

# CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

AÑO JUDICIAL 2016-2017



TRIBUNAL SUPREMO

2017

## **SALA CUARTA**

# CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. AÑO JUDICIAL 2016/2017.<sup>1</sup>

## INDICE SISTEMÁTICO.

### Introducción

## I. DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Caducidad de la acción

1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo con Acuerdo.

### 2. Cesión ilegal

### 3. Contratación temporal

1. Contrato de relevo
2. Contrato de interinidad
3. Contratación temporal en la Universidad

### 4. Contrato de trabajo y figuras afines: agente de seguros

### 5. Contratación y subcontratación de obras y servicios.

### 6. Convenios y negociación colectiva

1. Comité de empresa europeo: designación de los miembros nacionales.
2. Delegados de prevención.
3. Denuncia y promoción de nuevo convenio: legitimación.
4. Intervención Comisión Paritaria.

### 7. Comunicación de la nómina en soporte informático.

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

1. Caducidad
2. Despido disciplinario y videovigilancia
3. Despidos objetivos por causas económicas, organizativas y de producción
4. Despidos en situaciones de especial protección
5. Incapacitación judicial del empresario
6. Trabajador extranjero y pérdida de la autorización para trabajar
7. Despido individual tras Despido Colectivo y notificación a la RLT
8. Delegado sindical y derecho de opción

### 9. Despido: Efectos económicos

1. Conceptos computables en el cálculo de la indemnización por despido
2. Cálculo de la indemnización por despido
3. Puesta a disposición de la indemnización por despido objetivo
4. Salarios de tramitación

---

<sup>1</sup> La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por las letradas del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D<sup>a</sup>. Dolores Redondo Valdeón, D<sup>a</sup>. María Silva Goti , Ana de Miguel Lorenzo 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.

5. Extinción de contrato de trabajadores indefinidos no fijos por amortización de la plaza o cobertura de vacante y cuantía de la indemnización: 20 días por año de servicio
6. Extinción del contrato por voluntad del trabajador

#### **10. Despido colectivo**

1. Legitimación activa
2. Acción de la empresa: caducidad
3. Derechos fundamentales
4. Despido colectivo y centro de trabajo
5. Ejecución sentencia de despido colectivo declarado nulo

#### **11. Discriminación.**

1. Baja maternal y riesgo durante el embarazo: Abono de incentivos.
2. Adaptación del puesto: Riesgo durante el embarazo y lactancia. Médicos Residentes. Guardias de atención continuada.
3. Régimen de descanso: trabajadores a tiempo completo y parcial.

#### **12. FOGASA**

1. Declaración de insolvencia previa en otro procedimiento.
2. Legislación aplicable: Insolvencia.
3. Legislación aplicable: extinción por auto del juez del concurso.
4. Reclamación al FOGASA. Contestación denegatoria extemporánea dictada sobre pasado el plazo para emitir resolución. Silencio administrativo
5. Responsabilidad en caso de indemnización convencional superior a la legal.

#### **13. Libertad sindical**

1. Acceso a correo electrónico masivo
2. Acuerdos individuales en masa
3. Crédito horario a delegado sindical.
4. Reconocimiento del crédito horario a representante unitario que es designado delegado sindical.

#### **14. Prescripción**

1. Fogasa
2. Interrupción de la prescripción: denuncia ante la Inspección.
3. Plazo para el ejercicio de la acción por parte de la autoridad laboral en el procedimiento de oficio.

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

1. Condición más beneficiosa
2. Negociación de buena fe: alcance.
3. Derecho de huelga y esquirolaje externo.
4. Traslados temporales

#### **16. Registro de la jornada diaria**

#### **17. Sucesión de contratados.**

1. Deudas salariales.
2. Sucesión de empresa y subrogación empresarial

#### **18. Vacaciones: retribución**

#### **19. Tutela derechos fundamentales. Derecho al honor.**

## **II. SEGURIDAD SOCIAL**

### **1.-JUBILACIÓN**

1.1.-Jubilación contributiva

1.1.1.-Cuantía de la pensión: aplicación de porcentajes de reducción por edad

1.1.2.-Cálculo de la base reguladora: integración de lagunas por trabajos a tiempo parcial

1.1.3.-Jubilación activa: no incremento pensión cuando se accede con un porcentaje de pensión inferior al 100%

1.2.-Jubilación parcial

1.2.1.-Acceso a la jubilación parcial a los 60 años

1.2.2.-Necesidad de acreditar acceso a jubilación parcial en convenios colectivos o acuerdos de empresa: subsanación

1.2.3.-Acumulación de jornadas del jubilado parcial

1.3.-Jubilación forzosa

1.4.-Premio por jubilación

1.5.-Regímenes especiales

1.5.1.-Jubilación en el RETA

1.5.2.-Jubilación en el REMC

1.6.-Competencia funcional

1.6.1.-Afectación general: cálculo de la base reguladora integrando lagunas con bases mínimas

1.6.2.-No afectación general: cálculo de la base reguladora cuando faltan cotizaciones por no sustitución de trabajador relevista

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

2.1.-Impugnación por la Mutua de la imputación de responsabilidad en abono de prestaciones

2.2.-Gastos derivados de accidente de trabajo

2.2.1.-Competencia del orden jurisdiccional social

2.1.2.-Responsabilidad respecto de gastos sanitarios

2.3.-Recargo de prestaciones

2.3.1.-Imposición del recargo

2.3.2.-Rebaja del porcentaje de recargo

2.3.3.-Fecha de efectos

2.3.4.-Sucesión de la responsabilidad

2.3.5.-Efectos de una sentencia del orden contencioso-administrativo en el recargo

2.3.6.-Efectos de la falta de audiencia a la empresa en el procedimiento del que trae causa el recargo

2.4.-Indemnización por daños y perjuicios

2.4.1.-Prescripción de la acción

2.4.2. Intereses

### **3.-INCAPACIDAD TEMPORAL**

3.1.-Impugnación de alta médica

3.2.-Complemento por incapacidad temporal

3.3.-Obligación de alta y cotización de trabajadores fijos-discontinuos en situación de incapacidad temporal

- 3.4.-Imposibilidad de descontar del complemento de productividad los periodos de incapacidad temporal
- 3.5.-Responsabilidad en el abono de la prestación
  - 3.5.1.-Anticipo por la Mutua de los días 4 a 15 de prestación
  - 3.5.2.-Responsabilidad directa de la empresa
  - 3.5.3.-Acumulación de acciones en que se solicita responsabilidad directa de la empresa
- 3.6.-En el RETA: fecha del hecho causante

#### **4.-INCAPACIDAD PERMANENTE**

- 4.1.-Determinación y revisión de grado
  - 4.1.1.-Patologías determinantes del grado
  - 4.1.2.-Deficiencias visuales
  - 4.1.3.-Denegación de revisión para reconocimiento en situación de gran invalidez
- 4.2.-Incapacidad permanente parcial en el RETA
- 4.3.-Incapacidad permanente total
  - 4.3.1.-Determinación de la “profesión habitual”
  - 4.3.2.-Asimilación al alta: doctrina humanitaria y flexibilizadora
  - 4.3.3.-Periodo de carencia
    - 4.3.3.1.-Cotizaciones por hijos nacidos en el extranjero
    - 4.3.3.2.-Consideración del segundo año de excedencia voluntaria por motivos de conciliación como cotizados
  - 4.3.4.-Fecha de efectos
  - 4.3.5.-Incapacidad permanente total cualificada: RETA
  - 4.3.6.-Indemnización por incapacidad permanente total: plazo para solicitar su abono
- 4.4.-Incapacidad permanente absoluta
  - 4.4.1.-Fecha de efectos en el RETA
  - 4.4.2.-Asimilación al alta: perceptores de prestaciones no contributivas
- 4.5.-Gran invalidez
  - 4.5.1.-Reconocimiento cuando se comienza la prestación de servicios necesitando ayuda de tercera persona
  - 4.5.2.-Cálculo del complemento
  - 4.5.3.-Cómputo de la cuantía del complemento a efectos del cálculo de la cuantía para el acceso al recurso de suplicación

#### **5.-GRADO DE DISCAPACIDAD**

- 5.1.-Porcentaje cuando se acumulan dolencias
- 5.2.-Deficiencias visuales

#### **6.-DESEMPLEO**

- 6.1.-Nivel contributivo
  - 6.1.1.-Sujetos con derecho a prestación: trabajadores extranjeros
  - 6.1.2.-Cálculo de la prestación
  - 6.1.3.-Supuestos de mantenimiento, suspensión y extinción de la prestación
    - 6.1.3.1.-Incompatibilidad entre trabajo y prestación
    - 6.1.3.2.-Salida del territorio sin comunicación a la Entidad Gestora
    - 6.1.3.3.-Extinción por incomparecencia a requerimiento de la Entidad Gestora: notificación por edictos

6.1.3.4.-Reclamación administrativa previa frente a resolución de extinción: plazo de caducidad

6.1.4.-Reposición de prestaciones

6.1.4.1.-En supuestos de extinción de la relación laboral por no acogerse el trabajador a medidas de movilidad geográfica

6.1.4.2.-Necesidad de que suspensión y extinción se produzca en periodo contemplado normativamente

6.1.5.-Modalidad de pago único

6.2.-Nivel asistencial

6.2.1.-Requisitos para el percibo de la prestación

6.2.1.1.-Documentación requerida

6.2.1.2.-Situación de desempleo

6.2.2.-Determinación de la carencia de rentas

6.2.2.2.-Criterios generales

6.2.2.3.-Incremento puntual de renta

6.2.3.-Incompatibilidad con el trabajo

6.2.4.-Reclamación de prestaciones indebidas: embargo

6.3.-Reclamación diferencias base reguladora: acceso al recurso de suplicación

## **7.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN**

## **8.-MATERNIDAD SUBROGADA**

## **9.-VIUDEDAD**

9.1.-Reconocimiento del derecho

9.1.1.-En el RETA

9.1.2.-En supuestos de separación/divorcio

9.1.2.1.-Anteriores a la entrada en vigor de la DT 18ª LGSS

9.1.2.2.-Denegación de la pensión en supuestos de separación cuando se solicita por la vía de la existencia de pareja de hecho

9.1.2.3.-Necesidad de percepción de pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento del causante: supuestos asimilados

9.1.3.-En supuestos de parejas de hecho

9.1.3.1.-Supuesto especial de la DA 3ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre

9.1.3.2.-Acreditación de la existencia de la pareja de hecho

9.1.3.3.-Inscripción registral: ¿Registro autonómico o municipal?

9.2.-Fecha de efectos económicos

9.2.1.-Cuando existen solicitudes anteriores y posteriores a DT 18ª LGSS

9.2.2.-Cuando la solicitud se realiza superado los 3 meses desde el fallecimiento del causante

9.3.-Determinación de la contingencia

9.4.-Revisión de reconocimiento de pensión de viudedad: prescripción

9.5.-Complemento a mínimos

## **10.-ORFANDAD**

10.1.-Necesidad de alta y cotización del causante: aplicación doctrina humanitaria

10.2.-Aplicación paulatina del límite de edad

10.3.-Incremento de pensión en supuestos de orfandad absoluta

10.4.-Fecha de efectos

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

## **12.-PRESTACIONES POR HIJO A CARGO**

## **13.-SOVI**

### **III. DERECHO PROCESAL LABORAL**

#### **1. Competencia de la jurisdicción social**

- 1.1. Competencia material
- 1.2. Competencia objetiva
- 1.3. Competencia funcional
- 1.4. Competencia internacional

#### **2. El proceso ordinario**

##### **2.1. De la evitación del proceso**

- 2.1.1 Conciliación previa
- 2.1.2 Reclamación administrativa previa

##### **2.2. La demanda**

- 2.2.1 Ejercicio de acciones meramente declarativas
- 2.2.2 Litispendencia
- 2.2.3 Acumulación de acciones
- 2.2.4 Litisconsorcio pasivo necesario
- 2.2.5 Acumulación de demandas de despido y de extinción el contrato por voluntad del trabajador del art. 32 LRJS

##### **2.3. Los actos de conciliación y de juicio**

- 2.3.1 Conciliación judicial
- 2.3.2 Las pruebas
- 2.3.4 Diligencias finales

##### **2.4. La sentencia**

- 2.4.1 Motivación de las sentencias
- 2.4.2 Congruencia de las sentencias
- 2.4.3 Cosa juzgada
- 2.4.5 Nulidad de actuaciones
- 2.4.6 Aclaración de sentencia

##### **2.5. El proceso ordinario como proceso común**

##### **2.6. Cambio de doctrina y seguridad jurídica**

#### **3. Modalidades procesales**

##### **3.1. Proceso de despido**

**3.2. Impugnación de despido colectivo.** Legitimación de los representantes sindicales: requisito de la implantación suficiente

##### **3.3. Procedimiento de elecciones**

**3.4. Procedimiento de oficio.** Legitimación activa de la TGSS en el caso de infracciones en materia de seguridad social

##### **3.5. Proceso de conflicto colectivo**

- 3.5.1 Ámbito de aplicación: exigencia de interés general
- 3.5.2 Legitimación activa. Legitimación de los sindicatos: requisito de la implantación suficiente en el ámbito del conflicto.
- 3.5.3 Intervención previa de la Comisión Paritaria
- 3.5.4 No supone la pérdida sobrevenida del objeto del proceso el hecho de que los demandados en el primer proceso llegaran a un acuerdo de conciliación previa en proceso posterior, validando el acuerdo impugnado en el primero
- 3.5.5 Falta de acción: acción meramente declarativa

3.5.6 Eficacia de cosa juzgada de la sentencia colectiva

### **3.6. Proceso de impugnación de convenios colectivos**

3.6.1 Ámbito del proceso

3.6.2 Modalidad procesal excluida del intento de conciliación previa

3.6.3 Legitimación activa, por ilegalidad y por lesividad

### **3.7. Impugnación de la resolución administrativa que deniega el depósito de los estatutos de un sindicato**

### **3.8. Procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas**

3.8.1 Legitimación activa

3.8.2 Plazo para el ejercicio de la acción

## **4. Recurso de suplicación**

4.1. Sentencias recurribles en suplicación

4.1.1 Sentencias recurribles por razón de la materia litigiosa

4.1.2 Sentencias recurribles en función de la cuantía litigiosa. Determinación de la cuantía del litigio

4.1.3 Sentencias recurribles por afectación general

4.2. Autos recurribles/no recurribles en suplicación

## **5. Recurso de casación ordinaria**

5.1. Resoluciones recurribles

5.2. Exigencias formales del recurso

5.3. Motivos de casación

5.3.1 Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio

5.3.2 Error en la apreciación de la prueba: Requisitos para la evasión de los hechos probados

5.3.3 Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia

## **6. Recurso de casación para la unificación de doctrina**

6.1. Legitimación para recurrir

6.2. Exigencias formales del recurso

6.2.1 Idoneidad de las sentencias de contraste

6.2.2 Relación precisa y circunstanciada de la contradicción

6.2.3 Determinación y fundamentación de la infracción legal

6.3. Exigencia de contradicción

6.3.1 Doctrina general

6.3.2 Capacidad del TS para crear su propia doctrina al margen de la de las sentencias contrastadas

6.3.3 Contradicción en supuestos especiales

6.3.4 Alcance de la contradicción y sus límites

6.3.5 Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción

6.4. Contenido casacional de la pretensión deducida en el recurso

## **7. Disposiciones comunes a los recursos**

7.1. Legitimación para recurrir

7.2. La interposición de recurso por infracción procesal no requiere de la subsanación o complemento previo de la sentencia

7.3. Admisión de documento (art. 233 LRJS)

7.3.1 Inadmisibilidad del documento que pudo aportarse al pleito

- 7.3.2 Trascendencia del hecho incorporado y sus efectos sobre el pleito
- 7.4. El vicio de la “petición de principio”
- 7.5. Costas. Beneficio de justicia gratuita

## **8. Revisión de sentencias**

- 8.1. Doctrina general
- 8.2. Plazo para la presentación de la demanda de revisión
- 8.3. Requisitos. Subsidiariedad: agotamiento de los recursos previstos en la ley
- 8.4. Motivos de revisión
  - 8.4.1 Documentos recobrados
  - 8.4.2 Falso testimonio: sobre el carácter trascendental de lo testificado en falso
  - 8.4.3 Maquinación fraudulenta
  - 8.4.4 Cuestión prejudicial penal
  - 8.4.5 El cambio de doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no es motivo de revisión

## **9. Error judicial**

- 9.1. Doctrina general
- 9.2. Agotamiento de los recursos
  - 9.2.1 Incluye la nulidad de actuaciones
  - 9.2.2 No incluye el recurso de amparo
- 9.3. Plazo para recurrir

## **10. Ejecución de sentencias**

### **10.1. Ejecución de sentencias firmes**

- 10.1.1 Ejecución de sentencia firme de despido
- 10.1.2 Las sentencias absolutorias no son susceptibles de ejecución
- 10.1.3 Cambio de partes en el proceso de ejecución
- 10.1.4 Ejecuciones colectivas

### **10.2. Ejecución provisional**

## **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 2016-2017, 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 los años anteriores.

En materia de Derecho del Trabajo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en este año judicial 2016/2017, 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 diversas formas de contratación temporal, en particular por su relevancia, los contratos temporales de profesores en la Universidad, así como cuestiones relativas a la negociación colectiva (destacando las garantías de los delegados de prevención de origen convencional). Del mismo modo se han abordado cuestiones referidas a despidos disciplinarios y videovigilancia, el cálculo de la indemnización por despido, la extinción de los contratos indefinidos no fijos en la Administración y el derecho a indemnización, o se ha fijado de forma definitiva el alcance de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial cuando no emite resolución expresa en el plazo de tres meses reglamentariamente previsto. Durante el periodo que analizamos se han abordado también variadas cuestiones referidas a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, sucesión de contratistas, retribución de vacaciones y finalmente sobre la tutela del derecho fundamental al honor de la empresa.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, la Si bien el Tribunal Supremo ha tenido que abordar prácticamente todas las instituciones de Seguridad Social en el periodo analizado, son las cuestiones en materia de prestaciones y subsidios por desempleo las que más peso han tenido en la labor unificadora de la Sala IV. En particular, se han abordado problemas tanto del nivel contributivo -en que se han examinado materias como si los trabajadores extranjeros en situación irregular tienen derecho a la prestación por desempleo y en qué cuantía, cómo se calcula la prestación, en que sus puestos procede la suspensión o extinción del derecho y cuándo pueden reponerse prestaciones en supuestos de ERTES seguidos de EREs-, como en el nivel asistencial -en que la Sala ha abordado cuestiones como la acreditación de la situación de desempleo o la documentación que se exige

para la solicitud y los efectos de la defectuosa entrega de la misma, así como la determinación de la carencia de rentas que permite el reconocimiento del desempleo en su nivel asistencial-.

La materia de jubilación también ha asumido un papel preponderante en el trabajo de la Sala IV en el periodo analizado. Así, se han examinado cuestiones relativas a cómo se calcula la base reguladora o la cuantía de la pensión, en qué supuestos se puede acceder a la jubilación parcial, o las peculiaridades del acceso a la jubilación en los regímenes especiales, en especial el RETA y el REMC.

Como sigue siendo habitual en los últimos años, las cuestiones relativas al recargo de prestaciones e indemnización por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, también han sido objeto de análisis en este periodo, y ello tanto en relación a los supuestos en que procede la imposición del recargo o el abono de la indemnización, como la sucesión de la responsabilidad, los efectos que puede tener una sentencia del orden contencioso-administrativo en que se exime a la empresa de la sanción de la que trae causa el recargo en el mismo o quién debe asumir los gastos sanitarios derivados del accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

En relación con la incapacidad temporal, junto con las impugnaciones de las alta médicas, la Sala ha examinado en qué supuestos se abona el complemento, la obligación de alta y cotización por trabajadores fijos-discontinuos cuando no son llamados a prestar servicios, y se han abordado las cuestiones relativas a la responsabilidad, tanto directa de la empresa, como subsidiaria de las entidades gestoras o Mutuas.

Muy comentadas doctrinalmente han sido las sentencia en relación con el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada, si bien la Sala IV también ha abordado importantes cuestiones en relación con el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad o de orfandad, prestaciones en favor de familiares, prestaciones por hijo a cargo o pensiones SOVI.

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, destacando en este periodo la intervención activa del Ministerio Fiscal en el uso de la legitimación que le confiere la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para interponer recursos de casación para la unificación de doctrina en los supuestos previstos en el art. 219.3. Entre los temas más novedosos destacan la declaración de la competencia de la jurisdicción social para conocer de cuestiones relativas a las bolsas de trabajo en la Administración Pública o de la reclamación de intereses legales contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) por el retraso en el pago de la prestación; la validez de las pruebas obtenidas con videocámaras ubicadas en los lugares de trabajo con aviso de su colocación de acuerdo con la doctrina sentada por la STC 39/2016; y el reconocimiento de legitimación activa a la TGSS para iniciar procedimientos de oficio en el caso de infracciones en materia de Seguridad Social.

En materia colectiva, la Sala ha examinado el requisito de la implantación suficiente para la legitimación de los representantes sindicales y de los sindicatos en los procesos de impugnación del despido colectivo, conflicto colectivo e impugnación de convenios colectivos, así como la exigencia en todo caso de interés general en el conflicto colectivo y los criterios para su determinación. En lo tocante a los recursos, como no podía ser de otra forma, la Sala sigue exigiendo el cumplimiento de los requisitos formales, no sin la flexibilidad que en determinados casos pueda requerirse, habiendo, por otra parte, admitido la Sala la contradicción en algún supuesto puntual de incapacidad permanente en atención a sus circunstancias particulares. En materia de ejecuciones colectivas, la Sala ha reconocido la legitimación del Comité de empresa, por lo demás, prevista legalmente, ha declarado adecuado el procedimiento del art. 247 LRJS para la ejecución de sentencias firmes que declaran nulo el despido colectivo, e incluso de sentencias dictadas en fecha anterior a la entrada en vigor del RD-L 11/2013, si el fallo se adapta a lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS, conteniendo la condena allí prevista. Finalmente, se abordan también temas tan interesantes como el cambio de doctrina, la seguridad jurídica, y la posible revisión de sentencia motivada por dicha circunstancia.

## I. DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Caducidad de la acción

#### 1. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo con Acuerdo.*

La **STS 12-1-2017 (Rc 26/16)**, ECLI:ES:TS:2017:806, analiza si ha caducado la acción de impugnación de **modificación sustancial de condiciones de trabajo**, de carácter colectivo (MSCT), en un supuesto en el que ha mediado **acuerdo** y se constata que no ha existido ningún tipo de **notificación formal** o expresa a los representantes de los trabajadores – RLT- de la medida empresarial. Tras la entrada en vigor de la LRJS, su art 138 establece que el **plazo de caducidad** de 20 días para impugnar una MSCT comienza a correr tras la notificación a los representantes de la medida y aunque haya mediado acuerdo respecto de la modificación, por mandato legal, el plazo para impugnarla solo comienza a contar desde que se realiza dicha notificación. Por otra parte, y con carácter general, el conocimiento que de la decisión modificativa pueda tener la RLT a través de un tablón de anuncios, de informaciones verbales, de circulares empresariales, o de la firma de un acuerdo no es relevante a los efectos de activar el plazo de caducidad. Ahora bien, en el caso analizado, se da la especial circunstancia de que la empresa y la RLT habían llegado a un acuerdo informal que fue sometido a votación de los trabajadores y tras la aprobación mayoritaria de éstos es cuando se suscribe el Acuerdo impugnado. Esto es, la medida ha sido pactada entre la empleadora y el comité de empresa; los trabajadores han conocido el alcance del acuerdo y se han manifestado acerca del mismo y los miembros salientes del comité han entregado a los entrantes diversa documentación, entre la que está el acuerdo alcanzado. La sentencia concluye que, en estas singularísimas condiciones, preexistiendo el acuerdo informal sobre la modificación y la manifestación de voluntad de los empleados, cabe que el “Acuerdo” formal, dados sus términos, cumpla el papel de la “notificación” pedida por la LRJS, no siendo esperable decisión posterior alguna pues es claro el ámbito personal, temporal y material de la medida.

#### 2. *Cesión ilegal*

Nuevamente se contempla en **STS 21-06-2016 (Rc 2231/14)**, ECLI:ES:TS:2016:3603, la necesidad de determinar en qué momento se encuentra viva la acción la para que se declare la existencia de una situación de cesión ilícita de trabajadores ex art. 43.2 ET. Y el Alto Tribunal haciéndose eco de doctrina antigua de la Sala, afirma que a los exclusivos fines de la responsabilidad solidaria por cesión exigible en un proceso de despido –como regla y salvo excepciones en supuestos de fraude--, la situación de cesión debe estar viva en el momento de presentación de la demanda. La acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente mientras subsista la cesión, de modo que concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal.

En esta línea matiza **STS 31-05-2015 (Rc 3599/15)**, ECLI:ES:TS:2017:2343, que la exigencia de que la cesión ilegal esté presente en el momento de la presentación de la demanda es una exigencia jurisprudencial que se proyecta sobre los casos en los que la pretensión del trabajador se dirige a la reclamación de su situación de fijeza, tal como prevé el artículo 43.2 ET. Sin embargo, tal doctrina no puede proyectarse, directamente,

sobre los supuestos en los que, constante la cesión, se produce el despido del trabajador lo que provoca una demanda judicial en la que se acumula la relación contra el despido y la declaración de existencia de cesión ilegal para que ésta última tenga las consecuencias pertinentes sobre las consecuencias de la unilateral decisión extintiva adoptada por el empresario. En estos casos, resultaría materialmente imposible exigir que la cesión estuviese viva en el momento de la presentación de la demanda, pues la cesión habría finalizado con el despido. Por ello, cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, puede el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido.

En **STS 02-11-2016 (Rc 2779/14)**, ECLI:ES:TS:2016:5213, la Sala repasa didácticamente el fenómeno de la cesión ilegal y los problemas de calificación que el mismo presenta, para llegar a la conclusión de que, en el caso concreto, no se da el fenómeno de interposición característico de la cesión, al tratarse de una contrata para facilitar información tributaria a los contribuyentes, durante los años 2010 y 2011, en la que la práctica totalidad de los medios materiales y personales de producción se facilitan por la contratista que tiene una organización propia y estable a esos efectos; todas las tareas se desarrollan íntegramente en sus propios locales y es dicha empresa quien ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario, y sin que empañe tal solución el hecho de que la AEAT hubiera contribuido a la formación de los trabajadores, o incluso la posible confusión a los contribuyentes de que les estaba atendiendo la Administración tributaria.

Solución contraria se alcanza, sin embargo, en **STS 21-09-2016 (Rc 2913/14)**, ECLI:ES:TS:2016:4941, en la que el Alto Tribunal entiende, pese a la indudable complejidad del asunto, que concurre cesión ilegal, al concurrir al menos dos circunstancias que al efecto contempla el art. 43.2 ET, a saber, por un lado, que el objeto del contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas implicadas no entrañe más que una mera puesta a disposición de la actora y, por otro, que no consta que la cedente contara con cualquiera de los medios necesarios para desarrollar la actividad, que se realizaba no sólo en exclusiva con los medios materiales de la Confederación Hidrográfica del Tajo [CHT] sino incluso en sus propios locales. Análoga solución se alcanza en **STS 10-01-2017 (Rc 1670/14)**, ECLI:ES:TS:2017:276.

### **3. Contratación temporal**

#### **1. Contrato de relevo**

Como es sabido, el contrato de relevo está previsto legalmente como un tipo contractual específico para sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que simultanea una jubilación parcial anticipada con un contrato a tiempo parcial. En el caso de **STS 14-03-2017 (Rc 2714/15)**, ECLI:ES:TS:2017:1274, la cuestión debatida se centró en determinar si se puede dar por extinguido el contrato del relevista para proceder a suscribir otro con persona distinta y con la misma causa como es la de la jubilación (en principio parcial) del mismo trabajador relevado, que con posterioridad y vigente aún dicho contrato de relevo, se ha jubilado anticipadamente. Para dirimir la cuestión recuerda que la dicción gramatical del art. 12.7-d) ET es clara cuando establece que “la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria ...”. De ello se infiere que el contrato de relevo, aunque se contemple en abstracto y no en

función de una específica persona en lo que concierne al relevista, no admite una novación subjetiva por lo que a éste se refiere si no se halla justificada, porque, de otro modo y de antemano, se atentaría al derecho mismo al trabajo y principio de estabilidad en el empleo, por lo que en estos casos, mientras no exista causa suficiente para dar por cumplido el contrato del relevista, éste durará lo que el propio relevo.

También sobre un contrato de relevo de pronuncia **STS 29-03-2017 (Rc 2142/15)**, ECLI:ES:TS:2017:1429, en la que se contempla la validez de uno de estos contratos y si es correcta la actuación de la empresa y el trabajador relevado, que suscriben un contrato a tiempo parcial –con el pase a la situación de jubilación parcial–, de concentración de la jornada reducida [15 %] en el periodo inmediatamente posterior a la suscripción del contrato y en un solo año, y que tras ello no volviese a prestar servicios, accediendo a la jubilación en la fecha prevista al cumplir los 65 años, a lo que el TS da una respuesta afirmativa. Razona que aunque esa concentración del periodo a trabajar no sea el exactamente previsto en el RD 1131/2002, no reviste cualidad fraudulenta ni perjudica los intereses en juego, tanto del relevista como de la Seguridad Social.

## **2. Contrato de interinidad**

Por lo que a esta modalidad de contratación temporal importa, la **STS 05-07-2016 (Rc 84/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3612, aborda la calificación que merece la extinción de un contrato de tal naturaleza, habida cuenta de que la trabajadora había sido contratada en interinidad para sustituir a otra en situación de excedencia voluntaria, situación que no implica la reserva de puesto de trabajo. Tras analizar los supuestos en los que cabe la contratación de interinidad por sustitución y por vacante, la Sala concluye que en el caso, descartada la existencia de un contrato válido de interinidad en las dos modalidades posibles, debe proclamarse que estamos ante un vínculo "indefinido no fijo". En consecuencia, siendo la relación indefinida no fija, y aplicable la doctrina de la Sala relativa a la extinción de la misma, se declara la improcedencia del despido.

Declara **STS 02-02-2017 (Rc 87/16)**, ECLI:ES:TS:2017:812, que los contratos de interinidad que se realicen en la empresa deben efectuarse con la categoría y retribución del trabajador sustituido y no en algunas de las nuevas categorías creadas en el convenio, pues a tenor del art. 15.1 ET uno de los elementos esenciales del contrato de interinidad se halla en la delimitación del puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador interino, el cual debe ser el mismo que el del sustituido, y de ahí, que el nivel retributivo aparejado haya de guardar esa misma y congruente correspondencia. Por lo tanto, nada justifica un trato salarial desigual, ni el convenio ampara el cambio de categoría, pese a lo que sostiene la empresa, excluyendo a las contrataciones por interinidad de la imposición de nuevas categorías.

## **3. Contratación temporal en la Universidad**

Sin duda un pronunciamiento destacado en el actual periodo es el supuesto al que da respuesta **STS 01-07-2017 (Rc 2890/15)**, ECLI:ES:TS:2017:2419, en el que la Sala IV estima que, a la luz de las doctrinas Pérez López y Márquez Samohano del TJUE, una sucesión de contratos –desde 2003 a 2013– de un profesor de la Universidad de Cataluña a través de diversas modalidades: asociado, colaborador y lector, debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y por atender a necesidades permanentes de la

Universidad. Tras una cuidada argumentación, concluye la sentencia anotada afirmando que dicha contratación temporal lo fue en fraude de ley, toda vez que, por un lado, se dirigió a la realización de necesidades docentes regulares y estructurales de la Universidad y alejada de los objetivos propios de la contratación utilizada, por otro, no quedó acreditado que el demandante realizara una actividad profesional ajena a la Universidad cuando fue contratado como asociado, ni que en la contratación como profesor lector se cumplieran mínimamente las finalidades formativas ligadas a dicha modalidad contractual. Así las cosas, la existencia de una sucesión de contratos de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino permanente y duradero, implica una fraudulenta actuación que determina, por ministerio de la ley, la consideración de que existía un contrato de carácter indefinido no fijo, cuya unilateral extinción bajo la alegación de finalización de una duración temporal inexistente, determina la existencia de un despido improcedente.

#### **4. Contrato de trabajo y figuras afines: agente de seguros**

Recuerda **STS 14-07-2016 (Rc 539/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3964, la dificultad que existe a la hora de discernir cuando nos hallamos en presencia de un contrato de agencia y cuando ante una relación laboral, siendo esencialmente las notas de dependencia y ajenidad, las que diferencian la naturaleza laboral o mercantil de la relación, por lo que resulta de todo punto necesario examinar los datos o hechos concurrentes en cada caso para resolver lo procedente y que en el supuesto que decide la sentencia anotada conduce a declarar que la prestación de servicios del agente de seguros era laboral, y ello no obstante referir el contrato de agencia suscrito que “el agente no tendrá ninguna relación de dependencia y desarrollará su actividad, dedicando el tiempo que considerar oportuno, siguiendo sus propios criterios de organización (...) y que el contrato es de naturaleza mercantil”, al quedar desvirtuada la nota de la autonomía, y al margen de que se exprese su carácter mercantil, pues los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Así las cosas, en el caso los extremos acreditados avalan el carácter laboral de la relación, pese a la nominación que las partes atribuyeron a la misma.

#### **5. Contratación y subcontratación de obras y servicios**

Con revisión de reciente doctrina de la Sala IV, de notable relevancia son los pronunciamientos obrantes en **STS 21-07-2015 (Rc 2147/14) y 08-2011-2016 (Rc 2258/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3996 y ECLI:ES:TS:2016:5360, en los que la cuestión planteada versó sobre si el contrato de agencia de la Ley 12/1992 concluido entre dos entidades mercantiles para la comercialización de los productos de la principal [empresa de telefonía móvil] excluye la subcontratación de obras y servicios correspondientes a su propia actividad, en orden a la eventual aplicación de las responsabilidades que art. 42 ET asigna a los “empresarios que contraten o subcontraten con otros obras o servicios correspondientes a la propia actividad”. En las aludidas resoluciones se afirma que la existencia de un contrato mercantil de agencia entre la empresa principal y la auxiliar no excluye que, a efectos laborales, estemos en presencia de una contrata o subcontrata de obras y servicios del art. 42 ET, lo que apoya asimismo en el hecho de considerar la comercialización de los servicios de telefonía móvil como propia actividad de las empresas de telefonía móvil.

#### **6. Convenios y negociación colectiva**

## 1. Comité de empresa europeo: designación de los miembros nacionales.

La **STS 7-6-2016 (Rc 124/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3225, determina que la representatividad de los **delegados en el Comité de Empresa Europeo -CEE-** ha de computarse en atención al número de representantes legales en los comités de empresa españoles y no según el número de trabajadores a los que proporcionalmente representa cada uno de dichos miembros de los comités de empresa. No se aplican las reglas del ET, sino las específicas de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que traspuso la Directiva 94/45, que a su vez ha sido sustituida por la Directiva 2009/38/CE y cuya transposición se produjo en virtud de la Ley 10/2011, por la que se modifica la Ley 10/1997. En dicha normativa se establece que la designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el CEE, se hará por acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o por acuerdo mayoritario de los mismos. Nuestro legislador, en aplicación de la plena libertad dada por el instrumento europeo, ha optado por una fórmula específica de atribución – **designación por acuerdo de las representaciones sindicales** que en su conjunto sumen la mayoría de miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o por acuerdo mayoritario de los mismos- cuya interpretación no ofrece duda alguna. En definitiva, no es posible asimilar el CEE a los órganos de representación legal regulados en el ET dado que el CEE no es, “un Comité para negociar un convenio colectivo europeo, sino un órgano representativo para la participación, información y consulta de los trabajadores”.

## 2. Delegados de prevención.

La **STS 16-11-16 (Rc 3757/14)**, ECLI:ES:TS:2016:5348, declara que los **delegados de prevención** que no forman parte del comité de empresa, ni ostentan cargo de representación de los trabajadores, desempeñan una actividad de carácter sindical con encaje en el derecho fundamental que proclama el art 28.1 CE y ello en relación con la solicitud del crédito horario. En el caso, se trata de delegados de prevención designados conforme al Convenio Colectivo de empresa, que se acoge a la opción que habilita el art. 35.4 LPRL, que permite nombrar delegado de prevención a un trabajador que no es miembro del comité de empresa. La Sala IV sostiene que la previsión del art 37.1 LPRL de aplicar las garantías previstas en el art 68 ET a los delegados de prevención en su condición de representantes de los trabajadores es aplicable a todos los delegados de prevención, no únicamente a los que ostentan además la condición de representantes de los trabajadores. La única diferencia entre las dos **clases de delegados de prevención** es la relativa a la forma de designación - los de naturaleza legal, que necesariamente impone que se trate de un representante legal de los trabajadores y los de carácter convencional, que tiene carácter potestativo- pero sin que en el ejercicio de sus funciones exista diferencia alguna. Los delegados de prevención tienen la condición de representantes de los trabajadores, en el específico y concreto ámbito de la prevención de riesgos laborales, a modo de representación especializada por la singular naturaleza de esta materia, sin la menor distinción entre una y otra clase de delegados de prevención, en materia de **garantías**.

## 3. Denuncia y promoción de nuevo convenio: legitimación.

La **STS 2-12-16 (Rc 14/16)**, ECLI:ES:TS:2016:5619, analiza la legitimación para la denuncia de un convenio estatutario, completando y rectificando parcialmente la STS 21-5-1997, Rc 3312/96. El debate, al que es de aplicación el Real Decreto-Ley 3/2012, es predominantemente interpretativo, concluyendo la Sala IV tras una profusa e interesante labor argumental que puede denunciarse un convenio colectivo sin necesidad de iniciar simultáneamente el procedimiento de renegociación y ello porque **denuncia del convenio** y promoción de la nueva negociación son **actos diversos**, aunque pueden desplegarse de manera simultánea. La separación de esas dos decisiones, denunciar y **promover la negociación**, resulta respetuosa con la dogmática del convenio, con la acción sindical y con la separada regulación de ambas. La actual legislación establece, con claridad, como dos acciones diversas “la promoción” de la negociación colectiva y “el acto de la denuncia” y al hacerlo así admite que pueda concurrir la denuncia sin la promoción de la negociación. La versión de la Ley sobre la que recae el pronunciamiento de 1997 es distinta y carece de esa especificación. En consecuencia, la mera denuncia del convenio puede activarse por cualquiera de los sujetos con **legitimación** inicial, siempre controlada por referencia al momento en que se lleva a cabo, mientras que la legitimación plena sí es imprescindible para promover la renegociación del nuevo convenio. Para denunciar el convenio no es imprescindible contar con la representatividad plena, sino que basta con la inicial; esa exigencia sí opera cuando se desea poner en marcha el procedimiento para la renegociación del convenio y, quien promueve simultáneamente ambos actos debe contar con legitimación plena.

#### **4.- Intervención Comisión Paritaria.**

Interesante es la **STS 20-9-16 (Rc 163/15)**, ECLI:ES:TS:2016:4451, en la que la cuestión suscitada se contrae a analizar los requisitos y efectos de la **falta de agotamiento** de la vía previa convencional, al no haberse sometido la cuestión litigiosa, previamente a la **Comisión Mixta Paritaria**, conforme al art. 55 del Convenio colectivo para el sector de agencias de viajes. La Sala IV estima que cuando la Comisión Paritaria, ha resuelto ya la interpretación correcta de un precepto del convenio colectivo, en el caso de que se vuelva a suscitar la misma cuestión en otra empresa, no es preciso que vuelva a intervenir la repetida Comisión, por cuanto integrada a partes iguales por quienes designaron los negociadores del convenio, la Comisión Paritaria realiza una interpretación auténtica del pacto colectivo, que resuelve la duda y las resoluciones se integran en el mismo, produciendo los mismos efectos que el **Convenio colectivo que interpreta**, lo que hace inviable su revisión posterior que requeriría un nuevo proceso negociador. Además, el Convenio colectivo no establece como preceptiva esa intervención.

#### **7. Comunicación de la nómina en soporte informático.**

Presenta especial relevancia la **STS 1-12-16 (Rc 3690/14)**, que rectifica doctrina previa de la STS de 22-12-2011, Rc 3/2011, desestimando la demanda en la que se interesaba la nulidad de la decisión de la empresa de comunicar a los trabajadores la **nómina** a través de **soporte informático**, en lugar de **soporte papel**, como se había realizado hasta entonces. El nuevo sistema consiste en la inclusión de las nóminas en la cuenta personal de cada trabajador, a la que pueden acceder mediante un terminal informático situado junto a los buzones - en los que antes se depositaba la nómina papel- para lo cual deben introducir su DNI y su clave de acceso personal. La decisión analizada se declara **ajustada a derecho** al considerar que ni el ET - art 29.1- ni la Orden de 27-12-

1994, modificada por Orden de 6-11-2014, contienen exigencia alguna respecto al formato en el que han de entregarse las nóminas a los trabajadores. La normativa únicamente exige la entrega al trabajador de recibo individual justificativo del pago del salario, en el modelo aprobado por el Ministerio de Empleo, quedando desvirtuada la apariencia de que la entrega haya de realizarse en soporte papel, al admitirse que el trabajador no firme el duplicado del recibo de salarios cuando quede constancia de su abono mediante el comprobante que expide la entidad bancaria. Por otra parte, el trabajador puede, además de acceder a su recibo de salarios a través del terminal informático, obtener una **copia del recibo**, con lo que se cumple con la finalidad de garantizar la constancia de la percepción de las cantidades liquidadas y el conocimiento por el empleado de los diferentes conceptos de abono y descuento que conforman tal liquidación. Finalmente, se considera necesario rectificar la doctrina contenida en la STS 22-12-2011, RC 3/2001 a la vista del tiempo transcurrido y de la generalización de la utilización del soporte informático en lugar del soporte papel tanto en el ámbito privado como en la Administración Pública, así como por la facilidad y accesibilidad que para los trabajadores ofrece el nuevo sistema.

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

### **1. Caducidad**

Recuerda **STS 27-10-2016 (Rc 3754/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5071, que la suspensión del cómputo de la caducidad tiene una duración limitada en el tiempo, sometida a dos diferentes parámetros, de tal manera que se tomará como referencia el que primero acontezca de los dos. Así, de acuerdo con el art. 65.1 LRJS el cómputo de la caducidad se reanuda bien al día siguiente de intentada la conciliación, bien transcurridos quince días hábiles -concretamente, al día siguiente hábil de esos quince días hábiles- desde la presentación de la solicitud de conciliación si ésta no se hubiera intentado con anterioridad. El primero constituye un plazo indeterminado, en la medida en que no es posible conocer *a priori* el día en que la conciliación será intentada, mientras que el segundo es un plazo absoluto e inamovible, pues este plazo de quince días no se ampliará ni siquiera en el caso de que la solicitud de conciliación requiera de subsanación, para lo que se le habrá concedido un plazo al solicitante que, de esta manera, se solapa con el de la suspensión de la caducidad de la acción. En ambos casos, no habrá de computarse en el plazo el mismo día de la presentación de la demanda. Este plazo de quince días hábiles desde la presentación de la papeleta de conciliación, sin que ésta se haya celebrado, implica que el cómputo de la caducidad se reanuda a partir del siguiente día sin esperar a que se celebre el acto conciliatorio y sin que una celebración posterior de éste implique la suspensión retroactiva del plazo que ya se reanudó.

Declara **STS 04-04-2017 (Rc 1069/15)**, ECLI:ES:TS:2017:1617, que concurre la excepción de cosa juzgada cuando la misma Sala de suplicación, dentro del mismo litigio, en sentencia anterior que declaró la nulidad de las actuaciones para que el Juzgado de instancia se pronunciara sobre todas las cuestiones planteadas por las partes, había rechazado la caducidad de la acción de despido. Por lo tanto, no cabe en la sentencia posterior, al analizar con carácter previo la excepción de caducidad alegada al amparo del art. 197.1 LRJS por la empresa recurrida en su escrito de impugnación, declarar caducada la misma acción de despido.

### **2. Despido disciplinario y videovigilancia**

Las **STS 31-01-2017 (Rc 3331/15)**; **01-02-2017 (Rc 3262/15)**; y **02-02-2017 (Rc 554/16)**, ECLI:ES:TS:2017:654, ECLI:ES:TS:2017:811, y ECLI:ES:TS:2017:817, resuelven sobre la validez de las pruebas de videovigilancia empleadas para justificar el despido de sendos trabajadores. Lo primero que hay que resaltar en las citadas resoluciones es la respuesta dada al juicio previo de contradicción, advirtiendo las propias sentencias que hay un antes y un después en este materia, siendo ahora más sencillo superar el juicio de contradicción de la mano de la nueva jurisprudencia constitucional. Lo decisivo es que en las sentencias enfrentadas dentro del recurso se debata acerca de la validez o no de la prueba empresarial obtenida mediante sistemas de videovigilancia, pasando a un segundo plano los pormenores de la información suministrada por el empresario a los trabajadores [más genérica o más específica, incluso inexistente al ser obvia la existencia de videovigilancia] o las características del sistema de videovigilancia. Por lo que atañe al fondo del asunto, estas sentencias, vuelven a aplicar, tras la sentencia del **STS 07-07-2016 (Rc 3233/14)** ECLI:ES:TS:2016:4070, la más reciente jurisprudencia constitucional sobre la videovigilancia, sentada en TCo 39/2016, en la que se amplían considerablemente las posibilidades empresariales de utilización de sistemas de videovigilancia sin lesión de derechos fundamentales a la intimidad, art. 18 CE, y a la autodeterminación informativa y derecho a la privacidad, art. 18.4 CE. En todos los supuestos la empresa cuenta con un sistema de videovigilancia por razones de seguridad, no tratándose de una instalación oculta, ya que era conocida por los trabajadores, aunque no se les hubiese informado expresamente de la finalidad de control de la actividad laboral. Recuerdan, dichos pronunciamientos, que las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetarlos. La constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los mismos queda determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Así las cosas, el uso de la videocámara reviste, en dichos supuestos, carácter razonable y proporcionado a su objeto sin que por el lugar de su instalación exista riesgo para la vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar ni por las circunstancias de tiempo y oportunidad lo haya tampoco para el pleno ejercicio de sus derechos, al haber actuado los trabajadores como lo han hecho, siendo conocedores de que su conducta estaba siendo grabada y, en el otro de los supuestos, esa misma conducta ya había sido objeto de sanción años atrás a otro director, de lo que había sido testigo el trabajador despedido. Extremos que se consideran suficientes para otorgar validez a la prueba obtenida por el empresario.

### ***3. Despidos objetivos por causas económicas, organizativas y de producción***

Reitera **STS 28-06-2016 (Rc 354/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3951, la procedencia de un despido objetivo por causas económicas que tuvo lugar el 1-6-12 en la persona del director gerente de una empresa, con base en una disminución general de ingresos desde 2010 y en los tres últimos trimestres. No en vano tras el RDL 3/2012, que modificó el art. 51.1 ET al que se remite el art. 52.c) del mismo texto legal, es admisible el despido por causas económicas cuando hay una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, entendiéndose que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos.

Como es sabido, tras la reforma laboral de 2012, a los Tribunales corresponde emitir un juicio no solo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y la acordada, de tal suerte que corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es

plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al “*standard*” de un buen comerciante al igual que ya se venía sosteniendo antes de la reforma del año 2012. En **STS 28-10-16 (Rc 1140/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5079, el Alto Tribunal afirma que aunque concurren las causas organizativas invocadas, la incorporación por parte de la empresa de nuevos trabajadores difícilmente permite justificar la necesidad de amortizar puestos de trabajo.

En el caso resuelto por **STS 01-02-2017 (Rc 2309/15)**, ECLI:ES:TS:2017:821, se confirma la improcedencia del despido por considerar que, aunque quedaba acreditada la causa organizativa, no lo estaba la productiva de la que aquélla era consecuencia, y que al no existir las causas productivas tampoco existen las organizativas vinculadas a las primeras, por lo que no se justificaba la amortización referida. Por lo tanto, se declara la inexistencia de las causas organizativas cuando no se consideran acreditadas las productivas.

Se suscita en **STS 10-01-2017 (Rc 1077/15)**, ECLI:ES:TS:2017:251, si en el caso de sucesión de contrata con reducción del volumen de la contrata impuesta por el pliego de condiciones, esta minoración permite a la nueva adjudicataria el despido por causas objetivas del personal que ya no necesita y en cuyo contrato se subroga por imposición del convenio, cuestión a la que la sentencia da una respuesta afirmativa. El TS, reiterando doctrina anterior, afirma que la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior, y que en caso de dificultades para cumplir ese deber, sólo cabe acudir a la vía del despido por causas objetivas o a la reducción de la jornada por la vía del art. 41 ET.

Aborda **STS 01-02-2017 (Rc 1595/15)**, ECLI:ES:TS:2017:828, la extinción por causas objetivas –organizativas y productivas -- de unos contratos de trabajo, como consecuencia de la reducción de la contrata de una empresa de limpieza, siendo declarada tal decisión como despido improcedente. En la sentencia anotada recuerda el TS la doctrina que en la materia sienta como criterio general que la reducción del volumen de una determinada contrata de servicios supone una dificultad que impide el buen funcionamiento de la empresa, y constituye por ello causa organizativa y productiva que permite acudir el mecanismo del despido objetivo para superar esa situación de exceso de plantilla que se presenta en aquel concreto espacio o sector de la actividad empresarial. No obstante lo cual habrá supuestos en los que *“la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo”* [TS 26-04-2013 (Rc 2396/12)]. Ahora bien, *“no concurriendo circunstancias de esa o análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas”*, debe admitirse como presupuesto inicial que la pérdida de uno de los clientes o la reducción de alguna de las contrataciones supone un descenso del volumen de la actividad empresarial que, como regla general, justifica que la empresa pueda recurrir a la extinción objetiva de los contratos de trabajo que resulten excedentes y acordes con esa minoración de su actividad que resulta consecuencia indisoluble de la disminución de la contrata.

#### **4. Despidos en situaciones de especial protección**

La sentencia **STS 10-06-2016 (Rc 601/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3032, declara que la no incorporación de la trabajadora en el SAE, tras su proceso por IT, por riesgo durante el embarazo y posterior licencia por maternidad tiene la consideración de un despido nulo. Aborda asimismo la determinación del “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, señalando que éste comienza el día en que se interpone la reclamación previa. Por lo tanto, al tratarse de una trabajadora fija discontinua y con contrato

vigente, debió ser llamada tras la baja por maternidad, y al no haber sido así se trata de un despido nulo al no acreditarse la procedencia.

Se examina en **STS 04-04-2017 (Rc 3466/15)**, ECLI:ES:TS:2017:1584, la calificación que merece el despido de una trabajadora sometida a proceso de fecundación in vitro, despido que se produce una vez fecundado el óvulo pero antes de que se implante en el útero de la mujer. En el caso, admitido que no cabe la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, ni la nulidad objetiva por razón del embarazo, se plantea si ante tales indicios de que el despido de la trabajadora podría estar relacionado con su sometimiento a tratamiento de fertilidad, la demandada aporta una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, todo ello en aplicación de los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria, lo que aplicado al caso evidencia que la demandada no acreditó que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora, sin que en momento alguno intentara justificar la procedencia del despido eliminado cualquier sospecha de comportamiento discriminatorio. Por lo tanto, se declara el despido nulo porque ante los indicios de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, el reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, impide la constatación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida extintiva y de su proporcionalidad.

También la **STS 18-04-2017 (Rc 2771/15)**, ECLI:ES:TS:2017:1756, declara la nulidad del despido injustificado de la trabajadora con reducción de jornada por cuidado de familiar.

### ***5. Incapacitación judicial del empresario***

Se declara en **STS 20-10-2016 (Rc 978/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5062, que la incapacidad del empresario es causa extintiva del contrato de trabajo de sus empleados [así lo sostiene taxativamente el art. 49.1.g) ET], de ahí que para validez la extinción no puede ser exigible –salvo supuestos abusivos o fraudulentos– – que aparte de la concurrencia de las que por Ley comportan la extinción de la personalidad jurídica, sea igualmente necesaria la incoordinación de ella en otra causa –la fuerza mayor– que también para la norma es determinante de la válida extinción contractual.

### ***6. Trabajador extranjero y pérdida de la autorización para trabajar***

El debate planteado en **STS 16-11-2016 (Rc 1341/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5350, se refiere a la consideración que a los efectos de la finalización del contrato de trabajo, pueda tener la pérdida de la autorización administrativa para trabajar en España de los trabajadores extranjeros de países ajenos a la Unión Europea [UE], a lo que se anuda la conveniencia de acudir al art. 49.1.b) ET aun cuando ninguna condición resolutoria hubiera sido expresada en el contrato de trabajo. Así las cosas y tras una profusa tarea argumental concluye la sentencia que la pérdida de la autorización para trabajar imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero, justifica la declarada improcedencia del despido motivada por causa objetiva legalmente establecida y no por causa de extinción válidamente consignada en el contrato.

### ***7. Despido individual tras Despido Colectivo y notificación a la RLT***

Son numerosas las sentencias dictadas en el periodo acotado por la actual crónica que reiteran pronunciamientos previos de la Sala IV en el sentido de declarar que en las

extinciones contractuales derivadas de un despido colectivo no opera la necesidad de entregar copia de la carta a la Representación Legal de los Trabajadores. Así, entre otras, en relación a los despidos seguidos en Bankia, **STS 08-03-2017 (Rc 1523/15); 09-03-2017 (Rc 565/15); y 07-04-2017 (Rc 1580/15)**, ECLI:ES:TS:2017:1155, ECLI:ES:TS:2017:1158, Y ECLI:ES:TS:2017:1731. Y en relación a los despidos acordados en el Instituto Valenciano de Vivienda [IVVSA], **STS 08-02-2017 (Rc 1655/15); 28-02-2017(Rc 760/15); 22-03-2017 (Rc 2741/15); 22-03-2017 (Rc 1487/15); 05-04-2017 (Rc 1676/15)**, ECLI:ES:TS:2017:819, ECLI:ES:TS:2017:1124, ECLI:ES:TS:2017:1278, ECLI:ES:TS:2017:1431, Y ECLI:ES:TS:2017:1773. En las aludidas resoluciones, la Sala IV reitera lo dicho en STS 30-03-20 (Rc 2797/14), y si bien afirma la conveniencia de entregar la carta de despido a la RLT a los efectos de que tenga detallado conocimiento de todos los despidos individuales producidos en ejecución del DC, para de esta forma facilitar la más adecuada protección de los intereses que tal representación tutela y poder salir al quite de posibles abusos – particularmente de derechos fundamentales— que pudieran producirse al materializarse la decisión adoptada en el DC, no opera sin embargo la necesidad de comunicar a la RLT cada carta de despido individual, por expreso mandato legal, y porque se precede de una previa negociación con los representantes de los trabajadores. En consecuencia, la cuestionada comunicación de los concretos despidos no es requisito formal de la concreta extinción contractual ex arts. 51.4 y 53.1 ET [trasladando copia de cada carta de despido a la RLT], sino que la misma puede –y debe– ser obtenida en tanto que consecuencia obligada de los derechos de información que corresponden al Comité de Empresa y a los Delegados Sindicales ex arts. 64 ET y LOLS 10.3.

### ***8.- Delegado sindical y derecho de opción***

El único problema que se plantea en **STS 22-11-2016 (Rc 1319/15), ECLI:ES:TS:2016:5433**, es el de determinar si estando acreditada la condición de delegado sindical designado por uno de los sindicatos más representativos y reuniendo los presupuestos de la LOLS, conociendo el empresario el nombramiento efectuado sin haberlo objetado, de ser despedido el referido trabajador goza directamente de la garantía sindical consistente en la titularidad del derecho de opción en caso de improcedencia del despido o si para poder ejercitarla ha de acreditarse en el proceso de despido que como delegado ostenta dicha condición representativa ex art. 10 LOLS. Y la solución que se alcanza es la primera, toda vez que el demandante concretó en su demanda su condición de delegado sindical y en el suplico pidió se le concediera el derecho de opción entre readmisión e indemnización para el supuesto de declarar la improcedencia del despido. Ahora bien, en el caso la empleadora para oponerse al carácter de Delegado sindical ex art. 10 LOLS no planteó, para que quedara constancia fáctica en la sentencia combatida, posibles hechos relativos a la mayor representatividad sindical, al número de trabajadores de la empresa y a la presencia sindical en los órganos de representación unitaria que privarían al demandante de tal condición plena y de las correlativas garantías, por lo que al trabajador corresponde el derecho de opción.

### ***9. Despido: Efectos económicos***

#### ***1. Conceptos computables en el cálculo de la indemnización por despido***

En **STS 03-05-2017 (RC 3157/15)**, ECLI:ES:TS:2017:2197, la cuestión que se suscita es la de determinar la posible inclusión en el salario regulador --a efectos de salarios

de tramitación y cálculo de la indemnización-- de las cantidades percibidas por la trabajadora en concepto de pluses de vestuario y transporte. Recuerda el TS que con carácter general la naturaleza salarial o extrasalarial de los citados pluses, dependerá --al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio-- de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento de vestimenta profesional del trabajador, "sin que se pueda deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remunerar tales complementos", a lo que se anuda que del art. 72 del Convenio aplicable se trasluce la naturaleza de compensación de gastos que se asigna a los complementos discutidos. Por lo tanto, los citados pluses han de ser excluidos en el salario regulador, pues, en el caso, las afirmaciones de hecho expresadas en la fundamentación jurídica de la sentencia de aplicación y en las que sustentaba su decisión, no están motivadas.

Por el contrario, se declara en **STS 03-05-2017 (Rc 385/15)**, **ECLI:ES:TS:2017:2074**, que las primas de seguro de vida y médico, así como de un plan de jubilación, tienen naturaleza salarial y han de computarse en la determinación indemnizatoria.

## ***2. Cálculo de la indemnización por despido***

En el seno de un procedimiento impugnatorio de despido por causas objetivas, se debate en **STS 16-06-2016 (Rc 2390/14)**, **ECLI:ES:TS:2016:3898**, si el salario variable del año 2011 [percibido en 2012] debía haberse tomado en cuenta para el despido acaecido en 2013 y si, aun siendo afirmativa la respuesta, cabe aplicar la doctrina del error excusable. La sentencia tras efectuar un exhaustivo y didáctico recorrido por las diversas ocasiones en las que la Sala Cuarta ha debido ocuparse de identificar las circunstancias que inducen a calcular erróneamente la indemnización por despido objetivo y que propician que el error se considere o no excusable, declara excusable el error padecido en el caso. Razona al respecto la dificultad jurídica que suele concurrir con el sistema de retribución variable, en particular, el hecho de que exista cierta distancia entre el periodo del devengo y el momento del abono, lo que comporta cierta complejidad a la hora de determinar qué retribución variable es la que ha de tomarse en cuenta: la devengada en el año antepenúltimo [2011] y que se abonó en el anterior [2012] o la del ejercicio previo al despido [2012], que no llegó a nacer. Y es esta dificultad la que justifica que la posición empresarial de no integrar en el salario/día a efectos de indemnización lo abonado como bonus en 2012 y que se había devengado durante 2011. En consecuencia dado lo vidioso de la regulación y lo discutible de que proceda integrar el importe del bonus en el salario indemnizatorio, debe considerarse que estamos ante un error justificable.

En **STS 16-09-2016 (Rc 38/15)**, **ECLI:ES:TS:2016:4380**, se reitera y ratifica doctrina precedente [TS 18-2-16, 3257/14; 18-4-16, Rec 1921/14; 18-5-16, rec 3483/14], de tal suerte que cuando se calcula la indemnización por despido improcedente de quien trabajó antes del 12-2-2012, en el primer tramo del cálculo --a razón de 45 días por año trabajado hasta dicha fecha-- la indemnización puede superar el tope de 720 días de salario sin sobrepasar nunca los 1.260 días [42 mensualidades]. Superados los 720 días en el primer tramo la indemnización no puede sufrir ningún incremento por los periodos de empleo posteriores tal 12-2-2012. Así, en el caso, se contempla el despido económico improcedente de un trabajador que prestó servicios en una empresa desde el 22-9-1988 hasta el 19-6-2013. El monto del primer tramo superaba los 720 días sin alcanzar los 1.260 días [considerando los 23 años y 5 meses previos a 12-2-2012 a razón de 45 días por año]. Ese monto ya no puede

incrementarse con el cómputo de los periodos de trabajo posteriores a 12-2-2012 [a razón de 33 días por año]. En consecuencia, aunque no se haya alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de 42 mensualidades [1.260 días] si se han superado los 720 días en el primer tramo, la indemnización no puede incrementarse por los periodos de empleo posteriores al 12-2-2012, de manera que no procede calcular el monto indemnizatorio correspondiente al segundo tramo.

La cuestión controvertida en **STS 01-02-2017 (Rc 1067/15)**, ECLI:ES:TS:2017:803. se centra en determinar la retroactividad o irretroactividad de la modificación operada por el RDL 3/2012 y posterior Ley 3/2012, sobre el art. 56.1 ET, en cuanto a la cuantía de la indemnización por despido improcedente, con respecto a los despidos producidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicha normativa, a saber, atendiendo a los parámetros previos a la modificación operada en el art. 56 ET por el citado RDL; o por la norma vigente en el momento de calcular la indemnización. La sentencia anotada reitera el criterio sentado en resoluciones precedentes [STS 18-02-2016 (Rc 3257/14), 18-04-2016 (Rc 1921/14), y 16-09-2016 (Rc 38/15)], en el sentido de entender que la modificación del art. 56.1 ET supuso, por designio del Legislador, una importante reducción cuantitativa de las indemnizaciones por despido improcedente (de 45 días a 33 por año; de 42 a 24 mensualidades como máximo). El derecho transitorio o forma de aplicar esta rebaja de la cuantía indemnizatoria, lo estableció la norma [L 3/2012 disp.trans.5ª], según es de ver, no teniendo en cuenta la fecha del despido, sino en función de la fecha del contrato formalizado por el trabajador despedido. Así, para los trabajadores contratados a partir del 12-2-2012 (fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012) la rebaja de la indemnización se produce con toda la amplitud que dispone el nuevo redactado del art. 56.1 ET. Por el contrario, conforme a la disp.trans.5ª apartado 2, se dulcifica la rebaja de la cuantía indemnizatoria para los trabajadores contratados antes de la citada fecha, en la forma que establece dicho apartado, y previsión legal.

### ***3. Puesta a disposición de la indemnización por despido objetivo***

El art. 53.1.b) ET es concluyente respecto de la exigencia, en los despidos objetivos, de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con el máximo de 12 mensualidades; norma que ha sido interpretada en el sentido de exigir la necesaria simultaneidad entre la notificación de la extinción y la puesta a disposición de la indemnización, hasta el punto de que existiendo un retraso de muy corta duración en la puesta a disposición de la indemnización, la extinción por causas objetivas ha sido declarada como no ajustada a derecho. El supuesto analizado en **STS 21-06-2016 (Rc 3966/14)**, ECLI:ES:TS:2016:3606, presenta la singularidad de que la puesta a disposición de la indemnización se lleva a cabo mediante la entrega de un pagaré, debatiéndose si es o no documento hábil para cumplir con el requisito establecido en el ET art. 53.1.b), y si bien el pagaré no constituye, como el cheque, una orden o mandato de pago "a la vista", sino una promesa de pago, entre cuyos requisitos formales se exige "la indicación del vencimiento", señalando la L 19/1985 art. 95 que "el pagaré" cuyo vencimiento no esté indicado se considerará "pagadero a la vista". En el caso, el pagaré se entregó simultáneamente con la comunicación del despido, y dicho pagaré, tiene como fecha de vencimiento el mismo día de su entrega y de la comunicación del despido, por lo que pudo hacerse efectivo el mismo día. Por lo tanto, se amplía con el "pagaré" la lista de instrumentos de pago hábiles para producir la simultánea puesta a disposición de la indemnización que exige la ley, y con ello se continúa en la línea flexibilizadora que viene mostrando en este tema concreto la evolución jurisprudencial de la Sala Cuarta.

Abordan las **STS 21-12-2016 (Rc 142/15)**; **15-02-2017 (Rc 1991/15)**; **28-03-2017 (Rc 255/15)**, **ECLI:ES:TS:2016:5763**, **ECLI:ES:TS:2016:5688**, y **ECLI:ES:TS:2017:1436**, la cuestión relativa a la acreditación de la falta de liquidez, recordando el Alto Tribunal que en STS 25-01-2005 (Rc 6290/03), ya se dejó sentado que en estas situaciones en las que se alega falta de efectivo para poner a disposición la indemnización legalmente exigida en los despidos objetivos por causas económicas, no cabe duda de que es la empresa y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla [art. 217.6 LEC], situación que es independiente y no necesariamente coincidente con la de su mala situación económica. Así, al alcance de la empresa y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, y aunque puede no ser exigible en todos los casos una prueba plena al respecto, bastando en ocasiones con la introducción de sólidos indicios de los que racionalmente se desprenda la realidad de la alegación. En los casos, se acreditó la pésima situación económica de la empresa dejando patente el volumen de deudas que tenía pendientes, a lo que se anuda el escaso saldo bancario, cantidad insuficiente para atender las indemnizaciones por despido, y como tales elementos no fueron neutralizados por quien invocaba la posibilidad de que se hubiese pagado en el momento, no se ha producido la infracción del art. 53.1 b) ET y se confirma la procedencia del despido.

#### **4. Salarios de tramitación**

La cuestión objeto de controversia en **STS 21-7-2016 (Rc 879/15)**, **ECLI:ES:TS:2016:4011**, se centra en determinar si procede la codena al abono de los salarios de tramitación, cuando en la sentencia de instancia además de fijar la indemnización correspondiente a la improcedencia del despido, se extingue la relación laboral por la imposibilidad de readmisión al haber cesado la empresa en su actividad, y la respuesta que da el Alto Tribunal a tal interrogante es afirmativa. Señala, en síntesis, que si bien del art. 110.1 LRJS no deriva obligación de abonar salarios de tramitación cuando el despido improcedente es indemnizado, sí que puede proceder su pago a partir de la aplicación analógica de lo previsto en otros preceptos sobre opción tácita de la empresa por la readmisión –art. 56.3 ET— y ejecución de sentencia de despido improcedente cuando no se produce la readmisión –art. 286 LRJS—. Ahora bien, precisa la sentencia, que necesariamente se han de cumplir estos dos requisitos: a) que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante; y b) que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada a cualquier otra causa de imposibilidad material o legal.

Esta solución es la que se alcanza también en **STS 19-07-2016 (Rc 338/15)**, **ECLI:ES:TS:2016:3963**, si bien, al tratarse de un supuesto de hecho distinto, el iter argumental seguido fue diverso, al tratarse de demandas acumuladas por despido y extinción del contrato por voluntad del trabajador lo que no puede ignorarse a la hora de establecer las consecuencias de ambas figuras, de tal suerte que si bien una demanda por extinción causal del contrato paralela y acumulada al despido, no equivale a la “solicitud” prevista en el art. 110.1.b) LRJS, los salarios tramitación derivarían de la acción de resolución del contrato que se ha instado y prosperado, por lo tanto y a diferencia del supuesto precedente, el incuestionado fundamento de los salarios de tramitación no deriva del art. 110.1.b) LRJS que sería inaplicable al presente caso por no constar la solicitud de la trabajadora, sino de los efectos propios del contrato de trabajo.

También en relación con la problemática que suscitan los salarios de tramitación, ahora desde una óptica procesal, se declara en **STS 16-06-2016 (Rc 3406/14), ECLI:ES:TS:2016:3928**, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [art. 24.1 CE], en su vertiente de la intangibilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, por haberse extralimitado el Juzgado de lo Social en sus facultades, cuando por auto de aclaración modifica el fallo de su previa sentencia en la que había declarado no haber lugar al devengo de salarios de trámite. Se apoya esta solución en decisiones del TCo 357/2006, a propósito de "la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva (CE art. 24.1), lo que se traduce en declarar la nulidad de los autos de aclaración que se extralimitaron y no cumplieron el art. 267 LOPJ, ya que no se suscitaban errores materiales o aritméticos, sino cuestiones de fondo.

#### **5. Extinción de contrato de trabajadores indefinidos no fijos por amortización de la plaza o cobertura de vacante y cuantía de la indemnización: 20 días por año de servicio**

Reiteran **STS 20-12-2016 (Rc 103/15), y 20-04-2017 (Rc 1325/14)**, ECLI:ES:TS:2016:5694 y ECLI:ES:TS:2017:1768, que tanto en lo supuestos de amortización de puestos de trabajo ocupados mediante contrato de interinidad por vacante o por trabajadores con la condición de indefinidos no fijos, la amortización de la plaza desempeñada no puede ser en ningún caso causa extintiva de dichos contratos, por lo que para poder extinguir los mismos, en aquellos casos en los que no se hayan cubierto reglamentariamente las plazas ocupadas, habrá de acudir a la vía de la extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET, en función de los trabajadores afectados. La singularidad de estas sentencias es que no se declara la nulidad de todos los despidos llevados a cabo en un mismo acto y por un mismo acuerdo por el Ayuntamiento, sino que la nulidad afecta exclusivamente a los trabajadores que recurren, no para aquéllos que se aquietaron con la sentencia de suplicación que confirmaba la validez de su cese.

También la **STS 30-03-2017 (Rc 961/15), ECLI:ES:TS:2017:1448**, a propósito de un despido acordado en el Ayuntamiento de los Barrios sigue la estela de la doctrina fijada en STS 24-06-2014 (Rc 217/13) respecto a que no caben las amortizaciones de puestos de trabajo laborales en las administraciones públicas si no se acude al art. 51 ET, y ello a pesar de tratarse de la amortización de una plaza de empleado laboral indefinido no fijo acordada antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012 y disp.adic. 20ª ET. Así las cosas, dedica la sentencia una abundante argumentación a rechazar la vulneración de la tutela judicial efectiva y la infracción del principio de seguridad jurídica, por el hecho de haber cambiado la jurisprudencia y adaptarla a la norma vigente en el momento de los ceses, ni hay eficacia retroactiva en las decisiones de la Sala, que se limitan a interpretar de manera diferente una norma preexistente a la entrada en vigor del RDL 3/2012.

Y a propósito del cese de un trabajador indefinido no fijo de la Junta de Galicia se declara la nulidad en **STS 09-03-2017 (Rc 2636/15), ECLI:ES:TS:2017:1025**, no solo porque no se ha acudido por la Administración a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET, y que acreditadamente se ha producido el despido superando los umbrales previstos en el art. 51 ET, sino que además se produjo cuando se encontraba el trabajador en situación de reducción de jornada por guarda legal, que conforme al art. 55.5.b) ET, establece una garantía objetiva y automática a favor de las personas que se encuentran en tal situación, por lo que el despido en tales circunstancias solo podía ser calificado de nulo.

De notable relevancia son los pronunciamientos obrantes en la **STS 28-03-2017 (Rc. 1664/15), 09-05-2017 (Rc 1806/15), y 12-05-2017 (rc 1717/15)**,

ECLI:ES:TS:2017:1414, ECLI:ES:TS:2017:2095, y ECLI:ES:TS:2017:2195, en los que, declarada la válida finalización del vínculo contractual por la cobertura reglamentaria de la plaza, con reconocimiento al trabajador de la indemnización prevista para los contratos indefinidos, se debatió la forma de fijar la cuantía indemnizatoria: si acudiendo al parámetro de 8 días por año de servicio o al de 20 días, según resulten de aplicación el art. 49.1.c) ó el art. 53.b) ET. Y pese a que la Sala IV ya había establecido criterios en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde la indemnización del art. 49.1.c) ET, procede, en las sentencias señaladas a efectuar un examen más profundo de la cuestión –alterando la interpretación que había hecho la Sala de la doctrina TJUE Huetor Vega--, fijando un nuevo criterio cuantitativo con base entre otras razones, en la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo-acudiendo a supuestos comparables, siendo acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el art. 53.1-b) ET en relación al art. 52.c) y e) ET para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el art. 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

### ***6. Extinción del contrato por voluntad del trabajador***

La cuestión que se suscita en **STS 15-09-2016 (Rc 175/15), ECLI:ES:TS:2016:3233**, consiste, una vez más, en determinar si en el supuesto de solicitud de extinción de la relación laboral con apoyo en el art. 50 ET con fundamento en la falta de pago y en el retraso continuado en el abono de salario, cabe la posibilidad de que el trabajador curse baja en la empresa y al propio tiempo formule demanda de extinción del contrato. Recuerda la sentencia anotada doctrina previa [STS 20-10-2015 (Rc 2621/14); 03-02-2016 (Rc 3198/14)] en la que, analizándose la cuestión relativa a la solicitud de medidas cautelares, entre ellas, la suspensión de la relación o exoneración de prestación de servicios, declaró que aquéllas tienen carácter voluntario y que en modo alguno pueden ser exigidas al demandante como requisito imprescindible para cesar en la prestación de servicios con antelación a que recaiga sentencia resolutoria del contrato, ya que si decide voluntariamente cesar en la prestación al tiempo que ejercita la acción, sin solicitar ninguna medida cautelar, la consecuencia es que el demandante asume los riesgos derivados de que la sentencia sea desestimatoria o de que se interprete que no existe justa causa para que deje de prestar servicios, pero en modo alguno impide que pueda dejarse el puesto de trabajo cuando se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo contrarias a su dignidad o integridad, o bien cuando, cuando tales condiciones, como es el caso, impliquen un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. En consecuencia, el TS siguiendo la estela fijada en sus últimas decisiones, atendiendo a la existencia en el caso de una insostenible situación para el mantenimiento del vínculo, declara resuelto el contrato de trabajo con derecho al percibo de la indemnización correspondiente y sin que a ello se oponga la circunstancia de haber cesado la prestación de servicios simultáneamente a la presentación resolutoria de la demanda.

Reitera **TS 09-12-2016 (&c 743/15), ECLI:ES:TS:2016:5689**, doctrina precedente a los efectos de considerar que los retrasos en el abono de los salarios, pagas extraordinarias y pagos delegados de IT, tienen la entidad suficiente para ser considerados como causa

justa para que proceda el éxito de la acción de extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET, y sin que los pagos ulteriores a la demanda y efectuados antes de la celebración del acto del juicio pueden enervar el éxito de la acción resolutoria.

En relación con la acumulación de la acción de despido y extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, la **STS 21-09-2016 (Rc 221/15), ECLI:ES:TS:2016:4442**, afirma que la declaración de procedencia del despido no desactiva la acción de extinción contractual por “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”, cuando concurre el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial. En el caso, admitido por el Alto Tribunal que se trata de acciones fundadas en una misma situación de conflicto, puesto que la acción resolutoria de los trabajadores se formula con base en la alegación de un incumplimiento en el pago de los salarios y el despido objetivo acordado por la empresa se sustenta en sus dificultades económicas, declara que no puede desconocerse que concurre justa causa para solicitar la extinción del contrato, lo que determina la estimación de la demanda fijando como fecha de la indemnización del art. 50.2 ET, la de la fecha del despido declarado procedente, con el abono de las pertinentes indemnizaciones.

## **10. Despido colectivo**

### **1. Legitimación activa**

Se ventila en **STS 19-07-2016 (Rc 268/15), ECLI:ES:TS:2016:3965**, una cuestión 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 LRJS, que gira sobre la exigencia de que la representación sindical cuente con “Implantación suficiente”, recurre el Alto Tribunal a repasar la jurisprudencia de la Sala, 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, 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 no tiene más que dos afiliados entre los 135 afectados [1,48%], careciendo de representación en el comité de empresa, de lo que es fácil colegir la inexistencia de un interés directo, o, un nexo o vínculo justificativo de la concreta acción ejercitada, sin que empañe esta solución el hecho de que un miembro del comité de empresa que formaba parte inicialmente del mismo por el sindicato SLT, posteriormente se afiliara al sindicato actor..

Solución contraria se alcanza en **STS 20-07-2016 (Rc 323/14), ECLI:ES:TS:2016:3499**, al acreditar la organización sindical actora una implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, lo que en virtud del principio *pro actione*, debe favorecer su participación en el proceso a falta de evidencias contundentes que muestren la inexistencia de implantación suficiente, y determina que se reconozca la legitimación activa de dicha organización sindical.

### **2. Acción de la empresa: caducidad**

En relación a la caducidad de la acción de impugnación de despido colectivo, se afirma en **STS 01-06-2016 (Rc 257/15), ECLI:ES:TS:2016:5799**, 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.

### **3. Derechos fundamentales**

La lesión de los derechos fundamentales es una de las causas de nulidad del despido colectivo, como precisa el art. 124.11 LRJS. La aplicación de esta sanción se suscita en el despido colectivo [Panrico] abordado en **STS 20-07-2016 (Rc 323/14)**, ECLI:ES:TS:2016:3499, y en la que se rechaza la nulidad del despido por violación de derechos fundamentales de huelga del art. 28.2 CE y de la garantía de indemnidad integrante del art. 24 CE, no obstante alegarse que se despedía de manera mayoritaria a los trabajadores de una determinada fábrica que habían protagonizado una huelga, anterior al inicio del período de consultas y del despido colectivo, huelga iniciada por impago de salarios. No obstante lo cual, la empleadora desactivó tales indicios al acreditar en el acto del juicio una justificación objetiva y razonable, probada suficientemente, de la objetividad de la afectación de dicho centro de trabajo y de su proporcionalidad en el seno del conjunto del despido colectivo; afectación ajena totalmente al derecho fundamental en juego. Por lo demás, esta extensa sentencia, aborda otras interesantes cuestiones, a propósito de la constitución de la comisión negociadora, y negociación de buena fe. Declara asimismo el despido ajustado a derecho cuando se adoptan medidas consensuadas de garantía de empleo, argumentando que el control judicial de los despidos no alcanza a fijar el número de los mismos pero sí a declarar qué medidas complementarias al acuerdo no son ajustadas a derecho. Finalmente, estima el recurso de la empresa en relación a que procede fraccionar la indemnización cuando se acuerda colectivamente, no se rebajan los mínimos legales y el aplazamiento de pago no es desproporcionado. Criterio este último –posibilidad de pactar en el periodo de consultas el fraccionamiento del pago de la indemnización— que se reitera en este periodo en las **STS 06-05-2016 (Rc 3020/14); 28-05-2016 (Rc 2878/14)**, ECLI:ES:TS:2016:2533 y ECLI:ES:TS:2016:3024).

### **4. Despido colectivo y centro de trabajo**

Con toda probabilidad en el periodo acotado por la presente crónica, uno de los pronunciamientos de más relevancia es el obrante en las **STS 17-10-2016 (Rc 36/16), 06-04-2017 (Rc 3566/15)**, ECLI:ES:TS:2016:4408, ECLI:ES:TS:2017:1759, en las que el Alto Tribunal aborda y soluciona el dilema de si la normativa española en materia de despido colectivo se acomoda o no al Derecho de la UE, en concreto en relación con la unidad de cómputo de los umbrales para la delimitación de esa clase de despido, que el art. 51 ET refiere a la totalidad de la empresa, para lo que el TS lleva a cabo una “interpretación conforme” de la normativa interna para acomodarla a las previsiones de la Directiva 98/59, en la interpretación que le ha dado a su art. 1.1 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el caso, la empresa en cuestión adoptó varias medidas de ajuste laboral, entre ellas, las extinciones y traslados que dan lugar al litigio en el centro de trabajo de Munguía. Este centro contaba con una plantilla de 77 empleados, mientras que el total de la empresa ascendía a 3.100. Y la medida extintiva acabó afectando a 27 trabajadores [12 despidos por causa organizativa y productiva; 6 reconocidos como improcedentes; 9 traslados, entendiendo que los trabajadores optaron por la extinción]. Estos últimos constituyen extinciones computables como consecuencia de la aplicación de la sentencia Pujante Rivera, acogida en **STS 18-05-2016 (Rc 2919/14)**.

La empresa adoptó la decisión al amparo de la normativa legal española, que fija como ámbito de referencia la empresa en su totalidad, esto es, los 3.100 empleados; y la

parte social –promotores del procedimiento del despido colectivo ex art. 124 LRJS— entendían que el despido era colectivo en la medida en que afectaba a más de 10 empleados [27] en el centro de trabajo al que alcanza la medida extintiva, que no llega a 100 trabajadores, y dicho planteamiento fue acogido por la Sala sentenciadora, acogiendo y aplicando efectivamente la jurisprudencia comunitaria y declarando la nulidad de los despidos, con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento. El TS confirma la resolución recurrida.

El iter argumentativo seguido por las sentencias anotadas para dirimir la cuestión es extenso y a cuya sosegada lectura nos remitimos, concluyendo que la unidad de cómputo para determinar la superación de los umbrales del art. 51.1º ET que separan el despido colectivo del despido objetivo individual, debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores, en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro de trabajo aisladamente considerado excedan tales umbrales; y debe ser la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma.

### ***5. Ejecución sentencia de despido colectivo declarado nulo***

Respecto a la ejecución de sentencia que declara la nulidad de un despido colectivo, se pronuncia **STS 18-01-2017 (Rc 108/16)**, ECLI:ES:TS:2017:281, y que viene a poner fin al peregrinaje judicial acaecido en el despido colectivo llevado a cabo en el grupo de empresas Coca Cola Iberia Partners. A los efectos de esta crónica, son dos las cuestiones que merecen una atención especial, la primera sobre la adecuación o no del procedimiento de despido colectivo en vía ejecutiva para resolver la regularidad o no de la readmisión de determinados trabajadores con diferencias individuales con el empresario [salario regulador, antigüedad y funciones], a lo que el TS da una respuesta afirmativa siempre que así se solicite por lo sujetos legitimados y concurren concretas circunstancias que la hagan factible. Por lo tanto, no existe inadecuación del procedimiento en los casos en los que, a efectos de la readmisión, se discute el hecho mismo de la readmisión o las circunstancias y condiciones básicas inherentes a la propia reincorporación..Suerte distinta corrió la el segundo punto, relativo a la existencia o no de readmisión regular en el caso de los trabajadores del antiguo centro embotellador de Fuenlabrada, confirmándose la regularidad de la readmisión llevada a cabo por el empresario, pese a la conversión del centro, primero cerrado y después abierto, de planta productiva o embotelladora a planta logística.

También la **STS 23-03-17 (Rc. 150/2016)**, ECLI:ES:TS:2017:1423, contempla la ejecución de sentencia firme de despido colectivo declarado nulo, dictándose auto en el que se cuantificaron las sumas correspondientes a los salarios de tramitación adeudados a cada uno de los trabajadores, y se acordó proseguir la ejecución frente a las entidades condenadas en sentencia. El TS, tras recordar la evolución normativa de este tipo de sentencias, señala que fue el RDL 11/2013 el que introdujo en el art. 247.2 LRJS y la modalidad de la ejecución de estas sentencias –a diferencia de STS 28-01-2014 dictada antes del RDL 3/2012, por lo que el fallo no contenía pronunciamiento de condena--. Así, la sentencia contiene dos pronunciamientos: readmisión inmediata y salarios de tramitación, sin que conste que se haya causado indefensión a la ejecutada habiéndose utilizado el trámite incidental del art. 238 LRJS, por lo que dicha resolución es susceptible de ser ejecutada en virtud de los principios constitucionales y legales a través de los medios previstos en la LRJS. Asimismo, descarta que no se devenguen salarios de tramitación durante el periodo de suspensión de los contratos previo al despido.

### ***11. Discriminación.***

## 1. Baja maternal y riesgo durante el embarazo: Abono de incentivos.

La **STS 10-1-2017 (Rc 283/15)**, ECLI:ES:TS:2017:84, declara contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la **baja maternal y por riesgo** en el embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los incentivos. Se estima se produce una **conducta discriminatoria** por parte de la empleadora consecuencia de la pérdida de incentivos en el momento inmediatamente posterior a la baja maternal o por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras afectadas. La empresa tiene establecido un sistema de **retribuciones variables** y no abona tales incentivos durante el periodo en que no existe actividad laboral, incluidos los periodos de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo. La Sala IV insiste en las especiales características de la **suspensión del contrato** por baja maternal y riesgo, y en que, fuera de la excepcionalidad de la muerte de la madre durante el alumbramiento, se trata de causas exclusivamente femeninas (las 6 semanas) y sobre las que concurren notas de obligatoriedad, que sirven para la diferenciación de este tipo de causa de suspensión del contrato. Las dos situaciones analizadas afectan, con las precisiones efectuadas, de modo exclusivo a las mujeres, por razón precisamente de su sexo. En el caso, queda acreditado que las trabajadoras que pasan a dichas situaciones ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación. Tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando la plenitud del mismo.

## 2. Adaptación del puesto: Riesgo durante el embarazo y lactancia. Médicos Residentes. Guardias de atención continuada.

Se suscita la posible vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo respecto de una médico residente que solicitó y obtuvo la **adaptación de su puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo y lactancia**, lo que supuso la eliminación de la prestación de guardias médicas desde dicho momento. La **STS 24-1-2017 (Rc 1902/15)**, ECLI:ES:TS:2017:633, reflexiona sobre los efectos que la situación provoca en la remuneración de la trabajadora en atención al marco general de protección que la ley española dispensa a dichas situaciones, en particular la **merma retributiva** derivada de la gestación y condición de madre de un lactante. Aunque se realicen medidas para la adaptación, y evitar la exposición al riesgo, no hay en la legislación mención alguna a las consecuencias retributivas de esa adaptación, rigiéndose, por tanto, este supuesto por la regla genérica del art. 11.1) de la Directiva que, en esencia, consagra el derecho al *“mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras”*. En aplicación de este principio no es posible sostener que la trabajadora afectada por la adaptación pueda sufrir una disminución salarial que, no sólo se produce en relación con la situación habitual de prestación de servicios –esto es, cuando no habiendo riesgos, se realizan efectivamente las guardias-, sino incluso con respecto a los emolumentos percibidos en el caso de suspensión del contrato de trabajo, en el que, las cotizaciones por las guardias médicas del mes anterior tendrán reflejo también en la prestación. Se trata de una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de **tratamiento retributivo inferior** incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se

pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas. En consecuencia, se declara la existencia de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la actora y la nulidad radical de la conducta de la demandada consistente en la minoración retributiva durante el periodo afectado por la adaptación del puesto de trabajo.

### **3. Régimen de descanso: trabajadores a tiempo completo y parcial.**

La **STS 28-3-2017 (Rc 83/16)**, ECLI:ES:TS:2017:1563, con voto particular, considera que el diferente régimen en materia de **jornada y descanso** del colectivo de trabajadores a tiempo completo y el de a tiempo parcial impide apreciar que la decisión de la empresa vulnere el derecho a la igualdad del art 14 CE, en detrimento de los **trabajadores a tiempo completo**, cuando no hay ninguna norma legal, convenio colectivo o pacto que haga extensivo ese mismo derecho a tales trabajadores. Se solicitaba en la demanda el derecho de los trabajadores que prestan servicios en jornada a tiempo completo y que trabajen voluntariamente en domingos o festivos, a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, de igual modo que lo hacen los **trabajadores a tiempo parcial**. Sin embargo, las manifiestas **diferencias existentes** entre ambos colectivos impiden apreciar elementos de identidad para efectuar la comparación entre uno y otro en materia de jornada y descanso laboral. La contratación a tiempo parcial se justifica en la necesidad que tiene la empresa de cubrir unas específicas y singulares exigencias productivas y organizativas para completar las jornadas de quienes prestan servicios a tiempo completo, y en esta misma circunstancia va de suyo que se les deba aplicar un régimen de descanso diferente. Además, los trabajadores a tiempo completo disponen de su propio régimen de descanso, en el que realizan una jornada de 8 horas diarias durante cinco días y libran dos días y un sábado al mes, mientras que los trabajadores a tiempo parcial no se rigen por esas mismas reglas. En definitiva, no es arbitraria la actuación de la empresa cuando aplica a cada uno de estos colectivos un diferente tratamiento en la organización de los descansos generados por el trabajo voluntario en festivos, gestionando conforme a sus facultades de dirección y organización empresarial el calendario de unos y otros en la forma en la que considera más adecuada para ajustar las diferentes jornadas de trabajo a sus necesidades productivas, máxime cuando no hay ninguna norma legal o pactada que imponga un tratamiento igualitario de una situación contractual que es en sí misma desigual en materia de jornada y descansos.

## **II. FOGASA**

### **1. Declaración de insolvencia previa en otro procedimiento.**

En la **STS 28-4-2017 (Rc 2043/15)**, ECLI:ES:TS:2017:223, se cuestiona la determinación del momento del nacimiento del derecho a solicitar la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial a los efectos del art. 33.2 del ET, en un específico supuesto en el que existe un decreto de insolvencia de la empresa ejecutada, dictado en procedimiento que afecta a otros trabajadores. Lo que se debate es si la **declaración de insolvencia** a tener en cuenta es la efectuada de forma **previa y genérica** respecto de otros trabajadores de la misma empresa o si, en cambio, hay que atender a la declaración que se refiera precisamente de **forma individual** al propio trabajador demandante. Es sabido que el nacimiento de la obligación a cargo del Fogasa, no deriva directamente del despido o acto extintivo o del reconocimiento judicial de la deuda, sino que tiene su hecho causante en la resolución de insolvencia que, en cuanto

refleja la insuficiencia económica de la empresa, constata la producción de la contingencia protegida por dicho organismo en su función de mecanismo público asegurador contra el impago de créditos laborales. Por otra parte, es posible en un procedimiento de ejecución posterior dictar el decreto de insolvencia sin necesidad de reiterar los trámites que han conducido a ello en uno previo. Así las cosas, mientras no haya evidencia de otra cosa, la insolvencia se entiende que **produce sus efectos** desde el momento de su primitivo reconocimiento y, por tanto, que, en esas circunstancias, los subsiguientes procedimientos, aun exigiendo cada uno su propia declaración de insolvencia, al traer causa de la primitiva, no tienen carácter constitutivo para la exigencia de la responsabilidad del Fogasa, ex artículo 33 ET, más que en lo relativo al específico crédito del acreedor pero no en lo de su fecha en función de la del auto en que se refleja. Por todo ello, la responsabilidad del Fogasa nace desde la fecha de la declaración de insolvencia reconocida por otro Juzgado de lo Social en un procedimiento anterior.

## **2. Legislación aplicable: Insolvencia.**

La **STS 1-6-2017 (Rc 3987/15)**, ECLI:ES:TS:2017:2484, reitera que el alcance de la responsabilidad del Fogasa en orden al pago de las indemnizaciones por despido o extinciones de contratos que le impone el artículo 33-2 del ET, en empresas de menos de 25 trabajadores, viene determinada por la norma vigente en la fecha de la insolvencia empresarial. Se trata de una **prestación de garantía**, lo que comporta que el derecho a ella no nazca cuando se extingue el contrato, sino cuando se declara la insolvencia del deudor.

## **3. Legislación aplicable: extinción por auto del juez del concurso.**

En las **STS 6-6-2017 (Rc 1849/16)**, ECLI:ES:TS:2017:2471, y **7-6-2017 (Rc 1538/16)**, ECLI:ES:TS:2017:2478, se cuestiona la legislación aplicable para determinar la responsabilidad del Fogasa en un supuesto en el que los trabajadores reclaman al organismo prestaciones correspondientes a la indemnización por **extinción de la relación** laboral acordada por **auto del Juez del Concurso** y en particular si debe aplicarse la **norma vigente** en el momento en el que la empresa ha sido declarada en concurso o la vigente cuando se declara la extinción de la relación laboral mediante auto del Juez mercantil. La Sala IV, se inclina por esta última opción, argumentando que la responsabilidad del Fogasa en el pago de las indemnizaciones por extinción de contrato, en los supuestos de insolvencia o concurso del empresario, ex art 33 ET, nace en el momento en el que se declare la extinción de la relación laboral y no en el de la declaración del concurso. La responsabilidad de la empresa, responsable principal, queda fijada en el momento en el que se declara la extinción de la relación laboral, siendo por tanto ese momento en el que aparece la **responsabilidad, de carácter subsidiario**, del organismo. Por ello, la normativa aplicable ha de ser la que se encuentre en vigor en el momento en el que se declara extinguida la relación laboral, que es en el que surge la responsabilidad subsidiaria del Fogasa, y no la fecha en la que la empresa es declarada en concurso, ya que en dicha data aún no ha surgido responsabilidad alguna del Fogasa puesto que no hay declaración de extinción de la relación laboral ni, por lo tanto, existe condena a la empresa al abono de la pertinente indemnización.

**4. Reclamación al FOGASA. Contestación denegatoria extemporánea dictada sobrepasado el plazo para emitir resolución. Silencio administrativo positivo.**

Especial relevancia presentan las **STS 20-4-2017 (Rc 669/16 y 701/16)**, ECLI:ES:TS:2017:2213 y ECLI:ES:TS:2017:2214 dictadas en Pleno, con voto particular, que complementan doctrina de STS 16-3-2015 (Rc 802/14), en las que se analiza el alcance del **silencio administrativo positivo** y el de la **contestación denegatoria extemporánea** dictada por el **Fogasa** sobrepasado el plazo para emitir resolución expresa. Según dispone el artículo 287.7 RD 505/1985 el plazo máximo que tiene el organismo público para proceder a contestar a la reclamación del interesado *“será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud”* y dado que dicha disposición no establece ninguna excepción, se aplica a la totalidad de los expedientes cuya tramitación corresponde al Fondo. Ahora bien, esta normativa no regula los efectos que para el administrado pudiera tener el incumplimiento del referido plazo, razón por la que ha de acudir a la **Ley 30/92** –cuyo art. 2.2 comprende al Fogasa en su ámbito de aplicación – disponiendo el art 43.1 que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista..., *«el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado... para entenderla estimada por silencio administrativo”*. Añadiéndose en los números siguientes del precepto que *«la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento»* y que *«en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo»*. Esa misma regulación se contiene en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del LPAC. En consecuencia, la resolución expresa – desestimatoria de la pretensión- dictada en plazo superior a los 3 meses establecidos carece de eficacia para enervar el derecho del administrado ganado anteriormente por silencio positivo. El silencio administrativo, en los supuestos en que es positivo, constituye una **resolución administrativa tácita** que despliega plenos efectos e impide que una resolución expresa posterior deje sin efecto lo reconocido por aquélla. Por tanto, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la **legalidad intrínseca del acto presunto**, por lo que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos, o instar la declaración de lesividad. Como regla general, no pueden obtenerse prestaciones del Fogasa superiores o no previstas en la normativa vigente en cada momento, dado el carácter imperativo del art 33 ET. Pero, si lo solicitado y reconocido por silencio excede de lo previsto legalmente para que el derecho así obtenido pueda, posteriormente, ser dejado sin efecto, la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios establecidos en las normas legales. Y dicha circunstancia es la que puede constituir causa para que el Fogasa proceda a la revisión de oficio de conformidad con la normativa aplicable (artículo 146. LRJS) - procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos-.

##### **5. Responsabilidad en caso de indemnización convencional superior a la legal.**

La **STS 8-6-2017 (Rc 59/16)**, ECLI:ES:TS:2016:5720, analiza el alcance de la **responsabilidad del Fogasa** en el abono de la indemnización por cese de un trabajador fijo de obra de la construcción, en el supuesto de insolvencia de la empresa y con una indemnización fijada por el Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas, del Principado de Asturias del 7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato. Con remisión a sentencia previa se estima que el Fogasa no responde del importe de dicha indemnización ya que su responsabilidad solo alcanza a la **indemnización legalmente fijada**, entendiendo por tal la que figura en el artículo 49.1 c)

del ET. El marco normativo consecuencia de la redacción del art. 33.2 ET dada por la Ley 5/2006, luego Ley 43/2006 no permite ya sostener la afirmación de que el FOGASA sólo garantiza el abono de las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales debidas a decisiones unilaterales del empresario, puesto que ahora el art. 33.2 se refiere como objeto de su garantía, a "*las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada...*" en los casos que legalmente proceda", Sin embargo, se suscitan dudas sobre la **cuantía** de la indemnización garantizada. La Sala entiende que la referida garantía debe limitarse al importe máximo previsto legalmente en el art. 49.1 c), ET. El empresario pueda pactar y responsabilizarse de cualquier "supuesto" e "importe indemnizatorio" pero ello no quiere decir que el Fogasa haya de garantizar cualquier indemnización voluntariamente pactada por el empresario, si así no se establece claramente en la **norma de garantía**, y la redacción de ésta "en los casos que legalmente procedan" no permite la ampliación a otros supuestos y cuantías pactadas al margen de la ley, pues la obligación garantizadora a cargo de un fondo público obliga a una interpretación estricta de las normas que la regulan. En consecuencia, la responsabilidad subsidiaria del Fogasa no comprende el importe indemnizatorio por fin de obra que haya podido pactarse en convenio colectivo, viniendo tal responsabilidad limitada al **máximo legalmente establecido**.

### **13. Libertad sindical**

La **STS 22-12- 2016 (Rc 201/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5804, declara que no vulnera la libertad sindical de la Asociación Profesional de Profesores de Religión en Centros Estatales, APPRECE, la actuación del otro Sindicato, el Presidente y el Secretario del Comité de Empresa, consistente en **no someter a votación una propuesta** de APPRECE que había sido incluida en el orden del día, relativa a que el Comité solicite a la Administración la continuación de las negociaciones del Convenio Colectivo, puesto que el Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa es una norma de carácter infraconstitucional, no formando parte del contenido esencial ni del adicional del derecho de libertad sindical. Por las mismas razones se desestima el motivo relativo a **no transcribir en el acta el tenor literal** de la comunicación dirigida por APPRECE al Comité de Empresa. Tampoco se obstaculiza el derecho de información del sindicato, aunque no se entrega por el comité a sus miembros la documentación que obra en su poder, pues ni la LOLS ni el ET imponen dicha obligación. Y no vulnera la libertad sindical el artículo publicado en la página web de otro sindicato, titulado "APPRECE: Los cantos de sirena", pues el mismo recoge juicios de valor vertidos por un Sindicato acerca de determinadas actuaciones de APPRECE, en un escenario de enfrentamiento y confrontación.

#### **1. Acceso a correo electrónico masivo**

La **STS 1-7-2016 (Rc 199/15)**, ECLI:ES:TS:2016:4000, declara que la empresa demandada ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la sección sindical de CGT al negarse a facilitarle una **cuenta de correo electrónico y el acceso a las listas de distribución de correos masivas**. La empresa cuenta con una plantilla aproximada de 692 trabajadores, distribuidos en un total de 20 centros de trabajo repartidos por el territorio de la Comunidad de Madrid y en los que existe un tablón de anuncios para las secciones sindicales; todos los trabajadores tienen una dirección de correo electrónico corporativo facilitada por la empresa y una clave personal de acceso; la dirección de recursos humanos y el comité de empresa disponen de una cuenta de correo corporativa

y tienen acceso a la lista de distribución masiva de correo electrónico, que integra a la totalidad de la plantilla; ninguna de las tres secciones sindicales de la empresa, tienen una cuenta de correo electrónico con aquel dominio. Se estima que resulta incuestionable el **legítimo interés** de la sección sindical en disponer de acceso a la lista de correo electrónico de distribución conjunta de todos los empleados de la empresa, para facilitar de esta manera el más ágil y eficaz flujo de la información sindical. En todo caso, no está justificada la negativa de la empresa toda vez que no se invoca ningún tipo de **perjuicio o gravamen**, sino tan sólo que no disponen de dicho acceso las demás secciones sindicales, cuando ninguna de las otras dos lo había solicitado. No alega la empresa ninguna otra dificultad, problema, sobrecoste o distorsión que pudiese suponerle autorizar a la sección sindical el envío masivo de correos a través de la dirección electrónica que integra a toda la plantilla, que ya utiliza el comité de empresa y la propia dirección de recursos humanos.

## 2. Acuerdos individuales en masa

La **TS 11-10-16 (Rc 68/16)**, ECLI:ES:TS:2016:4916, declara que la conducta de las empresas demandadas de llevar a cabo, mediante una iniciativa unilateral el denominado “**Plan de bajas voluntarias incentivadas**” a través de **pactos individuales en masa**, vulnera la libertad sindical en la vertiente de acceso de los sindicatos a la **negociación colectiva**. No se pueden establecer acuerdos de manera individual y masiva en contra de lo dispuesto en el convenio colectivo, pues ello supondría hacer prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la **autonomía colectiva** plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, lo que quebraría el sistema de negociación colectiva. Además, es el propio Convenio de aplicación el que veda la actuación unilateral de las empleadoras para ofertar individualmente a los trabajadores su inclusión en el denominado “Plan de Bajas Voluntarias Incentivadas”. Declarada la vulneración del derecho a la libertad sindical se fija la indemnización por daños y perjuicios en 1500 € tras acudir de manera orientativa a los importes señalados en la LISOS.

## 3. Crédito horario a delegado sindical.

La **STS 6-6-2017 (Rc 216/16)**, ECLI:ES:TS:2017:2479, declara la existencia de vulneración del derecho a libertad sindical del sindicato actor, al negar la empresa el **crédito horario** de 30 horas al **Delegado de la Sección Sindical**, nombrado por la Sección sindical estatal. La cuestión suscitada consiste en determinar si el sindicato actor, con arreglo a las previsiones del art. 10 de la LOLS, tiene derecho a nombrar un delegado sindical de ámbito estatal con derecho a un crédito horario de 30 horas semanales en atención al número de trabajadores de la empresa, o si por el contrario, para generar tal crédito horario sería necesario que el centro de trabajo donde el trabajador presta servicios, tuviese más de 250 trabajadores, lo que aquí no sucede. La Sala IV reitera doctrina, sentada por el Pleno en STS 18-7-2014 (Rc 91/2013) en la que con carácter general, se establece el criterio de que el sindicato puede **organizar libremente la estructura representativa** que desea implantar en la empresa, en particular, a nivel de centros de trabajo o de la empresa en su conjunto, y que si la sección sindical se establece a nivel de empresa -como aquí acontece- es ese mismo ámbito es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegado sindical al amparo del artículo 10.1 LOLS. Se añade que dicho criterio, no se ha modificado por STS 2-3-2016 (Rc 141/14), dictada en un caso muy concreto, condicionado por la demanda, la sentencia

de instancia, y -especialmente- las pretensiones de las partes y que en ningún momento declara que se va efectuar un cambio de criterio.

#### **4. Reconocimiento del crédito horario a representante unitario que es designado delegado sindical.**

La **STS 10-5-2017 (Rec 88/16)**, ECLI:ES:TS:2017:2189, declara la vulneración del derecho a la libertad sindical, en relación con el reconocimiento del **crédito horario** para un **representante de los trabajadores que es designado Delegado sindical**. No se solicita la acumulación de créditos horarios, sino que lo que se denuncia es que la actuación empresarial acaba postergando la superior garantía que es propia del delegado sindical para que prevalezca la menor del representante unitario, que es la reconocida. Por lo que se refiere al alcance del artículo 10.1 LOLS sobre designación de delegados sindicales por “empresas” o por “centros de trabajo”, se reitera que corresponde al sindicato organizarse a nivel de centro, de empresa, o de agrupación de centros que constituyan unidad electoral. Partiendo de que se trata de Delegados Sindicales de una Sección Sindical de ámbito estatal, la Sala IV concluye que si un representante unitario es designado Delegado sindical, ex LOLS, la empresa no puede desconocer el derecho al crédito horario que le corresponde como tal (40 horas mensuales) y pretender que siga disfrutando el propio de representante unitario (15/20 horas mensuales). Son varias las razones que abonan esta solución: 1) La primacía del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) sobre el de participación en la empresa a través de representantes (art. 129.2 CE). El primero ampara a los delegados sindicales, el segundo a los representantes unitarios. 2) La imposibilidad de disponer del derecho que la Ley otorga al delegado sindical y la nulidad de las decisiones empresariales que socaven la libertad sindical. 3) El art 10.3 LOLS no ha querido rebajar los derechos de un delegado sindical cuando ya posee otro título representativo, sino conferir unas garantías a quien pasa a desempeñar el cometido de delegado sindical. 4) No está en juego solo el derecho a un mayor o menor crédito horario de los delegados sindicales, sino que también aparece afectado por la solución el sindicato que ha designado a sus delegados. 5) La funcionalidad del crédito horario es diversa. La especialidad de la designación de los delegados sindicales confiere a la Sección un amplio margen de discrecionalidad para acordar la revocación del mandato y, con ella, la pérdida del derecho al crédito.

### **14. Prescripción**

#### **1. Fogasa**

En relación con la prescripción se pronuncia la **STS 21-12-2016 (Rc 1800/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5790, en un supuesto en que los trabajadores reclaman frente a la empresa y el Fogasa las cantidades debidas en concepto de parte proporcional de paga extra e indemnización por despido. La empresa había reconocido mediante **escritura pública adeudar a los trabajadores** las sumas correspondientes a tales conceptos y ante el impago se formula la reclamación. Se declara **prescrita la deuda** respecto al Fogasa puesto que conforme a la dicción literal del art. 23.5 LRJS solo en caso de **reconocimiento de deuda** por la empresa ante el servicio administrativo de mediación o en acta de conciliación en un proceso judicial cabe entender que es posible, excepcionalmente, la interrupción de la prescripción frente al Fogasa, de modo que queda excluido cualquier otro supuesto, como el reconocimiento extrajudicial de la deuda mediante escritura pública. Esta posibilidad pudo igualmente preverse en la norma y no se

hizo, por lo que quedan fuera no sólo los reconocimientos privados sino incluso los públicos que no tengan el carácter de alguno de los antes referenciados.

## 2. Interrupción de la prescripción: denuncia ante la Inspección.

En la **STS 1-12-2016 (Rc 2110/15)**, ECLI:ES:TS:2016:5746, con voto particular, se plantea la cuestión relativa a determinar que causas interrumpen el curso de la **prescripción** del derecho a reclamar diferencias salariales y en concreto que debe entenderse, conforme al artículo 1973 del Código Civil, por **reclamación extrajudicial** del acreedor y si tal consideración la merece la **denuncia** presentada ante la **Inspección de Trabajo** por impago de salarios o de horas extras. Tras un interesante resumen de la doctrina sobre la prescripción y su **interrupción**, se aplica la reciente jurisprudencia, menos restrictiva que la anterior, y que se funda en que lo relevante, a estos efectos, es que el deudor conozca antes de la prescripción de su obligación de pago que el acreedor no ha abandonado su derecho y piensa reclamarle lo debido. El medio formal que se utilice para esa reclamación no es lo importante, y si el conocimiento de la reclamación, de forma que el deudor tenga noticia de que el acreedor no ha abandonado su derecho, sino que piensa ejercitarlo. En aplicación de esta doctrina, se declara que la presentación de denuncia ante la Inspección de Trabajo reclamando el impago de las horas extraordinarias interrumpe el plazo del año establecido por el art. 59.1 ET, dado que la demandada conoció -al serle comunicada dicha denuncia- la reclamación antes de la prescripción de su obligación de pago.

## 3. Plazo para el ejercicio de la acción por parte de la autoridad laboral en el procedimiento de oficio

Las **STS 21-12-2016 (Rc 1778/15 y 1868/15)** ECLI:ES:TS:2016:5782 y ECLI:ES:TS:2016:5723, reiteran doctrina y declaran que no resulta de aplicación el plazo de **prescripción** de un año del art 59.1 ET, para el ejercicio de la acción por parte de la **autoridad laboral en el procedimiento de oficio**. Quien ejercita la **acción** en el procedimiento de oficio es la Autoridad laboral, que no es parte en el contrato de trabajo sino un tercero respecto del mismo, y no cabe aplicar un plazo de prescripción que está previsto para la relación laboral y para las partes que la configuran. El plazo de prescripción analizado se refiere a las **acciones derivadas del contrato de trabajo** que no tengan señalado plazo especial, y se asienta en el derecho laboral. Sin embargo, la acción ejercitada en el procedimiento de oficio sirve de presupuesto necesario para la aplicación de normas de la Seguridad Social, en cuyo campo será posible alegar u oponer la prescripción cuando, como consecuencia de la sentencia estimatoria de la demanda de oficio, pueda proseguir su curso el expediente administrativo sancionador que ha quedado interrumpido con la admisión de la demanda.

## 4. Tutela de derechos fundamentales.

Se suscita en la **TS 1-2-17 (Rc 78/16)**, ECLI:ES:TS:2017:814 la determinación del **dies a quo** o fecha a partir de la cual comienza el cómputo del plazo de prescripción de un año del art 59 ET en relación con la acción ejercitada por el sindicato en nombre e interés propio por vulneración de **derechos fundamentales**. La naturaleza imprescriptible de tales derechos fundamentales no es incompatible con las previsiones legales que limitan temporalmente la vida de las acciones concretas que derivan de las lesiones infligidas a los mismos, en aras del principio de seguridad jurídica y para garantizar la protección de

derechos ajenos. El dies a quo para computar el plazo es el de la notificación al sindicato demandante de la sentencia del Tribunal Supremo que revoca la de la Audiencia Nacional que declaró la ilegalidad de la huelga, que no el de la readmisión del último de los trabajadores que habían sido despedidos por su participación en la huelga. Por otra parte, la **prescripción** no se interrumpió por la presentación de las diferentes demandas de despido de los trabajadores afectados, ya que las acciones de despido - instadas por cada uno de los trabajadores - y la de tutela de derechos fundamentales – ejercitada por el sindicato - no solo tienen un contenido, objeto y naturaleza jurídica diferente, sino también titularidad distinta.

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

### **1. Condición más beneficiosa**

La **STS 12-7-2016 (Rc 109/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3983, sostiene que no existe modificación sustancial de condiciones de trabajo por la supresión, de forma unilateral, de la llamada “**política de aniversarios**” puesto que la misma no constituía una **Condición Más Beneficiosa**. La empresa, se reservó, expresamente, en el momento de su concesión el derecho a modificar o suprimir la política antes dicha por lo que no existe voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual. No se trata de una mera **liberalidad** –o tolerancia– del empresario, no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, siendo necesaria la prueba de la existencia de esa **voluntad** de atribuir un derecho al trabajador, extremo que no consta. A mayor abundamiento, las vicisitudes del beneficio excluyen aquella voluntad empresarial, pues la demandada, hizo efectiva la posibilidad reclamada en diversas ocasiones, eliminando o reduciendo diversos premios, sin que se haya acreditado reacción alguna por los representantes de los trabajadores. En definitiva, nunca tuvo la **voluntad inequívoca de consolidar** estas condiciones en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, que es el requisito constitutivo para la concurrencia de condición más beneficiosa.

### **2. Negociación de buena fe: alcance.**

La **TS 5-10-16 (Rc 79/16)**, ECLI:ES:TS:2016:4787, dictada a propósito de un conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo, realiza un exhaustivo análisis sobre la exigencia de la aportación documental en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. El art. 41 ET no contiene previsión alguna relativa a la documentación que deba aportarse en el periodo de consultas previo a la modificación sustancial de condiciones, - y no resulta aplicable el RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada-, por lo que se considera de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, como los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y en todo caso, con carácter general, los que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas. La cuestión de la entrega de determinada documentación no tiene una configuración formal, sino que ha de ser examinada desde una óptica instrumental, en tanto se trate de garantizar el deber de negociar de buena fe, y exige analizar en cada caso si la parte social se vio efectivamente privada de una información o documentación que pudiera resultar conveniente para conocer todas aquellas circunstancias necesarias para formar su propia opinión y adoptar un determinado posicionamiento durante el periodo de consultas. En el supuesto analizado, se concluye que no existe dato alguno que permita considerar que la empresa hubiere actuado de mala fe negándose a facilitar la

información o documentación requerida por la representación de los trabajadores. Bien al contrario, ha dado respuesta a las sucesivas preguntas que se plantearon, valorándose que la representación de los trabajadores no exigió mayor información ni la aportación de otros documentos adicionales en ninguna de las reuniones ni ha intentado probar la transcendencia de los documentos que supuestamente debería de haber aportado la empresa ni su relevancia para la negociación.

#### 4. Derecho de huelga y esquirolaje externo

Especial relevancia presenta la **STS 16-11-2016 (Rc 59/16)**, ECLI:ES:TS:2016:5720, dictada a propósito de una modificación sustancial de condiciones, reducción salarial, efectuada por la empresa demandada, Altrad Rodisola, SAU, en la que se rechaza pretendida nulidad por vulneración del derecho fundamental de **huelga**, (la que los trabajadores mantuvieron durante parte del período de consultas). Iniciado periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones, la CGT comunicó la convocatoria con carácter indefinido de huelga en el centro de trabajo de Tarragona. Durante la huelga los **clientes de la empleadora** contrataron terceras empresas para realizar el trabajo que deberían desempeñar los huelguistas. La Sala IV considera que dicha actuación no vulnera el derecho de huelga de los trabajadores, entendiéndose que no es de aplicación la doctrina relativa al esquirolaje externo de las SSTS 11/2/2015 (Rc. 95/14) -Grupo Prisa- y 20/4/2015 (R. 354/14) -Coca-cola-. No existe **especial vinculación** de Altrad con las otras dos empresas, que contrataron con otras mercantiles los trabajos que debían efectuar los huelguistas, por no constituir un grupo de empresas ni tener otro tipo de vinculación especial, salvo la clientela. Altrad no podía imponer a aquellas la sustitución en los trabajos contratándolos con la competencia, ni tampoco podía impedirlo, ni se pudo beneficiar de ello, pues al no efectuar el trabajo tampoco lo cobró; su conducta consistió únicamente en comunicar a sus clientes que no podía realizar los trabajos comprometidos, y con ello no puede decirse que hubiese menoscabado la **posición negociadora** de los representantes de los trabajadores. En definitiva, la empresa recurrente no sustituyó a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores de la empresa, sino que fueron las dos empresas clientes las que, durante la huelga, contrataron con otras terceras empresas los trabajos que la recurrente no podía ejecutar a causa de la huelga.

#### 4. Traslados temporales

La **STS 12-7-2016 (Rc 222/15)**, ECLI:ES:TS:2016:3911, considera que el VII Convenio Colectivo del Personal al servicio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al regular los **traslados temporales** a menos de 50 Km que **no implican cambio de residencia**, no viola el art 40 ET – movilidad geográfica- ni el art 41.7 ET – modificación sustancial de condiciones de trabajo -. La normativa estatutaria sólo se aplica cuando hay cambio definitivo o temporal de residencia, lo que no es el caso, por lo que aquellos desplazamientos - temporales que no implican cambio de residencia- son regulados por el convenio. No hace falta para la procedencia de este traslado temporal acreditar la concurrencia de una causa justificada, ni una negociación previa con los representantes de los trabajadores, pues no se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ex art 41 ET. Cuando no se producen cambios de residencia, sino simples cambios de centro de trabajo se trata de una **modificación no sustancial** o

accidental que está amparada por el poder de dirección que tiene el empresario, quien está sujeto a lo dispuesto en la negociación colectiva.

## **16. Registro de la jornada diaria**

La **STS 23-3-2017 (Rc 81/16)**, ECLI:ES:TS:2017:1275, dictada en pleno y con voto particular, estima que no se exige la llevanza de un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados, afectando dicha obligación únicamente al registro de las horas extraordinarias. El tenor literal del art 35.3 ET, que regula la realización de horas extras y el establecimiento de un registro en el que se anoten las que se realizan día a día, se refiere exclusivamente a las horas extraordinarias. Los antecedentes históricos y legislativos, así como una interpretación lógico-sistemática del precepto, conducen a la misma solución puesto que cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, y si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el art 34 ET. La finalidad del precepto es el control de la realización de horas extraordinarias, para evitar excesos con los que se sobrepasen los límites que se establecen, pero no implantar un control de la jornada ordinaria, registro al que no obliga el art 34 ET, y sí se impone en supuestos especiales.

## **17. Sucesión de contratistas.**

### **1. Deudas salariales.**

La **STS 11-5-2017 (Rc 1921/15)**, ECLI:ES:TS:2017:2202, analiza, en un supuesto de **sucesión de contratistas**, el alcance de la **responsabilidad por deudas salariales** de la empresa saliente respecto de todas las contratistas anteriores. La Sala IV declara la responsabilidad de todas las contratistas que se sucedieron sin liquidar las deudas salariales de la empresa saliente que, a su vez, ha adquirido de una contratista anterior. Esto es, la responsabilidad solidaria ha de extenderse a la siguiente concesionaria del servicio a quien debe considerarse como sucesora definitiva en relación con los trabajadores de la empresa saliente inicial. Se ha producido una sucesión en la plantilla de los trabajadores de la **primera contratista**, a la que resulta de aplicación el art. 44.3 ET, y en virtud de dicho precepto la responsabilidad se extiende también a la empresa que resultó la última de las adjudicatarias de la contrata, aceptando que la obligación para ésta proviene de la existencia de sucesión empresarial. La concurrencia de la sucesión empresarial obliga a sostener que la empresa cesionaria ha de **asumir las deudas salariales de la cedente**, sin que pueda excluirse de tal obligación a aquéllas que, a su vez, hubieran sido adquiridas de una cedente anterior. Con el traspaso, la empleadora final asumió todos los compromisos que la cedente tenía con los trabajadores que son transferidos, entre ellos los de carácter salarial, fuere cual fuere el origen de los débitos. Si la deuda salarial generada por la primera de las contratistas persistía, se debe a que no había sido satisfecha ni por aquélla ni por la segunda cesionaria, pese a estar ésta igualmente obligada a su satisfacción, dado que ocupó la posición de empleadora de los trabajadores cedidos. Para la siguiente cesionaria, el traspaso de empresa implicó la asunción de todas las obligaciones pendientes de cumplimiento, siendo lo relevante, al efecto, la persistencia de esa obligación incumplida y, por ende, el mantenimiento del derecho de los trabajadores a ver abonados los salarios ya devengados.

## **2.- Sucesión de empresa y subrogación empresarial**

La cuestión litigiosa abordada en **STS 30-11-2016 (Rc 825/15)**, **ECLI:ES:TS:2016:5601**, reside en determinar si del art. 44 ET se desprende que la empresa cesionaria que sucede a la cedente en una determinada actividad, está obligada a responder solidariamente de las obligaciones derivadas de un despido disciplinario anterior al momento de la sucesión empresarial, de un trabajador adscrito a la contrata sobre la que opera la transmisión, a lo que se da una respuesta positiva. En efecto, y pese a que el nuevo empresario no está obligado a subrogarse en aquellos contratos de trabajo que hubieran sido válidamente extinguidos con anterioridad al momento en que deba operar tal subrogación, las responsabilidades legales del art. 44 ET van más allá, al abarcar “todas las obligaciones laborales nacidas con anterioridad”, entre las que se encuentran las que puedan derivarse de un despido disciplinario anterior –salario e indemnizaciones--, siendo este el caso de autos. En consecuencia, se declara la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario en las obligaciones laborales derivadas del despido disciplinario efectuado con anterioridad a la transmisión, de un trabajador adscrito a la contrata sobre la que opera la sucesión empresarial.

Descarta la **TS 07-04-2017 (Rc 982/16)**, **ECLI:ES:TS:2017:1738**, que opere el mecanismo de la subrogación empresarial previsto en el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, pues del tenor literal del art. 24 del citado convenio se infiere que para que opere la subrogación de la nueva contrata de limpieza, en el singular supuesto en el que la empresa cliente traslada sus dependencias a otra ubicación se requiere no solamente que se produzca el traslado, sino también que la empresa principal adjudique el servicio de limpieza a otra empresa. Y en el caso, quiebra este segundo presupuesto, porque no se ha procedido a adjudicar la contrata a otra empresa, al estar vigente una contrata anterior para la limpieza de las dependencias en dicha localidad.

### **18. Vacaciones: retribución**

Especial transcendencia presentan las **STS 8-6-2016 (Rc 207/15 y 112/15)**, **ECLI:ES:TS:2016:2728**, **ECLI:ES:TS:2016:2714** dictadas en Sala General, seguidas por otras muchas, en las que se analiza la **retribución** que corresponde percibir a los trabajadores durante el **período vacacional** y en particular los conceptos que deben incluirse en el cómputo, rectificando la doctrina tradicional de la Sala IV, que estableció que la cuantificación de la retribución en vacaciones debe hacerse según lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, esto es computando sólo los conceptos retributivos que el convenio establezca al efecto. La **matización jurisprudencial** ahora efectuada, en aplicación de la Directiva Comunitaria 2003/2008, art 7 y, especialmente, en la interpretación que ha hecho de la misma la sentencia de TJUE de 22-5-2014 2014, C-539/12, caso Lock, consiste, básicamente, en estimar que las disposiciones de los convenios colectivos sobre la retribución por vacaciones sólo serán válidas cuando respeten los mínimos de derecho necesario, establecidos en las directivas comunitarias y la interpretación que de las mismas hace la doctrina del TJUE, y que supone garantizar el cobro de "**las retribuciones normales o medias**", por lo que solo procede excluir los **conceptos “extraordinarios”**. Por ello, la retribución de las vacaciones debe ser la normal o media en función de los distintos conceptos salariales que percibe el trabajador por convenio colectivo u otro pacto.

Por otra parte, la fijación o establecimiento de la retribución “normal o media” de las vacaciones admite un comprensible **grado de discrecionalidad**, lo que impone a

los Tribunales un **examen casuístico** de cada supuesto concreto. Ello implica que la comparación debe hacerse atendiendo no solo a las normas del convenio colectivo en su conjunto, sino a los distintos conceptos salariales que percibe el trabajador por convenio u otro pacto. Determinar la media de las retribuciones normales u ordinarias, implica una operación que deberá hacer el juzgador en cada caso para la fijación de los conceptos computables y el promedio de los mismos, y ello para alcanzar una conclusión que sea respetuosa con las prescripciones legales, y a la vez satisfaga la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas.

En aplicación de la anterior doctrina, la **TS 29-9-16 (Rc 233/15)**, ECLI:ES:TS:2016:4400, concluye que ha quedado acreditado que los pluses controvertidos forman parte del salario normal mensual de los trabajadores. El convenio colectivo de empresa contempla muy variados complementos retributivos salariales y no establece de manera expresa la forma en la que han de abonarse las vacaciones, ni por ello contempla la exclusión de ninguno de ellos, que se perciben con carácter continuo y habitual.

Por el contrario, la **STS 30-1-2017, (Rc 44/2016)**, ECLI:ES:TS:2017:800, confirma que no procede el cómputo del plus de "toma y deje" para la retribución de las vacaciones atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal, sino a un exceso de la duración de ésta, por lo que no configura jornada ordinaria, retribución normal o media. El complemento de jornada partida, tampoco se incluye en la retribución de vacaciones porque se trata de una indemnización que solo se abona por día efectivo de trabajo y viene a compensar un mayor gasto ocasionado por tener que comer fuera del domicilio o, en su caso, realizar un doble desplazamiento.

Asimismo, la **STS 14-2-2017 (Rc 45/16)**, ECLI:ES:TS:2017:825, incluye la media anual de todos los conceptos salariales, entre ellos determinados pluses, festivo, nocturno, pista y centro de operaciones-control, reconocidos como tales por las demandadas. Por el contrario, se excluyen los extrasalariales, - pluses de "transporte" y de "quebranto y conteo" - al tener clara naturaleza indemnizatoria o compensatoria por los gastos o perjuicios soportados por el trabajador afectado y que no se producen en el periodo vacacional.

### **19. Tutela derechos fundamentales. Derecho al honor.**

Indudable interés presenta la **STS 28-2-2017 (Rc 103/16)**, ECLI:ES:TS:2017:989, que confirma la desestimación de la demanda, por vulneración de derechos fundamentales interpuesta por la empresa frente a un sindicato, CNT. La sentencia efectúa un completo análisis del alcance y contenido del derecho al honor, en el marco del adecuado ejercicio de la acción sindical. Partiendo de que se trata de un valor referido a las personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas, por lo que no cabe negar a las **personas jurídicas la protección al honor** que garantiza el art 18 CE. En el supuesto analizado, consta que, en diversas concentraciones convocadas por el sindicato, aprovechando diversos eventos empresariales y sindicales, afiliados a tal Sindicato exhibieron pancartas y repartieron octavillas con el texto «XXX Terrorismo Patronal», así como «precariedad laboral y cesión ilegal de trabajadores en XXX». Sostiene el TS, que si bien la expresión «**terrorismo patronal**», presenta injustificada dureza, no alcanza a integrar vulneración del derecho al honor por hallarse claramente devaluada en el lenguaje político/sindical y no haberse producido repercusión dañosa alguna. Se valora que se trata de una persona jurídica, en orden a relativizar la posible vulneración; la reclamante no ha sufrido perjuicios materiales

ni ha perdido clientela; el contexto es el de una confrontación laboral prolongada y relativa a una supuesta cesión ilegal, que de resultar cierta es grave, y justificativa de una enérgica respuesta sindical; la expresión "terrorismo patronal" se ha convertido en lugar común en la sociedad, al utilizarse de manera habitual para descalificar determinadas actuaciones empresariales, convirtiéndose así en una crítica dura pero sin que ninguna persona razonable lo asocie propiamente con el concepto de terrorismo.

## II. SEGURIDAD SOCIAL

### 1.-JUBILACIÓN

#### 1.1.-Jubilación contributiva

##### 1.1.1.-Cuantía de la pensión: aplicación de porcentajes de reducción por edad

La **STS 17-11-2016 (Rec. 3994/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5627], deja claro que existe prohibición legal expresa de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales, puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación. La solución se alcanza en un supuesto en que el recurrido en casación para la unificación de doctrina contaba 50 años reales de edad en la fecha en que se jubiló, momento en que acreditaba 14,8 años de cotización. Conforme al art. 3 RD 1539/2003, de 5 de diciembre, se le redujo la edad de jubilación en 16 años en función del grado de minusvalía que tenía reconocido, de forma que se jubiló con una edad ficticia de 66 años, incrementándose el periodo cotizado en 5.360 días como establece el art. 5 RD 1539/2003, de 5 de diciembre -a tenor del cual el periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación-. En atención a ello, el INSS se le reconoció una pensión del 102% teniendo en cuenta la edad ficticia del actor a la fecha de jubilación. Tras solicitar que se le reconociera un porcentaje de pensión del 126%, dicha pretensión fue desestimada en instancia pero estimada en suplicación. La Sala IV casa y anula dicha sentencia, por considerar, que siguiendo lo dispuesto en las SSTS 19-12-2013 (Rec. 1077/2013) [ECLI:ES:TS:2013:6696] y 27-03-2013 (Rec. 2379/2012) [ECLI:ES:TS:2013:1780], la regulación del art. 161 bis LGSS deja terminantemente claro que los incrementos porcentuales del 2 o 3 % de la cuantía de la pensión de jubilación aplicables conforme a la DA 8ª 1 LGSS, únicamente se podrán producir cuando se acceda a la pensión desde una edad superior a los 65 años, sin que los coeficientes reductores de la edad puedan ser tenidos en cuenta a los efectos de los beneficios del art. 163.2 LGSS

##### 1.1.2.-Cálculo de la base reguladora: integración de lagunas por trabajos a tiempo parcial

El actor cotizó durante 33 años a tiempo completo, durante 23 mensualidades a tiempo parcial y 10 años y 4 meses no cotizó, comenzando a

cotizar posteriormente en el RETA. Tras solicitar pensión de jubilación, la misma le fue reconocida conforme a una base reguladora, solicitando se le incrementara ésta teniendo en cuenta que las lagunas de cotización debían integrarse con las bases mínimas a tiempo completo, ya que las cotizaciones por el trabajo a tiempo parcial fueron muy escasas en comparación con las cotizaciones a tiempo completo, pretensión que fue desestimada en instancia pero estimada en suplicación. La **STS 16-03-2017 (Rec. 1871/2013)** [ECLI:ES:TS:2017:1444] estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y confirma la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda, teniendo en cuenta: 1) Que por STC 25-09-2014, dictada como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sala IV del Tribunal Supremo frente a la DA 7ª n.º1, 3ª b) LGSS, se desestimó la misma; 2) Que por STJUE 14-04-2015 C-527/13, asunto Lourdes Cachaldora Fernández c. INSS, se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con la integración de lagunas de cotización, en el sentido de que una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización se cubran tomando en cuenta las bases mínimas de cotización, no vulnera el art. 4.1 Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre; 3) Que de conformidad con lo dispuesto en dichas sentencias, es de aplicación la DA 7ª, 3ª b) LGSS, que determina que *“la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”*, y como las “contratadas en último término” lo fueron a tiempo parcial, procede la integración de lagunas con las bases mínimas. Dicha conclusión se alcanza, igualmente, en **STS 20-04-2017 (Rec. 1480/2011)** [ECLI:ES:TS:2017: 1774] – sentencia que contiene 2 Votos particulares- que considera que deben integrarse las lagunas conforme a las bases mínimas por el número de horas contratadas.

1.1.3.-Jubilación activa: no incremento pensión cuando se accede con un porcentaje de pensión inferior al 100%

La **STS 30-05-2017 (Rec. 2268/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2455], rechaza la posibilidad de que cuando se accede a la jubilación activa compatibilizándola con el trabajo, teniendo derecho a una pensión en porcentaje inferior al 100% de la base reguladora, se incremente dicho porcentaje con las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la jubilación. La razón es que el art. 2 RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, exige tener reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible, y que la misma sea equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, lo que no admite dudas interpretativas. Añade la Sala que lo que se trata con la norma es de incentivar el trabajo más allá de la edad de jubilación, mejorando la pensión máxima reconocida, dejándose sin contenido al art. 163.2 LGSS si el porcentaje del 100% se pudiese alcanzar con cotizaciones posteriores a la jubilación, solución que también alcanza a los trabajadores autónomos, puesto que la DA 32ª LGSS les exime de cotizar cuando superan los 65 años y tienen la cotización a la que refiere el precepto. Por último, concluye añadiendo que una solución contraria supondría discriminar a quienes acreditan el periodo máximo de cotización, se jubilan y siguen trabajando, frente a quienes no reúnen el periodo máximo de

seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación, que son de menor cuantía puesto que sólo se cotiza, por mor del art. 4 RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, por incapacidad temporal y contingencias profesionales, es decir, sin cotizar a la contingencia de jubilación.

## 1.2.-Jubilación parcial

### 1.2.1.-Acceso a la jubilación parcial a los 60 años

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 puesto que no tenía 60 años en la fecha del hecho causante que se produce con posterioridad al 31-12-2012, solicitó jubilación parcial que le fue reconocida en suplicación por entender la Sala que la DT 2ª RDL 8/2010, de 20 de mayo, limitó 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 RDL. La Sala IV, en SSTS 09-03-2016 (Rec. 260/2015) [ECLI:ES:TS:2016:1524], 15-03-2016 (Rec. 1773/2015) [ECLI:ES:TS:2016:1528], 16-03-2016 (Rec. 1533/2015) [ECLI:ES:TS:2016:1917] y 30-03-2016 (Rec. 1271/2015) [ECLI:ES:TS:2016:1774], consideró, ante la cuestión de si la DT 2ª RDL 8/2010, de 20 de mayo configura una excepción al régimen ordinario según el que el acceso a la jubilación parcial se produce con carácter general a los 61 años, en las condiciones previstas en el art. 166.2 LGSS, y si la excepción (posibilidad de jubilarse parcialmente a los 60 años), limitada temporalmente a 31-12-2012, se ha visto ampliada o modificada por legislación posterior, que ello no es así, ya que las normas posteriores al RDL 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). Pues bien, dicha doctrina se reitera en el periodo analizado, en **SSTS 14-09-2016 (Rec. 2293/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4382], **14-09-2016 (Rec. 2176/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4397], **14-09-2016 (Rec. 1990/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5342], **04-10-2016 (Rec. 2425/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4799], **06-10-2016 (Rec. 1681/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4808], **STS 11-05-2017 (Rec. 3130/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2109], en que la Sala IV considera 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 RD ley 8/2010, de 20 de mayo), no procede reconocerle el derecho a la jubilación parcial. Por su parte, en **STS 14-09-2016 (Rec. 3106/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4360], a pesar de apreciar la Sala IV inexistencia de contradicción con la sentencia de contraste, lo que impediría conocer del fondo de la cuestión, obiter dicta indica que debe seguirse la jurisprudencia anterior sobre la cuestión, por lo que no hubiera procedido reconocer al actor el derecho a la jubilación parcial.

### 1.2.2.-Necesidad de acreditar acceso a jubilación parcial en convenios colectivos o acuerdos de empresa: subsanación

La empresa firmó con los trabajadores unos acuerdos (singulares y/o plurales) antes del 01-04-2013 para el acceso a la jubilación parcial, a efectos de aplicar lo establecido en la DF 12ª 2 c) Ley 27/2011, de 1 de agosto, que exigía, para conservar el derecho a que se aplicara la legislación vigente a la entrada en vigor de dicha norma (lo que se produjo el 01-01-2013), a las personas que causen jubilación antes del 01-01-2019, que estuvieran incorporadas antes del 01-04-2013 a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa. Como consecuencia de que lo que se presentó por la empresa fueron unos acuerdos singulares y/o plurales, se denegó por el INSS la inscripción de dichos acuerdos, al no tratarse de acuerdos colectivos de empresa. Tras presentarse demanda por la empresa en la que se solicitaba que se le debería haber otorgado plazo de subsanación, la misma fue desestimada en instancia y suplicación. Ante la cuestión de si el INSS, en vía administrativa, debería o no conceder un plazo de subsanación de defectos para que la empleadora pudiera aportar un plan de jubilación parcial recogido en convenio colectivo de cualquier ámbito o acuerdo colectivo de empresa, o los documentos que según la empresa pudieran suplir los referidos pactos colectivos, la Sala IV, en **STS 14-09-2016 (Rec. 983/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4409], asume los argumentos de la sentencia de suplicación, para concluir que no procede que la entidad gestora otorgue plazo de subsanación, puesto que: 1) El documento que presenta la empresa lo suscribe ésta con los trabajadores, cuando en la jubilación parcial está implicado el INSS que en ese supuesto tiene la condición de tercero; 2) Puesto que el INSS es un tercero, desde el momento en que rechaza la fecha de formalización del acuerdo colectivo que no tiene prueba fehaciente de su firma, la fecha de presentación del acuerdo colectivo será la que haya de considerarse a efectos de determinar el cumplimiento de las exigencias legales; 3) Que no existe la obligación por parte del INSS de subsanar defectos, puesto que no había nada que subsanar conforme a los arts. 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAPPAC). Añade la Sala que si bien el art. 71.1 LRJAPPAC, preceptúa, a efectos de subsanación, que si la solicitud no reúne los requisitos generales del art. 70 LRJAPPAC, se deberá requerir por la Administración pública al interesado para que en un plazo de 10 días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, puesto que la solicitud inicial presentada antes del 01-04-2013 (fecha a la que refiere la DF 12ª 2 c) Ley 27/2011, para que las personas estuvieran incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos o acuerdos de empresa), reunía todos los requisitos exigidos en el art. 70.1 LRJAPPAC, no procedía que se requiriese para subsanación.

### 1.2.3.-Acumulación de jornadas del jubilado parcial

La **STS 29-03-2017 (Rec. 2142/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1429], siguiendo lo dispuesto en la STS 19-01-2015 (Rec. 627/2014) [ECLI:ES:TS:2015:453], determina que es posible en una jubilación anticipada parcial, acumular la jornada de trabajo del jubilado parcial, consistente en el 15% en un solo año,

de manera que trabaje todas las jornadas que le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial, y ello por cuanto: 1) La conexión entre el contrato del relevado y del relevista no determina una estricta dependencia funcional entre contrato de relevo y situación de jubilación-empleo parcial; 2) El legislador ha pretendido dos objetivos: el primero, de política de empleo, consistente en que la jubilación anticipada no suponga la pérdida del puesto de trabajo, y el segundo, de Seguridad Social, consistente en que no sean mermados los ingresos, y en el supuesto examinado, se cumplen todas esas exigencias, sin que se desvirtúe la naturaleza temporal del contrato por el hecho de que se agrupe en nueve meses el trabajo a realizar.

### 1.3.-Jubilación forzosa

En **STS 11-05-2016 (Rec. 2530/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2742], se considera que la jubilación forzosa prevista en el I Convenio colectivo de la corporación RTVE es un despido nulo, a pesar de que la jubilación forzosa prevista en convenio anterior a la Ley 3/2012, de 6 julio, era válida al cumplir con las exigencias de la DA 10ª ET, pero teniendo en cuenta que la empresa no aplica las medidas previstas convencionalmente.

Reiterando lo dispuesto en las SSTs 12-11-2014 (Rec. 3245/2013) [ECLI:ES:TS:2014:4794], 04-02-2015 (Rec. 233/2014) [ECLI:ES:TS:2015:847], 28-04-2016 (Rec. 3062/2014) [ECLI:ES:TS:2016:2554] y 11-05-2016 (Rec. 2530/2014) [ECLI:ES:TS:2016:2742], en **STS 04-05-2017 (Rec. 2238/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2077], se insiste en que debe calificarse de despido improcedente la jubilación forzosa del trabajador conforme al Convenio colectivo de Telefónica para los años 2011-2013, por cuanto de una lectura íntegra del convenio no se acredita la creación o fomento del empleo.

### 1.4.-Premio por jubilación

Ante la cuestión de si el premio por jubilación que solicita un jubilado parcialmente (con reducción de jornada y salario del 85%), debe calcularse sobre el salario que se percibía antes o después de la jubilación parcial, la **STS 15-09-2016 (Rec. 2111/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4384], interpretando la norma convencional - Convenio Colectivo de gestorías administrativas que prevé que *“a los efectos de reconocer los derechos de premio especial de jubilación que, con arreglo a anterior convenio pudiera haber adquirido el personal afectado por el presente convenio, quienes al 31 de diciembre de 1995 tengan una antigüedad consolidada de diez años o múltiplo y soliciten la jubilación a partir de los sesenta años y hasta tres meses después de haber cumplido la edad legal de jubilación, tendrán derecho a una paga como gratificación especial de jubilación, a razón de dos mensualidades pro cada diez años o fracción de antigüedad, sin que computen anualidades a partir del 31 de diciembre de 1995. Para los trabajadores que no hubieran consolidado este derecho en las condiciones y a la fecha citadas, no existe la gratificación especial por jubilación”*-, considera que procede reconocer el premio conforme al salario anterior a la jubilación parcial, puesto que el trabajador prestó servicios a tiempo completo desde 1964 hasta 2010 en que se le reconoció la jubilación parcial, por lo que a dicha fecha ya reunía los requisitos para acceder a premio, y como el cómputo se realiza sobre mensualidades, la norma debe

interpretarse en el sentido de salario que se esté cobrando salario en el momento de la solicitud de la jubilación parcial.

## 1.5.-Regímenes especiales

### 1.5.1.-Jubilación en el RETA

Ante la cuestión de si cuando se aprecia fraude en el incremento de las bases de cotización que el actor había realizado a efectos de la prestación contributiva de jubilación, resultan o no de aplicación las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación conforme al trabajo realmente desempeñado y las derivadas cotizaciones a efectos de fijar la base reguladora de la prestación, la Sala IV, en **STS 30-11-2016 (Rec. 2018/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5630], estima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el actor, por considerar que partiéndose de la realidad de las tareas efectivamente desempeñadas por el trabajador, que corresponden a una categoría profesional concreta y a unas tablas salariales fijadas en los sucesivos convenios colectivos conforme a las cuales la empresa tiene la obligación de cotizar, no cabe negar al trabajador el que sus bases de cotización en dicho periodo, a efectos de la determinación de la base reguladora de su prestación contributiva de jubilación, no se correspondan con las mínimas legalmente exigibles, y ello en un supuesto en que el actor, que había prestado servicios para una primera empresa hasta que fue despedido, pasó a prestar servicios para otra constituida por tres trabajadores de la anterior, entre ellos el demandante, lo que hizo que fueran encuadrados en el RETA, optando el trabajador cotizar por la base mínima de cotización desde 1994 hasta 2001 en que solicitó el cambio de cotización a la máxima; tras solicitar pensión de jubilación, le fue reconocida conforme a una base reguladora con la que no estaba de acuerdo, puesto que entendía que debían tomarse en cuenta las bases de cotización realmente efectuadas desde enero de 2001 hasta diciembre de 2013, y subsidiariamente que debería calcularse la pensión conforme a las bases de cotización coincidentes con los salarios establecidos en los Convenios colectivos de la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa, lo que fue desestimado en instancia y suplicación.

### 1.5.2.-Jubilación en el REMC

Ante la cuestión de si tenía derecho a la pensión de jubilación quien desarrolló actividades en el sector de la minería tanto en Polonia como en España, la Sala IV, en **SSTS 11-02-2015 (Rec. 1780/2014)** [ECLI:ES:TS:2015:721], **27-05-2015 (Rec. 2829/2014)** [ECLI:ES:TS:2015:3034], reiteró la jurisprudencia en relación con los periodos de embarque en buques de bandera no española pero sí comunitaria, respecto del cálculo del importe de la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, fallando en el sentido de que para fijar el porcentaje de pensión que le corresponde abonar a España han de tenerse en cuenta no sólo los días realmente cotizados, sino también los bonificados por la realización de trabajos en la minería aplicados para determinar la edad ficticia del beneficiario a fin de acceder a la pensión, sin que sirva la solución de tener de cuenta sólo las cotizaciones sufragadas a la Seguridad Social española, además de que se

totalizan los periodos de cotización sólo en la medida necesaria para alcanzar el máximo de pensión nacional, sin que se puedan sumar cotizaciones innecesarias que arrastrarían el efecto de minorar el prorrateo a cargo del sistema español de Seguridad Social. Dicha jurisprudencia se reitera en **STS 23-06-2016 (Rec. 395/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3409], aclarando que: 1) Tras la STS (Pleno) 17-07-2007 (Rec. 3650/2005) [ECLI:ES:TS:2007:6535], seguida por otras posteriores –como SSTS 06-11-2007 (Rec. 4239/2005) [ECLI:ES:TS:2007:8058], 30-09-2008 (Rec. 1044/2007) [ECLI:ES:TS:2008:5519] y otras, se extendía a los trabajadores del mar la tesis de la STJCE 03-10-2002, C-347/00, (Asunto Barreira Pérez), que entendió que había que otorgar una cotización ficticia en atención a la edad del trabajador y a los efectos del porcentaje de la pensión de jubilación; 2) Si bien los periodos de bonificación no se tienen en cuenta a la hora de calcular el periodo de carencia necesario para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, sí se añaden a los periodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión, puesto que tales periodos configuran el importe del porcentaje de la base reguladora de la pensión a reconocer; 3) Conforme a la STCE 18-02-1992, C-5/91, (Asunto Di Prinzio), los periodos de cotización ficticia son necesariamente anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación; y 4) No es de aplicación lo dispuesto en la STJCE 26-06-1980, C 793/79 (Asunto Menzies).

#### 1.6.-Competencia funcional

##### 1.6.1.-Afectación general: cálculo de la base reguladora integrando lagunas con bases mínimas

El actor solicitó en su demanda que se calculase la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida, teniendo en cuenta la integración de lagunas por bases mínimas de cotización a tiempo completo y no a tiempo parcial. En instancia se estimó la demanda. La Sala de suplicación confirma la misma sin entrar a conocer del fondo de la cuestión, por entender que el objeto del litigio no alcanzaba la cuantía de 3.000 euros exigida legalmente en el art. 191.1 g) LRJS, ni existía afectación general. La Sala IV, en **STS 21-02-2017 (Rec. 1253/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1266], teniendo en cuenta que lo que se discute es cómo debe calcularse la base reguladora de una pensión de jubilación en cuya fijación incide la prestación de servicios a tiempo parcial, casa y anula la sentencia de suplicación y devuelve las actuaciones para que la Sala resuelva sobre el fondo de la cuestión, por entender que existe afectación general, puesto que existe notoriedad en la generalización del debate litigioso, ya que la interpretación que hace el INSS provoca que todos los contratados a tiempo parcial puedan verse afectados por una integración de lagunas con bases mínimas parciales por más breve que sea el periodo de tiempo de dicha contratación.

##### 1.6.2.-No afectación general: cálculo de la base reguladora cuando faltan cotizaciones por no sustitución de trabajador relevista

La **STS 02-02-2017 (Rec. 1325/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:835], no entra a conocer de la cuestión de quien es responsable de las diferencias en la base reguladora de la pensión de jubilación cuando el beneficiario estuvo previamente en situación de jubilación parcial y la empresa no sustituyó al trabajador relevista durante 5 meses, relevista que había sido contratado inicialmente y que causó baja voluntaria dejando de cotizar durante dichos 5 meses por el 15% de la jornada del beneficiario, produciendo una diferencia de bases de cotización real de 51,39 euros/mes, y respecto de la que el INSS declaró la responsabilidad de la empresa que abonó la prestación durante la jubilación parcial, reclamando, cuando el actor alcanzó la jubilación total con 65 años, dichas diferencias, por cuanto la cuantía no alcanza los 3.000 euros exigidos por el art. 191.1 g) LRJS para acceder al recurso de suplicación, y además no se aprecia afectación general que no fue alegada ni probada por ninguna de las partes.

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

### **2.1.-Impugnación por la Mutua de la imputación de responsabilidad en abono de prestaciones**

Ante la cuestión de si la Mutua podía impugnar una resolución del INSS en el plazo previsto en el art. 71.2 LRJS, y antes de la prescripción del derecho, cuando se le imputó la responsabilidad derivada del reconocimiento de prestaciones de enfermedad profesional, las SSTS (Pleno) 15-06-2015 (Recs. 2648/2014 y 2766/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3015] y [ECLI:ES:TS:2015:3016], entendieron que ello no procedía, argumentando: 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) Ahora bien, 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 definitiva, 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.

Siguiendo lo dispuesto en dichas sentencias de Pleno, se han dictado innumerables sentencias, sólo en la horquilla temporal que abarca mayo de 2016 a mayo de 2017, se han dictado las **SSTS 06-05-2016 (Rec. 573/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:2245], **09-05-2016** (Rec. **3871/2014**)

[ECLI:ES:TS:2016:2279],	11-05-2016	(Rec.	876/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2523],	11-05-2016	(Rec.	747/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2525],	11-05-2016	(Rec.	518/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2521],	11-05-2016	(Rec.	3929/2014)
[ECLI:ES:TS:2016:2541],	18-05-2016	(Rec.	777/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2752],	01-06-2016	(Rec.	1125/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2771],	01-06-2016	(Rec.	1101/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2769],	01-06-2016	(Rec.	1522/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2773],	01-06-2016	(Rec.	1737/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2917],	01-06-2016	(Rec.	1821/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2915],	01-06-2016	(Rec.	1185/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2914],	01-06-2016	(Rec.	1097/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2918],	01-06-2016	(Rec.	1335/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2920],	07-06-2016	(Rec.	2507/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2921],	07-06-2016	(Rec.	555/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2926],	07-06-2016	(Rec.	1887/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2919],	07-06-2016	(Rec.	1786/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:2932],	08-06-2016	(Rec. 47/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:2925],
07-06-2016	(Rec. 1155/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:3036],	07-06-2016
2092/2015)	[ECLI:ES:TS:2016: 3034],	07-06-2016	(Rec. 577/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3047],	07-06-2016	(Rec.	903/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3085],	08-06-2016	(Rec.	875/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3236],	09-06-2016	(Rec. 95/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:3045],
09-06-2016	(Rec. 785/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:3231],	09-06-2016
3754/2014)	[ECLI:ES:TS:2016:3238],	09-06-2016	(Rec. 442/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3608],	14-06-2016	(Rec.	1809/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3245],	16-06-2016	(Rec.	731/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3248],	21-06-2016	(Rec.	1459/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3218],	21-06-2016	(Rec.	143/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3592],	22-06-2016	(Rec.	436/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3247],	22-06-2016	(Rec.	2054/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3222],	22-06-2016	(Rec.	3276/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3599],	05-07-2016	(Rec.	854/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3250],	05-07-2016	(Rec. 29/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:3940],
05-07-2016	(Rec. 1352/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:3994],	06-07-2016
2048/2015)	[ECLI:ES:TS:2016:3878],	12-07-2016	(Rec. 435/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3986],	12-07-2016	(Rec.	401/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4021],	14-07-2016	(Rec.	430/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:3914],	19-07-2016	(Rec.	1301/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4003],	20-07-2016	(Rec.	1789/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4033],	13-09-2016	(Rec.	402/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4378],	20-09-2015	(Rec.	403/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4359],	20-09-2016	(Rec.	949/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4364],	20-09-2016	(Rec.	693/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4461],	22-09-2016	(Rec.	633/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4358],	11-10-2016	(Rec.	3441/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4819],	11-10-2016	(Rec.	3198/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4796],	11-10-2016	(Rec.	2931/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4804],	11-10-2016	(Rec.	2682/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4801],	11-10-2016	(Rec.	2218/2015)

[ECLI:ES:TS:2016:4922],	11-10-2016	(Rec.	2170/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4911],	11-10-2016	(Rec.	3092/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4914],	13-10-2016	(Rec.	1820/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4788],	13-10-2016	(Rec.	2406/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4954],	13-10-2016	(Rec.	583/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4950],	13-10-2016	(Rec.	2928/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4955],	18-10-2016	(Rec.	2961/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4792],	18-10-2016	(Rec.	1915/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4953],	18-10-2016	(Rec.	2165/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4956],	25-10-2016	(Rec.	345/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4917],	26-10-2016	(Rec.	1174/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:4944],	26-10-2016	(Rec.	878/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5076],	26-10-2016	(Rec.	1822/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5352],	08-11-2016	(Rec.	722/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5092],	10-11-2016	(Rec.	1318/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5203],	15-11-2016	(Rec.	476/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5446],	17-11-2016	(Rec.	1548/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5626],	22-11-2016	(Rec.	1055/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5449],	29-11-2016	(Rec.	791/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5447],	29-11-2016	(Rec.	3828/2014)
[ECLI:ES:TS:2016:5615],	13-12-2016	(Rec.	1742/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5741],	15-12-2016	(Rec.	2972/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5754],	20-12-2016	(Rec.	1309/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5721],	21-12-2016	(Rec.	1678/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5733],	21-12-2016	(Rec.	1816/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5744],	21-12-2016	(Rec.	2335/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5794],	27-12-2016	(Rec.	2834/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5762],	16-12-2016	(Rec.	1900/2015)
[ECLI:ES:TS:2016:5807],	17-01-2017	(Rec.	2036/2015)
[ECLI:ES:TS:2017:561],	17-01-2017	(Rec. 3780/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:560],
17-01-2017	(Rec. 3393/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:534],	25-01-2017
24-01-2017	(Rec. 2509/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:629],	24-01-2017
24-01-2017	(Rec. 2509/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:669],	14-02-2017
14-02-2017	(Rec. 2930/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:816],	26-01-2017
26-01-2017	(Rec. 1226/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:796],	24-01-2017
24-01-2017	(Rec. 2100/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:807],	16-02-2015
16-02-2015	(Rec. 1397/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:826],	25-01-2017
25-01-2017	(Rec. 3453/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:652],	STS 01-02-2017
STS 01-02-2017	(Rec. 1324/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:658],	STS 16-02-2017
STS 16-02-2017	(Rec. 1095/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:871],	STS 22-02-2017
STS 22-02-2017	(Rec. 1167/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:867],	STS 31-01-2017
STS 31-01-2017	(Rec. 2148/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1009],	STS 23-02-2017
STS 23-02-2017	(Rec. 1980/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1139],	STS 07-03-2017
STS 07-03-2017	(Rec. 1909/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1145],	STS 09-03-2017
STS 09-03-2017	(Rec. 3113/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1146],	28-02-2017
28-02-2017	(Rec. 2422/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1148],	28-02-2017
28-02-2017	(Rec. 2836/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1152],	23-03-2017
23-03-2017	(Rec. 2548/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1434],	28-03-2017
28-03-2017	(Rec. 1814/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1442],	28-03-2017
28-03-2017	(Rec. 74/2016)	[ECLI:ES:TS:2017:1446],	04-04-2017
04-04-2017	(Rec. 3314/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:1550],	11-05-2017
11-05-2017	(Rec. 1885/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:2101],	12-05-2017
12-05-2017	(Rec. 2629/2015)	[ECLI:ES:TS:2017:2215],	12-05-2017
12-05-2017	(Rec. 3188/2015)		

[ECLI:ES:TS:2017:2183] y 12-05-2017 (Rec. 778/2016)  
[ECLI:ES:TS:2017:2133].

## 2.2.-Gastos derivados de accidente de trabajo

### 2.2.1.-Competencia del orden jurisdiccional social

Ante la cuestión de si compete al orden jurisdiccional social conocer de una demanda de la Mutua frente al SERGAS para que se declare indebida (por prescrita) la reclamación de resarcimiento de gastos de la asistencia sanitaria prestada a un trabajador accidentado, en suplicación se declara la competencia del orden contencioso-administrativo, por cuanto no se discute el derecho a la asistencia sanitaria ya prestada, ni la contingencia profesional, ni la responsabilidad de la Mutua, por lo que lo solicitado no es encuadrable en lo dispuesto en el art. 2 LRJS. La Sala IV, en **STS 23-06-2016 (Rec. 428/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3991] cuya doctrina se reitera en la **STS 29-09-2016 (Rec. 419/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4707], considera que la competencia es del orden jurisdiccional social, por cuanto conforme a lo dispuesto en el art. 2 s) LRJS, los Jueces de lo Social son competentes para conocer de la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas a las comprendidas en el apartado o) –prestaciones-, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en estas materias y con excepción de las especificadas en la letra f) del art. 3, sin que a ese mandato afecten las exclusiones del art. 3 apartados f) y g) LRJS, y sin que se esté ante un acto de gestión recaudatoria, sino ante la reclamación de gastos sanitarios, cuestiones cuya competencia corresponde a la jurisdicción social en aplicación de lo dispuesto en el art. 2 o) y s) LRJS.

### 2.1.2.-Responsabilidad respecto de gastos sanitarios

Como consecuencia de que la Mutua satisfizo diversas prestaciones derivadas de accidente de trabajo, entre las que se encontraban gastos por asistencia sanitaria, gastos de desplazamiento y gastos de farmacia, presentó demanda ésta contra la empresa, el INSS y la TGSS, por entender que no le correspondía a ella el abono de dichos gastos. En instancia y suplicación se estimó la demanda y se condenó a la empresa (con responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS). Tras recurrirse la misma en casación unificadora por el INSS y la TGSS, centrándose el análisis en los gastos de taxi y honorarios médicos, la **STS 14-07-2016 (Rec. 834/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3944], no entra a conocer de la cuestión relativa a quién corresponde abonar los gastos de taxi por no apreciar la existencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste respecto de dicha cuestión, puesto que la recurrida fundamenta su decisión en una norma que no estaba en vigor en el momento en que se dictó la sentencia de contraste por ser posterior (Orden TIN 971/2009, de 16 de abril, dictada en desarrollo de los arts. 11 y 12 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre). Sin embargo, respecto de la cuestión relativa a quién tiene que abonar los honorarios médicos cuando la asistencia no ha sido prestada por el cuadro médico de la Sanidad Pública, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por el INSS y la TGSS, por

considerar que el Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre, establece que la asistencia sanitaria será prestada por la Mutualidad Laboral o Mutua Patronal, a quienes el empresario vendrá obligado a reintegrar el importe de honorarios del personal sanitario, y el RD 63/1995, de 20 de enero, refiere a que la asistencia sanitaria será a través de los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud con las excepciones que contempla, por lo que teniendo en cuenta que los honorarios no exceden de la tarifa correspondientes, procede que sea la empresa (con responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS) quien abone dichos gastos.

### 2.3.-Recargo de prestaciones

#### 2.3.1.-Imposición del recargo

La Sala IV examina si procede imponer el recargo de prestaciones a las empresas en los supuestos en que acrediten (o no) el cumplimiento de las medidas de prevención. Un supuesto particular es el examinado en la **STS 18-10-2016 (Rec. 1233/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5341], que exime de responsabilidad a la empresa, por considerar que está acreditado que el trabajador –instalador electricista- recibió formación con anterioridad al accidente –acontecido cuando realizaba tareas de desmontaje del tendido eléctrico, cayendo de una altura de 10 metros- y además existía información sobre la forma de llevar a cabo el desmontaje –puesto que el encargado abandonó el lugar de trabajo una vez distribuido el plan de actividad y ordenado al que actuaba como jefe de equipo que junto con el actor realizara tarea de desmontado desde la fachada al poste y desde éste al apoyo de hormigón- disponiendo los trabajadores de medios suficientes para cumplir con el plan de seguridad –la empresa puso a disposición de los trabajadores cesta elevadora y medios para arristrar debidamente el poste que no fueron utilizados- siendo el propio trabajador el que incumplió por su propia voluntad las órdenes encomendadas.

#### 2.3.2.-Rebaja del porcentaje de recargo

Como consecuencia de la enfermedad profesional de la actora que había trabajado en contacto con amianto entre los años 40 y 50 del siglo pasado, y a resultas de la cual fue declarada en situación de incapacidad permanente total cualificada, se impuso a la empresa Uralita SA un recargo de prestaciones que se cuantificó en instancia en el 50% y se rebajó en suplicación al 40%. Pretende la trabajadora en casación para la unificación de doctrina que no se rebaje el porcentaje inicialmente impuesto del 50%. La **STS 23-02-2017 (Rec. 2066/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1021] casa y anula la sentencia de suplicación para mantener el porcentaje de recargo impuesto en instancia (50%), por considerar que para determinar el porcentaje de recargo hay que estar a la gravedad de los incumplimientos, sin que puedan considerarse que no son graves los cometidos en las décadas de los 40 o 50 del siglo pasado por el hecho de que no había tanta concienciación sobre los problemas de salud que ocasiona el amianto, por lo que en ningún caso procede rebajar el porcentaje del recargo en atención a dicho extremo.

Sobre una situación similar se pronuncia la **STS 14-03-2017 (Rec. 1083/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1247], en la que se parte de la situación de que como consecuencia del fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional, se impuso inicialmente a la empresa un recargo de prestaciones del 50%, que fue minorado al 40% en suplicación, por entender la Sala que “*no se aprecia un absoluto desprecio de la normativa de prevención*”, puesto que la empresa adoptó a partir de 1978 determinadas medidas de seguridad. Pues bien, la Sala IV casa y anula dicha sentencia, y entiende que no procede minorar el recargo del 50% inicialmente impuesto, teniendo en cuenta que aunque la infracción de las medidas de prevención de riesgos laborales se había calificado como grave (y no muy grave) por la Inspección de Trabajo, ello no implica que la autoridad judicial supedite el recargo a la graduación de las infracciones.

### 2.3.3.-Fecha de efectos

La actora, viuda del trabajador que prestó servicios para Uralita SA, siendo declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional y falleciendo, solicitó la imposición del recargo de prestaciones como consecuencia del fallecimiento de su marido, lo que le fue reconocido en porcentaje del 30% y con efectos desde la fecha en que aquellas prestaciones hubieran sido causadas. La Sala IV, en **STS 13-09-2016 (Rec. 3770/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4362], confirmando la sentencia de suplicación que entendió que era competente para conocer de la fecha de efectos del recargo y que además ésta debía retrotraerse a los 3 meses anteriores a la solicitud, considera: 1) Que la determinación de los efectos temporales del recargo no es un acto administrativo en materia de Seguridad Social relativo a inscripción de empresas, formalización de protección frente a riesgos profesionales, ratificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, ni tiene nada que ver con la materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas, y tampoco es un acto de gestión recaudatoria, sino que es una materia esencial para la fijación y delimitación del recargo cuya impugnación es asunto comprendido en el art. 2 LRJS, bien en cuanto que acción relacionada con los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios que tienen su causa en enfermedades profesionales -art.2 b) LRJS-, bien en cuanto que acción relativa a la imputación de responsabilidades al empresario respecto de las prestaciones de seguridad social -art. 2 o) LRJS-, por lo que la determinación de la procedencia o no del recargo comprende también la de la determinación de su cuantía y alcance, sin que pueda confundirse con la recaudación de su importe a realizar por la TGSS una vez que el recargo esté totalmente determinado; 2) Que puesto que el recargo tiene naturaleza prestacional, debe ser de aplicación el art. 43.1 LGSS, ya que sería irracional realizar una interpretación según la cual dicho precepto fuera aplicable a todo el recargo menos a los efectos temporales. En definitiva, considera que el INSS puede imponer el recargo y el interesado solicitarlo hasta que transcurra el plazo de prescripción, pero sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha inicial en que se permite imponer o solicitar el recargo, sino a los tres meses anteriores a que se interesara la imposición del mismo.

Por su parte, en un supuesto en que como consecuencia del fallecimiento del trabajador derivado de enfermedad profesional, se impuso a la empresa un recargo de prestaciones del 50%, y ante la cuestión de cuál es el plazo de retracción de los efectos del recargo, si los tres meses anteriores a la solicitud o resolución que lo impone o en la fecha en que aconteció el hecho causante, la **STS 15-09-2016 (Rec. 3272/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4373], considera que al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad del art. 123.1 LGSS, le resulta aplicable el plazo de prescripción de 5 años y también la retroacción de 3 meses del art. 43.1 LGSS, aun cuando en algún supuesto no existiera solicitud expresa del interesado al respecto, en cuyo caso la retroacción se producirá desde la fecha de inicio del expediente administrativo tendente al reconocimiento del recargo y de la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, siempre que la pertinente resolución declare ambos. En definitiva: 1) Si el procedimiento de recargo se inicia por el interesado (trabajador, herederos), el plazo de retroacción de 3 meses se inicia desde el momento de solicitud; 2) Si el procedimiento se inicia mediante expediente administrativo instado por la Inspección de Trabajo, los tres meses se retrotraen a los tres meses anteriores a la fecha del informe en que se declara la existencia de responsabilidad.

Y a idéntica conclusión se llega en **STS 27-09-2016 (Rec. 1671/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4449], en la que siendo la viuda del trabajador fallecido quien solicitó al INSS el recargo de prestaciones, la fecha de efectos económicos se retrotrae a los tres meses anteriores a dicha solicitud, y en **STS 21-12-2016 (Rec. 4225/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5742], en que se retrotraen los efectos a los tres meses anteriores a la solicitud por parte del interesado que fue reconocido en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional (asbestosis).

Además, en **STS 20-09-2016 (Rec. 3346/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4388], la Sala IV matiza que si bien aparentemente no existió una petición del interesado dirigida a la obtención del recargo de su prestación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, del escrito que el INSS dirige a la Inspección de Trabajo respecto a la iniciación del expediente del recargo, se deduce que es el trabajador el que instó la acción inspectora, por lo que la retroactividad de 3 meses deben contar desde la fecha de solicitud del interesado.

En la **STS 16-09-2016 (Rec. 1411/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4372], los efectos del recargo se retrotraen a los 3 meses desde que se emitió el informe de la Inspección de Trabajo en que se proponía el recargo, y no a la fecha en que se dictó la responsabilidad por falta de medidas de seguridad, ni a la fecha en que se reconoce de manera definitiva por sentencia firme que la contingencia era profesional. Y siguiendo dicha doctrina, en **STS 21-12-2016 (Rec. 3373/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5731] se reitera que los efectos económicos se retrotraen a los tres meses desde que se dictó la resolución administrativa que impuso el recargo a instancias de la Inspección del Trabajo, teniendo en cuenta que no consta que la interesada (viuda del trabajador fallecido), formulara solicitud alguna.

#### 2.3.4.-Sucesión de la responsabilidad

En STS 18-07-2011 (Rec. 2502/2010) [ECLI:ES:TS:2011:5862] y STS 28-10-2014 (Rec. 2784/2013) [ECLI:ES:TS:2014:4776], la Sala IV consideró que si bien el recargo de prestaciones ostenta una innegable faceta prestacional, lo que implica la extensión de la responsabilidad en supuestos de sucesión de empresas, también tiene carácter preventivo/punitivo, lo que implica que no pueda transferirse la responsabilidad que comporta el recargo. En definitiva, inicialmente, la Sala IV consideró que teniendo en cuenta el carácter mixto del recargo, no era posible su transmisión en supuestos de sucesión de empresas. Pues bien, en STS (Pleno) 23-03-2015 (Rec. 2057/2014) [ECLI:ES:TS:2015:1924], y STS 14-04-2015 (Rec. 962/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3006], la Sala IV rectificó su jurisprudencia anterior, doctrina que se reiteró en SSTS 05-05-2015 (Rec. 1075/2014) [ECLI:ES:TS:2015:2820], 13-10-2015 (Rec. 2166/2014) [ECLI:ES:TS:2015:4984], 02-11-2015 (Rec. 3426/2014) [ECLI:ES:TS:2015:4831], 10-12-2015 (Rec. 1012/2014) [ECLI:ES:TS:2015:5729], 15-12-2015 (Rec. 1258/2014) [ECLI:ES:TS:2015:5721], y en el periodo analizado en **SSTS 25-02-2016 (Rec. 846/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:914], **18-05-2016 (Rec. 1042/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2770], **08-06-2016 (Rec. 1103/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3229], **STS 20-04-2017 (Rec. 1826/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:1752], para determinar que el recargo mantiene su naturaleza mixta que atiende a dos finalidades diversas: resarcitoria y preventivo/punitiva, articulándose su gestión de forma prestacional. Partiendo de dicha consideración, entiende que en materia de sucesión de la responsabilidad derivada del recargo, tiene que primar la faceta indemnizatoria sobre la sancionadora o preventiva (a diferencia de lo que se sostuvo anteriormente), o dicho de otro modo, que las previsiones del art. 123.2 LGSS tienen que ceder frente a las del art. 127.2 LGSS. Las razones que esgrime proceden de que el art. 44 ET dispone que en supuestos de cambio de titularidad de una empresa, el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la anterior, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, no previéndose nada en el art.123.2 LGSS –precepto que regula el recargo- en supuestos de sucesión de empresas, respuesta que sin embargo sí se contiene, en el supuesto de prestaciones, en el art. 127.2 LGSS –que determina que *“en los casos de sucesión (...) el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”*-. En definitiva, considera que existiendo laguna legal en materia de sucesión del recargo de prestaciones en el art. 123.2 LGSS, la misma debe eliminarse recurriendo a la normativa comunitaria, lo que se ha realizado en la STJUE 05-03-2015 (C-353/2013), en la que ante la cuestión prejudicial sometida por el Tribunal de Trabajo de Leiria (Portugal), sobre la posible transmisión a la sociedad absorbente de una multa por infracciones laborales cometidas por la sociedad absorbida, el TJUE, interpretando los arts 3.1, 13 y 19 de la Directiva 78/855/CEE –derogada por la Directiva 2011/35/UE que sería de aplicación al supuesto examinado pero que mantiene idéntica redacción de los preceptos examinados-, concluye que debe transmitirse la responsabilidad. La Sala IV considera que lo dispuesto en dicha sentencia es acorde con lo establecido en el art. 127.2 LGSS, por lo que la transmisión de la responsabilidad debe aplicarse en los supuestos de fusión, escisión o transformación de empresas, y en el presente supuesto, teniendo en

cuenta que Uralita SA sucedió a Rocalla SA, procede que Uralita SA abone el recargo de prestaciones por infracción de las medidas de seguridad que en su momento cometió Rocalla SA, si como consecuencia de las mismas el trabajador sufre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

#### 2.3.5.-Efectos de una sentencia del orden contencioso-administrativo en el recargo

En aplicación de lo establecido en SSTs 13-03-2012 (Rec. 3779/2010) [ECLI:ES:TS:2012:2287] y 10-07-2012 (Rec. 2980/2011) [ECLI:ES:TS:2012:6070], que determinaron que conforme a la jurisprudencia constitucional rige el principio de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto de la que deba dictarse posteriormente en el orden social, lo que debe ser interpretado en el sentido de que cuando en la sentencia del orden contencioso-administrativo existe un pronunciamiento en que se exterioriza el fundamento de la conclusión alcanzada que es contradictoria con el alcanzado en vía laboral, hay que estar a lo dispuesto en la sentencia del orden contencioso-administrativo, y no existe vinculación sin valoración de los hechos concurrentes y probados en el proceso social seguido en materia de recargo, se plantea en casación para la unificación de doctrina si puede imponerse un recargo de prestaciones cuando existe sentencia del orden contencioso-administrativo que, en relación con el mismo accidente, entiende que no existe infracción. El supuesto sobre el que se pronuncia la **STS 14-09-2016 (Rec. 846/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4909], es el de un trabajador que sufrió un accidente mientras prestaba servicios, por lo que se impuso a la empresa un recargo de prestaciones del 35%. En instancia se estimó la demanda presentada por la empresa y se dejó sin efecto el recargo. La Sala de suplicación revocó la sentencia de instancia, por entender que la falta de aseguramiento del perímetro dentro del cual se desarrolla la actividad fue lo que motivó el accidente, pudiéndose haber evitado el mismo por la empresa; además, consideró que el hecho de que existiera sentencia firme por la que se dejó sin efecto la sanción administrativa impuesta a la empresa, no producía efectos en materia de recargo, puesto que vinculaba respecto de los hechos probados pero no respecto del fallo. La Sala IV, en la mencionada **STS 14-09-2016 (Rec. 846/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4909], revoca la sentencia de suplicación, por considerar que en el presente supuesto no puede aplicarse el efecto de cosa juzgada, puesto que si bien en la sentencia del orden contencioso-administrativo constaba que el accidente se había producido por el fortuito desprendimiento de una roca debido a la inestabilidad no visible del talud, en la sentencia del orden social también consta que no existía ningún mecanismo de prevención de riesgo de deslizamiento y desprendimiento de tierras, por lo que procede la imposición del recargo.

#### 2.3.6.-Efectos de la falta de audiencia a la empresa en el procedimiento del que trae causa el recargo

Reiterando consolidada jurisprudencia, la **STS 18-05-2017 (Rec. 1720/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2191], falla en el sentido de que no procede declarar la nulidad de la resolución por la que se impuso a la empresa un recargo de prestaciones del 30% como consecuencia de la recaída del

accidente sufrido por el trabajador, a pesar de haberse omitido el trámite de audiencia a la empresa en dicho procedimiento. Fundamenta su decisión la Sala IV en que si bien el empresario tiene la consideración de “interesado” en el procedimiento administrativo que reconozca la incapacidad permanente de sus trabajadores, la omisión del trámite de audiencia en vía administrativa no supone que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, ni que la omisión, en sí misma, cause indefensión, ya que si se le comunicó la resolución por la que se le reclamaba el capital coste de la nueva pensión reconocida, y se otorgó plazo para que formulara alegaciones, lo que no hizo, el empresario pudo articular la defensa de sus intereses, oponerse al grado de incapacidad reconocido y a la imputación de responsabilidad, sin que le cause indefensión, por lo que no procede declarar a nulidad que contempla el art. 62.1 e) Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

## 2.4.-Indemnización por daños y perjuicios

### 2.4.1.-Prescripción de la acción

Como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador en 2002, por el que fue reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta en 2004, solicitó 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. Ante la cuestión planteada en casación para la unificación de doctrina en relación a 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, la **STS 01-06-2016 (Rec. 2527/2014)** [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, aplicándose el plazo de prescripción de la acción desde entonces.

Por su parte, y ante la cuestión de cuándo debe fijarse el dies a quo del plazo de prescripción de un año (art. 59.1 ET) para reclamar la indemnización por daños y perjuicios derivados del fallecimiento del trabajador, si en el momento en que se conocen en toda su extensión y plenitud los resultados lesivos y dañosos -lo que sólo pudo ocurrir cuando quedó firme la resolución administrativa que reconoció que la pensión de viudedad derivaba de enfermedad profesional- o en el momento de fallecimiento del trabajador, la **STS 15-09-2016 (Rec. 3698/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4369], siguiendo reiterada jurisprudencia, lo fija en el momento en que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde el momento en que se haya acreditado el origen de la contingencia, o desde el momento en que haya quedado determinada de manera definitiva la entidad de los daños a reparar.

### 2.4.2. Intereses

La **STS 04-05-2016 (Rec. 2401/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2530], siguiendo lo dispuesto en la STS 12-03-2013 (Rec. 1531/2012) [ECLI:ES:TS:2013:3599], considera que procede el abono de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la demanda en que se reclamaba indemnización por daños y perjuicios, cuando no existe causa fundada que justifique el retraso en el pago de la indemnización a la que se fue condenado. Aclara la sentencia que 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, en **STS 05-05-2016 (Rec. 3568/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2764], interpretando el art. 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en un supuesto en que la empresa, como consecuencia de la declaración de los trabajadores en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, ofreció la indemnización prevista en la norma convencional, respecto de cuyo importe no están de acuerdo los trabajadores, se aclara: 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. Desde dicha perspectiva, se rechaza la conclusión de que hay que abonar el interés anual del 20% sobre el importe de la condena desde el momento en que los trabajadores fueron declarados en situación de incapacidad permanente total como consecuencia del accidente de trabajo sufrido.

Por último, en **STS 03-05-2017 (Rec. 3452/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2094], se condena a la empresa y a la aseguradora a abonar intereses moratorios del art. 20 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro desde la fecha del accidente, puesto que la aseguradora no desconocía del siniestro, no ofreció ninguna indemnización y se esgrimió como argumento para el no pago, que había que esperar al resultado del litigio en que se concretara la cantidad a indemnizar. El argumento de la sentencia es que si bien la existencia de causa justificada para el no abono de la indemnización implica la inexistencia de un retraso culpable e imputable al asegurador y le exonera de los intereses de demora, dicho criterio debe aplicarse de forma restrictiva, teniendo en cuenta el carácter sancionador que tienen los intereses, debiendo examinarse en los supuestos en que existe un proceso que se utiliza como excusa para alegar que existían dificultades en la determinación de la obligación de indemnización –de ahí el retraso en el pago-, cada caso en particular.

### **3.-INCAPACIDAD TEMPORAL**

#### **3.1.-Impugnación de alta médica**

La actora, de alta en el RETA como agricultora, inició proceso de incapacidad temporal por carcinoma en mama izquierda, acordándose el alta por agotar la duración máxima de 12 meses. Impugnada dicho alta, en instancia se anuló la misma, sentencia que devino firme. Tras solicitarse

ejecución de dicha sentencia, se acordó el archivo de la ejecución, por lo que el Auto fue recurrido en suplicación, dictándose sentencia que desestimó el recurso. En casación unificadora se plantearon los términos en que había ser ejecutada la sentencia de instancia dictada en procedimiento de impugnación de alta médica en la que se declaró el derecho de la actora a seguir en situación de incapacidad temporal en tanto no concurriera causa legal para su extinción o suspensión. La Sala IV, en **STS 10-01-2017 (Rec. 2684/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:340], siguiendo lo dispuesto en la **STS 31-05-2016 (Rec. 3180/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:3205], declara de oficio la incompetencia funcional, por entender que no procede interponer suplicación contra los autos dictados en ejecución de la sentencia recaída en procedimiento de impugnación de altas médicas del art. 140 LRJS, porque así se prohíbe por el art. 191.2 g) LRJS, que determina que no procederá recurso de suplicación “*en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo trabajador*”, lo que se reitera en el art. 140.3 c) LRJS. Añade la Sala que si bien el art. 191.4 d) LRJS admite suplicación en determinadas circunstancias frente a los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los dictados en ejecución de sentencias firmes, ello es posible “*siempre que la sentencia hubiera sido recurrible en suplicación*”, lo que no es el caso. A pesar de ello, la Sala considera que teniendo en cuenta lo dispuesto en jurisprudencia anterior en que se concluyó que tras el agotamiento del periodo máximo de incapacidad temporal, si el trabajador continua necesitando asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo, debe abonarse las prestaciones hasta que sea calificado en el grado de incapacidad permanente que corresponda, la ejecución de la sentencia de instancia, que condenó a la abono de la prestación de incapacidad temporal hasta la concurrencia de causa legal de extinción, debía ser interpretada en dicho sentido.

### 3.2.-Complemento por incapacidad temporal

Los controladores de tránsito aéreo que tiene relación laboral con ENAIRE y se rigen por el II Convenio colectivo Profesional entre la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (hoy, ENAIRE) y el Colectivo de Controladores de tránsito aéreo, percibían, conforme al art. 138, prestaciones complementarias de la Seguridad Social en supuesto de incapacidad temporal, estableciéndose en la DA 18ª del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, el máximo de complemento que se podía reconocer en supuestos de incapacidad temporal. Como consecuencia de que se abonaba el complemento de incapacidad temporal conforme a lo previsto en la norma convencional, se presentó demanda de conflicto colectivo por el sindicato USCA, solicitando que se abonaran los complementos de IT conforme a lo dispuesto en la DA 18ª RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, pretensión desestimada en instancia, cuya sentencia se confirma por la Sala IV en casación ordinaria, en la **STS 26-04-2017 (Cas 173/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:2093], por considerar que no consta acreditado que lo dispuesto en la norma convencional contradiga lo dispuesto legalmente.

### 3.3.-Obligación de alta y cotización de trabajadores fijos-discontinuos en situación de incapacidad temporal

El sindicato CCOO del País Valenciano, formuló demanda de conflicto colectivo en que solicitaba se declarase el derecho de los trabajadores fijos-discontinuos que se encontraban en situación de incapacidad temporal cuando se iniciaba la campaña y se interrumpía y se reanudaba posteriormente, debiendo ser llamados por orden de antigüedad, a ser dados de alta y cotizar por los días en lo que les hubiese correspondido trabajar. En instancia se estimó la demanda, sentencia confirmada en suplicación. Ante la cuestión de si procede el alta y subsiguiente cotización de los trabajadores fijos-discontinuos que en el momento de su llamamiento, por inicio de campaña o reanudación de la siguiente, se encuentran en situación de incapacidad temporal, la Sala IV da una respuesta positiva en **STS 14-07-2016 (Rec. 3254/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4075], en aplicación de lo dispuesto en el art. 13.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre. El argumento es: 1) Que el contrato de trabajo fijo-discontinuo regulado en el art. 15.8 ET, es una modalidad del contrato a tiempo parcial, respecto del que se aplican las normas relativas a afiliación, altas, bajas y cotización a la Seguridad Social de los contratados a tiempo parcial; 2) Que el contrato de trabajo fijo-discontinuo es un contrato de duración indefinida, interrumpiéndose la relación laboral a la conclusión de cada periodo de actividad, interrupción que implica que exista un derecho de llamamiento a favor de los trabajadores conforme al orden preestablecido, por lo que aunque el trabajador se encuentre enfermo, ello no excluye el derecho de llamamiento, debiendo la empresa proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por incapacidad temporal, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo. Matiza la Sala IV que no es de aplicación lo dispuesto en los arts. 100.1 y 106.1 LGSS, que supeditan la obligación de cursar el alta y la cotización al comienzo de la prestación de trabajo, puesto que la prestación se inicia con la incorporación en la primera temporada, suspendiéndose y reanudándose posteriormente.

### 3.4.-Imposibilidad de descontar del complemento de productividad los periodos de incapacidad temporal

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 motivados por incapacidad temporal, en STS 16-11-2015 (Cas. 353/2014) [ECLI:ES:TS:2015:5767] se falló que no procedía el descuento, puesto que en realidad se trataba de un abono fijo e invariable desconectado de un concepto variable dependiente de los resultados de productividad obtenidos colectivamente por los trabajadores. Pues bien, siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia de conflicto colectivo, las **SSTS 05-05-2016 (Rec. 3538/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2747], **04-10-2016 (Rec. 68/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4912] resuelven en idéntico sentido, es decir, entendiendo que no procede el descuento de los días correspondientes al periodo de incapacidad temporal de la retribución del complemento de productividad que abona la empresa bajo la clave 401.

### 3.5.-Responsabilidad en el abono de la prestación

#### 3.5.1.-Anticipo por la Mutua de los días 4 a 15 de prestación

En los supuestos en que el empresario asume la responsabilidad directa de abono de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando se reclama la misma por los trabajadores que no la perciben, y ante la cuestión de si debe condenarse a la Mutua al anticipo de los días 4 a 15 de la prestación, la Sala IV, en **STS 09-05-2016 (Rec. 3535/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2538], falla en el sentido de que la Mutua viene obligada a anticipar el pago, y ello con el argumento de que el subsidio por incapacidad temporal derivada 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, pudiendo éstas repetir el pago frente a la empleadora.

#### 3.5.2.-Responsabilidad directa de la empresa

Complejo es el supuesto que examina la **STS 29-11-2016 (Rec. 1235/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5606]. A efectos de una mejor comprensión, parece conveniente dejar constancia de que la empresa, que adeudaba a la Mutua cuotas entre diciembre de 2009 y diciembre de 2010, abonó a 12 trabajadores incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo entre julio de 2009 y enero de 2010, deduciendo los abonos de los TC2, aplazando la TGSS la deuda generada desde febrero de 2004 a enero de 2010. La Mutua pretendía que se condenara a la empresa y subsidiariamente al INSS a abonar el descuento del subsidio, lo que se desestimó en instancia por considerar que las bajas médicas eran anteriores al periodo de incumplimiento (diciembre 2009 diciembre 2010), por lo que no constaban descubiertos relevantes al tiempo del accidente para apreciar la existencia de responsabilidad empresarial directa en el abono de las cantidades reclamadas. La Sala de suplicación revocó dicha sentencia para condenar a la empresa al pago de la cantidad reclamada, con responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS. La sentencia trae causa del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS, que es estimado, argumentándose que: 1) En aplicación del principio de automaticidad, la existencia de un incumplimiento de obligaciones de Seguridad Social conlleva la responsabilidad del empresario en el pago de la prestación conforme a lo dispuesto en el art. 126.2 LGSS en relación con el art. 94.2 LASS, debiendo la entidad gestora o colaboradora anticipar la prestación subrogándose en los derechos y acciones que los beneficiarios tengan frente al empresario; 2) El INSS y la TGSS responden solidariamente frente a la Mutua por insolvencia del empresario incumplidor; 3) La función de garantía que ostenta la Mutua frente a la Administración de Seguridad Social no se extiende a un supuesto en que la prestación ya haya sido abonada por el empresario incumplidor de sus obligaciones, pero que indebidamente ha realizado ese abono como pago delegado y lo ha descontado de las correspondientes cotizaciones; 4) Puesto que nada dice la normativa de Seguridad Social sobre el concreto supuesto enjuiciado, al haber satisfecho la empresa lo debido al trabajador, y habiendo efectuado deducciones sin causa legal, no existe responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS, porque la entidad gestora

asegura los derechos del trabajador pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua.

### 3.5.3.-Acumulación de acciones en que se solicita responsabilidad directa de la empresa

Cabe acumular las acciones ejercitadas por una Mutua patronal contra el INSS, la TGSS y la empresa, para obtener el reintegro de cantidades satisfechas a diversos asegurados (siete subsidios de incapacidad temporal), por contingencias comunes (tres de ellos) y profesionales (los otros cuatro), cuando la causa del reintegro no es otra que los descubiertos empresariales en materia de cotización. Entiende la Sala IV en **STS 12-05-2016 (Rec. 638/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:2528] –que reitera lo dispuesto en las STS 05-11-2013 (Rec. 761/2013) [ECLI:ES:TS:2013:6180] y STS 18-12-2013 (Rec. 106/2013) [ECLI:ES:TS:2013:6424]- que existe la misma causa de pedir a que refiere el art. 27.3 LPL (art. 26.6 LRJS), por lo que procede la acumulación de acciones, ya que la pretensión procesal es única y consistente en que se reconozca la responsabilidad directa de la empleadora respecto a la totalidad de las prestaciones, y la subsidiaria de la Seguridad Social exclusivamente respecto de las causadas por contingencia profesional

### 3.6.-En el RETA: fecha del hecho causante

La trabajadora, agricultura por cuenta propia, y afiliada al RETA, fue reconocida en situación de incapacidad permanente total, solicitando 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 (solución de la sentencia recurrida en casación unificadora), o en la fecha en que se causa baja en el RETA, ya que existe la presunción de que el alta en dicho régimen implica actividad que genera ingresos suficientes para el asegurado, presunción que se puede romper con prueba en contrario (tesis de la Entidad Gestora), la Sala IV, en **STS 04-05-2016 (Rec. 1848/2014)** [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 al 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.-INCAPACIDAD PERMANENTE

### 4.1.-Determinación y revisión de grado

#### 4.1.1.-Patologías determinantes del grado

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 (Rec. 452/2015)** [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

#### 4.1.2.-Deficiencias visuales

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 al tratarse de la misma profesión e iguales lesiones. Así, en **STS 04-06-2016 (Rec. 1986/2014)** [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

#### 4.1.3.-Denegación de revisión para reconocimiento en situación de gran invalidez

La **STS (Pleno) 22-02-2017 (Rec. 1746/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1123], no entra a conocer del fondo de la cuestión relativa a si quien tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta conforme a unas determinadas dolencias, puede ser reconocido en situación de gran invalidez -situación reconocida en instancia y denegada suplicación-, por cuanto no aprecia contradicción con la sentencia invocada de contraste en que las dolencias son distintas, siendo la necesidad de ayuda de tercera persona un elemento normativo de ese grado, añadiéndose, además, que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de unificación de doctrina. La sentencia contiene Voto particular discrepante que suscriben 4 magistrados, que entienden que sí debería haberse apreciado la existencia de contradicción, sin que puedan entenderse que se está en un supuesto en que haya de valorarse las dolencias, puesto que en realidad la gran invalidez no es más que un supuesto de incapacidad permanente absoluta que además requiere la ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida como vestirse, desplazarse, comer o análogos. En atención a ello, consideran que las dolencias son las mismas y además la ayuda que consta acreditada es igualmente idéntica, por lo que debería

haberse admitido el recurso y además, haber reconocido al actor en situación de gran invalidez.

#### 4.2.-Incapacidad permanente parcial en el RETA

Ante la cuestión de cuál es el porcentaje de limitación que determina el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial en el caso de trabajadores afiliados al RETA, si el 33% contemplado en el art. 137.3 LGSS, o el 50% que exige el art. 4.2 RD 1273/2003, de 10 de octubre, las **SSTS 18-10-2016 (Rec. 2367/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:4794] y **22-03-2017 (Rec. 3757/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1427], consideran que aunque es jurisprudencia consolidada que no procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial a los trabajadores del RETA, conforme a la DA 34ª LGSS, pueden establecerse reglamentariamente condiciones distintas, habiéndose aprobado el RD 1273/2003, de 10 de octubre, que prevé la incapacidad permanente parcial como mejora voluntaria con determinados requisitos y cuando la disminución no sea inferior al 50%. El argumento esgrimido es que: 1) El art. 10.4 LGSS dispone que para el RETA las normas reglamentarias determinarán su alcance y contenido; 2) Por su parte, el art. 137 LGSS se aplica al RGSS y por lo tanto es inaplicable al RETA; 3) A pesar de ello, cuando se produjo el accidente de trabajo, la DA 8ª 1 LGSS, determinaba que *“será de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social lo dispuesto en los artículos 137 apartados 2 y 3”*; 4) Conforme a lo dispuesto en la DT 5ª bis LGSS (en redacción dada por Ley 24/1997, de 15 de julio), lo dispuesto en el art. 137 LGSS sólo será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el art. 137.3 LGSS (que prevé desarrollo reglamentario a los efectos de determinación de los distintos grados incapacitantes), por lo que conforme a la DA 8ª LGSS, que es de aplicación *“a todos los regímenes”*, resulta aplicable el art. 137.3 LGSS, que determina que la incapacidad permanente parcial supone una disminución no inferior al 33%; 5) Conforme a reiterada jurisprudencia, la acción protectora del RETA no comprende la figura de la incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes; 6) Según el RD 1273/2003, de 10 de octubre, dictado al amparo de la DA 34ª LGSS (incorporada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre), los trabajadores incluidos en el RETA podrán mejorar de forma voluntaria el ámbito de la acción protectora, incorporando la correspondiente a contingencias profesionales, siempre que hayan optado por incluir también la protección por incapacidad temporal, considerándose en el art. 4.2 RD 1273/2003, de 10 de octubre, que se entenderá por incapacidad permanente parcial para los trabajadores del RETA, las disminuciones no inferiores al 50%.

#### 4.3.-Incapacidad permanente total

##### 4.3.1.-Determinación de la “profesión habitual”

El trabajador, que prestaba servicios como peón de almacén, siendo sus funciones las de apilamiento y realización de fardos de corcho, así como el manejo de la carretilla para el transporte y apilamiento de los mismos, fue declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión

habitual de operario en empresa de tratamiento de corcho, tras un proceso de suberosis (sensibilización al corcho enmohecido). Como consecuencia de que la Mutua entiende que no procede el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total respecto de dicha profesión, en instancia se estimó la demanda y en suplicación se revocó dicha sentencia. La Sala IV, tras sistematizar la jurisprudencia en relación a cuál de entenderse que es la profesión habitual a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, señala, en **STS 26-10-2016 (Rec. 1267/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4952], que puesto que el trabajador posee una categoría profesional de peón de almacén, que no exige especialización vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos derivado del corcho, tratándose de cometidos comunes a la funciones propias de almacenaje en una variedad de industrias y actividades, no puede entenderse que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad permanente total.

#### 4.3.2.-Asimilación al alta: doctrina humanitaria y flexibilizadora

Siguiendo lo dispuesto en la STS 03-06-2014 (Rec. 2588/2013) [ECLI:ES:TS:2014:2566] –que aplicó la doctrina humanizadora contenida en STS 26-01-1998 (Rec. 1385/1997) [ECLI:ES:TS:1998:389] y STS 25-07-2000 (Rec. 4436/1999) [ECLI:ES:TS:2000:6277]-, en **STS 08-03-2017 (Rec. 2686/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1161], se reconoce el derecho de la actora a la prestación de incapacidad permanente total, por entenderse cumplido el requisito de estar en alta, cuando dicho presupuesto concurría al iniciarse la enfermedad que derivó en el reconocimiento en situación de incapacidad permanente, y es explicable que no se hayan cumplido por el interesado las obligaciones legales para continuar formalmente en alta o situación asimilada al alta que exige el art. 138. 1 LGSS en relación con el art. 124.1 LGSS, y ello en un supuesto en que la actora en el momento de causar baja en la Seguridad Social ya estaba afectada de la grave enfermedad que derivaría posteriormente en la solicitud de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total, sin que pueda presumirse un abandono por parte de la misma del Sistema de Seguridad Social, cuando por su estado no podía efectuar una actividad con habitualidad, rendimiento y eficacia.

Dicha doctrina flexible y humanizadora se aplica igualmente en un supuesto en que el trabajador causó baja voluntaria de su anterior trabajo para cambiarse a un nuevo empleo en otra empresa, sufriendo un accidente de tráfico a los pocos días de darse de baja y antes de comenzar la prestación de servicios en la nueva empresa. Tras solicitar pensión de incapacidad permanente total, la misma le es denegada por cuanto el actor no estaba en alta o situación asimilada al alta a que refiere el art. 20 de la OM 15-04-1969. La **STS 23-02-2017 (Rec. 2120/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1024], reconoce el derecho del actor a la pensión de incapacidad permanente total, siguiendo lo dispuesto en las SSTS 25-07-2000 (Rec. 4436/1999) [ECLI:ES:TS:2000:6277] y 20-01-2015 (Rec. 507/2014) [ECLI:ES:TS:2015:713], en que se estableció que si bien el art. 138.1 LGSS exige para recibir prestaciones de invalidez permanente en su modalidad contributiva, el estar de alta o situación asimilada al alta, en determinadas circunstancias es necesario aplicar una interpretación humanizadora que evite supuestos injustificados de desprotección, y en el

presente supuesto debe ponderarse que el trabajador cotizó durante un largo periodo de tiempo, el accidente acontece en fechas próximas al cese del trabajador en la última actividad cotizada, sin que exista una intención de abandonar el mundo laboral, ya que había aceptado la oferta de otra empresa para incorporarse de forma inmediata a una nueva ocupación laboral.

#### 4.3.3.-Periodo de carencia

##### 4.3.3.1.-Cotizaciones por hijos nacidos en el extranjero

La trabajadora, que tuvo un hijo en Francia en 1965 y otro en España en 1969, se dio de alta en la Seguridad Social española cotizando hasta que fue reconocida en situación de incapacidad permanente total, pero sin derecho a prestaciones por no reunir la carencia exigidas, computando sólo 112 días como consecuencia del nacimiento del hijo en España. Tras interesar que se tuvieran en cuenta otros 112 días como consecuencia del hijo nacido en Francia, en instancia y suplicación se estimó la demanda y se le reconoció el derecho al percibo de la pensión calculada. La **STS 14-06-2016 (Rec. 1733/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4126], confirma dicha sentencia, por considerar que la DA 44ª LGSS –que dispone que *“a los efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo de corresponda”*–, no condiciona el nacimiento del derecho a que el parto se produzca en España, ya que lo que hace la DA 44ª LGSS, es reconocer como días asimilados a cotizados los del parto, sin que delimite los tipos de partos y sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 7 LGSS, y ello por cuanto la DA 44ª LGSS se aplica a quienes no estaban de alta en el sistema de Seguridad Social español al tiempo del parto que se bonifica con el reconocimiento de 112 días de cotización, independientemente del lugar en que se produzca el parto.

##### 4.3.3.2.-Consideración del segundo año de excedencia voluntaria por motivos de conciliación como cotizados

A los efectos de una prestación por incapacidad permanente total, debe considerarse cotizado el segundo año de excedencia voluntaria para el cuidado de menor. Así lo ha considerado la **STS 20-07-2016 (Rec. 568/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3981], en la que se resuelve el problema planteado por una trabajadora que solicitó que se le reconociera que la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total se calculara teniendo en cuenta como cotizados al 100% el promedio de los últimos 6 meses trabajados antes de acceder a la situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, el segundo año de esa situación, así como también al 100% del periodo posterior de reducción de jornada por cuidado de hijos. En instancia y suplicación se estimó su pretensión. La Sala IV, interpretando los arts. 180 LGSS, DT 7ª de la

LO 3/2007, de 22 de marzo y DT 2ª del RD 295/2009, de 6 de marzo, y ante la cuestión de si la mejora de cotización prevista en la LO 3/2007, de 22 de marzo para las futuras prestaciones (las generadas con posterioridad a su entrada en vigor), alcanza a los periodos de disfrute de las situaciones de conciliación anteriores a la entrada en vigor de la norma (24-03-2007), considera, en **STS 20-07-2016 (Rec. 568/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3981], que cuando la DT 7ª apartado 3 LO 3/2007, de 22 de marzo, afirma que *“iguales efectos se aplicarán a la ampliación del periodo que se considere como cotizado”*, ello no refiere a los efectos contemplados en las normas que establecen los nuevos beneficios derivados de la entrada en vigor de la Ley Orgánica, pudiendo extenderse su aplicación a las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley, ahora bien, no existe contradicción con lo que se dispone en la DT 2ª del RD 295/2009, de 6 de marzo, ya que hay que declarar el carácter ultra vires de la disposición reglamentaria, lo que supone la conculcación del principio de jerarquía normativa. En atención a ello, respecto al segundo año de excedencia voluntaria para el cuidado de hijo menor, ha de considerarse periodo de cotización efectiva a los efectos de prestación por incapacidad permanente total, siendo de aplicación la nueva redacción del art. 180.1 LGSS dada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, a las prestaciones causadas a partir de la entrada en vigor de la Ley, sin atenerse a la fecha de inicio de la situación de excedencia. Y a idéntica conclusión llega respecto de que deben computarse al 100% los periodos de reducción de jornada por cuidado de hijos conforme al art. 180.3 LGSS.

#### 4.3.4.-Fecha de efectos

Tras reconocerse a la actora por sentencia de suplicación en situación de incapacidad permanente total, cesando en el trabajo en la fecha de la sentencia, se procede a solicitar ejecución de dicha sentencia pretendiendo la actora que se le abone la pensión desde la fecha del dictamen del EVI hasta la de la sentencia estimatoria de su demanda (más de 2 años), mientras que el INSS abona la pensión desde el día siguiente a la fecha en que se dictó la sentencia de suplicación que reconoció dicho grado incapacitante. El Juzgado despachó ejecución por los atrasos de la pensión desde la fecha del dictamen del EVI, y la sentencia de suplicación la confirmó. La cuestión que plantea en casación para la unificación de doctrina el INSS, es que los efectos económicos de la pensión sólo proceden desde la fecha de cese en el trabajo y no desde que el EVI emite su dictamen, aludiendo a que para reconocer una pensión de incapacidad permanente total se exige que no se desarrolle un trabajo simultáneo e incompatible, por lo que procede el descuento de las cantidades correspondientes a los periodos en que los beneficiarios de una prestación, judicialmente reconocida, realizan una actividad laboral coincidente en el tiempo con la sustanciación de los respectivos procedimientos judiciales en los que se ha obtenido el reconocimiento. La **STS (Pleno) 30-03-3017 (Rec. 3212/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1418], no entra a conocer del fondo de la cuestión, por no apreciar la existencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste, puesto que la recurrida declara procedente la ejecución desde la fecha del dictamen del EVI hasta el momento de dictarse la sentencia que reconoció el grado incapacitante, debate completamente ajeno a la sentencia de contraste que decide que no procede la ejecución desde la fecha

de presentación de la demanda, además de que en la sentencia de contante aparece una incompatibilidad entre incapacidad permanente total y desempleo, mientras que en la sentencia recurrida se está en presencia de un trabajo productivo.

Sí conoce sin embargo la Sala IV de cuándo debe fijarse la fecha de efectos de una incapacidad permanente total reconocida, en un supuesto en que tras ser declarada la actora –que no podía realizar funciones en “primera actividad” pero sí en “segunda actividad”- en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de policía municipal por sentencia de instancia, en que se fijó como fecha de efectos económicos “*al momento en que se dé de baja en el Ayuntamiento*”, solicitó en suplicación que se le reconociera la prestación sin que fuera necesaria su baja, sin perjuicio de la incompatibilidad del percibo de la pensión con la permanencia en “primera actividad”, lo que se desestimó. En casación planteó cuál era la fecha de efectos de una incapacidad permanente total reconocida a quien se hallaba realizando funciones de segunda actividad. La **STS (Pleno) 26-04-2017 (Rec. 3050/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2141] –sentencia que contiene Voto particular discrepante de 3 Magistrados- tras explicar que existen determinadas profesiones que puesto que su desempeño exige que los trabajadores ostenten determinadas condiciones psico-físicas, sus reglamentaciones prevén el establecimiento de una situación especial de “segunda actividad” -actividades necesarias para la viabilidad de los servicios pero con exigencias psico-físicas menores-. Aclarado esto, da un repaso a la jurisprudencia que podría tener incidencia en la cuestión: 1) Policías locales, respecto de los que se discutió qué funciones debían valorarse a efectos del reconocimiento de una incapacidad permanente, si las de “segunda actividad” o todas la funciones que comprenden la profesión (optando por esta última solución); o 2) Bomberos, respecto de las que se denegó la revisión de la incapacidad permanente total que tenían reconocida cuando pasaban a desempeñar funciones de “segunda actividad”. En relación con la cuestión planteada –fecha de efectos de la incapacidad permanente total cuando se siguen prestando servicios en “segunda actividad”-, la sentencia concluye: 1) Que existe una absoluta incompatibilidad entre prestación de incapacidad permanente total y desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad; 2) En supuestos en que se accede a la pensión desde la situación de activo laboral, la fecha de efectos económicos coincide con la del cese efectivo en el trabajo, tanto si es a causa de enfermedad profesional como si se trata de enfermedad común, puesto que existe incompatibilidad entre prestación y salario; 3) Dado que en el supuesto examinado se reconoce una incapacidad permanente total para la profesión habitual de policía local, debe examinarse si las funciones de “segunda actividad” integran la profesión de policía local conforme a la norma autonómica (en el supuesto examinado Ley de la Comunidad Autónoma Valenciana 6/1999, de 19 de abril, que desarrolla el Decreto 19/2003, de 4 de marzo, por el que se regula la Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana); 4) Conforme a dicha norma, extrapolable al resto de Comunidades Autónomas, la “segunda actividad” es una “nueva situación administrativa o una situación “especial”, incluida en el servicio activo del cuerpo de policía local, puesto que no se encuadra en ninguna de las situaciones especiales que prevé el art. 85 EBEP;

5) Siendo así que la segunda actividad se desarrolla en servicio activo y que existe incompatibilidad entre trabajo y pensión, existiría incompatibilidad entre segunda actividad y pensión; 6) Dicha conclusión se extrae conforme a la normativa aplicable (Ley 27/2011, de 1 de agosto, vigente a la fecha del hecho causante), pero también se extraería conforme al art. 141.1 LGSS/1994 tras su modificación por dicha norma –que refiere a que existe compatibilidad entre pensión y salario “*siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total*”-, y ello por cuanto se mantiene la definición de incapacidad permanente total del art. 137 LGSS, sin que pueda establecerse una distinción para su reconocimiento y para la compatibilidad entre salario y desempeño de concretas funciones por determinados colectivos (art. 141 LGSS). En atención a todo ello, considera que la fecha de efectos de la incapacidad permanente total debe fijarse en la del cese en las funciones de policía local siquiera sea en “segunda actividad”.

#### 4.3.5.-Incapacidad permanente total cualificada: RETA

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 después de ser 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 no ostentara la titularidad del establecimiento mercantil que regentaba con anterioridad. La Sala IV, en STS 15-07-2015 (Rec. 2204/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3962], confirma dicha sentencia y deniega el incremento, por entender que según el art. 38.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, 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. Pues bien, en idéntico sentido se pronuncia la **STS 05-07-2016 (Rec. 379/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4395] –creando jurisprudencia-, en que al demandante se le reconoció una incapacidad permanente total para su profesión habitual de autónomo agrícola del RETA, y en la que se solicitaba el incremento del 20% previsto para mayores de 55 años, que se le denegó por ser propietario de varias fincas agrícolas que arrendó a sus hijos por 5 años y a cambio del 10% de la cosecha o 2.250 euros anuales, además de la subvención íntegra que percibe a cargo del Programa de Política Agrícola Común (PAC), entendiéndolo la Sala, por idénticos argumentos, que no procede reconocer el incremento.

Siguiendo lo dispuesto en las mismas, en **STS 16-02-2017 (Rec. 2535/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1010], se reconoce el derecho del actor, albañil del RETA, en situación de incapacidad permanente total sin reconocimiento del derecho al incremento del 20% previsto para mayores de 55 años, que le había sido reconocido en instancia y suplicación en cuyas sentencias se argumentó que corresponde al INSS probar que no se cumplen las exigencias previstas en el art. 38.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, en redacción dada por RD 463/2003, de 29 de abril, en relación a que no se 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. Entiende la Sala que es el interesado el que debe justificar la concurrencia de los requisitos normativamente exigidos para obtener el incremento del 20% de la prestación, en particular, que abandonó la titularidad del establecimiento mercantil en que desempeñaba su actividad como trabajador autónomo.

#### 4.3.6.-Indemnización por incapacidad permanente total: plazo para solicitar su abono

Ante la cuestión de si procede que la aseguradora abone la cantidad que aparecía en una póliza de seguro que cubría la incapacidad permanente total cuando se comunica el siniestro superado el plazo que aparece en la póliza, la Sala IV, en STS 18-02-2016 (Rec. 3136/2014) [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), concluyó 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 supuesto analizado 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), no procede que la aseguradora responda del riesgo. Dicha doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en **STS 25-04-2017 (Rec. 848/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1736], en que igualmente se comunicó el accidente superado el plazo establecido en la póliza.

#### 4.4.-Incapacidad permanente absoluta

##### 4.4.1.-Fecha de efectos en el RETA

Siguiendo lo dispuesto en **STS 04-05-2016 (Rec. 1848/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2226], en que se fijó la fecha de efectos de la incapacidad permanente total en la fecha en que se emite el dictamen del EVI y no en la fecha de baja en el RETA, se pronuncia la **STS 22-06-2016 (Rec. 353/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3863], en la que se fijan los efectos en la fecha del hecho causante en la fecha de dictamen del EVI, al no constar acreditado que a partir del mismo continuó de alta en el RETA sin que realizara trabajo alguno.

Por su parte, la **STS 21-07-2016 (Rec. 3885/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4031] se indica que tiene que ser el INSS quien acredite que a pesar de que el dictamen del EVI, y de que existe presunción a favor del reconocimiento en situación de incapacidad permanente supone una imposibilidad de que la persona se encontraba incapacitada para desempeñar su actividad habitual, debe ser la entidad gestora quien acredite que obtuvo rentas suficientes para considerarlas incompatibles con la prestación postulada, puesto que puede conseguir con facilidad dichos datos a través de los datos fiscales de la beneficiaria.

#### 4.4.2.-Asimilación al alta: perceptores de prestaciones no contributivas

El demandante, que padecía retraso mental y pérdida casi total de vista, motivo por el que se le reconoció un grado de discapacidad del 79% y pensión de invalidez no contributiva, solicitó ser reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta, entendiendo que debía ser considerado en situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, por lo que el periodo de carencia exigible sería el del art. 138.2 b) LGSS –que reúne- y no el de 15 años del art. 138.3 LGSS. La Sala IV, en **STS 10-11-2016 (Rec. 901/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5208], siguiendo lo dispuesto en las SSTs 22-01-2013 (Rec. 1008/2012) [ECLI:ES:TS:2013:411] y 05-05-2014 (Rec. 2678/2013) [ECLI:ES:TS:2014:2144], reconoce el derecho a la prestación, considerando que los perceptores de prestaciones no contributivas se encuentran en situación asimilada al alta a efectos de reunir el requisito de estar en situación asimilada al alta para causar pensiones de invalidez permanente, jubilación, muerte y supervivencia. El argumento es que: 1) La propia concesión de una invalidez no contributiva supone acreditación de una grave enfermedad y el apartamiento del mundo del trabajo de la persona que la percibe con la consiguiente imposibilidad de cotizar; 2) A las situaciones de invalidez no contributiva debe aplicarse la doctrina de asimilación al alta; 3) No sería lógico hacer de peor condición a los inválidos no contributivos que a quienes perciben auxilios económicos de asistencia social de carácter periódico a los que el art. 9 de la Orden 31-07-1972 considerada en situación asimilada al alta sin más requisitos; 4) Nuestro ordenamiento jurídico no obliga a que los perceptores de invalidez no contributiva tengan que estar inscritos como demandantes de empleo para ser considerados en situación asimilada al alta

#### 4.5.-Gran invalidez

##### 4.5.1.-Reconocimiento cuando se comienza la prestación de servicios necesitando ayuda de tercera persona

El actor, agente vendedor de cupón de la ONCE, con anterioridad a su alta presentaba patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona. Con posterioridad, fue reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta al sufrir un traumatismo que le impidió realizar el trabajo que venía desempeñando y que agravó sus dolencias. Reclama el actor el reconocimiento en situación de gran invalidez, que le fue denegada en instancia y suplicación. La **STS 19-07-2016 (Rec. 3907/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4006], confirma dicha sentencia, por entender que conforme al art. 136.1 LGSS, las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o que se hayan producido antes de la afiliación o alta del trabajador, no pueden ser tomadas en consideración a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente, pudiendo tenerse en cuenta sólo cuando exista una agravación, lo que se realiza por comparación con la capacidad laboral no de un trabajador ordinario sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En atención a ello, considera la Sala IV que puesto que el actor presentaba con anterioridad al ingreso en el mundo laboral una situación

clínica que exigía la ayuda de tercera persona, ello no puede ser tenido en cuenta a efectos de la configuración de una nueva situación protegida, por lo que, teniendo dolencias que en el momento de su inserción en el mercado laboral ya suponían la necesidad de ayuda de tercera persona, las agravaciones no pueden tener incidencia para el reconocimiento en situación de gran invalidez.

#### 4.5.2.-Cálculo del complemento

El trabajador, reconocido en situación de incapacidad permanente total (primero) y absoluta (después), solicitó el reconocimiento en situación de gran invalidez, pretensión estimada en instancia y suplicación en que se condenó al INSS a abonar la prestación reconocida incrementada con el complemento correspondiente, resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 de la última base de cotización. Disconforme con el cálculo de la prestación de gran invalidez, recurre en casación para la unificación de doctrina el INSS, por considerar que de una interpretación conjunta del art. 138.4 LGSS y DF 3ª y 6ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se deduce que la cuantía de la prestación, aunque su hecho causante sea posterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, debe calcularse conforme a la legislación anterior a dicha Ley, siempre que provenga de un proceso de incapacidad temporal iniciado con anterioridad a su vigencia. La Sala IV confirma la sentencia de suplicación en **STS 25-10-2016 (Rec. 2300/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4926], por cuanto, ante la cuestión de cómo debe calcularse la prestación de gran invalidez en un supuesto en que ésta se reconoció por la vía de revisión de grado estando ya vigente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, entiende que debe calcularse conforme a los criterios fijados en la nueva norma, y ello por cuanto: 1) La gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, por lo que puede existir reconocimiento inicial o por agravación de un grado anterior; 2) La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó el art. 139.4 LGSS, y conforme a su DF 3ª, las modificaciones sólo serán de aplicación en relación a hechos causantes producidos a partir de entrada en vigor de la misma; 3) Como la cuestión debatida es determinar el momento en que se produce el hecho causante en supuestos en que se revisa el grado de incapacidad permanente antes de la modificación del art. 139.4 LGSS, dictándose la resolución administrativa con posterioridad, debe tenerse en cuenta la normativa vigente en el momento en que se dicta la resolución administrativa de reconocimiento

#### 4.5.3.-Cómputo de la cuantía del complemento a efectos del cálculo de la cuantía para el acceso al recurso de suplicación

La Sala IV resuelve, en **STS 01-12-2016 (Rec. 1351/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5448], sobre cómo debe calcularse la cuantía en los procesos de Seguridad Social a efectos de determinar que existe competencia por razón de la cuantía a efectos de acceso al recurso de suplicación, y en particular, resuelve sobre si es computable o no el complemento del 50% de la pensión que se percibe en supuestos de gran invalidez, considerando que a efectos de determinar la cuantía hay que estar a la diferencia de base reguladora reclamada en cómputo anual, si bien teniendo en cuenta el

incremento, por lo que, como en el supuesto examinado, computándose dicho incremento no se superan los 3000 euros, no procede recurso de suplicación.

## 5.-GRADO DE DISCAPACIDAD

### 5.1.-Porcentaje cuando se acumulan dolencias

El trabajador, que tenía reconocido un grado de discapacidad del 59%, solicitó que se le reconociera un grado de discapacidad superior que le fue denegado en instancia, cuya sentencia se revocó en suplicación para reconocer al actor un grado de discapacidad del 71%, tras añadir nuevas dolencias y calcular el porcentaje final sumando los distintos porcentajes atribuidos a cada dolencia. La **STS 04-04-2017 (Rec. 2227/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1554], ante la cuestión de cómo tiene que calcularse el grado de discapacidad cuando se padecen distintas dolencias, si sumando el porcentaje atribuido a cada una de ellas o acudiendo a la tabla de valores combinados del Anexo I RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, casa y anula la sentencia de suplicación y reconoce un grado de discapacidad del 68%, por entender que la segunda opción es la válida, y ello siguiendo lo dispuesto en las STS 17-12-2004 (Rec. 753/2004) [ECLI:ES:TS:2004:8208] y 28-01-2010 (Rec. 1523/2009) [ECLI:ES:TS:2010:622], en que se determinó que para concretar el grado de discapacidad hay que aplicar el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, en cuyo Anexo I se detallan los porcentajes a aplicar a cada una de las dolencias que se catalogan, especificándose en el capítulo 1 que *“cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona –incluidas en las clases II a V–podrán combinarse los porcentajes, utilizando para ello la tabla de valores que aparece al final de este anexo, dado que se considera que las consecuencias de esas deficiencias pueden potenciarse, produciendo una mayor interferencia en la realización de las A.V.D. y, por tanto, un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellos por separados”*, de forma que cuando el solicitante acredita dolencias distintas, el porcentaje final de discapacidad no se obtiene por una mera suma aritmética de aquéllos, sino a través de la tabla de valores combinados del Anexo I

### 5.2.-Deficiencias visuales

La Sala IV, en **STS 05-04-2017 (Rec. 2772/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1732] y **STS 30-05-2017 (Rec. 125/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2447], tiene que resolver qué grado de discapacidad hay que reconocer a quien presenta pérdida total de visión de un ojo pero mantiene la visión íntegra en el otro, y en particular, si debe aplicarse el 100% por los déficits de agudeza visual (AV) y campo visual (CV) respecto del ojo con el que no se ve, aplicando de una sola vez la tabla 1 del Capítulo del Anexo 1 A) RD 1971/1999 de 23 de diciembre, o si hay que trasladar a la tabla 1 el porcentaje de deficiencia del 100% por déficit de AV del ojo por el que no se ve, volviendo a aplicar por segunda vez esa misma tabla con base a deficiencia visual del 100% respecto del CV del ojo por el que no se ve, y aplicar la tabla de valores combinados del final del Anexo 1 A). Para resolver el problema, comienza haciendo referencia a la estructura interna y contenido del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, señalando que: 1)

La valoración ha de hacerse conforme a los baremos que se incluyen en el RD como anexos I y II a que refiere el art. 2 RD 1971/1999; 2) El Anexo I está integrado por dos anexos distintos: A) El que contiene los baremos de valoración de todas las posibles lesiones y dolencias; B) El que regula el baremo de factores sociales complementarios que deben adicionarse al grado de discapacidad resultante del anexo 1 A), siempre que la aplicación de este último ofrezca un resultado no inferior al 25%; 3) El Anexo I A) contiene 16 capítulos con reglas generales y normas para la calificación de deficiencias y discapacidades para cada uno de los aparatos y sistemas del cuerpo humano, ofreciéndose al final una tabla de valores combinados que debe utilizarse siguiendo las indicaciones especificadas en cada uno de los capítulos; 4) En el Anexo I A), las deficiencias visuales se contemplan en el capítulo 12, en el que se establece que las variables a tener en cuenta son la AV y el CV, pudiendo referirse a un solo ojo o a los dos ojos, determinándose la valoración conforme a una serie de reglas: A) En primer lugar, se establecen seis reglas numeradas en que se describen y ofrecen ejemplos sobre la forma de valorar la disminución de la visión que genera la pérdida de AV y/o de CV; B) En segundo lugar, se incluyen 4 cuadros, el primero relativo a la pérdida de AV y los tres restantes a la pérdida de CV, teniendo por finalidad calcular la deficiencia visual atribuible a cada uno de los ojos; C) En tercer lugar, se contienen dos tablas: la tabla 1 para determinar la “deficiencia visual binocular” mediante la combinación del porcentaje de deficiencia obtenido en la aplicación de los cuadros para cada uno de los ojos mediante la denominación de “ojo mejor” y “ojo peor”, y la tabla 2 que convierte en porcentaje de discapacidad la deficiencia visual resultante de la aplicación de la tabla 1; 5) La deficiencia visual a tener en cuenta es la generada por el menoscabo total de capacidad de visión binocular que se deriva de la combinada aplicación de la deficiencia visual previamente establecida para cada uno de los ojos, que no de la simple suma del porcentaje de deficiencia de cada uno de ellos aisladamente considerados.

Partiendo de dichas reglas, y trasladándolas al supuesto examinado, la Sala IV concluye, respecto de la forma en que se tiene que calcular el grado de discapacidad, que: 1) Deben combinarse los valores atribuibles a la pérdida de la capacidad visual de cada uno de los ojos en función del porcentaje de deficiencia del “ojo peor” y del “ojo mejor”, para lo que será necesario establecer conforme a la tabla 1 el porcentaje de deficiencia de la visión que corresponda a cada uno de los ojos conforme a los cuadros que constan en la misma y con valores que van de 0% a 100%, y una vez obtenida la deficiencia visual total y binocular, debe acudir a la Tabla 2 para la conversión en un porcentaje de discapacidad que irá desde el 0% al 75%. En definitiva, considera la Sala que la forma de hacer el cálculo es aplicando de una sola vez la tabla 1 del Capítulo del Anexo 1 A) RD 1971/1999 de 23 de diciembre, de forma que *“de lo que se trata es de obtener en primer lugar el valor absoluto del porcentaje de deficiencia visual que debe atribuirse a cada uno de los ojos para luego trasladarlo a la tabla 1, teniendo en cuenta que esa deficiencia unocular puede tener su origen exclusivamente en un déficit de A, o de manera exclusiva en una pérdida de CV- que puede existir con AV normal-, pero también puede ser debida a la concurrencia en un mismo ojo de una pérdida de AV a la vez que de CV”*, si el resultado ya conlleva una deficiencia de visión

uniocular del 100%, éste es el valor a trasladar a la tabla 1 para combinarlo con el valor resultante para el ojo mejor, pero no puede aplicarse para el mismo ojo la tabla 1 con atribución de deficiencia de visión del 100% por disminución de AV –primero- y por disminución de CV –segundo-. Añade la Sala que en el caso de que el déficit de AV o CV que pudiera afectar a cada ojo no llegara al porcentaje del 100% de deficiencia visual, puede adicionarse el resultado de uno y otro en la forma prevista en el apartado 2.2.1, y lo mismo acontece en el supuesto de que ambos ojos presenten merma de AV y CV.

## 6.-DESEMPLEO

### 6.1.-Nivel contributivo

#### 6.1.1.-Sujetos con derecho a prestación: trabajadores extranjeros

Ante la cuestión de si los trabajadores extranjeros que han prestado servicios en una empresa sin permiso de residencia ni de trabajo, que posteriormente obtienen por lo que la empresa ya suscribe contrato de trabajo, siendo despidos improcedentemente con posterioridad, tienen derecho a que le sea reconocida la prestación por desempleo tomando como periodo de ocupación cotizada sólo el tiempo en que tuvieron permiso de residencia y trabajo, o también el periodo en que prestaron servicios sin dicho permiso de residencia y trabajo, las **SSTS (Pleno) 31-01-2017 (Rec. 1153/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:656] –sentencia que contiene Voto particular discrepante- y **31-01-2017 (Rec. 3345/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:650], entienden que conforme a los arts. 203.1, 209.1 207.1 c) y 231.1 h) LGSS, no tiene derecho a la prestación por desempleo el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación irregular, lo que se corrobora por lo dispuesto en el art. 36.5 LOEx, lo que en ningún caso implica que el empleador no pueda incurrir en responsabilidad civil de carácter resarcitorio y naturaleza contractual. La razón es que conforme a dichos preceptos no es posible tener en cuenta el periodo de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, puesto que sólo los extranjeros residentes que reúnen los requisitos previstos en la normativa de extranjería, tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, y acceder al sistema de Seguridad Social, al menos en relación con las prestaciones por desempleo.

#### 6.1.2.-Cálculo de la prestación

La trabajadora prestó servicios para la empresa con una relación indefinida a tiempo parcial, solicitando prestación por desempleo a su extinción que le fue reconocida por 420 días de duración sobre una actividad a tiempo parcial de 3 días semanales (60% de la jornada normal), conforme a una base reguladora calculada conforme al promedio de lo cotizado en los últimos 180 días de trabajo, todos ellos a tiempo parcial. Presenta demanda la actora en que solicitaba el reconocimiento completo de los días de trabajo teóricos, no los correspondientes a la actividad a tiempo parcial aplicados por el Servicio Público de Empleo (SPEE), lo que conllevaría el derecho a una prestación de 720 días, y la eliminación del porcentaje reductor por parcialidad aplicado del

60%. Dicha pretensión fue desestimada en instancia, la Sala de suplicación revocó la sentencia de instancia para reconocer el derecho de la actora a percibir la prestación sin aplicación el referido porcentaje de reducción. La Sala IV, en **STS 27-12-2016 (Rec. 3132/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5745], revoca la sentencia de suplicación y argumenta que a efectos de determinar el importe de la prestación contributiva, deben seguirse los siguientes pasos: 1) El primero es conocer el alcance de la prestación contributiva por desempleo total (no parcial), lo que viene dado por el establecimiento del tiempo de su duración, aplicándose para ello la escala del art. 210.1 LGSS; 2) Después hay que calcular el importe de la base reguladora de la prestación conforme al art. 211.1 LGSS, obteniendo el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días; 3) Después hay que establecer el importe de la prestación conforme al art. 211.2 LGSS, que determina que *“la cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por 100 durante los ciento ochenta primeros días y el 50 por 100 a partir del día ciento ochenta y uno”*, sin que el precepto incluya ningún elemento de reducción como consecuencia de la prestación de servicios a tiempo parcial, 4) También habría de tenerse en cuenta para el cálculo del importe los topes máximos y mínimos del art. 211.3 LGS; 5) Desde la reforma incorporada por el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, se determina 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 determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas 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”*, lo que supone que en los casos de contratos a tiempo parcial o mixtos, habrá que establecer el índice de temporalidad de los últimos 180 días trabajados para proyectarlos únicamente sobre el cálculo del IPREM aplicable, y después observar si se rebasan los topes previstos en los párrafos anteriores, sin que se aplique ese índice sobre la base reguladora.

6.1.3.-Supuestos de mantenimiento, suspensión y extinción de la prestación

6.1.3.1.-Incompatibilidad entre trabajo y prestación

En **STS 14-06-2016 (Rec. 2349/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3226], y como consecuencia de la visita girada por la Inspección de Trabajo a la empresa, se detectó que la actora, perceptora de prestaciones por desempleo, se encontraba trabajando en un restaurante sin estar dada de alta ni a tiempo completo ni a tiempo parcial, diciendo que había comenzado a prestar servicios ese mismo día. Como consecuencia de ello, se procedió a extinguir la prestación por desempleo y reclamar como indebida ésta, por lo que presentó demanda solicitando que no se le extinguiera la prestación ni se le reclamaran las prestaciones indebidas, que fue estimada en instancia y desestimada en suplicación. La Sala IV, ante la cuestión de si debe extinguirse la prestación por incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo a tiempo parcial (art. 26.2 LISOS), o si debe reducirse el importe de la prestación proporcionalmente

al tiempo de trabajo a tiempo parcial desarrollado, en **STS 14-06-2016 (Rec. 2349/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3226], siguiendo lo dispuesto en las STS (Pleno) 13-05-2015 (Rec. 2785/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3089], y STS 29-07-2015 (Rec. 2788/2014) [ECLI:ES:TS:2015:4355], entiende que procede la extinción, ya que el que el SPEE no tenga conocimiento de la efectiva realización de servicios por cuenta ajena, aunque fuera a tiempo parcial, de quien percibe prestación por desempleo, constituye una infracción grave del art. 25.3 LISOS, sancionable con la extinción del art. 47.1 b) LISOS

#### 6.1.3.2.-Salida del territorio sin comunicación a la Entidad Gestora

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 (Rec. 4325/2011) [ECLI:ES:TS:2012:7817] cuya doctrina se reiteró, creando jurisprudencia, en STS 23-10-2012 (Rec. 3229/2011) [ECLI:ES:TS:2012:8622] y otras muchas posteriores. La consolidada jurisprudencia aclaró: 1) En relación con el concepto de traslado de residencia al extranjero que como causa de extinción de la prestación se contempla en el art. 213.1 g) LGSS, que si bien no se ha establecido una línea divisoria por el legislador de Seguridad Social entre estancia y residencia, de una interpretación sistemática del art. 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y art. 64.1 c) Reglamento Comunitario 883/2004, que determina que la residencia temporal se distingue de la estancia empezando a partir de los 90 días de permanencia, a ello habrá de estarse; 2) En relación con la obligación de comunicación de las ausencias del territorio español, ésta debe realizarse ex ante (para salida programada) o ex post (en caso de circunstancias sobrevenidas), produciéndose una suspensión o pérdida temporal del derecho a la prestación de desempleo correspondiente a los días de estancia en el extranjero no comunicada; 3) En relación a la posibilidad de mantener la prestación por desempleo durante el periodo de 15 días de estancia en el extranjero previsto en el art. 6.3 RD 625/1985, de 2 de abril, si ésta ha sido puntualmente comunicada a la entidad gestora, no supone ni suspensión ni extinción de la prestación por desempleo, ya que se trata de un supuesto equiparable a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado, que permite la conciliación de la vida personal y profesional del beneficiario de la prestación. En definitiva, entiende la Sala IV que se mantendrá la prestación por desempleo en supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días al año, por una sola vez, y cuando el desplazamiento se haya comunicado en tiempo oportuno, por el contrario se extinguirá en supuestos de desplazamiento al extranjero por más de 90 días que según la legislación de extranjería supone el paso de la estancia a la residencia temporal, y por último, la prestación se suspenderá en los supuestos previstos en el art. 6.3 RD 625/1985, de 2 de abril, o cuando se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora pero con causa.

Pues bien, en STS (Pleno), 21-04-2015 (Rec. 3266/2013) [ECLI:ES:TS:2015:2114], seguida por otros muchas posteriores, y en el periodo analizado por **SSTS 07-06-2016 (Rec. 2183/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2927],

**25-10-2016 (Rec. 1633/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4967], **14-03-2017 (Rec. 3871/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1267] y **06-04-2017 (Rec. 4201/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1745], se volvió 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 considera que la jurisprudencia anteriormente mencionada, que se dictó antes de la promulgación del RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto, también es de aplicación en supuestos acontecidos después, debiendo ser de aplicación la misma incluso cuando la entidad gestora lo que hace es extinguir el derecho aplicando una norma no invocada entonces, cual es el art. 25.3 LISOS. Fundamenta esta decisión la Sala IV 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.

#### 6.1.3.3.-Extinción por incomparecencia a requerimiento de la Entidad Gestora: notificación por edictos

Al actor, que tenía reconocida prestación por desempleo, se le comunicó la extinción de la prestación y se le reclamaron prestaciones indebidas, por no comunicación de una situación de suspensión o extinción del derecho, habiéndose intentado la comunicación de dicha resolución en un primer intento, y en un segundo intento 14 días después, constando en ambos firma del empelado de Correos haciendo constar “ausencia de reparto”. El actor solicitó se le desbloqueara el desempleo, por considerar que no se le había notificado la resolución de propuesta de extinción de prestaciones, pretensión

desestimada en instancia y suplicación, por considerarse que el segundo intento de notificación cumplió las exigencias del art. 59.2 LRJAPYPAC y art. 41.1 RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, superado los 3 días desde el primer intento. Ante la cuestión de si cuando se intenta la notificación mediante el servicio de correos en dos ocasiones, sin éxito, debe notificarse por edictos conforme a lo dispuesto en el art. 59.5 de la LRJAPYPAC, la **STS 12-01-2017 (Rec. 3433/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:804] casa y anula la sentencia de suplicación para estimar la demanda, por considerar que si bien la notificación de propuesta de extinción de la prestación por desempleo se intentó infructuosamente en el domicilio del actor en dos ocasiones cumpliendo las exigencias del art. 42 RD 1829/1999, de 3 de diciembre, no se cumplió la exigencia del art. 59.2 LRJAPYPAC, norma jerárquica superior, que exige la citación en el Boletín Oficial si falta la domiciliaria cuando *“intentada la notificación, no se hubiese podido practicar”*, lo que conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, supone una mayor garantía jurídica del afectado por la resolución administrativa que le resulta perjudicial. Como consecuencia de la ausencia de dicha formalidad, entiende que se ha ocasionado indefensión a la parte, que no pudo realizar alegaciones, por lo que la resolución de extinción de la prestación es nula y debe dejarse sin efecto.

#### 6.1.3.4.-Reclamación administrativa previa frente a resolución de extinción: plazo de caducidad

Al actor se le extinguió el derecho a la prestación de desempleo y se le reclamaron prestaciones indebidas, como consecuencia de la salida del territorio sin comunicación a la entidad gestora en aplicación de lo dispuesto en el art. 25.3 LISOS, sin que éste presentara reclamación previa en el plazo previsto en el art. 71 LRJS, no siendo hasta que se le reclaman las prestaciones indebidas cuando se presenta demanda (2 años después) para que se deje sin efecto dicha reclamación. En instancia se deja sin efecto la resolución administrativa, sentencia confirmada en suplicación, por entender la Sala que la reclamación interpuesta de forma tardía no impide el ejercicio de la acción posterior, debiendo suspenderse la prestación y no extinguirse. La **STS 05-04-2017 (Rec. 1219/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1729], casa y anula la sentencia de suplicación para desestimar la demanda, teniendo en cuenta que: 1) Cuando la extinción o suspensión se realiza desde una perspectiva puramente prestacional de la dinámica del derecho (salida del territorio con comunicación a la Entidad Gestora), es de aplicación la regla del art. 71.4 LRJS, puesto que se estaría ante la modificación de los términos en que inicialmente se reconoció la prestación; 2) Cuando la extinción o suspensión se realizada dese una perspectiva sancionadora (no comunicar la salida a la Entidad Gestora), es decir, por incurrir el beneficiario en una falta que pueda aparejar la sanción de suspensión o extinción, el beneficiario podrá rehabilitar la reclamación previa caducada en tanto no haya prescrito su derecho, instando la revisión de la resolución que inicialmente no hubiere impugnado en plazo, no resultando de aplicación el art. 71.4 LRJS. En el presente supuesto, la Sala entiende que la resolución se dicta desde una perspectiva sancionadora, por lo que no es de aplicación lo dispuesto en el art. 71.4 LRJS,

que supone “una excepción al régimen común administrativo”, habiendo quedado firme la resolución.

#### 6.1.4.-Reposición de prestaciones

6.1.4.1.-En supuestos de extinción de la relación laboral por no acogerse el trabajador a medidas de movilidad geográfica

Siguiendo lo dispuesto en STS 18-05-2016 (Rec. 2919/2014), en las **STS 24-01-2017 (Rec. 38/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:797] y **STS 18-05-2016 (Rec. 2919/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2913], se 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 autoriza 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. La solución adoptada es que procede la reposición, ya que aunque la extinción contractual no se articula por los cauces del art. 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”.

6.1.4.2.-Necesidad de que suspensión y extinción se produzca en periodo contemplado normativamente

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. Puesto que la empresa seguía en una situación económica negativa, el trabajador fue despedido en el marco de un 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 (Rec.**

**439/2015)** [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 01-01-2013. 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 respecto de la reposición de 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 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 (Rec. 552/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:2218].

Siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, en **STS 23-02-2016 (Rec. 762/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:952], 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, debiéndose haber 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.

A idéntica conclusión se llega en **STS 05-07-2016 (Rec. 1851/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3408], en supuestos de ERTES acontecidos en 2009, 2010 y 2011, habiéndose extinguido el contrato en febrero de 2012, fallándose en el sentido de que no puede alcanzarse la reposición de prestaciones consumidas en periodos anteriores a los que refiere la norma de aplicación (en el supuesto RD-Ley 1/2013, de 25 de enero).

Dicha jurisprudencia se recapitula como consecuencia de un supuesto en que el actor percibió prestaciones por desempleo por los expedientes de regulación temporal de empleo de 2013 y 2014, cesando en la empresa como consecuencia de un despido colectivo por Auto de 04-05-2014. Tras solicitar nuevamente prestaciones por desempleo, las mismas le fueron reconocidas reponiéndole las prestaciones por desempleo percibidas en 2013, pero no las percibidas en 2014. Reclama precisamente que se le repongan dichas prestaciones, pretensión desestimada en instancia y suplicación. La Sala IV en **STS 01-02-2017 (Rec. 517/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1116] reconoce las prestaciones aplicando lo dispuesto en el art. 3 RD Ley 1/2013, de 25 de enero, que prorroga el programa de recualificación profesional, sin que la norma haya fijado un criterio restrictivo en virtud del cual la ejecución de la medida haya tenido que expirar antes de dicha fecha, por lo que el SPEE no puede imponer un criterio restrictivo cuando la norma se limita a establecer que la suspensión del contrato o reducción de jornada se produzca antes del 01-01-2014. Profundiza en su argumentación la Sala, señalando que conforme a la normativa anterior al RDL 3/2012 de 10 de febrero, se obligaba a que la resolución administrativa que autorizaba la suspensión o reducción de jornada se produjera entre el 01-10-2008 y el 31-12-2009, ambos inclusive, y el despido o resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produjera entre la fecha de entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 y el 31-12-2011; conforme a lo dispuesto en el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, las suspensiones o reducciones de jornada debían producirse entre el 01-01-2012 y el 31-12-2012 ambos inclusive, y el despido entre la entrada en vigor de la norma y el 31-12-2013, sin que se mantenga la referencia a la “*resolución administrativa o judicial que autorice la extinción*”, y ello como consecuencia de la supresión de la intervención de la autoridad laboral en los despidos colectivos, y que no afecta a la extensión de la prestaciones y menos cuando la última norma en vigor, el RDL 1/2013, de 25 de enero, está contemplado la posibilidad de la reposición cuando el hecho causante de la extinción pueda producirse en fecha comprendida a lo largo de un periodo de tiempo que finaliza el 31-12-2014, por lo que, en atención a ello, procede la reposición de prestaciones por desempleo.

Por su parte, en **STS 02-12-2016 (Rec. 959/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5691], no se reconoce el derecho a reposición de prestaciones en un supuesto en que se consumieron prestaciones por ERTES de 2009 y 2010, extinguiéndose la relación laboral en 2013, por cuanto no coinciden las fechas señaladas en el RD-Ley 1/2013, de 25 de enero, de aplicación al supuesto examinado.

Siendo clara la jurisprudencia que determina que sólo procede reponer las prestaciones por desempleo cuando coincidan las fechas en que se produjeron las suspensiones/extinciones conforme a la normativa aplicable al supuesto enjuiciado, ello delimita la posibilidad de acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que se apreciará falta de contradicción cuando las fechas de suspensión/extinción sean distintas o las normas aplicables sean igualmente diferentes.

Así ha acontecido en la **STS 19-01-2017 (Rec. 595/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:636], en que se solicitaba la reposición de prestaciones por desempleo por quien las percibió como consecuencia de ERTES de 2009, 2010 y 2011, extinguiéndose el contrato de trabajo el 31-03-2013, ya que en la

sentencia de contraste la extinción del contrato se extinguió el 02-01-2013, en virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil. Por su parte, en **STS 10-01-2017 (Rec. 220/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:527], tampoco se aprecia contradicción y por lo tanto no se entra a conocer del fondo de la cuestión relativa a si procede reponer las prestaciones por desempleo, teniendo en cuenta que el actor percibió éstas como consecuencia de ERTES anteriores a 2012, extinguiéndose el contrato de trabajo en el año 2013, ya que en la sentencia de contraste la extinción de los contratos se produjo por Auto del Juzgado de lo Mercantil en el seno de un procedimiento concursal de 02-01-2013, existiendo un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores de 27-12-2012, mientras que en la sentencia recurrida, el 14-03-2013 se acordó la extinción colectiva, teniendo lugar el despido el 18-04-2013, de ahí que en la sentencia recurrida se entienda que procede la reposición por ser de aplicación el RD Ley 1/2013, de 25 de enero, mientras que en la sentencia de contraste se aplica lo dispuesto en la Ley 3/2012, de 6 de julio. Y en **SSTS 03-03-2016 (Rec. 127/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:1266], y **31-05-2017 (Rec. 4250/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2331], la Sala IV no aprecia contradicción con la sentencia invocada de contraste a pesar de que ambas tenían similitudes (existieron ERTES anteriores a 2012 y el contrato de trabajo se extingue en el año 2013), por cuanto en la sentencia recurrida el Auto del Juzgado de lo Mercantil por el que se extinguió el contrato es de 02-01-2013, mientras que el despido colectivo de la sentencia de contraste se produjo el 31-03-2013, lo que hace que en la sentencia recurrida se aplique lo previsto en el art. 16.1 a) Ley 3/2012, de 6 de julio (que determina que si el despido se produce entre el 01-01-2012 y el 31-12-2013, y se han consumido las prestaciones de desempleo en virtud de ERTE entre el 01-01-2012 y el 1-12-2012, procede la reposición), por lo que si se hubiera dictado el Auto 2 días, antes procedería reponer las prestaciones, ya que los ERTES tuvieron lugar en los años 2010 y 2011, mientras que en la sentencia de contraste el despido colectivo se produjo 3 meses después de la fecha límite establecida en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, reformada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, para la reposición de las prestaciones por desempleo percibidas los años 2010 y 2011. En idénticos términos se pronuncia la **STS 10-01-2017 (Rec. 850/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:562], que no aprecia la existencia de contradicción, en un supuesto en que las prestaciones se consumieron como consecuencia de ERTES de 2008 y 2010, produciéndose la extinción de la relación laboral en 2013, e invocándose idéntica sentencia de contraste.

#### 6.1.5.-Modalidad de pago único

La actora, que prestaba servicios en un negocio de tintorería, fue despedida por causas económicas, solicitando la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, para realizar, como trabajadora autónoma, actividad de tintorería en el mismo local en que habían desarrollado la misma actividad por cuenta ajena, siéndole denegada la solicitud porque el proyecto tenía *“como finalidad financiar el traspaso de los medios de producción y continuar con la actividad que ya realizaba como trabajador por cuenta ajena”*. En instancia se reconoció el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, sentencia revocada en suplicación. La **STS 05-04-2017 (Rec. 694/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1620], casa y anula

dicha sentencia para reconocer el derecho de la actora a la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, por entender que el RD 1044/1985, de 19 de junio, prevé dicha modalidad de pago de la prestación como política orientada al pleno empleo y como medida de fomento del autoempleo, de forma que cuando concurren circunstancias fácticas y jurídicas que conducen al encuadramiento y alta en el RETA, dicha finalidad de autoempleo se cumple, sin que pueda apreciarse ningún tipo de fraude que no puede presumirse sino que debe probarse.

A idéntica conclusión se llega en un supuesto en que el actor constituyó una sociedad de responsabilidad limitada en la que él mismo había suscrito el 100% del capital social, nombrándose a sí mismo administrador único, dándose de alta en el RETA, por lo que solicitó prestación por desempleo en su modalidad de pago único que le fue reconocida. Como consecuencia de que en la solicitud declaró que la actividad era “trabajador autónomo”, se le reclamó la prestación en cuanto que indebida, entendiéndose el actor que el hecho de haber constituido un sociedad de responsabilidad limitada que obligaba a darse de alta en el RETA, cumplía las exigencias de la solicitud por lo que nada se le podía reclamar. En instancia se desestimó la demanda, sentencia revocada en suplicación para acoger la tesis del actor. La Sala IV confirma dicha sentencia, por entender, en **STS 21-06-2016 (Rec. 3805/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:3966], que la DT 4ª, apartado 1, regla 3, permite la percepción de prestación por desempleo en su modalidad de pago único cuando los beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos, regla que se extiende a la posibilidad de percibir la prestación capitalizada a quienes constituyen sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, ya que ello no es incompatible con la condición de trabajador autónomo, cuando la posición jurídica del socio determina su obligada afiliación al RETA y no se cuestiona el desempeño efectivo de la actividad por cuenta propia.

## 6.2.-Nivel asistencial

### 6.2.1.-Requisitos para el percibo de la prestación

#### 6.2.1.1.-Documentación requerida

El actor, que percibía prestación por desempleo, solicitó, tras su terminación, subsidio por desempleo, solicitándole el SPEE que aportara documentación consistente en nóminas correspondientes a la madre de su hija con la convive, a lo que se negó el actor, por lo que se archivó su solicitud. Tras reclamar que se le reconociera el derecho al subsidio por desempleo, dicha pretensión fue estimada en instancia. La Sala de suplicación confirma la misma por considerar que cuando la convivencia es con personas respecto de las que no se tiene obligación de alimentos, no hay que aplicar las reglas relativas a una “unidad económica de convivencia”, sino sólo habrá de atenderse a las rentas del beneficiario. La **STS 15-02-2017 (Rec. 2921/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:827], casa y anula la sentencia de suplicación, y considera correcto el archivo de la solicitud del subsidio, por entender que se está en presencia de un subsidio por desempleo por tener responsabilidades familiares regulado en el art. 215.2 LGSS, respecto del que se hace necesario determinar si el hijo dispone o puede disponer de rentas superiores al límite previsto

legalmente, y es para averiguar dicho extremo por lo que se solicitó por el SPEE la documentación relativa a las nóminas de la madre de su hija, por lo que el archivo fue correcto. Añade la Sala IV que no procede entrar a conocer de la cuestión de cómo tienen que calcularse los ingresos de la unidad familiar en supuestos de existencia de pareja de hecho, puesto que no fue esa la argumentación dada por la entidad gestora para archivar la solicitud, sino la averiguación de si la hija del actor disponía de rentas superiores al límite legalmente previsto.

#### 6.2.1.2.-Situación de desempleo

El actor, perceptor de subsidio por desempleo para mayores de 52 años, inició prestación de servicios como empleado doméstico con un contrato de duración indefinida, al que puso término el mismo día en que se formalizó, aludiendo a motivos particulares. Tras solicitar la reanudación del subsidio, se denegó por el SPEE, por entender que no se encontraba en situación legal de desempleo. Tras presentar demanda solicitando la renovación del subsidio, la misma es desestimada en instancia, por considerar que el contrato se extingue por voluntad del trabajador, por lo que no existe situación legal de desempleo. La Sala de suplicación, sin embargo, revoca la sentencia de instancia y reconoce el derecho del actor a reanudar el subsidio, por considerar que el art. 215 LGSS no establece como requisito para reanudar el subsidio -cuando el mismo se suspende como consecuencia de una contratación de duración inferior a 12 meses-, que el solicitante se encuentre en situación legal de desempleo. Ante la cuestión de si procede reanudar el subsidio por desempleo cuando ha mediado extinción voluntaria de un contrato de escasa duración, extinción acontecida durante el periodo de prueba, la **STS 15-02-2017 (Rec. 1810/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:700] –sentencia que contiene Voto particular discrepante- considera que, teniendo en cuenta que el art. 207 LGSS, establece como requisito para el nacimiento del derecho a percepciones “*encontrarse en situación legal de desempleo*”, el art. 208 LGSS, determina que no se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores “*cuando cesen voluntariamente en el trabajo*”, el art. 212.1 d) LGSS prevé la suspensión del subsidio por la realización de un “*trabajo por cuenta ajena de duración inferior a 12 meses*”, la reanudación del subsidio está sometida a las mismas reglas que las fijadas para su concesión, y como la norma no prevé nada en relación a si procede la reanudación cuando la causa de la suspensión ha finalizado por un motivo que no constituye situación legal de desempleo, debe tenerse en cuenta que se pierde el derecho a reanudar la percepción del subsidio por desempleo suspendido, a causa de la realización de un trabajo de duración inferior a 12 meses, cuando el contrato finaliza por libre dimisión del trabajador, sin que el hecho de que la extinción se produzca durante el periodo de prueba cambie dicha conclusión.

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

##### 6.2.2.2.-Criterios generales

Ante la cuestión de si procede o no reconocer subsidio por desempleo para mayores de 52 años con cargas familiares a quién tiene rentas propias

(pensión de viudedad), que no supera el 75% SMI, la Sala IV, reiterando jurisprudencia anterior, en **STS 20-07-2016 (Rec. 2234/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3998], señala que conforme al art. 215.2 LGSS, son dos los requisitos que deben cumplirse para tener derecho al subsidio: 1) En primer lugar, es necesario que el solicitante carezca de rentas propias que no superen el 75% SMI; 2) Si los restantes miembros de la unidad familiar superan individualmente el 75% SMI, debería tenerse en cuenta que el solicitante del subsidio no tiene nadie a su cargo; 3) Si tiene familiares a cargo, deben tenerse en cuenta todos los ingresos y personas integradas en la unidad familiar, para determinar si tiene derecho al subsidio.

#### 6.2.2.3.-Incremento puntual de renta

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 (Rec. 3035/2014) [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 dicha sentencia, en **STS 28-09-2016 (Rec. 3002/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4447], se deniega el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años a quien procedió a la venta de acciones, constando ello en la declaración de IRPF pero sin comunicarlo al SPEE.

Igualmente, en **STS 09-03-2017 (Rec. 3503/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1138], se deniega el subsidio por desempleo para mayores de 52 años a quien estaba

casada con quien durante un periodo inferior a 12 meses (8 meses), percibió un salario cercano a los 2.000 euros mensuales, sin que comunicara al SPEE dichos ingresos.

#### 6.2.3.-Incompatibilidad con el trabajo

El actor, que tenía reconocida prestación por desempleo para mayores de 52 años, realizó una actividad por cuenta propia consistente en la realización de gestiones de intermediación comercial en un único mes, por lo que declaró en el IRPF unos ingresos de 1.283,46 euros, de los que obtuvo un rendimiento neto de 64,35 euros. El SPEE revocó el reconocimiento del derecho al subsidio y reclamó la prestación en cuanto que indebida. En suplicación se concluye que la realización de cualquier trabajo por cuenta propia es absolutamente incompatible con la percepción del subsidio por desempleo. La Sala IV, ante la cuestión de si la realización de una actividad económica por cuenta propia es del todo incompatible con la prestación por desempleo, independientemente de que los ingresos obtenidos hayan sido escasos, o por el contrario cuando dichos ingresos son escasos no existe dicha incompatibilidad, resuelve, en **STS 05-04-2017 (Rec. 1066/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1728], que conforme al art. 221.1 LGSS/1994 (art. 282 LGSS/2015), la regla general es la absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y la prestación por desempleo, sin que sea necesario que el trabajo se realice de forma habitual o como medio fundamental de vida, sin embargo, en aquellos supuestos en que los rendimientos generados por la actividad económica son *“insignificantes, ridículos y de tan escasa relevancia, que no permiten siquiera que pudieran considerarse como fruto de una verdadera actividad laboral”*, podría apreciarse la compatibilidad, y como en el presente supuesto el ingreso es de tan sólo 64,35 euros, dicha insignificante cantidad no puede considerar fruto de una actividad que mínimamente merezca el calificativo de trabajo a efectos de aplicar la incompatibilidad con las prestaciones de desempleo

#### 6.2.4.-Reclamación de prestaciones indebidas: embargo

La Sala IV, recurriendo a la solución alcanzada en STS 11-05-2006 (Rec. 1236/2005) que supuso una modificación de la jurisprudencia anterior, considera que no se puede embargar por encima del límite del neto de las pensiones no contributivas en **STS 21-12-2016 (Rec. 2433/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5743], y ello en un supuesto en que al trabajador se le reconoció prestación por desempleo, reclamándole posteriormente el SPEE prestaciones indebidas que no pudo devolver, por lo que tras prestar servicios mediante un contrato temporal, solicitó subsidio para mayores de 52 años que le concedido, si bien se le embargó para hacer frente a la deuda contraída contra el SPEE. Tras reclamar que no se le embargara el subsidio como consecuencia de la deuda, en instancia se desestimó su pretensión, si bien en suplicación se revocó dicha sentencia parcialmente para limitar el embargo al límite de pensiones mínimas no contributivas, que es la solución que se mantiene en la sentencia dictada en casación unificadora.

6.3.-Reclamación diferencias base reguladora: acceso al recurso de suplicación

No cabe recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que resuelve reclamación de diferencias en la base reguladora de la prestación por desempleo, que en cuantía anual no excede de 3000 euros, por cuanto siguiendo antigua jurisprudencia, las **SSTS 29-06-2016 (Rec. 245/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3934], **14-07-2016 (Rec. 578/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:4023], **25-10-2016 (Rec. 3690/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5060], **10-01-2017 (Rec. 3900/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:261], **24-01-2017 (Rec. 2948/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:639], **01-03-2017 (Rec. 2021/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1022], **04-04-2017 (Rec. 378/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1558] y **05-04-2017 (Rec. 268/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1618], reiteran que no existe afectación general, ni siquiera cuando lo que se cuestiona es cómo debe calcularse la base reguladora de 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 el mes.

Por su parte, en **STS 19-07-2016 (Rec. 3900/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:3954], la Sala IV aborda la cuestión de cómo debe determinarse la cuantía a efectos del recurso de suplicación de prestaciones de Seguridad Social periódicas o diferencias sobre ellas, y en particular, si la cuantía litigiosa a efectos del recurso debe venir determinada por el importe de la prestación básica y diferencias reclamadas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras ni los intereses o recargos por mora, o se pueden computar los atrasos derivados de las posibles diferencias reclamadas a consecuencia del pretendido incremento de la pensión, se hayan cuantificado o no. La Sala IV considera que no procede tener en cuenta los atrasos, y ello con el argumento siguiente: 1) Tras la LRJS no es posible atribuir a la reclamación de cantidad derivada de los atrasos la naturaleza de pretensión separada acumulada la principal, existiendo reglas distintas para determinar su cuantía a los efectos de recurso, 2) Conforme al art. 192.3 LRJS, hay que tener en cuenta el importe de la prestación básica o diferencias reclamadas en cómputo anual, excluyéndose cualesquiera otras diferencias económicas

Además, y ante la cuestión de si tiene acceso al recurso de suplicación una sentencia de instancia que resuelve la pretensión de abono de 72 días de prestación por desempleo descontados por la entidad gestora por entenderlos consumidos tras el expediente de regulación de empleo suspensivo, la Sala IV, en **STS 05-04-2017 (Rec. 268/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:1618], reiterando abundantísima jurisprudencia, entiende que ello no es así, ya que lo reclamado no alcanza la cuantía del art. 191.2 g) LRJS, ni existe afectación general, puesto que no consta acreditada la misma -sino que es incluso rechazada por la sentencia recurrida- sin que reclame el derecho al reconocimiento de una prestación, sino que no se descuenten determinados días.

Por último, y respecto de un trabajador que tenía reconocido el derecho a la prestación por desempleo, y que como consecuencia de que prestó servicios en un bar titular de su esposa se le extinguió la prestación y se le reclamaron las cantidades indebidamente percibidas, presentando demanda que fue desestimada y declarando de oficio la Sala de suplicación la inadmisión del recurso por no superar el importe de la prestación la cuantía del art. 191.3 g) LRJS, la **STS 04-05-2017 (Rec. 3209/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2134] casa y anula dicha sentencia, por entender que conforme al art. 192.4 LRJS, debe tenerse en cuenta el completo alcance prestacional (en el caso 2 años) y no el

límite anual, por lo que se supera el límite económico para recurrir en suplicación.

## 7.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

El actor solicitó se le abonara la Renta Activa de Inserción (RAI) por ventanilla, requiriéndole el SPEE que aportara número de cuenta donde efectuar el pago, advirtiéndole que si no lo hacía se archivarían las actuaciones, lo que se hizo, por lo que presentó demanda alegando que tenía derecho a percibir la RAI por ventanilla y no a través de transferencia bancaria. En instancia se estimó la demanda. Dicha sentencia se revocó en suplicación, por considerarse que no se había acreditado ninguna circunstancia por la que el actor no pudiera cobrar por ventanilla, constando probado que hay entidades bancarias que no cobran por dichos servicios. La Sala IV confirma dicha sentencia en **STS 21-06-2016 (Rec. 1342/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3220], por entender: 1) Que la RAI se integra en la protección de desempleo, y ello por cuanto así lo indica la DF 5ª LGSS; 2) El pago de las prestaciones se regula en el art. 228 LGSS, en el art. 12.3 RD 1369/2006, de 24 de noviembre, en que no se determina el método de pago, y en el art. 26.2 RD 625/1985, de 2 de abril (en redacción dada por RD 200/2006, de 17 de febrero) que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto de protección por desempleo, en que se dispone que *“el pago de la prestación y subsidio por desempleo se realizará mediante el abono en la cuenta de la entidad financiera colaboradora indicada por el solicitante o perceptor, de la que sea titular, salvo en los casos, debidamente justificados, en los que la entidad gestora permita el pago en efectivo por la entidad financiera. La realización del pago no conllevará gasto ni para la entidad gestora ni para el perceptor”*; 3) El art. 11.1 RD 1391/1995, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social, dispone que los medios de pago efectivo serán el dinero de curso legal, el cheque, la transferencia bancaria, el giro postal ordinario y cualesquiera otros que se autoricen para cada tipo de obligación por la TGSS, disponiéndose en la Orden de 22-02-1996, en su art. 27, en relación con el pago de prestaciones y subsidio por desempleo que *“El pago material se realizará por ingreso o domiciliación en cuenta o mediante pago en efectivo por la entidad financiera. El pago en efectivo o por ventanilla se realizará a través de las entidades financieras que determine la Tesorería General de la Seguridad Social, cuyo número será, en principio, de tres de ellas en cada provincia, de forma que se evite que existan entidades pagadoras no operativas y se asegure la atención adecuada a los beneficiarios”*; 4) Como las normas anteriores deben ceder ante las posteriores y superiores, hay que seguir lo dispuesto en el RD 200/2006, de 17 de febrero, concretándose que: A) La regla general es que el pago se hace en la cuenta de la entidad financiera colaboradora; B) Excepcionalmente, puede permitirse el pago en efectivo si bien en casos debidamente justificados; C) La realización del pago no conllevará gasto ni para la entidad gestora ni para el perceptor; 5) Puesto que la regla general es el pago por transferencia bancaria, sólo procederá el pago por ventanilla cuando exista causa que justifique su necesidad, lo que en el supuesto examinado en la sentencia no se ha realizado, por lo que la negativa del actor a facilitar los datos de la entidad bancaria, conlleva la extinción de la RAI.

## 8.-MATERNIDAD

Como consecuencia del nacimiento del hijo del actor mediante gestación por subrogación en Estados Unidos (lo que se conoce también como gestación por sustitución, maternidad subrogada, vientre de alquiler, madres portadoras, madres suplentes, etc.), habiéndose declarado por sentencia del Estado de California que era hijo del actor y su esposo, solicitó prestación por maternidad que se le denegó por el INSS “*por no encontrarse en ninguna situación protegida*”. En instancia y suplicación se reconoció el derecho del actor a la prestación de maternidad. Dicha sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina por el INSS, invocando como sentencia de contraste la STJUE (Gran Sala), 18-03-2014, C-167/12, Asunto Z c. A, en la que se enjuiciaba la situación de la madre subrogante del Reino Unido, que había tenido un hijo mediante convenio de gestación por sustitución (válido en Reino Unido) y a la que se le negó el permiso por maternidad, considerándose por el TJUE que la denegación no vulnera ni la Directiva 92/85/CEE, relativa a medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ni la Directiva 2006/54/CEE, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres. La Sala IV, sistematizando los criterios para que pueda apreciarse la existencia de contradicción cuando se invocan de contraste sentencias del TJUE, y concretando que en esos supuestos no es necesario que las pretensiones sean idénticas sino que los debates sí lo sean puesto que lo que se exige por el art. 219 LRJS es que exista divergencia “doctrinal”, sin embargo no aprecia contradicción con la sentencia invocada de contraste en **STS (Pleno), 19-10-2016 (Rec. 1650/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:4837], por considerar: 1) Que en el Reino Unido la maternidad subrogada es legal, mientras que en la legislación española está prohibida por el art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo; 2) En la sentencia del TJUE la actora amamantaba al bebé, en tanto que en la sentencia de contraste, al tratarse de un matrimonio entre dos hombres, ello no acontece; 3) En la sentencia de contraste, el TJUE afirma que la protección que otorga la Directiva 92/85/CE por el permiso de maternidad, se limita a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, por lo que se exige que para obtener el permiso la actora debe haber estado embarazada y debe haber dado a luz, mientras que en el ordenamiento jurídico español, la prestación alcanza a situaciones que no son propiamente la maternidad, sino también asimiladas a la misma como la adopción o el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple; 4) En la sentencia de contraste el TJUE considera que el art. 8 Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados a conferir permiso de maternidad a madre subrogante aun cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento, y el art. 14 Directiva 2006/54/CE, debe interpretarse en el sentido de que no es discriminación por razón de sexo el que el empleador niegue permiso por maternidad a madre subrogante. A pesar de apreciar la inexistencia de contradicción, la Sala IV concluye que la maternidad por sustitución no tiene la misma protección que la maternidad natural en el Derecho de la Unión, lo que no implica que en el Derecho español se pudiera atribuir la misma naturaleza, al igual que si bien en el Derecho

comunitario sólo se protege la gestación, en el Derecho español se protegen otras situaciones como la adopción y el acogimiento.

Por su parte, en **STS 30-11-2016 (Rec. 1307/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5718], la Sala IV entiende que la falta de contradicción es más que evidente invocándose idéntica sentencia de contraste que la invocada en la sentencia anterior, en un supuesto en que el actor es padre de un menor nacido en la India e inscrito en el Registro Civil consular español como hijo del demandante y de una ciudadana india, nacimiento que se produjo tras un acuerdo entre los progenitores según el cual la madre se sometía a tratamiento de inseminación artificial y entregaba al neonato al padre tras el parto, solicitando el padre prestación por maternidad que le fue denegada. Considera la Sala IV que en el presente supuesto no estamos ante la pretensión de una mujer, por lo que la cuestión no puede examinarse desde la perspectiva, abordada por la sentencia de contraste, de la discriminación por razón de sexo, ni se está en presencia de una madre subrogante, sino ante una situación en la que el solicitante de la prestación es el padre biológico del menor, además de que el debate desde el que se aborda la resolución recurrida es el de si el permiso de maternidad reconocido en el derecho español puede otorgarse en exclusiva al padre cuando se da la circunstancia de que la madre ha hecho dejación de sus derechos y obligaciones parentales en relación con el hijo común, debate ajeno a la sentencia de contraste

Sí que se entra en el fondo de la cuestión de si asiste el derecho a la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada, en un supuesto en que la actora y su marido fueron padres por subrogación de dos niñas, y uno de los padres solicitó prestación por maternidad que le fue denegada por sentencia de instancia, revocada en suplicación, en que se le reconoció el derecho a la prestación de maternidad. Dicha sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina por el INSS, aportando de contraste una sentencia de suplicación en que se reconoció a la actora, madre por gestación por sustitución de 2 niños, la prestación por maternidad. La Sala IV, en **STS (Pleno) 25-10-2016 (Rec. 3818/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5375] –sentencia que contiene Voto particular concurrente que suscribe un Magistrado, Voto particular discrepante que suscriben 2 Magistrados y Voto particular discrepante que suscriben 3 Magistrados- **STS (Pleno) 16-11-2016 (Rec. 3146/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5283] –sentencia que igualmente contiene voto particular que suscriben 3 Magistrados y voto particular que suscriben 4 magistrados- reconoce el derecho a la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada, conforme a los siguientes argumentos: 1) Conforme a la normativa internacional, si existe convivencia familiar entre los padres subrogados y los menores, ha de protegerse a los menores, especialmente si uno de los padres subrogados es también el padre biológico, y ello aunque no exista un pronunciamiento expreso en relación con la maternidad y la Seguridad Social. Se razona por la Sala IV que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), prevé el “*derecho al respeto a la vida privada y familiar*”, prohibiéndose injerencias de las autoridades públicas, habiéndose pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la interpretación que haya de darse a dicho precepto en tres sentencias recaídas en asuntos similares: A) Asunto Mennesson contra Francia (Procedimiento número 65192/11), en que tras rechazarse por el consulado francés la

inscripción del nacimiento del hijo de los recurrentes mediante mujer gestante que no había percibido remuneración alguna en California, por considerarse que las inscripciones registrales serían nulas al contravenir los principios de orden público (indisponibilidad del cuerpo humano y estado de las personas), lo que se confirmó por la Corte de Casación francesa, el TEDH considera que se vulnera el art. 8 CEDH cuando se obstaculiza el reconocimiento y el establecimiento de un vínculo de filiación respecto de su padre biológico; B) Asunto Labassee contra Francia (Procedimiento número 65941/11), en que se alcanza idéntica conclusión; y C) Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia (Procedimiento número 25358/12), en que tras rechazar las autoridades italianas la filiación reconocida por la legislación rusa (puesto que se acudió a un vientre de alquiler en dicho país), poniendo al niño bajo tutela de una institución e incluso entregándole a una familia de acogida, se apreció por el TEDH vulneración del art. 8 CEDH por cuanto la convivencia del hijo con los padres durante más de 6 meses supone que los tres constituían un núcleo familiar de facto. 2) El Derecho de la Unión Europea no da una respuesta positiva respecto del derecho a la prestación por maternidad en supuestos de vientres de alquiler, aunque no se opone a que los Estados puedan adoptar disposiciones más favorables que las previstas en las Directivas 2006/54/CE y 2000/78/CE. El argumento es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sí se pronuncia en relación con la prestación de maternidad en las siguientes sentencias: A) STJUE 18-03-2014 (Asunto C-167/12), en que tras denegarse el permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante que amamanta a su niño, se considera que la denegación del mismo no vulnera la Directiva 92/85/CEE, ni la Directiva 2006/54/CE; B) STJUE 18-03-2014 (asunto C-363/12), en que se tras denegarse por Irlanda la prestación por maternidad subrogada, se considera que no se vulnera ninguna de las Directivas anteriores; 3) De conformidad con el Derecho Civil español, no se admite la validez de la maternidad por subrogación, por lo que no procede la inscripción registral de los hijos, conclusión a la que se llega analizando las normas relacionadas con la cuestión, en particular: art. 23 de la Ley de Registro Civil de 08-06-1957 (norma derogada pero vigente hasta el 30-06-2017), art. 96.2 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (norma que deroga a la anterior), arts. 113 y 120 CC, art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18-02-2009, que permite la inscripción registral de hijos de vientre de alquiler, Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 05-10-2010, y Circular de la DGRN 11-06-2014 y la jurisprudencia de la Sala I del TS emanada de la STS (Civil) 06-02-2014 (Rec. 245/2012) [ECLI:ES:TS:2014:247], que entendió que es contraria al orden público internacional español, el atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en California (Estados Unidos), por lo que aunque pueda comportar alguna disfunción o perjuicio para los menores, se denegó la inscripción registral del menor; 4) Conforme a lo dispuesto en el art. 133 bis LGSS y arts. 2.2 y 3.2. RD 295/2009, de 6 de marzo, para tener derecho a la prestación por maternidad, es preciso que se cumpla el “acontecimiento familiar” regulado por normas civiles y “derecho laboral reflejo”, es decir, que exista una actividad productiva asalariada, sin que la maternidad por subrogación aparezca como una situación protegida.

En definitiva, teniendo en cuenta que en el supuesto examinado el solicitante de la prestación por maternidad es el padre biológico de las menores, se reconoce la prestación por cuanto: 1) El interés superior del menor constituye un canon interpretativo de relevancia a efectos de aplicación de las normas; 2) El elenco de supuestos protegidos respecto de la maternidad no es cerrado, sino que se permite cierta flexibilidad interpretativa, y es contrario a la “*lógica más primaria*” que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería ex lege si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre; 3) Cuando la Sala I TS niega la inscripción registral de los hijos habidos mediante maternidad subrogada, lleva cuidado en atender las necesidades familiares que hayan surgido de facto; y 4) Aunque la maternidad por subrogación sea un supuesto nulo por estar prohibida en el marco jurídico español, el ordenamiento laboral no es ajeno al reconocimiento de efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad, por lo que el que en vía civil se prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación, ello no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en el núcleo familiar, que debe ser resuelta por la Seguridad Social.

## 9.-VIUDEDAD

### 9.1.-Reconocimiento del derecho

#### 9.1.1.-En el RETA

Como consecuencia del fallecimiento del trabajador, se solicitó por su viuda pensión de viudedad, que le fue denegada por no estar el causante al corriente de pago en las cotizaciones del RETA en el momento del hecho causante, ya que no existe la obligación de invitar al pago en el momento de solicitud de la pensión, y además, se acordó el aplazamiento con posterioridad al fallecimiento del causante. La Sala IV, tras sistematizar la normativa y jurisprudencia en relación a si en el RETA la concesión de un aplazamiento el pago de cuotas pendientes después de surgida la situación de necesidad, equivale a estar al corriente en el pago de cotizaciones, considera, en **STS 22-06-2016 (Rec. 858/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3230], que no procede el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, puesto que: 1) El Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, obliga a estar al corriente de pago en un determinado momento, de forma que si no se cumple ello, debe permitirse hacerlo de manera sobrevenida, estando al corriente de pago si se ingresa lo adeudado; además de que el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, considera al corriente de las obligaciones en la Seguridad Social, a quienes obtienen el aplazamiento de sus obligaciones; 2) A pesar de ello, el aplazamiento de pago posterior al fallecimiento del causante no equivale a estar al corriente del pago de cuotas, ya que el aplazamiento se equipara a pago cuando se trata de prestaciones no reconocidas, pero para las reconocidas, el art. 28 Decreto 2539/1970, de 20 de agosto, obliga al pago efectivo, y cuando se trata de prestación de supervivencia, el cumplimiento de las exigencias de cotización (carencia y estar al corriente de pago), refieren al momento del fallecimiento del causante; si entonces existían deudas, procede

la invitación al pago, pero la posterior obtención de un aplazamiento no comporta el retroactivo cumplimiento del requisito de estar al corriente.

#### 9.1.2.-En supuestos de separación/divorcio

##### 9.1.2.1.-Anteriores a la entrada en vigor de la DT 18ª LGSS

Ante la cuestión de si procede reconocer pensión de viudedad a quien se encontraba divorciada del causante sin derecho a pensión compensatoria, solicitándose la pensión y denegándose por el INSS antes de la entrada en vigor de la DT 18ª LGSS en redacción dada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, dictándose sentencia cuando la norma ya estaba en vigor, la Sala IV, en **STS 10-02-2017 (Rec. 1082/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1008], entiende que no procede su reconocimiento, teniendo en cuenta que a la fecha del hecho causante (18-08-2012), no cumplía las exigencias legalmente previstas para tener derecho a la pensión de viudedad, al no ser acreedora de pensión compensatoria, pudiendo acceder a la misma si se encontraba en alguna de las situaciones previstas en la DT 18ª LGSS, en las que tampoco se encontraba, ya que entre la fecha del divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante, había transcurrido un periodo de tiempo superior a 10 años, y aunque en el momento del hecho causante ya existía la previsión legal incorporada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de que a partir del 01-01-2013 también tendrían derecho a la pensión de viudedad las personas divorciadas sin pensión compensatoria cuyo vínculo matrimonial hubiera tenido una duración superior a 10 años, y el divorcio no se hubiere producido más de 10 años antes del fallecimiento del causante, la norma todavía no había entrado en vigor, por lo que no puede ser de aplicación. Añade la Sala que el principio de seguridad jurídica excluye que el hecho de reclamar contra una resolución que en origen era ajustada a derecho, pueda ser revocada porque los requisitos de acceso a la prestación han cambiado, cuando se examina por la Sala de suplicación la materia.

##### 9.1.2.2.-Denegación de la pensión en supuestos de separación cuando se solicita por la vía de la existencia de pareja de hecho

La actora, separada, pero no divorciada legalmente, sin derecho a pensión compensatoria, convivió durante 8 años con el causante, divorciado, con el que estaba inscrito en el registro de parejas de hecho durante casi todo el tiempo de convivencia. Como consecuencia del fallecimiento, solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por el INSS, que consideró que no estaba extinguido el vínculo matrimonial por lo que no podía contraer matrimonio con otra persona conforme exige el art. 174.3 LGSS. Tras presentar demanda en que solicitaba el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, la misma fue estimada en instancia, cuya sentencia se confirmó en suplicación, sentencias que entendieron que existía inscripción en el registro de parejas de hecho. La **STS 02-03-2017 (Rec. 3134/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1142] anula dicha sentencia para denegar la pensión de viudedad, por entender que la simple constitución de una pareja de hecho no da derecho a la pensión reconocida, sino que conforme al art. 174.3 LGSS, es preciso que los convivientes no se hallen impedidos para contraer matrimonio y no tengan

vínculo matrimonial con otras persona, lo que no acredita la actora que estaba casada con otra persona de la que se había separado, pero no divorciado, por lo que no podía volver a contraer matrimonio.

#### 9.1.2.3.-Necesidad de percepción de pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento del causante: supuestos asimilados

La Sala IV constituida en Pleno, en STS 29-01-2014 (Rec. 743/2013) [ECLI:ES:TS:2014:978] –sentencia que contiene Voto particular que suscribe un Magistrado- cuya doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en STS (Pleno) 30-01-2014 (Rec. 991/2012) [ECLI:ES:TS:2014:1269], y –que igualmente contiene Voto particular que suscribe un Magistrado- y otras muchas posteriores, resuelve la cuestión de si tiene derecho a la pensión de viudedad quien estaba separada del causante sin que se fijara pensión compensatoria a su favor –a pesar de que ésta se abonara- y en particular, resuelve qué ha de entenderse por pensión compensatoria a la que refiere el art. 174.2 LGSS (según redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre), y DT 18ª LGSS en relación con el art. 97 CC, y si existen otro tipo de contraprestaciones –como la pensión de alimentos- que puedan equipararse a ésta. Al respecto, señala que si bien la pensión de alimentos regulada en el art. 142 y ss. CC no es igual a la pensión compensatoria del art. 97 CC, en ocasiones se produce confusión en relación a los conceptos de prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, y si bien se trata de dos tipos de compensaciones distintas –la pensión compensatoria no está basada en la concurrencia de necesidad sino que trata de solucionar el desequilibrio económico producido como consecuencia de la ruptura matrimonial- debe estarse a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante para determinar si ésta cumple la finalidad exigida por la LGSS bajo el término “pensión compensatoria”, para ser acreedor a la pensión de viudedad, en el supuesto de que ésta se extinga como consecuencia del fallecimiento del causante –la propia Sala pone como ejemplo que si se fija una “pensión de alimentos” al ex cónyuge sin hijos, debe entenderse que se está en presencia de una “pensión compensatoria”-. Partiendo de dicha consideración, señala que lo que la LGSS tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente con independencia de la situación económica del beneficiario, de forma que hay que tener en cuenta, caso por caso, si el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida con la finalidad de satisfacer aquellas situaciones económicas a las que atiende la pensión compensatoria. En atención a ello, aplica dicha doctrina al caso enjuiciado para concluir que la actora tiene derecho a la pensión de viudedad, puesto que a pesar de que se había fijado en el momento de la separación una pensión de alimentos para los hijos, el único hijo menor no convivía con la actora desde antes de la separación –pues convivía con el causante-, por lo que su naturaleza era en realidad de pensión compensatoria, máxime cuando se abonó durante más de 16 años y se incrementó un año antes del fallecimiento del causante. En definitiva, la Sala considera que *“La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria strictu sensu, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo*

*del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite quera acreedor de pensión a cargo de aquél, sea cual sea su denominación o su naturaleza jurídica”.*

Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en dichas sentencias, la **STS 21-03-2017 (Rec. 2935/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1269], deniega la pensión de viudedad, por entender que de lo establecido en el convenio regulador de la separación y posterior divorcio, no existen dudas que lo que se acordó fue pensión de alimentos para las dos hijas del matrimonio, pero no pensión compensatoria, por lo que en este supuesto no puede entenderse que la actora era acreedora de pensión compensatoria que se extinguiera con la muerte del causante, sin que proceda el reconocimiento de la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en el art. 174.1 y DT 18ª LGSS.

### 9.1.3.-En supuestos de parejas de hecho

#### 9.1.3.1.-Supuesto especial de la DA 3ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre

La actora, que convivía con quien falleció el 16-07-2002, sin haber contraído ambos matrimonio, como consecuencia del fallecimiento de éste, solicitó pensión de viudedad en 2002 que le fue denegada precisamente por no existir matrimonio, volviendo a reiterar la solicitud en 2008, reconociéndosele derecho a la pensión de viudedad. En 2012 fue declarada en situación de incapacidad permanente total, siendo requerida para que optase entre la pensión de incapacidad y la de viudedad, por ser ambas incompatibles. Como consecuencia de que la actora entendió que existía compatibilidad entre ambas pensiones, presentó demanda, que fue desestimada en instancia, si bien dicha sentencia se revocó en suplicación para reconocer el derecho de la actora a percibir ambas pensiones, y ello por considerar la Sala de suplicación que la DA 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, debe entenderse en el sentido de que el requisito de no ser titular de otra pensión contributiva, opera exclusivamente en el momento del reconocimiento de la pensión de viudedad, pero una vez reconocida la prestación, no puede operar como causa de incompatibilidad, puesto que el art. 179 LGSS señala que la pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo e incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad. La Sala IV por **STS (Pleno) 23-02-2017 (Rec. 2759/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1127] –sentencia que contiene Voto particular discrepante- casa y anula dicha sentencia y deniega el derecho a la pensión de viudedad, por considerar que la DA 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, establece un supuesto especial en que puede percibirse la pensión de viudedad, exigiéndose *“que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social”*, sin que se establezca ningún régimen de compatibilidad o incompatibilidad entre prestaciones. Partiendo de ello, aborda las dos posibles alternativas interpretativas: 1) Que

es de aplicación la regla del art. 179.1 LGSS, conforme a la cual no sería incompatible la pensión de viudedad con una pensión de incapacidad permanente, o 2) Que la DA 3ª de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, regula un supuesto especial de pensión de viudedad contemplando un régimen jurídico completo y cerrado, imponiéndose como requisito para su reconocimiento que no se perciba otra prestación contributiva. Conforme a las mismas, examina la regulación del derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho, para determinar que en estos supuestos, y a diferencia de los supuestos en que se accede a la pensión desde el matrimonio, la pensión queda condicionada al requisito de que los ingresos del beneficiario no superen un determinado límite, de forma que el art. 179.1 LGSS, cuando refiere a que la pensión de viudedad *“será compatible con cualesquiera rentas de trabajo”*, no es de aplicación a los supuestos de reconocimiento de pensión de viudedad a las parejas de hecho. Partiendo de la argumentación expuesta, de que para tener derecho conforme a la DA 3ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho, la regulación está limitada a lo en dicho precepto previsto, y puesto que en el mismo se determina que para poder tener derecho a la pensión de viudedad no se debe ser titular de otra pensión contributiva en el momento del hecho causante, debe examinarse si dicho régimen se modifica cuando la prestación se reconoce con posterioridad, es decir, cuando el beneficiario ya se encuentra percibiendo la pensión de viudedad, y como en este caso no existe previsión al respecto, debe estarse al régimen general contemplado en el art. 174.3 LGSS, que exige una carencia de ingresos, sin que se pueda hacer de mejor condición a quienes acceden a la pensión de viudedad en un supuesto excepcional que a quienes acceden desde una situación general. Concluye la sentencia en el sentido de que *“no es razonable que el mismo requisito que sería impeditivo del acceso a la prestación resulte luego irrelevante en el futuro”*.

#### 9.1.3.2.-Acreditación de la existencia de la pareja de hecho

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, se reabrió el debate de cómo debe acreditarse la existencia de pareja de hecho a efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, reiterando la Sala IV en las SSTS (Pleno), de 22 de septiembre de 2014 (Recs 1958/2012, 1098/2012), 759/2012, 1752/2012) [ECLI:ES:TS:2014:4631], [ECLI:ES:TS:2014:4633] y [ECLI:ES:TS:2014:5245] y STS (Pleno) de 22 de octubre de 2014 (Rec. 1025/2012) [ECLI:ES:TS:2014:5415], que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho sólo admitirá los mecanismos probatorios a que refiere el art. 174.3 LGSS *“inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”* sin que puedan admitirse otros medios de prueba admitidos en Derecho, interpretación que es acorde a lo dispuesto en las STC 40/2014, de 11 de marzo –que declaró inconstitucional y nulo el último inciso del art. 174.3 LGSS- STC 44/2014, de 7 de abril –que proclama el carácter formal ad solemnitatem de la forma de acreditación de la existencia de pareja de hecho-, y STC 45/2014, de 7 de abril –que considera constitucional la distinción en torno a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho y de la convivencia como tal-. Pues bien,

dicha consolidada jurisprudencia se reitera, en el periodo examinado, en **SSTS 23-02-2016 (Rec. 3271/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:921], **02-03-2016 (Rec. 3356/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:1261], **29-03-2016 (Rec. 3151/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:1751], **30-03-2016 (Rec. 2689/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:1754], **19-04-2016 (Rec. 2825/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2236], **11-05-2016 (Rec. 2585/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:2537], **01-06-2016 (Rec. 207/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:3082], **20-07-2016 (Rec. 2988/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4016], **21-07-2016 (Rec. 2713/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4012], **08-11-2016 (Rec. 3469/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5361] y **07-12-2016 (Rec. 3765/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5784].

#### 9.1.3.3.-Inscripción registral: ¿Registro autonómico o municipal?

Ante la cuestión de qué registro de parejas de hecho es válido a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, si el municipal o debe acudir también al autonómico (cuando se trata de comunidades autónomas con Derecho Civil Propio), la **STS 04-05-2017 (Rec. 3850/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:2097], considera que es suficiente la inscripción en el registro municipal, sin que sea necesaria la inscripción en el autonómico y ello por cuanto por STC 40/2014, de 11 de marzo, se declaró nulo por inconstitucional el párrafo quinto art. 174.3 LGSS por ser contrario al principio de igualdad que se establezca una diferente regulación del derecho al acceso a una prestación por el mero hecho de la Comunidad Autónoma en la que se resida

#### 9.2.-Fecha de efectos económicos

##### 9.2.1.-Cuando existen solicitudes anteriores y posteriores a DT 18ª LGSS

La actora estuvo casada con el causante desde 1977, divorciándose en 2006 y falleciendo éste en 2008, fecha en que solicitó la actora pensión de viudedad que le fue denegada por no tener derecho a pensión compensatoria. Tras entrar en vigor la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, instó de nuevo la prestación en 2011, indicando que la fecha de efectos debía ser la de la primera petición. Tras serle reconocida pensión de viudedad, se retrotrajeron los efectos de la misma a los 3 meses anteriores a la segunda solicitud. En instancia se estimó la pretensión de que la fecha de efectos fuera la de la primera petición. La Sala de suplicación revocó la sentencia de instancia. La Sala IV confirma dicha sentencia en **STS 09-02-2017 (Rec. 1456/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:877], por entender que no puede acogerse la interpretación de que desde que aparece la legislación que permite tener derecho a la pensión de viudedad, se deba revisar por la entidad gestora sus anteriores resoluciones denegatorias de dicha prestación, debiendo ser la parte la que inste nuevo expediente, por lo que la fecha de efectos sólo puede retrotraerse a los 3 meses anteriores a la solicitud de la misma.

### 9.2.2.-Cuando la solicitud se realiza superado los 3 meses desde el fallecimiento del causante

Ante la cuestión de cuál es la fecha de efectos económicos de la pensión de viudedad, cuando la prestación se solicita pasados más de tres meses desde el fallecimiento del causante, y si debe reconocerse desde el día siguiente al fallecimiento del causante o a los tres meses anteriores a la fecha de solicitud, la Sala IV, en **STS 24-11-2016 (Rec. 1156/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5455], opta por esta última opción, por considerar que es la que más se ajusta a la literalidad el art. 178 LGSS/1994 y 230 LGSS/2015, ya que aunque el derecho a la pensión es imprescriptible, los efectos económicos de su reconocimiento sólo se pueden retrotraer a los tres meses anteriores a su solicitud.

### 9.3.-Determinación de la contingencia

Sin embargo, sí considera que la contingencia deriva de accidente de trabajo en un supuesto en que el trabajador, que normalmente va y viene del trabajo en su propio coche, si bien desviándose el trayecto normal hacia su casa para pasar por una localidad en la que deja a un compañero, sufre un accidente de trabajo tras dejar a los compañeros en dicha localidad, a resultas del cual falleció. Reclaman la viuda e hija del trabajador fallecido que se reconozca que la contingencia es accidente de trabajo, pretensión desestimada en instancia y suplicación, en cuyas sentencias se considera que existe una fractura del *“elemento cronológico en el nexo causal que impide la consideración de accidente in itinere”*. La Sala IV, en **STS 14-02-2017 (Rec. 838/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:878], tras sistematizar qué debe entenderse por accidente in itinere, sigue lo dispuesto en la STS (Pleno) de 26-12-2013 (Rec. 2315/2012) [ECLI:ES:TS:2013:6487], y concluye que debe considerarse accidente in itinere, ya que: 1) En relación con el elemento teleológico: A) La finalidad del viaje es claramente laboral; B) Aunque podría haber regresado a su domicilio de manera directa, el desvío es para dejar en sus domicilios a compañeros de trabajo, lo que supone un desvío habitual y razonable; 2) En relación con elemento espacial, aunque el accidente acontece en un trazado que no es el más directo, no se ha roto la conexión entre trayecto y trabajo, pues se va al lugar de residencia haciendo un alto para dejar a los compañeros; 3) En relación con el elemento modal, el medio de transporte utilizado es adecuado (coche particular y 100 kms. diarios de desplazamiento); 4) En relación con el elemento cronológico, el que transcurriera una hora desde que se abandonó el trabajo, no rompe el carácter laboral del desplazamiento, ni siquiera porque tal demora se debiera a una charla con los compañeros a los que dejó en una población distinta a la suya.

### 9.4.-Revisión de reconocimiento de pensión de viudedad: prescripción

A la actora se le reconoció el derecho a la pensión de viudedad tras el fallecimiento del causante el 14-06-2006, con revalorizaciones desde el 01-10-1975, por lo que el INSS comunicó a la actora que procedería de oficio a iniciar acto declarativo en perjuicio de sus intereses, sin que la actora realizara alegación alguna en el trámite administrativo, por lo que el INSS interpuso demanda para reclamarle en cuanto que indebida la prestación por importe de

54.826,21 euros. En instancia se estimó la demanda, aludiendo la actora en suplicación que la acción de revisión estaba prescrita por haber transcurrido más de 4 años entre el día en que se dictó la resolución objeto de revisión (12-07-2006) y el día en que se comunicó la revisión (22-04-2012), además de que no se trataba de un error material sino de una nueva valoración jurídica, por lo que los efectos de la reclamación deberían retrotraerse a los 3 meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de revisión. La Sala de suplicación acogió el recurso de suplicación interpuesto por la actora, declarando prescrita la acción, por lo que el INSS presenta recurso de casación para la unificación de doctrina en que se plantea la fecha a la que se han de retrotraer los efectos económicos de una resolución del INSS que revisa la cuantía de una pensión de viudedad, cuyo importe se estableció tomando en consideración las revalorizaciones habidas desde 21 años antes de acaecido el hecho causante de dicha prestación, en interpretación del art. 43.1 LGSS/1994. La **STS 29-03-2017 (Rec. 1883/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1552] casa y anula dicha sentencia, confirmando la de instancia, reiterando antigua jurisprudencia en que se determinó que el error material o de hecho o aritmético se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, debiendo tratarse de simples equivocaciones elementales, sin que encubra una auténtica revisión, y como en el presente supuesto el reconocimiento de la prestación con una revalorización de la base reguladora desde 21 años antes de que se produjera el hecho causante, es un error material que no exige de la realización de cálculos complejos ni interpretación jurídica, se excepciona el efecto prescriptivo de los arts. 43.1 y 146 LRJS.

#### 9.5.-Complemento a mínimos

En suplicación se confirmó la sentencia de instancia que declaró no ajustada a derecho la resolución del INSS que redujo la pensión de viudedad que percibía la actora, por entender que no era recurrible en suplicación. En instancia se entendió que la actora tenía derecho al complemento a mínimos de la pensión de viudedad hasta el límite máximo de rentas compatible con el percibo del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. La Sala IV, ante la cuestión de si procede o no recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, cuando, al margen de la cuantía litigiosa, lo que se discute es un complemento a mínimos de una pensión de viudedad, la **STS 22-11-2016 (Rec. 2561/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5445] –cuya doctrina se reitera en **STS 16-02-2015 (Rec. 2481/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1023]-, anula la sentencia de suplicación por apreciar de oficio la competencia funcional, siguiendo lo dispuesto en las SSTS 02-04-2007 (Rec. 5355/2005) [ECLI:ES:TS:2007:2722], 13-12-2011 (Rec. 702/2011) [ECLI:ES:TS:2011:9089] y 22-11-2016 (Rec. 2561/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5445], en que se consideró que los complementos a mínimos deben garantizar a los beneficiarios de una pensión unos ingresos suficientes, por lo que se trata de prestaciones de naturaleza complementaria, con autonomía propia, por lo que no es preciso atender a la cuantía de lo reclamado.

#### 10.-ORFANDAD

#### 10.1.-Necesidad de alta y cotización del causante: aplicación doctrina humanitaria

El causante acreditó a lo largo de su vida laboral menos de 15 años, falleciendo tras una larga enfermedad derivada del alcoholismo, sin estar de alta en el Sistema de Seguridad Social. Como consecuencia del fallecimiento, la actora solicitó pensión de orfandad para sus tres hijos, que le fue denegada por no encontrarse el causante en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante, y no haber completado el mínimo de cotización de 15 años del art. 175.1 LGSS. En instancia se reconoció el derecho a la pensión de orfandad, sentencia revocada en suplicación, por entenderse que aunque podría considerarse que el causante se encontraba en situación asimilada al alta en atención a las dolencias padecidas, no cumplía con la exigencia del periodo de carencia de 15 años. Ante la cuestión de si procede reconocer el derecho de los hijos del causante a la pensión de orfandad, teniendo en cuenta que conforme a la situación de alcoholismo del causante éste se encontraba en situación asimilada al alta sin que sea exigible un periodo de cotización, la **STS 22-02-2017 (Rec. 1563/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:868], entiende que conforme a reiterada y antigua jurisprudencia, debe aplicarse una doctrina flexibilizadora y no rigorista de la exigencia legal de estar en alta o en situación asimilada al alta en determinados supuestos como el presente, en que el causante estaba en seguimiento médico por sus dolencias de cirrosis hepática por abuso de alcohol de forma crónica, con gran deterioro de la función hepática, presentando problemas de coagulación y encefalopatía hepática, habiendo sufrido dos hepatitis agudas etílicas y consumiendo habitualmente hasta 5 litros de cerveza al día, lo que le imposibilitaba para desarrollar una actividad productiva, por lo que no puede presumirse un abandono del sistema de Seguridad Social, añadiendo la Sala IV *“que el causante acreditaba cotizado 4550 días al Sistema de la Seguridad Social, muy superior al exigible legalmente en las situaciones de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social”*.

#### 10.2.-Aplicación paulatina del límite de edad

El Art. 175.2 LGSS, en redacción dada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, prevé que *“si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del curso académico”*. Por su parte, la DT 6ª bis LGSS, establece *“aplicación paulatina del límite de edad a efectos de las pensiones de orfandad simple en los que el huérfano no trabaje”*. El actor, que percibía pensión de orfandad y estaba cursando estudios universitarios, fue dado de baja de la pensión al cumplir 22 años, reclamando que se le siguiera abonando ésta. La Sala IV, siguiendo lo dispuesto en jurisprudencia anterior iniciada por STS 18-09-2014 (Rec. 3217/2013) [ECLI:ES:TS:2014:4267], en **STS 23-11-2016 (Rec. 3818/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5604], examina ambas normas y concluye que la reforma amplía el beneficio de seguir percibiendo pensión de orfandad hasta los 25 años con comienzo de vigencia el 01-01-2014, de forma que quienes se encontraran cursando estudios a dicha fecha, y a lo largo de dicho año cumplieran 25 años, conservan el beneficio hasta el día primero del mes

inmediato posterior al del inicio del siguiente curso académico, y lo mismo ocurre a quienes cumplan 24 años a lo largo del curso académico en 2013, 23 años en 2012 y quienes cumplen 22 años a lo largo del curso de 2011, ya que *“el hecho de fijar una edad, la de 25, unida a un año 2014, solo tiene sentido si se considera destinada a proteger a quien cumple la edad límite en la redacción anterior en 2011, prolongando su condición de beneficiario hasta los 25 años”*.

#### 10.3.-Incremento de pensión en supuestos de orfandad absoluta

Las SSTS (Pleno) 29-01-2014 (Recs. 3119/2012 y 1122/2013) [ECLI:ES:TS:2014:1176] y [ECLI:ES:TS:2014:1383], fallaron en el sentido de que no tenía derecho al incremento de la pensión de orfandad (con la pensión de viudedad no percibida), prevista en el art. 175 LGSS -en redacción dada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre para los supuestos de orfandad absoluta-, quien es huérfano de padre separado de su madre, que vive, si bien ésta no tiene derecho a la pensión de viudedad puesto que no se había fijado pensión compensatoria, y ello en sentido negativo. Entendió la Sala IV que tanto el art. 175 LGSS como art. 36 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en redacción dada por RD 296/2009, de 6 de marzo, refieren a los supuestos de orfandad absoluta, lo que debe entenderse referido a: 1) fallecimiento de los dos progenitores; 2) fallecimiento de un progenitor siendo el otro desconocido, en aplicación de lo establecido en STC 154/2006, de 22 de mayo, que eliminó la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales; o 3) progenitor superviviente maltratador, pero no puede ir referida a los supuestos en que existiendo un progenitor, éste no perciba la pensión de viudedad por el motivo que sea. El argumento es que en dichas situaciones existe una situación de necesidad familiar, lo que no concurre en casos distintos, ya que para que se produzca el incremento es precisa la existencia de una “orfandad absoluta”, entendida como la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano. Dicha jurisprudencia se reiteró en numerosas sentencias, y en el periodo analizado en **STS 12-12-2016 (Rec. 3352/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5737].

#### 10.4.-Fecha de efectos

Tras reconocerse prestación de orfandad por sentencia de instancia, sentencia que fue recurrida en suplicación y confirmada, se instó la ejecución de sentencia, fijándose en el Auto como fecha inicial de efectos los tres meses anteriores a la solicitud en vía administrativa. Tras presentarse recurso de suplicación frente a dicho Auto, el mismo se confirmó. Dicha sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina por parte del beneficiario, que entendía que los efectos debían retrotraerse a los tres meses anteriores a una inicial solicitud de fecha anterior a la que se tuvo en cuenta en el Auto. La Sala IV, en **STS 25-01-2017 (Rec. 2729/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:631], revoca la sentencia de suplicación, por entender que la jurisprudencia anterior en relación con el art. 43 LGSS, en versión anterior a la ley 42/2006, de 28 de diciembre, debe ser de aplicación igualmente, ya que la nueva redacción del art. 43 LGSS no impide que los efectos se retrotraigan a los tres meses

anteriores a una reclamación anterior que fue indebidamente denegada, y ello en atención al principio pro beneficiario.

Igualmente se pronuncia la Sala IV sobre la fecha de efectos de la pensión de orfandad reconocida a quien inicialmente se le denegó por ser mayor de 18 años y no estar en situación de incapacidad permanente absoluta en la fecha de fallecimiento de su progenitor, habiendo solicitado reconocimiento de un 65% de minusvalía que obtuvo mediante sentencia, pensión de orfandad que fue finalmente reconocida por sentencia de suplicación en que se consideró teniendo en cuenta las dolencias que padece la actora (síndrome de fatiga crónica grado III y síndrome ansioso depresivo con neurosis fóbica), las mismas suponen limitación propia de una incapacidad permanente absoluta, por lo que procede reconocerle el derecho a la pensión de orfandad, fijándose como fecha de efectos la fecha del fallecimiento del causante. La cuestión que se plantea en casación para la unificación de doctrina es la determinación de la fecha de efectos de la pensión reconocida, si en la fecha de la solicitud (14-06-2011) o en la fecha del fallecimiento (11-09-2008), la **STS 05-04-2017 (Rec. 238/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:1551] –sentencia que contiene Voto particular discrepante- tras entender que no debe confundirse la fecha del hecho causante -que se produce en el momento del fallecimiento del causante-, con la fecha de efectos económicos de las prestaciones por muerte y supervivencia -que depende del momento de su solicitud-, entiende que hay que estar a la fecha de la solicitud y aplicar desde entonces el art. 43.1 LGSS, y ello porque la presentación de la solicitud no está supeditada a la resolución de una reclamación sobre declaración de grado de minusvalía.

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

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión a favor de familiares la hija que convivía con el padre desde hacía dos años y que estaba tramitando su divorcio, sin que tuviera derecho a pensión compensatoria cuando el padre falleció, lo que aconteció antes de transcurrir un mes desde la presentación de la demanda de divorcio, y que le fue denegada en instancia y estimada en suplicación por considerarse por la Sala que en el momento del hecho causante la actora había presentado demanda de divorcio por lo que había puesto de manifiesto la crisis matrimonial, y que si renunció posteriormente a la pensión compensatoria fue por los pocos ingresos que tenía el esposo, la Sala IV, en **STS 21-12-2016 (Rec. 2255/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5757], revoca dicha sentencia por considerar que de una interpretación lógico sistemática de los arts. 176.2 y 4 LGSS, se deduce que no tiene derecho a la prestación cuando en el momento del hecho causante no estaba separada de su marido, ni de hecho ni de derecho, al seguir conviviendo en el mismo domicilio que éste, sin que se pueda dar valor al hecho de que días antes del fallecimiento presentaran demanda de divorcio.

A idéntica conclusión se llega en **STS 01-02-2017 (Rec. 3007/2015)** [ECLI:ES:TS:2017:836], en la que se deniega la prestación en favor de familiares a la hija que convivía con la madre mientras estaba tramitando su divorcio, sin que tuviera derecho a pensión compensatoria cuando la madre falleció, insistiéndose en que el estado civil requerido a los titulares de la

prestación es el de “solteros, divorciados o viudos” a los que la ley equipara a la separación legal, sin que quepa equiparación con la separación de hecho.

## **12.-PRESTACIONES POR HIJO A CARGO**

El demandante, huérfano de padre y madre y funcionario de la Administración General del Estado, solicitó prestación familiar por hijo a cargo teniendo una minusvalía del 88% que le fue reconocida inicialmente, si bien se declaró indebida la prestación posteriormente. Tras presentar demanda el INSS y la TGSS de solicitud de revisión de acto declarativo de derecho, en instancia se desestimó la demanda por considerar que la percepción de ingresos por el causante no constituye un requisito esencial para lucrar la prestación, por lo que la ausencia del mismo no es determinante de nulidad absoluta de la resolución de reconocimiento de la prestación, sino que la falta de dicho requisito supondría su anulabilidad, quedando sujeta la resolución a un plazo de revisión de 5 años, que habrían transcurrido debiendo considerarse la acción prescrita. La Sala de suplicación revocó la sentencia de instancia por considerar que primeramente hay que examinar si la percepción de ingresos por el causante constituye o no requisito esencial para acceder a la prestación, para considerarse si el acto es nulo o anulable, y conforme al art. 181 LGSS, el causante de la prestación ostenta la cualidad de beneficiarlo por sustitución de su padres, por lo que ha de cumplir los requisitos legales tanto para ser beneficiario como para ser causante, y para ser causante no se pueden percibir ingresos superiores al SMI, por lo que no cumplía dicho requisito al tiempo de reconocimiento de la prestación. Ante la cuestión de si en el supuesto de huérfano absoluto con discapacidad superior al 65%, es también exigible al beneficiario-causante, para percibir la prestación por hijo a cargo, no percibir ingresos por encima del porcentaje establecido en la ley para los causantes de la prestación, la Sala IV, en **STS 23-11-2016 (Rec. 3692/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:5621], entiende que ello no procede, por lo que tiene derecho a la prestación por hijo a cargo, y ello con el siguiente argumento: 1) Lo importante no es la persona a la que se concede la prestación, sino el estado de necesidad que cubre la prestación; 2) Los padres no son causantes de la prestación sino el hijo, de forma que una vez causada la prestación, su percepción corresponderá a los padres, y en caso de fallecimiento de ambos, coinciden plenamente la persona del causante y la del perceptor, que será el hijo que entonces se encuentra “a cargo de sí mismo”, teniendo la asignación por finalidad, atender a mitigar su propio estado de necesidad. En definitiva, considera la Sala IV, que el art. 182.3 LGSS debe prevalecer sobre lo dispuesto en el art. 181 a) LGSS, cuando exige un límite de rentas al causante cuando convive con el beneficiario de la prestación lo que aquí no acontece, es decir, tiene derecho a la prestación aunque tenga ingresos.

## **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 correspondientes a 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 (Rec.1980/1992)

[ECLI:ES:TS:1993:4060], seguida de otras posteriores, y se ha reiterado en **STS 20-09-2016 (Rec. 3390/2014)** [ECLI:ES:TS:2016:4453], 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.

Ante la cuestión de si la falta de cotización SOVI durante un periodo necesario para alcanzar la carencia mínima puede serle imputada a la empresa en un supuesto en que ésta adoptó la forma de cooperativa y la legislación permitía a los socios trabajadores pasar a integrarse en la Mutualidad de trabajadores autónomos, la Sala IV, en **STS 22-11-2016 (Rec. 566/2015)** [ECLI:ES:TS:2016:5687], considera que sí procede reconocer la pensión SOVI, puesto que la Orden 25-03-1963 daba el derecho de opción a los socios voluntarios del Mutualismo laboral para continuar en dicho régimen especial o pasar a las Mutualidades laborales de Trabajadores autónomos, posibilidad reconocida a los socios trabajadores de cooperativas, fijando un margen temporal para la opción entre mantenerse en el marco de protección por cuenta ajena, o pasar al de autónomos con carácter definitivo, marco temporal que coincide con la situación fáctica relativa a la cotización de la actora.

### III. DERECHO PROCESAL LABORAL

#### 1. Competencia de la jurisdicción social

##### 1.1. Competencia material

**El orden social de la jurisdicción es competente para:**

**a)** Conocer de la demanda de **reintegro de gastos de asistencia médico-sanitaria planteada por la Mutua frente al SERGAS**, de acuerdo con el criterio sentado por las TS 14-7-16 Rec 433/15 y 23-6-16 Rec 428/15, que reiteran las **SSTS 29-9-2016 (Rc 419/15 ECLI ES:TS:2016:4707)** y **TS 14-7-2016 (Rc 433/15 ECLI:ES:TS:2016:3948)**, porque no se trata de un acto de gestión recaudatoria, sino de la determinación de la existencia o no - por prescripción, en su caso - de la obligación de satisfacer los gastos derivados de la asistencia sanitaria, como prestación nacida de una contingencia profesional, por parte de quien, en definitiva, asume la cobertura; sin que sea admisible distinguir la atribución competencial según se admita o no por la Mutua el origen del accidente, puesto que, calificado el mismo como laboral y asumida, en suma, la responsabilidad, los avatares del importe y del abono de la prestación han de seguir el mismo cauce en el marco del orden social.

**b)** Conocimiento de las cuestiones relativas a las **bolsas de trabajo en la Administración Pública** (cuando los trabajadores integrantes de las mismas consideran que han sido indebidamente preteridos en el llamamiento). La **STS**

**5-10-2016 (Rc 280/15 ECLI:ES:TS:2016:4913)**, entiende que la doctrina que atribuía dicha materia al orden contencioso administrativo, plasmada en dos sentencias del Pleno de la Sala IV TS de 14 de octubre de 2000 (Rec 3647/98 y 5003/98), y reproducida por otras muchas posteriores, debe entenderse modificada por la entrada en vigor de la LRJS art. 2.n) que atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.

**c)** Conocer de la reclamación de **intereses legales contra el FOGASA** por el retraso en el pago de la prestación (indemnización por despido y salarios adeudados) de la que dicho organismo haya podido resultar responsable. Así, entre otras, las **SSTS 29-9-2016 (Rc 2601/15 ECLI:ES:TS:2016:4450)** y **6-10-2016 (Rc 2763/15 ECLI:ES:TS:2016:4783)**, estiman el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio Fiscal con arreglo a la posibilidad establecida en la LRJS art. 219.3, razonando que el pago de los intereses es una obligación accesoria de la principal - que es el pago de la prestación -, lo que determina que el régimen legal de la segunda deba ser también el aplicado a la primera; y aclara que, contrariamente a lo alegado, no se trata de una pretensión de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración, sino del pago de intereses por impuntualidad en el cumplimiento de la referida obligación principal.

**d)** Conocer de la pretensión de que se califique como **precontrato de trabajo** la situación jurídica generada en la relación entre las partes y se condene a la demandada al pago de una indemnización por su eventual incumplimiento, estimando o desestimando la pretensión así ejercitada, sin perjuicio de que el demandante pueda reclamar ante el orden contencioso administrativo cualquier otro aspecto relacionado con la gestión de las bolsas de trabajo por parte de la entidad pública demandada, según la **STS 02-06-2016 (Rc 117/15) ECLI:ES:TS:2016:4404** .

**f)** La **fijación de la fecha de efectos del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad (asbestosis)**. Según la **STS 13-9-2016 (Rc 3770/15) ECLI:ES:TS:2016:4362**, la determinación de los efectos temporales del recargo de prestaciones establecido en la resolución del INSS que lo establece no es un acto administrativo de los previstos en la LRJS art. 3.f), sino que, por el contrario, "se trata una materia esencial para la fijación y delimitación del recargo prestacional cuya impugnación es asunto comprendido en la LRJS art. 2 "ya que, por un lado, se trata de una acción relacionada con los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios que tienen su causa en enfermedades profesionales (apartado b); y, por otro, en el ámbito de la Seguridad Social, es una acción relativa a la imputación de responsabilidades al empresario respecto de las prestaciones de Seguridad Social [apartado o) del indicado artículo 2 LRJS]. Y es que la determinación de la procedencia o no del recargo comprende también la de su cuantía y alcance, que no puede confundirse con la recaudación de su importe a realizar por la TGSS una vez el recargo esté totalmente determinado".

**g)** El conocimiento de la demanda planteada por un trabajador afectado por un despido colectivo, en **solicitud de que se condene a la empresa a que formalice el convenio especial con la Seguridad Social**, a tenor de lo

establecido en la LRJS art. 3.h) y LC art. 8.2, porque no se trata de una las materias de las que resulta competente con carácter exclusivo y excluyente el Juez del concurso, según la LC art. 8.2º. La referida petición dimanaba de la obligación asumida por la empresa en el expediente de despido colectivo que se siguió y del que derivó el del actor. Con posterioridad la empresa fue declarada en concurso y la Administración Concursal se negó a suscribir el citado convenio. La sentencia razona que al ser el despido colectivo anterior a la declaración de la empresa en situación de concurso, el conocimiento de todas las cuestiones atinentes al despido colectivo corresponde al orden jurisdiccional social, encontrándose entre las mismas la ejercitada por el actor. Así, entre otras, SSTS **18-10-16 (Rc 2213/15)** ECLI:ES:TS:2016:5069 , y **26-10-2016 (Rc 2447/15)** ECLI:ES:TS:2016:5207 .

**h)** Conocimiento de los litigios sobre **personal eventual de la Administración pública** (local) que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial, incumbe al orden social o al contencioso-administrativo conforme a los arts. 12.5 EBEP y 89 y 104.2 LBRL. La **STS 20-4-2016 (Rc 36/14)** ECLI:ES:TS:2017:463 declara la competencia del orden social de la jurisdicción para resolver el conflicto planteado, puesto que de los inalterados hechos probados (en los que ni siquiera existe un formal nombramiento de personal eventual, sino un denominado contrato laboral especial de alta dirección) se deduce que estamos ante un contrato de trabajo, a pesar de la incorrecta calificación como personal eventual realizada por la Sala de suplicación.

**i)** Conocer de la demanda individual de **extinción del contrato del art. 50.1 b)** ET cuando se plantea antes del concurso, porque de acuerdo con el art. 64.10 LC, dichas demandas individuales sólo sería computables "a partir de la declaración del concurso", tal como señala la **TS 20-7-2016 (Rc 3792/14)** ECLI:ES:TS:2016:4026, declara competente a la jurisdicción social para Sin embargo, es el juez de lo mercantil el competente para resolver sobre la extinción colectiva de contratos de los trabajadores de una empresa que se encuentra en concurso cuando, previamente, algunos de dichos trabajadores han formulado demanda de extinción del contrato de trabajo ante el juzgado de lo social al amparo del **art. 50.1 b) ET** y dicha demanda no ha sido aún resuelta. A lo que añade la sentencia, respondiendo con ello al tercer motivo del recurso, que no procede la suspensión ni el archivo provisional del procedimiento tramitado ante el juzgado de lo social.

**j)** Determinar si ha habido **sucesión de empresa** del art. 44 ET, en el caso de una empresa concursada y liquidada, y cuyo patrimonio ha sido adjudicado, como unidad productiva en funcionamiento, a una tercera empresa, frente a la que se pretende la ejecución de la condena al pago de determinada cantidad, derivada de obligaciones laborales. La **TS 11-1-2017 (Rc 1689/15)** ECLI:ES:TS:2017:456) razona que aunque la adquirente es ajena al procedimiento concursal, porque no fue parte en el mismo, al haber adquirido bienes de la concursada que pudieran constituir una unidad productiva autónoma, podría venir obligada a subrogarse en ciertas obligaciones laborales de la concursada.

**k)** Conocer de la demanda que denuncia el incumplimiento del **acuerdo sobre liberados sindicales** suscrito por Panrico con la Federación Agroalimentaria de CCOO (FACCOO). La **TS 26-1-17 (Rc 54/2016)** ECLI:ES:TS:2017:6479 confirma en este punto la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional,

porque se trata de un acuerdo típico de mejora de los derechos sindicales reconocidos legalmente y lo que se denuncia es que el incumplimiento del acuerdo supone un trato discriminatorio de PANRICO con respecto a UGT por no haber firmado determinados acuerdos o convenios.

## **B) Sin embargo, la jurisdicción social no es competente para:**

**a)** Conocer de la pretensión de que la CAM transfiera a la UAM cantidad suficiente para que esta última satisfaga a la demandante - integrada en dicha Universidad como personal laboral docente procedente de las “Escuelas Universitarias de Enfermería” de la CAM, por acuerdo del Consejo de Gobierno de 23/12/2010 (BOCAM, 21/01/2011) - el “**complemento personal transitorio**” destinado a cubrir la diferencia retributiva respecto de su salario en la Escuela, pese a que tal transferencia se estableciera en convenio previo al citado acuerdo entre AAPP. La sentencia razona que con arreglo a la interpretación conjunta de los arts. 8 LRJAPPAC y 2 n) LRJS, el compromiso de la CAM de transferir a la referida Universidad parte de la retribución del personal integrado, es por completo ajeno al contrato de trabajo, y su cumplimiento es algo que sólo afecta a las Administraciones pactantes y nunca puede repercutir en los derechos e intereses de la trabajadora, como indican las **STS 14-9-2016 (Rc 3359/14 ECLI:ES:TS:2016:4197 y 1597/15 ECLI:ES:TS:2016:4195)**.

**b)** Conocer de la acción o inacción de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), que vulnera el derecho fundamental de libertad sindical denunciado, porque según la **STS 29-3-2016 (Rc 176/15 ECLI:ES:TS:2016:2250)**, si bien en la demanda no se impugna acto alguno de la Administración, se ataca la inacción de la CAM por no desplegar instrumentos o mecanismos para hacer efectiva la gestión por el sindicato accionante del porcentaje que le corresponde en los **fondos de formación**. La sentencia añade que a ello no se opone lo previsto en el art. 2 n) LRJS, porque el mecanismo estatal de consignación de cantidades a favor de la CAM, en concepto de formación para el empleo y la formalización por ésta de los instrumentos precisos de conformidad con la normativa de subvenciones, no constituye materia laboral o sindical encuadrable en las previsiones de dicho precepto.

**c)** Interesante la **TS 13-9-16 (Rc 1969/15 ECLI:ES:TS:2016:5058)** que a pesar de no apreciar la contradicción analiza los aspectos atribuidos y excluidos de la competencia de la jurisdicción social en relación con la materia prevista en el art. 2.c) LRJS, en el sentido de que la citada jurisdicción se extiende al conocimiento de las cuestiones ligadas a la relación jurídico laboral que vincula al socio con su **cooperativa**, siendo ajenas a su competencia todas aquellas cuestiones litigiosas referidas a la relación societaria.

## **1.2. Competencia objetiva**

### **A) De los Juzgados de lo Social**

**a)** La **extinción de los contratos temporales** no computa a los efectos de determinar los umbrales del art. 51 ET, y la consideración o no de su **carácter fraudulento** debe determinarse en cada caso por el procedimiento individual correspondiente. En este sentido, la **TS 22-12-2016 (Rc 10/2016**

ECLI:ES:TS:2016:57959) argumenta que la calificación de la verdadera causa de extinción de cada uno de los contratos de trabajo tiene contornos estrictamente individuales y que por esa razón la competencia para conocer de la acción de impugnación de la terminación del contrato de trabajo corresponde al Juzgado de lo Social, a través del cauce de la LRJS arts. 103 a 113 y 120 a 123, y no a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, al no tratarse de un despido colectivo, sino plural.

**b)** Por su parte la **TS 20-12-2016 (Rec 19/16 ECLI:ES:TS:2017:1994)** declara que corresponde al Juzgado de lo Social - y no a la Audiencia Nacional - la competencia para conocer del conflicto colectivo promovido en solicitud de la declaración de nulidad de la redistribución salarial anual y retribución mensual adoptada unilateralmente por la demandada y que afecta a los trabajadores del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación que prestan servicios en diferentes localidades de la República Argentina, porque es claro que las diferentes localidades de Argentina no son equiparables al “ámbito superior de una Comunidad Autónoma” de la LRJS art. 8.1, debiendo estar, por el contrario, a lo dispuesto en el art 10.1 *in fine* de la misma ley, del que se deduce que será competente el Juzgado correspondiente del domicilio de la Administración pública demandada. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 30-3-2017 (Rc 41/16 ECLI:ES:TS:2017:1435)** para conocer de la demanda de conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo, que afecta al personal laboral del Ministerio de Asuntos Exteriores en Bélgica.

## **B) De la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional**

Corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el conocimiento en única instancia de los siguientes conflictos:

**a)** Del conflicto colectivo que afecta a todos los trabajadores de la demandada (alrededor de 425) que prestan servicios en 119 oficinas ubicadas en ciudades de varias CC.AA., por imperativo de lo dispuesto en el art. 8.1 LRJS, al extender “sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma” (**TS 22-6-2016, Rc 185/15 ECLI:ES:TS:2016:4074**). En el mismo sentido, en relación a conflictos colectivos que afectan a centros de trabajo de diferentes Comunidades Autónomas, entre otras, las **STS 6-7-2016 (Rc 155/15) ECLI:ES:TS:2016:3906**, y **18-10-2016 (Rc 133/15) ECLI:ES:TS:2016:4784**.

**b)** Del conflicto colectivo planteado por el sindicato SIB contra Caixabanc, en impugnación de la decisión empresarial de no abonar el complemento de residencia a determinado grupo de trabajadores. La **TS 30-6-2016 (Rec 231/15) ECLI:ES:TS:2016:3598** recuerda que las reglas de la competencia objetiva establecidas por la ley (en este caso, los arts. 7.a) y 8.1 LRJS) son indisponibles por las partes y que el ámbito de afectación del conflicto viene dado en función de su objeto procesal, determinado por la pretensión de la demanda, sin que sea admisible que la parte promotora de la acción configure el alcance de la pretensión a efectos de acomodarla a su legitimación activa.

**c)** La **TS 6-7-2016 (Rc 3462/14) ECLI:ES:TS:2016:3957** declara que la competencia para conocer de la impugnación, durante la vigencia de la primitiva redacción de la LRJS, de la autorización de ERE por la Dirección de Trabajo, afectante a distintos centros de trabajo de varias Comunidades Autónomas corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de

acuerdo con el régimen previsto en la Disp. Transitoria 10ª RD-L 3/2012, reiterando con ello al doctrina de la Sala que cita.

**d)** La Audiencia Nacional es igualmente competente para conocer de la demanda de tutela de los derechos de libertad sindical de dos representantes sindicales, basada en el incumplimiento de una Acuerdo sobre liberados sindicales suscrito por Panrico con la Federación Agroalimentaria de CCOO, que tiene alcance superior a una Comunidad Autónoma (**TS 26-1-17 Rec 54/2016**) ECLI:ES:TS:2017:647 ..

### **1.3. Competencia funcional (remisión a los recursos de suplicación y de casación)**

#### **a) Incompetencia de la Sala IV del Tribunal Supremo en procesos de impugnación de actos administrativos por razón de la cuantía litigiosa.**

De acuerdo con la **STS 15-7-2016 (Rc 342/14 ECLI:ES:TS:2016:3961)**, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no tiene competencia para conocer de los recursos de casación frente a las sentencias dictadas en procesos de impugnación de sanciones impuestas por las Administraciones públicas de las previstas en el art. 2. n) y s), cuando la sanción no supere 150.000 euros.

### **1.4 Competencia internacional**

Como señala la **STS 18/05/2016 (Rc 3951/14 ECLI:ES:TS:2016:3187)**, las reglas de competencia internacional vienen configuradas por un sistema de normas que se estructuran en torno a un principio prioridad, de tal manera que debe aplicarse, en primer término, la normativa internacional y/o de la Unión Europea sobre competencia judicial, y sólo en caso de no ser esto posible, acudir al derecho interno. En el caso resuelto por dicha sentencia el demandante, de nacionalidad española suscribió con Teksilon Unipessoal Limitada un contrato de prestación de servicios como autónomo, facturando sus servicios de asistencia técnica de ingeniería, prestando dichos servicios en Monçao (Portugal), teniendo la empresa su domicilio social y arrendada una nave en Monçao donde prestaba dichos servicios, sin que conste acreditado que el contrato se suscribiera en España, ni que Teksilon España SL fuera una 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 (coincidente en esta materia con la contenida en el ulterior Reglamento UE 1215/2012, aunque no aplicable al caso por razones temporales), la sentencia declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la cuestión examinada.

## **2. El proceso ordinario**

### **2.1. De la evitación del proceso**

#### **2.1.1 Conciliación previa**

Aunque la **STS 13-9-2016 (Rc 1969/15 ECLI:ES:TS:2016:5058)**, no aprecia la contradicción de la LRJS art. 219, resulta interesante el examen que realiza del carácter suspensivo de la presentación de la papeleta de conciliación (para el

cómputo del plazo de caducidad de la acción impugnatoria de una sanción impuesta a un socio cooperativista), cuando no sea legalmente preceptivo dicho requisito, al resultar de aplicación lo previsto en la LRJS art. 64.3º LRJS, según el cual “ Cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, aun estando exceptuado el proceso del referido requisito del intento previo, si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirán los de prescripción en la forma establecida en el artículo siguiente”.

### **2.1.2 Reclamación administrativa previa**

Continúa en este periodo la larga cadena de sentencias que reitera la doctrina de la Sala con arreglo a la cual incumbe a la Mutua, que dejó firme la resolución administrativa sin impugnarla en el plazo establecido en la LRJS art. 71.2, la responsabilidad del pago de las prestaciones. Porque sólo es aplicable a los beneficiarios el criterio de pervivencia de la acción mientras no prescriba el derecho material del que deriva.

Por otra parte la Sala ha señalado entre otras, en **TS 21-3-2017 (Rc 3810/15 ECLI:ES:TS:2017:1537)** y **5-4-2017 (Rc 1219/16 ECLI:ES:TS:2017:1729)**, que no es válida la reclamación administrativa previa extemporánea frente a la resolución del SPEE que declara extinguido el derecho a las prestaciones por desempleo y la percepción indebida de las mismas. Porque en estos casos no resulta de aplicación la LGSS art. 71.4, ya que no se trata de una reclamación frente a la denegación del derecho a prestaciones - que es la hipótesis propia de ese precepto - sino de impugnar una decisión administrativa sancionadora. Con mayor detalle se analizan ambas cuestiones en Seguridad Social.

## **2.2. La demanda**

### **2.2.1 Ejercicio de acciones meramente declarativas**

Como indican las **SSTS 20-10-2016 (Rc 104/15 ECLI:ES:TS:2016:4942)** y **29-11-2016 (Rc 676/15 ECLI:ES:TS:2016:54389)**, la posibilidad de ejercitar acciones meramente declarativas en el proceso laboral, ha sido ya reconocida por el TC en sus SS 71/1991, 210/1992, y 65/1995, en aplicación de lo dispuesto en la CE art. 24.1 CE, que impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva. También la Sala IV del Tribunal Supremo ha razonado sobre las acciones declarativas, justificando su ejercicio cuando se produzca a) La existencia de una verdadera controversia y b) La concurrencia de una necesidad de protección jurídica. En el caso enjuiciado por dichas resoluciones se solicitaba el reconocimiento de la antigüedad correspondiente al periodo de prestación de servicios en virtud de diversos contratos temporales eventuales, con anterioridad a la suscripción de un contrato indefinido, considerando que la demandante tiene acción, aunque ésta sea meramente declarativa, ya que existe un conflicto y un interés actual digno de protección, pues la fijación del tiempo de servicios prestados a la empresa es un elemento esencial que puede incidir en diversos aspectos del desarrollo de la relación laboral, así como en su extinción.

### **2.2.2 Litispendencia**

La **STS 18-10-16 (Rc 205/15 ECLI:ES:TS:2016:4798)** aplica la doctrina recopilada por la TS 6-7-16 Rec 155/15 que, partiendo de la base de la falta de un concepto legal de litispendencia, caracteriza la figura como una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, tendente a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo por ello necesario para poder ser apreciada que concurren las mismas identidades exigidas para esta última: subjetiva, objetiva y causal. En consecuencia, no basta con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que podría dar lugar es a la posibilidad de acumular ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la de litispendencia. Todo lo cual permite a la Sala rechazar la excepción al ser distinta tanto la acción promovida en uno y otro procedimiento, como las partes intervinientes en los mismos, al margen de que la sentencia invocada por la recurrente no entra en el fondo del asunto pues únicamente resuelve en torno a la falta de legitimación activa de la empresa. En aplicación de la misma doctrina se rechaza la excepción por las **SSTS 23-11-2016 (Rc 91/16 ECLI:ES:TS:2016:5417)** y **12-9-2016 (Rc 246/15 ECLI:ES:TS:2016:4782)**.

### **2.2.3 Acumulación de acciones**

La **STS 26-1-2017 (Rc 54/2016 ECLI:ES:TS:2017:647)** declara adecuada la acumulación de acciones de **tutela de libertad sindical** en la demanda presentada por la Federación Agroalimentaria de CCOO y dos delegados sindicales, denunciando el incumplimiento del acuerdo sobre liberados sindicales suscrito por Panrico y dicha Federación, porque las acciones poseen una evidente conexidad (LRJS art. 25.3), y el incumplimiento eventualmente lesivo de la libertad sindical - para la Federación y para los delegados sindicales - hace sentir sus efectos sobre las diversas Comunidades Autónomas en que desarrollan una y otros su actividad.

Por su parte, la **STS 20-7-2016 (Rc 303/14 ECLI:ES:TS:2015:5660)** indica que, por su carácter especial y urgente, el proceso especial de **impugnación de despidos colectivos** regulado por el art. 124 LRJS queda limitado a los cuatro supuestos previstos en su apartado 2, sin que la LRJS permita que se acumule ninguna otra acción (art. 26 LRJS).

### **2.2.4 Litisconsorcio pasivo necesario**

La figura del litisconsorcio pasivo necesario obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio. La jurisprudencia señala que la razón de ser de esta excepción procesal se halla en el principio constitucional de tutela judicial efectiva y de evitación de la indefensión que proclama la CE art. 24 y, precisamente por ello, puede declararse de oficio.

En el asunto que examina la **STS 1-2-2017 (Rec 18/16 ECLI:ES:TS:2017:530)** la Sala aprecia la indebida constitución de la relación jurídica procesal, por no haber sido demandada la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, teniendo en cuenta que la misma podía resultar afectada en sus derechos e intereses por el proceso judicial seguido para que se declarara

contraria a derecho la falta de convocatoria anual de los complementos retributivos adicionales del personal docente e investigador (PDI) de la Universidad del País Vasco. En otro supuesto similar, **STS 22-2-2017 (Rc 999/15 ECLI:ES:TS:2017:876)**.

### **2.2.5 Acumulación de demandas de despido y de extinción el contrato por voluntad del trabajador del art. 32 LRJS**

Según la **STS 19-7-2016 (Rc 338/15 ECLI:ES:TS:2016:3963)**, la acumulación de demandas de despido y del art. 50 ET no equivale a la “solicitud” prevista en el art. 110.1.b LRJS. La sentencia señala que de este último precepto no deriva la obligación de abonar salarios de tramitación cuando el despido improcedente es indemnizado, pero que tampoco puede excluirse, así como que el eventual devengo de tales salarios a partir de preceptos reguladores de la ejecución de sentencias es compatible con lo anterior.

## **2.3. Los actos de conciliación y de juicio**

### **2.3.1 Conciliación judicial. Petición de nulidad del acuerdo de conciliación judicial por la supuesta inadecuación del procedimiento en el que se celebró la mismo**

La **TS 16-2-2017 (Rec 1/16 ECLI:ES:TS:2017:1117)** rechaza la inadecuación de procedimiento por cuanto el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para interpretar determinados acuerdos colectivos, en orden a fijar el salario regulador de las extinciones contractuales pactadas en ellos; y rechaza igualmente que el acuerdo de conciliación judicial pueda impugnarse por causas distintas a las tasadas - que no son otras que las que invalidan los contratos de la LEC art 415-2, CC art. 1817 y LEC de 188 art. 1474- entre las que no se encuentra la referida inadecuación de procedimiento en que se llevó a cabo dicha conciliación.

### **2.3.2 Las pruebas**

#### **Validez de la obtenida mediante cámaras de videovigilancia colocadas en los lugares de trabajo**

De acuerdo con la doctrina sentada por la STC 39/2016, de 3-3-16 (RA 7222/2013) y por la propia Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencia de 07/07/2016 (R. 3233/2014), el control de la prestación de trabajo mediante sistema de videovigilancia se entiende consentido tácitamente en el contrato de trabajo, en virtud de lo dispuesto en el ET art. 20.3, y la obligación de informar previamente del dispositivo instalado exigido en la LOPD art. 5, queda cumplida con la colocación del correspondiente distintivo avisando de su existencia, sin necesidad de advertir al trabajador de que podrá ser utilizada para fines disciplinarios, lo que determina que la prueba así obtenida resulte válida y no contraria al derecho a la protección de datos establecido en el artículo 18.4 CE, siempre que el control se limite a la relación laboral y no sea, por tanto, ajeno al contrato de trabajo. Así, entre otras **SSTS, Pleno, 31-1-2017 (Rec. 3331/15 ECLI:ES:TS:2017:654)**; **1-2-2017, Pleno, (Rec 3262/15 ECLI:ES:TS:2017:811)** y **2-2-2017 (Rec 554/16 ECLI:ES:TS:2017:817)**.

### **2.3.4 Diligencias finales**

Como recuerda la **STS 20-10-16 (Rc 278/15 ECLI:ES:TS:2016:4921)**, el recurso a las diligencias finales constituye una facultad discrecional que puede

utilizar el órgano judicial para la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, una vez terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, en los términos establecidos en la LRJS art. 88.

## 2.4. Sentencia

### 2.4.1 Motivación de las sentencias

La **STS 20-10-16 (Rc 278/15)** ECLI:ES:TS:2016:4921 parte de la jurisprudencia constitucional y ordinaria establecida en relación con la motivación de las resoluciones judiciales, para rechazar que en el caso que enjuicia se haya incurrido en la infracción de dicha doctrina, pues el art. 97 LRJS no obliga a «exponer un discurso minucioso y exhaustivo aplicado a todas y cada una de las pruebas concretas que se hayan practicado».

### 2.4.2 Congruencia de las sentencias

#### **Incongruencia omisiva**

La **TS 14-2-17 Rec 104/16** no aprecia la existencia de incongruencia omisiva, que es la que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestación las pretensiones de las partes sometidas a su conocimiento, siempre que dichas pretensiones sean trascendentes para fijar el fallo y no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita. Porque la sentencia analiza y da respuesta, de una forma global, a la totalidad de las cuestiones planteadas en la demanda y a las surgidas en el juicio oral. Tampoco se aprecia incongruencia omisiva, entre otra, en la **STS 6-7-2016 (Rc 155/15)** ECLI:ES:TS:2016:3906 y **16-3-2017 (Rc 86/16)** ECLI:ES:TS:2017:1430.

A diferencia de lo que sucede con la incongruencia omisiva típica, *ex silentio* o por olvido, en la **omisión de pronunciamiento razonada o consciente** - que también puede incidir en el derecho a la tutela judicial efectiva de la CE art. 24.1- el órgano judicial razona sobre los motivos por los que entiende que no debe resolver sobre el extremo de que se trate, por lo que no hay en realidad, una falta de pronunciamiento, ya que se produce una respuesta expresa a la petición deducida por la parte. A pesar de lo cual, la **STS 1-3-2017 (Rc 2128/15)** ECLI:ES:TS:2017:879 considera que son infracciones homogéneas y perfectamente comparables, a los efectos de acreditar la contradicción de la LRJS art. 219.

#### **Incongruencia extra petita**

Ampliamente, sobre el deber de congruencia y, en especial, sobre la incongruencia *extra petita*, **STS 22-12-2016 (Rc 3268/14)** ECLI:ES:TS:2016:5793). La **STS 20/06/2016 (Rc 52/15)** ECLI:ES:TS:2016:5722), señala que incongruencia por exceso o extrapetita, la se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, originando un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. Igualmente señala que dicha incongruencia constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial pronunciarse sobre pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes. Pero que eso no implica que el Juez deba siempre sujetarse

rígidamente a los concretos pedimentos articulados por las mismas, pues de un lado el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, de otro, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes. En suma - concluye la sentencia - no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

### **Incongruencia “interna”**

La denominada incongruencia interna se produce cuando se contradicen fundamentos de derecho y fallo o también, cuando se contradicen los pronunciamientos del propio fallo, porque la sentencia debe guardar la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados, de acuerdo con la **STS Pleno 15-2-2017 (Rc 168/16 ECLI:ES:TS:2017:834)** y las sentencias que cita. Dicha resolución descarta la falta de congruencia alegada por la recurrente entre la fijación de los hechos probados y la calificación jurídica de los mismos, porque lo único que sucede es que no está de acuerdo con dicha calificación, sin perjuicio de que pueda manifestar y hacer valer sus discrepancias sobre el particular.

### **Congruencia con los hechos conformes**

Las sentencias deben ser congruentes no sólo con lo pedido por las partes, sino también con los «hechos conformes» admitidos por las mismas. En el caso resuelto por la **STS 2-6-2016 (Rec. 175/15 ECLI:ES:TS:2016:3233)**, se trataba de determinar la competencia funcional para conocer de una demanda de vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato accionante, partiendo de la base de que tanto la demandante como la demandada estaban de acuerdo en que la empresa tenía diversos centros de trabajo en la Comunidad de Madrid. La sentencia declara la nulidad de actuaciones por incongruencia porque la resolución impugnada no sólo resolvió al margen de lo solicitado por las partes – la empresa excepcionaba la incompetencia del TSJ con arreglo al ámbito de actuación del comité de empresa –, sino por fundamentar su decisión en la falta de prueba de un hecho – la pluralidad de centros – sobre el que ambas partes estaban conformes.

### **2.4.3 Cosa juzgada**

#### **Cosa juzgada formal**

La declaración por sentencia del Tribunal Constitucional de la inconstitucionalidad de una norma no permite revisar los procesos anteriores resueltos por sentencia firme, tal como dispone el art. 40.1 de la LOTC, a fin de preservar la cosa juzgada y garantizar la seguridad jurídica, de modo que la declaración de inconstitucionalidad del art. 41.1 de la Ley 11/2010, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2011, por STC 196/2014, de 4 de diciembre de 2014, no afecta a la situación creada

por la STS de conflicto colectivo de 16/05/2012 (R. 197/2011), que declaró conforme a derecho la reducción salarial acordada por la Fundación Canaria demandada en aplicación de ese precepto (**TS 12/01/2017, Rec 50/16 ECLI:ES:TS:2017:801**).

### **Cosa juzgada material**

#### **Efecto negativo o excluyente (art. 222.1 LEC)**

La apreciación de la excepción de la cosa juzgada requiere que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el planteado en la segunda exista la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Lo que no se produce en la **TS 20-10-2016 (Rc 242/15) ECLI:ES:TS:2016:4818**, ya que lo pretendido en la demanda (sobre la forma de computar los servicios prestados por los trabajadores temporales de la CAM a efectos del percibo del complemento de antigüedad) no fue nunca solicitado –ni decidido- en la sentencia de referencia. Tampoco se aprecia entre otras en las **SSTS 26-5-2016 (Rc 89/15 ECLI:ES:TS:2016:2760)**, **10-1-2017 (Rc 4255/15 ECLI:ES:TS:2017:144 y 518/16 ECLI:ES:TS:2017:155)**.

Sin embargo, la **TS 4-4-2017 (Rc 1069/15 ECLI:ES:TS:2017:1617)** sí aprecia su concurrencia, porque la misma Sala de suplicación, dentro del mismo litigio, en la sentencia anterior - luego invocada de contraste y que declaró la nulidad de las actuaciones para que el Juzgado de instancia se pronunciara sobre todas las cuestiones planteadas por las partes -, al analizar con carácter previo la excepción de caducidad alegada por la empresa recurrida en su escrito de impugnación al amparo de la LRJS art. 197.1, desestimó dicha excepción, mientras que la sentencia posterior que es objeto del recurso de casación unificadora, la acoge y declara caducada la misma acción de despido.

#### **Efecto positivo (art. 222.4 LEC). Doctrina general y supuestos concretos.**

Como es sabido, el efecto positivo de la cosa juzgada del art. 222.4 LEC no exige que concurra la más perfecta identidad entre el caso resuelto por la primera sentencia y el posteriormente planteado - como sucede en el efecto negativo o excluyente - sino que es suficiente que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe como elemento condicionante o prejudicial en el segundo, de forma que la primera sentencia no excluye la segunda, pero la condiciona, vinculándola a lo ya fallado.

Según la **STS 14-7-2016 (Rc 271/15) ECLI:ES:TS:2016:3987**, la consecuencia de ello es que la diversidad de acciones no impide la estimación de cosa juzgada cuando la razón y causa de pedir es la misma en una y otra y que, por tanto, no es el nombre ni la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción, ni el hecho de que se añada un nuevo pedimento de condena lo que puede impedir la identidad de la causa petendi, sino que lo decisivo es que los hechos y fundamentos de las peticiones sean los mismos en lo que afecta a la cuestión planteada. En el caso que enjuicia la sentencia los dos litigios debatían la cuestión relacionada con los pactos inherentes al acuerdo de consultas del despido colectivo y su incidencia en las relaciones individuales de los trabajadores, con lo que se produce la identidad en la causa de pedir y en los sujetos litigantes, aunque cada uno de ellos actuara desde la esfera de sus respectivas competencias y legitimación.

Se rechaza, sin embargo, su existencia en la **STS 8-6-2016 Rec. 207/15 ECLI:ES:TS:2016:2728**), porque las cuestiones debatidas en las sentencias

comparadas son diversas: en la de referencia fue exclusivamente la ilegalidad del art. 38 del Convenio en lo relativo a la exigencia de encontrarse de alta en la empresa para el percibo del *bonus*, mientras que lo pretendido en la sentencia de autos es que la cuantía de lo percibido en concepto de *bonus* o incentivo se abone en vacaciones en referencia a lo dispuesto en el art. 26 del Convenio colectivo que regula el derecho al descanso, cuestión en todo ajena a la resuelta en la sentencia precedente). No se aprecia tampoco en STS **16-2-2017 (Rc 90/16 ECLI:ES:TS:2017:830)**.

### **Cosa juzgada y litispendencia**

Resuelta esclarecedora la **STS 6-7-2016 (Rc 155/15 ECLI:ES:TS:2016:3906)** que lleva a cabo una comparación entre las dos figuras jurídicas. Así señala que nuestro ordenamiento no define el concepto de litispendencia, que constituye una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta: subjetiva, objetiva y causal. Son, pues, instituciones conexas, siendo predicables respecto de cada una de ellas las siguientes notas: Así, la cosa juzgada 1. Impide la decisión del proceso actual cuando ya hubiere sentencia firme sobre la misma cuestión y entre las mismas partes; 2. Posee doble efecto: negativo o excluyente y positivo o prejudicial (cuando no hay identidad absoluta de los elementos de la pretensión pero si hay una parcial identidad en el objeto de uno y otro proceso); y 3. Opera sobre la base de una situación jurídica ya dada en la realidad histórica en virtud de una sentencia que es firme. Mientras que la litispendencia 1. Impide el seguimiento del proceso (o su decisión) mientras se desarrolla otro idéntico, sin que en éste haya recaído sentencia firme; 2. El doble efecto no cabe en este instituto jurídico, que exige la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos; y 3. La alegación de litispendencia se basa en la tramitación de un proceso anterior, todavía no llegado a término. Con arreglo a dicha doctrina, la sentencia señalada rechaza la existencia de litispendencia al no concurrir las identidades exigidas para ello, pero aprecia la cosa juzgada positiva del art. 222.4 LEC, dada la estrecha conexión existente entre los procesos comparados

### **2.4.5 Nulidad de actuaciones**

Es doctrina reiterada de la Sala que la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales, sino que además es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

La **STS 30/01/2017 (Rc 52/16 ECLI:ES:TS:2017:632 )** no declara la nulidad de actuaciones solicitada porque en ese caso la prueba documental fue admitida por la Sala de instancia, pero ésta se limitó a requerir a la parte demandada para que aportara la documentación solicitada en demanda. La empresa desatendió ese mandato judicial, pero se descarta la nulidad al no apreciarse indefensión ya que la parte no solicitó la corrección procesal y material de la ausencia de prueba teóricamente causante del pretendido desamparo, sino

que se limitó a optar por la solución jurídica de pedir tan sólo la referida *ficta confessio*.

#### **2.4.6 Aclaración de sentencia**

Según la **STS 16/6/2016 (Rc 3406/14 ECLI:ES:TS:2016:3928)** se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE cuando el auto de aclaración modifica el fallo de la sentencia previa, porque eso supone una extralimitación en las facultades judiciales de rectificación. En el caso enjuiciado la sentencia había declarado no haber lugar al devengo de salarios de trámite por haber estado el trabajador en incapacidad temporal durante ese período, y por auto de aclaración se sustituyó este fallo por otro condenando al abono de dichos salarios, que fue seguido de un segundo auto de aclaración que mantenía la condena a dichos salarios, pero con exclusión del período de incapacidad temporal. Con lo que la sentencia estima el recurso y anula los autos de aclaración, retrotrayendo las actuaciones al momento en que se presentó la primera solicitud de aclaración

#### **2.5. El proceso ordinario como proceso común**

##### **Aplicación del proceso ordinario para la impugnación de laudo arbitral que no tenga establecido procedimiento especial**

La **STS 15-12-2016 (Rc 264/15 ECLI:ES:TS:2016:5736)** examina la impugnación de un laudo dictado por árbitro designado mediante compromiso surgido, a su vez, en el seno de un procedimiento de impugnación de convenio colectivo. La sentencia advierte, en primer lugar, de la **inaplicación a los arbitrajes laborales de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje**, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.4 de la propia ley, quedando éstos sometidos a sus propias normas. Y en segundo lugar señala que de acuerdo con la LRJS art. 65.4, la impugnación de laudos debe sustanciarse por los trámites del **procedimiento ordinario** (salvo que exista uno especial, como es el caso de laudos sustitutivos de convenios o de laudos dictados en materia electoral), y establece los motivos en que puede basarse la acción (“exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas”), así como el plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la misma (de 30 día hábiles contados desde la notificación del laudo).

#### **2.6. Cambio de doctrina y seguridad jurídica**

Como señala la **STS 6-4-2017 (Rc 3566/15 ECLI:ES:TS:2017:1759)**, no existe vulneración de la tutela judicial efectiva (CE art 24.1), ni se infringe el principio de seguridad jurídica (CE art. 9.3), por el hecho de que se modifique la doctrina de la Sala Cuarta y haya que resolver un caso con arreglo a la doctrina vigente. La sentencia nos recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*), y que la evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso

*Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*). La sentencia señala que como pone de relieve la STC 72/2015, de 14 abril, el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho –las sentencias no crean la norma–, por lo que no son miméticamente trasladables a las mismas las reglas sobre el régimen de aplicación de las leyes.

### 3. Modalidades procesales

#### 3.1. Proceso de despido

La **TS 2-12-2016, Pleno, (Rc 431/14 ECLI:ES:TS:2016:5710)** aplica la doctrina reiterada de la Sala, con arreglo a la cual el proceso ordinario es el adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo, se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que deriva de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Pero cuando lo que se cuestiona es la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma, la propia naturaleza de la indemnización debida o, como ocurre en el caso enjuiciado por la sentencia, la validez de cláusulas contractuales que resulten determinantes para la configuración de la indemnización, el único procedimiento adecuado es el de despido. Con votos particulares que discrepan del parecer de la mayoría. En el mismo sentido, las **STS 22-12-16 (Rc 3458/15 ECLI:ES:TS:2016:5823)** y **24-2-2017 (Rc 1296/15 ECLI:ES:TS:2017:869)**.

#### 3.2. Impugnación de despido colectivo

##### **Legitimación de los representantes sindicales: requisito de la implantación suficiente**

El art 124.1.2º LRJS establece que “cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener ***implantación suficiente*** en el ámbito del despido colectivo”. La norma no concreta qué debe entender por implantación suficiente, pero la doctrina científica y la jurisprudencia entienden que dicha expresión debe ser entendida acudiendo a la legitimación de las propias secciones sindicales para interponer conflictos colectivos, de acuerdo con una interpretación sistemática del art. 124 LRJS en relación con los arts. 7 CE y 17.2, 154 y 155 LRJS y 13 LEC (SSTS 28-1-15 Recs. 16 y 35/14), de lo que se deduce una actitud “proactiva” del legislador respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional. En este sentido, la **STS 20-7-2016 (Rc 323/14 ECLI:ES:TS:2015:3467)** declara la legitimación para impugnar el despido colectivo del sindicato que cuenta con representantes unitarios en el comité (en concreto el 1,92% de tales representantes), y que participó en la designación de los 13 miembros de la comisión negociadora que negoció el despido colectivo, porque dichas circunstancias revelan una implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, lo que en virtud del principio *pro actione*, debe favorecer su participación en el proceso a falta de evidencias contundentes que muestren la inexistencia de implantación suficiente.

Por su parte, la **STS 14-7-2016 (Rec 271/15 ECLI:ES:TS:2016:3987 )** declara la legitimación del sindicato CESH, porque el único dato que consta en los hechos probados es que “no participó en el período de consultas”, sin que ningún otro hecho o afirmación permita cuestionar la suficiencia de su implantación en el ámbito del conflicto, lo que en virtud del principio *pro actione*, debe favorecer su participación en el proceso, a falta de evidencias contundentes que muestren la inexistencia de implantación suficiente; y en segundo lugar, porque su legitimación –en tanto que demandante- no fue cuestionada por ninguna de las demandadas, ni por la propia Sala sentenciadora que la admitió sin ningún tipo de trabas durante todo el proceso. En el mismo sentido la **STS 19-7-2016 (Rc 268/15 ECLI:ES:TS:2016:3965 )** llega a la conclusión de que no está legitimado el sindicato demandante para impugnar el despido colectivo, ya que sólo tiene 2 afiliados entre los 135 afectados (1,48%) por el despido y carece de representación en el comité de empresa, porque con ello no acredita implantación suficiente en el ámbito del conflicto, y sin implantación suficiente no existe interés directo en el pleito.

### **3.3. Procedimiento de elecciones**

La **STS 29-6-2016 (Rc 1265/14 ECLI:ES:TS:2016:3251)** declara adecuado el **procedimiento ordinario** para la impugnación del preaviso electoral, por ser éste de fecha anterior a la entrada en vigor de la LRJS (11/12/2011), pues la LRJS introduce un cambio significativo al incluir expresamente la “promoción de las elecciones” en el proceso electoral y en su especial modo de impugnación de los actos relativos al proceso de electoral de delegados de personal o de los miembros del comité de empresa (arts. 69 a 76 ET), tal como se destaca en el Preámbulo de la LRJS.

### **3.4. Procedimiento de oficio**

#### **Legitimación activa: la TGSS constituye “autoridad laboral” legitimada para el caso de infracciones en materia de seguridad social**

Según, entre otras, las **STS 1-3-2017 (Rc 1172/15 ECLI:ES:TS:2017:1445 )** y **9-3-17 (Rc 2958/15 ECLI:ES:TS:2017:1169)**, la TGSS está legitimada para iniciar el proceso de oficio de la LRJS artículo 148 d), en las infracciones en materia de Seguridad Social, porque es a dicho servicio común al que corresponde la potestad sancionadora, en virtud de lo previsto en el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de las sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo, art. 4.1 a) 1º, en relación con la LISOS arts. 22.2 y 23.1 b). De este modo, la TGSS, en cuanto autoridad laboral defensora de un interés público que trasciende al de los particulares afectados por el mismo y que podría quedar sin defensa en el proceso si se le negara la intervención en el mismo, debe estimarse legitimada en este tipo de procesos a todos los efectos, tal como se argumenta en la TS 7-3-17 Rec 3675/15 citada.

### **3.5. Proceso de conflicto colectivo**

#### **3.5.1 Ámbito de aplicación: exigencia de interés general**

La LRJS art. 153 dispone que “1. Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual [...]”. Entre las diversas sentencias dictadas en este año judicial en la interpretación de dicho precepto, resulta especialmente relevante la doctrina sentada por las **STS 4-10-2016 (Rc 232/15 ECLI:ES:TS:2016:5264)** y **6-10-2016 (Rc 269/15 ECLI:ES:TS:2016:5205)**, según la cual el conflicto colectivo se caracteriza porque el interés en litigio es el general de un grupo genérico de trabajadores, con independencia de que sean muchos o pocos los afectados, mientras que si el interés en juego es el personal propio de cada individuo entonces el conflicto es individual (si atañe a un solo trabajador) o plural (si los afectados individualmente son varios trabajadores). La sentencia razona que así era con la LPL anterior y así sigue siendo con la LRJS y que el hecho de que esta última en su art. 153.1 remita también al proceso de conflicto colectivo las demandas que afecten “a un colectivo genérico susceptible de determinación individual”, sin hacer referencia a la naturaleza del interés afectado, no significa que se excluya la necesaria presencia de un interés general, pues en otro caso se desvirtuaría la esencia de este proceso especial. La sentencia razona que el carácter colectivo del conflicto sigue estando, en todo caso, determinado por esa doble exigencia: la subjetiva (grupo genérico de trabajadores) y la objetiva (interés general), que están íntima e inescindiblemente unidas entre sí, de suerte que no cabe entender la una sin la otra, sin que por el hecho de que el colectivo genérico sea susceptible de determinación individual, pueda dicho requisito objetivo ser cuestionado. Según la sentencia, la clave en estos casos para la determinación del carácter o no colectivo del conflicto radica en el tipo de valoraciones, más o menos concretas, que el examen y resolución de la cuestión planteada requieren: si la pretensión formulada puede resolverse de forma abstracta, sin atender a situaciones particulares de cada trabajador, habrá que considerar adecuada la vía del proceso de conflicto colectivo, sin perjuicio de que, con posterioridad y tras la nueva regulación dada por la LRJS, sí pueda ser necesaria la atención a las circunstancias individuales a efectos de ejecución de sentencia; por el contrario, cuando estemos ante demandas cuya solución exija tener en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los sujetos afectados, entonces la tramitación habrá de realizarse por la vía del proceso ordinario.

### **3.5.2 Legitimación activa. Legitimación de los sindicatos: requisito de la implantación suficiente en el ámbito del conflicto**

Según la **STS 22-6-2016 (Rc 185/15 ECLI:ES:TS:2016:4074)**, tienen suficiente implantación los sindicatos con presencia en el comité de empresa de Madrid donde prestan servicios 120 trabajadores, de los 425 a los que afecta al conflicto planteado, en solicitud de la declaración de vigencia del convenio colectivo de empresa denunciado, porque dicha representación revela una “audiencia electoral razonable” que responde a lo previsto en la LRJS arts. 17 y 154, de acuerdo con la doctrina del TS sobre legitimación de los sindicatos para promover los procesos sobre conflicto colectivo cuya síntesis efectúa la TS 12-5-09 Rec 121/08. La sentencia razona que no es exigible la implantación del sindicato en todo el ámbito del convenio, porque

sería contrario al principio “pro actione” y porque en el caso se compaginaría mal con el hecho de que tanto UGT como CTI firmaran el convenio denunciado y cuya vigencia se pretende, y con la circunstancia de que los tres sindicatos demandantes integren la mesa negociadora del pretendido nuevo convenio colectivo en que las partes se han reconocido recíprocamente como interlocutores en el proceso de negociación colectiva.

No obstante, la implantación no es suficiente para plantear demanda de conflicto colectivo, sino que además es necesario que se acredite la existencia de correspondencia o nexo causal entre el ámbito de actuación del sindicato y el concreto conflicto planteado, de acuerdo con la los arts. 17.2 y 154 a) LRJS (STS 14-2-2017, Rec 104/16 ECLI:ES:TS:2017:815).

### **3.5.3 Intervención previa de la Comisión Paritaria**

Según la STS 20-9-2016 (Rc 163/15 ECLI:ES:TS:2016:4451) no es necesario volver a someter la cuestión previamente a la Comisión Paritaria cuando ésta ya ha establecido la interpretación correcta del precepto convencional con ocasión de otro conflicto anterior, por cuanto integrada a partes iguales por quienes designaron los negociadores del convenio, la referida Comisión realiza una interpretación auténtica del pacto colectivo que resuelve la duda y se integra en el mismo, produciendo los mismos efectos que el Convenio colectivo que interpreta.

### **3.5.4 No supone la pérdida sobrevenida del objeto del proceso el hecho de que los demandados en el primer proceso llegaran a un acuerdo de conciliación previa en proceso posterior, validando el acuerdo impugnado en el primero.**

En el caso resuelto por la STS 20-4-2017 (Rc 67/16 ECLI:ES:TS:2017:1758), el sindicato recurrente había planteado demanda de conflicto colectivo en impugnación de un acuerdo alcanzado en el seno de la Comisión paritaria del convenio colectivo, y con posterioridad a dicha demanda, los sindicatos codemandados en aquel proceso iniciaron otro proceso de conflicto colectivo en el que se alcanzó un acuerdo ante el SIMA que suponía la ratificación del acuerdo de la Comisión paritaria impugnado en aquel proceso, y le otorgaba, además, eficacia general y normativa. La sentencia señala que dicho pacto se consiguió entre los sujetos demandados – empresa y sindicatos - en el primer proceso, y por tanto, entre sujetos que ocupan la misma posición procesal y mantienen, al menos en principio, intereses coincidentes, y al no comprender a todas las partes implicadas en el conflicto primeramente planteado, es claro que “no puede afirmarse que se haya producido la satisfacción extraprocesal de la pretensión y, dado que el interés legítimo de la parte actora permanece por no haberse alcanzado acuerdo alguno entre demandante y demandados, no estamos ante una pérdida sobrevenida de objeto –ex arts. 22 y 413 LEC -“.

### **3.5.5 Falta de acción: acción meramente declarativa**

Son numerosas las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que admiten el ejercicio de acciones declarativas en el proceso laboral, desde que la STC 71/1991 reconociera dicha posibilidad con base en la CE art. 24.1. Pero el ejercicio de esas acciones se condiciona a la existencia de una verdadera controversia y a la concurrencia de una necesidad de protección jurídica, a fin de evitar el planteamiento de cuestiones futuras o hipotéticas (STS/4ª de 29

junio 2015 -rcud. 2400/2014- y las que allí se citan). La **STS 22-2-2017 (Rc 120/16 ECLI:ES:TS:2017:1119 )** aprecia de oficio la falta de acción, por cuanto lo que se pretende en el caso que enjuicia no es conseguir un pronunciamiento judicial que de respuesta a un litigio entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, sino formular en realidad una consulta genérica sobre los términos abstractos en los que debe ser interpretado de futuro el referido precepto convencional, persiguiendo de esta forma la obtención de un dictamen jurídico y no la efectiva resolución de un conflicto real y actual entre las partes. La sentencia defiende, además, la **posibilidad de que la falta de acción pueda apreciarse de oficio** en trámite de casación, cuando – como sucede en este caso – la demanda no responde a una situación de conflicto real entre las partes y la excepción no fue invocada por las mismas, al tratarse de una materia de derecho necesario que afecta de forma especialmente relevante al orden público del proceso. Con cita de jurisprudencia.

### **3.5.6 Eficacia de cosa juzgada de la sentencia colectiva**

La sentencia firme que pone fin al conflicto colectivo tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procedimientos posteriores que versan sobre el mismo objeto, de acuerdo con lo previsto en la LRJS art. 160.5. Es lo que sucede en la **STS 26-1-17 (Rc 115/16 ECLI:ES:TS:2017:2098 )**, donde se cuestiona si el ajuste salarial aplicado por la empresa constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando es algo que ya había sido resuelto por sentencia colectiva, lo que impide que por demanda individual posterior pueda reabrirse el debate sobre el tema. En sentido similar, la **STS 30-9-16 (Rc 3505/14 ECLI:ES:TS:2016:5344)**.

## **3.6. Proceso de impugnación de convenios colectivos**

### **3.6.1 Ámbito del proceso**

Como indican las **STS 18/5/2016 (Rc 140/15 ECLI:ES:TS:2016:3200 )** y **6/7/2016 (Rc 229/15 ECLI:ES:TS:2017:1270 )** la impugnación del convenio colectivo por los trámites del proceso de conflicto colectivo conlleva que la demanda, además de contener los requisitos generales del art. 80 ET, deba incluir los particulares exigidos para la comunicación de oficio en el art. 164 LRJS, porque así se deduce de la remisión que realiza el art. 165.3 a este último precepto. Las sentencias señalan que a través de este proceso solo cabe interesar la declaración de ilegalidad (total, parcial) o lesividad del convenio; no que se asuma o descarte determinada interpretación, y el fallo de la sentencia ha de ser congruente con lo solicitado, concediendo, denegando o accediendo parcialmente a lo pedido. La interpretación de los preceptos, mostrando su ajuste a derecho y descartando su ilegalidad tiene efectos de cosa juzgada e impide ulteriores declaraciones de ilegalidad o inaplicaciones del convenio, pero no otros entendimientos, pudiendo plantearse con posterioridad conflictos (individuales o colectivos) que versen sobre el significado o modo de aplicar el convenio en los extremos no declarados ilegales.

### **3.6.2 Modalidad procesal excluida del intento de conciliación previa**

La **STS 14-3-2017 (Rc 105/16 ECLI:ES:TS:2017:1416 )** aplica la doctrina de la Sala con arreglo a la cual la LRJS art. 64.1 exceptúa del requisito de intento de

conciliación a los procesos de impugnación de convenios colectivos de los arts 163 a 166 de dicha ley, que comprenden dos tipos de procesos distintos: el que se promueve de oficio a instancia de la autoridad laboral por propia iniciativa o a petición de parte, y el que una vez publicado el convenio, se inicia por demanda de sujeto legitimado y se tramita por el proceso de conflicto ( art. 165.1 LRJS ). Pero ambos participan de algunos elementos comunes, figurando entre ellos la mencionada exoneración del intento de conciliación o mediación previa.

### **3.6.3 Legitimación activa, por ilegalidad y por lesividad**

La legitimación para impugnar convenios colectivos se rige por sus propias reglas establecidas en art. 165 LRJS, que son distintas de las previstas para la modalidad de conflicto colectivo.

Así, **la impugnación por ilegalidad pueden llevarla a cabo los sindicatos “interesados”**, por lo que las reglas sobre legitimación de los artículos 153 y 154 de la referida Ley procesal no son aplicables en este supuesto. En aplicación de este criterio, la **STS 22-3-2017 (Rc 127/16 ECLI:ES:TS:2017:1443)** declara la legitimación de los sindicatos recurrentes para impugnar por ilegalidad el convenio, dado que acreditan la presencia al menos de un representante en uno de los varios comités de empresa constituidos en la empresa, por lo que si bien carecería de implantación para otros cometidos, no cabe negarles el interés en la acomodación del convenio a la legalidad vigente.

La empresa no está legitimada para la impugnación directa de un convenio colectivo por el trámite del proceso de conflicto colectivo, ni por ilegalidad ni por lesividad. Respecto a lo primero, porque la LRJS art. 165.1.a) reserva la legitimación directa del convenio a los sujetos colectivos, habiendo sido dicha legitimación restringida declarada por el TC acorde con la Constitución; y en lo tocante a lo segundo, porque no es tercero una empresa incluida en el ámbito de aplicación del convenio, ya que la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados, de acuerdo con LRJS art. 165.1.b). **TS 27-9-2016 (Rc 203/15 ECLI:ES:TS:2016:4452)**.

Sin embargo, el Ilustre Colegio Profesional de Protésicos Dentales de la Comunidad de Madrid sí está legitimado, como tercero, para impugnar por **lesividad** el convenio colectivo autonómico del sector de protésicos dentales, de acuerdo con la LRJS art 165.1.b), tal como indica la **STS 24-1-2017 (Rc 23/16 ECLI:ES:TS:2017:655)**, en aplicación de la doctrina de la Sala.

### **3.7. Impugnación de la resolución administrativa que deniega el depósito de los estatutos de un sindicato**

Se trataba en la **STS 22-6-2016 (Rc 158/15 ECLI:ES:TS:2016:3591)** del depósito para la constitución del sindicato unificado de guardias civiles (SUGC) que fue denegado por resolución dictada por el Subdirector General de Programación y Actuación Administrativa, por delegación del director General de Empleo de la Secretaría de Estado de Empleo, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La sentencia confirma la dictada por la Audiencia Nacional que desestimó la demanda, básicamente porque la prohibición de sindicación de dicho cuerpo viene impuesta por la ley con base en la propia Constitución

(art. 28.1), resultando el Convenio Europeo de Derechos Humanos excluido en este extremo desde el momento en que resulta incompatible con ésta.

### **3.8. Procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas**

#### **3.8.1 Legitimación activa**

Según la ya referida **TS 11-1-2017 (Rec 11/16 ECLI:ES:TS:2017:634)** la tiene el Sindicato de Transportes y Comunicaciones de Las Palmas de la Confederación General del Trabajo para plantear una demanda de tutela del derecho de libertad sindical, por denegar la empresa el derecho de dos delegados sindicales de la CGT a disponer de crédito horario de 40 horas mensuales, porque constituye una pretensión que se suscita en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, con invocación de un derecho o interés legítimo, por lo que ostenta legitimación activa para plantear la demanda (aunque carezca de implantación en la empresa) por irradiación de la que ostenta el sindicato CGT.

#### **3.8.2 Plazo para el ejercicio de la acción**

La naturaleza imprescriptible de los derechos fundamentales no es incompatible con las previsiones legales que limitan temporalmente la vida de las acciones concretas que derivan de las lesiones infligidas a los mismos, en aras del principio de seguridad jurídica y para garantizar la protección de derechos ajenos, siendo de aplicación el plazo de prescripción de 1 año del ET art. 59. La cuestión suscitada en la **STS 1-2-2017 (Rc 78/16 ECLI:ES:TS:2017:814)**, es la determinación del *dies a quo* o fecha a partir de la cual comienza el cómputo de ese plazo. En el caso resuelto por dicha resolución la acción de tutela se planteaba por el sindicato en su propio interés y se basaba en los despidos realizados por la empresa como consecuencia de una huelga que fue declarada legal, por lo que dicha acción pudo ejercitarse una vez que la sentencia del Tribunal Supremo declaró la legalidad de la huelga, sin que su ejercicio estuviere condicionado por la resolución de las demandas individuales de despido culminada con la readmisión de los despidos, de acuerdo con el CC art. 1969 y ET art. 59.2, que disponen que el plazo de prescripción comienza desde el momento en el que la acción puede ejercitarse.

## **4. Recurso de suplicación**

### **4.1. Sentencias recurribles en suplicación**

#### **4.1.1 Sentencias recurribles por razón de la materia litigiosa**

##### **Son recurribles las sentencias sobre complementos para mínimos**

La **STS 16-2-2017 (Rc 2481/15 ECLI:ES:TS:2017:1023)** reitera la doctrina de la Sala según la cual cabe recurso de suplicación cuando lo que se reclama es el derecho al reconocimiento o denegación del complemento de mínimos, aunque la cuantía de tales complementos en cómputo anual sea inferior al límite legal previsto a tal efecto por la LRJS art. 191.2.g (3.000 €), en la medida en que se trata de prestaciones complementarias de seguridad social, que

tienen autonomía propia y diferenciada de la prestación principal respecto a la que están referidos en cada caso, y se rigen por el cumplimiento de determinados requisitos específicos de los que depende el derecho a su percepción.

### **Son igualmente recurribles las sentencias en las que se alega la violación de un derecho fundamental**

Contra las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales procede “en todo caso” la suplicación, tal como se desprende de la conjunta interpretación de lo dispuesto en los arts. 191.3º f), 184 y 178.2º LRJS En el caso resuelto por **STS 22-6-2016 (Rc 399/15 ECLI:ES:TS:2016:3968)**. En ese caso la demanda se había planteado en impugnación individual de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y tutela de derecho fundamental (garantía de indemnidad), interesando que se declarara nula o subsidiariamente injustificada la medida impugnada, y se condenara a la empresa al pago de una indemnización por daños y perjuicios de 8.000 €. En el mismo sentido, entre otras, **SSTS 7-12-2016 (Rc 1599/15 ECLI:ES:TS:2016:5753)**, **20-12-2016 (Rc 3194/14 ECLI:ES:TS:2016:5739)**, y **11-1-2017 (Rc 1626/15 ECLI:ES:TS:2017:259)**.

#### **4.1.2 Sentencias recurribles en función de la cuantía litigiosa**

Con arreglo a lo dispuesto en la LRJS art. 191.2 g), no procede el recurso de suplicación en los procesos por reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 €.

#### **Determinación de la cuantía del litigio en el caso de litisconconsorcio**

En el caso de que sean varios los demandantes (**litisconconsorcio**), la cuantía litigiosa a efectos de la procedencia o no del recurso, la determina la reclamación cuantitativa mayor sin intereses ni recargos por mora, tal como dispone la LRJS en su art. 192.1. Por eso la **STS 2-6-2016 (Rc 3820/14 ECLI:ES:TS:2016:4394)** llega a la conclusión de que no cabía suplicación en el caso que examina, pues las cantidades que reclamaban cada uno de los demandantes eran distintas, ascendiendo la de mayor cuantía individual a 1.029,92 €, descartando igualmente la existencia de afectación general de la LRJS art. 191.3 b), porque tal circunstancia ni fue alegada, ni tampoco probada, ni era notoria, por más que la demanda plural incluyera la pretensión acumulada de 37 trabajadores.

#### **Determinación de la cuantía para recurrir mediante el criterio de la “anualización”.**

En aplicación del art. 192.3º LRJS, la **STS 31-5-2016 (Rc 3180/14 ECLI:ES:TS:2016:3205)** señala que cabe recurso de suplicación cuando el trabajador reclama el reconocimiento del derecho a seguir percibiendo un “plus de actividad” de 897,74 € mensuales que le había sido suprimido por el nuevo empleador, y que en cómputo anual supera ampliamente la suma de 3.000 €. Con lo que la sentencia reitera la doctrina de la Sala para la determinación de la cuantía litigiosa en los casos de reconocimiento de derechos que tengan traducción económica, en los que hay que estar a su cómputo anual si se trata

de prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza, y que ha sido incorporado por la LRJS en su art. 192.3, cristalizando dicha doctrina.

En los supuestos de **reclamación de prestaciones económicas de la Seguridad Social**, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni intereses o recargos por mora (**STS 19-7-2016 Rc 3900/14 ECLI:ES:TS:2016:3954**). Según esta sentencia no son computables a los efectos de acceso al recurso de suplicación, los atrasos derivados de posibles diferencias reclamadas por incremento prestación, háyanse o no cuantificado. Se matiza así la doctrina de la Sala anterior a la entrada en vigor de la LRJS, para excluir a los efectos señalados cualquier diferencia económica que no resulte de la diferencia entre el importe reconocido previamente en vía administrativa y lo reclamado en la demanda.

En el caso de reclamación de una **prestación de la Seguridad Social por gran invalidez**, para el cálculo de la cuantía de la litis hay que incluir el complemento correspondiente, porque la pensión básica del gran inválido incluye ese complemento conforme a una interpretación literal y lógico sistemática de la LGSS art 139.4; y porque la LRJS art. 192.3 tampoco lo excluye, pues de su tenor literal se deriva que sólo se exceptúan del cómputo las mejoras y actualizaciones de la pensión, pero no el de conceptos que forman parte sustancial de la misma. Por eso, la **STS 1-12-2016 (Rc 1351/15 ECLI:ES:TS:2016:5448)** declara la procedencia del recurso, en un supuesto en que la diferencia entre la prestación reconocida (1.059,96 €/mes) y la reclamada incluyendo el repetido complemento (1.429,77 €/mes) asciende a 408,81 €/mes, cantidad que multiplicada por las catorce pagas anuales da un resultado muy superior a los 3.000 € cuya superación facilita el acceso al recurso de suplicación.

#### **4.1.3 Sentencias recurribles por afectación general**

De acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala este supuesto excepcional de interposición del recurso de suplicación “responde a un interés abstracto: la defensa del *ius constitutionis* y de la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional, como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley”. Pero se advierte que la también denominada afectación masiva no puede confundirse con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma, sino que requiere que “esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate”, de forma que “no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la afectación general”. A lo que hay que añadir que el hecho de que la LRJS otorgue al Ministerio Fiscal legitimación para interponer este recurso - de oficio o a instancia de entidades diversas - en los casos del art. 219.3 de dicha ley, obliga a realizar una interpretación más estricta de la afectación general. Así, por todas, **STS 29-6-2016 (Rc 245/15 ECLI:ES:TS:2016:3934)**.

**La afectación general es notoria, cuando se ha planteado un conflicto colectivo previo sobre el mismo objeto**

En el asunto sometido a la consideración de la **STS 20-9-16 (Rc 3335/13 ECLI:ES:TS:2016:4514)** se planteaba por varios trabajadores de RENFE una reclamación de cantidad de cuantía inferior a 3.000 €. La sentencia estima el recurso y aprecia la afectación general porque se habían resuelto previamente dos conflictos colectivos sobre idéntico objeto al ahora suscitado, concluyendo por ello que, al no acreditarse la concurrencia de ninguna de las especiales circunstancias que examina la TS 11-02-2013 Rec 376/12 - que matiza la doctrina al excluir el recurso de suplicación por afectación general en determinados supuestos en los que, aunque haya habido un previo conflicto colectivo sobre la misma cuestión, excepcionalmente se acredite que tal reclamación es la única producida - se ha de aplicar la doctrina general que establece que la afectación general es notoria al tener como fundamento y precedente inmediato una sentencia dictada en conflicto colectivo.

#### **4.2. Autos recurribles/no recurribles en suplicación**

No cabe recurso de suplicación contra el auto dictado en ejecución de sentencia firme recaída en el procedimiento de impugnación de alta médica que regula la LRJS art. 140, tal como señala **STS 10-1-2017 (Rc 2684/15 ECLI:ES:TS:2017:340)**, reiterando doctrina (TS 25/2/16 Rec. 3721/14). Así disponen el citado art. 140 en su número 3.c) y los art. 191.2.g) y 4.d) de la misma ley, aplicables al caso por ser la sentencia del Juzgado posterior a la entrada en vigor de la repetida LRJS (Disp. Transitoria 2ª, que se produjo el día 11/12/2011).

### **5. Recurso de casación ordinaria**

#### **5.1. Resoluciones recurribles**

Al tratar de las resoluciones procesales recurribles en casación, el art. 206.1 LRJS señala como tales las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, salvo las que tengan por objeto los «*actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social en las letras n) y s) del artículo 2 que sean susceptibles de valoración económica cuando la cuantía litigiosa no exceda de 150.000 euros*». En aplicación de lo cual la **STS 15-7-2016 (Rc 342/14 ECLI:ES:TS:2016:3961)** declara la falta de competencia funcional de la Sala IV del Tribunal Supremo, para conocer del recurso de casación interpuesto en ese caso habida cuenta de que la sanción impuesta por la Administración a la entidad recurrente únicamente ascendía a 15.000 euros.

Es recurrible en casación el auto que resuelve el recurso de reposición frente al auto dictado en ejecución de sentencia que declara nulo el despido colectivo, por cuanto decide sobre cuestiones – como la propia ejecutabilidad o no de la sentencia y la cuantificación de los salarios de tramitación - que no fueron controvertidas ni decididas en la sentencia, constituyendo por tanto un supuesto incluido en el art. 206.4.b) LRJS (**STS 23-3-2017, Rc 150/16 ECLI:ES:TS:2017:1423**).

#### **5.2. Exigencias formales del recurso de casación**

En general, sobre las formalidades exigibles para recurrir en casación, la **TS 15-12-16 Rec 264/15** recoge con amplitud y exhaustividad la doctrina de la

Sala, siendo numerosas las sentencias de la Sala que reprochan a la recurrente el incumplimiento de los requisitos formales exigidos para recurrir. Así, por todas las **SSTS TS 31-3-2016 (Rc 272/15 ECLI:ES:TS:2016:1921 ) y TS 6-7-16 (Rc 6/16 ECLI:ES:TS:2016:4007)**.

### **En particular, sobre la cita y fundamentación de la infracción legal**

La Sala IV del Tribunal Supremo ha sostenido con reiteración que el recurso de casación, debido a su carácter extraordinario, debe estar fundado en un motivo de infracción de ley, de conformidad con lo establecido con carácter general en los arts. 207 y 210.2 de la LRJS, y 477.1 y 481.1 de la LEC; y como quiera que en el recurso examinado por la **TS 27-10-16 Rec 281/2015**, el sindicato recurrente sólo formuló un motivo dedicado a la revisión fáctica con amparo en la letra “d” del art. 207 LRJS, es claro que no se cumplió el requisito legal mencionado.

Por su parte, la **STS 20-9-2016 (Rc 254/15)** destaca la defectuosa formalización del recurso de casación planteado en ese caso, que cita la infracción legal, sin razonar la pertinencia y fundamentación de la misma, incumpliendo así lo dispuesto en la LRJS art. 210.2, al limitarse a reproducir, de modo resumido, el contenido de la demanda. No se fundamenta tampoco debidamente la infracción legal en las **SSTS, entre otras, de 2-6-2016 (Rc 156/15 ECLI:ES:TS:2016:2922 ), 29-9-2016 (Rc 99/16 ECLI:ES:TS:2016:4457) 20-10-2016 (Rc 278/15 ECLI:ES:TS:2016:4921 , 21-4-2017 (Rc 258/16 ECLI:ES:TS:2017:1739)**.

## **5.3. Motivos del recurso de casación**

### **5.3.1 Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio**

La LRJS art. 207.c) admite como motivo de casación el “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte”.

La **STS 23-3-2017 (Rc 150/16 ECLI:ES:TS:2017:1423)** señala que para poder ser objeto de casación, la infracción procesal denunciada debe haber producido indefensión. En caso contrario, el recurso no puede prosperar, que es lo que no sucede en el caso que enjuicia dicha resolución porque la recurrente solo alegó la indefensión de manera formal, sin explicar la concreta indefensión supuestamente producida y vulneradora de derecho a la tutela judicial efectiva.

### **5.3.2 Error en la apreciación de la prueba: Revisión de hechos probados.**

El artículo 207.d) LRJS permite que el recurso de casación ordinaria – no así el de unificación de doctrina – se funde en el “*error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios*”.

Resulta ilustrativo el resumen sistematizado que realizan las **TST 23-11-2016 (Rc 94/2016 ECLI:ES:TS:2016:5711) y 14-2-2017 (Rc 45/16 ECLI:ES:TS:2017:825)** de la doctrina reiterada de la Sala sobre los requisitos necesarios para que prospere la revisión de hechos probados. Así, se señala que el proceso laboral es de única instancia – que no grado judicial -, lo que implica que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud

únicamente al juzgador de instancia, y que los hechos declarados probados sólo puedan revisarse cuando el error se desprenda de manera evidente y sin lugar a dudas, de documentos idóneos para ese fin que obren en autos. De ahí que la jurisprudencia consolidada de la Sala venga exigiendo para que un motivo de esta naturaleza pueda prosperar:

1º) Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse), sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis;

2º) Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas;

3º) Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados;

4º) Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia.

Todo lo cual permite concluir que la doctrina sobre la revisión de hechos probados sentada bajo la vigencia de la LPL mantiene actualmente su vigencia, tal como indica la **TS 29-9-2016 (Rc 99/16 ECLI:ES:TS:2016:4457)**.

#### **La revisión sólo puede basarse en prueba documental**

Así, no procede la revisión de hechos probados de la LRJS art. 207.d) si está fundada en prueba de grabación de imagen y sonido por no tener la naturaleza de prueba documental (**STS 20-7-16, Rec 22/16 ECLI:ES:TS:2016:3977**).

Pero aún invocándose prueba documental o pericial, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento o del dictamen pericial entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor, tal como señala la **STS 25-10-2016 (Rc 3/16 ECLI:ES:TS:2016:4929)**.

Tampoco cabe la alegación de prueba negativa, como se ha puesto de relieve por la Sala en numerosas ocasiones y reitera la **TS 4-10-16 Rec 232/15**.

### **5.3.3 Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia**

La infracción legal denunciada debe referirse a una norma jurídica propiamente dicha, como advierte la **STS 10-11-2016 (Rc 12/16 ECLI:ES:TS:2016:5098)**, de modo que la infracción de los Estatutos de un sindicato no es motivo del art. 207.d) LRJS, porque no son normas del ordenamiento jurídico, sino meras regulaciones asociativas cuya integridad corresponde defender directamente a la propia entidad sindical, y sólo de manera indirecta, cuando su infracción suponga la vulneración de una norma jurídica, al órgano de la jurisdicción social encargado de la casación. Algo que ya había dicho la Sala en ocasiones anteriores en las sentencias que cita.

## **6. Recurso de casación para la unificación de doctrina**

### **6.1. Legitimación para recurrir**

a) Carece de dicha legitimación el sujeto del proceso que no recurrió la sentencia de instancia, cuando la de suplicación se limita a confirmarla, según

la **STS 7-3-2017 (Rc 3857/15 ECLI:ES:TS:2017:1121)**. Porque, como señala la **TS Pleno 12-12-2016 (Rc 1514/15 ECLI:ES:TS:2016:5715)**, si la parte consiente el fallo del Juzgado de lo Social, no puede luego pretender modificarlo en trámite de casación, ya que el hecho de que dicha resolución no haya ganado firmeza se debe únicamente a la actividad de la otra parte, que no puede aprovechar a quien ya se había aquietado a los términos de la condena y que carece de interés legítimo para recurrir. La sentencia señala que, además, este defecto procesal debe apreciarse de oficio por la Sala por afectar al orden público del proceso.

#### **b) Legitimación del Ministerio Fiscal**

Como indica la **STS 4-10-2016 (Rc 2323/15 ECLI:ES:TS:2016:4790 )**, la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer el recurso de casación unificadora de la LRJS art. 219.3 es una de las novedades introducidas por la LRJS, y constituye una legitimación extraordinaria y distinta de la que surge del art. 220.1 LRJS, que se refiere a la posibilidad de recurrir como parte. Con lo que, como sigue señalando dicha resolución, el legislador ha querido ampliar de modo excepcional el acceso a la casación unificadora y ha diseñado un recurso distinto que, precisamente, solo cabe poder plantear a partir de dicha LRJS. Así, en el cumplimiento de su función de defensa de la legalidad, el Ministerio Fiscal puede plantear recurso de casación para la unificación de doctrina, de oficio o a instancia de alguno de los sujetos a que hace referencia la repetida LRJS en su art. 219.3, cuando, como clarifica la repetida sentencia, concurra alguno de los siguientes supuestos: a) que no exista doctrina unificada pese a la existencia de sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia; b) que se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a la unificación de doctrina con arreglo a los requisitos ordinariamente exigidos; o c) que tal doctrina sea inexistente porque todavía no haya podido suscitarse la contradicción debido a la juventud de la norma a interpretar.

En el caso que resuelve dicha sentencia, así como las **SSTS 29-9-2016 (Rc 2601/15 ECLI:ES:TS:2016:4450 y 3027/15 ECLI:ES:TS:2016:4462) y 6-10-2016 (Rc 2763/15 ECLI:ES:TS:2016:4783)**, el Ministerio Público basa su recurso en la tercera de esas tres posibilidades, siendo la cuestión a dilucidar si la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda de reclamación de intereses frente al FOGASA, por la falta de cumplimiento puntual de la prestación por parte de ese organismo de garantía, competencia que la Sala declara con arreglo a lo dispuesto en la LRJS art. 2.º).

## **6.2. Exigencias formales del recurso**

### **6.2.1 Idoneidad de las sentencias de contraste**

- No son idóneas las **sentencias que no fueron citadas en preparación**, de acuerdo con la LRJS art. 221.4, con arreglo al cual “las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición”, que es lo que sucede en la **STS 22-12-2016 (Rc. 469/14 ECLI:ES:TS:2016:5791 )**.

- Igualmente, carecen de idoneidad a los efectos de acreditar la contradicción, las **sentencias cuya doctrina haya sido revisada** con posterioridad por cambio de criterio de la Sala, tal como se señala en las **STS 10-1-2017 (Rcs**

**3199/15** ECLI:ES:TS:2017:256, **4255/15** ECLI:ES:TS:2017:144 y **518/16** ECLI:ES:TS:2017:155).

- Tampoco pueden invocarse para acreditar la contradicción exigida en la LRJS art. 219 las **sentencias de otra Sala del Tribunal Supremo que no sea la Sala IV**, tal como indica, entre otras, la **STS 7-6-2016 (Rc 2183/14 ECLI:ES:TS:2016:2927)** porque la contradicción exigida en la LRJS art. 219 como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, ha de establecerse con las sentencias que menciona el referido precepto, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las de otras Salas del Tribunal Supremo distintas de la Sala IV. Así, en particular, no son idóneas las sentencias dictadas por **la Sala III del Tribunal Supremo (STS 22-2-2017, Rc 999/15 ECLI:ES:TS:2017:876)**.

### **6.2.2 Relación precisa y circunstanciada de la contradicción**

De acuerdo con la LRJS art. 224-1-a) el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221 de la misma ley, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219 de dicha ley.

En el caso de la **STS 21-2-207 (Rc 3728/15 ECLI:ES:TS:2017:872)** dicho requisito no se cumple, pues la recurrente no lleva a cabo un análisis comparativo de los hechos, las pretensiones y los fundamentos de las mismas, sino que se limita a reproducir parte de los hechos y fundamentos de derecho de las sentencias comparadas y a decir que son iguales, pero sin hacer las necesarias comparaciones que evidencien la existencia de una identidad sustancial entre los supuestos que se comparan. Se aprecia el mismo incumplimiento, entre otras, en las **SSTS 6-7-2016 (Rc 3883/14 ECLI:ES:TS:2016:3864)**, **26-10-2016 (Rc 1382/15 ECLI:ES:TS:2016:5085)**, y **28-2-2017 (Rc 1694/15 ECLI:ES:TS:2017:1149)**. La inobservancia de dicho requisito supone un defecto insubsanable determinante de la inadmisión, de acuerdo con la LRJS art. 225.4.

### **6.2.3 Determinación y fundamentación de la infracción legal**

De acuerdo con la LRJS art. 224.2, la exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia consiste en expresar “separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción a que se refiere el apartado a) [del número 1 del citado precepto], por el orden señalado en el artículo 207, excepto el apartado d), que no será de aplicación, razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas”, con lo que la referida norma legal cristaliza la jurisprudencia establecida de manera reiterada por la Sala, según la cual dicha exigencia no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la procedencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia, doctrina que aplican,

entre otras, las **SSTS 1-6-2016 (Rc 2758/14 ECLI:ES:TS:2016:3207)**, **21-12-2016 (Rc 451/15 ECLI:ES:TS:2016:5786)**, **12-1-2017 (Rc 3440/15 ECLI:ES:TS:2017:339)** y **28-2-2017 (Rc 1707/15 ECLI:ES:TS:2017:881)**.

La **STS 5-10-2016 (Rc 1173/15 ECLI:ES:TS:2016:4814)** añade que el incumplimiento de este requisito es insubsanable y obliga a desestimar el recurso porque se trata de una norma de orden público procesal de ineludible observancia ( LRJS art. 225.4).

### **Falta de articulación completa del recurso al limitarse a uno de los motivos planteados en suplicación y que conduce a su estimación parcial.**

Se planteaba en el caso resuelto por la **STS, Pleno, 21-2-2017 (Rc 2859/15 ECLI:ES:TS:2017:882)**, demanda de impugnación individual de despido colectivo adoptado mediante acuerdo en periodo de consultas, cuestionando la suficiencia de la carta de despido, así como la concurrencia de la causa alegada para justificarlo. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, y en suplicación la empresa planteó tanto la cuestión referida al contenido de la comunicación extintiva, como la relativa a la acreditación de las causas aducidas para la extinción del contrato de trabajo. El Tribunal Superior de Justicia rechazó ambos motivos sosteniendo en particular, respeto del segundo, que debieron acreditarse las razones por las que se amortizó el concreto puesto de trabajo de la demandante. En casación unificadora la empresa formuló un único motivo, con una sólo sentencia de contraste, para insistir en la primera cuestión (referida a la suficiencia de la carta de despido), que el Tribunal Supremo resuelve en su sentencia en sentido favorable, de acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala. Pero nada planteó la recurrente respecto de la otra cuestión relativa a la causa del despido. La sentencia razona que en el recurso no se llevó a cabo la impugnación completa de la sentencia, y que esa deficiencia no puede ser suplida por la Sala IV, porque tal cosa supondría construir de oficio el recurso con la consiguiente merma de garantías procesales para la parte contraria, y sin la existencia previa de la exigida doctrina contradictoria que unificar. Por eso decide estimar en parte el recurso, manteniendo la improcedencia del despido.

### **Imposibilidad de pronunciamiento sobre un motivo de casación inexistente**

La **TS (Pleno) 27-1-17 Rec 430/13**, llega a esa conclusión, por lo demás obvia por razones de congruencia, si no fuera porque la **STC 147/2016**, de 19 de septiembre, anuló una sentencia anterior de la Sala y el auto que rechazaba la nulidad de actuaciones, al limitarse a resolver sobre el único motivo planteado por el Ayuntamiento de Parla destinado a contrarrestar la necesidad de acudir al art. 51 ET para la validez de la extinción impugnada. El Tribunal Supremo razona que a diferencia de otros recursos interpuestos por la misma entidad local – en los que se planteaban tres motivos referidos a la competencia de la jurisdicción social, el órgano administrativo competente para acordar los ceses impugnados, y la necesidad de acudir a los trámites del art. 51 ET-, el que ahora nos ocupa – como otros del mismo tipo que la sentencia denomina “de un solo motivo”- se limitó a plantear la cuestión indicada, acompañada de una única sentencia de contraste. A pesar de lo cual, la referida **STC** considera que sí debió dar respuesta a ese segundo punto, como hizo la Sala Cuarta en otros

recursos promovidos por la misma corporación local, a fin de evitar situaciones de desigualdad dentro de un mismo colectivo de trabajadores afectados por idéntico acuerdo administrativo. Como se ha señalado ya, en esas otras ocasiones el recurso sí que abordaba la referida cuestión competencial, aunque la Sala nunca llegara a pronunciarse sobre ella por falta de contradicción. El Pleno de la Sala vuelve, pues, a desestimar el recurso del Ayuntamiento de Parla.

### **6.3. Exigencia de contradicción**

#### **6.3.1 Doctrina general**

El art. 219.1 LRJS exige –para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina, al igual que lo hacía el antiguo art. 217 LPL- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que esa discordancia se manifieste en la parte dispositiva de las sentencias, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Exigencia en cuyo alcance hemos precisado que se trata de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y que la exigible identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en suplicación, de forma que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes, en tanto que la igualdad requerida ha de producirse en el debate jurídico». En este o parecido sentido se pronuncian, entre otras muchas, las **SSTS 14-4-2016 (Rc 3403/14 ECLI:ES:TS:2016:1923)**, **20-9-2016 (Rc 129/15 ECLI:ES:TS:2016:4444)**, **14-11-16 (Rc 2172/15 ECLI:ES:TS:2016:5346)** y **24-11-16 (Rc 1860/15 ECLI:ES:TS:2016:5452)**.

#### **6.3.2 Capacidad del TS para crear su propia doctrina al margen de la de las sentencias contrastadas**

Apreciada la contradicción, la Sala IV puede y debe aplicar la doctrina que considera correcta, aunque difiera de la mantenida por las sentencias comparadas, tal como señala la **STS 19-7-2016 (Rc 338/15 ECLI:ES:TS:2016:3963)**, pues, superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas, sino que debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido.

#### **6.3.3 Contradicción en supuestos especiales**

##### **Contradicción con sentencias del Tribunal Constitucional**

Si la sentencia invocada de contraste es del Tribunal Constitucional, el análisis de las identidades exigidas en el art. 219 LRJS debe igualmente efectuarse, pero teniendo en cuenta las singularidades del recurso de amparo, tal como señalan las **SSTS 14-7-2016 (Rc 3761/14 ECLI:ES:TS:2016:4008)** y **12-1-2017 (Rc 1608/15 ECLI:ES:TS:2017:627)**, sin que sea suficiente con la invocación del mismo precepto constitucional o derecho fundamental sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección. Así, no es necesario que las pretensiones sean idénticas, aunque sí los debates sobre vulneración del derecho; desde la

perspectiva del derecho constitucional invocado, las situaciones sí han de ser homogéneas pues de lo contrario no podría hablarse de contradicción entre doctrinas. En suma, no se exige la identidad integral habitual (hechos, fundamentos y pretensiones) pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado).

Por otra parte, en caso de apreciarse la contradicción con la sentencia del Tribunal Constitucional, la citada **STS 14-7-2016 señala que** la sentencia que decida el recurso no puede resolver el debate de suplicación, sino que deberá limitarse a "conceder" la tutela del derecho invocado, lo que implica, como normalmente hace el Tribunal Constitucional en sus resoluciones, declarar la nulidad de la sentencia impugnada y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictara, debiendo ser la Sala de suplicación la que resuelva sobre la cuestión planteada.

### **Contradicción a fortiori**

En ocasiones las diferencias advertidas no impiden que concurra la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS, sino que, antes al contrario, la reafirman. La **STS 19-7-2016 (Rc 338/15 ECLI:ES:TS:2016:3963)** nos recuerda que la Sala IV admite la contradicción *a fortiori* en supuestos en los que no tiene lugar la contradicción en sentido estricto, por diversidad de los hechos, pero la sentencia de comparación ha ido "más allá" que la recurrida, por afirmaciones fácticas de inferior apoyo a la pretensión, que es lo que sucede en el caso en el que las diferencias existentes no impiden la contradicción, puesto que la referencial es más amplia en sus planteamientos y habría mantenido la misma solución aunque concurriesen las circunstancias específicas del caso de autos.

### **6.3.4 Alcance de la contradicción y sus límites**

#### **Exigencia de la contradicción en infracciones procesales**

Como recuerdan en este punto las **STS 1-6-2016 (Rc 3241/14 ECLI:ES:TS:2016:3035)** y **14-7-2016 (Rc 3761/14 ECLI:ES:TS:2016:4008)**, el Acuerdo adoptado por la Sala IV en Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02-2015 establece que «al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas que deba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva» y «que cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas». Por tanto, si se invoca una infracción procesal, no es la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del referido precepto, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste, y la concurrencia en este extremo de la suficiente homogeneidad, tal como indica la **STS 28-2-2017 (Rc 2698/15 ECLI:ES:TS:2017:1181)**.

Así, la **cosa juzgada** (positiva), se encuentra sujeta al requisito de la contradicción de la LRJS art. 219 (**STS 10-1-2017, Rc 3199/15 ECLI:ES:TS:2017:256**).

Igualmente, **se exige la contradicción para el examen de la competencia material**. La **STS 13-9-2016 (Rc 3770/15 ECLI:ES:TS:2016:4362)** razona que a diferencia de la competencia funcional, la competencia material no puede ser apreciada de oficio en el recurso de casación para la unificación de la doctrina sin necesidad del requisito previo de la contradicción, porque, aun tratándose igualmente de una cuestión relacionada con el orden público procesal, la misma no puede ser resuelta sin conocer los antecedentes derivados de otra sentencia contradictoria, por tratarse de una cuestión cuya solución no depende de la sola aplicación de unos preceptos procesales - como sucedería en el supuesto de la competencia funcional - sino de consideraciones fácticas que necesitan de sentencias contradictorias para su posible solución.

#### **Apreciación de la contradicción en un caso de incapacidad permanente**

Como indica la **STS 19-7-2016 (Rc. 3907/14 ECLI:ES:TS:2016:4006)**, es cierto que la Sala ha venido señalando con reiteración que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, como regla general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Sin embargo, la sentencia indicada aprecia la contradicción porque las resoluciones comparadas aplican distintas consecuencias a un mismo hecho, consistente en que los actores ya necesitaran de una tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al ingreso en el Sistema de Seguridad Social, a los efectos de la calificación de la invalidez por agravación de sus dolencias debido a un posterior traumatismo producido durante la vigencia de la relación laboral.

#### **Dificultad de la contradicción en los casos de despido disciplinario**

La Sala ha señalado con reiteración que la calificación de las conductas a efectos de despido disciplinario, al depender de una valoración casuística de las circunstancias individualizadas concurrentes en cada caso, difícilmente puede dar lugar a un supuesto incluido en el ámbito de la unificación de doctrina, tal como recuerda la **STS 6-10-2016 (Rec 5/15 ECLI:ES:TS:2016:4817)**. Más concretamente, en relación con los despidos disciplinarios, dicha dificultad se produce porque para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es "grave y culpable" se deben, como regla general, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece. Por eso, desde esta perspectiva puede afirmarse que este tipo de litigios carece de interés casacional y su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora, sino que además 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.

### **Dificultad de la contradicción en los casos de fraude de ley**

La **STS 20-9-2016 (Rc 1912/14 ECLI:ES:TS:2016:4376)** reitera la doctrina sobre la dificultad de apreciar la contradicción cuando se juzga sobre un supuesto fraude de ley, pues la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina.

### **Dificultad de la contradicción en la aplicación de normas distintas**

La contradicción no puede ser apreciada cuando las sentencias aplican **convenios colectivos distintos**, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción tal como señala la **STS 21-7-2016 (Rc 102/15 ECLI:ES:TS:2016:3993)**; y es que la interpretación de las normas y, en particular, la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tienen que ponderarse otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones, con el alcance precisado. En el mismo sentido, **TS 29-11-2016 (Rc 765/15 ECLI:ES:TS:2016:5358)**.

En el mismo sentido, la **TS 20-12-16 (Rc 2795/15 ECLI:ES:TS:2016:5813)** **declara la inexistencia de contradicción porque** las normas aplicadas en cada caso eran distintas: en la recurrida el art. 215 LGSS en su redacción dada por Ley 3/2010, de 22 de diciembre, Disposición Final 3.8, en tanto que en la sentencia referencial se aplicaba una versión anterior y distinta del referido precepto.

### **6.3.5 Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción:**

#### **La contradicción no es presupuesto necesario para el examen de la competencia funcional**

Así las **SSTS, entre otras, de 2-6-2016 (Rc 3820/14 ECLI:ES:TS:2016:4394), 22-9-2016 (Rc 1119/15 ECLI:ES:TS:2016:4375), 11-11-16 (Rc 3325/14 ECLI:ES:TS:2016:5210), 22-11-2016 (Rc 2561/15 ECLI:ES:TS:2016:5445), 10-1-2017 (Rc 2684/15 ECLI:ES:TS:2017:340) y 24-1-2017 (Rc 2948/15 ECLI:ES:TS:2017:639)**, reiteran la doctrina de la Sala con arreglo a la cual el acceso a sulpicación puede ser revisado de oficio por la Sala IV del Tribunal Supremo, sin necesidad de apreciar la contradicción del art. 219 LRJS, porque dicha cuestión afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el Tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de sulpicación.

#### **Tampoco se exige la contradicción para examinar la falta de jurisdicción de los tribunales españoles**

Como sucede en los casos de incompetencia material manifiesta y de falta de competencia funcional, también en los supuestos de falta de jurisdicción de los

tribunales españoles para conocer de la cuestión debatida la Sala ha de resolver de oficio la cuestión competencial, sin que sea exigible la concurrencia del requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como contradictoria para poder examinar el recurso, tal como establece la **STS 18-05-2016 (Rec 3951/14 ECLI:ES:TS:2016:3187)**, en aplicación de doctrina de la Sala, establecida las sentencias que en ella se citan.

#### **No se exige la contradicción cuando la pretensión del recurso supone la ejecución de una sentencia firme de conflicto colectivo**

Así lo expresan las **SSTS TS 5-5-2016 (Rc 3538/14 ECLI:ES:TS:2016:2747) y 4-10-2016 (Rc 68/15 ECLI:ES:TS:2016:4912)**, reiterando la doctrina de la Sala: el recurso de casación para la unificación de doctrina debe resolverse sin necesidad de examinar la contradicción, aplicando los efectos de cosa juzgada de la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo que versa sobre idéntico objeto, por imperativo de art. 160.5 LRJS.

### **6.4. Contenido casacional de la pretensión deducida en el recurso**

#### **Adecuación de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala**

La función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que, conforme a lo dispuesto en la LRJS art. 225.4, puedan ser inadmitidos los recursos de casación para unificación de doctrina que carecen de contenido casacional, esto es, los que se interpongan contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (por todas, **STS 5-7-2016, Rc 3798/14 ECLI:ES:TS:2016:3873** y la **STS 10-1-2017, Rc 1670/14 ECLI:ES:TS:2017:276**).

Constituye una aplicación concreta de esa doctrina general, la que viene manteniendo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en relación con las cuestiones referidas a la **calificación de la incapacidad permanente**, que no son materia propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. En este sentido diversas sentencias han establecido que “este tipo de litigios carece de interés 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, doctrina que mantiene y aplica la **TS Pleno, 22-2-2017 (Rc 1746/15 ECLI:ES:TS:2017:1123)**, con voto particular.

#### **Cuestión nueva**

Las **SSTS 30-3-2016 (Rc 2797/14 ECLI:ES:TS:2016:2276)** , **5-10-2016 (Rec 1738/15 ECLI:ES:TS:2016:4811)** y **1-12-2016 (Rc 3889/14 ECLI:ES:TS:2016:5661)** , **entre otras muchas**, declaran la falta de contenido casacional de la pretensión deducida en el recurso que examinan, de acuerdo con la doctrina de la Sala, según la cual el carácter extraordinario del recurso

de casación para la unificación de doctrina determina que la identidad de la controversia se establezca teniendo en cuenta los términos en que ésta ha sido planteada en suplicación, de suerte que todo motivo formulado en este recurso que no coincida con el recurso de suplicación constituye una cuestión nueva.

Así, la **TS 25-4-2017 (Rec 2570/15 ECLI:ES:TS:2017:1754)** desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por basarse en una cuestión nueva que no había sido objeto de planteamiento anteriormente, porque si bien se había solicitado la nulidad del despido por discriminatorio y violador de derechos fundamentales, nunca se hizo por fraude de ley.

## **7. Disposiciones comunes a los recursos**

### **7.1. Legitimación para recurrir**

La **SSTS 10-5-2016 (Rc 3962/14 ECLI:ES:TS:2016:5621)**, **19-5-2015 (Rc 2676/14 ECLI:ES:TS:2015:3657)** y **18-5-2016 (Rc 672/15 ECLI:ES:TS:2016:3017)**, declaran la falta de legitimación para recurrir del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), porque en el caso enjuiciado se formuló demanda contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que resultó condenada en la instancia, siendo confirmada dicha resolución en suplicación, y fue el SERMAS, como sucesor del Instituto Madrileño de la Salud (IMSALUD) - y no la Consejería demandada - quien formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que, habida cuenta de que ni el SERMAS ni el IMSALUD han sido parte en el procedimiento, sino la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, se desestima el recurso por la referida falta de legitimación, de acuerdo con el art. 17.5 LRJS.

### **7.2. La interposición de recurso por infracción procesal no requiere de la subsanación o complemento previo de la sentencia**

Según la **TS 1-3-2017 (Rc 2128/15 ECLI:ES:TS:2017:879)**, de lo dispuesto en la LEC art. 215.2 y LOPJ art. 267.5 no se desprende la existencia de un requisito procesal previo a cumplir antes de la interposición del recurso de suplicación, como es la solicitud formal de complemento de la sentencia a recurrir, a diferencia de lo que viene resolviendo la jurisdicción civil, en la que existe un específico recurso de casación por infracción procesal con esa exigencia que se desprende de la LEC art. 469.2. La sentencia señala que, aunque dichos preceptos son directamente aplicables en el ámbito del proceso laboral, el alcance que dichas normas tienen en dicho ámbito es distinto al del procedimiento civil, porque a diferencia de éste, en el laboral no existe un recurso de casación por infracción procesal en el que se ventilen exclusivamente las infracciones que se denuncian con esa naturaleza. De lo contrario, al establecer un requisito procesal no contemplado expresamente en la LRJS para acceder al recurso, se estaría vulnerando el derecho fundamental de tutela judicial efectiva de la CE art. 24.1

### **7.3. Admisión de documento (art. 233 LRJS)**

#### **7.3.1 Inadmisibilidad del documento que pudo aportarse al pleito**

En la TS **29-4-2016 (Rc 445/14 ECLI:ES:TS:2016:2247)** se examina, antes de analizar la contradicción, la petición realizada por el cauce del art. 233 LRJS de incorporación a los autos de un documento aportado por el demandante y recurrente en CUD, consistente en una resolución administrativa del INSS dictada en el año 2009 por la que se niega su pretensión de elevación de la base de cotización. La sentencia rechaza dicha solicitud porque el mencionado precepto hace referencia tanto a las sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes, como a "documentos decisivos para la resolución del recurso", condicionando la admisibilidad del documento al requisito de que no hubieran podido aportarse anteriormente por causas no imputables a la parte que ahora los pretende incorporar, y también a la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: a) que el documento pudiera servir para dar lugar a ulterior recurso de revisión; o b) que fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental. La sentencia descarta la admisión del documento al tratarse de una resolución notificada a la parte con fecha muy anterior al inicio del pleito.

### **7.3.2 Trascendencia del hecho incorporado y sus efectos sobre el pleito.**

La TS **20-12-2016 (Rc 3522/14 ECLI:ES:TS:2016:5752 )** analiza la relevancia de los documentos cuya incorporación fue solicitada por la recurrente en casación para la unificación de doctrina por el trámite del art. 233 LRJS - una sentencia firme y una resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS, que declaraba al recurrente en situación de IPT - de cara a la contradicción exigida en la LRJS art. 219, apreciando merced a los mismos su concurrencia; y en lugar de resolver sobre el fondo, procede a decretar la nulidad de actuaciones al amparo de la LOPJ art. 240.2, aunque no se produjera infracción procesal, por apreciar una posible indefensión material del recurrente, en virtud de una circunstancia sobrevenida que no le es imputable - derivada de los nuevos datos incorporados como consecuencia de la referida admisión documental -, de acuerdo con la doctrina sentada, entre otras, en la TS 9-05-11 Rec 2408/08. En ese caso estaba en juego la calificación de un despido con vulneración de derechos fundamentales, y el nuevo hecho incorporado al litigio tenía indudable trascendencia, pues se trataba de una sentencia penal firme que calificaba los hechos realizados por el representante de la empresa como delito de acoso sexual.

Sin embargo, en el caso que resuelve la TS **22-12-2016 (Rc 3268/14 ECLI:ES:TS:2016:5793)**, la Sala tiene en cuenta los hechos rectificadas por el documento admitido para examinar la contradicción, pero no acuerda la nulidad de actuaciones al no poseer los mismos la trascendencia suficiente para alterar el fallo de la sentencia recurrida.

### **7.4. El vicio de la “petición de principio”**

La TS **10-3-2016 (Rc 83/15 ECLI:ES:TS:2016:4393)** reflexiona sobre la inconveniencia de argumentar el recurso sobre la base de hechos distintos a los declarados probados, incurriendo con ello en el rechazable vicio procesal de la llamada “petición de principio” o “hacer supuesto de la cuestión”, que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. En el mismo sentido argumenta la TS **20-10-2016 (Rec 31/15 ECLI:ES:TS:2016:4820 )**.

## **7.5. Costas. Beneficio de justicia gratuita**

El Servicio Público de Empleo Estatal (**SPEE**) goza del beneficio de justicia gratuita porque tiene naturaleza jurídica análoga a la del anterior INEM, en cuanto gestor de las funciones y servicios derivados de las prestaciones por desempleo. De ahí que la **TS 20-10-2016 (Rc 398/15 ECLI:ES:TS:2016:5077 )** anule la condena aplicada a dicho organismo al pago de las costas (en concepto de abono de los honorarios del Letrado de la parte impugnante del recurso de suplicación), reiterando la doctrina de la Sala.

Por la misma razón, tampoco procede la condena en costas al Servicio Madrileño de Salud (**SERMAS**), a pesar de no figurar dicho organismo en la relación –«enumeración»– que hace la LGSS/1994 art. 57 (actualmente, LGSS/2015 art. 66), porque dicho Servicio goza del beneficio de justicia gratuita que la LGSS atribuye al INSALUD, al haberse subrogado en todos sus derechos y obligaciones en el ámbito de la CAM, tal como ponen de relieve, entre otras, las **SSTS 15-11-16 (Rc 74/15 ECLI:ES:TS:2016:5267 )**, y **25-4-2017 (Rc 4084/15 ECLI:ES:TS:2017:1740)**.

Pero las entidades gestoras pueden ser condenadas en costas y, en consecuencia, al pago de los honorarios de la parte recurrida en los recursos de suplicación y casación, cuando la sentencia motivadamente, aprecie, y así lo declare, la mala fe o notoria temeridad en la conducta procesal del Organismo de que se trate (**TS 7-6-17 Rec 3756/15 ECLI:ES:TS:2017:2475**).

## **8. Revisión de sentencias**

### **8.1. Doctrina general**

Es constante la doctrina de la Sala que recopilan, entre otras, las **SSTS 9-6-2016 (Rc 49/15 ECLI:ES:TS:2016:3030) y 29-6-2016 (Rc 5/15 ECLI:ES:TS:2016:3869)**, sobre el **carácter extraordinario y excepcional del recurso de revisión** en la medida en que, como consecuencia del mismo se puede romper el principio de irrevocabilidad de una sentencia firme. En este sentido, se exige una interpretación rigurosa tanto de las causas que lo viabilizan como de los requisitos formales exigidos, a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de uno de los litigantes y con menoscabo de la cosa juzgada, se intenten volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos, lo que determina que la causa invocada deba tener relevancia por sí misma, con independencia del acierto o desacierto de la resolución impugnada.

### **8.2. Plazo para la presentación de la demanda de revisión**

La revisión de sentencias es excepcional porque supone un ataque a la cosa juzgada y por tanto, a la seguridad jurídica que acompaña a toda sentencia firme obtenida en un proceso judicial en beneficio del principio de justicia material, estableciendo por ello la ley un doble límite, por una parte causal mediante la determinación de causas tasadas o motivos de revisión, y por otro temporal para poder accionar en revisión (LEC art. 512.2), previsto, a su vez, desde una doble perspectiva: a) subjetiva, de 3 meses contados a partir del momento en que hubiere llegado a conocimiento del interesado la existencia de la causa o motivo revisorio; y b) objetiva, de 5 años, que juega en todo caso,

a contar “desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar”, siendo el citado plazo de 3 meses de caducidad, correspondiendo a la parte no sólo indicar que lo ha interpuesto oportunamente, sino fijar con claridad el *dies a quo* y demostrar su certeza con prueba concluyente.

La Sala ha señalado en numerosas ocasiones que *incumbe al recurrente no sólo indicar que lo ha interpuesto oportunamente, sino fijar con claridad el dies a quo y acreditar su certeza con prueba concluyente*, por cuanto la determinación del día inicial para el cómputo del plazo no puede quedar al arbitrio de una de las partes. En el caso de la **STS 9-6-2016 (Rc 30/14 ECLI:ES:TS:2016:3221)**, ninguna prueba aportó el demandante acreditativa de la fecha que decía haber tenido conocimiento del documento causante de la revisión solicitada, declarando por ello extemporánea la revisión, por haberse planteado fuera del plazo de caducidad de 3 meses previsto en el art 512.2 LEC. Otros supuestos de ejercicio extemporáneo de la acción revisoria en **SSTS 25-1-17 (Rc 45/15 ECLI:ES:TS:2017:459)** y **TS 9-3-2017 (Rc 31/14 ECLI:ES:TS:2017:1028)**, entre otras muchas.

### **8.3. Requisitos. Subsidiariedad: agotamiento de los recursos previstos en la ley**

El **carácter subsidiario del recurso de revisión** que establece el art. 236.1 LRJS impide que puedan ser tomadas en consideración circunstancias que el recurrente pudo haber hecho constar, desplegando una mínima diligencia, en las vías procesales ordinarias, así como si se formula por los mismos motivos que hubieran podido plantearse, de concurrir los presupuestos para ello, en el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241 LOPJ o mediante la audiencia al demandado rebelde establecida en el art. 185 LRJS, o cuando planteados aquéllos, los referidos motivos hubieren sido desestimados por resolución firme. De modo que, como señalan las **SSTS 25-1-2017 (Rc 29/15 ECLI:ES:TS:2017:640)** y **19-1-2017 (Rc 57/15 ECLI:ES:TS:2017:862)**, no es suficiente con que la sentencia sea firme, sino que dicha firmeza debe haberse ganado tras la utilización de los medios ordinarios de impugnación previstos por la ley.

En el mismo sentido, la **STS 22-01-2016 (Rc 27/14 ECLI:ES:TS:2016:4389)** descarta el cumplimiento de dicho requisito porque no consta que se interpusiera el oportuno recurso de suplicación contra la sentencia cuya revisión interesa; y la **SSTS 28-09-16 (Rc 25/15 ECLI:ES:TS:2016:4445)** y **20-10-16 (RC 26/15 ECLI:ES:TS:2016:4924)**, llegan a la misma conclusión porque no se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, argumentando que cuando se dictó la sentencia cuestionada no existían pronunciamientos favorables a la tesis defendida.

### **8.4. Motivos de revisión**

La revisión no puede prosperar si la demanda no se funda en alguno de las motivos establecidos por la ley, que es lo que sucede en la **STS 8-11-2016 (Rc 1/16 ECLI:ES:TS:2016:5266)**, pues lo que la recurrente pretendía, en realidad, es revisar una sentencia invocando motivos propios del recurso de suplicación que ya fueron examinados por la sentencia cuestionada. Resulta esclarecedor la exposición sistematizada que realiza la referida sentencia de los motivos de revisión, que han de ser alguno de los previstos en la LEC art. 510 a saber: 1) Si después de pronunciada (la sentencia o laudo), se recobraren u obtuvieren

documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; 2) Si (la sentencia o laudo) hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente; 3) Si hubiere recaído (la sentencia o laudo) en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia (o laudo). 4) Si (la sentencia o laudo) se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. A los que hay que añadir el motivo regulado en art. 86.3 LRJS, según el cual «Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diferente (a la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de esta), diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la LEC».

#### **8.4.1 Documentos recobrados**

De acuerdo con el art. 510.1º LEC habrá lugar a la revisión de una sentencia firme *“Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”*. La **STS 29-6-2016 (Rc 5/15 ECLI:ES:TS:2016:3869 )** recopila y clarifica la doctrina de la Sala, señalando que los requisitos que deben concurrir conjuntamente para el éxito de esta causa son: 1. Que se trate de documentos recobrados, es decir recuperados después de dictada la sentencia firme cuya revisión se insta; o, en otros términos, de documentos que existieran ya en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, no aquellos otros que sean posteriores o sobrevenidos a ella. 2. Que los mismos hayan sido "detenidos" por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado el fallo impugnado. 3. Que sean decisivos, es decir que "su sola presencia procesal hubiera determinado un signo distinto para el pronunciamiento. Precizando que el hecho mismo de que el "documento o documentos" sean posteriores a la sentencia impugnada constituye ya por sí solo un impedimento para que la acción revisoria pueda prosperar, porque la no disposición de tales documentos no puede atribuirse a fuerza mayor o a actuación impeditiva de la contraparte como el precepto legal exige, desde el momento en que el actor ha dispuesto de ellos cuando le ha interesado (STS de 16 de enero de 2013 -rev. 9/2012 (RJ 2013, 4493). La sentencia comentada desestima en el caso la demanda, básicamente porque no se acredita que los documentos fueron retenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se dictó la resolución, los documentos pudieron aportarse al acto del juicio y además no resultan decisivos para la resolución judicial.

Así, la **TS 9-6-2016 (Rc 49/15)**, desestima la revisión porque para la apreciación de dicha causa la doctrina exige que se trate de documento decisivo, del que no se hubiera podido disponer durante la sustanciación del proceso que dio lugar a la sentencia impugnada, habiendo sido recobrado u obtenido después de que ésta fuera pronunciada, y que no hubiera podido

aportarse antes con la exigible diligencia procesal del recurrente. Lo que no sucede en el caso pues la certificación aportada por la empresa sobre salarios y cotizaciones del causante pudo y debió ser solicitada por la actora en el procedimiento que dio lugar a la sentencia, y donde voluntariamente admitió como correcta la base reguladora que ahora pretende revisar. En el mismo sentido, la **STS 25-1-2017 (Rc 36/14)** desestima la demanda de revisión al no concurrir ninguno de los requisitos exigidos en la LEC art. 510.1, habida cuenta de que el documento fue expedido con fecha posterior a la sentencia cuya rescisión se interesa, y que además iba referido a hechos anteriores que si no se acreditaron en el procedimiento que dio lugar a dicha sentencia, fue sólo por la inacción de la propia parte, no pudiendo calificarse por lo demás como decisivo para cambiar el fallo. Se ha llegado a la misma conclusión en supuestos similares en las **SSTS 25-1-2017 (Rc 29/15 ECLI:ES:TS:2017:640)** y **TS 9-3-2017 (Rc 31/14 ECLI:ES:TS:2017:1028)**.

#### **8.4.2 Falso testimonio: sobre el carácter trascendental de lo testificado en falso**

La LEC art 510.3 autoriza la revisión de la sentencia firme si hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. Es el caso de la **STS 24-1-2017 (Rc 7/15 ECLI:ES:TS:2017:458)**, estima la demanda de revisión de la Mutua por resultar que la versión del testigo carecía por completo de apoyo, al resultar acreditado que ni siquiera el testigo se encontraba prestando servicios con el trabajador, ya que ese día otro facultativo le acompañaba en el servicio de ambulancia que pretaba, y dada su trascendencia para la calificación del accidente como profesional con arreglo a la LGSS art. 115.3.

Por otra parte, la existencia de una condena penal por falso testimonio (CP arts. 458 ss) constituye requisito esencial de esta causa revisoria, pero no suficiente, pues también resulta necesario acreditar “que la sentencia se dictara en virtud de las declaraciones testificales tachadas de falsas”, es decir, que dichas declaraciones fueran decisivas para la resolución del pleito social que se combate (**STS 20-10-2016, Rc 31/15 ECLI:ES:TS:2016:4820**).

#### **8.4.3 Maquinación fraudulenta**

De acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala, la maquinación fraudulenta como causa de revisión ha de ser entendida como “todo artificio realizado, personalmente o con auxilio de extraño, por la parte que haya obtenido la sentencia deseada, o por quienes la representen, que implique una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, con consciente y voluntario aprovechamiento de actos directos o inmediatos que provocan una grave situación de irregularidad procesal, con la consiguiente indefensión de la contraparte”; y que es la parte demandante la que tiene la carga de la prueba de que ha existido la conducta que ha permitido ganar injustamente una sentencia, pues así resulta del art. 217.2 LECiv, al ser tales hechos los constitutivos de la pretensión revisoria que se ejercita.

La prueba en cuestión ha de versar sobre sus requisitos: 1º) la maquinación misma, en tanto que conducta maliciosa tendente a conseguir mediante argucias, artificios o ardides una ventaja o lesión frente a la contraria; 2º) la existencia de nexo causal y directo entre esa conducta y la sentencia firme

favorable para la parte que utilizó ese proceder; 3º) su deducción de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no de los alegados y discutidos en él; y 4º) que la conducta maliciosa impida al demandado el conocimiento de la existencia del pleito y, por tanto, su efectiva defensa.

Por tanto, no concurre maquinación fraudulenta cuando se basa en el posible fraude de ley en que pudiera haber incurrido la empleadora en el desenvolvimiento de la relación laboral y que ya se alegó en la demanda para solicitar la declaración de improcedencia o nulidad del despido. Así lo entienden, entre otras, las **SSTS 28-09-2016 (Rec 25/15 ECLI:ES:TS:2016:4445)** , **19-1-2017 (Rc 16/15 CLI:ES:TS:2017:145)** y **6-2-2017 (Rc 16/14 ECLI:ES:TS:2017:670)** , en el caso de los promotores de empleo de las **UTEDLT de Andalucía**.

#### **8.4.4 Cuestión prejudicial penal**

Las **SSTS 20-10-2016 (Rc 16/13 ECLI:ES:TS:2016:4970)** y **8-2-2017 (Rc 11/15 ECLI:ES:TS:2017:1013)** desestima la demanda de revisión porque el auto de sobreseimiento provisional que se invoca para fundamentar la pretensión se basa en no haber quedado debidamente acreditados los hechos que se imputaban, es decir, en la presunción de inocencia, pero la LRJS art. 86 habla de "sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo", lo que exige que el auto fuera de sobreseimiento definitivo o libre del art. 637 LECr.

#### **8.4.5 El cambio de doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no es motivo de revisión**

Las **SSTS 2-2-2017 (Rc 58/15 ECLI:ES:TS:2017:651)** y **15-6-17 (Rc 6/16 ECLI:ES:TS:2016:4007)** razona que no es posible fundar la revisión en la existencia de una sentencia que, con posterioridad a la firmeza de la combatida, haya establecido una doctrina diferente o contraria a la contenida en la sentencia firme, porque, en primer lugar, dicha resolución no es documento hábil que reúna los requisitos exigidos del art. 510.1º LEC (según el cual procede la revisión si después de pronunciada la sentencia "se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado"); y, en segundo lugar, porque la revisión no está establecida en nuestro ordenamiento jurídico para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente, lo que no es el caso.

### **9. Error judicial**

#### **9.1. Doctrina general**

La **STS 21-07-2016 (Error 2/15 ECLI:ES:TS:2016:4158)** recoge la doctrina de la Sala (resumida por la STS 11 de octubre de 2011) en los siguientes puntos: 1º) La demanda de error judicial en ningún caso puede constituir una nueva instancia o recurso para que la parte pueda insistir ante otro Tribunal en las pretensiones y argumentos que ya le fueron rechazados anteriormente; 2º) Solo un error indisciplinable y exento de toda lógica puede dar lugar al error cualificado previsto en el art. 292 LOPJ ; y 3º) éste solo existe cuando se produce un desajuste objetivo e indudable entre la realidad fáctica o jurídica y

la resolución judicial que lleva a ésta a conclusiones ilógicas, irracionales o que contradicen lo evidente, bien sea por partir en sus consideraciones jurídicas de unos hechos radicalmente distintos de los que constituyen el soporte de la propia resolución, bien por haber aplicado un precepto legal absolutamente inadecuado, o haber interpretado el aplicable en forma que no responda, de modo evidente, a ningún criterio válido y admisible en Derecho. Quedan pues fuera del ámbito propio del error judicial la meras discrepancias con las resoluciones en que el órgano judicial mantiene un criterio racional y explicable dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica, llegando a interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico, por mucho que esté en oposición con la postura del demandante.

De acuerdo con esa doctrina la demanda de error judicial no sirve para mostrar la discrepancia con los razonamientos de la sentencia cuestionada, que es lo que ocurre en la **STS 8-11-2016 (Error 12/15 ECLI:ES:TS:2016:5215)**, y tampoco puede prosperar cuando se dirige únicamente contra la sentencia de instancia y no contra la de suplicación que confirmó la sentencia del Juzgado, según la **STS 21-7-2016** citada pues no cabe imputar únicamente al Juez *a quo* unos errores que, de existir, también habrían sido cometidos por el Tribunal Superior.

## **9.2. Agotamiento de los recursos**

### **9.2.1 Incluye la nulidad de actuaciones**

Según la citada **STS 21-7-2016 (Rec 2/15)** la exigencia legal de agotamiento previo de los recursos previstos en la ley alcanza al incidente de nulidad de actuaciones frente a las resoluciones a las que imputa ese error, en la interpretación que realiza de la LOPJ art. 293.1.f). La sentencia señala que la nueva configuración legal de la nulidad de actuaciones reviste una trascendencia que no puede ignorarse en relación con el cumplimiento de la carga procesal del referido art. 293.1.f), porque este precepto responde a la necesidad de agotar dentro de la esfera propia del quehacer judicial las posibilidades de subsanación y corrección del error, apurando así la protección del derecho de la parte a obtener una respuesta judicial fundada a su pretensión. Por eso, si existe una posibilidad de corregir el error dentro del proceso, siempre habrá que apurar esa posibilidad, antes de acudir a un mecanismo indemnizatorio que sólo puede paliar las consecuencias del error, pero nunca proporcionar la plena satisfacción de la tutela judicial solicitada al ejercitar la acción.

### **9.2.2 No incluye el recurso de amparo**

Como precisan las **SSTS 28-6-2016 (Rec 8/14 ECLI:ES:TS:2016:3241)** y **30-6-2016 (Rec 3/15 ECLI:ES:TS:2016:3933)**, dicha exigencia se refiere a los recursos establecidos en la ley procesal correspondiente, que en este caso sería la LRJS, a tenor de la cual una vez inadmitida la casación unificadora no caben ya recursos contra la sentencia a la que se imputa error judicial, y sin que, por tanto, *a contrario sensu* sea exigible que a la demanda de error judicial le preceda la resolución de un recurso de amparo (en este sentido, aun no suscitándose la problemática de la caducidad, la STS/IV 3-V-1994 -recurso 2252/1992). En el caso examinado por dichas sentencias se había planteado

demanda de impugnación de modificación sustancial, y contra la sentencia del Juzgado no cabía recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 191 de la LRJS.

### **9.3. Plazo para recurrir**

La **STS 28-6-2016 (Rc 8/14 ECLI:ES:TS:2016:3241)** no aprecia la caducidad en aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, porque la demandante no hizo nunca dejación de su derecho, ya que previamente había solicitado abogado y procurador del turno de oficio para poder presentar la demanda de error judicial, constando las diversas actuaciones practicadas al efecto.

## **10. Ejecución de sentencias**

### **10.1. Ejecución de sentencias firmes**

**10.1.1 Ejecución de sentencia firme de despido: el plazo para la ejecución de la readmisión es de 3 meses, mientras que el aplicable para la ejecución de la condena dineraria de los salarios de tramitación es de 1 año.**

La sentencia declaró la improcedencia del despido y la empresa no ejercitó la opción del art. 56.1 ET. La ejecutante solicitó el incidente de no readmisión transcurridos los tres meses a que se refiere la LRJS art. 279.2, y la **TS 16-11-2016 (Rc 1596/15 ECLI:ES:TS:2016:5212)** declaró prescrita la acción ejecutiva, pero no la ejecución de la deuda dineraria de salarios de tramitación. A la misma conclusión llega la **STS 15-9-2016 (Rc. 3212/14 ECLI:ES:TS:2016:4365)**, en el caso de ejecución de una sentencia de despido nulo. En ambos casos las sentencias resuelven aplicando la doctrina de la Sala que distingue, a efectos de ejecución, entre el derecho a pedir la readmisión y las indemnizaciones derivadas del incumplimiento de ese deber. El primero prescribe por el transcurso de tres meses desde la firmeza de la sentencia sin haberse pedido su ejecución (LRJS art. 279.2), mientras que el derecho al cobro de las cantidades reconocidas en la sentencia de despido por salarios de tramitación (devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia que se ejecuta), prescribe al año de la firmeza de la sentencia que lo reconoció, de acuerdo con la LRJS art. 243-2.

### **10.1.2 Las sentencias absolutorias no son susceptibles de ejecución**

La **STS 29-6-2016 (Rc 1265/14 ECLI:ES:TS:2016:3251)** recuerda que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pero que no es necesaria esa función ejecutoria cuando las sentencias sean meramente declarativas, ni cuando sean constitutivas (salvo que contengan éstas específico pronunciamiento de condena), así como tampoco cuando la sentencia sea absolutoria. Y esto último es lo que sucede en el caso que enjuicia dicha resolución, por cuanto la sentencia cuya ejecución se pretende rechazó expresamente la nulidad del preaviso de promoción de elecciones sindicales impugnado. Se trata, pues, de una sentencia firme que no es de condena, y que no es susceptible de ejecución al ser absolutoria, dado que las sentencias absolutorias no constituyen títulos ejecutivos pues *“la acción ejecutiva deberá*

*fundarse en un título que tenga aparejada ejecución” y sólo tiene aparejada ejecución, entre otros, y en lo que ahora nos afecta, “La sentencia de condena firme” (art. 527.1 y 2.1º LEC en relación con art. 237.1 LRJS), declarando por ello la nulidad del proceso de ejecución tramitado.*

**10.1.3 Cambio de partes en el proceso de ejecución** El art. 240.2 LRJS viene a recoger la doctrina de la Sala al disponer que «La modificación o cambio de partes en la ejecución debe efectuarse, de mediar oposición y ser necesaria prueba, a través del trámite incidental previsto en el artículo 238 LRJS» y que «Para que pueda declararse, es requisito indispensable que el cambio sustantivo en que se funde, basado en hechos o circunstancias jurídicas sobrevenidos, se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución». Por su parte, el referido art. 238.1 LRJS establece que «Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en el plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días. El auto resolutorio del incidente, de ser impugnado en suplicación o casación, atendido el carácter de las cuestiones decididas, deberá expresar los hechos que estime probados».

En el caso de la **STS 20-7-2016 (Rc 2432/14 ECLI:ES:TS:2016:4024 )** se plantea si concurren los requisitos para que se produzca el cambio procesal de la parte ejecutada, por haberse constituido un grupo de empresas de relevancia laboral *con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución. La sentencia señala que lo importante es la fecha en que tuvo lugar el cambio sobrevenido – la agrupación de empresas en este caso - pues este debe haberse producido con posterioridad a la constitución del título objeto de ejecución*, lo que sucede en el caso enjuiciado pues aunque ciertamente la entidad frente a la que se amplía la ejecución se constituyó como persona jurídica con anterioridad a la creación de los títulos acumulados objeto de la ejecución definitiva dirigida inicialmente contra una sola sociedad, los hechos constitutivos de la unión empresarial y que justificarían en el presente caso el “*cambio sustantivo*” se basaron en hechos sobrevenidos producidos con posterioridad a la constitución de los títulos acumulados objeto de ejecución.

#### **10.1.4 Ejecuciones colectivas**

##### **Legitimación del comité de empresa para la ejecución colectiva**

Como señala la referida **STS 23-3-2017 (Rc 150/16 ECLI:ES:TS:2017:1423)**, la legitimación del comité está expresamente reconocida por la LRJS art. 247.1. Pero además, en el caso enjuiciado tal comité había sido parte en el proceso de impugnación del despido colectivo del que dimanaba la sentencia objeto de ejecución, habiendo sido incluso designado tal órgano de representación por los trabajadores afectados para que instara la ejecución, tal como consta en el auto impugnado.

**Ejecución de sentencias firmes que declaran nulo el despido colectivo por el proceso de ejecución colectiva: Adecuación de procedimiento y regularidad de la readmisión en el caso de ejecución por equivalente.**

La importante **STS, Pleno, 18-1-2017 (Rc 108/16 ECLI:ES:TS:2017:281)**, se dicta con ocasión de la ejecución definitiva de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 12/06/2014 (procedimiento núm. 79/2014), confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20/04/2015 (Rec 354/2014), que declaró nulo el despido colectivo de los trabajadores de **Coca-Cola**. La sentencia analiza con rigor cada uno de los motivos planteados en los dos recursos de casación formulados de los sindicatos recurrentes, siendo la inadecuación de procedimiento de ejecución colectiva y la regularidad de la readmisión de los trabajadores despedidos las cuestiones centrales sobre las que todos ellos pivotan. Así, la sentencia descarta la **inadecuación de procedimiento** alegada, porque tras la reforma de la LRJS operada por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, no cabe duda de que la sentencias que declaren la nulidad del despido colectivo pueden ser ejecutadas de forma colectiva por los trámites previstos en la LRJS art. 247.1, tal como se deduce del número 2 del citado precepto (a pesar de que la regulación vigente no establezca para los procesos de despido colectivo las previsiones contenidas para la demanda y la sentencia de los procesos de conflicto colectivo en la LRJS arts. 157.1 y 160.3, lo que dificulta, pero no impide la ejecución) y siempre que dicha ejecución se refiera a la propia obligación que se ejecuta (es decir, a la readmisión) o a las circunstancias que la afectan directamente (salario, puesto de trabajo, funciones a desempeñar), y no a las condiciones accesorias, como la antigüedad, que quedaría fuera del proceso de ejecución colectiva. Por otra parte, indica que no vulnera el derecho a la ejecución de sentencias de la CE art. 24.1 la **ejecución por equivalente** de la LRJS art. 286, cuando la ejecución específica (la readmisión) resulte materialmente imposible, como sucede en el caso de cierre -no reactivo- del centro de trabajo, señalando asimismo que dicha ejecución alternativa no merma la reparación del derecho fundamental de huelga vulnerado con el despido. Finalmente, la sentencia razona que **no constituye readmisión irregular la modificación funcional motivada por el cambio de actividad empresarial** como consecuencia de la reapertura del centro de trabajo de Fuenlabrada tras la sentencia ejecutiva, porque dicha modificación se encuentra dentro de los límites del ET art. 39.

### **Ejecución colectiva de sentencias de despido colectivo anteriores a la reforma del RDL 11/2003**

En su **STS 23-3-2017 (Rc 150/16 ECLI:ES:TS:2017:1423)**, la Sala Cuarta admite que una sentencia dictada antes de la modificación de la LRJS art. 247.2, **pueda ser ejecutada de forma colectiva si el fallo se acomoda a lo dispuesto en la LRJS art. 124.11, conteniendo la condena allí prevista**. La sentencia razona que aunque el reconocimiento legal expreso de la forma de ejecución de la sentencia que declara el despido colectivo nulo no se produjo hasta la entrada en vigor del RDL 11/2003, de 2 de agosto, que modificó el artículo 247.2 LRJS, ello no quiere decir que hasta esa fecha este tipo de sentencias fuesen meramente declarativas porque por ministerio de la ley ya contenían pronunciamientos de condena en aplicación del artículo 124.11 LRJS a partir de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio y, consecuentemente, era posible su ejecución aplicando las herramientas previstas en el Libro IV de la LRJS. En particular, no hay dificultad respecto a los salarios de tramitación adeudados y en cuanto a la obligación de

readmisión, la sentencia señala que puede llevarse a cabo a través de los instrumentos que proporcionan los artículos 278 a 286 LRJS (STS de 18 de enero de 2017, Rec. 108/16).

### **No requiere consignación el recurso de suplicación o de casación formulado frente a las resoluciones dictadas en ejecución**

Así, como señala la citada **STS 23-3-2017 (Rc 150/16)**, no es necesario efectuar consignación para recurrir en casación el auto que resuelve el recurso de reposición, frente al auto dictado en ejecución de sentencia que declara la nulidad del despido colectivo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRJS art. 245.1

## **10.2 Ejecución provisional**

Sobre el alcance de la ejecución provisional, resulta ilustrativa la **STS 5-7-2016 (Rc 177/15 ECLI:ES:TS:2016:3945)** que nos indica que dicha ejecución está sometida, como regla general, a la condición de que el tribunal superior no revoque, en todo o en parte, la sentencia que se ejecuta. A diferencia de las medidas cautelares cuya finalidad es asegurar la posibilidad de una ejecución futura, en la ejecución provisional el objetivo es adelantar en el tiempo la ejecución definitiva, teniendo, por ello, el mismo contenido que la ejecución ordinaria, y se realiza con vocación de permanencia. La sentencia señala que, como regla general (con importantes excepciones en ámbito social, como en el caso de prestaciones de pago periódico de Seguridad Social, art. 294 LRJS o de sentencias de despido improcedente o nulo, art. 300 LRJS) si la sentencia que provisionalmente se ejecuta es revocada deben restituirse las cosas al estado anterior a la ejecución, lo que puede comportar, además que deba indemnizarse al ejecutado por los daños y perjuicios causados. Por otra parte, precisa la sentencia que la ejecución provisional está vinculada a la existencia de una sentencia recurrida (arts. 289 a 305 LRJS); los restantes títulos ejecutivos que la LRJS establece, incluso los laudos arbitrales, no son susceptibles de ejecución provisional. Advierte la misma sentencia que, de acuerdo con la doctrina constitucional, la ejecución provisional no es *un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1 CE, pues se trata de un derecho de configuración legal, que el legislador puede establecer sometiénolo a determinados requisitos y garantías, dictados tanto en interés de la buena administración de justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso* (entre otras, STC 312/2006). El art. 304.1 LRJS establece que *“las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva”*, debiéndose también llevar a efecto la ejecución provisional *“en los propios términos establecidos en el título que se ejecuta ”* art. 241.1 LRJS), sin extralimitaciones, controlables excepcionalmente por vía de recurso de suplicación y/o casación ordinaria cuando en el auto de ejecución provisional *“se adopte materialmente una decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional”* o *“se declare la falta de jurisdicción o competencia del orden jurisdiccional social”* para conocer del proceso de ejecución provisional (art. 304.3 en relación con arts. 191.4.d.4º y 206.4.c LRJS), con lo que la ley viene a cristalizar la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo establecida en ese sentido. La sentencia señala que el carácter provisional de tal modalidad de ejecución

de sentencias determina que no deban adoptarse medidas que pudieran resultar irreversibles en supuesto de revocación, en todo o en parte, de la sentencia provisionalmente ejecutada, como es dable deducir, directamente o por analogía, del art. 303.1 y 3 LRJS.

Con arreglo a dicha doctrina la **TS 5-7-16 Rec 177/2015** citada señala que no cabe plantear ni resolver en ejecución provisional cuestiones ya resueltas en la sentencia que se ejecuta, ni siquiera la posible competencia o incompetencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de la cuestión principal, y que la ejecución provisional ha de llevarse a efecto con independencia del resultado que obtenga el recurso interpuesto en contra de la sentencia que provisionalmente se ejecuta, porque es un procedimiento autónomo nacido de la propia norma legal.