:2015:3963, **1-7-2015 (Rc 193/14)** ECLI:ES:TS:2015:4045, **17-11-2015 (Rc 321/14)** ECLI:ES:TS:2015:5530, se pronuncian sobre el alcance del art 86.3 ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012, que establece que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, decae su vigencia, pero advierte que ello sucede “*salvo pacto en contrario*”. Si un convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, contiene una cláusula que prevé que una vez finalizado el periodo de vigencia y denunciado el convenio, permanecerán vigentes las cláusulas normativas hasta que se produzca la entrada en vigor de un nuevo convenio que haya de sustituirle, tal cláusula es el “pacto en contrario” al que se refiere el precepto analizado. La norma no ha establecido especificación alguna respecto al momento en que el “pacto en contrario” tenía que haberse suscrito, por lo que donde la Ley no distingue no

hay que diferenciar. Tal interpretación prima la aplicación de lo acordado en convenio colectivo y la autonomía de las partes plasmada en la negociación colectiva, así como la voluntad de los negociadores que aparece clara al haber pactado expresamente que el Convenio no pierde vigencia, a pesar de haber sido denunciado. Aplicando dicho criterio al caso de autos, se estima que en tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio colectivo que haya de sustituir al III Convenio Colectivo de la empresa Air Nostrum, L.A.M. y sus trabajadores pilotos, el contenido normativo de éste permanece vigente.

Por otra parte, la **STS 23/9/2015 (Rc 209/14)** ECLI:ES:TS:2015:5648, se pronuncia sobre la posible eficacia ultraactiva del contenido normativo del Convenio Provincial de Guipúzcoa de Limpieza de Edificios y Locales 2007/2009 y la aplicación supletoria del Convenio Colectivo sectorial de ámbito estatal (BOE 23/5/2013). Aquel convenio finalizó su período de vigencia, sin cláusula expresa de ultraactividad, y se encontraba denunciado, antes de la entrada en vigor de las reformas del año 2012. La Sala señala que en tanto se suscriba por las partes negociadoras un nuevo Convenio Provincial, será de aplicación a todos los trabajadores afectados, salvo en las materias que son objeto de regulación por el Convenio Estatal al que están vinculadas las condiciones de trabajo previstas en el anterior Convenio Provincial. Reitera, con remisión a doctrina previa que es irrelevante, a estos efectos, la inexistencia de pacto expreso sobre ultraactividad del contenido normativo del convenio fenecido para que, pervivan y no desaparezcan cualesquiera derechos y obligaciones que ya estaban contractualizadas. Salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto.

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

### **6.1. Prescripción faltas trabajadores empleados públicos**

La cuestión controvertida en las **STS 8-3-16 (Rc 1892/14)** ECLI:ES:TS:2016:1577, y **20-4-16 (Rc 1882/14)** ECLI:ES:TS:2016:2743, se centra en determinar si, pese a resultar aplicable el EBEP al personal laboral afectado, cabe acudir a la "prescripción corta" del art. 60.2 E.T. lo que supone examinar la regulación específica del EBEP en materia disciplinaria para extraer la normativa aplicable al régimen de infracciones del personal laboral. Las normas del E.T. parten de la fecha de conocimiento de la empresa para fijar un plazo de 60 días; si bien, dispone que en todo caso, la facultad sancionadora disciplinaria prescribe a los 6 meses desde la comisión de la falta, pero existen matizaciones para los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a propia ocultación por parte del trabajador. Este doble juego de fechas no aparece plasmado en el EBEP en que el plazo prescriptivo es único y su inicio se fija en la fecha de la comisión de la falta. No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral y no cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta. La Sala Cuarta concluye afirmando la inaplicabilidad del art. 60.2 E.T. a los empleados públicos. Cuestión distinta será la de la incidencia de la falta de conocimiento como consecuencia de la propia conducta de

ocultación del trabajador, doctrina elaborada jurisprudencialmente en relación al plazo de prescripción "larga" que se acomodaría perfectamente al supuesto del art. 97 EBEP.

### **6.2. Promotores de Empleo: la extinción por imperativo legal excluye la aplicación de las reglas propias del despido colectivo**

En el periodo acotado por presente crónica son varias las resoluciones dictadas por el Pleno que han abordado las extinciones contractuales de los Promotores de Empleo, en concreto, las **SSTS 21-4-15 (Rc 1235/14)** ECLI:ES:TS:2015:2362, **(Rc 1071/14)** ECLI:ES:TS:2015:2475, **(Rc 1238/14)** ECLI:ES:TS:2015:3024, **(Rc 683/14)** ECLI:ES:TS:2015:3038, **(Rc 184/14)** ECLI:ES:TS:2015:3675, **(Rc 1022/14)** ECLI:ES:TS:2015:3075, **(Rc 1511/14)** ECLI:ES:TS:2015:3076, **(Rc 1408/14)** ECLI:ES:TS:2015:3085; **(Rc 1004/14)** ECLI:ES:TS:2015:3303, **(Rc 357/14)** ECLI:ES:TS:2015:3743, **(Rc 2261/13)** ECLI:ES:TS:2015:4117; **22-4-15 (Rc 1026/14)** ECLI:ES:TS:2015:2361; **(Rc 1161/14)** ECLI:ES:TS:2015:2478; **(Rc 1205/14)** ECLI:ES:TS:2015:3252); **23-4-15 (Rc 141/2014)** ECLI:ES:TS:2015:3237, **14-1-16 (Rc 2858/14)** ECLI:ES:TS:2016:176, **18-2-16 (Rc 2855/14)** ECLI:ES:TS:2016:892, **29-3-16 (Rc 2856/14)** ECLI:ES:TS:2016:2251, y **18-5-16 (Rc 3486/14)** ECLI:ES:TS:2016:2507, en las que se acuerda la no aplicación para este tipo de ceses de trabajadores indefinidos no fijos de los umbrales numéricos del despido colectivo ex art. 51 ET. No aplicación no solo por el limitado ámbito subjetivo de la Directiva 98/51/CE –art. 1.2.b), que excluye a las Administraciones Públicas--, sino sobre todo por el hecho de que las reglas españolas del despido colectivo se circunscriben a despidos o decisiones extintivas similares adoptados por los empresarios públicos o privados, que no a los ceses impuestos legalmente, sin verdadero ejercicio de facultad empresarial alguna; en cumplimiento de la ley. Y es lo que acontece en los casos señalados al venir impuesto el cese por el RDL 13/2010.

### **6.3. Despido tácito y concurso de acreedores**

Se declara por la **STS 13-4-16 (Rc 2874/14)** ECLI:ES:TS:2016:1821 que la actuación del Juez Mercantil ha sido correcta jurídicamente y efectuada dentro de sus competencias en el seno del concurso de acreedores declarando la extinción colectiva de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que formularon la demanda de despido tácito motivada por la situación económica del empleador por hechos anteriores a la solicitud de declaración del concurso, aunque la presentación de la demanda de despido se hubiere efectuado antes de tal fecha y se encontrara el proceso social en tramitación en el momento de la declaración del concurso.

### **6.4. Despido objetivo ad cautelam [despido dentro del despido]**

En relación a la eficacia de una segunda comunicación o carta de despido, sobre la situación jurídica del trabajador despedido previamente por causa distinta, concurriendo la circunstancia de que la sentencia sobre el primer despido había adquirido firmeza durante la tramitación del recurso de casación unificadora, se pronuncia la **STS 18-12-15 (Rc 3215/149)**

ECLI:ES:TS:2015:5854. Recuerda al efecto la jurisprudencia sobre el despido “cautelar” o “despido dentro del despido” [TS 2-12-14 (Rc 505/12) ECLI:ES:TS:2014:5716] y declara ajustada a la doctrina jurisprudencial la sentencia recurrida que admite la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior, a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste. No obstante lo anterior, en este caso el segundo despido perdió la eficacia cautelar ya que “no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme”.

### **6.5. Despido nulo y declaración de IPT**

Reitera la **STS 7-7-15 (Rc 1581/14)** ECLI:ES:TS:2015:3298 doctrina anterior (TS 28-1-13, Rc 149/12 ECLI:ES:TS:2013:1092) a propósito del derecho del trabajador a ser indemnizado con independencia de que con posterioridad al despido fuese declarado afecto a una incapacidad permanente total. Se aplica la misma solución adoptada en casos precedentes si bien para despidos declarados improcedentes. Por lo tanto, ha de condenarse al abono de una indemnización, por imposibilidad de readmisión del trabajador, así como al abono de salarios de tramitación. No puede hacerse de peor condición al trabajador cuyo despido ha sido declarado nulo que aquel que ha visto declarado improcedente el despido ni puede producir efectos más favorables para el trabajador la declaración de improcedencia que la de nulidad. De no fijarse indemnización alguna por el despido quedaría sin reparar el daño producido al trabajador que ha visto injustamente extinguida su relación laboral.

### **6.6. Despido de trabajadora en situación de IT**

Se debate en la **STS 3-5-16 (Rc 3348/2014)** ECLI:ES:TS:2016:2351 si el despido, en el que se invoca la disminución del rendimiento, cuando el motivo real de la decisión es la permanencia del trabajador en situación de baja por enfermedad durante un cierto tiempo, no constando ninguna circunstancia particular de la dolencia causante de la baja médica, debe calificarse como nulo por afectar al derecho a la dignidad de la persona, a la integridad y a la salud. Reitera la Sala Cuarta la calificación de improcedencia del despido motivado por “bajas médicas”. Y recuerda la relación entre el principio de igualdad y la enfermedad y que a los efectos de la calificación del despido, la enfermedad no constituye factor de discriminación, aunque lo sea de trato ilegal, por lo que la decisión extintiva por dicha causa no integra la nulidad. Estima que no es posible la asimilación entre el derecho a la vida y a la integridad física con la protección de la salud, pues éste último no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica y no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley, máxime cuando no está en juego el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, sino más bien el derecho al trabajo. Asimismo, estima que el despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en la STJUE 11-4-13.

### **6.7. Vulneración de derechos fundamentales: garantía de indemnidad y derecho al honor y propia imagen**

Se declara en la **STS 17-6-14 (Rc 2217/14)** ECLI:ES:TS:2015:3288 la vulneración de la garantía de indemnidad y nulidad del despido, pues habiendo la trabajadora acreditado indicios suficientes para producir el desplazamiento a la Administración empresaria de la carga de probar que, no obstante esa apariencia o sospecha de vulneración de la citada garantía, la misma no era tal, aquélla se limitó a afirmar que la actora conocía la finalización de su contratación temporal.

Reitera la **STS 27-1-16 (Rc 2787/14)** (ECLI:ES:TS:2016:739) la doctrina tradicional de la Sala Cuarta y del Tribunal Constitucional en lo que atañe a la **vulneración de la garantía de indemnidad**, y que se aplica a un supuesto en el que el cese de la actora comunicado por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas [CSIC], se produce después de que aquélla hubiese presentado reclamación previa y demanda de reconocimiento del derecho a ostentar una relación laboral por tiempo indefinido, lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de garantía de indemnidad con la consiguiente declaración de nulidad del despido.

También se declara nulo el despido por **vulneración de la garantía de indemnidad** en el supuesto que decide la **STS 24-2-16 (Rc 1097/14)** ECLI:ES:TS:2016:1523. El Alto Tribunal tras sistematizar los criterios constitucionales sobre la cuestión, señala que el demandante acreditó indicios suficientes para desplazar a la Administración la carga de probar que el cese se produjo por motivos ajenos a la reclamación planteada, lo que la Administración no hizo, por lo que el despido debe ser considerado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.

Análoga solución se alcanza en la **STS 28-3-16 (Rc 1447/14)** ECLI:ES:TS:2016:1549. Se trataba de un profesor de cantao flamenco que celebra varios contratos administrativos, de duración anual, desde el 1-10-05 al 30-6-11, presentando el trabajador con posterioridad demanda por despido y ser reconocida la existencia de una relación laboral. No obstante ello, fue formalizado un nuevo contrato administrativo desde el 5-9-11 al 30-12-12, si bien el trabajador manifiesta, por burofax a la empresa que si su relación profesional se extinguía el 1-7-12 sería considerada nula o improcedente, a pesar de lo cual, llegada la fecha señalada se dio de baja al trabajador en la Seguridad Social y por consiguiente se extinguió el contrato "administrativo". La demandada no acreditó la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

A propósito de la **vulneración del derecho al honor y la propia imagen** del trabajador despedido por motivo disciplinario pero basado en conducta extralaboral [imputación en un procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional por blanqueo de capitales]. La **STS 17-2-16 (Rc 808/14)** ECLI:ES:TS:2016:917 descarta la nulidad del despido al no constar acreditado el más mínimo indicio de que la decisión extintiva



empresarial hubiera sido difundida fuera del estricto ámbito privado contractual laboral de las partes en litigio.

### **6.8. Comunicación escrita a los representantes de los trabajadores**

Analiza la **STS 10-2-16 (Rc 2502/14)** ECLI:ES:TS:2016:1237 el supuesto de un despido objetivo por causas económicas, que no se comunica por escrito a los representantes de los trabajadores, si bien se entregan las cartas de despido en presencia de un miembro del comité de empresa que suscribe las mismas. El Alto Tribunal reitera que hay una previsión específica, contenida en el art. 53.1 c) ET que es que se entregue copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, por lo que esta será la forma en la que habrá de realizarse la citada información. A mayor abundamiento, aunque no existiera esa concreta precisión, la comunicación requeriría la entrega de copia para poder cumplir las previsiones del art. 64.6 ET, es decir, para que los representantes puedan proceder al examen adecuado de la carta, las causas alegadas, en su caso, número de trabajadores afectados, finalidad que no se conseguiría mediante la mera presencia de un miembro del comité de empresa en el acto de entrega a los trabajadores de las cartas de despido y la suscripción de las mismas.

### **6.9. Selección de trabajadores afectados**

Se pronuncia la **STS 24-11-14 (Rc 1681/14)** ECLI:ES:TS:2015:5835, sobre si la empresa viene obligada a manifestar, acreditar y probar la necesidad de que la medida extintiva afecte directamente al trabajador concretamente despedido y, en consecuencia, sobre si el alcance del innegable juicio de razonabilidad que compete al órgano jurisdiccional debe extenderse al análisis y comprobación de la conexión entre la causa acreditada y la concreta elección del trabajador despedido, cuestión a la que se da por la Sala Cuarta una respuesta negativa. Así, acreditada la causa económica, la elección del puesto de trabajo a extinguir corresponde al empresario y su decisión, que debe enmarcarse en el ámbito de afectación del despido, solo 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.

Esta sentencia cuenta con dos votos particulares que, en lo esencial, coinciden en la necesidad de que el empresario debe probar en la carta de despido o en el eventual juicio la conexión concreta de funcionalidad entre la causa del despido objetivo y la concreta elección del trabajador despedido. Y lo que el empresario debe probar tiene que poder ser objeto de control judicial. Todo ello sin perjuicio de la amplia libertad empresarial para seleccionar al concreto trabajador despedido entre todos los afectados por igual por la concreta causa de despido alegada y probada.

### **6.10. Impugnación despido individual derivado de despido colectivo: contenido y requisitos de la carta de despido**

Los requisitos formales de la comunicación individual a los afectados de un despido colectivo que el art. 51.4 ET remite al 53.1 ET, ha provocado

una enorme litigiosidad, con criterios discrepantes por parte de los diversos Tribunales Superiores de Justicia.

En las relevantes **STS 8-3-16 (Rc 3788/14)** ECLI:ES:TS:2016:1752, y **15-3-16( Rc 2507/14)** ECLI:ES:TS:2016:1230, la cuestión debatida es la relativa a decidir si se ajusta a derecho, en términos de suficiencia, el contenido de la carta de despido individual comunicada a los trabajadores por la entidad Bankia, S.A. en ejecución del despido colectivo acordado por la representación de los trabajadores. Y la respuesta alcanzada es positiva, declarando el Alto Tribunal la suficiencia de las cartas de despido individual comunicadas a los trabajadores afectados por la entidad Bankia, S.A, toda vez que dichas comunicaciones son totalmente conformes a las exigencias legales, pues no sólo refieren detalladamente la causa legitimadora del Despido Colectivo, que es la única exigencia legal, relatando de manera suficiente la existencia de cuantiosas pérdidas y la exigencia de un Plan de Reestructuración; sino asimismo también refieren el extenso Acuerdo obtenido por la RLT, e igualmente reproducen también de forma parcial, los criterios de selección que en mismo constan; y señalan su concreta aplicación en el caso, “de conformidad con el perfil profesional, la adecuación a los puestos de trabajo y la valoración llevada a cabo por la Entidad con carácter general”. Por otro lado, el derecho de defensa queda suficientemente garantizado con la posibilidad que los trabajadores tienen de reclamar a la empresa los datos que considere necesarios para presentar la correspondiente demanda y de la oportuna aportación documental.

Solución contraria, sin embargo, se alcanza en la **STS 12-5-15 (Rc 1731/14)** ECLI:ES:TS:2015:2123, en la que la Sala Cuarta llega a la motivada conclusión de que tanto si hay acuerdo durante el periodo de consultas como si no lo hay, en la comunicación formal e individual a los afectados por el despido colectivo habrá que detallarles los hechos más relevantes que prueben la existencia de la causa económica, técnica, organizativa o de producción invocada, en su caso mediante remisión a la documentación que sea, que habrá de acompañarse. Y nunca, mediante la mera invocación de la causa que sea, adornada con afirmaciones tan genéricas que impidan o dificulten la tutela judicial efectiva del trabajador despedido.

#### ***6.11. Comunicación individual en el marco de despido colectivo: notificación a los representantes legales.***

Se pronuncian las **STS 12-5-16 (Rc. 3667/14)** ECLI:ES:TS:2016:2556, y **7-4-16 (Rc 426/15)** ECLI:ES:TS:2016:1838, sobre la impugnación individual de una extinción de contrato por causas económicas que se inserta en un procedimiento de despido colectivo en el Instituto Valenciano de la Vivienda (IVVISA) finalizado con acuerdo entre empleadora y representantes de los trabajadores, sin entrega de copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, afirmando que en estos no opera la necesidad de entregar copia de la carta a la RLT, por expreso mandato legal [solo opera en los supuestos del art. 52.c) ET] y porque se precede de una previa negociación con los representantes de los trabajadores, de manera que las necesidades formales de la comunicación extintiva quedan incluso «atemperadas» por la

existencia de la propia negociación y el conocimiento de toda clase de datos sobre el proceso que ello comporta. Estas sentencias reiteran doctrina obrante en las **STS 16-3-16 (Rc 832/15)** ECLI:ES:TS:2016:2499, y **30-3-16 (Rc 2797/14)** ECLI:ES:TS:2016:2276.

## **6.12. Extinción del contrato por voluntad del trabajador e impago de salarios**

En el marco de unas resoluciones del contrato de trabajo a instancias del trabajador por impago de salarios, las **STS 28-10-15 (Rc. 2621/14)** ECLI:ES:TS:2015:4841; **3-2-16 (Rc 3198/14)** ECLI:ES:TS:2016:1235; **23-2-16 (Rc 2654/14)** ECLI:ES:TS:2016:1530; y **24-2-16 (Rc 2920/14)** ECLI:ES:TS:2016:1313, abordan la exigencia de mantenimiento de la relación laboral hasta la firmeza de la sentencia estimatoria de la acción resolutoria por impago de salarios. El Alto Tribunal, con remisión a la doctrina más reciente que relaja la exigencia del mantenimiento de la relación laboral para poder instar su resolución ya que debe ser modulada cuando la situación laboral afecte a la dignidad, integridad del actor o suponga un grave perjuicio patrimonial, declara justificada la interrupción del trabajo efectivo a la vista de que hacía varios meses que no se percibía ningún tipo de retribución, y ello a pesar de no haberse solicitado medidas cautelares [como son el art. 79.7, que permite solicitar medidas cautelares, el art. 180.4, que regula tal petición en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas el art. 303 sobre ejecución provisional de sentencias dictadas en otras modalidades procesales, y el art. 304.2 que contempla la compatibilidad de las medidas cautelares y la ejecución provisional].

## **7. Despido colectivo**

### **7.1. Legitimación activa**

La única cuestión que se ventila en la **STS 17-6-15 (Rc cas 232/14)** ECLI:ES:TS:2015:3489, es de índole procesal, relativa a determinar si el sindicato actor tiene legitimación para impugnar el despido colectivo. Partiendo de que la legitimación para la acción de impugnación del despido colectivo tiene una regulación específica en el art. 124.1 de la LRJS, que gira sobre la exigencia de que la representación sindical cuente con “Implantación suficiente”, recurre el Alto Tribunal al concepto de implantación suficiente fijado en la STS 24-6-14 (Rc cas 297/13) ECLI:ES:TS:2014:3687, y 21-10-14 (Rc cas 11/14) ECLI:ES:TS:2014:5513, lo que aplicado al supuesto examinado determina que se alcance respuesta negativa, afirmando que carece de legitimación activa para impugnar un despido colectivo el sindicato que no acredita el número de afiliados y, constituido con posterioridad a las elecciones sindicales, solo posee representantes unitarios que han cambiado de afiliación.

Tras un amplio repaso de la jurisprudencia propia de la Sala, y también de la del TC, sobre la legitimación sindical para accionar en sede judicial y sobre el concepto, y prueba de implantación suficiente en el ámbito de un conflicto concreto, la Sala Cuarta afirma en la **STS 21-10-15 (Rc cas 126/15)** ECLI:ES:TS:2015:4690, la falta de legitimación activa del sindicato recurrente, al tratarse de una demanda de impugnación de despido colectivo

interpuesta por un sindicato cuya sección sindical se constituye tres días antes de la primera reunión del período de consultas y se registra ese mismo día, habiendo participado su letrado en la segunda reunión pero no en la tercera y definitiva. La “implantación suficiente” exige una clara correspondencia entre el ámbito en que se produce el despido colectivo y el marco de actuación de los sujetos legitimados, así como por la acreditación de un nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto, lo que no es el caso.

Declara asimismo la **STS 21-1-16 (Rc cas 200/15)** ECLI:ES:TS:2016:489 la falta de legitimación activa del sindicato actor [AST], al carecer de representación en el Comité de Empresa, pues todos los integrantes pertenecían al sindicato UGT, y no constaba acreditado el número de trabajadores filiados a ese sindicato, sin que tampoco acreditara “implantación suficiente” en el ámbito del despido colectivo, pues lo relevante no es que el Sindicato tenga representación en la empresa [que tampoco consta], sino que en virtud del denominado “principio de correspondencia”, la tenga en el ámbito de la decisión extintiva empresarial. Y esta falta de legitimación activa se predica igualmente del Presidente del Comité de Empresa, al no justificar la existencia de un acuerdo en tal sentido de dicho órgano colegiado, cuando este requisito es el presupuesto material y constitutivo –no procesal— para impugnar el despido colectivo, sin que su ausencia se pueda suplir por la vía de la LRJS art. 81.

No en vano, el Comité de Empresa debe decidir por mayoría de sus miembros (art. 65.1 ET), no solo de asistentes, por lo que cualquier acuerdo celebrado, que se haya adoptado por acuerdo mayoritario de asistentes, será en todo caso ineficaz, careciendo así el comité de legitimación activa, y ello pese a que la previsión de su Reglamento de constitución y funcionamiento en la empresa respectiva contemplase esa posibilidad, tal y como se declara en **STS 18-11-15 (Rc cas 19/15)** ECLI:ES:TS:2015:5664.

## **7.2. Caducidad**

En relación a la caducidad de la acción de impugnación de despido colectivo, se afirma en la **STS 1-6-16 (Rc cas 257/15)** ECLI:ES:TS:2016:2763, que la acción de la empresa ex art. 124.3 LRJS para que se declare ajustado a derecho el despido colectivo debe ejercitarse en el plazo de 20 días a contar desde la finalización del plazo -también de 20 días- que los representantes legales de los trabajadores tienen para impugnar la decisión extintiva.

## **7.3. Buena fe**

El art. 51.2 ET contiene una regla expresiva de que “durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, expresión legal que, como tiene declarado la Sala Cuarta, ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que tal deber comparta y las conductas que pudieran vulnerarlo, si bien tal previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo, y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89 ET. En este contexto normativo,

no aprecia la **STS 26-1-16 (Rc cas 144/15)** ECLI:ES:TS:2016:1512, mala fe en las negociaciones, pues se celebraron diversas reuniones negociadoras durante las cuales hubo ofertas y contraofertas, sin que pueda tildarse a la parte empresarial de única culpable del fracaso de dichas reuniones y de la no consecución de un acuerdo, pues la parte contraria no aceptó ninguna de las ofertas de la empresa. El deber de negociar no se puede confundir con la obligación de convenir. Esta resolución reitera el criterio fijado en las **STS 16-6-15 (Rc cas 283/15)** ECLI:ES:TS:2015:3677, y **24-9-15 (Rc cas 41/15)** ECLI:ES:TS:2015:4837.

#### **7.4. Grupo de empresas**

El de los grupos de empresa en un fenómeno expansivo en nuestro actual sistema económico, debido seguramente a que constituye una fórmula organizativa atractiva por la flexibilidad que aporta al permitir una generalmente más rápida y sencilla adaptación de las estructuras empresariales a los continuos cambios que exige la evolución de los mercados. Dicho fenómeno tiene lugar en un entorno de escasa regulación normativa, más allá de la genérica admisión de la figura en virtud del derecho constitucional a la libertad de empresa, de ahí que buena parte de los debates judiciales que se plantean en torno a los despidos económicos tienen como objeto a los grupos de empresa, por lo que, buena parte de las sentencias de la Sala Cuarta sobre despidos colectivos tienen como uno de los puntos a examen el referido a los grupos de empresas.

Así, la traslación de la doctrina consolidada de la Sala Cuarta al supuesto contemplado en la **STS 16-7-14 (Rc cas 312/14)** ECLI:ES:TS:2015:3697, conduce a confirmar la existencia de grupo de empresas al quedar acreditado que las condenadas tienen órganos de dirección comunes, comparten idéntico objeto social, existe una apariencia externa de unidad tanto para consumidores como para proveedores y clientes, y hay una comunicación económica que apunta claramente “hacia una confusión patrimonial, en la que las deudas de una sociedad eran asumidas por otra. En suma, la Sala concluye que no sólo existe una dirección común, que por sí sola ciertamente no sería determinante de la responsabilidad solidaria de sus integrantes, sino que también “... aparecen aquí los elementos adicionales que permiten acudir a la afirmación de que la posición empleadora es ocupada por el propio grupo y supera, por tanto, los límites de la concreta sociedad que formalmente aparece como empresaria”. Sin embargo, tales circunstancias no se dan en el caso de la sexta codemandada y tampoco procede aplicar la doctrina del levantamiento del velo con respecto a las personas físicas titulares de las acciones societarias.

En la **STS 24-9-15 ( Rc cas 309/14)** ECLI:ES:TS:2015:4687, se repasa didácticamente la jurisprudencia sentada desde la TS 27-5-13 sobre la necesidad de existencia de algunos elementos adicionales que determinan la responsabilidad del grupo a efectos laborales, para alcanzar un pronunciamiento desestimatorio, al quedar acreditada la existencia de dos empresas claramente diferenciadas aunque haya identificación del capital social, puesto que la utilización de las infraestructuras lo es en virtud de

contrato de arrendamiento. A lo que se une la financiación con garantía hipotecaria. En consecuencia, no se aprecia desvío de fondos. Por otro lado, y en relación al alegado dato fáctico indiciario de la existencia de caja única consistente en que una de las mercantiles se aquietara en dos sentencias de instancia con la condena solidaria, resulta que tales sentencias no son antecedente lógico para aplicar el efecto positivo de la cosa juzgada.

La **STS 20-10-15 (Rc cas 181/14)** ECLI:ES:TS:2015:5559, aborda un nuevo ejemplo de problemática en torno a la extinción colectiva de contratos de trabajo en el seno de un grupo empresarial, en este caso dentro de la dinámica de un concurso de acreedores. Se trata de un despido colectivo acordado una vez que la empresas –Gea 21 SA y Grupo Gea 21 SL— se encontraban en situación de precurso, obrando que el 5-3-13 se acuerda la extinción de los contratos de un total de 44 empleados, y al día siguiente, Gea 21 SA procede a notificar a los trabajadores la extinción de los contratos por razones objetivas, sin poner a su disposición la indemnización legal. Descarta por la Sala Cuarta la competencia del Juez del concurso, se declara de ajustado a derecho el despido colectivo que fue impugnado por la comisión negociadora.

### **7.5. Despido colectivo en TRAGSA**

La **STS 20-10-15 (Rc cas 172/14)** ECLI:ES:TS:2015:5215, ha abordado un caso de despido colectivo en la sociedad anónima de titularidad pública **TRAGSA**, casando la sentencia de origen que había declarado la nulidad de la extinción de 726 trabajadores indefinidos y la responsabilidad solidaria de ambas empresas, y estimando que las resoluciones contractuales son ajustadas a Derecho. Se trata de una sentencia particularmente relevante y a cuya extensa lectura nos remitimos. En la misma se abordan múltiples cuestiones relativas al despido objetivo, pudiendo destacarse las relativas al concepto de grupo de empresas laboral, deficiencia documental durante el período de consultas, falta de actualización de la causa –en este caso, organizativa— en la comunicación final; requisitos exigibles a los criterios de selección de los trabajadores; incidencia de la naturaleza jurídica en los criterios de selección.

No en vano, esta sentencia constituye un claro exponente de la importancia que tiene en materia de despido colectivo delimitar correctamente la naturaleza jurídica del ente del sector público afectado por el despido colectivo. Esta relevante resolución analiza la incidencia de la naturaleza jurídica de TRAGSA en aspectos tan relevantes como la existencia o no de grupo laboral de empresas, las causas, el procedimiento aplicable y los criterios de selección de los trabajadores, con apoyo en la STC –Pleno– 8/2015, de 22 de enero [FJ 9.a)], concluyendo tras una minuciosa tarea argumental que no hay concurrencia de grupo laboral de empresas (“patológico”) y por tanto responsabilidad solidaria de TRAGSA y TRAGSATEC.

Aborda, como hemos señalado, si se aportó la documentación necesaria para justificar la existencia de la causa económica alegada, en particular, la relativa al “estado de cambios en el patrimonio neto” y el “estado de flujos de efectivo”, quedando cifrado el debate en los documentos contables que han de

incluirse en las cuentas provisionales, declarando que tal finalidad estaba plenamente lograda con la aportación material de los datos a los que los documentos se refieren, inferida –por sustracción– de las cuentas anuales y provisionales, concluyendo que no existe defecto en entrega de documentación cuando permite conocer motivos despido, se entrega documentación adicional y existe acuerdo de extinción con los representantes.

Recopila asimismo la doctrina judicial hasta entonces existente en materia de criterios de selección en el sector público y considera que no hay falta de concreción ni insuficiencia en los criterios de selección, afirmando la suficiencia de los criterios expresados de forma genérica, pero con referencia a cuadro geográfico y funcional de puestos excedentarios, con criterios de polivalencia multifactorial y respetuosos con los principios de mérito y capacidad, que además no fueron cuestionados en el periodo de negociación, señalando a renglón seguido que no es contrario a Derecho que una empresa pública extinga los contratos de trabajadores indefinidos y que no incluya a los temporales en la relación de afectados. Finalmente, la sentencia procede al examen de las causas económicas, organizativas y productivas alegadas por la empresa para justificar aquella decisión, llegando a una conclusión favorable a la tesis empresarial tras analizar en primer lugar las causas expuestas por la empresa, examinar a continuación cuál es la regulación del PDC en el sector público, tomar en consideración después los hechos probados de instancia (con las modificaciones incorporadas en su caso al haberse aceptado parcialmente la revisión de algunos hechos), y recordar por último cuál es la doctrina de la Sala sobre el control judicial, y su mayor o menor amplitud de la decisión, y más exactamente de su justificación, de proceder a un despido colectivo. A partir de tal análisis el Alto Tribunal concluye que la decisión empresarial fue ajustada a derecho por haber quedado debidamente acreditadas a su parecer las causas económicas aducidas y el impacto de la reducción de las encomiendas de gestión en la actividad productiva, circunstancias ambas que justifican la decisión organizativa de redimensionar la estructura de la empresa.

#### ***7.6. Ausencia de notificación de la decisión empresarial de despido colectivo a los representantes de los trabajadores***

Uno de los temas recurrentes en la impugnación de los despidos colectivos es el relativo a la validez del despido cuando la empresa omite la preceptiva comunicación de su decisión extintiva a los representantes de los trabajadores (RLT) lo que comporta una ausencia de las formalidades exigidas en la normativa [arts. 51. 1 y 2 ET; art. 12 del RD 1483/12 y art. 124.6 LRJS], y la calificación jurídica que tal decisión merece. La **STS 23-9-15 (Rc cas 64/15)** ECLI:ES:TS:2015:5419 reitera que el despido colectivo, como acto de voluntad del empresario, que tras el periodo de consultas, con o sin acuerdo, decide extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, exige, ineludiblemente, que la decisión final del despido sea comunicada o notificada a los representantes legales de los trabajadores, de tal suerte que esa comunicación o notificación de la decisión extintiva empresarial se erige en presupuesto constitutivo de la extinción, de modo que si no hay comunicación no hay despido, no en vano, los preceptos legales al respecto son claros, tanto

en la necesidad de la comunicación como en el plazo para efectuarla, como en sus consecuencias jurídicas, entre ellas, la declaración de nulidad del despido, de conformidad con el apartado 2 del art. 51 del ET, y por imperativo de lo dispuesto en el artículo 124.11 de la LRJS.

### ***7.7. Despido acordado en el marco de un ERE y puesta a disposición de la indemnización***

Se suscita en las **STS 22-7-15 (Rc 2127/14)** ECLI:ES:TS:2015:3698, (Rc 2358/14) ECLI:ES:TS:2015:4043, (Rc 2161/14) ECLI:ES:TS:2015:3839, y **STS 10-5-16 (Rc. 2878/14)** si la simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización en caso de despido por causas objetivas respecto de la entrega de la comunicación extintiva, ex art. 53.1 ET, es norma dispositiva para los firmantes de un acuerdo colectivo extintivo, es decir, si el empresario viene obligado a poner a disposición la indemnización o si puede prevalecer el acuerdo con los representantes de los trabajadores de dilación de dicha puesta a disposición. La Sala Cuarta recuerda que las normas referentes a la indemnización mínima en los supuestos de despido colectivo no son de derecho necesario absoluto, sino relativo y, por tanto, son mejorables, por lo que cabe la posibilidad de acuerdo siempre que sea más favorable y respete la indemnización mínima legalmente exigible. En el caso, existe un acuerdo colectivo, acordándose el percibo por los trabajadores de una indemnización mejorada y superior a la legal, aun diferida en parte dentro de un plazo máximo de 12 mensualidades, constandingo que a la fecha de la sentencia de instancia ya se había percibido la totalidad, por lo que se concluye con la licitud del acuerdo, y ello a pesar de que el abono de la indemnización quedó diferido en el tiempo.

## ***8. Efectos económicos del despido***

### ***8.1. Indemnización por despido***

El debate habido en las **STS 29-5-15 (Rc 687/14)** ECLI:ES:TS:2015:3649, y **8-6-15 (Rc 657/14)** ECLI:ES:TS:2015:3014, se centró en resolver si la indemnización por despido, a satisfacer por la empleadora, el Ministerio de Cultura en un caso, y la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en el otro, debe ser calculada con arreglo al Convenio Colectivo único del Personal laboral de la Administración del Estado, o bien conforme a la retribución superior a la del Convenio, que los respectivos demandantes venían percibiendo a tenor de los contratos administrativos que han sido declarados fraudulentos, optando la Sala Cuarta por la primera solución. Sostienen las sentencias que para el cálculo de la indemnización por despido habrá de estarse al salario del Convenio Colectivo que resulta aplicable al contrato de trabajo, no a la remuneración prevista para la actividad desarrollada en régimen de contratación administrativa. La calificación de laboral del vínculo que condujo a la declaración judicial de improcedencia del despido ha de producir los necesarios efectos en todos los ámbitos que configuran la relación de trabajo, también los que se refieren al salario previsto con carácter necesario no solo como mínimo, sino también como máximo y para la categoría que corresponde a los demandantes según convenio.



## **8.2. Error en la indemnización**

Reitera la **STS 25-5-15 (Rc 1936/14)** ECLI:ES:TS:2015:3029, que ha de computarse todo el tiempo en el que el trabajador estuvo prestando servicios a la empresa para el cálculo de la indemnización por despido objetivo, sin que se oponga a tal conclusión el hecho de que entre la finalización del contrato temporal y el inicio del contrato indefinido transcurrieran veinticuatro días ya que la doctrina ha declarado con reiteración que el transcurso de un breve plazo temporal no rompe la unidad esencial del vínculo.

Sobre la determinación del carácter excusable o no del error padecido en el cálculo de la indemnización por despido objetivo se pronuncia la **STS 22-7-15 (Rc 2393/14)** ECLI:ES:TS:2015:3969. La cuestión planteada, como se intuye, giró sobre la necesidad de determinar en el caso, si el deficiente cálculo de la indemnización abonada por despido objetivo debe calificarse como error excusable. La diferencia entre la cantidad debida deriva de que la empresa no tuvo en cuenta una previa prestación de servicios a través de una ETT. La sentencia efectúa exhaustivo y minucioso recorrido por la ya consolidada doctrina de la Sala sobre la materia, refiriendo un numeroso elenco de supuestos con las diversas soluciones alcanzadas atendiendo a las circunstancias concurrentes. Y la sentencia señala --reiterando doctrina previa-- que los servicios prestados en virtud de un contrato de puesta a disposición de la empresa usuaria con una Empresa de Trabajo Temporal (ETT), a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido son computables. Así las cosas, recuerda que se considera excusable el error si la diferencia es mínima, por no inclusión de las stock options o los beneficios de su ejercicio, el valor de utilización del coche como retribución en especie o el "bonus", por discrepancias en relación a la antigüedad, por tomar en consideración una categoría profesional diversa a la finalmente fijada, por discutirse el carácter salarial de algún concepto, y aquellas en las que se consideró inexcusable por atender al salario neto no al bruto, por no incluir la real antigüedad del trabajador con consideración del trabajo en prácticas, por no incorporar los salarios de tramitación, por no tomar en cuenta el salario que le correspondía realmente al trabajador, por no tener en cuenta los periodos de tiempo inferiores a un año, para concluir que en el caso de autos es excusable por la escasa cuantía de la diferencia, por lo complejo de las sucesiones empresariales y porque la empresa vino considerando como correcta durante años la fecha de antigüedad de la contratación directa.

Análoga solución se alcanza en la **STS 21-7-15 (Rc 2366/14)** ECLI:ES:TS:2015:3703. Supuesto en el que la Sala entiende que son criterios suficientemente razonables de la falta de mala fe o negligencia grave por parte de la empresa, y consecuentemente de la excusabilidad del error padecido: la complejidad de la sucesión de contratos y las diversas empresas intervinientes; las discrepancias jurídicas que han dado lugar a distintas interpretaciones sobre la antigüedad y fraude de los contratos temporales de otros trabajadores en análoga situación que la de los aquí actores; la no oposición de éstos durante muchos años a la antigüedad que se les reconocía en las hojas de salarios y en particular por la última de las empresas, la tercera empleadora, en

virtud de las subrogaciones que se habían producido, que lógicamente operó con los mismos datos de antigüedad que había recibido de las anteriores. Todo lo cual permite concluir, con dicha sentencia, que el error padecido por la empresa recurrente "debe ser calificado como excusable, por tratarse de una discrepancia razonable en el cálculo efectuado, dado el convencimiento inicial sobre lo adecuado de la fecha de antigüedad de los demandantes".

Afirma la **STS 18-4-16, (Rc 1921/14)** ECLI:ES:TS:2016:2522, la posibilidad de corregir, por medio de auto de aclaración, el quantum indemnizatorio establecido en la sentencia que declara dicho despido improcedente, aunque se trate de la existencia de un error en la normativa aplicada al respecto, y sin que ello contravenga el art. 267 LOPJ.

### **8.3. Alcance de la disp.trans.5ª de la L 3/2012**

No es fácil determinar el exacto alcance que posee la disp.trans.5ª de la L 3/2012 --norma intertemporal-- dirigida a dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria que la L 3/2012 llevó a cabo [ de 45 a 33 días por año; de 42 a 24 mensualidades como máximo]. En la **STS 18-2-16 (Rc 3257/14)** ECLI:ES:TS:2016:893, se procede a clarificar el alcance de la citada disp.trans.5ª de la L 3/2012: 1) La disp.trans.5ª solo se aplica a los supuestos en que el contrato se ha celebrado con anterioridad a 12-2-2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos de unidad esencial del vínculo es claro que se retrotrae hasta el inicio del periodo computable; 2) Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12-2-2012 "el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario"; 3) De manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12-2-2012 ya se ha devengado una cuantía superior; 4) En sentido contrario, la norma implica que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12-2-2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad; 5) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12-2-2012 hay que aplicar un segundo tope: el correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades; 6) Quienes a 12-2-2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios (con el módulo de 45 días por año) siguen devengando indemnización por el periodo posterior (con el módulo de 33 días). El referido tope de los 720 opera para el importe global derivado de ambos periodos; y 7) El cálculo de cada uno de los dos periodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, "prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año" en los dos supuestos.

### **9. Fondo de Garantía Salarial.**

En la **STS 29-6-2015 (Rc 2082/14)** ECLI:ES:TS:2015:3289, se cuestiona el alcance de la responsabilidad del Fogasa, en un supuesto en el que los trabajadores vieron extinguidos sus contratos en un ERE en el que se pactó una indemnización superior a la legal, se ha producido el abono parcial de la misma y la reclamación al FGS por la diferencia. La Sala IV sostiene que en dicha responsabilidad han de descontarse las cantidades ya percibidas. La

responsabilidad del FGS nace, una vez declarada la insolvencia de la empresa, o en los supuestos legalmente previstos de acuerdo con la Ley 22/2003, con caracteres de subsidiariedad, autonomía y limitada legalmente, art 33.2 ET, de tal suerte que no resulta afectada por los pactos que hayan mediado entre empresa y trabajadores, que le son ajenos. Además, se considera incorrecta la pretendida imputación de pagos, ex CC art 1172, por inexistencia del presupuesto de varias deudas de una misma especie porque solo hay una deuda indemnizatoria, en parte legal y en parte pactada. En consecuencia, acordada en ERE una indemnización superior a la legal – 20 días por año de servicio – y abonadas determinadas cantidades por la empresa, éstas han de tenerse en cuenta descontándose- al fijar la responsabilidad legal del FOGASA, sin que su computo pueda excluirse imputándolo a un ficticio “complemento” porque la deuda es solo una y no caber hacer legal imputación de pagos.

## **10. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo***

### **10.1. *Documentación a aportar. Buena fe negociada.***

La Sala IV ha creado una consolidada jurisprudencia en relación con la documentación a aportar y la buena fe negociada en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. A diferencia de lo que sucede en el despido colectivo, en el que aparece minuciosamente detallada la documentación que la empresa ha de entregar a los representantes de los trabajadores, en el de modificación sustancial de condiciones de trabajo no existe dicha exigencia, sin que de la literalidad del art 41.4 ET se desprenda una obligación de entrega de información específica. Por ello, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo no es exigible toda la documentación que el RD 1483/2012 establece para el despido colectivo, ni tampoco la entrega de unos determinados documentos, sino únicamente de los que sean trascendentes para la consecución de la finalidad que la norma persigue, que es la de mantener el esencial derecho de información de la parte trabajadora a los efectos de poder iniciar y desarrollar el periodo de consultas con miras a alcanzar un acuerdo. Por ello la documentación necesaria que la empresa debe facilitar tiene un carácter instrumental en tanto que el contenido de la información será apropiado si permite a los representantes de los trabajadores conocer y preparar adecuadamente la consulta.

En aplicación de la anterior doctrina la **STS 24-7-2015 (Rc 210/14)**, ECLI:ES:TS:2015:3694, rechaza la pretendida nulidad del acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, en relación con una modificación sustancial de condiciones de trabajo. No procede porque sólo puede provocar ese efecto la falta de documentación trascendente y porque en el caso medió acuerdo en periodo de consultas. La parte se ha limitado a aducir que no se le han entregado determinados documentos, pero no ha alegado, ni probado, la trascendencia de los mismos a los fines anteriormente contemplados. Además, el fraude, al que alude la norma, es el fraude en la consecución del acuerdo y únicamente sería relevante la falta de entrega de documentación si la misma hubiera generado la consecución del acuerdo por medio de fraude, extremo tampoco acreditado.

Por otra parte, la **STS de 16-7-2015 (Rc 180/2014)**, ECLI:ES:TS:2015:3810, añade que, aunque se admitiera que pudiera exigirse la misma documentación que para el despido colectivo, la falta de algún documento no comportaría “per se” la nulidad de la modificación. No es exigible al empresario la entrega de unos determinados documentos, sino únicamente de aquellos que se hallen preordenados a la estricta acreditación de las causas de la modificación sustancial, lógicamente en los términos que el art. 41.4 ET requiere, y a la obtención de la finalidad propia del periodo de consultas.

En el mismo sentido, la **STS 18-11-2015 (Rc 19/15)**, ECLI:ES:TS:2015:5664, rechaza la petición de nulidad del Acuerdo celebrado en la empresa Liberbank en Asturias sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, reducción salarial y suspensión de aportación a planes de pensiones. Sostiene que el periodo de consultas se ha llevado a cabo por la empresa con buena fe puesto que no hubo ocultación de datos relevantes o de información alguna, tampoco actitud obstructiva o torticera por parte de la empresa demandada ni consta en este caso el más mínimo indicio de fraude, dolo o abuso de derecho. Además, la buena fe presidió el proceso de negociación al realizarse ofertas y contraofertas antes de la adopción del acuerdo

Sin embargo, la **STS 13-10-2015 (Rc 306/14)** ECLI:ES:TS:2015:4829, sostiene que se aprecia una carencia inicial consistente en una falta de información básica que determina la nulidad de la medida adoptada. La empresa proporcionó tardíamente las cuentas auditadas del ejercicio 2012, y no entregó, a pesar de que habían sido solicitadas reiteradamente, las cuentas provisionales del ejercicio 2013. Tampoco ofreció explicación alguna ni entregó información sobre las razones por las que se reducía el salario a unos trabajadores y a otros no, ni sobre las diferencias porcentuales de disminución salarial entre los diferentes trabajadores afectados y ello pese a que la comisión negociadora representativa de los trabajadores había insistido sobre la necesidad de contar con dicha información en varias de las reuniones del período de consultas.

### **10.2. Modificación sustancial: Requisitos.**

Para poder determinar si una medida de modificación de condiciones de trabajo, puede ser calificada de sustancial o bien tiene encaje en el ámbito organizativo de la empresa, la Sala IV ha reiterado que el ET art 41 contiene un listado abierto de las condiciones o materias susceptibles de modificación, no puede acudirse, exclusivamente, a dicha lista ejemplificativa y no exhaustiva; la aplicación del art 41 ET no está referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la necesidad de que sea sustancial la modificación. Por ello, se entiende por modificación sustancial aquéllas de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «ad exemplum» del art. 41.2. ET

Pues bien, la **STS 18-11-2015 (Rc 19/15)** ECLI:ES:TS:2015:5664, desestima la petición de nulidad del Acuerdo celebrado en la empresa

Liberbank en Asturias sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo. Considera que concurre causa económica suficiente para la adopción de las medidas cuestionadas, incluida la suspensión de aportaciones al plan de pensiones, conclusión que se alcanza tanto desde la perspectiva del art 41 ET cuanto desde la propia de las normas reguladoras de los Planes y Fondos de Pensiones. Dicho precepto contiene un listado abierto de las condiciones o materias susceptibles de modificación, sin que el legislador haya excluido en modo alguno las obligaciones empresariales consistentes en realizar aportaciones periódicas a Planes de Pensiones. Por tanto, es posible que la obligación empresarial de realizar aportaciones a un Plan de Pensiones de empleo sea alterada por modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación de convenio.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 10-11-2015 (Rc 261/14)** ECLI:ES:TS:2015:5527, que sostiene que la modificación operada en el sistema de pago de los gastos y suplidos contraídos por los trabajadores por cuenta de la empresa, implementando uno nuevo mediante una tarjeta de crédito AMEX domiciliada en la c/c de cada trabajador, que debía justificar el gasto en un plazo determinado, para que la empresa hiciese efectivo el pago, no se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, y si por el contrario configuran unas instrucciones realizadas con amparo en el poder de organización y dirección empresarial del trabajo. Con la medida no se produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral ya que no sólo es de escasa trascendencia sino que no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto; tampoco supone un perjuicio para el empleado, puesto que objetivamente no puede calificarse de oneroso un sistema que descansa sobre el anticipo de los gastos por parte de un tercero (la titular de la tarjeta de crédito) y que ningún daño produce al trabajador cuando éste justifica en plazo los gastos efectuados con la tarjeta.

Asimismo, la **STS 25-11-2015, (Rc 229/14)**, ECLI:ES:TS:2015:5426, declara que la decisión empresarial de reducción del porcentaje de descuento en la compra de algunos artículos - del 15% al 5% para los empleados del Corte Inglés de las consolas de juego de las nuevas versiones, Play Station 4 y XBOX One – no puede ser calificada como sustancial, pues con ella no se produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral. La medida no sólo es de escasa trascendencia, sino que no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto. Tampoco supone un perjuicio grave o relevante para el trabajador, puesto que objetivamente no puede calificarse de oneroso dada la multitud de artículos que pueden adquirirse en la demandada, ni que la minoración del descuento de dos de ellos (que, por otra parte, no parecen de consumo habitual) sitúe al trabajador en una clara y evidente situación de sacrificio excesivo que altere y transforme los aspectos básicos o fundamentales de su relación laboral. Se valora que la decisión se comunicó al Comité intercentros, que no se opuso y que las empresas fabricantes de dichos productos mantienen una política de precios muy rígida.

### **10.3. Reducción salarial: Modificación salarial o descuelgue.**

La **STS 15-7-2015 (Rc 246/14)** ECLI:ES:TS:2015:5814, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en impugnación de la decisión empresarial de reducir en un 10% el denominado complemento personal, solicitando que se declarara nula o subsidiariamente injustificada la medida, así como el abono de indemnización por los daños y perjuicios que su implantación pudiera ocasionar. La sentencia efectúa un exhaustivo examen comparado entre las medidas de modificación sustancial y las de descuelgue salarial, en cuanto las mismas, de concurrir " *causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*", podrían, en principio, ser objeto de variación indistintamente a través de los procedimientos regulados en el art. 41 o en el art. 82.3 ET. No obstante, existe una diferencia esencial que conduce a la necesaria aplicación de uno u otro cauce procedimental, que es la que deriva del título en el que está constituida la condición que se pretende modificar. Se debe acudir al procedimiento del art. 41 ET cuando las condiciones estén reconocidas a los trabajadores " *en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos* ", pero debiéndose articular la modificación a través del cauce de inaplicación o descuelgue, cuando se pretenda la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III ET. En el caso, la decisión empresarial modificativa es exclusivamente la relativa a la "reducción definitiva del 10 por ciento de los complementos personales ", siendo que en el Convenio colectivo se define dicho complemento, los supuestos de aplicación, y en especial, en cuanto a su cuantía se remite a lo que se pacte entre las partes por lo que no era necesario acudir al procedimiento de inaplicación del convenio colectivo.

#### **11. Poder de dirección: alcance y contenido.**

La **STS 17-9-2015 (Rc 238/14)** ECLI:ES:TS:2015:3993, declara que no es contraria al convenio colectivo la práctica empresarial de Gasolineras de Campsa consistente en la obligación impuesta al Encargado General de la Estación de Servicio de seguir el procedimiento de gestión de fugas establecido y de denunciar mensualmente ante el juzgado las "fugas" de los clientes – supuestos en los que éste se va sin pagar el suministro y sin reconocer la deuda-. Las funciones contempladas en el Convenio Colectivo para los Encargados Generales no impiden que se les encomiende esa tarea y ningún acuerdo de la Comisión Interpretativa del Convenio impide tal práctica por lo que la empresa puede imponer esa obligación al amparo de sus facultades directivas.

Por otra parte, la **STS 12-5-2016 (Rc 139/15)** confirma la estimación parcial de la demanda de conflicto colectivo que anula "la orden dada por la demandada Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo en lo relativo a imponer la obligación de que todas las comunicaciones ATC en todos los vuelos de la compañía se realicen en inglés, excluyendo tal obligación en aquellos escenarios en los que todos los interlocutores u oyentes de una conversación ATC tengan el español como lengua nativa" y, en consecuencia, se reconoce "parcialmente el derecho de los pilotos a emplear el castellano en las conversaciones ATC, en aquellos escenarios en los que todos los interlocutores u oyentes de una conversación ATC tengan el español como

lengua nativa". La Sala IV argumenta que el elenco normativo se ha visto insuficiente para dar solución adecuada a incidentes apreciados en materia de seguridad aérea por razón del idioma empleado en las comunicaciones. En especial, en los puntos controvertidos del Reglamento aprobado por el RD 57/2002, que tienen por objeto cumplir el mandato del Anexo I del Convenio sobre Aviación Civil Internacional [ACI, Chicago 1944], ratificado en su día por el Estado Español [BOE 29-12-1968], no se establecen reglas precisas acerca del idioma que haya de usarse en las denominadas "comunicaciones ATC". Atendiendo al espíritu y finalidad de aquél acervo normativo, que, en definitiva, trata primordialmente de garantizar al máximo la seguridad del tráfico aéreo, se concluye que el derecho a usar el castellano no puede considerarse como un derecho absoluto sino que cede, por razón de la seguridad aérea, cuando en las conversaciones ATC intervengan o deban ser oídas por personas que no tienen como lengua nativa el español. El deber último y esencial de preservar la seguridad aérea legitima al empresario para, aun en un contexto normativo insuficiente sobre el idioma en las conversaciones ATC adoptar la orden con las matizaciones señaladas.

## **12. Reconocimiento médico obligatorio.**

La **STS 10-6-2015 (Rc 178/14)** ECLI:ES:TS:2015:3046, en interpretación del art 21 la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y su concordancia con las previsiones del convenio de empresa declara que el supuesto enjuiciado constituye una excepción a la regla general sobre voluntariedad de los reconocimientos médicos para vigilancia de la salud. La LPRL establece la voluntariedad de los reconocimientos médicos, pero también regula las excepciones, en particular cuando sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. Se estima que el reconocimiento médico a las personas que trabajan en las Brigadas Rurales de Emergencias adscritas a TRAGSA tiene encaje en dicha previsión legal que ampara la obligatoriedad. El tipo de reconocimiento practicado es necesario, no existiendo otra alternativa para verificar el estado de salud, proporcional e idóneo y la necesidad de proteger la vida de los trabajadores o de terceros implican las circunstancias excepcionales, que amparan la obligatoriedad y todo ello en el marco de una actividad compleja y arriesgada - prevención y extinción de incendios - que exige una buena capacidad física y psicológica.

## **13. Salario y régimen retributivo.**

### **13.1. Compensación del "tabaco de fuma". Discriminación.**

La **STS 15-3-2016 (Rc 96/15)**, ECLI:ES:TS:2016:1755, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo planteada con la pretensión de que a todos los trabajadores afectados se les abonen los atrasos por la compensación del "tabaco de fuma" con efectos de 1/1/2006. Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, Altadis dejó de hacer entrega a sus empleados del "tabaco de fuma", beneficio que sustituyó por la entrega de una cantidad en metálico a aquellos

trabajadores que venían haciendo uso del mismo. Por STS 5-3-2008, RC 100/06, de conflicto colectivo se reconoció el derecho al cobro de esa cantidad compensatoria en metálico a todos los trabajadores en activo de la empresa. Consecuencia de esta resolución se promovieron multitud de pleitos individuales y el TS finalmente declaró que el beneficio cuestionado afectaba a todos los trabajadores, fumadores o no, y que el cálculo de la compensación económica debía hacerse en atención al valor de diez cigarrillos al día. A raíz de esta doctrina, la empresa empezó a pagar a todos sus empleados el importe de diez cigarrillos 220 días al año con efectos de 1-1-2013. Se desestima la demanda puesto que, aunque es cierto que existen trabajadores a los que la empresa les ha abonado las diferencias reclamadas en periodos anteriores a enero de 2013, tal conducta ha venido motivada por las reclamaciones judiciales y acuerdos de conciliación concertados con ellos sobre la materia en un momento anterior. Por ello, tampoco existe vulneración del principio de igualdad puesto que está justificado el desigual trato recibido, por cuanto quienes reclamaron, judicial o extrajudicialmente, interrumpieron la prescripción, lo que que no sería aplicable a quienes ninguna reclamación formularon. Esto es, el trato diferenciador en cuanto a la retroactividad de los efectos económicos, viene motivado por la existencia o no de una reclamación anterior, lo que justifica la decisión empresarial, de forma objetiva, razonable y proporcionada

### ***13.2. Condición más beneficiosa en el sector público.***

La **STS 3-2-2016 (Rc 143/15)** ECLI:ES:TS:2016:907, se pronuncia, nuevamente, y acepta la posible existencia de condiciones más beneficiosas en el ámbito del empleo público, incluso cuando se oponen a prescripciones restrictivas. Se declara el derecho de los trabajadores a que se les siga abonando las cantidades salariales fijas que se les pagaban como trabajadores de la Sociedad de Imagen y Promoción Turística de Galicia SA en las mismas condiciones que regían antes de su integración en la Agencia de Turismo de Galicia. Bajo el concepto de "dietas" los trabajadores venían percibiendo, en nómina, cantidades adicionales a las destinadas a compensar los gastos reales, que se han dejado de abonar, desde enero de 2014, en el marco de una sucesión empresarial. La Sala IV estima que ha mediado una voluntad inequívoca en la concesión o reconocimiento de un derecho que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales. pues durante más de 20 años ha realizado actos expresos de reconocimiento y mantenimiento de las remuneraciones, abonando las "dietas" al margen del convenio, del modo expuesto. El hecho de que no esté previsto este complemento salarial en el Convenio Colectivo o en el acuerdo operativo de la plantilla no configura su percibo como una retribución irregular al tratarse de "condición más beneficiosa". En conclusión, las cantidades abonadas en concepto de "dieta" constituyen salario y derivan de un reconocimiento empresarial explícito incardinable en la figura del derecho adquirido, sin que a ello obste la pertenencia al sector público de la demandada.

### ***13.3. Diferencias salariales por realización de funciones de superior categoría.***



La **STS 10-2-2016 (Rc 1846/14)**, ECLI:ES:TS:2016:731, estima que proceden las diferencias retributivas por la efectiva realización de trabajos de un grupo superior, reclamadas por un trabajador, que prestó servicios en el cuerpo de camineros del Estado dependiente del MOPU, y posteriormente fue encuadrado en el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Se declara la adecuación salarial a las funciones realizadas, sin que haya discusión sobre la efectividad del desempeño de las mismas. En interpretación de la Disposición Transitoria Tercera del V Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia y del art. 39.3 ET, resulta que el principio de adecuación entre la función desempeñada y las retribuciones que corresponden a tales trabajos se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento jurídico por lo que el trabajador tiene derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones que efectivamente realice, aunque no ostente el título convencionalmente exigido para obtener el reconocimiento del grupo superior.

#### **13.4. Incrementos retributivos**

La **STS 5-4-2016, (Rc 43/15)**, ECLI:ES:TS:2016:1764, sostiene que la inaplicación, en el año 2012, a los trabajadores de las previsiones sobre incrementos retributivos establecido en el XIII Convenio Colectivo de la empresa, en aplicación de la LGPE para el año 2012 no vulnera el derecho a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva. Las Leyes de Presupuestos para 2012 y 2013 contienen reglas sobre congelación salarial que se imponen a todos los convenios, con arreglo a reiterada jurisprudencia. La Sala IV, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional (Autos nº 85/2011 y 104/2011), sostiene que la reducción retributiva implantada en el sector público acordada por el legislador no infringe ninguno de los preceptos constitucionales y legales denunciados. Conforme al art 3.1 a) ET, las disposiciones legales prevalecen sobre cualquier otra fuente de la relación laboral. Lo acordado en convenio colectivo puede ser modificado por ley posterior, que puede disponer la contención salarial, siendo la solución adoptada en aplicación del principio de jerarquía normativa. Tampoco ha habido infracción de las normas que disciplinan la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la inaplicación de convenios colectivos puesto que no hay que seguir el procedimiento de modificación sustancial o de descuelgue para cumplir un mandato expreso de la Ley - Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012- aunque afecte a lo previsto en convenio.

#### **13.5. Prescripción**

La **STS 29-3-2016 (Rc 2682/14)**, ECLI:ES:TS:2016:1822, declara que el plazo de prescripción aplicable a la reclamación de cantidad efectuada por la empresa al trabajador, correspondiente al abono de la prestación por desempleo superpuesta a los salarios de tramitación ingresada en el Servicio Público de Empleo, tras un despido declarado improcedente en el que la empresa opta por la readmisión, es el de 4 años establecido en el art 45 de la LGSS. La empresa tiene acción para exigir del trabajador el pago de la prestación cobrada por él indebidamente e ingresada por la mercantil en el SPEE, dando cumplimiento al requerimiento efectuado por la entidad gestora

cuando ya habían sido abonados los salarios de tramitación. Dado que se trata de prestaciones indebidamente percibidas, están sometidas a las normas sobre prescripción del art 45 de la LGSS y no al de 1 año del art 59 ET. Por otra parte, y en relación a cuál es el momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo de prescripción para instar el reembolso al trabajador, se declara que es el ingreso en la Entidad gestora por la empresa de la citada cantidad.

Por otra parte, la **STS 21-4-2016 (Rc 3448/14)** ECLI:ES:TS:2016:2518, determina que resulta de aplicación el plazo de prescripción de un año del art. 59 del ET a la acción de reclamación de cantidad, en concepto de subvención establecida en el Convenio Colectivo para gastos de administración del convenio, efectuada por la Coalición Sindical Independiente de Trabajadores de Madrid (CSIT-Unión Profesional) contra la Comunidad Autónoma de Madrid. Se considera prescrita la acción ejercitada, pues se demandan cantidades correspondientes al año 2010 y el escrito de reclamación previa se presentó el 28-03-12, sin que conste reclamación alguna, judicial o extrajudicial, que interrumpa la prescripción.

### **13.6. Profesores de religión católica. Sexenios.**

La **STS 9-2-2016 (Rc 152/15)** ECLI:ES:TS:2016:902, declara el derecho del profesorado de Religión dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte al devengo y a la retribución del Complemento de Formación Permanente (sexenios) en las condiciones y cuantía que les corresponda a los funcionarios interinos docentes del mismo nivel educativo del MECD. En la decisión adoptada en el Consejo de Ministros publicada el 1-10-1991 en la que se concretaba el modo de acceder al referido complemento únicamente se mencionaba al funcionario de carrera. Así las cosas, y atendiendo a que por el TJUE, en sentencia de 9-2-2012, se declaró que la situación de funcionario interino y de carrera son equiparables a los efectos del complemento específico por formación permanente, y con apoyo en diversos pronunciamientos judiciales que estimaron la reclamación de sexenios por parte de profesores de religión dependientes de la CAM, se concluye que no existe razón para no aplicar en el caso el criterio residual de la asimilación normativa a los profesores interinos, sin que empañe tal solución la alegada falta de realización de módulos formativos.

Asimismo, las **STS** de 21-4-2016 (Rc 3531/14 y 3533/14), ECLI:ES:TS:2016:2223, ECLI:ES:TS:2016:2504, también en aplicación de la doctrina sentada por el ATJUE de 9-2-2012, reconoce la equiparación, a efectos de sexenios, de los profesores de religión católica con el régimen retributivo de los profesores funcionarios interinos a los profesores de Religión en el Principado de Asturias. A falta de regulación específica en las normas convencionales, al hallarse excluidos del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias, rige la regla de la asimilación legislativa residual respecto del personal interino por lo que se les aplica el mismo régimen económico que a los funcionarios de carrera, teniendo en cuenta que no existe ninguna justificación objetiva para negar el complemento de formación permanente a los funcionarios interinos respecto de

los de carrera, y equiparándose a los primeros los profesores de religión, procede el abono del complemento reclamado.

### **13.7. Supresión paga extra de 2012. Irretroactividad.**

Han sido numerosos los recursos presentados, la mayoría vía demanda de conflicto colectivo, 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.

En lo que ahora interesa, la cuestión queda reducida a determinar si la paga extra de diciembre de 2012 se suprimió o no con carácter retroactivo. Al efecto la Sala IV señala que el artículo 31 ET contiene un mandato que no puede desconocerse: deben existir pagas extraordinarias, quedando al alcance de la negociación colectiva su prorrateo. Ello significa que dentro del arco temporal correspondiente (de doce o menos meses) se irá devengando progresivamente el importe pactado para tales gratificaciones y no sería admisible, por tanto, una norma que desvirtuase tal construcción e hiciera depender el cobro de la paga extra de lo que sucede determinado día y neutralizase los servicios previos. Puesto que la competencia para aprobar la legislación laboral corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.1.7ª CE), ninguna disposición emanada de la Comunidad Autónoma podría válidamente alterar ese perfil retributivo.

Al no preverse en la norma - RD –Ley 20/2012- disposición de efectos transitorios o retroactivos y siendo que "las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario" lo que concuerda con la prohibición constitucional de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales prevista en el art. 9.3 CE, se concluye que la paga cuestionada no podría verse afectada por una ilícita retroactividad y ha de ser abonada por tanto en la proporción que se reclama. Los trabajadores afectados por el conflicto no pueden ver minoradas las retribuciones correspondientes a un período anterior al momento de la entrada en vigor de la norma ni puede afectar a los derechos ya devengados, al no tener carácter retroactivo la norma que la suprime.

Por ello, si las normas que regulan las pagas extras del conflicto afectado establecen su devengo semestral, se reconoce el derecho a cobrar de la extra de diciembre de 2012 la parte proporcional de la misma que se había devengado antes de la entrada en vigor del R.D.L. 20/2012. Entre otras, **12-1-2016 (Rc 306/13)** ECLI:ES:TS:2016:181; **26-1-2016 (Rc 162/14)** ECLI:ES:TS:2016:1259; **1-3-2016 (Rc 215/14)** ECLI:ES:TS:2016:1262; **3-3-2016**

(Rc 294/14) ECLI:ES:TS:2016:1258, 6-4-2013, (Rc 57/14) ECLI:ES:TS:2016:1914.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala IV en relación con la supresión de la paga extraordinaria de la paga de junio y diciembre de 2013 en la Administración autonómica de Galicia, entre otras, **STS 11-12-2015 (Rc 13/15)** ECLI:ES:TS:2015:5779, **9-2-2016 (Rc 73/15)** ECLI:ES:TS:2016:1243, **17-2-2016 (Rc 373/14)** ECLI:ES:TS:2016:1236, **4-3-2016 (Rc 11/15)** ECLI:ES:TS:2016:1314, **5-4-2016 (Rc 117/15)** ECLI:ES:TS:2016:1765. Se declara que el personal incluido en el conflicto tiene derecho a percibir las cantidades que les fueron suprimidas de las pagas extraordinarias de junio y diciembre de 2013 correspondiente a los servicios efectivamente prestados con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 2/2013, esto es, por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2013. El modo de proceder implicaba la aplicación retroactiva de la Ley Gallega 2/2013 al proyectar la reducción salarial sobre la parte del período de tiempo ya trabajado con salarios ya devengados, puesto que no cabe deducir de la literalidad de la norma cuestionada ningún efecto retroactivo.

Asimismo, la **STS 6-6-2016 (Rc 202/15)** y en relación con la supresión de paga extraordinaria correspondiente al año 2.014 en aplicación de la Ley 1/2014 del Parlamento de Cataluña, se declara el derecho del personal afectado a percibir, el 50% del importe de la paga extra de junio de ese año, devengado en el periodo 1 de julio de 2.013 a 30 de enero de 2.014, más el 50% de la de diciembre de 2.014, en el periodo devengado desde el 1 de enero de 2.014 al 30 de enero del mismo año, rechazándose el derecho al percibo íntegro de las referidas pagas extraordinarias detraídas. Los trabajadores que vieron suprimida la totalidad de esa paga sufrieron ilícitamente los efectos retroactivos a la hora de aplicar la Ley 1/2014, cuando dichos efectos se fijaron por la Administración desde el 1 de enero de 2.014, lo cual no podía hacer de manera lícita la demandada, por haberse ya devengado dicha paga en la parte comprendida entre el 1 de enero y el 30 del mismo mes de 2.014.

#### **14. Suspensión colectiva de contratos de trabajo.**

##### **14.1. Buena fe y solapamiento de medidas flexibilizadoras.**

Especial relevancia presenta la **STS 16-9-2015 (Rc 230/14)** ECLI:ES:TS:2015:5127, que analiza el alcance de la buena fe negocial en el marco de una sucesión temporal entre medidas flexibilizadoras externas e internas precedentes finalizadas con acuerdo y la actual analizada decretada unilateralmente, tras la finalización del período de consultas sin acuerdo, adoptando medidas de reducción de jornada y suspensión temporal de contratos de trabajo de carácter colectivo por causas económicas y productivas. La Sala IV considera que dada la secuencia cronológica no existe solapamiento sino sucesión temporal entre las primeras medidas y las siguientes. Tampoco existe pacto en ninguna de las primeras que impidiera en el futuro adoptar medidas como las ahora impugnadas. Además, se distinguen claramente las circunstancias concurrentes en los distintos periodos temporales. En cuanto a la obligación de negociar de buena fe y a la

aportación de la documentación necesaria, se reitera que la obligación de negociar no comporta la de convenir y que de lo que se trata es que los representantes de los trabajadores «conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo>>. No constan requerimientos sobre una mayor aportación documental, por lo que se estima que la representación social tuvo la información necesaria sobre la medida y sus causas, conociendo la intención empresarial y sus razones, pudiendo participar en la conformación de la misma, lo que implica que se negoció de buena fe. Por otra parte, y en relación con los criterios de designación de los trabajadores afectados, si bien no se especifican en la comunicación inicial de la apertura del periodo de consultas si constan en la Memoria, que fue entregada conjuntamente con dicha inicial comunicación, y no fue cuestionada por la representación legal de los trabajadores durante el período de consultas, por lo que se declara la suficiencia.

#### **14.2. Fraude de ley.**

La **STS 25-5-2015 (Rc 72/14)**, ECLI:ES:TS:2015:3460, confirma la estimación de la demanda de oficio que declaró nulo el Acuerdo alcanzado entre la Empresa Grupo Hoteles Playa, SA y la representación –comisión– de los trabajadores del centro de trabajo de Lanzarote, así como de la suspensión de los contratos de trabajo adoptada por la empresa. La demandada, que tiene 28 hoteles, negocia la suspensión de los contratos de trabajo con una representación de los trabajadores del centro de trabajo de Lanzarote, alegando causas productivas, limitadas a ese hotel. La Sala IV reitera que la apreciación del fraude es facultad primordial del órgano judicial de instancia y los datos de hecho abonan la existencia del fraude. Consta acreditado que la pérdida de ocupación en el centro de Lanzarote en 2012 fue tan sólo del 1,60 % y que –por el contrario– las pérdidas han supuesto el 208,60 % respecto del año anterior. El ERTE no puede ampararse en una mínima causa productiva a valorar respecto del centro de trabajo cuando lo que subyace es una pérdida económica a enjuiciar respecto de la totalidad de la empresa, concluyendo que los datos objetivos revelan el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley.

Por su parte, la **STS 27-5-2015 (Rc 160/14)**, confirma la desestimación de la demanda en la que se impugna la medida de suspensión colectiva de trabajo, en los centros de trabajo de Madrid y Sevilla y adoptada por una empresa cuya actividad es el contact center, al no acreditarse el fraude alegado, en relación con la parcelación de los periodos de consultas ya que previamente se tramitó un ERTE en el centro de Barcelona. Se acredita que concurren razones diferentes que evidencia la existencia de dos sucesivos ERTE, lo que impide apreciar el fraude. Y aunque en ambos casos las causas productivas y organizativas, dimanen del descenso de llamadas de la plataforma de Endesa, resulta que el porcentaje de disminución en uno y otro centro de trabajo presenta sensibles diferencias, lo que justifica la existencia de dos sucesivos ERTE próximos en el tiempo y con similares, que no idénticas causas.

### **14.3. Impugnación del Acuerdo.**

Especial relevancia presenta la **STS 17-3-2016, RC 178/15**, en la que se analiza la demanda promovida de oficio por la Autoridad Laboral, impugnando el acuerdo obtenido en la empresa para la suspensión temporal de 16 contratos de trabajo, alegando existencia de «grupo de empresas» a efectos laborales. La sentencia sostiene que concluido el periodo de consultas con acuerdo, la impugnación de la causa solo puede basarse en los motivos tasados el art 47.1 ET en concordancia con la LRJS art. 148.b), que establece que cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. A esto se añade que la “limpieza de las relaciones entre las empresas ha quedado garantizada por el hecho de que la representación de los trabajadores ha tenido en todo momento conocimiento pleno de aquéllas [constitución de la sociedad; cesión a la misma de parte de la comercialización del producto]” y sentado que no ha concurrido vicio alguno de la voluntad de los negociadores del expediente de suspensión se desestima la demanda.

### **15. Subrogación empresarial y sucesión de contratas**

Declaran las **STS 7-4-16 (Rc 2269/14) ECLI:ES:TS:2016:1818**, **3-5-16 (Rc 3165/14)**, y **10-5-16 (Rc 2957/14)**, que en supuestos de subrogación empresarial por sucesión de contratas [empresas de prestación de servicios de seguridad/limpieza] operada por mandato del convenio colectivo que exonera de responsabilidad a la empresa entrante de las deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión, la empresa entrante no asume las deudas salariales de la saliente, porque la asunción de trabajadores se produce como consecuencia de la imposición ordenada por el Convenio Colectivo y no por mandato del art. 44 ET. En estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable.

Con ocasión de una sucesión de contratas en servicios municipales, rechazan las **STS 27-4-16 (Rc 336/15) ECLI:ES:TS:2016:2501**, **(Rc 329/15) ECLI:ES:TS:2016:2260**, y **(Rc 335/15) ECLI:ES:TS:2016:2259**, que la última contratista deba asumir las consecuencias de un despido improcedente toda vez que no se dan los requisitos del art. 44 ET, ni se cumplen las exigencias del convenio para que opere la subrogación convencional, pues entre la finalización de la contrata de la empleadora de los trabajadores y la asunción de la contrata por parte de la nueva concesionara, transcurrieron más de doce meses en los que la prestación de los servicios se realizó por otra empresa con su propio personal. Estos pronunciamientos recaen en un supuesto inusual o al menos inusitado en el que durante el transcurso de una huelga de los trabajadores de la concesionaria, la entidad municipal decidió que una segunda empresa se hiciera cargo de la prestación de servicios vigente la primera contrata y, posteriormente, que continuase con los indicados servicios una vez rescindida unilateralmente por el Ayuntamiento la primera contrata mientras procedía a la convocatoria y resolución del oportuno concurso, que se resolvió

a favor de una nueva contratista. Once meses antes, la primera adjudicataria del servicio despidió a diversos trabajadores de la contrata por causas objetivas, y a los actores no se les permitió la reincorporación al puesto de trabajo al finalizar la huelga.

Las STS **17-6-15 (Rc 1548/14)** ECLI:ES:TS:2015:3469, y **16-6-15 (Rc 1785/14)** ECLI:ES:TS:2015:3013, dirimen exclusivamente el problema de determinar si la sociedad nueva titular del negocio –que se convirtió en arrendataria de la residencia— resulta obligada a subrogarse en los contratos de trabajo de personal de la empresa adscrita a la contrata, dirimiéndose en consecuencia si resulta o no de aplicación la sucesión empresarial prevista en el art. 63 del Convenio Colectivo de Servicios de Atención a las Personas Dependientes o, en su caso, en el art. 44 ET, a los exclusivos efectos de atribuir a la nueva arrendataria de la residencia o, a la contratista las responsabilidades derivadas de la declaración de la improcedencia de los despidos examinados, a lo que se a una respuesta negativa, con fundamento en que la contrata como arrendamiento de obra o servicio no es una empresa, o un centro de trabajo, lo que comporta que, no transmitido éste a la nueva titular del negocio o industria, sin que tampoco conste el traspaso de una organización de medios materiales y humanos, o sólo humanos en una proporción significativa, habrá de ser la propia titular del contrato de prestación de servicio, quien corra con las consecuencias de la declaración de improcedencia, porque en estos casos el deber de subrogación empresarial opera por centros de actividad. La empresa responsable es, pues, la titular de la contrata.

## **16. Tiempo de trabajo**

### **16.1. Pausa para el bocadillo**

La **STS 12/11/2015 (Rc 14/15)** ECLI:ES:TS:2015:5422, sostiene, en interpretación de los arts. 196 y 197 de la Normativa Laboral, el X Convenio Colectivo de RENFE, y II Convenio de Adif, que la pausa para el bocadillo, de 20 minutos es tiempo de trabajo efectivo y como tal ya es retribuido. Ahora bien, si dicha pausa no puede disfrutarse, el tiempo de bocadillo no disfrutado comporta un exceso sobre la jornada habitual ordinariamente exigible, exceso que tiene que ser retribuido no sólo con la remuneración propia del tiempo efectivo de trabajo sino también con la cantidad adicional prevista para tal supuesto específico en la normativa convencional aplicable, sin que tal exceso pueda ser calificado --ni retribuido-- como hora "extraordinaria" en sentido estricto, en tanto que ya se halla incluido --y retribuido-- en la jornada anual colectivamente pactada.

### **16.2. Flexibilidad horaria.**

La **STS 31-5-2016 (Rc 121/15)** confirma la estimación parcial de la demanda y declara el derecho de los trabajadores de las empresas demandadas a tener flexibilidad en el horario de entrada a la empresa, de manera que puedan entrar desde media hora antes hasta media hora después de la hora fijada, compensando la diferencia en el mismo día en la hora de salida y sin que les sea exigible para su ejercicio la comunicación previa de la hora a la que van a entrar. Se

considera que la interpretación del art. 26 del convenio colectivo de prensa no diaria, donde se contempla la flexibilidad de entrada al trabajo (BOE 23-12-2013) ha sido correcta, reconociendo el derecho de los trabajadores a la jornada flexible sin obligación de comunicar previamente la hora en que, dentro del margen de flexibilidad, cada trabajador va a hacer su entrada y salida en el centro de trabajo. Dicha interpretación debe primar al no poder tacharse de irracional o de ilógica. El uso del derecho en cuestión, no está condicionado por el convenio colectivo a una obligación de comunicación previa del concreto horario de entrada o salida por cada trabajador.

## **II. SEGURIDAD SOCIAL.**

### **1.-Jubilación**

Tres son las cuestiones planteadas ante la Sala IV en relación con la jubilación: 1) Cómo debe interpretarse la DA 28ª LGSS en relación con el derecho a la pensión de jubilación; 2) Qué exigencias deben cumplirse para acceder a la jubilación anticipada; 3) En qué supuesto puede imponerse la jubilación forzosa; y 4) Si procede la reconocer la jubilación parcial a quien no acredita 61 años en la fecha del hecho causante

#### **1.1.-Periodo de carencia**

En relación con la primera de las cuestiones, se ha planteado un supuesto en que la actora que acreditaba cotizaciones al RGSS y al RETA, incluyendo periodos en que percibió subsidio por desempleo para mayores de 52 años, solicitó pensión de jubilación en el RGSS conforme a una base reguladora, aunque le fue reconocida en el RETA conforme a otra inferior. Ante la cuestión de cómo se computan las cotizaciones realizadas a distintos regímenes de la Seguridad Social, la Sala IV, en **STS 13-05-2015 (Rc. 838/14)** [[ECLI:ES:TS:2015:3090] y **STS 15-03-2016 (Rc. 3249/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1529], considera que el periodo en que se percibió subsidio por desempleo para mayores de 52 años, no computa a efectos de la carencia de cotizaciones, sino sólo a los efectos de la base reguladora y porcentaje aplicable en aplicación de lo dispuesto en la DA 28ª LGSS.

#### **1.2.-Jubilación anticipada**

En relación con la jubilación anticipada, se ha resuelto el supuesto de una actora que acreditando la condición de mutualista a 01-01-1967, solicitó pensión de jubilación teniendo cumplidos 60 años de edad, que le fue denegada por no tener 65 años ni hallarse en alta o situación asimilada al alta puesto que no había mantenido interrumpidamente demanda de empleo en un periodo de 8 años, aunque en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación si se encontraba en alta como demandante de empleo. La sentencia de suplicación reconoció el derecho a la pensión solicitada, por entender que la aplicación del privilegio de acceso a la pensión de jubilación anticipada a quienes ostentaban la cualidad de mutualista con anterioridad al 01-01-1967 (DA 8ª y DT 3ª LGSS), no impone como requisito que el beneficiario hubiese



cesado en el trabajo por causa independiente de su voluntad ni que deba provenir de alta o situación asimilada al alta. La Sala IV, en **STS 29-06-2015 (Rc. 2972/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3952], reiterando lo dispuesto en STS 03-06-2005 (Rc. 3054/04) [ECLI:ES:TS:2005:3574], confirma el fallo de la Sala de suplicación, si bien entendiendo que el art. 161 bis LGSS –que regula la jubilación anticipada- no exige que la trabajadora se encuentre en alta ni en situación asimilada alta, ni que exista inscripción ininterrumpida como demandante de empleo desde que se cesó en el último trabajo, previéndose por el contrario en el art. 161.3 LGSS, que la pensión de jubilación podrá causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en situación de alta o asimilada al alta cuando se reúnen los requisitos de edad y cotización. En definitiva, considera la Sala IV que lo que exige el art. 161 bis LGSS para acceder a la jubilación anticipada es: 1) estar inscrito como demandante de empleo por un periodo mínimo de 6 meses en el supuesto de trabajadores que no han pertenecido al mutualismo laboral y 2) que el cese en el trabajo sea por causa no imputable a su libre voluntad.

### ***1.3.-Jubilación forzosa***

En relación con la cuestión de si es necesario vincular la jubilación forzosa a la política de empleo, la Sala IV se ha pronunciado en el periodo examinado sobre la cuestión, en dos sentencias

En la primera, el supuesto de hecho objeto de análisis parte de que la actora, que prestaba servicios para el Hospital Clinic de Barcelona, fue jubilada forzosamente conforme a lo dispuesto en el art. 38 del Convenio Colectivo del Hospital Clínico Provincial de Barcelona y la Asociación profesional del Comité de Delegados Médicos para los años 2009-2011; teniendo en cuenta que la actora continuó prestando servicios entre los 65 y los 70 años, la empresa entendía que no era exigible el requisito establecido en la DA 10ª ET, de que en el convenio colectivo se establezcan medidas de fomento del empleo. La Sala IV, en **STS 02-02-2016 (Rc. 1624/14)** [ECLI:ES:TS:2016:572], interpretando la DA 10ª ET -en redacción dada por Ley 14/2005, de 1 de julio-, concluye que es de aplicación a la jubilación obligatoria impuesta por convenio colectivo, acontecida a una edad superior a los 65 años, las previsiones contenidas en la DA 10ª ET, es decir, debe vincularse la jubilación forzosa a la política de empleo, ya que, en caso contrario, se está en presencia de un despido improcedente.

Por su parte, en **STS 11-05-2016 (Rc. 2530/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2742], se falló en el sentido de que la jubilación forzosa prevista en el I Convenio Colectivo de la Corporación RTVE es un despido nulo, si el convenio colectivo prevé medidas de política de empleo pero la empresa no las aplica.

### ***1.4.-Jubilación parcial***

Por último, y en relación con la jubilación parcial, como consecuencia de que la empresa tenía suscrito un acuerdo colectivo en materia de jubilación parcial, el trabajador, que cumplía todos los requisitos del art. 166.2 LGSS

menos la edad, ya que tenía 60 años en la fecha del hecho causante (que se produce con posterioridad al 31-12-2012) solicitó la jubilación parcial que le fue denegada precisamente por no cumplir con el requisito de edad. En suplicación se reconoció su derecho a jubilarse parcialmente, por entender la Sala que la DT 2ª del RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, había previsto la posibilidad de acogerse a la jubilación parcial del art. 166.2 LGSS, con 60 años, hasta el 31-12-2012, cuando existieran acuerdos colectivos de empresa aprobados antes de la entrada en vigor de dicho RD Ley. En casación para la unificación de doctrina se plantea la cuestión de si la excepción prevista en la DT 2ª RD Ley 8/2010, de 20 de mayo –posibilidad de jubilación parcial a los 60 años cuando el hecho causante acontece antes del 31 de diciembre de 2012- al régimen ordinario del art. 166.2 LGSS -según el cual el acceso a la jubilación parcial se produce con carácter general a los 61 años-, se ha visto ampliada o modificada por legislación posterior. La Sala IV, en **STS 09-03-2016 (Rc. 260/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1524], **STS 15-03-2016 (Rc. 1773/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1528] **STS 16-03-2016 (Rc. 1533/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1917], **STS 30-03-2016 (Rc. 1271/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1774] considera que ello no es así, ya que las normas posteriores al RD Ley 8/2010, de 20 de mayo que regulan la jubilación parcial, no modifican dicha DT (ni la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ni el RD Ley 29/2012, de 28 de diciembre, ni el RD 1716/2012, de 28 de diciembre, ni el RD Ley 5/2013, de 15 de marzo). En definitiva, considera la Sala que como el actor cumplió 60 años y solicitó la pensión de jubilación parcial después del 31-12-2012 (fecha inmodificada en la que podía accederse a la jubilación parcial a los 60 años conforme a la DT 2ª RD Ley 8/2010, de 20 de mayo), no procede reconocerle el derecho a la jubilación parcial.

### **1.5.-Reintegro de prestaciones**

Como consecuencia de simultanear el percibo de una pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, con la condición de socio y administrador único no retribuido de una sociedad dedicada a la construcción y al que por la habitualidad en la actividad fue incluido en el RETA, se reclamaron al trabajador las prestaciones de jubilación indebidamente percibidas. Ante la cuestión de cuál es el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de 4 años a efectos del reintegro de prestaciones de pago periódico indebidamente percibidas, la Sala IV, interpretando el art. 45.3 LGSS, en **STS 16-02-2016 (Rc. 2938/14)** [ECLI:ES:TS:2016:770], entiende: 1) Que cuando la Entidad gestora insta el reintegro del importe de la prestación indebidamente percibida, el derecho al reintegro de cada mensualidad prescribe a los 4 años desde su abono indebido; 2) Si la Entidad Gestora podía haber ejercitado el derecho al reintegro con anterioridad, sólo puede reclamar retroactivamente las mensualidades abonadas indebidamente en los 4 años anteriores al día en que al beneficiario se le notifique el inicio del expediente de reintegro. En atención a ello, y teniendo en cuenta que la Entidad Gestora tuvo conocimiento del alta del actor en el RETA como consecuencia de un acta de la Inspección de Trabajo (fecha en que podría fijarse el plazo de prescripción de 4 años del art. 45.3), si bien no notificó al beneficiario la resolución en que se le reclamaban las prestaciones

indebidas hasta un año después, no será hasta entonces el momento en que se fija el día a quo del cómputo del plazo de prescripción.

## **2.-Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional**

### **2.1.-Accidente de trabajo**

#### **2.1.1.-Determinación de la contingencia**

El trabajador, patrón de pesca embarcado en un buque, sufrió una lesión al levantarse de la cama consistente en afectación del nervio tibial superior/perineal en pierna derecha, lo que derivó en una incapacidad temporal y posteriormente en una incapacidad permanente total. Reclama el trabajador que se declare que la contingencia de ambos procesos deriva de accidente de trabajo, pretensión desestimada en instancia y suplicación. La Sala IV, sin embargo, casa y anula dicha sentencia para reconocer que la contingencia sí es accidente de trabajo, por entender, en **STS 06-07-2015 (Rc. 2990/13)** [ECLI:ES:TS:2015:3684], que teniendo en cuenta la singularidad del trabajo en el mar, en el que existe limitación de la jornada efectiva de trabajo pero no del tiempo de trabajo ya que en cualquier momento se puede prestar actividad laboral, debe considerarse que se está en presencia de un accidente de trabajo, puesto que debe ser de aplicación lo dispuesto en el art. 115.1 LGSS, en relación con la *“ocasionalidad relevante”*, que implica que cuando el trabajo se realiza en misión, y el accidente se produce *“en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo”*, el accidente es laboral.

Por su parte, en **STS 15-07-2015 (Rc. 1594/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3688] se falla en el sentido de que debe considerarse accidente de trabajo la agravación, como consecuencia de un accidente laboral, de una dolencia preexistente en el trabajador que sin embargo no le impidió el desempeño de funciones laborales por tratarse de una dolencia silente.

Igualmente considera la Sala IV derivada de accidente de trabajo, la incapacidad permanente en la que fue declarado el actor, como consecuencia del infarto del que fue diagnosticado al manifestarse el episodio determinante del diagnóstico durante el desempeño de su trabajo. Se argumenta en **STS 08-03-2016 (Rc. 644/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1047], que debe ser de aplicación la presunción del art. 115.3 LGSS –que determina que *“se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”*–, a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo, y como en el presente supuesto aunque existía sintomatología anterior, ello no le impidió al trabajador seguir acudiendo a trabajar, procede reconocer que la contingencia es accidente de trabajo.

Por último ante la cuestión de si deriva de accidente de trabajo la incapacidad permanente reconocida al actor cuando sufre un cuadro de cardiopatía isquémica mientras prestaban servicios, la Sala IV, en **STS 26-04-**

**2016 (Rc. 2108/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2230], reconoce la contingencia derivada de accidente de trabajo, por considerar que la presunción iuris tantum del art. 115.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades que se desencadenen por el trabajo.

### **2.1.2.-Accidente in itinere**

El trabajador sufrió un accidente de tráfico, solicitando que se declarara que la baja derivaba de contingencias profesionales, por cuanto entendía que el accidente ocurrió cuando iba a entregar el parte de alta médica a la empresa. La Sala IV entiende en **STS 25-05-2015 (Rc. 2163/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3242] que la contingencia es común, cuando no consta que exista vinculación entre el accidente y el trabajo, y como en el presente supuesto no consta probado que efectivamente el trabajador fuera al centro de trabajo a entregar el parte de alta, no puede aplicarse el art. 115.1 LGSS.

### **2.1.3.-Accidente en misión**

El trabajador, que fue enviado por la empresa a Bangkok, comenzó a encontrarse mal cuando se encontraba en dicho país regresando a España donde se le diagnosticó de “neumonía por legionella”, a resultas de la cual falleció. Tras reclamar que se declarara que la contingencia de la muerte era accidente en misión, en suplicación se considera acreditado que el contagio se produjo fuera de España y que tuvo lugar en misión, pero rechaza que se trate de accidente de trabajo, ya que no es de aplicación el art. 115.3 LGSS, puesto que no consta la causa, la forma o el lugar en que se produjo el contagio. La Sala IV, en **STS 23-06-2015 (Rc. 944/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4364], casa y anula dicha sentencia para declarar que el fallecimiento deriva de accidente de trabajo, tras señalar que la declaración de la contingencia tiene interés real y no se trata de una mera acción declarativa. Considera la Sala IV que en los supuestos de prestación de servicios en misión, hay que tener en cuenta dos elementos: 1) El desplazamiento para cumplir la misión; y 2) La realización del trabajo en que consiste la misión. Ello es importante a la hora de distinguir la protección que deba dispensarse, que deberá ser: 1) La protección correspondiente al desplazamiento, que debe protegerse en forma similar a la protección del accidente in itinere, 2) La protección durante la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, que debe seguir el régimen normal de protección del art. 115.1 LGSS; y 2) La protección del tiempo restante de la misión, que no sea ni desplazamiento ni realización de actividad laboral, que no necesita de protección cuando no existe una conexión necesaria con el trabajo al no cumplirse las exigencias legales de que el trabajador se encuentre en “*tiempo y lugar de trabajo*”. Añade la Sala IV que si bien en atención a ello podría considerarse que la contingencia no es accidente de trabajo, debe tenerse en cuenta el tipo de enfermedad que se sufre, que puede ser: 1) Enfermedad que trae causa exclusiva en el trabajo –enfermedad de trabajo en sentido estricto-; 2) Enfermedad que se agrava como consecuencia del accidente –enfermedad de trabajo en sentido genérico-; y 3) Enfermedades que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico que surge por el accidente –enfermedad de trabajo en sentido amplio-, y en el presente supuesto, la legionella que provocó el fallecimiento del

trabajador, no es ninguna de ellas. Tras ello, examina la diferencia entre que el fallecimiento se produjera “*por consecuencia*”, que implica una relación de causalidad entre trabajo y lesión, es decir una verdadera causa (aquello por lo que se produce el accidente) y “*con ocasión*”, que implica una relación más relajada de causalidad entre trabajo y accidente, (aquello sin lo que se produce el accidente), debiendo considerarse accidente de trabajo cuando la contingencia ocurre con “*ocasionalidad relevante*”, es decir, que existe un factor externo en la producción el suceso lesivo, que es lo que acontece en el presente supuesto, en que el desplazamiento a Tailandia se produce por motivo laboral, el país tiene unas condiciones climatológicas que favorecen la difusión de la bacteria legionella, que es precisamente la *conditio sine qua non* del contagio.

## **2.2.-Enfermedad profesional**

En STS 05-11-2014 (Rc. 1515/13) [ECLI:ES:TS:2014:5221] se consideró enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano bilateral que padecía una limpiadora, argumentando que: 1) El art. 116 LGSS determina que es enfermedad profesional la contraída a consecuencia el 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 compresión 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 parecen en la norma, aunque dicha profesión de “limpiadora”, no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional. Siguiendo dichos argumentos, en **STS 18-05-2015 (Rc. 1643/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3031] se reitera que procede reconocer como enfermedad profesional, el síndrome subacromial derecho que padecía la trabajadora autónoma, de profesión peluquera, que fue declarada en situación de incapacidad permanente total, por los mismos argumentos: 1) El art. 116 LGSS determina que es enfermedad profesional la contraída a consecuencia el 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 las enfermedades relacionadas con los trastornos muscoesqueléticos del Anexo I, Grupo 2, Agente D, Subagente 01, actividad 01 y código 2D0101; 3) Aunque la profesión de la actora no aparezca entre las relacionada en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, en que se incluye a profesiones “*como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras*”, al utilizarse el adverbio “*como*”, la lista debe considerarse abierta, incluyéndose otras profesiones no listadas, entre las que estaría la de peluquera de la actora.

## **2.3.-Recargo de prestaciones**

### ***2.3.2.-Extensión del recargo a la pensión de viudedad***

Como consecuencia del fallecimiento de quien era preceptor de una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo incrementada el 40% en concepto de recargo, solicitó su viuda que se incrementara el recargo a la pensión de viudedad. La Sala IV, en **STS 09-06-2015 (Rc. 36/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3663], entiende que no existe ninguna razón para aislar el incremento frente a la prestación básica, de forma que, aunque la causa real de la muerte no pueda vincularse directamente a la enfermedad profesional o al accidente de trabajo, procede reconocer las prestaciones por muerte y supervivencia con dicho recargo en aplicación de lo dispuesto en el art. 172.2 LGSS.

### ***2.3.3.-Efectos de una sentencia sobre indemnización por daños y perjuicios en el recargo***

En un procedimiento de recargo de prestaciones, la empresa recurrente solicitó que se incorporase a las actuaciones la sentencia dictada en procedimiento en que se dilucidaba la indemnización por daños y perjuicios solicitada por los herederos del trabajador fallecido, que se rechazó por no haber adquirido firmeza dicha resolución y además por ser intrascendente. La Sala IV, en **STS 22-06-2015 (Rc. 853/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3450] –reiterando lo dispuesto en STS 12-07-2013 (Rc. 2294/12) [ECLI:ES:TS:2013:4403]- casa y anula dicha sentencia, por entender que si bien el presupuesto básico para que proceda la imposición del recargo de prestaciones es que exista relación de causalidad entre la infracción de una medida de seguridad y salud y el accidente, debe tenerse en cuenta lo que sobre dicho extremo se haya resuelto en sentencia que discutía la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios derivados del mismo accidente. En atención a ello, y teniendo en cuenta que la sentencia cuya incorporación a los autos se denegó, determinó que no existía relación de causalidad, la Sala IV estima el recurso interpuesto por la empresa y deja sin efecto el recargo de prestaciones impuesto.

### ***2.3.4.-Dies a quo del cómputo del plazo de prescripción del derecho al recargo***

Ante la cuestión de cuál es el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción del derecho al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, y en particular si dicho día se fija en el momento de dictarse la primera resolución firme reconociendo una prestación por contingencias profesionales, o si cabe que una vez que el derecho ha prescrito se reabra con ocasión del reconocimiento de otra prestación derivada de la misma contingencia, la Sala IV, en **STS (Pleno), 18-12-2015 (Rc. 2720/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5838] –sentencia que contiene Voto Particular que suscriben 4 Magistrados- recuerda la doctrina la STS (Pleno) 17-07-2013 (Rc. 1023/12) [ECLI:ES:TS:2013:5056] –que determinó que el expediente de imposición del recargo está sometido al plazo de prescripción de cinco años en virtud de lo dispuesto en el art. 43.2 LGSS, fijándose el dies a quo de dicho plazo al día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que

se trate o desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada-, aplica dicha doctrina y argumenta que conforme al art. 1969 CC, el dies a quo para la prescripción del derecho al recargo se fija en la fecha en que devino firme la sentencia que declara un determinado grado de incapacidad derivada de enfermedad profesional, de forma que cuando se reconoce un nuevo grado de incapacidad, igualmente derivada de enfermedad profesional, si había transcurrido el plazo de 5 años establecido en el art. 43 LGSS, el derecho al recargo ya había prescrito. Añade la Sala que el hecho de que se pueda revisar una determinada prestación como consecuencia de una agravación de la incapacidad permanente reconocida por la misma contingencia, no permite hacer renacer el periodo para la imposición del recargo, y ello por cuanto: 1) Los derechos a las prestaciones se regulan por las normas vigentes al tiempo del hecho causante (DT 1ª LGSS), 2) Un derecho fenecido no puede renacer salvo que así se prevea en disposición legal; 3) Debe aplicarse el principio de unicidad del daño derivado de una misma contingencia profesional; 4) El principio de seguridad jurídica impide que la inactividad del titular de un derecho cree la apariencia de inexistencia del mismo; y 5) Otra solución (renace el derecho con posterioridad como consecuencia de un nuevo reconocimiento en situación de incapacidad permanente), sería contrario al derecho de tutela judicial efectiva, al obligar a las empresas a que 10 o 20 años más tarde, tengan que probar que respetaron las normas de seguridad y salud entonces inexistentes.

### ***2.3.5.-Intereses tras consignación posterior a imposición del recargo mientras se tramitan recursos***

Como consecuencia de una sentencia que condenó solidariamente a dos empresas a abonar el recargo de prestaciones que fue recurrida en suplicación, y posteriormente en casación unificadora (recurso que fue inadmitido), despachándose ejecución por el principal más una cantidad en concepto de intereses, presentándose recurso de reposición frente a dicho Auto, que fue dejado sin efecto, ingresando las empresas el importe del capital coste del recargo, se presentó recurso de suplicación por el trabajador que fue desestimado. Ante la cuestión de si procede el devengo de intereses procesales por el periodo posterior a la consignación, la Sala IV, en **STS 21-01-2016 (Rc. 2126/14)** [ECLI:ES:TS:2016:461], tras reiterar que los intereses procesales cumplen la función de resarcir el perjuicio que para quien ha vencido en juicio ve demorada la ejecución de una sentencia que es favorable, y además disuade de la presentación de recurso infundados, falla en el sentido de que no procede el abono de intereses procesales teniendo en cuenta que se ingresó el capital coste del recargo al que fueron condenadas, lo que supone que el no abono del mismo durante la tramitación de los recursos de suplicación y casación al trabajador, es ajeno a las empresas condenadas ya que la entidad gestora fue la que no abonó la prestación incrementada con el recargo a pesar de estar ya ingresado el capital coste.

### ***2.4.-Indemnización por daños y perjuicios***

#### ***2.4.1.-Derecho a la indemnización cuando la empresa no acredita haber agotado toda la diligencia exigible para evitar el recargo***

La actora, que prestaba servicios para una ETT, sufrió un accidente de trabajo con grave aplastamiento del miembro superior izquierdo, por el que fue declarada en situación de incapacidad permanente total, solicitando indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. En instancia y suplicación se desestimó la demanda con el argumento de que si la máquina en que ocurrió el accidente era la adecuada y la trabajadora había recibido la correspondiente formación e información, no existía base para la exigencia de responsabilidad por daños. La Sala IV, en **STS 04-05-2015 (Rc. 1281/14)** [ECLI:ES:TS:2015:2827], sigue lo dispuesto en la STS (Pleno) 30-06-2010 (Rc. 4123/08) [ECLI:ES:TS:2010:4801], y reconoce que si bien para que exista responsabilidad civil por daños y perjuicios es preciso que exista culpa o negligencia, también es cierto que el empresario debe haber agotado toda la diligencia exigible para evitar el accidente, por lo que si se prueba que no ha utilizado todas las medidas a su alcance para evitar el riesgo, puede ser considerado responsable, doctrina que se refleja en el art. 96.2 LRJS, por lo que en el presente supuesto, no habiendo acreditado el empresario haber adoptado todas las medidas de protección necesarias para impedir el accidente, ya que no protegió a la trabajadora frente a descuidos o imprudencias no temerarias, debe ser considerado responsable, máxime cuando no ha concurrido *“fuerza mayor o caso fortuito”*, o el accidente no se origina *“por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario”*.

Siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, en **STS 02-03-2016 (Rc. 3959/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1260], la Sala considera que procede indemnizar por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, a quien fue reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta por prestar servicios con exposición al amianto y después fallece, indemnización que la Sala de suplicación había rechazado por considerar que no estaba probado que la exposición al amianto fuese la causa del cáncer por el que el trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. Reitera la Sala IV que si la enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto fue reconocida por el EVI, que es un organismo técnico dependiente del INSS, entidad que hacer frente al pago de la prestación, resulta contradictorio poner en duda que el cáncer padecido derivaba de otra contingencia como el tabaco.

#### ***2.4.2.-Efectos de una sentencia imponiendo recargo de prestaciones en la indemnización por daños y perjuicios***

Como consecuencia del fallecimiento del trabajador por accidente de trabajo, se dictó resolución por la que se imponía a la empresa un recargo de prestaciones del 50%, aunque en los hechos probados de la sentencia de instancia se afirmaba que *“no consta la firmeza de dicho recargo”*. Su viuda reclamó indemnización por daños y perjuicios, que fue desestimada en instancia, solicitándose en suplicación la incorporación, por la vía del art. 233 LRJS, de una sentencia anterior de la misma Sala que mantenía el recargo del 50% en relación con el mismo accidente, y a pesar de ello, la Sala de suplicación confirmó la sentencia de instancia que desestimó la demanda de



indemnización por daños y perjuicios, por considerar que se acreditó una imprudencia temeraria del trabajador. En casación unificadora se plantea como cuestión, que la sentencia en materia de recargo, que se incorporó por la vía del art. 233 LRJS, produzca el efecto de cosa juzgada respecto de lo que se plantea en procedimiento de indemnización por daños y perjuicios. La Sala IV, en **STS 13-04-2016 (Rc. 3043/13)** [ECLI:ES:TS:2016:1786], acoge la pretensión y considera que tratándose un accidente de trabajo, y existiendo una sentencia en la que se decide el alcance de la conducta del trabajador en relación con la producción del accidente, y de la empresa en relación a la ausencia de medidas de seguridad, en la segunda sentencia que trae causa del mismo accidente, no puede llegarse a conclusión contraria adoptada en la primera por el efecto positivo de cosa juzgada que la sentencia sobre recargo tiene respecto del procedimiento en que se reclama indemnización por daños y perjuicios derivados del mismo accidente de trabajo.

#### **2.4.3.-Responsabilidad de la entidad gestora**

Como consecuencia del accidente de trabajo sufrido, a resultas del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente total, reclamó el trabajador indemnización por daños y perjuicios, condenándose en instancia solidariamente a la empresa y a la compañía aseguradora a abonar la indemnización, sentencia que se revocó en suplicación para eximir de responsabilidad a la aseguradora, por entenderse que la póliza contenía una cláusula en la que se estipulaba que *“el seguro cubre los siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato, cuya reclamación se notifique fehacientemente al asegurado o al asegurador durante la vigencia de la póliza o hasta dos años después de su finalización”*, reclamándose a la aseguradora cuando se presentó la papeleta de conciliación, 6 años después del accidente y 5 años después de expirar la vigencia de la póliza. La Sala IV, en **STS 18-02-2016 (Rc. 3136/14)** [ECLI:ES:TS:2016:908], tras aludir a las diferencias entre cláusulas lesivas (que son inválidas) y cláusulas limitativas (que son válidas si cumplen las condiciones legales, consistentes en que sean claras y se acepten por escrito), concluye con que la cláusula es válida por tratarse de una cláusula limitativa, ya que circunscribe el riesgo a los siniestros ocurridos durante el ámbito temporal de la póliza y obliga a la comunicación antes de los 2 años siguientes a la finalización del contrato, lo que en sí mismo supone configurar el riesgo objeto de cobertura del contrato de seguro, y como en el presente supuesto la obligación de comunicación se circunscribía a los 2 años siguientes desde que ocurrió el accidente (momento en que debería haberse comunicado a la compañía aseguradora), hasta que finalizó la póliza, no procede que la aseguradora responda del riesgo.

#### **2.4.4.-Plazo de prescripción para la solicitud de indemnización por daños y perjuicios**

El trabajador sufrió un accidente de trabajo sufrido en 2002, siendo reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta en 2004, solicitando posteriormente indemnización por daños y perjuicios, considerándose en suplicación que la acción había prescrito por haber transcurrido el plazo de un año del art. 59.2 ET, tomando como dies a quo la

fecha de la resolución de reconocimiento en situación de incapacidad permanente absoluta. La Sala IV, ante la cuestión de si es el trabajador el que debe acreditar en qué fecha exacta conoció lo resuelto por la entidad gestora, o por el contrario, es la parte que alega la prescripción quien debe acreditar la fecha de notificación de la resolución administrativa a partir de cuyo momento comienza el cómputo de dicho plazo, en **STS 01-06-2016 (Rc. 2527/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2772], considera que es precisamente la parte que alega la prescripción, quien debe demostrar la fecha en que se notificó la resolución, ya que no es hasta entonces cuando el beneficiario tiene un cabal conocimiento de las secuelas del accidente.

Por su parte, ante un supuesto de reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, sin que existiera resolución firme que estableciese el origen profesional de la contingencia, lo que se produjo cuando el causante ya había fallecido, ante la cuestión de cuál es el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción de un año del art. 59.1 ET, la Sala IV, en **STS 09-12-2015 (Rc. 1503/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5795], **STS 09-12-2015 (Rc. 3191/14)** [ECLI:ES:TS:2016:5821] y **STS 16-02-2016 (Rc. 1756/14)** [ECLI:ES:TS:2016:909], entiende que el mismo debe fijarse en el momento en que la acción pueda ejercitarse, lo que sólo ocurre cuando se acredita el origen profesional de la contingencia o desde el momento en que hayan quedado determinadas de manera definitiva la totalidad de prestaciones de Seguridad social que tengan derecho a percibir, sin que pueda entenderse que dicho dies a quo pueda fijarse en el momento del fallecimiento del trabajador (cuando la acción se ejercita por sus herederos).

#### **2.4.5.-Intereses**

Tras haberse reconocido al trabajador una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del accidente de trabajo sufrido, reclamó intereses moratorios desde la fecha de presentación de la demanda, considerando la Sala IV, en **STS 04-05-2016 (Rc. 2401/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2530], y siguiendo lo dispuesto en la STS 12-03-2013 (Rc. 1531/12) [ECLI:ES:TS:2013:3599], que procede el abono de los mismos cuando no ha existido una controversia fundada que justifique el retraso en el pago, por lo que en el supuesto procede abonar: 1) desde la fecha de consolidación de las secuelas hasta la fecha de la sentencia que fija el importe de la indemnización, el interés legal moratorio; y 2) desde la fecha de dicha sentencia, los intereses procesales el art. 576 LEC

Por su parte, como consecuencia del reconocimiento de los actores en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, la empresa ofreció a los trabajadores la indemnización prevista en la norma convencional, conforme a la póliza suscrita con la entidad aseguradora, estando los actores disconformes con dicha cantidad por entender que les correspondía una superior. En suplicación se estimó la pretensión de los actores y se condenó a la aseguradora abonar el interés anual del 20% sobre el importe de la condena desde el momento en que fueron declarados en situación de incapacidad permanente y hasta la fecha en que se les haga efectivo el pago de la indemnización. La Sala IV, ante la pretensión de la

aseguradora de que se le exima de la condena al abono de los intereses moratorios, falla, en **STS 05-05-2016 (Rc. 3568/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2764], interpretando el art. 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: 1) Que durante los 2 primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%; 2) A partir de dicha fecha, el interés se devengará con un tipo mínimo del 20% si no lo supera, y sin modificar los intereses ya devengados diariamente hasta dicho momento.

### **3.-Incapacidad Temporal**

#### ***3.1.-Extinción de la prestación por incomparecencia a reconocimiento médico de la Mutua***

Como consecuencia de que el actor no compareció al reconocimiento médico al que le había citado la Mutua mediante un burofax que el servicio de correos no pudo entregar, recogiénolo con posterioridad a la fecha en que había sido citado a dicho reconocimiento, se le extinguió el subsidio de incapacidad temporal que percibía, por considerar la Mutua que se trataba de una incomparecencia injustificada, lo que suponía causa de extinción conforme al art. 131 bis 1 LGSS. Ante la cuestión de si procede la extinción del subsidio o no, la Sala IV, en **STS 22-01-2016 (Rc. 2039/14)** [ECLI:ES:TS:2016:464], reiterando lo dispuesto en las SSTs 29-09-2009 (Rc. 879/09) [ECLI:ES:TS:2009:6775], 06-03-2012 (Rc. 1727/11) [ECLI:ES:TS:2012:2713] y 13-11-2013 (Rc. 2780/12) [ECLI:ES:TS:2016:6186], considera válidamente extinguida la prestación, teniendo en cuenta que el actor no actuó con la diligencia debida, ya que recogió el aviso con enorme demora, y no se dirigió a la Mutua hasta 10 días después de recogerlo para indicarle los motivos por los que no había comparecido, sin justificar las causas de dicha conducta.

#### ***3.2.-Responsabilidad en el abono de la prestación***

La Mutua reclamó a la TGSS y a la empresa las cantidades adelantadas en concepto de incapacidad temporal y gastos de asistencia sanitaria de una serie de trabajadores que se encontraban de baja por accidente laboral, teniendo en cuenta que la empresa estaba al descubierto en las cotizaciones de sus trabajadores por situación de insolvencia, sin que la TGSS concretara si los descubiertos correspondían a los trabajadores accidentados. Ante la cuestión de si el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de abonar las cotizaciones es suficiente para que exista responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS, la Sala IV, en **STS 16-02-2016 (Rc. 737/14)** [ECLI:ES:TS:2016:897], considera que no existe responsabilidad directa y principal de la empresa, ya que la mayor parte del importe global de la deuda reclamada por la TGSS corresponde a periodos posteriores a las fechas de los accidentes de trabajo, por lo que al no acreditar la Mutua el defecto de cotización sin responsabilidad empresarial, corresponde a la misma la obligación directa y principal del pago de las prestaciones por desplazamiento de la responsabilidad del empresario en virtud del correspondiente aseguramiento.

En otro orden de cosas, y ante la cuestión de si en los supuestos en que el empresario asume la responsabilidad directa de abono de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, y se reclama la misma precisamente por no abonarse, debe ser también condenada la Mutua al anticipo de los días 4 a 15 de la prestación, la Sala IV, en **STS 09-05-2016 (Rc. 3535/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2538], considera que el subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencia común que abona la empresa durante los días 4 a 15, debe ser asumido subsidiariamente por la entidad responsable de gestionar la protección, que puede ser la Mutua o el INSS, que tendrá derecho a repetir el pago frente a la empleadora.

### **3.3.-Cálculo del importe de la prestación**

#### **3.3.1.-Conforme a la normativa convencional**

Se plantea en casación ordinaria que a los trabajadores de ADIF que se encuentren en situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, se les abone la prestación conforme a lo estipulado en el convenio colectivo de FEVE, o subsidiariamente que se abone la misma conforme a lo dispuesto en el DA 18ª RD 20/2012, de 13 de julio. La Audiencia nacional estimó la demanda de conflicto colectivo y condenó a ADIF a abonar la IT conforme al convenio colectivo de FEVE. Recurrída dicha sentencia en casación ordinaria, la Sala IV, en **STS 10-11-2015 (Casación ordinaria 360/14)** [ECLI:ES:TS:2016:4838] confirma la sentencia de instancia, considerando que los arts. 9 y 16 del RD Ley 20/2012, de 13 de julio, no establecen un nuevo marco normativo de la incapacidad temporal, sino que se limitan a disponer que se suspenden los acuerdos, pactos y convenios, pero sólo si contradicen lo dispuesto en el art. 9, por lo que sólo en el supuesto de que la regulación contenida en los arts. 219 y 220 de la normativa laboral de ADIF resultara contraria a lo dispuesto en el art. 9 RD Ley 20/2012, de 13 de julio o se opusiera a lo dispuesto en el Título I de la misma, se suspenderían dichos preceptos, sin que ello ocurra en el presente supuesto.

En parecidos términos, en **STS 07-12-2015 (Casación ordinaria 352/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5776], se resuelve si procede el abono del complemento de IT conforme al convenio colectivo de empresa (ADIF), estimándose en instancia la demanda, y confirmándose la sentencia en casación ordinaria.

#### **3.3.2.-Exclusión de la parte proporcional de pagas extra**

Por su parte, en **STS 02-03-2016 (Rc. 153/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1576], se interpreta el art. 65 del Convenio Colectivo de Cremonini Rail Ibérica, en el sentido de que no procede el abono de la parte proporcional de las pagas extraordinarias al periodo de incapacidad temporal, al contemplarse en el precepto que *“a los efectos de lo dispuesto en este artículo el salario bruto se compone de los siguientes conceptos: salario base, complemento ad personam histórico, horas de presencia y horas nocturnas”*.

### ***3.3.3.-No desigualdad de trato por cálculo distinto de la prestación***

Tras presentarse demanda de conflicto colectivo en la que se entendía que existía una desigualdad de trato no justificada entre el personal del sector público de empresas públicas de presupuesto estimativo (entidades que otorgan carácter estimativo a su presupuesto de gastos) y personal del sector público de empresas de presupuesto limitativo (entidades con presupuesto limitado y vinculante respecto de los presupuestos), respecto de la mejora del subsidio de incapacidad temporal, que fue desestimada en instancia, la Sala IV, **STS 13-11-2015 (Casación ordinaria 244/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5652], confirma dicha sentencia por considerar que la diferencia en el estatuto jurídico de los dos colectivos no surge de las Leyes 4/2012, de 16 de julio y 8/2012, de 30 de octubre, que sólo inciden en las diferentes condiciones que se deben adoptar para la contención del gasto público, sin que la incapacidad temporal se rija por dichas normas, por lo que la pretensión de homogeneización que ahora se suscita con la demanda, no puede hallar apoyo en la supuesta generación de una desigualdad de trato provocada por medidas fijadas por texto legal.

### ***3.3.4.-Influencia del abono de la prestación por incapacidad temporal en la determinación del salario***

Ante la cuestión de si procedía descontar del abono de la clave 402 (productividad y plan de objetivos) las cantidades correspondientes a los días de ausencia motivadas por incapacidad temporal, la sentencia de la Audiencia Nacional, dictada en instancia, desestima la demanda formulada por ADIF que pretendía dicho descuento. La Sala IV en **STS 16-11-2015 (Casación ordinaria 353/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5767], entrando a conocer nuevamente de la cuestión de si procede descontar los periodos de ausencia por incapacidad temporal –al considerar la empresa que la naturaleza de la clave 402 es concepto salarial que no se devenga en determinadas situaciones como la de incapacidad temporal-, confirma la sentencia de instancia, que falló en el sentido de que no procedía el descuento, por entender que la clave 402 trae causa de dos conceptos de productividad, acreditándose que se trata de un abono fijo e invariable desconectado de un concepto variable dependiente de los resultados de productividad obtenidos colectivamente por los trabajadores.

## ***4.-Incapacidad Permanente***

### ***4.1.-Incapacidad permanente parcial***

#### ***4.1.1.-Pérdida de visión de un ojo***

La Sala IV, aun reconociendo que las cuestiones relativas a la determinación del grado incapacitante carecen de contenido casacional, es decir, no pueden acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina, considera que es posible entrar a valorar dichas cuestiones casuísticas cuando los supuestos son prácticamente idénticos, es decir, se trata de la misma profesión e iguales lesiones, por lo que en **STS 04-06-2016 (Rc. 1986/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2539], reconoce que la pérdida de la visión de un ojo por

quien ostenta la profesión de abogado, conlleva el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial. Argumenta al respecto, que conforme a la Escala de Wecker, la pérdida de un ojo supone una limitación del 33%, cifra que dicho sistema de medición atribuye a la incapacidad permanente parcial.

#### ***4.1.2.-Imposibilidad de reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial a trabajadores del RETA***

Siguiendo antigua jurisprudencia de la Sala IV –entre otras STS 28-02-2007 (Rc. 3219/05) [ECLI:ES:TS:2007:2626] y STS 19-09-2007 (Rc. 3488/06) [ECLI:ES:TS:2007:6519]- en **STS 29-03-2016 (Rc. 3756/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1753], se vuelve a reiterar que no tiene derecho a una incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes, un trabajador afiliado al RETA, ya que el art. 27 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto no comprende dicho grado incapacitante, ni la incapacidad permanente parcial se contempla en el art. 36.1 de dicha norma, al igual que no se contempla tampoco la incapacidad permanente parcial ni en el art. 56.1 a), ni en el art. 74.1 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, por el que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por Cuenta propia o Autónomos, sin que dichas normas estén afectadas por la disposición adicional 34ª LGSS -que refiere a contingencia profesionales-, ni por el art. 137.1 LGSS por no estar incluido en la DA 8ª 1 LGSS que enumera los preceptos que serán de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social

#### ***4.1.3.-Imposibilidad de reconocimiento de una segunda incapacidad permanente parcial para la misma profesión***

El actor, vigilante de seguridad, fue declarado en situación de incapacidad permanente parcial y posteriormente en situación de incapacidad permanente total. Tras revisarse dicha incapacidad por la Entidad Gestora tras una intervención quirúrgica a la que se sometió, resolvió que no estaba afecto de incapacidad permanente en grado alguno, presentando demanda el actor y dictándose sentencia que le reconoció en situación de incapacidad permanente parcial. Ante la cuestión de si procede el reconocimiento de una segunda incapacidad permanente parcial para una misma profesión, la Sala IV, en **STS 26-07-2015 (Rc. 3261/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3950], entiende que ello no procede, puesto que no es posible reconocer más de una vez, respecto de una misma profesión, un mismo grado de incapacidad, aunque no se trate de las mismas lesiones.

#### ***4.2.-Incapacidad permanente total en el RETA***

##### ***4.2.1.-Incapacidad permanente total cualificada***

La actora, afiliada al RETA por desempeñar la actividad de cocinera, solicitó el reconocimiento en situación de incapacidad permanente tras darse de baja en el RETA y en el IAE, y ello por haber sido intervenida de un carcinoma, siendo reconocida por sentencia de suplicación en situación de incapacidad permanente total sin el incremento del 20% interesado por ser

mayor de 55 años, por no quedar acreditado que ostentara la titularidad del establecimiento mercantil que regentaba con anterioridad. La Sala IV, en **STS 15-07-2015 (Rc. 2204/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3962], confirma dicha sentencia y deniega el incremento, por entender que según el art. 38.1 del Decreto 2530/1970, se puede reconocer un incremento del 20% de la base reguladora de la IPT en el RETA, cuando *“el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo”*, lo que no se ha acreditado por la demandante, ya que no es suficiente la baja en el RETA y en el IAE.

#### **4.2.2.-Fecha de efectos**

Tras la solicitud de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total de la actora, afiliada al RETA, siguió de alta en dicho régimen, si bien no consta acreditada la realización de trabajos durante el tiempo en que se tramitaba su solicitud y hasta que se le reconoció dicho grado incapacitante. Ante la cuestión de cuál es la fecha de efectos de la prestación de la incapacidad permanente, si la fecha del dictamen propuesta del EVI o la del cese en el trabajo en el RETA, la Sala IV, en **STS 23-07-2015 (Rc. 2034/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4358], interpreta el art. 6.3 RD 1300/1995, de 21 de julio, y art. 13 de la Orden de 18-01-1996, en el sentido de que la fecha de efectos debe fijarse en la fecha del dictamen del EVI cuando la incapacidad permanente no ha estado precedida de incapacidad temporal, y ello poniendo en relación el art. 18.4 de la Orden 18-01-1996 con el art. 141.1 LGSS, que permite la compatibilidad entre la incapacidad permanente total y el trabajo compatible

En la misma línea, una trabajadora, agricultura por cuenta propia, y afiliada al RETA, que fue reconocida en situación de incapacidad permanente total, solicitó en ejecución de sentencia el abono de la prestación desde la fecha del hecho causante -que fijó en la fecha del dictamen del EVI-. Ante la cuestión de cuándo debe fijarse la fecha del hecho causante de la prestación, si en la fecha del dictamen del EVI (tesis de la sentencia recurrida en casación unificadora) o en la fecha en que se causa baja en el RETA -ya que existe la presunción iuris tantum de que el alta en dicho régimen implica actividad que genera ingresos suficientes para el asegurado - (tesis de la Entidad Gestora), la Sala IV, en **STS 04-05-2016 (Rc. 1848/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2226], considera que cuando se trata de trabajadores por cuenta propia, y salvo supuestos acreditados de conductas fraudulentas, el simple mantenimiento de la afiliación y la cotización al nuevo Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios integrado en el RETA tras la Ley 18/2007, de 4 de julio, no puede entenderse como una presunción de que se realiza una actividad autónoma, ni que se proporcione el asegurado recursos económicos suficientes para la subsistencia, de ahí que la fecha del hecho causante se fije en la fecha del dictamen del EVI.

#### **4.3.-Incapacidad permanente absoluta**

##### **4.3.1.-Revisión por agravación**

La actora fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo por sentencia de suplicación firme. Tras solicitar la revisión por agravación, la misma le fue denegada, consignando el INSS que podía revisarse a partir de una determinada fecha, solicitando la actora nueva revisión antes de dicho plazo que le fue denegada por prematura. Ante la cuestión de si procede la revisión del grado de incapacidad reconocido antes el plazo fijado en la resolución de la Entidad Gestora, la Sala IV, en **STS 28-04-2016 (Rc. 3621/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2240], considera que ello no procede, ya que el art. 143.2 LGSS, tras la modificación operada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, determina que se podrán fijar plazos para instar la revisión, y como en el presente supuesto no se esperó a dicho plazo, no procede la misma. Añade la Sala IV que la sentencia no es contradictoria con la STS 30-06-2000 (Rec. 4226/99) [ECLI:ES:TS:2000:5368], en la que se resolvió que no procedía que el INSS estableciera plazo alguno para instar la revisión, ya que en dicha sentencia se examinó el art. 143.2 LGSS en redacción anterior a la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, cuya redacción no es similar a la actual

#### ***4.3.2.-Revisión por mejoría***

El INSS revisó el grado de incapacidad permanente absoluta que tenía reconocido el actor, para reconocerle en situación de incapacidad permanente total, por lo que éste presentó demanda pretendiendo el mantenimiento del grado incapacitante, pretensión que fue estimada en instancia y suplicación. Ante la cuestión de si la introducción por alguna de las partes (en este caso el actor), en el acto de juicio oral, de una patología distinta de la que sirvió para valorar sus secuelas en el expediente administrativo que acordó la revisión del grado de invalidez permanente, supone una vulneración de los arts. 72 y 143,4 LRJS, en relación con los arts. 70 y 80 LRJS, la **STS 02-06-2016 (Rc. 452/15)** [ECLI:ES:TS:2016:2916], concluye con que el principio de congruencia entre lo controvertido en vía administrativa previa y el proceso judicial, impide que las partes introduzcan elementos fácticos que alteren sus respectivos posicionamientos ante la controversia, de forma que como en el supuesto, en el acto de juicio se incorporó una dolencia nueva que no suponía ninguna agravación de las anteriores alegadas en la demanda, ello supone una alteración sustancial de la demanda que sitúa al INSS en indefensión, habiendo podido la parte actora haber ampliado la demanda o solicitar la práctica anticipada de pruebas.

#### ***4.3.3.-Derecho a la mejora voluntaria***

Ante la cuestión de si procede o no abonar la indemnización pactada en un seguro colectivo por la declaración de incapacidad permanente absoluta de un trabajador, declaración no definitiva puesto que se había advertido que la situación suponía la suspensión del contrato por dos años, al ser posible la revisión por mejoría, la Sala IV, en **STS 04-02-2016 (Rc. 2281/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1037], reitera lo dispuesto en la STS 28-12-2000 (Rec. 646/00) [ECLI:ES:TS:2000:9700], para señalar que no procede abonar la indemnización puesto que no se trata de una situación irreversible que implique



la extinción de la relación laboral sino su suspensión conforme al art. 48.2 ET, pudiendo el trabajador, cuando la situación sea irreversible, solicitar nuevamente el abono de la mejora voluntaria pactada convencionalmente.

#### **4.3.4.-Intereses en supuesto de retraso en el abono de la prestación**

Ante la cuestión de si el interés del 5% aplicable para fijar el valor actual del capital coste de una pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, que se abona por la empresa a la Entidad Gestora, debe ser también abonado o no al trabajador al percibir los atrasos de la prestación, la Sala IV, en **STS 20-04-2016 (Rc. 3723/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2238], ante el supuesto de quien sufrió un accidente de trabajo a resultas del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente, siendo condenada la empresa a abonar el recargo, si bien el reconocimiento de las prestaciones recargadas se dilató en el tiempo en virtud de procesos judiciales pendientes, reclamando el derecho a percibir los atrasos del recargo con el 5% previsto para la capitalización a ingresar en la TGSS, determina que ello no procede, y ello como consecuencia de que los intereses de capitalización reclamados ni derivan del art. 123 LGSS, ni se generan por mora o retraso en el pago de la prestación, sino que *conforman “los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones”* en los términos utilizados por la Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, o el propio capital coste actualizado al momento del hecho causante, lo que excluye cualquier tipo de enriquecimiento injusto por parte de la Entidad Gestora.

#### **4.3.5.-Necesidad de abono de la indemnización en supuestos en que mientras se tramita el despido se reconoce al actor en situación de incapacidad permanente absoluta**

La STS (Sala General) 28-01-2013 (Rc. 149/12) [ECLI:ES:TS:2013:1092], -que contiene voto particular que suscriben dos Magistrados-, resuelve que no es posible que en un supuesto en que se declara la improcedencia del despido del trabajador, el empresario opte por la readmisión (de las dos opciones legalmente admitidas: readmisión e indemnización), cuando ésta no es posible por haber sido declarado el trabajador en situación de incapacidad permanente total tras la sentencia, siendo posible sólo abonar la indemnización a que tendrá derecho dicho trabajador. Fundamenta su decisión la Sala IV en que cuando no es posible dar cumplimiento a la obligación contenida en el art. 56 ET, por no ser posible la readmisión del trabajador, debe aplicarse el art. 1134 CC, debiendo el empresario cumplir con la otra obligación alternativa. Añade que si bien la indemnización no tiene una naturaleza sancionadora sino reparadora, según dispone la STC 6/1984, de 24 de enero, también cumple la indemnización una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, de forma que el empresario debe dicha indemnización no sólo en los supuestos de resultar imposible la prestación, sino también en aquellos casos en los que sea imposible la prestación de servicios y por lo tanto la opción por la readmisión.

Por su parte, en STS 25-06-2013 (Rc. 2113/12) [ECLI:ES:TS:2013:4033], aplicando la doctrina anterior, cuya doctrina se reitera

en **STS 23-02-2016 (Rc. 227/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2509], y ante el supuesto de un trabajador que fue despedido por causas objetivas y declarado en situación de IPA (gran invalidez) entre la fecha del despido y la de la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del mismo, optando la empresa por la readmisión y declarándose por auto la imposibilidad de optar por la readmisión y el derecho del actor a percibir indemnización más salarios de tramitación desde despido hasta IT, la Sala IV resuelve, en relación con la alegación del trabajador de que tiene derecho a ser indemnizado ya que la obligación entre readmisión indemnización desapareció con la declaración de IPA, por lo que el empresario cumple indemnizando al no poder readmitir, que cuando desaparece un término de la obligación alternativa (readmisión), es necesario cumplir la otra (indemnización) en aplicación de lo establecido en el esquema obligacional del Código Civil, indemnización que será la legalmente prevista para el despido improcedente. Añade la Sala IV que la duplicidad de indemnizaciones (despido e incapacidad) no genera incompatibilidad, por cuanto no reparan el mismo daño, ni suponen enriquecimiento sin causa.

Pues bien, siguiendo lo dispuesto en dichas sentencias, en **STS 30-06-2015 (Rc. 2533/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3454], se reitera que en los supuestos en que se declara nulo el despido, pero sobreviene con posterioridad al despido y antes de recaiga sentencia, un acontecimiento que hace imposible que el trabajador pueda ser readmitido en su puesto de trabajo, procede indemnizar al trabajador y abonar los salarios de tramitación.

#### **4.3.6.-En el RETA**

Ante la cuestión de si es exigible encontrarse al corriente en el pago de sus cuotas pendientes en el RETA para poder causar derecho a la prestación de incapacidad permanente, cuando se reúnen los requisitos para ello computando exclusivamente cotizaciones en el RGSS, sin necesidad de recurrir al cómputo recíproco de cotizaciones en el RETA, la Sala IV, en **STS 27-04-2016 (Rc. 1084/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2244], reitera lo dispuesto en la STS 24-01-2012 (Rc. 895/11) [ECLI:ES:TS:2012:746], que a su vez reiteraba lo dispuesto en la STS 26-07-2011 (Rc. 2088/12) [ECLI:ES:TS:2013:2755] y cuya jurisprudencia se reiteró en SSTS 21-06-2012 (Rc. 3823/11) [ECLI:ES:TS:2012:5364] y 02-07-2012 (Rec. 3028/11) [ECLI:ES:TS:2012:5633], para reconocer el derecho a una prestación de incapacidad permanente a quien, desde una situación de alta en el RGSS -en el que acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para causar derecho a dicha prestación-, sin embargo tiene periodos de descubierto en el RETA, ya que no es de aplicación en este supuesto de la exigencia prevista en la DA 39ª LGSS de hallarse al corriente en el pago de cuotas, por cuanto no es necesario para el reconocimiento de la prestación el cómputo recíproco de cotizaciones (en el RGSS y en el RETA), ni han de tenerse en cuenta periodos en que no se cotizó al RETA.

#### **4.4.-Responsabilidad del pago de la prestación**

Cuando ha transcurrido un tiempo importante entre el alta por curación de las lesiones causadas por un accidente laboral y la producción de otro accidente que agrava las secuelas hasta el punto de causar una incapacidad

permanente que antes no existía, la responsabilidad en el pago de la prestación es de la Mutua que cubría el riesgo del segundo accidente. Siguiendo lo dispuesto en la STS 26-06-2003 (Rc. 1846/02) [ECLI:ES:TS:2003:3572], en **STS 11-05-2015 (Rc. 244/14)** [ECLI:ES:TS:2015:2618], la Sala señala que la incapacidad reconocida tiene su causa en un nuevo siniestro que provocó la agravación de las lesiones por las que fue alta por curación, por lo que debe ser considerada responsable la Mutua que aseguraba el riesgo al tiempo de ocurrir los hechos que fueron determinantes del reconocimiento de una incapacidad permanente.

En **STS 19-05-2015 (Rc. 1455/13)** [ECLI:ES:TS:2015:2606], la Sala IV entiende que la entidad responsable de la prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional reconocida a la actora, corresponde al ISM cuando la enfermedad se contrajo 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. Además, la Sala IV devuelve las actuaciones a la Sala de origen para que entre a conocer sobre el fondo del asunto, por entender que la empresa está legitimada para iniciar un procedimiento en que se discute la contingencia de una incapacidad permanente, ya que la condena a la aseguradora supone una condena implícita a la empresa que puede tener interés en futuros pleitos.

## **5.-Desempleo**

### **5.1.-Nivel contributivo**

#### **5.1.2.-Desempleo parcial**

Como consecuencia de la reducción de jornada de un funcionario interino, éste solicitó prestación de desempleo parcial, que le fue denegada por el SPEE y en instancia y suplicación, por entenderse que al no haberse extinguido en su totalidad la relación laboral, no procedía el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo parcial. La Sala IV, en **STS 01-07-2015 (Rc. 3408/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3817], **STS 27-07-2015 (Rc. 2881/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4550], **STS 09-09-2015 (Rc. 2880/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4064], **STS 14-09-2015 (Rc. 2467/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4057], **STS 14-09-2015 (Rc. 2009/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4558], **STS 15-09-2015 (Rc. 2796/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4060], **STS 27-10-2015 (Rc. 2876/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4570], **STS 18-12-2015 (Rc. 2378/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5851], **STS 21-12-2015 (Rc. 3993/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5852], **STS 17-02-2016 (Rc. 670/15)** [ECLI:ES:TS:2016:737], **STS 27-07-2015 (Rc. 2862/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5647], **STS 14-03-2016 (Rc. 424/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1579], reconoce el derecho a la prestación por desempleo parcial, tras sistematizar los requisitos para su acceso en evolución histórica, y señalar que desde el RD 1167/1083, de 27 de abril, se permitía la protección

por desempleo de funcionarios de empleo y personal contratado de colaboración temporal de Derecho Administrativo sin distinguir entre desempleo total o parcial y sin excluir ésta, por lo que procede el reconocimiento de dicha prestación.

### **5.1.3.-Régimen de compatibilidades e incompatibilidades**

#### **5.1.3.1.-Incompatibilidad entre percibo de la prestación y trabajo**

El actor, que percibía prestaciones por desempleo, fue sorprendido por la Inspección de Trabajo desempeñando actividades en un restaurante, sin que la empresa le diera de alta ni el trabajador lo comunicara a la Entidad Gestora, por lo que se procedió a la extinción de la prestación por desempleo con invocación del art. 26.2 LISOS, por incumplimiento de la obligación del trabajador de comunicar la realización de trabajos compatibles con la prestación, comunicación que se realizó tras la visita inspectora. La Sala IV, en **STS 13-05-2015 (Rc. 2785/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3089], señala que el art. 221.1 LGSS prohíbe compatibilizar prestación o subsidio por desempleo y trabajo por cuenta ajena, de forma que cuando se superponen prestaciones por desempleo y trabajo sin comunicarse al SPEE, no debe acudir al art. 26.2 (infracciones muy graves), sino al art. 25.3 LISOS (infracciones graves), lo que no impide que proceda la extinción de la prestación.

Reiterando dicha jurisprudencia, la Sala IV, en **STS 29-07-2015 (Rc. 2788/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4355], igualmente entiende que procede la extinción de la prestación, y aunque erróneamente en la resolución administrativa se invoque el art. 26.2 LISOS en lugar del art. 25.3 LISOS -que es el que debía ser de aplicación-, ya que las consecuencias que se prevén en ambos preceptos son las mismas.

#### **5.1.3.2.-Incompatibilidad entre percibo de la prestación y jubilación**

Al trabajador, que percibía pensión del Régimen de Clases Pasivas y que con posterioridad prestó servicios en el Régimen General de la Seguridad Social percibiendo prestación por desempleo tras cumplir los 65 años de edad, se le reclamó dicha prestación, por lo que presentó demanda considerando que tenía derecho a la misma, pretensión desestimada en instancia y suplicación en que se razonó que la pensión del Régimen de Clases Pasivas es incompatible con la prestación por desempleo una vez alcanzada la edad de jubilación. La Sala IV confirma dicha sentencia en **STS 24-06-2015 (Rc. 3228/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3278], por entender que teniendo en cuenta lo dispuesto en el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, y el régimen de incompatibilidades y requisitos de acceso a la prestación por desempleo previsto en la LGSS, debe entenderse que no es compatible el percibo de dos pensiones, y según el art. 207 LGSS, una vez cumplida la edad de jubilación ordinaria, no se puede tener derecho a la prestación por desempleo salvo que no se acredite el periodo necesario para el acceso a la pensión de jubilación.

### **5.1.3.3.-Compatibilidad entre percibo de la prestación e incapacidad permanente total**

El trabajador, que percibía prestación de incapacidad permanente total, solicitó el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo tras perder aquél en el que prestó servicios distintos de los que dieron lugar al reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total, y respecto del que también fue reconocido en situación de incapacidad permanente total. Dicha pretensión se estimó en instancia, cuya sentencia se revocó en suplicación. La Sala IV casa y anula dicha sentencia para reconocer la compatibilidad entre la pensión e incapacidad permanente total y el desempleo, por entender, en **STS 07-07-2015 (Rc. 2951/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3967], que las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la primitiva declaración de incapacidad permanente total, como consecuencia del desempeño de actividades compatibles con dicha situación, pueden computarse para generar la prestación por desempleo.

### **5.1.4.-Mantenimiento, suspensión o extinción por salida del territorio sin comunicación al SPEE**

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, según la STS 18-10-2012 (Rc. 4325/11) [ECLI:ES:TS:2012:7817], cuya doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en STS 23-10-2012 (Rc. 3229/11) [ECLI:ES:TS:2012:8622] y en numerosas sentencias posteriores. La argumentación dada por la Sala IV es la siguiente: 1) En relación con el concepto de traslado de residencia al extranjero, que es una causa de extinción de la prestación contemplada en el art. 213.1 g) LGSS, aunque 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/CE, se deduce que la residencia temporal se distingue de la estancia empezando a partir de los 90 días de permanencia; 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 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: 1) 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, 2) 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 3) 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           | <b>STS (Pleno),</b> | <b>21-04-2015</b> | <b>(Rc. 3266/13)</b>  |
| [ECLI:ES:TS:2015:2114], | <b>STS</b>          | <b>26-05-2015</b> | <b>(Rec. 1982/14)</b> |
| [ECLI:ES:TS:2015:3023], | <b>STS</b>          | <b>29-06-2015</b> | <b>(Rc. 2896/14)</b>  |
| [ECLI:ES:TS:2015:3678], | <b>STS</b>          | <b>21-12-2015</b> | <b>(Rc. 817/15)</b>   |
| [ECLI:ES:TS:2015:5824], | <b>STS</b>          | <b>27-01-2016</b> | <b>(Rc. 3856/14)</b>  |
| [ECLI:ES:TS:2016:741],  | <b>STS</b>          | <b>02-03-2016</b> | <b>(Rc. 1006/15)</b>  |
| [ECLI:ES:TS:2016:1251], | <b>STS</b>          | <b>14-03-2016</b> | <b>(Rc. 712/15)</b>   |
| [ECLI:ES:TS:2016:1539], | <b>STS</b>          | <b>07-06-2016</b> | <b>(Rc. 2183/14)</b>  |

[ECLI:ES:TS:2016:2927], 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 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, ofreciéndose 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.

### **5.1.5.-Devolución de la prestación por coincidencia con salarios de tramitación**

En STS 22-09-2009 (Rc. 3856/08) [ECLI:ES:TS:2009:5244], 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 01-02-2011 (Rc. 4120/09) [ECLI:ES:TS:2011:1003], dictada en Sala General (que contiene voto particular que suscriben 4 Magistrados), 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 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. Dicha doctrina 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 STS 02-03-2015 (Rc. 903/14) [ECLI:ES:TS:2015:1225].

La jurisprudencia mencionada se aplica igualmente a los supuestos de prestación por desempleo en su modalidad de pago único, ya que en **STS 14-04-2015 (Rc. 1706/14)** [ECLI:ES:TS:2015:2115], ante la obligación impuesta al trabajador, al que le había sido reconocida prestación por desempleo en su modalidad de pago único, y al que se le reclamaba la totalidad de la prestación por desempleo reconocida por haber percibido salarios de tramitación por un periodo parcialmente coincidente con dicha prestación, la Sala IV confirma la sentencia de suplicación que sólo condenó a la devolución de la parte coincidente y no de la totalidad de la prestación.

Igualmente en relación con la prestación por desempleo y salarios de tramitación, en un supuesto en que los trabajadores, cuyos despidos fueron declarados improcedentes, percibieron prestaciones por desempleo desde la

fecha del despido hasta la fecha de la readmisión, abonándose por la empresa las cantidades correspondientes a los salarios de tramitación, reclamando el SPEE a la empresa la prestación por desempleo coincidente con los salarios de tramitación, que abonó, por lo que reclamó posteriormente a los trabajadores el pago de las prestaciones que la empresa tuvo que reintegrar al SPEE, la Sala IV tiene que resolver si la acción ha prescrito puesto que lo que se reclamaba no es la prestación por desempleo indebidamente percibida (lo que supondría aplicación del plazo de prescripción de cuatro años del art. 45 LGSS), sino el reintegro de los salarios de tramitación indebidamente percibidos (lo que supondría aplicación del plazo de prescripción de un año del art. 59.2 ET). La **STS 29-03-2016 (Rc. 2682/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1822], interpreta el art. 209.5 LGSS en el sentido de que es claro que cuando ya han sido abonados los salarios de tramitación, la empresa tiene acción para exigir al trabajador el pago de la prestación cobrada por él y debidamente ingresada por la empresa en el SPEE, por lo que al reclamarse precisamente eso, la prestación por desempleo, la norma sobre prescripción aplicable es el art. 45 LGSS, fijándose el dies a quo para computar el plazo de prescripción, en la fecha en que la empresa ingresa en la entidad gestora la cantidad que reclama en concepto de prestaciones indebidas por causa no imputable al trabajador.

#### **5.1.6.-Cálculo del importe cuando se prestan servicios a tiempo parcial**

Respecto a cómo se determina el importe máximo y mínimo de la prestación por desempleo en un supuesto en que se prestaron servicios a tiempo parcial, si teniendo en cuenta lo ocurrido durante los últimos 180 días (art. 211.1 LGSS) o si ha de atenderse a los periodos de ocupación cotizada en los 6 años anteriores (art. 201.1 LGSS), la Sala IV, en **STS 20-05-2015 (Rc. 2382/14)** [ECLI:ES:TS:2015:2823] y **STS 08-03-2016 (Rc. 1360/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1758], entiende que si bien atendiendo a lo dispuesto en el art. 211.3 LGSS en redacción dada por RDL 20/2012, de 13 de julio, -que dispone que "*En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinan teniendo en cuenta el indicador público de retas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho periodo*"- debería realizarse el cálculo en atención a los 180 días, puesto que es de aplicación la normativa anterior, debe realizarse el cálculo teniendo en cuenta los 6 años anteriores a la situación de desempleo.

#### **5.1.7.-Reposición de la prestación por desempleo**

##### **5.1.7.1.-No reposición cuando ERE trae causa diversa del ERTE**

Al trabajador, tras ser despedido por causas objetivas -despido que fue declarado improcedente por defectos en la carta de despido- se le reconoció el derecho a la prestación por desempleo por 720 días, si bien se le descontaron 120 días como consecuencia de que se había suspendido su contrato previamente en virtud de Resolución de la Autoridad Laboral. La Sala IV, en



**STS 13-05-2015 (Rc. 2203/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3009], confirma la sentencia desestimatoria de la demanda en que reclamaba que se le repusieran las prestaciones consumidas, por entender que para que pueda reponerse la prestación por desempleo, es necesario que la extinción de los contratos tenga la misma causa que generó la suspensión, y en el presente supuesto la improcedencia del despido se declara no en atención a la causa, sino por defectos formales, por lo que no procede reponerle los días de prestación solicitados.

#### ***5.1.7.2.-No reposición si no se cumplen las exigencias legales respecto de periodos de suspensión y extinción***

Como consecuencia de la suspensión colectiva de contratos por causas económicas (ERTE), el trabajador vio suspendido su contrato por 70 días entre 2010 y 2011, percibiendo durante ellos la prestación por desempleo. Al permanecer la empresa en una situación económica negativa, el trabajador fue despedido en el marco del concurso voluntario, reconociéndosele prestaciones por desempleo, pero descontando los 70 días consumidos por el ERTE. Ante la cuestión de si deben reponerse las prestaciones durante el año 2013, dicha pretensión fue desestimada en instancia, cuya sentencia fue revocada en suplicación, por cuanto se entendió por la Sala que las normas anteriores al RD-Ley 1/2013, de 25 de enero, demuestran la voluntad del legislador de favorecer la reposición de las prestaciones por desempleo cuando se produce un ERE extintivo precedido de un ERTE. En casación unificadora se plantea la cuestión de si cabe la reposición de prestaciones por desempleo percibidas en el año 2010, como consecuencia de un ERE suspensivo, cuando la relación laboral se extingue en 2013. La Sala IV, en **STS 16-12-2015 (Rc. 439/15)** [ECLI:ES:TS:2015:5762], considera que no es posible reponer las prestaciones por desempleo lucradas al amparo de ERTES cuando no se cumplen las exigencias previstas en la normativa aplicable en cada momento para la reposición de las prestaciones, normativa que es la siguiente: 1) La Ley 27/2009, de 30 de diciembre, contempla una posible reposición de hasta 120 días de prestaciones siempre que la suspensión se haya producido entre el 01-01-2008 y el 31-12-2010 y la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 09-03-2009 y el 31-12-2012; 2) La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, determina que las resoluciones autorizando las suspensiones deben haberse dictado entre el 01-10-2008 y el 31-12-2011, y el despido o resolución administrativa o judicial que autorice la extinción entre el 18-06-2010 y el 31-12-2012; 3) El RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, prevén la reposición cuando las suspensiones se hayan producido entre el 01-01-2012 y el 31-12-2012 y el despido se produzca entre el 12-02-2012 y el 31-12-2013; 4) El RD-Ley 1/2013, de 25 de enero, amplía el plazo para la reposición del derecho a la prestación por desempleo con un límite de 180 días, cuando la suspensión se produzca entre el 01-01-2012 y el 31-12-2013, y el despido se produzca entre el 12-02-2012 y el 31-12-2014, entrando en vigor la norma el 01-01-201. En atención a ello, considera que cuando en el momento de la extinción del contrato y surge la situación legal de desempleo, está vigente una norma que no permite conforme a los plazos exigidos respecto del momento de suspensión y de extinción, que se apliquen sus efectos para reponer las prestaciones, y posteriormente surge otra que

retrotrae sus efectos sin que tampoco concuerden los periodos respecto de la suspensión y extinción que permitirían la reposición de prestaciones, no procede reponer las prestaciones consumidas. Añade la Sala IV que no puede aplicarse un criterio flexibilizador de las condiciones previstas legislativamente como así se hizo en la sentencia de suplicación, ya que ello supone *“forzar la literalidad de la norma o ignorar los mandatos del legislador”*. A idéntica conclusión se llega en **STS 28-04-2016 (Rc. 552/15)**.

Siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, en **STS 23-02-2016 (Rec. 762/15)** [ECLI:ES:TS:2016:2218], y ante el supuesto de quien estuvo sujeto a varios ERTES en 2009 y 2011, por lo que percibió prestaciones por desempleo en dichos años, extinguiéndose el contrato en 2013, y reconociéndosele la prestación por desempleo pero descontando los días consumidos como consecuencia de los ERTES anteriores, se reitera que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 3/2012, de 6 de julio -norma de aplicación a la fecha de la extinción del contrato de trabajo-, no procede reponer las prestaciones teniendo en cuenta que sólo procedería la reposición cuando la extinción se produjera entre el 12-02-2013 y el 31-12-2013, habiéndose percibido prestaciones por desempleo (derivadas de los ERTES) entre el 12-02-2012 y el 31-12-2013, lo que en el presente supuesto no ha acontecido.

#### ***5.1.7.3.-Reposición de la prestación aunque la extinción no derive de un despido***

Siguiendo lo dispuesto en la jurisprudencia sobre reposición de la prestación por desempleo, la Sala IV, en **STS 18-05-2016 (Rc. 2919/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2913], resuelve la cuestión de si es posible reponer la prestación por desempleo consumida durante un periodo de suspensión temporal del contrato por causas organizativas y productivas, cuando la extinción contractual no se produce directamente por una resolución administrativa que autorice la extinción, sino por no acogerse el trabajador a una medida de movilidad geográfica adoptada por el empresario e incluida en el plan de reestructuración empresarial global. Considera la Sala IV que ello procede, ya que aunque la extinción contractual no se articula por los cauces de los arts. 51 y 52 c) ET, la extinción derivada del rechazo a la movilidad geográfica se enmarca en el contexto de una serie de medidas de flexibilidad interna y externa afectantes a una reestructuración empresarial global por causas organizativas y productivas. Añade la Sala que la finalidad de la norma (el art. 3 Ley 27/2009, de 30 de diciembre, en el caso), es evitar que el trabajador que sufre una suspensión temporal de su contrato tenga que soportar las prestaciones por desempleo minorando las que tuviera derecho en el supuesto de que el contrato se extinguiera, finalidad que es acorde con la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a las aproximaciones de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en que se equiparan el “despido” y las “extinciones de contrato asimiladas al despido”

#### ***5.2.-Subsidio por desempleo***

### **5.2.2.-Determinación del nivel de ingresos en atención a las cargas familiares**

A efectos de determinar cómo deben computarse las cargas familiares para el 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 en particular, si debe incluirse como divisor a la persona que aporta los ingresos (en el caso el cónyuge), y 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 (Rec. 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 (Rec. 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 tiene 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. En definitiva, no teniendo ingresos el actor que superen el 75% SMI, deben tenerse en cuenta todos los ingresos de la unidad familiar y dividir su cuantía por el número de miembros.

### **5.2.3.-Ingresos a tener en cuenta a efectos de carencia de rentas: netos y no brutos**

En atención a lo fallado en la STS (Pleno) 28-10-2009 (Rc. 3354/08) [ECLI:ES:TS:2009:7789] –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.

### **5.2.4.-Suspensión del subsidio por venta de un inmueble**

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 03-02-2015 (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]- entiende que procede la suspensión durante el mes en que se produjo el incremento de renta pero no la extinción. Argumenta que: 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, por lo que lo que procede es la suspensión en dicho mes pero no la extinción del mismo.

### ***5.2.5.-Extinción por falta de comunicación del incremento de renta***

A pesar de que conforme a la jurisprudencia anterior en relación con la obtención de ingresos puntuales y la influencia que ello tiene en la carencia de rentas necesaria para tener derecho al subsidio por desempleo, se determinó que ello suponía precisamente eso, un ingreso puntual que conllevaba la suspensión de la prestación pero no su extinción, la misma cambia como consecuencia de una reformulación de su doctrina por la propia Sala IV. La cuestión que llevó a dicho replanteamiento y cambio jurisprudencial, procede de un supuesto en que la actora, que tenía reconocido y percibía subsidio por desempleo para mayores de 52 años, rescató un Plan de Pensiones, que declaró en el IRPF pero no lo comunicó a la Entidad Gestora en el momento de su rescate, por lo que se dictó resolución por la Entidad Gestora que acordó la suspensión del subsidio, advirtiendo que si en el plazo de 12 meses no presentaba declaración anual de rentas, se produciría la extinción automática del subsidio, presentando declaraciones en las que no consta ninguna percepción por trabajo, capital mobiliario o inmobiliario, actividades profesionales o agrarias u otras rentas, dictándose resolución en la que se extinguía la prestación y se declaraba la percepción indebida de prestaciones por considerarse que había obtenido rentas en cómputo mensual superior al 75% SMI como consecuencia del rescate del plan de pensiones y no comunicación de la obtención de las rentas, lo que conforme a los arts. 25.3 y 47.1 b) LISOS, implicaba la extinción del mismo. En suplicación se confirma la sentencia de instancia que consideró que procedía la suspensión y no la extinción del subsidio, puesto que la imputación de los ingresos obtenidos por la liquidación del fondo de pensiones debe imputarse a un solo mes, que sería el único periodo de tiempo durante el cual no tendría derecho la beneficiaria a percibir el subsidio, lo hubiera comunicado o no a la Entidad Gestora. Ante la cuestión de si el rescate de un plan de pensiones puede considerarse como renta o ingresos computables en su totalidad a efectos de determinar la subsistencia del requisito de carencia de rentas exigido por el art. 215.3 LGSS para seguir percibiendo el subsidio, la Sala IV, en **STS (Pleno), 03-02-2016 (Rc. 2576/14)** [ECLI:ES:TS:2016:621], interpretando la normativa sobre los Planes y Fondos de Pensiones, en particular los arts. 4 y 8 del RD Legislativo de 1/2002, de 29 de noviembre, rectifica su anterior jurisprudencia que

consideraba renta al rescate obtenido por el Plan de Pensiones, para considerarlo como un ingreso de naturaleza prestacional equiparable a renta de trabajo. En atención a ello concluye que como consecuencia del rescate del Plan de Pensiones, la actora no ha ingresado en su patrimonio nada que no tuviera ya, de forma que sustituyó un elemento patrimonial (el Plan de Pensiones) por otro (el dinero obtenido por el rescate del Plan), siendo lo único relevante la ganancia, plusvalía o rendimiento que hubiera podido obtener por el rescate del citado Plan, concluyendo que las únicas rentas o ingresos computables son los rendimientos, plusvalías o beneficios que le haya podido generar el Plan de Pensiones durante el tiempo en que el mismo subsistió, sin que *“quepa imputar como renta o ingreso el importe total del rescate del mismo”*, y al no constar si habían existido dichos beneficios, ni el importe de los mismos, la actora no cometió ninguna infracción derivada de no comunicar la obtención de rentas.

Partiendo de la base de que la Sala rectifica su jurisprudencia anterior para considerar que a efectos de carencia de rentas lo que hay que tener en cuenta es la plusvalía por el rescate de un plan de pensiones, la Sala IV vuelve a abordar la cuestión de si procede la extinción o la suspensión del subsidio cuando se rescatan planes de ahorro y la Entidad Gestora pretende la extinción con invocación de la LISOS por falta de comunicación de la ganancia. En el supuesto examinado por la Sala IV, la actora, perceptora de subsidio por desempleo para mayores de 52 años, rescató tres planes de ahorro, lo que no comunicó al SPEE, si bien lo declaró en el impuesto de la renta de las personas físicas. Cuando el SPEE tuvo conocimiento de dicho hecho, requirió a la actora para que aportase los datos correspondientes, lo que hizo la interesada, si bien se dictó resolución por la que se le extinguió el subsidio y se le reclamaron en cuanto que indebidas las prestaciones percibidas desde la fecha del rescate de los tres planes. Ante la cuestión de si procede la extinción de la prestación o la suspensión por un mes (aquél en que se percibieron las cantidades rescatadas del plan), la Sala IV, en **STS (Pleno) 19-02-2016 (Rc. 3035/14)** [ECLI:ES:TS:2016:894], -sentencia que contiene 2 votos particulares- considera: 1) Que el art. 219.2 LGSS contiene una causa específica de suspensión del subsidio, precepto que se tiene que completar con lo dispuesto en los arts. 212.1 y 213.1 LGSS (preceptos que contienen situaciones que conllevan la suspensión o la extinción del derecho a la prestación por desempleo y que se aplican también al supuesto de subsidio por desempleo); 2) El perceptor del subsidio debe cumplir la exigencia de aportar, tanto a efectos de reconocimiento inicial, como para el mantenimiento del subsidio, la documentación en la que se acrediten los requisitos necesarios para la percepción y mantenimiento del mismo; 3) La no comunicación del ingreso por parte de la perceptora del subsidio, supone una infracción grave del art. 25.3 LISOS, que conlleva, conforme al art. 47.1 LISOS, la extinción del subsidio por desempleo; 4) En los supuestos en que la extinción del derecho trae causa de un expediente sancionador en los que se aplica la sanción prevista en el art. 47.1 b) LISOS, la no declaración de los ingresos ha de suponer la extinción del subsidio y no la suspensión imputable al mes en que se produjo el devengo (lo que ocurriría si se hubiera puesto en conocimiento de la Entidad Gestora la existencia de ingresos que superan los previstos en el art. 215 LGSS). Añade la Sala que si bien debería existir coordinación entre lo dispuesto en la LGSS y

la LISOS, ello no implica que deba presentarse cuestión de inconstitucionalidad por ausencia de proporcionalidad entre lo dispuesto en la LGSS y la LISOS.

Siguiendo lo dispuesto en la sentencia anterior, en **STS (Pleno) 22-02-2016 (Rc. 994/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1355], se reitera que procede extinguir el subsidio por desempleo por rescate de un plan de inversiones que no se comunicó a la Entidad Gestora.

## **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. 2930/2013) [ECLI:ES:TS:2014:3794], cuya doctrina se reitera en **STS 30-07-2015 (Rc. 2782/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4235], 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.-Prestación por cese de actividad de Autónomos**

Ante la cuestión de si un trabajador autónomo económicamente dependiente tiene derecho o no a percibir de la Mutua la prestación por cese de actividad cuando a la fecha del cese sólo le faltaba un mes de cotización e inmediatamente procedió a su abono sin esperar la invitación al pago por parte de la Mutua, la Sala IV, en **STS 27-10-2015 (Rc. 2663/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4754], entiende que no procede reconocer el derecho a la prestación por no tener cubierto el periodo de carencia en el momento del hecho causante, ya que en aplicación de los arts. 4 de la Ley 32/2010 de 5 de agosto, que exige tener cubierto un periodo de carencia y hallarse al corriente en pago de las cuotas, no teniendo que aplicarse el segundo cuando no se cumple el primero.

## **8.-Prestación por 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], STS 13-11-2014 (Rc. 2684/13) [ECLI:ES:TS:2014:5603], **STS 22-01-2016 (Rc. 1931/14)** [ECLI:ES:TS:2016:742], en la que señala 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.

## **9.-Prestación de riesgo durante la lactancia**

No procede reconocer el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia a trabajadora que presta servicios en un centro de pre-educación de menores como educadora en turnos rotativos que incluye fines de semana, consistiendo sus tareas en intervención directa con menores, y existiendo riesgo de agresión y/o posible transmisión de enfermedades infecto-contagiosas. Así lo ha determinado la Sala IV en **STS 13-05-2015 (Rc. 3114/13)** [ECLI:ES:TS:2015:3240], en la que siguiendo reiterada jurisprudencia anterior, se señaló que no procede el reconocimiento del derecho a dicha prestación, cuando no se acredita la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo.

## **10.-Viudedad**

### **10.1.-En supuestos de parejas de hecho**

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad conforme a los criterios exigidos para parejas de hecho, quien habiéndose separado judicialmente de su cónyuge no comunica la reconciliación al Juzgado, en **STS 23-06-2015 (Rc. 2132/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3490], no se entra a conocer de la cuestión por falta de contradicción con la sentencia de contraste puesto que la recurrida no aborda la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, sino desde la de separación, sin que se recurra en casación por incongruencia omisiva.

### **10.2.-En supuestos de divorcio**

La Sala IV, en **STS 20-07-2015 (Rc. 3078/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3455], **STS 16-02-2016 (Rc. 33/14)** [ECLI:ES:TS:2016:890] deniega el derecho a la pensión de viudedad a quien habiendo estado casada con el causante se divorció de él, reanudando posteriormente la convivencia y así constando ante Notario, pero sin comunicar la reconciliación al Juzgado, por cuanto no se cumplen las exigencias para obtener la pensión desde la situación de pareja de hecho, cuyos requisitos no cumplen. Argumenta la Sala IV que la situación matrimonial es contraria a la situación de pareja de hecho, ya que: 1) en el matrimonio los cónyuges tienen que vivir juntos, mientras que en las parejas de hecho la convivencia es voluntaria; 2) en la separación está vigente el vínculo matrimonial, por lo que no puede constituirse válidamente una pareja de hecho aunque convivan juntos, sino que lo que existe es una reconciliación en que los cónyuges vuelven a vivir juntos; 3) en el divorcio, una vez disuelto el vínculo matrimonial, puede generarse una situación de pareja de hecho entre los cónyuges, de forma que para tener derecho a la pensión de viudedad, deben cumplirse todas las exigencias legales para obtener la pensión desde dicha situación; en atención a ello, deniega el derecho a la pensión de viudedad

puesto que no se cumplen las exigencias para obtener la pensión desde dicha situación.

### **10.3.-En supuestos de violencia de género**

La actora, que había denunciado durante su matrimonio a su marido por violencia de género, obteniendo sentencias absolutorias con anterioridad a la separación, y condenatoria con posterioridad a la misma (por falta de amenazas contra el hijo de la actora), solicitó pensión de viudedad que le fue denegada por haber transcurrido más de 10 diez años entre la fecha de la separación y la del fallecimiento conforme a la DT 18ª LGSS. En instancia se estimó la pretensión de la actora de que le fuera reconocida la pensión por ser víctima de violencia de género. La Sala de suplicación revoca dicha sentencia, por considerar no acreditada la situación de violencia de género al tiempo de la separación en los términos del art. 174.2 LGSS, pues la denuncia de malos tratos anterior a la separación desembocó en sentencia absolutoria. La Sala IV, en **STS 20-01-2016 (Rc. 3106/14)** [ECLI:ES:TS:2016:178], interpretando el art. 174.2 LGSS en redacción dada por Ley 26/2009, 23 de diciembre, que es la aplicable al supuesto enjuiciado por producirse el fallecimiento del causante en el 2010, que prevé una excepción a que no hayan transcurrido 10 años entre la fecha de la separación y la del fallecimiento del causante cuando se es víctima de violencia de género, y recordando que la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, en su art. 23, prevé los supuestos en que se acredita dicha situación, entre los que se incluye “*cualquier otro medio de prueba admitido en derecho*”, otorga el derecho a la pensión, por considerar que la acreditación de ser víctima de violencia de género, que puede realizarse por cualquier medio admitido en derecho, permite que la testifical del hijo de la actora, que obtuvo una sentencia penal que condenó al padre por violencia, es un indicio más que suficiente de que había existido una situación conflictiva entre los esposos, como también lo es que la sentencia absolutoria penal frente a la denuncia presentada por la actora contra su marido antes de la separación, procediera por haberse retirado la denuncia.

### **11.-Prestación en favor de familiares**

Ante la cuestión de si tiene derecho a la prestación a favor de familiares quien ostentando la condición de persona con discapacidad y vivía a expensas de sus padres que fallecen, junto con un hermano que tiene ingresos, la Sala IV, en **STS (Pleno) 15-10-2015 (Rc. 1045/14)** [ECLI:ES:TS:2015:5561], entiende que ello procede por cuanto: 1) El art. 176 LGSS prevé la prestación a favor de familiares a quien carezca de medios propios; 2) Por su parte el art. 40 del Decreto 1646/1972, de 21 de junio, dispone que además no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos según la legislación civil; 3) La presencia de un familiar obligado a satisfacer alimentos elimina el derecho a la prestación de Seguridad Social; 4) La obligación de prestar alimentos entre hermanos se regula en la normativa civil; 5) Aunque para la legislación civil, entre hermanos existe una obligación de naturaleza alimenticia, ello es distinto al deber de prestarse alimentos en sentido propio y completo, de lo que se puede concluir que la obligación civil de prestarse mutuos auxilios que pesa entre hermanos no debe



equiparare a la de alimentos cuando se trata del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, lo que implica que la existencia de hermanos no impide que surja el derecho a la prestación en favor de familiares con independencia de su nivel de rentas

## 12.-Impugnación por las Mutuas de la imputación de responsabilidad

Ante la cuestión de si se puede impugnar una resolución del INSS en el plazo previsto en el art. 71.2 LRJS, por una Mutua, cuando se le imputó la responsabilidad derivada del reconocimiento de prestaciones derivadas de enfermedad profesional, antes de que haya prescrito el derecho, la Sala IV, en **STS (Pleno) 15-06-2015 (Rc. 2648/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3015], **STS (Pleno) 15-06-2015 (Rc. 2766/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3016], **STS 20-07-2015 (Rc. 3420/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4416], **STS 14-09-2015 (Rc. 3775/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3845], **STS 15-09-2015 (Rc. 3477/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3816], **STS 15-09-2015 (Rc. 96/15)** [ECLI:ES:TS:2015:3972], **STS 15-09-2015 (Rc. 3745/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4061], **STS 16-09-2015 (Rc. 3128/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4232], **STS 15-10-2015 (Rc. 3852014)** [ECLI:ES:TS:2015:4835], **STS 20-10-2015 (Rc. 3927/14)** [ECLI:ES:TS:2015:4562], **STS 14-12-2015 (Rc. 744/15)** [ECLI:ES:TS:2015:5599], **STS 14-12-2015 (Rc. 1152/15)** [ECLI:ES:TS:2015:5777], **STS 15-12-2015 (Rc. 291/15)** [ECLI:ES:TS:2015:5598], **STS 15-12-2015 (Rec. 288/15)** [ECLI:ES:TS:2015:5601], **STS 16-12-2015 (Rc. 441/15)** [ECLI:ES:TS:2015:5602], **STS 01-03-2016 (Rc. 1536/2015)**, **STS 01-03-16 (Rc. 1817/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:1316], **STS 02-03-2016 (Rc. 1244/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1046], **STS 02-03-2016 (Rc. 3945/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1256], **STS 02-03-2016 (Rc. 995/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1267], **STS 02-03-2016 (Rec. 754/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1517], **STS 02-03-2016 (Rc. 1338/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1915], **STS 03-03-2016 (Rc. 1491/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1255], **STS 08-03-2016 (Rc. 1098/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1044], **STS 08-03-2016 (Rc. 1099/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1238], **STS 08-03-2016 (Rc. 889/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1525], **STS 08-03-2016 (Rc. 1099/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1238], **STS 08-03-2016 (Rc. 3753/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1532], **STS 08-03-2016 (Rc. 2028/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1916], **STS 14-03-2016 (Rec. 686/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1533], **STS 15-03-2016 (Rc. 1448/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1535], **STS 15-03-2016 (Rc. 2029/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1536], **STS 29-03-2016 (Rc. 2996/14)** [ECLI:ES:TS:2016:1759], **STS 31-03-2016 (Rc. 749/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1761], **STS 07-04-2016 (Rc. 44/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1763], **STS 07-04-2016 (Rc. 27/15)** [ECLI:ES:TS:2016:1829], **STS 12-04-2016 (Rc. 3855/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2229], **STS 27-04-2016 (Rc. 477/15)** [ECLI:ES:TS:2016:2283], **STS 29-04-2016 (Rc. 445/14)** [ECLI:ES:TS:2016:2247], **STS 03-05-2016 (Rc. 26/15)** [ECLI:ES:TS:2016:2508], **STS 04-04-2016 (Rc. 732/15)**

|                         |            |                                      |                                      |
|-------------------------|------------|--------------------------------------|--------------------------------------|
| [ECLI:ES:TS:2016:2248], | <b>STS</b> | <b>06-05-2016</b>                    | <b>(Rc. 573/15)</b>                  |
| [ECLI:ES:TS:2016:2245], | <b>STS</b> | <b>09-05-2016</b>                    | <b>(Rc. 3871/14)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2279], | <b>STS</b> | <b>11-05-2016</b>                    | <b>(Rc. 876/15)</b>                  |
| [ECLI:ES:TS:2016:2523], | <b>STS</b> | <b>11-05-2016</b>                    | <b>(Rc. 747/15)</b>                  |
| [ECLI:ES:TS:2016:2525], | <b>STS</b> | <b>11-05-2016</b>                    | <b>(Rc. 518/15)</b>                  |
| [ECLI:ES:TS:2016:2521], | <b>STS</b> | <b>11-05-2016 (Rec. 3929/14),</b>    | <b>STS 18-05-2016 (Rec. 777/15),</b> |
|                         |            | <b>STS 01-06-2016 (Rec. 1125/15)</b> | <b>[ECLI:ES:TS:2016:2771],</b>       |
|                         |            | <b>STS 01-06-2016 (Rc. 1101/15)</b>  | <b>[ECLI:ES:TS:2016:2769],</b>       |
|                         |            | <b>STS 01-06-2016 (Rc. 1522/15)</b>  | <b>[ECLI:ES:TS:2016:2773],</b>       |
|                         |            | <b>STS 01-06-2016 (Rc. 1737/15)</b>  |                                      |
| [ECLI:ES:TS:2016:2917], | <b>STS</b> | <b>01-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 1821/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2915], | <b>STS</b> | <b>01-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 1185/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2914], | <b>STS</b> | <b>01-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 1097/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2918], | <b>STS</b> | <b>01-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 1335/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2920], | <b>STS</b> | <b>07-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 2507/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2921], | <b>STS</b> | <b>07-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 555/15)</b>                  |
| [ECLI:ES:TS:2016:2926], | <b>STS</b> | <b>07-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 1887/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2919], | <b>STS</b> | <b>07-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 1786/15)</b>                 |
| [ECLI:ES:TS:2016:2932], | <b>STS</b> | <b>08-06-2016</b>                    | <b>(Rc. 47/15)</b>                   |

[ECLI:ES:TS:2016:2925], argumenta: 1) Que el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa por inobservancia del plazo de 30 días establecido en el art. 71.2 LRJS, no afecta al derecho material y por lo tanto no supone prescripción, comportando la caducidad en la instancia y por lo tanto la pérdida del trámite, pudiendo ejercitarse nuevamente la acción cuando no esté afectada por prescripción o caducidad; 2) Dicha conclusión se ha positivizado en el art. 71.4 LRJS, precepto que supone una excepción al régimen administrativo común que dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido; 3) La excepción va referida exclusivamente al reconocimiento de las prestaciones, teniendo como destinatario al beneficiario y no a las Entidades colaboradoras, por lo que éstas no pueden reclamar al INSS pretendiendo se deje sin efecto no los términos de la prestación sino la imputación de responsabilidad; y 4) No es de aplicación lo dispuesto en la DA 6ª LRJAP/PAC, para extender el privilegio procesal a quien no es beneficiario. En atención a ello, considera que la Mutua no puede impugnar, cuando no se ha impugnado en tiempo y forma la resolución en que se le imputa la responsabilidad en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, dicha resolución, por no tratarse de un beneficiario ni ir la pretensión dirigida al reconocimiento de la prestación sino a la imputación de la responsabilidad.

### 13.-SOVI

A efectos de la percepción de una pensión SOVI, deben computarse los días cuota por pagas extra para acreditar el periodo de carencia exigido, en cuantía equivalente a los días a que referían el importe de las pagas extra incluida la paga de beneficios prevista en la Ordenanza Laboral de Comercio de 10-02-1948. Así lo entendió la Sala IV en STS 14-06-1993 (Rc.1980/92) [ECLI:ES:TS:1993:4060], 29-05-2000 (Rc. 2877/99) [ECLI:ES:TS:2000:4341] y 21-07-2000 (Rec. 3237/99) [ECLI:ES:TS:2000:6129], y se reitera en **STS 22-06-2015 (Rc. 1693/14)** [ECLI:ES:TS:2015:3452], en la que se determina que

para el cómputo de los 1800 días exigidos para tener derecho a prestaciones SOVI, deben tenerse en cuenta las cuotas correspondientes a las pagas extraordinarias que correspondiera abonar conforme a la norma sectorial vigente en el momento de su devengo.

### III. DERECHO PROCESAL

#### 1. Competencia del orden social

##### *1.1. Competencia judicial internacional*

La doctrina de la extensa **STS 30-12-13 (Rc 930/13)** sobre la potencial competencia de los tribunales españoles, se reitera ahora en la **STS 18-5-16 (Rc. 3951/14)**, a propósito de la consideración como laboral de la prestación de servicios del demandante, quien suscribió contrato de prestación de servicios con Teksilon Unipessoal Limitada como autónomo, comercial cuyo domicilio es el determinante para fijar la competencia internacional, pues, tratándose de empresario domiciliado en un Estado miembro, serán competentes los tribunales del Estado donde tenga su “domicilio, o, a elección del propio trabajador demandante, los tribunales del Estado donde desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado, o si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador o que las partes hubieran comprometido expresamente su sumisión expresa a los tribunales de un determinado Estado mediante un pacto celebrado después del nacimiento del litigio o, cuando se celebre con anterioridad, permita al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de aquellos a los que las reglas del citado Reglamento confieren la competencia ( artículo 21 del Reglamento CE 44/2001)”.

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

del empleador, si concurren las reglas de conexión que establecen (lugar de desempeño habitual del trabajo, último lugar de desempeño del trabajo o, en supuestos especiales, los del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador) (arg. ex art. 19.2 en relación art. 5.1).

La Sala descarta la competencia de los tribunales nacionales porque el demandante, de nacionalidad española suscribió con la comercial un contrato de prestación de servicios como autónomo, facturando sus servicios de asistencia técnica de ingeniería, prestando dichos servicios en Portugal, teniendo la empresa su domicilio social y arrendada una nave en dicho Estado, donde prestaba dichos servicios, sin que conste acreditado que el contrato se haya suscrito en España, ni que Teksilon España SL pueda ser considerada como agencia, sucursal, delegación o representación en España de la mercantil portuguesa Teksilon Unipessoal Limitada, por lo que, en virtud de lo establecido en los artículos 2.1, 4, 18 y 19 del Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, se ha de declarar la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la cuestión ahora examinada.

### ***1.2. Impugnación de un acto administrativo en materia de Seguridad Social que afecta a la prestación de incapacidad temporal***

La **STS 20-5-15 (Rc. 2675/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3011--, previa aclaración de que tratándose de la determinación del orden jurisdiccional competente debe examinarse de oficio por la Sala, atribuye al orden social el conocimiento de una demanda interpuesta por el SERMAS, en su condición de empresario, en impugnación de la resolución del INSS en la que le reclama cierta cantidad, que había sido deducida en los boletines de cotización de una trabajadora, suma correspondiente al pago delegado de la prestación de incapacidad temporal. Conclusión que resulta del hecho de que el objeto litigioso sea determinar quién –empresa o INSS- debe cargar con el pago del subsidio de incapacidad temporal. Se trata, en suma, de la impugnación de un acto administrativo en materia de Seguridad Social que afecta de lleno a la materia prestacional por lo que es competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción social, por más que la compensación que ha efectuado la empresa por su abono a la trabajadora se haya instrumentado a través de los boletines de cotización que, en el caso, en absoluto comporta acto conexo alguno a la actividad recaudatoria.

### ***1.3. Rectificación de doctrina en materia de impugnación de sanciones impuestas por el Consejo de Ministros***

Merece la consideración de imprescindible la **STS 22-7-15 Impug actos 4/12** --ECLI:ES:TS:2014:455-- en tanto que rectifica reciente doctrina de la Sala [STS 21-1-14 (Rc. 2/12) y 28-10-13 (Rc. 3/12)] para declarar la competencia del orden social para conocer de una demanda contra sanción impuesta por el Consejo de Ministros a una empresa por impago de cuotas a la seguridad social. El nuevo criterio se ajusta a lo mantenido por la Sala Especial de Conflictos de Competencia, en **Auto nº 15- 2014 de 24-9-2014**, en el bien entendido que si bien el orden social no conoce de los actos de afiliación, altas,

bajas y de liquidación de cuotas de Seguridad Social, tal exclusión debe ser interpretada restrictivamente, de manera que de la potestad sancionadora solo se excluyen las “*actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria*”, sin que alcance a las sanciones impuestas por infracción de normas de Seguridad Social cuando no lleven aparejada una liquidación de cuotas, ni se haya suscitado controversia en torno al importe de las cuotas. Tal acontece, a entender de la Sala, en el caso que resuelve, por lo que el pleito tiene encaje en la regla general de atribución competencial al orden social del artículo 2 LRJS.

#### **1.4. Asignación de nivel a trabajadores de la Agencia Tributaria**

Las **STS 27-7-15 (Rc. 1948/14)** --ECLI:ES:TS:2015:4354--, 18-2-16 (Rc. 3375/14) --ECLI:ES:TS:2016:1038--, atribuyen al orden social el conocimiento del litigio sobre nombramiento de los actores por debajo de su nivel consolidado, sin impugnación del acto administrativo de carácter general (Relación de Puestos de Trabajo). Tal criterio casa con la doctrina de la Sala contenida en STS 10-9-10 (Rc. 205/09), que viene a declarar la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de la impugnación de una Relación de Puestos de Trabajo y la competencia cuando las cuestiones en conflicto se hallan vinculadas a la aplicación de las relaciones de puestos de trabajo.

#### **1.5. Conflictos colectivos. Adif**

También es competente el orden social para el conocimiento para las reclamaciones formuladas en las **STS 1-4-15 (Rc. cas. 176/14)** --ECLI:ES:TS:2015:1910--, 23-9-15 (Rc. cas. 106/14) --ECLI:ES:TS:2015:4565-- y 10-11-15 (Rc. cas. 360/14) --ECLI:ES:TS:2015:4838—, por los sindicatos para que en todos los casos de incapacidad temporal de los trabajadores de ADIF se abone la prestación conforme a lo regulado en el convenio colectivo de la empresa y, subsidiariamente, conforme al RDL 20/2012 DA 18<sup>a</sup>, teniendo en cuenta la retribución correspondiente tanto al salario fijo como al variable. Se destaca la naturaleza de la demanda (conflicto colectivo).

A la cuestión competencial se añaden en estas sentencias otras reflexiones que para evitar dispersión se reproducen a continuación, a saber: la parte absuelta puede recurrir cuando entienda que de lo resuelto se le puede derivar perjuicio; ADIF es un organismo público en su versión de entidad pública empresarial y depende de la AGE a través del M<sup>o</sup> de Fomento, hallándose exento de pagar la tasa judicial, y no es preciso llamar al proceso a la AGE, aun cuando se discuta el cumplimiento de la Instrucción dictada en seguimiento del RDL 20/12, sobre complemento de IT para personal al servicio de la AGE, porque la defensa del Estado en juicio acepto el desistimiento, lo que evidencia su falta de implicación y la ausencia de interés.

#### **1.6. Cuestiones relacionadas con ERE antes de la LRJS**

Reiterando doctrina de la Sala, la **STS 22-6-15 (Rc 465/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3479-- atribuye al orden social de la jurisdicción la competencia para conocer de una pretensión de abono de diferencias de

indemnización abonada por la empresa conforme al ERE autorizado, ex LPL. Como se destaca la controversia va referida a una cuestión no expresamente prevista en los acuerdos homologados por la autoridad laboral, por lo que no se cuestiona el contenido de la resolución administrativa que autorizó las extinciones contractuales. El origen del litigio está en que los demandantes fueron prejubilados en el marco del ERE, reconociéndoseles como indemnización un complemento de prestaciones por desempleo conforme al plan acordado en el que no se contemplaba el supuesto en que el abono del complemento no agotara el importe de la indemnización legal que correspondería por extinción de los contratos, reclamándose el importe íntegro de la indemnización o subsidiariamente la diferencia entre la cuantía de la indemnización y el complemento cobrado.

Esta misma doctrina se reproduce en la **STS 3-11-15 (Rc. 2070/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:5130--.

### ***1.7. Cuestiones relacionadas con ERE tras la entrada en vigor de la LRJS***

En la otra cara de la moneda, la **STS 20-11-15 (Rc. cas. 106/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5820-- resuelve la particular impugnación de la extinción del contrato de trabajo planteada por un solo trabajador, derivando de un ERE inicial de 2005, en el que, con posterioridad, recayó una resolución administrativa de septiembre de 2011 complementaria, que autorizaba la extinción del contrato del actor. La Sala declara la competencia del orden social para conocer de la acción, sobre la adecuación a Derecho de la inclusión del demandante en el grupo de los afectados por la autorización extintiva y, en suma, en el análisis de si, debido a su antigüedad, debió de haber sido excluido por constar la existencia de otros trabajadores que cumplieran los requisitos para la inclusión prioritaria. Se destaca que aunque proceda de un ERE de 2005, la actual autorización para extinguir contratos de trabajo se produce tras una distinta solicitud de homologación de un nuevo acuerdo -cuya legalidad en cuanto al procedimiento no se ha cuestionado-, y supone la afectación *ex novo* de unos trabajadores no incluidos en su momento.

### ***1.8. Incompetencia del orden social. Demanda sobre paralización de convocatorias de oferta pública de empleo***

Aplicando doctrina previa al caso de autos, la **STS 30-11-15 (Rc. Cas. 33/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5723-- recuerda la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los conflictos suscitados por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos, salvo promoción interna. Por ello anula la sentencia del TSJ de Extremadura que estimó la demanda de conflicto colectivo formulada por CCOO y declaró que para la convocatoria de concurso para cobertura por turno libre de vacantes en la Junta de Extremadura era necesaria la convocatoria y resolución previa de los concursos de ascenso y traslado. Del suplico de la demanda y de la aclaración del mismo, se deduce que el propósito del sindicato accionante no es en realidad la aplicación o interpretación del art. 15 del Convenio aplicable, sino la paralización de las órdenes de la Junta de convocatoria de acceso libre al empleo público, y esa cuestión

incumbe resolverla al orden contencioso administrativo de la jurisdicción, sin que tal atribución pueda alterarse por el eventual efecto negativo que los actos o resoluciones administrativos de convocatoria pudieran llegar a tener sobre las previsiones convencionales en materia de selección o provisión interna de vacantes.

### ***1.9. Competencia funcional. Competencia de los tribunales españoles en conflictos colectivos que superan las fronteras nacionales***

Resulta de particular relevancia la **STS 20-4-15 (Rc 100/14)** --ECLI:ES:TS:2015:2306-- que declara la competencia funcional del TSJ en un conflicto colectivo de impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo en empresa con sede en Extremadura, donde prestaban servicios unos 900 trabajadores, si bien 6 los prestan en Bruselas y Lisboa. Comienza la sentencia con las siguientes aclaraciones de calado: 1ª) La competencia para conocer los conflictos colectivos corre paralela a su ámbito geográfico. 2ª) Las normas procesales que atribuyen la competencia jurisdiccional ignoran la dimensión internacional del conflicto. 3ª) Ningún órgano jurisdiccional español posee expresa competencia respecto de conflictos colectivos que trasciendan nuestras fronteras. 4ª) El juez natural del conflicto con proyección internacional es el mismo que lo sería si careciera de ella. 5ª) El Convenio de Bruselas y los Reglamentos Comunitarios que lo han sustituido no alteran el resultado anterior.

Ello supone que la existencia de trabajadores destacados en otros países comunitarios no altera la competencia judicial nacional, pues no hay equivalencia entre la situación de la empresa que posee centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas y la de aquella que solo está establecida en una Comunidad y tiene delegaciones internacionales. Con esta base jurídica la Sala anula la sentencia recurrida con indicación de que la nueva sentencia debe partir de que el Tribunal competente para resolver el conflicto suscitado, afecte o no a los seis trabajadores que prestan servicios fuera de España, es el TSJ de Extremadura.

## **2. Fases previas al procedimiento**

### ***2.1. Conciliación administrativa previa***

La **STS 26-1-16 (Rc. 2227/14)** --ECLI:ES:TS:2016:761-- se pronuncia sobre la aplicación al plazo legal de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de despido de las reglas procesales que fija el art 135 LEC. En el particular supuesto que resuelve, la empresa notificó el despido a la trabajadora el 15-11-12, presentando papeleta de conciliación el 21º día hábil posterior al despido, y el 18-12-12 la demanda. La Sala reitera doctrina apreciando que no ha caducado la acción puesto que el plazo correspondiente se ha congelado al presentarse la papeleta dentro del 21º día y la demanda presentada antes de la celebración del intento de conciliación, se hallaría dentro del plazo. Al efecto se advierte que la conciliación administrativa no es realmente un procedimiento administrativo, ni tampoco es independiente del

proceso laboral y, por tanto, el plazo de caducidad de la acción queda congelado durante la sustanciación de la conciliación, es decir, desde que se interpone la papeleta hasta que se celebra el acto, de modo que la papeleta podrá interponerse antes de las 15 horas del día 21º.

## **2.2. Prestaciones por enfermedad profesional. No reapertura del procedimiento años después**

La relevante doctrina de la Sala sobre la responsabilidad del INSS en el abono de la prestaciones derivadas de enfermedad profesional declaradas con posterioridad al 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007), ha dado alas a las Mutuas para formular ante la entidad gestora las reclamaciones correspondientes para que se dejen sin efecto las resoluciones por las que en su día se les impuso responsabilidad. Esta pretensión ha quedado, no obstante, cegada por completo con las importantísimas **STS 15-6-15 (Rc 2648/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3015-- y **15-6-15 (Rc 2766/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3016-- --y el sinfín de las dictadas a su albur, sólo por citas las más recientes: **TS 27-4-16 (Rc. 477/15)** --ECLI:ES:TS:2016:2283--, **12-4-16 (Rc. 3855/14)** --ECLI:ES:TS:2016:2229--, **3-5-16 (Rc. 346/15)** --ECLI:ES:TS:2016:2257--, **6-5-16 (Rc. 573/15)** --ECLI:ES:TS:2016:2245--, **4-5-16 (Rc. 732/15)** - ECLI:ES:TS:2016:2248-, **9-5-16 (Rc. 3871/14)** --ECLI:ES:TS:2016:2279--, al entender la Sala que la no impugnación de una resolución que impuso en su día responsabilidad a la Mutua en el plazo previsto por el art. 71.2 LRJS, impide que ésta pueda reclamar en vía judicial frente a aquella imputación antes de que haya prescrito el derecho sustantivo.

Tal conclusión resulta de la convicción de que el art. 71.4 LRJS, a cuyo tenor «... podrá reiterarse la reclamación previa de haber caducado la anterior, en tanto no haya prescrito el derecho... », no es de aplicación a las Mutuas, como tampoco la jurisprudencia en la que trae causa. Y ello porque la previsión del referido art. 71.4 significa una excepción al régimen común administrativo, en el que en aras al principio de seguridad jurídica, al interés general en juego y a la «ejecutividad» propia del acto administrativo [LRJAP/PAC arts. 56 y 57], se dispone la inatacabilidad del acto que gana firmeza por haber sido consentido [al no haberse recurrida en tiempo y forma] o por ser reproducción de otro consentido [LJCA art. 28]. Y si se excepciona en «materia de prestaciones de Seguridad Social», presumiblemente por la particular debilidad de de los beneficiarios.

Además, la excepción que prevé el precepto va exclusivamente referida al «reconocimiento» de las prestaciones, que era precisamente a lo que se limitaba la jurisprudencia que el precepto ha positivizado, teniendo como destinatario implícito al «beneficiario», no a las Entidades colaboradoras, a las que incluso se alude –apartado 3– como sujetos pasivos de la reclamación previa. Los términos y expresiones utilizadas por la norma resultan del todo ajenos a la reclamación efectuada por la Mutua Patronal frente al INSS.

Sin que, por lo demás, se pueda extender un comprensible privilegio procesal de los beneficiarios a quien no disfruta de tal cualidad, por el juego de



la DA 6ª LRJAP/PAC [«La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo en los términos previstos en el artículo 2º ... de la Ley de Procedimiento Laboral ... se regirán por lo dispuesto en dicha Ley»], que nada añade a la cuestión, puesto que no comporta interpretación alguna del señalado art. 71.

### **2.3. Efecto interruptivo de la prescripción de la papeleta de conciliación**

Aunque reitera doctrina anterior a la vigencia de la LRJS, tiene interés la **STS 20-7-15 (Rc. 1807/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3949--, que afirma que la presentación de la papeleta de conciliación frente al empresario tiene también un efecto interruptor de la prescripción frente al FOGASA, como responsable subsidiario. En el caso concreto que resuelve los actores presentaron papeleta de conciliación y posterior demanda frente a su empresario dentro del plazo de un año recogido en el art. 59 del ET, y posteriormente ampliaron la demanda frente al FOGASA, que alegaba la excepción de prescripción de la acción. Criterio que no comparte la Sala que, como se acaba de señalar, entiende que la presentación de la papeleta de conciliación respecto al empresario deudor interrumpe la prescripción que pudiera afectar al FOGASA.

## **3. Cuestiones comunes al procedimiento**

### **3.1. Incongruencia de la sentencia. Extra petita**

La **STS 5-5-15 (Rc. 139/14)** --ECLI:ES:TS:2015:2623-- aprecia incongruencia en la sentencia de suplicación (que anula), toda vez que en instancia se había declarado la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre el Ministerio de Defensa y PIORSA, la improcedencia del despido y la condena solidaria a las demandadas, y habiendo recurrido en suplicación el Abogado del Estado, en representación y defensa del Ministerio, formulando únicamente motivos procesales --sin pretensión alguna referente a la cuestión de fondo--, la Sala de suplicación examina la concurrencia de los requisitos legales para terminar apreciando inexistencia de cesión ilegal.

En consonancia con lo anterior, la **STS 16-11-15 (Rc. cas 256/13)** --ECLI:ES:TS:2015:5813-- previo recordatorio de que la apreciación de oficio de motivos de nulidad es excepcional y, además exige, como regla, oír a las partes y en su caso al Ministerio Fiscal, anula la sentencia atacada, pues no es una cuestión de orden público o de Derecho necesario o generadora de indefensión que pueda apreciarse de oficio --como ha hecho la resolución impugnada--, el que en el marco de la impugnación de una resolución administrativa de suspensión contratos y reducción jornada (AIR NOSTRUM), y sin formularlo las partes, ni haber sido oídas, se resuelva la problemática legal de la existencia de dos comisiones negociadoras con distintos integrantes en la representación de los trabajadores y afectante a distintos colectivos.

### **3.2. Formulación de los hechos probados**

Aclara la **STS 24-11-15 (Rc. cas 86/15)** --ECLI:ES:TS:2015:5659 -- que la variación fáctica siempre debe cumplir la exigencia negativa de no comportar valoraciones jurídicas, dado que éstas no tienen cabida entre los hechos declarados probados y hallan adecuada ubicación en la fundamentación jurídica de la sentencia.

### 3.3. Variación sustancial de la demanda

La **STS 22-4-15 (Rc. cas 70/14)** --ECLI:ES:TS:2015:2389--, merece la consideración de absolutamente imprescindible, pues a propósito de una suspensión colectiva de contratos, califica de inaceptable variación sustancial de la demanda sostener por primera vez en el acto de juicio que el acuerdo es nulo por no haberse negociado en el ámbito apropiado. A tal convicción se llega previo exhaustivo repaso de la jurisprudencia preexistente, que ha venido entendiendo que la legislación laboral «cuida con esmero las alegaciones sorpresa que, en un proceso oral como el regulado en dicha norma, impiden la adecuada defensa de la parte» [STS 22-3-05 (Rc. 32/04) y 15-11-12 Rc 3839/11)], pues la interdicción de la variación sustancial de la demanda tiene su raíz en el «derecho a no sufrir indefensión» en el desarrollo del proceso, el cual está dirigido a «garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar o probar cuanto consideren preciso a la defensa de sus intereses o derechos en función de igualdad recíproca» [entre otras, STS 18-7-05 (Rc. 1393/04), 15-11-12 (Rc. 3839/11) y 30-4-14 Rc 213/13)]. En la medida en que por variación sustancial de la demanda debe entenderse la que «...“afecta de forma decisiva a la configuración de la pretensión recitada o a los hechos en los que ella se funda” introduciendo con ello “un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a la vez de generar para la parte demandada una situación de indefensión”...» (STS 10-4-14 (Rc. 154/13), se debe proscribir la alegación de autos, que ni tan siquiera se había insinuado en la vía administrativa, ni esbozado en la demanda.

La doctrina general sobre esta prohibición legal se repasa con profusión también en **STS 8-3-16 (Rc. cas. 82/15)** -- ECLI:ES:TS:2016:1522 -- pero para descartar que se produzca en el caso de autos porque en realidad se trata de una simple aclaración.

Por su parte, la **STS 29-4-16 (Rc. 3229/14)** entiende que la alegación por primera vez en fase de alegaciones de la omisión del trámite de comunicación a la representación de los trabajadores en despido objetivo por causas económicas, supone una ampliación extemporánea de la demanda que produce indefensión a la parte contraria y que imposibilita su valoración.

### 3.4. Citación de las partes para acto de juicio

También anula actuaciones al entender que se ha generado indefensión a las comerciales recurrentes, la relevante **STS 16-6-15 (Rc. cas 131/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3818--, toda vez que éstas han sido tenidas por confesas por no haber comparecido al acto de juicio, declarando que forman un grupo empresarial, y que por ello el despido colectivo por causas económicas con respecto a dos de ellas es nulo. Destaca la Sala que las

empresas no fueron debidamente citadas, pues corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial, y en el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de los actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias, lo que no se lleva a cabo en este caso, pues no constaba firma alguna del Secretario Judicial dando fe de la remisión del sobre conteniendo los concretos documentos que se citaban.

Tampoco puede pasar desapercibida la **STS 20-10-15 (Rc. Cas. 271/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:4994--, que tras recordar que tanto el art. 61 LRJS como el art. 11.1 de la Ley 52/1997 sancionan con nulidad las notificaciones, citaciones y emplazamientos y demás actos de comunicación procesal que no se ajusten a las exigencias legales, afirma que la falta de notificación y citación directa en la sede oficial de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades Castilla La Mancha (SESCAM), vicia los actos de comunicación efectuados por el órgano judicial de instancia, defecto que no se subsana por la remisión de tales comunicaciones a la sede del SESCAM, al no constar que en tal dirección se encuentre ubicada la sede oficial de los citados Servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma, con quienes debían entenderse todos los trámites del proceso.

### **3.5. Incompetencia del Secretario para denegar pruebas propuestas**

La interesante **STS 16-6-15 (Rc cas 324/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3467--, en el marco de un despido colectivo en el que se cuestiona la identidad del empleador, recuerda que la nulidad de actuaciones requiere la concurrencia de hasta tres requisitos cumulativos: desconocimiento de una norma reguladora de los «actos y garantías» procesales; carácter «esencial» de la formalidad o garantía presuntamente quebrantada; y resultado de indefensión --indefensión que no tiene que ser necesariamente probada: **TS 8-7-15 (Rc. cas. 223/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:3493--. Así es preciso que la infracción se haya protestado y generado indefensión. Condición esta última que impide en el caso de autos la declaración de nulidad radical del procedimiento, porque si bien es cierto que la Secretario Judicial se extralimitó en sus funciones al tomar decisiones que no le competían, resolviendo mediante diligencias de ordenación asuntos que excedían de su competencia, al referirse a la pertinencia o no de las pruebas propuestas por las partes, y el art. 225.6º LECv dispone que son nulos de pleno derecho los actos procesales “cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia” --que era lo acaecido--, el art. 227.1 del mismo cuerpo legal advierte que “la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate”. Indefensión que no se produjo en este caso.

### **3.6. Prescripción. Sanciones en materia de infracción de medidas de seguridad**

No puede pasar inadvertida la **STS 15-12-15 (Rc 34/15) -- ECLI:ES:TS:2015:5794--**, que previo repaso de la jurisprudencia sobre el principio de supremacía del orden penal, a propósito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, advierte que éstas se rigen por normas y principios propios, procediendo la paralización del expediente administrativo sancionador si hay “conexión directa” con las actuaciones penales seguidas, sin necesidad de total identidad subjetiva. Concluyendo que si el proceso penal finaliza con sentencia condenatoria no cabe posterior sanción administrativa por los mismos hechos, pues el principio “non bis in ídem” constituye un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de sancionarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción (STC 177/1999).

### ***3.7. Pruebas testificales. Principios de idoneidad e indispensabilidad de testigos afectados por el conflicto***

Resulta digna de comentario la **STS 3-11-15 (Rc. cas 288/14) -- ECLI:ES:TS:2015:4836--**, que se pronuncia sobre condición de los testigos propuestos. El pleito que esta resolución resuelve trae causa en la impugnación por parte de los sindicatos del “Plan de Recursos Humanos para la conservación de la Red de Carreteras” de la Consejería de Fomento de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, que fue declarado en instancia ajustado a Derecho. Se pretende en casación, por lo que aquí interesa, que se decrete la nulidad de todo lo actuado por haberse denegado el interrogatorio de testigo. La Sala, tras recordar que el derecho a que a la parte le sean admitidas las pruebas que sean pertinentes y relevantes forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, advierte que corresponde al órgano judicial desarrollar un juicio de utilidad y pertinencia sobre las pruebas propuestas. Control judicial que presupone que las partes no tienen libertad absoluta para proponer y practicar cualquier tipo de pruebas. Partiendo de esta doctrina, la resolución glosada entiende que la prueba testifical propuesta --de dos de los afectados por las medidas combatidas en el conflicto-- no era necesaria para la defensa de la parte y por ello carecía de relevancia para la tutela de sus intereses, especialmente a la luz de la completa documentación presentada e incorporada a autos, que hacía que lo que pudieran decir los testigos careciese de utilidad o relevancia a la hora de enjuiciar el problema jurídico planteado, pues con su declaración se pretendía acreditar el carácter irracional de las medidas adoptadas dentro del Plan de recursos humanos impugnado: valoración impropia de una prueba testifical, y que era la misma que se perseguía con la completa prueba documental.

### ***3.8. Efecto de cosa juzgada. Recargo e indemnización***

Como se sabe, el efecto de la cosa juzgada se aprecia incluso de oficio, siempre que previamente se haya cumplido la exigencia de la contradicción. Pues bien, la **STS 22-6-15 (Rc 853/14) -- ECLI:ES:TS:2015:3450--** la aplica al caso que resuelve. Se discute la procedencia de un recargo de prestaciones, que tiene como presupuesto básico que haya mediado relación causal entre la infracción apreciada y el

accidente sufrido, y la existencia de una sentencia firme que hubiese apreciado su inexistencia respecto de la indemnización por accidente debe ser tenida necesariamente en cuenta en el proceso de recargo, en ineludible aplicación de la art. 224.1 LECv. Y es que –como resolvió la TS 12-7-13 (Rc. 2294/12)-- aunque median diferencias entre las dos instituciones [recargo/indemnización civil] que son objeto de decisión en los respectivos procedimientos, existe «un elemento constitutivo de ambos institutos –recargo e indemnización– que tiene que ser objeto de decisión en las dos controversias: [...] la relación de causalidad entre la infracción de las normas de seguridad y las lesiones derivadas del accidente [...] Las diferencias existen, pero también los elementos de identidad y entre ellos la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer [...]».

También la **STS 13-4-16 (Rc. 3043/13)** --ECLI:ES:TS:2016:1786--, acepta el efecto de cosa juzgada de lo declarado y devenido firme en el correspondiente proceso de recargo en las prestaciones por ausencia de medidas de seguridad. Ahora bien, lo hace con la singularidad de que la resolución precedente firme no fue invocada por los recurrentes en suplicación, que se limitaron a solicitar su incorporación a los autos por medio de *otrosí* en el escrito de interposición del recurso. La Sala admite su integración en casación por la vía del art. 233 LRJS, al entender que con ella se completa el presupuesto de contradicción procesal, limitado en este caso a los efectos de la cosa juzgada o a la interconexión de los hechos de una sentencia en otra.

### **3.9. Contenido posible de los autos de aclaración**

Tiene especial interés la **STS 18-4-16 (Rc. 1921/14)** que admite la posibilidad de que el auto de aclaración corrija el quantum indemnizatorio establecido en la sentencia que declara el despido improcedente, y ello pese a que tal variación resulte de un error en la normativa aplicada al respecto.

### **3.10. Condena en costas a los sindicatos cuando no “ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la seguridad social”**

La **STS 11-5-16 (Rc. 3223/14)** –con completo voto particular– merece, sin duda, la consideración de absolutamente imprescindible. En ella se ventila el nada sencillo debate de cuándo y en qué términos están los sindicatos exentos del abono de las costas procesales cuando resultan vencidos en un pleito, en este concreto supuesto, en un procedimiento social instado por un afiliado al que se le ha impuesto la sanción de expulsión, por imputadas actuaciones en desprestigio del sindicato. La Sala, tras hacer exhaustivo recuerdo de los precedentes normativos y jurisprudenciales, y las diversas menciones que la Ley contiene a la actuación procesal de los sindicatos, llega a la convicción de que la LRJS fomenta la intervención de los sindicatos en el proceso social en defensa de los intereses colectivos, y les libera de las cargas económicas anudadas a esos procesos con el fin de favorecer su intervención procesal en defensa de dichos intereses colectivos, en consonancia con el derecho de justicia gratuita que la propia norma procesal les otorga condicionada a que ejerciten un interés colectivo (art. 20.4 LRJS).

Ello no obstante, la Sala entiende que no procede la condena en este caso pues «en los litigios, como el ahora enjuiciado, entre un afiliado que ha sido sancionado con la expulsión y el sindicato sancionador al que pertenece, debe concluirse que el Sindicato actúa, no en defensa de sus posibles intereses particulares o privativos, sino en ejercicio de interés colectivo (tanto del sindicato, puesto que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos y deben tener necesario reflejo en sus estatutos los “requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados”, como del propio afiliado, dado que tiene derecho a afiliarse al sindicato de su elección y a no perder tal derecho de vulnerarse los estatutos del sindicato elegido), por lo que como parte vencida en el recurso de suplicación no pueden imponérsele las costas procesales».

#### **4. Alcance y formulación de la acción**

##### ***4.1. Doctrina general***

La doctrina de la Sala sobre la excepción de falta de acción es objeto de didáctico repaso en la **STS 1-12-15 (Rc cas 60/15) -- ECLI:ES:TS:2015:5823--** que recuerda que ésta es una figura carente de contornos precisos, que lo mismo abarca supuestos de falta de jurisdicción (normalmente por ausencia de un conflicto real y actual) como de deficientes presupuestos procesales (falta de legitimación activa, radical inadecuación de procedimiento) o pretensiones vacuas (por falta de fundamento). Tal circunstancia puede surgir cuando concorra: Desajuste subjetivo entre la acción y su titular; Inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada; Ausencia de un interés litigioso actual y real, de modo especial cuando se ejercitan acciones declarativas; Falta de fundamentación de la pretensión ejercitada. Y en concreto, carece de legitimación para litigar y recurrir quien sólo tiene un interés preventivo o cautelar, no efectivo ni actual y que ello equivale a la falta de acción.

Doctrina que combinada con la de las acciones declarativas, lleva a la Sala a apreciar la inexistencia de acción en la demanda de conflicto colectivo en que se impugnaba un Acuerdo firmado entre la empresa y el comité, pero que fue posteriormente invalidado, con lo que ya no se aplicaba, y además sin atacar el fallo de la sentencia sino la fundamentación jurídica y ello porque no cabe plantear al Juez cuestiones futuras o hipotéticas.

##### ***4.2. Existencia en acción tendente a que se declare, varios meses después de su finalización, que una relación jurídica calificada por las partes como arrendamiento de servicios es laboral***

Rememorando la doctrina sobre las acciones declarativas, la importante **STS 29-10-15 (Rc 1580/14) -- ECLI:ES:TS:2015:5816--** reconoce acción a quien reclama la existencia de relación laboral durante determinado período, pese a estar extinguido el vínculo a la fecha del ejercicio de la acción, y ello por cuanto lo pedido va acompañado de la solicitud de condena de que

se le dé de alta en el Régimen General de la Seguridad Social por el citado período. Se trata, pues, de un interés legítimo inmediato, cuál es el de despejar la incertidumbre sobre la naturaleza laboral o no de la prestación de servicios por el actor a la demandada y tiene un interés mediato, como es el de optar en su día a determinadas prestaciones del sistema público de Seguridad Social.

#### ***4.3. Inexistencia cuando se pretende exclusivamente la declaración judicial de que en la negociación del convenio se vulneró el derecho la negociación colectiva***

Precisamente tomando como norte la doctrina de la Sala sobre que la ausencia de «interés legítimo real y efectivo» priva de acción a quien acude a los tribunales, la **STS 11-12-15 (Rc. cas. 15/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5792-- declara la inexistencia de acción cuando se pretende exclusivamente la declaración judicial de que la empresa en la negociación del convenio vulneró el derecho la negociación colectiva por no proporcionar al sindicato accionante información correcta, atentando a la buena fe, pero sin impugnar el convenio, ni reclamar indemnización alguna. No en vano, como aclara la sentencia el legítimo ejercicio de la acción declarativa presupone la existencia de un derecho insatisfecho que se trata de tutelar mediante la acción, y es precisamente este último y la necesidad de protección jurídica lo que no concurre en este caso. Pues pese a que la posible conculcación de los derechos fundamentales que el sindicato accionante invoca, pudiera haber dado lugar a concretas peticiones en orden a la eficacia jurídica del Convenio Colectivo suscrito o a los daños y perjuicios producidos a la parte accionante con aquellas vulneraciones, ello no se pide, limitándose la pretensión a la mera declaración judicial de que estas últimas han existido, lo que ciega cualquier viabilidad de la acción ejercitada.

## **5. Ejecución de sentencias**

### ***5.1. Títulos de ejecución colectiva directa. Sólo alcanza a los del art. 247 LRJS***

La declaración del pronunciamiento colectivo tiene un efecto vinculante en los procesos individuales, pero es un efecto limitado, pues normalmente la sentencia colectiva es meramente declarativa. De ahí que su posible ejecución sea «una excepción que sólo rige en aquellos supuestos en los que el fallo colectivo contiene la imposición de una obligación con todos los elementos necesarios para que quede determinada y pueda hacerse efectiva mediante la ejecución», algo que, en principio, «sólo es posible en los denominados conflictos colectivos indivisibles, pues en los divisibles la individualización de la pretensión, para contemplar las circunstancias particulares de los miembros del grupo, eliminaría el carácter genérico del interés colectivo, deslizando la pretensión al marco propio del conflicto plural». Así se recuerda en la esclarecedora **STS 9-6-15 (Rc. cas 25/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3463--, que exige que la condena contenga la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y especificar la repercusión directa sobre los mismos del

pronunciamiento dictado, a la par que «deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente».

Así la sentencia tras distinguir entre título ejecutivo y forma de ejecución, concluye que la sentencia colectiva no puede amparar su ejecutividad en el art. 247 LRJS, pues no se cumplen los requisitos de concreción y no se trata de obligaciones indivisibles y tampoco es viable por aplicación del art. 705 LEC, que sólo regula la forma en que se han de ejecutar las obligaciones de tal clase contenidas en los títulos legalmente susceptibles de ejecución.

### **5.2. Ejecución de sentencias de despido colectivo**

La **STS 19-1-16 (Rc. 2062/14)** --ECLI:ES:TS:2016:882--, en ejecución de sentencia firme despido improcedente con opción empresarial por readmisión, interpreta el art. 278 LRJS --«fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito»--, respecto de la temática de si una vez comunicada la readmisión en el plazo de 10 siguiente a la notificación de la sentencia, el plazo de 3 días a que alude el precepto, para que ésta se haga efectiva, debe ser considerado un plazo civil (se contaría de fecha a fecha sin descontar los días inhábiles) o procesal (no se computan los sábados, domingos y festivos en la sede del órgano jurisdiccional). Y lo hace declarando la aplicación del criterio hermenéutico formulado para la regulación precedente, pues el nuevo precepto reproduce la literalidad del art. 276 LPL. De modo tal que hay que entender que se trata de un plazo procesal, en el que no se computarán los sábados, domingos y los festivos [TS 11-12-86 (sentencia nº 2245)]. Ello porque los plazos establecidos en normativa procesal son procesales; en los plazos señalados por días se excluyen los inhábiles; y el plazo de 10 días para comunicar la reincorporación también es procesal.

Por su parte, la **STS 10-2-16 (Rc. Cas. 171/15)** --ECLI:ES:TS:2016:755-- interpreta el art. 247.2 LRJS en la redacción de la Ley 3/2012 y no la del Real Decreto Ley 11/2013, para rechazar la petición de despacho de ejecución de la sentencia que declaró la nulidad de un despido colectivo --el despido colectivo data del 5/10/2012, la demanda impugnatoria del 29/10/2012, y la sentencia del TSJ del 21/3/2013--. No en vano, el artículo 124.11 LRJS preveía la posibilidad de declaración de nulidad del despido, pero no decía que la sentencia debiera declarar el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, contenido que no se impuso a la sentencia hasta la modificación operada por ley 3/12. Y la primitiva redacción del artículo 247.2 LRJS no mencionaba la posibilidad de ejecución de sentencia que declara nulo el despido colectivo.

### **5.3. Títulos habilitantes en materia de Seguridad Social**

Por su parte, la **STS 8-7-15 (Rc. 3995/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3478-- entiende que no procede despachar la ejecución instada por la Mutua de una sentencia, dimanante de demanda interpuesta por ésta y en la que se declaró que el proceso de incapacidad temporal de la trabajadora derivaba de



contingencias comunes, para que se requiera al INSS para que le reintegre las cantidades abonadas por tal concepto. Como se razona, únicamente constituyen título ejecutivo las sentencias de condena, condición que no cumplía la de autos, toda vez que en ella se había desestimado la pretensión de la Mutua de reintegro de prestaciones, tratándose de una sentencia meramente declarativa, que se limitaba a establecer que la contingencia era de origen común.

#### **5.4. Ejecución provisional**

En materia de ejecución provisional en proceso de despido, es obligada la cita de la **STS 20-10-15 (Rc. 1412/14)** --ECLI:ES:TS:2015:5065—, referida a un supuesto en el que una vez recibida la sentencia de instancia, la empresa optó por la readmisión en trámite de ejecución provisional, pero el trabajador voluntariamente no reanudó la prestación de servicios. Cuando la sentencia devino firme, la empresa no cumplió el trámite del art. 278 LRJS, comunicación al trabajador en plazo de diez días de la fecha de su reincorporación al trabajo. Así, hubo un proceso de ejecución provisional de la sentencia [pendiente el recurso de suplicación], que concluye con el Auto que inadmite la pretensión de que se extinguiese la relación laboral y priva al trabajador de los salarios de sustanciación, por no aceptar la oferta de readmisión; y otro de ejecución definitiva [resuelta la suplicación], que inicialmente se niega por el juzgado pero se admite en suplicación, declarando extinguido el contrato desde su fecha y reiterando la indemnización ya fijada en la sentencia del juzgado que declaró la improcedencia del despido y que correspondía al periodo de servicios existente hasta la fecha del despido.

La Sala, por lo que aquí interesa, tras recordar el contenido de los preceptos en juego, concluye que cuando el trabajador rechaza injustificadamente la readmisión ofrecida tras la sentencia de instancia [trámite de ejecución provisional], la confirmación del pronunciamiento de improcedencia determina que, ya en trámite de ejecución definitiva, la empresa haya de comunicar «por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel ... la fecha de su reincorporación».

Tampoco puede obviarse la **STS 10-11-15 (Rc. cas. 337/14)** --ECLI:ES:TS:2015:4999-- , sobre ejecución de sentencia que declara nulo un despido discutiéndose el centro de trabajo en el que debe producirse la reincorporación del ejecutante, mientras se sustancia la casación unificadora que su empleador formuló. Como destaca la Sala, si la sentencia ejecutada provisionalmente establecía en su parte dispositiva la nulidad de la extinción contractual por causas objetivas, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto, readmitiese inmediatamente al demandante en su puesto de trabajo en las condiciones que regían antes de producirse la citada extinción contractual; y si de los hechos probados y fundamentación jurídica resultaba patente cual era “su puesto de trabajo”, antes de su traslado por la medida declara nula, aunque no se ejecutara la reincorporación al quedar firme la nulidad porque ya se había producido la extinción del contrato, el auto que decretó la ejecución provisional al establecer en su parte dispositiva que la readmisión del ejecutante debía llevarse a efecto

ordenando que la readmisión se llevase a cabo en el mismo puesto de trabajo ocupado antes del despido no adoptó una decisión fuera de los límites de la ejecución provisional y, por lo tanto, contra el referido auto de reposición no cabía recurso de casación.

### **5.6. Los intereses procesales no se imponen si se ingresa el capital coste del recargo**

Aunque el TS mantiene la procedencia de los intereses procesales en los supuestos de consignación o aval bancario para recurrir, incluso aunque la ejecutada hubiese manifestado su voluntad de que se ejecutase el citado aval (STS 5-5-14 (Rc. 1680/13), la relevante **STS 21-1-16 (Rc. 2126/14)** -- ECLI:ES:TS:2016:461—aclara que esta doctrina no alcanza al ingreso del capital coste de la responsabilidad empresarial por recargo para recurrir en suplicación y casación, pues su finalidad básica no es ya propiamente cautelar, como en la consignación o en el aval, sino más exactamente la resarcitoria que refiere el art. 230.2.a) LRJS, cuando consagra la necesidad de que previamente al recurso «se haya ingresado el capital coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, *con objeto de abonarla a los beneficiarios durante la sustanciación del recurso...*». Es por ello que el posible perjuicio del beneficiario por no serle satisfecho el recargo no puede imputarse a la empresa, sino que debe atribuirse a la entidad gestora y a la pasividad procesal del propio trabajador, que podía haber solicitado la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

## **6. Proceso especial de conflicto colectivo**

### **6.1. Competencia por razón del territorio**

Se hace obligada la cita de la **STS 16-9-15 (Rc. cas 330/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:4417—en la que se discute qué órgano judicial es competente por razón del territorio para conocer de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de autos, que los demandante entienden que resulta de la comunicación emitida por la empresa sobre que el tiempo de “bocadillo o café” no computa como tiempo de trabajo efectivo, decisión que afecta a los trabajadores de los centros de trabajo que la comercial tiene en Valladolid, Madrid y Barcelona. Tratándose de un conflicto que supera el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, concluye la Sala que es competente la AN ex art. 8.1 LRJS, sin que obste a esta convicción el que en los tres centros de trabajo en los que se disfrutaba del descanso “de bocadillo o café”, sin obligación de recuperación, la situación no sea idéntica, porque lo determinante a estos efectos es que en todos ellos se disfrutaba de un descanso diario de “café o bocadillo” -de quince minutos en el centro de Madrid y de veinte minutos en los centros de Valladolid y Barcelona- que no tenía que ser recuperado, por lo que la decisión de la empresa, plasmada en la nota informativa indicada, afectó a los tres centros de trabajo de la empresa, sitios en distintas Comunidades Autónomas.

Por su parte, la **STS 6-10-15 (Rc. cas. 242/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:4828-- declara la competencia del TSJ de Aragón para conocer de una demanda de tutela de derechos fundamentales, formulada por 9 trabajadores miembros de la Comisión Ejecutiva Regional del sindicato FITAG-UGT en Aragón hasta el cese de la misma por decisión de la Comisión Ejecutiva Federal de 20-11-2012, sancionados por resolución de 08-05-2013. Como razona la Sala, la sanción disciplinaria adoptada es posterior a la decisión de poner fin al mandato y de invalidar las decisiones de los miembros de la Comisión Ejecutiva Regional, consistentes en poner en marcha un cambio en los órganos del sindicato a nivel regional, mediante la creación de una Comisión Gestora y el anuncio de un nuevo proceso de elección. No en vano, lo disciplinario es el efecto indirecto de la decisión del sindicato, y no a la inversa, y lo que la demanda pretende es la nulidad de una decisión (la primera), cuyo núcleo básico es poner en marcha un cambio en los órganos del sindicato a nivel regional, cambio que no sólo se produce a través del ulterior apartamiento de los demandantes, sino mediante la creación de otros órganos ("Comisión Gestora") y el anuncio de un nuevo proceso de elección. Ello supone que la decisión atacada vaya más allá del efecto disciplinario e individual y tenga alcance regional, lo que conduce a la competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

## **6.2. Legitimación para accionar**

Aunque las cuestiones relativas a la ultraactividad de los convenios colectivos son objeto de análisis en la parte correspondiente de esta crónica, es preciso hacer mención aquí a la **STS 15-9-15 (Rc. cas 252/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:4111--, que advierte que no cabe adelantarse al problema planteando un pleito interpretativo antes de que la disputa efectiva se materialice. En el caso que resuelve se había interpuesto demanda de conflicto colectivo frente a un comunicado de la patronal a sus afiliados en el que se ponía de manifiesto que el convenio una vez denunciado podía haber perdido su ultraactividad. En tal pretensión no cabe apreciar un interés litigioso actual y real porque aunque hubo diferencias entre el banco social y la patronal legitimada en el ámbito negocial, y ésta ha dado por extinguida plenamente la vigencia del convenio de ámbito sectorial provincial, el verdadero conflicto sobre cómo interpretar y aplicar el art. 86.3 ET no ha surgido aún. No en vano, lo único que consta es una manifestación de la parte empresarial de que no acudirá a una mesa de negociación en la misma unidad, pero no existe un acto de negativa a esa negociación, ya que no se ha intentado reanudar la misma.

De otro lado, las **STS 17-6-15, (Rc. 232/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3489--, la **TS 13-10-15 (Rc. cas. 301/14)** --ECLI:ES:TS:2015:4996--, rememorando la exigencia legal contenida en el art. 124.1 LRJS, que limita la legitimación sindical a la representación sindical que cuente con "implantación suficiente" en el ámbito del conflicto, niega legitimación al sindicato accionante para atacar, por la vía del conflicto colectivo, una modificación sustancial de condiciones trabajo porque sólo consta la constitución de una Sección sindical en el ámbito del conflicto, pero sin que se acredite el número de posibles afiliados, ni otros datos justificativos de una mínima implantación en el ámbito

en cuestión –doctrina que también se recuerda, pero para llegar a opuesto convencimiento en la **STS 8-4-16 (Rc. Cas. 285/14)**--.

Falta de legitimación activa que también se aprecia en la **STS 24-2-16 (Rc. cas. 268/13)** --ECLI:ES:TS:2016:1048-- respecto del comité de empresa de uno de los centros de trabajo afectados, en el marco de un conflicto colectivo en el ámbito de una empresa con varios centros de trabajo. Se recuerda que debe mediar la correspondencia entre el ámbito del conflicto y la capacidad representativa del sujeto que actúa.

### **6.3. Adecuación de procedimiento**

Previo recordatorio de la diferenciación entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella que aun siendo individual en su ejercicio tiene naturaleza plural, la **STS 28-9-15 (Rc. cas 170/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:4553-- declara la inadecuación de procedimiento respecto de la acción ejercitada por CSITUP frente a la CAM para obtener la declaración de nulidad del traslado de 46 concretos trabajadores -perfectamente identificados- de la Consejería de Educación, pertenecientes a cuatro categorías diferentes y ubicados en distintos centros de trabajo, con específico pedimento de que se condene a "la restitución de manera inmediata de los trabajadores afectados a su centro de trabajo de origen". Entiende la Sala que es una controversia que ciertamente pudiera haberse planteado en un exclusivo plano abstracto y genérico, propio del conflicto colectivo, pero que realmente se suscita como una controversia plural.

Tampoco puede encauzarse por este proceso especial la demanda de la que conoce la **STS 3-3-16 (Rc. cas. 59/15)** -- ECLI:ES:TS:2016:1263--, en tanto que la cuestión litigiosa afecta en realidad a una única trabajadora de la empresa, porque si bien el acuerdo colectivo en litigio se extiende a 104 trabajadores de la Corporación RTVE, nominativamente identificados, 103 han mostrado por escrito su expresa adhesión a lo pactado.

También la **STS 9-3-16 (Rc. cas. 84/15)** --ECLI:ES:TS:2016:1820-- aprecia inadecuación de procedimiento, en un singular supuesto en el que el sindicato pretendía que se dictase una sentencia a modo de regla interpretativa general sobre la sentencia que había declarado la nulidad de un despido colectivo.

A la misma convicción de inadecuación se llega en la **STS 23-7-15 (Rc. cas. 208/14)** sobre la pretensión sindical de que se declare el derecho de los trabajadores de reparto de las unidades de la periferia de la provincia de Las Palmas, que realizan la distribución de envíos postales al percibo de la gratificación por el proceso electoral de 20/11/11 en cuantía de 114,9€, que les fue negada por Correos y Telégrafos al no haberse apreciado un incremento significativo de trabajo. Como advierte la Sala, la determinación de si los trabajadores cumplen los requisitos para lucrar el complemento postulado pasa por la fijación del índice de crecimiento de trabajo en cada concreta unidad, y ello supone que el objeto del proceso no verse sobre la aplicación o interpretación de una práctica de empresa que afecte al interés general de un

colectivo de trabajadores, sino sobre si se cumplen los requisitos establecidos en la instrucción para que los empleados de determinadas unidades operativas -sin identificar-, sean acreedores del plus, estando tales presupuestos en función de las singulares características y volumen de actividad de cada una de las unidades.

También se llega a este convencimiento en la **STS 17-11-15 (Rc. cas. 315/14)** -- - ECLI:ES:TS:2015:5718--, respecto de la demanda deducida por un sindicato USO para que se declare y se reconozca la obligación de la empresa demandada --Repsol Butano, SA-- de abonarle, en las mismas condiciones que al resto de los sindicatos presentes en ella, la cantidad correspondiente a 2013 en concepto de bolsa sindical en proporción a la representatividad que el mismo ostenta. Falta en tal pretensión el interés general de un grupo genérico de trabajadores o de un colectivo genérico, pues lo que se formula es una reclamación de cantidad de un concreto sindicato, que tiene personalidad jurídica propia, y que representa sus particulares intereses.

En la misma línea, pues se trata de un conflicto de intereses y no jurídico, se sitúa la **STS 12-6-15 (Rc. cas 113/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3488--, respecto de una demanda para que se reconozca el derecho de los trabajadores del departamento comercial de Altadis que no tengan asignado centro de trabajo de la localidad de residencia, a que se compute como inicio de la jornada la salida del núcleo urbano de la población de residencia y lo mismo para el final de la jornada.

Por el contrario, es apropiada esta vía procesal para formular la pretensión de que se obligue a la empresa de dar información al Comité de Empresa sobre la formación impartida en los años 2013 y 2014, a facilitar la formación de las 10 horas que no se impartió en cada uno de los dos años, y a abonar las horas de formación con el valor de horas extraordinarias cuando se desarrollen fuera de la jornada laboral. Convicción que no se ve oscurecida, respecto de la segunda pretensión por el hecho de que el interés pueda ser individualizable, es decir, que pueda posteriormente concretarse en un derecho de titularidad individual (**STS 9-12-15 (Rc. cas. 94/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5719).

Igualmente, la **STS 6-4-15 (Rc. cas 41/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3008-- previo repaso de sus diferencias, considera conflicto jurídico y no de intereses --por lo tanto encauzable por esta vía-- el planteado por CGT contra la Compañía de Distribución Integral Logista, S.A. y otros sindicatos con la pretensión de que se declarase el derecho de todo trabajador perteneciente al colectivo de Operaciones de Logista a percibir los complementos que se indicaban. Se persigue una interpretación sobre si la subida salarial del art. 28.1 del Convenio Colectivo es aplicable a todos los trabajadores pertenecientes al colectivo de operarios de Logística, con independencia de su fecha de ingreso en la empresa. Cuestión que no viene condicionada por el hecho de que se entienda que los complementos reclamados tengan en el precepto convencional que lo regula unos destinatarios concretos y distintos de los reclamantes, porque esa es justamente la cuestión de fondo a resolver en el conflicto colectivo, lo cual no varía la naturaleza del conflicto.

## **6.4. Impugnación de laudo arbitral**

Según declara la **STS 19-5-15 (Rc. 97/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3652-- el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para la impugnación de un laudo arbitral que pretendía sustituir o tal vez interpretar un aspecto muy concreto del convenio colectivo de empresa --Televisión de Cataluña, SA--, encaminado a obtener la sustitución de una particular disposición convencional a fin de modificar o acomodar a la realidad la categoría o el nivel retributivo de un reducido grupo genérico de trabajadores de la empresa, y había sido solicitado de común acuerdo por la empleadora y el comité de empresa ante el denominado tribunal laboral de Cataluña al amparo de determinados acuerdos interprofesionales y del reglamento de funcionamiento del dicho órgano. Además la acción para impugnar judicialmente el laudo, tanto si se sigue el procedimiento ordinario como el de conflicto colectivo, entiende la Sala que caduca en el plazo de 30 días previsto en el art. 65.4 LRJS.

## **7. Proceso especial de despido colectivo**

### ***7.1. Competencia funcional***

La **STS 21-7-15 (Rc. cas. 370/14)** --ECLI:ES:TS:2015:4044-- declara la incompetencia funcional de la Sala para conocer de la demanda de despido colectivo rectora de autos, de la empresa IMESAPI, SA, y ello porque no hubo en realidad despido colectivo ya que la comercial había iniciado ese procedimiento, pero había desistido expresamente de tal medida y dejado transcurrir el plazo de 15 días desde la última reunión celebrada en el periodo de consultas, sin comunicar a los representantes de los trabajadores, ni a la autoridad laboral, decisión extintiva colectiva alguna. Es por ello que entiende la Sala que las eventuales decisiones empresariales posteriores respecto a trabajadores individuales (despidos objetivos, traslados, recolocaciones, etc.) son impugnables, en su caso, a diferencia de lo previsto para el despido colectivo en el art. 7.a) LRJS, ante el pertinente Juzgado de lo Social (art. 6.1 LRJS), quien podrá determinar su calificación jurídica (nulidad, procedencia o improcedencia).

### ***7.2. Legitimación***

Con fundamento en doctrina precedente, la **STS 21-4-15 (Rc 311/14)** --ECLI:ES:TS:2015:2322-- niega legitimación activa a dos miembros de la comisión "híbrida" para impugnar un despido colectivo, por el cauce del art. 124 LRJS --estas comisiones son a las que se refiere el art. 41.4 b), regla 2ª ET, precepto aplicable por la remisión efectuada por el art. 51.2 del mismo cuerpo legal--. La legitimación para tal impugnación se reside en la comisión negociadora como órgano y no individualmente en cada uno de sus miembros. No hay que olvidar que su forma de actuar ha de asimilarse a la establecida para los órganos de representación unitaria de los trabajadores.

También por ello, la **STS 17-3-16 (Rc. cas. 226/15 -- ECLI:ES:TS:2016:1540--** niega a los trabajadores accionantes legitimación para formular la demanda, pues en la comercial en cuestión hay representación sindical-el delegado sindical de la CNT en el Grupo de Empresas Hermanos Ruiz Dorantes- cuya implantación suficiente en el ámbito del conflicto ha sido declarada por la sentencia de instancia, y representación legal-el delegado de personal de la empresa Lebriplak SA-por lo que estos eran los sujetos legitimados para impugnar el despido colectivo de la empresa Lebriplak SA, careciendo de legitimación para efectuar dicha impugnación los dos miembros de la comisión negociadora.

En la misma línea, la **STS 21-1-16 (Rc. cas. 200/15) -- ECLI:ES:TS:2016:489 --** aprecia falta de legitimación activa del Presidente del Comité de Empresa, cuando no consta acreditado que actuara como tal órgano colegiado, para la impugnación del despido colectivo de INTRA, SA.

A idéntica conclusión llega la **STS 1-3-16 (Rc. cas. 189/15) -- ECLI:ES:TS:2016:1749--**, que rechaza la demanda formulada por la empresa ex art. 124-3 LRJS para validar judicialmente el acuerdo de despido, apreciando falta de legitimación activa de la comercial por no existir ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo y falta de legitimación pasiva de las personas individuales demandadas como tales, porque el comité de empresa había acordado el despido.

Por su parte, la interesante **STS 16-6-15 (Rc. 339/14) -- ECLI:ES:TS:2015:3262--** resuelve el conflicto colectivo formulado por la empresa "Ediciones El País, SL", discutiéndose el alcance de la conciliación lograda en sede judicial, en un procedimiento de despido colectivo iniciado por demanda de la representación de los trabajadores afectados por esa decisión empresarial de naturaleza colectiva, y en concreto, si lo así acordado puede impugnarse como pretensión autónoma de una demanda de conflicto colectivo. En este caso, el período de consultas del despido concluyó sin acuerdo, impugnando la representación de los trabajadores el despido, llegando a un acuerdo de conciliación ante la AN. El acuerdo conciliatorio fue convalidado y declarado firme en sede judicial. Y lo que la Sala sostiene es que pretendiendo la empresa que se declare que dicho acuerdo tiene plena validez y eficacia para fijar la indemnización, en tanto que ya no existe ningún sujeto colectivo que se oponga al despido colectivo y han transcurrido los plazos para que el empleador pudiera ejercitar la denominada "acción preventiva o de jactancia", carece éste ya de legitimación activa para impugnarlo, y no tiene legitimación para cuestionar ante la jurisdicción un acuerdo conciliatorio suscrito.

Por último, se hace obligada la referencia a las **STS 21-5-15 (Rc cas 231/14) --ECLI:ES:TS:2015:2825-- y Rc. Cas. 257/14) -- ECLI:ES:TS:2015:3041--**, que resuelven sendos recursos formulados de forma paralela, y en las que se niega legitimación para recurrir de la comisión "*ad hoc*" en un supuesto en el que la empresa Servicontrol, entidad integrada en el grupo mercantil Bureau Veritas, promovió simultáneamente un despido colectivo y una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ambas medidas acabaron con la imposición unilateral de la decisión por parte de la

empresa y dieron lugar a su oposición, separadamente, siguiendo las modalidades procesales específicas de una y otra. La comisión pretende que se declare la nulidad de la modificación sustancial colectiva y subsidiariamente su falta de justificación, y lo mismo respecto del despido colectivo, basándose la demanda en la existencia de un grupo de empresas y por tanto en que no se había efectuado la negociación con el verdadero empresario. La Sala considera que la señalada comisión carece de legitimación para formular en estos términos el recurso porque no puede acreditar que posea el interés tutelable legítimo, ni que el recurso posea la utilidad que la Ley exige (art. 448 LECv y art. 17.5 LRJS). Ello porque se mantendría inalterado el pronunciamiento de la sentencia recurrida, y la declaración de la existencia de grupo de empresas y la posible integración del verdadero empresario difícilmente podrían condicionar futuras actuaciones de las referidas sociedades, teniendo en cuenta, además, que la representación de la parte trabajadora se efectúa a través de una comisión de necesario carácter temporal, lo que condiciona, aun más, la eficacia de la cosa juzgada material (art. 222.3.l y 4 LEC), que exige que “... los litigantes de ambos procesos sean los mismos ...”.

### **7.3. Impugnación conjunta de los pactos esenciales del acuerdo. Matizaciones**

La STS 27-1-15 (Rc 28/14) había mantenido que los pactos esenciales del acuerdo con el que acaba el periodo de consultas en el despido colectivo han de impugnarse siguiendo la modalidad del art. 124 LRJS. 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.

A esta doctrina se está en las **STS 23-9-15 (Rc. cas 77/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5233 -- y **14-10-15 (Rc. cas 8/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5236 -- que anulan las sentencias recurridas y retrotraen actuaciones. En la primera se admite que en el marco de un despido colectivo (en este caso el de FERROVIAL SERVICIOS S.A. impugnado por CGT) se examine de oficio en el recurso de casación la acumulación a la acción de despido de la que impugna la reducción salarial, cuando ambas se basan en el mismo acuerdo obtenido en el período de consultas, anulando actuaciones y retrotrayéndolas al momento en que se acordó la desacumulación de la petición subsidiaria de la de despido colectivo. En el segundo caso se trata de un acuerdo adoptado en la empresa Sitel Iberica Teleservices SA que contenía dos tipos de medidas, una extintiva de varios trabajadores y otra de suspensión temporal de contratos, pero con exclusiva impugnación del despido colectivo.

A lo dicho, la **STS 30-11-15 (Rc. cas 307/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:5655--, añade que la modalidad procesal del art. 124 LRJS es incompatible con la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en los supuestos de despido colectivo la defensa de tales derechos y libertades debe articularse



necesariamente a través de la modalidad procesal de despido colectivo, sin perjuicio de las garantías procesales correspondientes, por imperativo de lo dispuesto en el art. 184, pero con el juego de las garantías pertinentes.

No obstante, este criterio se excepciona **STS 21-5-15 (Rc cas 231/2014 -- ECLI:ES:TS:2015:2825-- y 257/14 --ECLI:ES:TS:2015:3041--)**, en las que se admite la impugnación por separado las decisiones extintivas y la modificación sustancial, porque respecto de una de las comerciales concurren dos circunstancias que desembocan en la inaplicación del referido criterio: 1) El despido y la modificación sustancial no se entrelazan e interaccionan, sino que han ido en paralelo; 2) las negociaciones no han finalizado con acuerdo, sino que la empresa ha presentado los dos tipos de medidas con autonomía. También la **STS 22-4-15 (Rc. cas 14/14) --ECLI:ES:TS:2015:3039--** excepciona este criterio porque no se trata de un acuerdo único con contenido múltiple; sino de un segundo acuerdo que puede implicar una alteración de lo pactado en el periodo de negociación del despido -por más que también éste incluyera medidas de diversa índole-. Se impugna la sentencia que declara caducada la acción de impugnación de despido colectivo. Destaca la Sala que la pretensión está sometida a lo dispuesto en el párrafo 6 del art. 124 LRJS, de suerte que el plazo para la interposición de la demanda comenzaba a correr desde la fecha de notificación de dicho acuerdo sin que pueda incluirse en este tipo de proceso la impugnación de otros pactos o actuaciones posteriores. Concluye la sentencia que lo pedido en la demanda no se acomoda a los posibles contenidos de la sentencia de despido, sino que se ajusta más a un conflicto colectivo, pues se están atacando puntos concretos del segundo acuerdo afirmando rotundamente que no se impugna el primero. De ahí que se entienda que la Sala “a quo” debió de tramitar el asunto por el cauce del conflicto colectivo, por lo que se devuelvan los autos al órgano judicial de origen, para que se dé a los mismos el trámite adecuado y en su momento se dicte nueva sentencia.

## **8. Proceso especial de impugnación de convenio**

### **8.1. Legitimación activa**

Reiterando doctrina, la **STS 22-12-15 (Rc. cas. 53/15) -- ECLI:ES:TS:2015:5831--**, niega legitimación activa para formular demanda contra un acuerdo colectivo que a su entender “supone una novación del convenio colectivo” de aplicación --del transporte de enfermos y accidentados en ambulancias de la CA de Baleares--, a las comerciales accionantes, al resultarles de aplicación el acuerdo.

### **8.2. Cauce procesal adecuado**

La **STS 26-10-15 (Rc. cas 276/14) --ECLI:ES:TS:2015:5128--**, admite que la impugnación de la Resolución del Rector de la Universidad de Oviedo sobre descuelgue salarial de lo previsto en el primer Convenio Colectivo del Personal Laboral de dicha entidad, se tramite por la vía de la modalidad procesal de impugnación de convenio (art. 163 LRJS).

Por su parte, la **STS 2-12-15 (Rc. 326/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:5667-- considera que debe tramitarse por este cauce especial la pretensión de que se “dicte sentencia estimatoria de nuestra demanda por la que se declare la nulidad del párrafo cuarto del artículo 38 del VI Convenio Colectivo de Telefónica Móviles”.

### **8.3. Alcance de sus pronunciamientos**

La **STS 18-5-16 Rec 140/15** –previo exhaustivo repaso de la doctrina del a Sala sobre la incongruencia extra petita-- resulta especialmente interesante en tanto que aclara cuál es el contenido posible de la pretensión encauzable por este proceso especial. En concreto, como advierte la sentencia no es posible activar este mecanismo para conseguir que los órganos jurisdiccionales tercién en una pugna interpretativa sobre el alcance del convenio; los conflictos sobre la aplicación o interpretación quedan al margen de la “impugnación de convenios colectivos”, así, quien demanda solo puede interesar la declaración de ilegalidad (lesividad, en su caso) del convenio, no algo distinto, y la sentencia se publica en el Boletín Oficial cuando sea “anulatoria”, no cuando sea interpretativa. La interpretación incorporada a la declaración de las sentencias solo podrá ser, cuando se combate y resulte necesario para la adecuada resolución del caso, aquella que conduce a declarar la ilegalidad, el desajuste a Derecho.

Sobre esta base la sentencia llega a las siguientes convicciones de alcance: 1) A través de la impugnación del convenio colectivo solo cabe interesar su declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad. No es posible interesar que se asuma o descarte determinada interpretación; 2) El fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido; 3) Para descartar la ilegalidad solicitada cabe evidenciar que una o varias interpretaciones así lo exigen, pero sin que ese razonamiento o condicionante acceda al fallo; 4) La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a Derecho y descartando su ilegalidad, vincula con los efectos propios de la cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio pero no otros entendimientos; 5) Conflictos (individuales o colectivos) posteriores pueden versar sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

## **9. Recurso de suplicación**

### **9.1. Reclamación de prestación de Seguridad Social con atrasos. Determinación de la cuantía litigiosa**

En atención a la nueva regulación legal contenida en el art. 192.3 LRJS a efectos de la fijación la cuantía para suplicación en materia de diferencias en prestaciones de Seguridad Social --«... vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables,

ni los intereses o recargos por mora ...»-- la **STS 9-3-16 (Rc. 3559/14)** --ECLI:ES:TS:2016:1531--, entiende que sólo deben tomarse en consideración las diferencias, en cómputo anual, entre lo reclamado y lo reconocido, excluyendo lo reclamado --y no cuantificado-- por atrasos.

## **9.2. Cabe recurso contra las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales “en todo caso”**

Resulta de innegable calado la **STS 3-11-15 (Rc. 2753/14)** --[ECLI:ES:TS:2015:5214](#) -- que abre las puertas al recurso de suplicación a la sentencia de instancia en la que se resolvió la demanda sobre periodo de disfrute de vacaciones y tutela de derechos fundamentales. Como razona la sentencia, el art. 191.3 f) LRJS deja claro que “Procederá en todo caso la suplicación:...g) Contra las sentencias dictadas en materia de...tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”. La expresión “en todo caso” únicamente puede significar que en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas procede la suplicación, aunque en el mismo se ejercite una acción que está excluida de recurso.

Pero además esta convicción casa con la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas (con reglas y garantías específicas), y es la única interpretación coherente con la imposibilidad de acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas si se reclama conjuntamente con tal pretensión el derecho a la fijación del periodo de disfrute de vacaciones (ex art. 184 LRJS). Además, no hay que olvidar que la procedencia del recurso de suplicación no se establece contra las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino respecto a las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales --esto es: con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido--, y la Sala ha admitido la recurribilidad de las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (STS 10-12-99 (Rc. 517/99)).

## **9.3. Recurribilidad de las resoluciones sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo**

La **STS 15-6-15 (Rc 589/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3662--, reiterando doctrina, declara recurrible en suplicación por la vía del art. 138 LRJS, la sentencia de instancia en impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo por un trabajador individual pero respecto de una decisión empresarial que tenía un carácter colectivo. Y es que aunque con carácter general esta modalidad procesal no tiene acceso al recurso, la propia ley excepciona esta imposibilidad --novando la regulación precedente-- para las modificaciones sustanciales de "carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41 ET". Ello significa que la recurribilidad se vincula a la naturaleza colectiva de la decisión empresarial, aun en el caso de que ésta sea atacada por los trabajadores individualmente considerados. En la misma línea se sitúa la **STS 20-7-15 (Rc 1567/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3690--.

Por su parte, la relevante **STS 10-3-16 (Rc. 1887/14)** --ECLI:ES:TS:2016:1768--, llega a la misma convicción de acceso a suplicación respecto de la impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que se anuda a una reclamación de daños y perjuicios --por supuesta discriminación y persecución-- que excede cuantitativamente del umbral legal (se reclaman 25.001 €). Y ello porque la irrecurribilidad de estas sentencias se salva para los supuestos en los que “fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación” (art. 191.2 LRJS). Con ello se obvia la interpretación más literal y restrictiva del transcrito apartado e) del número 1 del art. 191, que supondría entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que sí sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional, haciendo así de peor condición a los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, cuando la modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo afectada, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional.

#### ***9.4. Clasificación profesional con acumulación de reclamación de cantidad***

La **STS 3-2-16 (Rc. 2279/14)** --ECLI:ES:TS:2016:756--, aplicando el art. 137.3 LRJS, declara que la sentencia de instancia es recurrible en suplicación al ser la cuantía reclamada en el proceso, acumulada a la acción de clasificación profesional, superior a 3.000 €. Sin que el recurso se limite únicamente frente a la reclamación de diferencias salariales, ya que el recurso cabe frente a la sentencia y no frente a un pronunciamiento determinado.

#### ***9.5. No apreciación de afectación general***

Pese a que se ha suscitado ya en varias ocasiones, las **STS 23-6-15 (Rc. 2325/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3476-- y **STS 29-6-15 (Rc. 1626/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3671--, **STS 11-9-15 (Rc. 2873/14)** --ECLI:ES:TS:2015:5711-- aprecian incompetencia funcional por inexistencia de recurso de suplicación frente a sentencia que resuelve reclamación de 1,81 euros/día en la base reguladora de prestación por desempleo, --el núcleo de la discrepancia está en la determinación de la base reguladora para la prestación por desempleo, cuando se cobra el salario y se cotiza por meses de 30 días, con independencia del número real de días que tenga cada mes--. Se considera que no media afectación general acreditada. Además se advierte que la legitimación conferida por la LRJS al Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, induce a una interpretación estricta del concepto de afectación general.

#### ***9.6. Legitimación empresarial para recurrir en suplicación en materia de enfermedad profesional***

Conviene referirse a la **STS 19-5-15 (Rc. 1455/13)** --ECLI:ES:TS:2015:2606--, por no ser frecuente la temática suscitada. Esta

sentencia reconoce legitimación a la empresa para recurrir en suplicación una sentencia absolutoria con respecto a prestación derivada de enfermedad profesional. Ello en aplicación de la doctrina contenida en la STS 20-5-09 (Rc. 2405/08), pues para la empresa no es irrelevante el que uno de sus empleados haya contraído una enfermedad profesional, que puede generar además de las prestaciones correspondientes de Seguridad Social, responsabilidad en materia de prevención de riesgos.

### ***9.7. No valoración de cuestiones nuevas. Excepción para la caducidad de la acción de despido***

Es importante la **STS 25-5-15 (Rc. 2150/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:2-- porque excepciona la regla general de que no es posible plantear cuestiones nuevas en fase de suplicación, para la caducidad --para la acción de despido--, que puede alegarse --y valorarse por el órgano judicial-- por primera vez en fase de recurso. Ésta puede declararse de oficio si se prueba con claridad y certeza los hechos base de la misma, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para su apreciación.

## **10. Recurso de casación unificadora**

### ***10.1. Falta de contenido casacional***

Aunque es doctrina sobradamente conocida, hacía tiempo que la Sala no recordaba que falta interés casacional cuando se discute la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET. Así se recuerda ahora en la **STS 4-2-16 (Rc. 1630/14)** --ECLI:ES:TS:2016:1036--, que también proclama esta causa de desestimación respecto de la pretensión de revisión de hechos probados (también se alude a ella en STS 23-2-16 (Rc. 2635/14) --ECLI:ES:TS:2016:1257--, en esta ocasión respecto de la existencia de sucesión de empresas en estación de servicios con fin del contrato de arrendamiento de industria, revirtiendo la gasolinera a REPSOL).

Igualmente conviene aludir a la **STS 17-2-16 (Rc. 2931/14)** -- ECLI:ES:TS:2016:891--, que hace lo propio respecto de las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente, advirtiendo que “este tipo de litigios carece de interés -o contenido- casacional y que su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora que le es propia, sino que comprometería gravemente su funcionamiento, con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social”.

### ***10.2. Alcance de la exigencia de contradicción cuando se alega de contraste una STC***

Rememorando la fórmula del **Acuerdo no jurisdiccional** de 11-2-15, del pleno de la Sala de lo Social, respecto de la valoración que debe hacerse de la exigencia de contradicción cuando se aportan de referencia sentencias

del TC, la **TS 4-5-15 (Rc. 1384/14)** --ECLI:ES:TS:2015:2305--, anula actuaciones porque la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva generadora de indefensión al no haber resuelto alguno de los motivos articulados por el empresario en su recurso de suplicación. No en vano, en estos casos es exigible la homogeneidad en las situaciones procesales contempladas, pero no en las situaciones fácticas.

### **10.3. Efecto de cosa juzgada de las sentencias de conflicto colectivo. Desplazamiento de la exigencia de contradicción**

Con carácter general las sentencias dictadas por los TSJ resolviendo en instancia procedimientos de conflicto colectivo no son idóneas para viabilizar la exigencia de contradicción --STS 1-6-11 (Rc 3069/06)--. No obstante, esta imposibilidad queda matizada, según entiende la **STS 16-6-15 (Rc 608/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3256--, con el actual art. 160.5 LRJS, que establece que vincula al Tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, "incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como contradictoria". Ello supone que para cumplir el fin perseguido por la norma, la referida sentencia firme debe tenerse presente para resolver el recurso de casación unificadora, por cuanto en otro caso podrían recaer resoluciones contradictorias, cercenando los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

Así, como en los casos de litispendencia y otros la Sala viene señalando que la excepción de cosa juzgada es apreciable de oficio por los intereses públicos que tutela, intereses que justifican que el legislador imponga en estos casos que la sentencia firme del proceso colectivo vincule al resolver el recurso de casación unificadora, para cumplir con ese objetivo de seguridad jurídica, en estos casos no resultan aplicables las reglas generales del art. 219 LRJS sobre la existencia de contradicción, pues no se trata de unificar doctrinas contrapuestas, sino de imponer la llamada "santidad de la cosa juzgada", cuyos efectos positivos, el art. 160.5 atribuye a las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo con respecto a los procesos individuales que se sigan con el mismo objeto. El único requisito que la Ley exige para que la sentencia colectiva sea admitida en los recursos de casación unificadora que se interpongan en procesos individuales, es que el objeto de ambos procesos sea idéntico o tenga relación de directa conexidad con él.

Así se entiende también en las **TS 16-6-15 (Rc. 609/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3668-- y la **TS 17-6-15 (Rc. 601/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3689--.

### **10.4. Inadmisión de cuestiones nuevas**

La imposibilidad de incorporar en fase de recurso cuestiones no suscitadas con anterioridad tiene su fundamento en el principio de justicia rogada, en la naturaleza extraordinaria del recurso y en el derecho de defensa que deriva del art. 24 CE. Así, como se recuerda en la **STS 30-3-16 (Rc. Cas. 2797/14)** --ECLI:ES:TS:2016:2276--: "a) si conforme a aquel principio –justicia rogada– el órgano judicial sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones

que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin que quepa posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta; b) si conforme a aquella naturaleza –extraordinaria– el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiendo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado –en tanto que no planteado– por la decisión recurrida; y c) si conforme al referido derecho fundamental –defensa– la tutela judicial impone audiencia bilateral y congruencia, las mismas claramente se obstan al suscitarse en trámite de recurso pretensiones novedosas frente a las que ya no cabe articular defensa probatoria y se dificulta sustancialmente la propia argumentación (en tal línea, entre las recientes, SSTS 06/02/14 –rc 261/11–; 02/02/15 –rc 270/13–; SG 21/05/15 –rc 257/14–; y 25/05/15 –rcud 2150/14–)”.

## **11. Recurso de casación ordinaria**

### ***11.1. La tutela judicial y los requisitos formales para interponer el recurso***

Ya había dicho la Sala, y recuerda ahora la **STS 16-6-15 (Rc. Cas. 324/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3467--, que siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales. De modo que no debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano --también en esta línea la **TS 8-7-15 (Rc. cas. 223/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3493----.

En síntesis, hay que respetar las exigencias formales, pero su cumplimiento no puede exigirse de modo exagerado, y ello significa que el recurso habrá de cubrir las siguientes exigencias: 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación; 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad; 3) Se seguirá el orden de los motivos de la LRJS art. 207; 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo; 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas; 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas; 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido; 8) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna.

## **11.2. Apreciación de oficio de la formulación extemporánea**

La presentación extemporánea del recurso puede apreciarse de oficio y contra ella no cabe argumentar la buena fe ni el error involuntario. Así se razona en la **STS 13-11-15 (Rc. cas. 319/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:5526--.

## **11.3. Revisión de hechos probados**

Contiene una decidida síntesis de la doctrina de la Sala sobre las condiciones y términos en los que, en su caso, puede accederse en casación a una revisión de la resultancia fáctica de la sentencia, la **STS 12-11-15 (Rc. cas. 182/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:5528—[También se hace repaso de esta doctrina en **STS 15-12-15 (Rc. 34/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5794--, **STS 1-12-15 (Rc. cas. 60/15)** -- ECLI:ES:TS:2015:5823--, **STS 22-4-15 (Rc. cas 14/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:3039--]. De otra parte, también brinda la sentencia anotada un recordatorio de gran utilidad sobre la doctrina de la Sala respecto de los informes periciales a estos concretos efectos. Así se recuerda que los informes técnicos no tiene valor de documental a efectos casacionales, sino el de una pericial, cuya plasmación en un documento no muda su cualidad de prueba inhábil para revisar los hechos probados, pues «el documento en sí mismo considerado constituiría en este caso el instrumento o vehículo de la prueba y no la prueba misma» [TS 19-2-14 (Rc. 60/13), 29-9-14 (Rc. 305/13)].

De otra parte, como se sabe, no es posible basar la pretensión revisoria en prueba testifical, pero como advierte la **STS 15-6-15 (Rc. cas 164/14)** --ECLI:ES:TS:2015:2819--, esta prueba en algunos supuestos puede ofrecer «un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas (STS 9-7-12 Rc cas 162/11; y 18-6-13 Rc cas 108/12). Con base en esta doctrina, la Sala rechaza las revisiones pretendidas porque se basaban, entre otros, en un Convenio Colectivo, que no es documento, a efectos revisorios, pues se trata de una norma jurídica.

En otro orden de cosas, tampoco puede negarse relevancia a la **STS 16-6-15 (Rc. cas. 273/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3269—que hace memoria de la doctrina de la Sala según la cual si en los hechos declarados probados se hace referencia a documentos que figuran en los folios que concretan y que se han dado por reproducidos, no es necesaria su completa transcripción, posibilitándose su integración en los referidos hechos y que “*si existe en tales hechos constancia suficiente de las especificaciones que se pretenden adicionar, aunque sea por remisión, tal circunstancia permite a la Sala contar con ellas sin necesidad de introducirlas en la narración histórica de la sentencia*” (STS 13-11-2007 (Rc. cas 77/06, 14-5-13 (Rc. cas 285/11, 5-6-13 (Rc. cas 2/12, 18-6-13 (Rc. cas 99/12, 16-9-14 (Rc. cas 251/13).

## **11.4. Alcance del escrito de impugnación del recurso**

La doctrina de la Sala sobre el escrito de impugnación se repasa en la **STS 22-7-15 (Rc. cas 130/14)** --ECLI:ES:TS:2015:3433-- y en la **STS 26-1-16 (Rc. 2227/14)** --ECLI:ES:TS:2016:761--. Esta última sintetiza esta doctrina



concluyendo que únicamente procede interesar la inadmisibilidad del recurso de suplicación o la confirmación de la sentencia recurrida, no solicitar ni su nulidad, ni su revocación total o parcial, pues la naturaleza de la impugnación no es la del recurso de suplicación, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso de suplicación.

### **11.5. El gravamen como condición para la legitimación para recurrir**

De particular interés se antoja la **STS 10-2-16 (Rc. cas. 328/14)** -- ECLI:ES:TS:2016:733--, que se pronuncia sobre la legitimación empresarial para recurrir en procesos de despido colectivo. En este caso, en instancia se había desestimado la excepción de falta de legitimación pasiva de la empresa que había adquirido en el procedimiento de liquidación del concurso de acreedores seguido por la empresa promotora del ERE de una unidad productiva. Y paralelamente se habían desestimado las demandas acumuladas de impugnación de la resolución administrativa que autorizó a la comercial -- Grupo Mecanotubo SA-- la extinción de 55 contratos de trabajo en el ERE 5071/12. En casación recurre la empresa Cimbras y Geotecnia SL, a la que el Juzgado mercantil adjudicó una unidad productiva de Grupo Mecanotubo SA., y la Sala, tras confirmar la competencia del orden social para conocer de la demanda y la adecuación de la modalidad procesal contemplada en los arts 151-ss LRJS (al haberse iniciado el ERE vigente el RDL 3/12), y rechazar la denuncia de incongruencia omisiva, desestima el recurso de la comercial. Al efecto, entiende la Sala que la desestimación íntegra de la demanda en instancia conlleva la absolución de todos los demandados (incluida la recurrente), y la consecuente confirmación de la resolución administrativa que autorizaba el ERE, por entenderla ajustada a Derecho, lo que comporta una clara ausencia de gravamen para la empresa recurrente en casación y determina en aplicación de la denominada “doctrina de la equivalencia de resultados” de la Sala 1ª de este Tribunal, la desestimación del recurso.

### **12. Error judicial. Inadmisión del recurso de suplicación por no consignación del importe de la condena**

La interesante **STS 22-10-15 (Error 15/14)** -- ECLI:ES:TS:2015:4834 ECLI:ES:TS:2015:4834—desestima la demanda de error judicial dirigida contra la sentencia del Juzgado de lo Social que declaró improcedente el despido y condenó solidariamente a las dos empresas demandadas. Y ello porque esta acción se entabla para obtener la correspondiente indemnización por los daños derivados del mal funcionamiento de la Administración de Justicia, y no como remedio para revisar resoluciones judiciales. Y en este caso lo que pretende la parte es que, habiendo resultado fallido el recurso de suplicación anunciado por no haber consignado el importe de la condena, esto es, por los defectos achacables a la propia empresa, conseguir por la vía del error judicial revisar la interpretación judicial de las normas aplicables al caso.