

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

AÑO JUDICIAL 2017-2018



TRIBUNAL SUPREMO

2018

## **SALA CUARTA**

# CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. AÑO JUDICIAL 2017/2018.<sup>1</sup>

INDICE SISTEMÁTICO.

## **Introducción**

### **I. DERECHO DEL TRABAJO**

#### **1. Antigüedad**

- 1.1. Fijos-discontinuos. AEAT.
- 1.2. Sucesión de contratos temporales. Unidad esencial del vínculo.

#### **2. Caducidad de la acción.**

- 2.1. Demanda de oficio
- 2.2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

#### **3. Cesión ilegal**

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

#### **5. Contratación temporal**

- 5.1. Contratos eventuales por circunstancias de la producción
- 5.2. Contrato para obra o servicio determinado
- 5.3. Contrato de relevo

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

#### **7. Despidos individuales.**

##### 7.1 Despido disciplinario

- 7.1.1 Facultad disciplinaria empresarial
- 7.1.2 Audiencia previa y otras exigencias formales
- 7.1.3 Aplicabilidad del EBEP a despido disciplinario
- 7.1.4 Vigilancia y control del correo electrónico del trabajador y prueba lícita a efectos de despido
- 7.1.5 Derecho de opción

##### 7.2 Despidos objetivos

- 7.2.1 Ausencias debidas a bajas por enfermedad
- 7.2.2 Despidos objetivos por causas productivas y organizativas

---

<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.

- 7.2.3 Despido objetivo por absentismo
- 7.2.4 Despido objetivo por ineptitud sobrevenida
- 7.2.5. Impugnación de despido individual derivado de despido colectivo: carta de despido y criterios de selección del trabajador despedido
- 7.2.6 Extinción de contrato de trabajadores indefinidos no fijos por amortización de la plaza

### 7.3. Efectos económicos del despido

- 7.3.1 Error excusable
- 7.3.2 Puesta a disposición de la indemnización legal
- 7.3.3 Salarios de tramitación, cláusulas de blindaje e indemnizaciones

## **8. Despido colectivo**

- 8.1 Extinción de la personalidad jurídica del empresario
- 8.2 Umbrales numéricos del despido colectivo
- 8.3 Grupo de empresas
- 8.4 Lesión de derechos fundamentales
- 8.5 Ejecución sentencia firme de despido colectivo

## **9. Elecciones sindicales.**

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

## **11. Excedencias voluntarias**

## **12. FOGASA**

- 12.1 Declaración de insolvencia previa
- 12.2 Legitimación empresarial: empresas de menos de 25 trabajadores.
- 12.3 Límite de la responsabilidad: Contratos a tiempo parcial
- 12.4 Obtención cantidades a cargo FOGASA: deudas empresariales en bruto.
- 12.5 Responsabilidad en caso de indemnización pactada superior a la legal.
- 12.6 Silencio positivo y requerimiento o subsanación de defectos: Efectos suspensivos.

## **13. Fusión por absorción: efectos.**

## **14. Igualdad de trato**

## **15. Impugnación de la convocatoria de concurso de traslados.**

## **16. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales**

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

- 17.1 Calificación de la medida
- 17.2 Convenio colectivo extraestatutario.

## **18. Participación indefinidos no fijos en convocatoria de promoción profesional.**

## **19. Prescripción**

- 19.1 Día final del plazo de prescripción: día inhábil.
- 19.2 Indemnización
- 19.3 Reclamación del empresario al trabajador correspondiente a la prestación por desempleo superpuesta a los salarios de tramitación.
- 19.4 Responsabilidad solidaria: Sucesión de empresa. Art 44.3 ET

19.5 Responsabilidad solidaria de la empresa principal, sobre pago de salarios que establece el art. 42-2 del ET. Interrupción plazo de prescripción

## **20. Reconocimientos médicos.**

20.1 Control de ausencias mediante una empresa externa.

20.2 Obligatoriedad de los reconocimientos para vigilantes de seguridad y escolta

## **21. Responsabilidad del Estado por salarios de tramitación**

## **22. Salario y régimen retributivo**

22.1 Condición más beneficiosa: Administración Pública.

## **23. Sucesión de empresas**

23.1 Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las obligaciones salariales de la empresa contratista.

23.2 Responsabilidad en el abono de cantidades salariales anteriores al cambio de contrata.

23.3 Sucesión de empresa en el seno del concurso.

23.4 Sucesión de contratas en la Administración Pública.

## **24. Tiempo de trabajo**

24.1. Permiso por lactancia. Acumulación en jornadas completas

## **25. Trabajos de superior categoría. Consolidación.**

# **II. SEGURIDAD SOCIAL**

## **1.-Cuestiones generales**

### *1.1.-Compatibilidad de pensiones*

1.1.1.-Invalidez no contributiva y renta activa de inserción

1.1.2.-Viudedad clases pasivas y viudedad RGSS

### *1.2.-Demanda de oficio en procedimiento sancionador: legitimación de la TGSS*

## **2.-Jubilación**

### *2.1.-Conforme a Reglamentos UE*

2.1.1.-Cálculo de la base reguladora

2.1.2.-Prorrata temporis

### *2.2.-Jubilación anticipada*

2.2.1.-Periodo de carencia

2.2.2.-Coeficientes reductores de la edad de jubilación

2.2.3.-Trabajadores con discapacidad

2.3.-Jubilación forzosa

### *2.4.-Jubilación parcial*

2.4.1.-Edad

2.4.2.-Previa realización de trabajos como funcionario

2.4.3.-Acumulación de jornada

2.4.4.-Vinculación al contrato de relevo

## *2.5.-Jubilación activa*

2.5.1.-Reconocimiento del derecho

2.5.2.-Cálculo de la pensión

## *2.6.-Jubilación contributiva*

2.6.1.-Premio por jubilación

2.6.1.1.-Reconocimiento del derecho

2.6.1.2.-Prescripción

2.6.2.-Complemento a mínimos

## *2.7.-Aplicación de la doctrina del paréntesis*

## *2.8.-Competencia funcional*

2.8.1.-Reclamación de base reguladora superior

2.8.2.-Reclamación de complemento a mínimos

## **3.-Planes de pensiones**

## **4.-Accidente de trabajo y enfermedad profesional**

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

4.1.1.-Infartos

4.1.2.-Accidentes in itinere

### *4.2.-Responsabilidad*

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

4.2.2.-Compartida en atención al tiempo de aseguramiento en supuestos de enfermedad profesional estando el trabajador expuesto antes y después de 2008

4.2.3.-Responsabilidad de la Mutua que aseguraba la contingencia en el momento de la recaída tras segundo accidente

### *4.3.-Recargo de prestaciones*

4.3.1.-Trámite de audiencia en procedimiento administrativo sobre incapacidad permanente

4.3.2.-Fijación de hechos probados respecto de la forma en que aconteció el accidente conforme a lo resuelto en sentencia del orden social sobre impugnación de sanción a la empresa

4.3.3.-Fecha de efectos

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

4.4.1.-Aplicación del Baremo para accidentes de circulación

4.4.2.-Efecto de cosa juzgada

4.4.2.1.-Respecto de una sentencia del orden penal

4.4.2.2.-Respecto de una sentencia sobre recargo

4.4.3.-Intereses

4.4.4.-Prescripción

4.4.5.-Incongruencia

## **5.-Impugnación de sanciones**

## **6.-Incapacidad temporal**

## **7.-Incapacidad permanente**

### *7.1.-Gran invalidez*

7.1.1.-Incompatibilidad entre pensiones del RETA y RGSS

7.1.2.-Deficiencias visuales

### *7.2.-Incapacidad permanente absoluta*

7.2.1.-Fecha de efectos

7.2.2.-Base reguladora

### *7.3.-Incapacidad permanente total*

7.3.1.-Reconocimiento del derecho

7.3.2.-Ejecución de sentencia: descuentos por estar el trabajador de alta en el RETA

7.4.-*Indemnizaciones convencionales*

## **8.-Grado de discapacidad**

8.1.-*Revisión de grado*

8.2.-*Fecha de efectos*

8.3.-*Acumulación de acciones de grado y contingencia*

8.4.-*Incongruencia omisiva*

## **9.-Prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave**

## **10.-Asistencia sanitaria**

## **11.-Sovi**

## **12.-Desempleo**

12.1.-*Aportaciones al Servicio Público de Empleo en supuestos de despidos colectivos*

12.2.-*Nivel contributivo*

12.2.1.-Desempleo parcial

12.2.1.1.-Porcentaje de parcialidad

12.2.1.2.-Extinción por compatibilización con trabajos a tiempo parcial

12.2.2.-Mantenimiento, suspensión o extinción por salida del territorio sin comunicación a la entidad gestora

12.2.3.-Reposición de prestaciones en supuestos de ERTes seguidos de EREs

12.2.4.-Cálculo de la base reguladora

12.3.-*Nivel asistencial*

12.3.1.-Revisión de oficio del reconocimiento del derecho

12.3.2.-Determinación de la existencia de cargas familiares

12.3.3.-Carencia de rentas

12.3.4.-Extinción

12.4.-*Competencia funcional*

12.4.1.-Impugnación de resolución administrativa recaída en ejercicio de potestad sancionadora de la LISOS

12.4.2.-Reclamación de prestaciones indebidas

12.4.3.-Reclamación de diferencias de base reguladora

12.4.4.-Cuando se discute cuantía máxima prestación por realización de trabajos a tiempo parcial

12.4.5.-Cuando se discute percibo prestación desde fecha anterior a la reconocida

12.5.-*Prescripción*

12.6.-*Caducidad*

12.7.-*incongruencia*

## **13.-Renta activa de inserción**

13.1.-Determinación de la carencia de rentas

13.2.-Extinción por salida del territorio sin comunicación a entidad gestora

## **14.-Prestación por cese de actividad de autónomos**

## **15.-Maternidad subrogada**

## **16.-Riesgo durante la lactancia**

## **17.-Viudedad**

### *17.1.-En supuestos de matrimonio*

17.1.1.-Ministros de Culto de Iglesias Evangélicas Españolas

17.1.2.-Matrimonio por el rito gitano

17.1.3.-Fallecimiento del causante antes de transcurrido un año desde el matrimonio

17.1.4.-Reconciliación de cónyuges separados comunicada al Juzgado pero no ratificada por retrasos en citación judicial

### *17.2.-En supuestos de separación o divorcio*

17.2.1.-Aplicación DT 18ª LGSS

17.2.2.-Pensión compensatoria

17.2.3.-Acreditación de la reanudación de la convivencia

17.2.4.-Cuantía de la pensión

17.2.5.-Concurrencia de beneficiarios

17.2.6.-Complemento a mínimos

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

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

17.4.1.-Acreditación existencia de la pareja de hecho

17.5.2.-Registro válido

## **18.-Orfandad**

## **19.-Prestaciones en favor de familiares**

## **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. Conciliación previa. La papeleta de conciliación puede presentarse válidamente en la Oficina de Correos.

2.2. La demanda

2.2.1. Determinación del momento del ejercicio de la acción: es la fecha de presentación de la papeleta de conciliación o de la reclamación previa

2.2.2. Acumulación de acciones

2.2.3. Modificación sustancial de la demanda

2.3. El juicio

2.3.1. Derecho a un juez imparcial

2.3.2. Citación a juicio mediante correo certificado

2.3.3. La prueba. Denegación de la práctica de la prueba y tutela judicial efectiva

2.4. La sentencia

2.4.1. Congruencia de las sentencias

2.4.1.1. Incongruencia omisiva o *ex silentio*

2.4.1.2. Incongruencia extrapetita

2.4.1.3. Incongruencia interna por la falta de respeto en suplicación de los hechos probados de instancia



- 2.4.2. Cosa juzgada
  - 2.4.2.1. Cosa juzgada negativa o excluyente
  - 2.4.2.2. Cosa juzgada positiva
- 2.4.3. Cosa juzgada y litispendencia
- 2.4.4. Multa por temeridad

### **3. Modalidades procesales**

- 3.1. Proceso de despido. Adecuación de procedimiento
- 3.2. Impugnación de despido colectivo
  - 3.2.1. No es el procedimiento adecuado para impugnar la extinción de los contratos adoptada por auto del juez de lo mercantil
  - 3.2.2. Impugnación de despido colectivo e impugnación de despido individual
  - 3.2.3. Legitimación, caducidad de la acción y exceso de competencia
- 3.3. Procedimiento de oficio  
Legitimación activa: la TGSS constituye “autoridad laboral” legitimada para el caso de infracciones en materia de Seguridad Social
- 3.4. Proceso de conflicto colectivo
  - 3.4.1. Ámbito de aplicación
  - 3.4.2. Legitimación activa. Implantación suficiente y correspondencia entre el ámbito de representación y el del conflicto
- 3.5. Proceso de impugnación de convenio colectivo. Legitimación.
  - 3.5.1. Legitimación activa de las asociaciones empresariales para la impugnación por ilegalidad del convenio
  - 3.5.2. Legitimación de los representantes de los trabajadores

### **4. Recurso de suplicación**

- 4.1. Sentencias recurribles “en todo caso”
  - 4.1.1. Son recurribles las sentencias en las que se alega la violación de un derecho fundamental
  - 4.1.2. Son recurribles las sentencias en las que se denuncia una infracción procesal
- 4.2. Sentencias recurribles por razón de la materia. Acceso a suplicación de las sentencias dictadas en procesos de impugnación individual de modificaciones sustanciales de carácter colectivo
- 4.3. Sentencias recurribles por razón de la cuantía litigiosa
  - 4.3.1. Determinación de la cuantía litigiosa
  - 4.3.2. Sentencias sujetas al límite de la cuantía litigiosa
  - 4.3.3. Afectación general
    - 4.3.3.1. Afectación general notoria por conflicto colectivo previo
    - 4.3.3.2. Se aprecia afectación general para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debido a la existencia de una importante conflictividad real
- 4.4. Autos recurribles en suplicación.
  - 4.4.1. Recurribilidad de los autos dictados en ejecución provisional
  - 4.4.2. Irrecurribilidad del auto dictado en ejecución de sentencia que no confirmó la sanción por falta muy grave
  - 4.4.3. Irrecurribilidad del auto dictado en ejecución de sentencia en impugnación de una multa por temeridad

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

- 5.1. Resoluciones recurribles: sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social
- 5.2. Exigencias formales del recurso: cita y fundamentación de la infracción legal
- 5.3. Motivos del recurso. Error en la apreciación de la prueba

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

- 6.1. Legitimación del Ministerio Fiscal
- 6.2. Exigencias formales del escrito de preparación
- 6.3. Idoneidad de la sentencia de contraste
  - 6.3.1. Sentencias casadas y anuladas
  - 6.3.2. Sentencias no firmes
  - 6.3.3. Sentencias dictadas por órganos distintos a los previstos en el art. 219 LRJS
  - 6.3.4. Sentencias que no aprecian la contradicción
  - 6.3.5. Sentencias que no fueron citadas en preparación
- 6.4. Requisitos formales del escrito de formalización del recurso
  - 6.4.1. Relación precisa y circunstanciada de la contradicción
  - 6.4.2. Determinación y fundamentación de la infracción legal
- 6.5. Requisito de la contradicción
  - 6.5.1. Doctrina general
    - 6.5.1.1. Libertad de criterio de la Sala IV del Tribunal Supremo para resolver el litigio cuando aprecia contradicción
    - 6.5.1.2. Aplicación por las sentencias comparadas de regulaciones distintas
    - 6.5.1.3. Los *obiter dicta* no sirven para acreditar la contradicción
  - 6.5.2. Supuestos especiales de contradicción
    - 6.5.2.1. Contradicción y vulneración de derechos fundamentales
    - 6.5.2.2. Cuestiones procesales
    - 6.5.2.3. Determinación de existencia de relación laboral
    - 6.5.2.4. Dificultad de la contradicción en el despido disciplinario y sus excepciones
    - 6.5.2.5. Resolución del contrato por incumplimiento del empresario
  - 6.5.3. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción
    - 6.5.3.1. Examen de la competencia funcional
    - 6.5.3.2. Examen de la competencia internacional
    - 6.5.3.3. Ejecución de sentencias de conflicto colectivo
    - 6.5.3.4. Derecho a un juez imparcial
- 6.6. Contenido casacional de la pretensión
  - 6.6.1. Cita de contraste de doctrina abandonada
  - 6.6.2. Adecuación de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala
  - 6.6.3. Revisión de los hechos probados
  - 6.6.4. Impugnación insuficiente de la sentencia recurrida

## **7. Aspectos comunes a los recursos de suplicación y de casación**

- 7.1. Cambio de jurisprudencia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva

- 7.2. Prevalencia del órgano de instancia en la interpretación de los convenios y acuerdos colectivos
- 7.3. Facultad privativa del órgano de instancia en la interpretación de los contratos y sus excepciones
- 7.4. Legitimación para recurrir: existencia de interés en el pleito
- 7.5. Revisión de los hechos probados (solo casación ordinaria y suplicación)
- 7.6. Cuestión nueva
- 7.7. El vicio de “hacer supuesto de la cuestión”
- 7.8. Costas: Sujetos excluidos y condena a las entidades gestoras por temeridad o mala fe

## **8. Revisión de sentencias firmes**

- 8.1. Requisitos
  - 8.1.1. Firmeza de la sentencia impugnada
  - 8.1.2. Agotamiento de los recursos previstos por la ley (subsidiariedad)
- 8.2. Plazo para el ejercicio de la acción
- 8.3. Acumulación de acciones
- 8.4. Motivos de revisión
  - 8.4.1. Documentos recobrados
  - 8.4.2. Falso testimonio
  - 8.4.3. Maquinación fraudulenta
  - 8.4.4. Sentencia absolutoria

## **9. Error judicial**

- 9.1. Doctrina general. Excepcionalidad del error judicial
- 9.2. Requisitos: plazo para la presentación de la demanda y agotamiento de los recursos previstos por la ley (subsidiariedad)
- 9.3. Legitimación pasiva: no la tiene la parte contraria en el pleito de origen
- 9.4. Condena en costas

## **10. Ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos**

- 10.1. Ejecución de acuerdo de conciliación judicial
- 10.2. Ejecución de sentencias firmes de despido
- 10.3. Ejecuciones colectivas. Ejecución de despido colectivo nulo acordado en conciliación judicial
- 10.4. Ejecución provisional de sentencia condenatoria al pago de cantidad (remisión)

## **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 2017-2018, 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 una relación exhaustiva y sí de una selección de aquellos pronunciamientos más relevantes, bien por la materia que abordan, o por su repercusión social, o 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 2017/2018, ha resuelto innumerables cuestiones de enorme interés y repercusión social que serán más adelante debidamente expuestas de forma sistemática. En esta materia la actividad de la Sala se caracteriza, cada vez más, por el casuismo, lo que quizá venga impuesto por el propio carácter cambiante de la realidad social a cuya ordenación se dirige este sector del ordenamiento. Este interesante dato ha merecido que se incluyan en esta crónica pronunciamientos relativos a cuestiones o asuntos –como la contratación temporal, la negociación colectiva o el despido— para cuya resolución, aunque se cuente con un importante y sólido acervo doctrinal, no ha bastado con una aplicación mecánica de los criterios precedentes, sino que ha sido preciso verificar alguna adaptación concreta o introducir algún matiz.

Por otro lado, sectores o ámbitos del Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales que parecían suficientemente estables y asentados, han vuelto a provocar conflictos que han accedido al máximo grado jurisdiccional. Tal es el caso de la delimitación del contrato de trabajo con figuras afines, en relación a la frágil frontera con otros vínculos de naturaleza análoga. En relación al contrato de relevo, los últimos pronunciamientos de la Sala Cuarta han venido rectificar la línea doctrinal hasta la fecha mantenida, y en materia de despido disciplinario, pese a la dificultad de que esta disciplina acceda a la casación unificadora, la Sala ha tenido ocasión de adentrarse en el vidrioso terreno del alcance de la facultad disciplinario empresarial. Asimismo, cabe destacar diversas materias relacionadas con el complemento de antigüedad y el alcance de la prescripción en el ejercicio de acciones de distinta naturaleza. También se ha fijado de forma definitiva la eficacia de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial abordada desde diferentes prismas – legitimación empresarial en empresas de 25 trabajadores, límite de la responsabilidad en los contratos a tiempo parcial, ...-. Tampoco pueden olvidarse pronunciamientos novedosos en relación con el permiso de lactancia o la posibilidad de la adquisición de una condición más beneficiosa en el ámbito de la Administración Pública.

Pero con toda probabilidad, y siempre por lo que se refiere al Derecho del trabajo, de entre las resoluciones de la Sala Cuarta correspondientes a este año judicial que se han esperado con mayor interés, han sido aquellas en las que la Sala ha procedido a aplicar la reciente doctrina del Tribunal Europeo de derechos Humanos en materia del control empresarial del uso del correo electrónico corporativo, en particular, la licitud de la prueba obtenida por esos medios. En esta línea, diversas sentencias han contemplado la posible nulidad de las decisiones extintivas acordadas por el empleador desde ópticas diversas – despidos disciplinarios y objetivos— con sustento en la posible existencia de una situación

de discriminación por enfermedad, decisiones que se han adoptado, como no podía ser de otra manera, en aplicación de la doctrina europea, STJUE 11-7-2016 [asunto Chacón Navas], y 1-12-2016 [C- 395/15].

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, Las cuestiones relacionadas con las pensiones de jubilación, viudedad y accidente de trabajo y enfermedad profesional, son las que más han abundado en el periodo examinado en los recursos de casación para la unificación de doctrina presentados ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

Respecto de la pensión de jubilación, cada vez son más numerosos los pronunciamientos en relación a cuál debe ser la cuantía de la pensión y qué parte corresponde abonar a la Seguridad Social española, cuando el trabajador ha prestado servicios en otros países y se solicita la misma conforme a Reglamentos Comunitarios. Junto a ello, el examen de cuándo puede accederse a la jubilación anticipada, sobre todo en supuestos de aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación, y especialmente respecto del colectivo de personas con discapacidad, también han tenido un peso específico en la labor unificadora de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. Junto a ello, las cuestiones relacionadas con accidente de trabajo y enfermedad profesional han sido, sin lugar a dudas, las más numerosas. Especialmente importantes han sido los pronunciamientos en relación con la determinación de la contingencia en supuestos de infartos y accidentes in itinere. Entre mayo de 2017 y mayo de 2018, se han aclarado los supuestos de responsabilidad de las entidades gestoras, especialmente cuando el trabajador ha estado sometido a riesgos que han derivado en enfermedades profesionales.

Menos numerosas que en años anteriores han sido las sentencias que han conocido sobre recargo de prestaciones e indemnización por daños y perjuicios. De entre las dictadas, destacan las que han resuelto los problemas en relación a los efectos que producen sentencias de otros órdenes jurisdiccionales e incluso del propio orden social pero en procedimientos diferentes (sentencia sobre recargo en relación con procedimiento de indemnización por daños y perjuicios y viceversa).

A pesar de las dificultades procesales existentes para que la Sala 4ª del Tribunal Supremo conozca de cuestiones relacionadas con los grados de incapacidad, sin embargo, han sido múltiples las sentencias que han abordado cuestiones relacionadas con dicha revisión y otras conexas, en particular, cuándo procede reconocer el derecho, cuál es la fecha de efectos, o cómo debe determinarse la base reguladora, por poner sólo algunos ejemplos.

Especialmente técnicas han sido las sentencias que han abordado la prestación (nivel contributivo) o subsidio (nivel asistencial) de desempleo. Así, se han abordado cuestiones relacionadas con la reposición de prestaciones por desempleo en supuestos de ERTes seguidos de EREs, cálculos de la base reguladora, especialmente en supuestos de desempeño de trabajos a tiempo parcial, supuestos de mantenimiento, suspensión o extinción, y cuestiones conexas pero no por ello menos importantes, como las relativas a cómo deben realizarse las aportaciones al Servicio Público de Empleo en supuestos de despidos colectivos.

Por último, en materia de viudedad dos sentencias han destacado de las innumerables dictadas: las que resuelven si procede o no reconocer pensión de viudedad a los Ministros de Culto de Iglesias Evangélicas Españolas cuando el causante no ha cotizado, y si procede el reconocimiento de dicha pensión cuando el matrimonio se celebró por el rito gitano. Junto a ello, la Sala 4ª ha interpretado las complejas exigencias legales para el acceso a la pensión de viudedad en supuestos de matrimonio, de ruptura conyugal, mediando violencia de género, o en supuestos de parejas de hecho.

En lo tocante al proceso laboral, la Sala ha sentado nueva doctrina en diversas materias, tanto de índole puramente procesal como colectiva. Así, entre las primeras destaca la posibilidad de presentar válidamente la papeleta de conciliación en la oficina de Correos, así como la posibilidad de realizar impugnaciones de despido individual sin necesidad de que termine la tramitación de la colectiva ya iniciada; el acceso a suplicación de las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos, o la legitimación activa de la TGSS para los procesos de oficio en el caso de infracciones de seguridad social; y entre las segundas, cabría destacar las relativas a la delimitación entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas a efectos de determinar la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para su impugnación; la legitimación, caducidad de la acción y exceso de competencia en la impugnación de los despidos colectivos, o la legitimación, en especial, de las AAEE, para la impugnación de los convenios colectivos.

Además, la Sala ha modificado su doctrina respecto a la determinación del momento de inicio de ejercicio de la acción, la apreciación de afectación general para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, y la inadmisión/desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina por la cita de contraste de doctrina abandonada, como nueva modalidad de falta de contenido casacional.

Por lo demás, ha sido igualmente intensa en este periodo la labor de la Sala de delimitación de su propia competencia material, fundamentalmente respecto de la jurisdicción mercantil y la contencioso administrativa

## **I. DERECHO DEL TRABAJO**

### **1. Antigüedad**

#### **1.1. Fijos-discontinuos. AEAT.**

Las **STS 18-1-2018, (Rc 2853/15) ECLI:ES:TS:2018:292, 1-3-2016 (Rc 192/17 y 562/16) ECLI:ES:TS:2018:990 y ECLI:ES:TS:2018:883, 13-3-2018 (Rc 77/17 y 446/17) ECLI:ES:TS:2018:1004 y ECLI:ES:TS:2018:1120, 5-6-2018 (Rc 1836/17 y 2370/17)** declaran que para el cálculo de la antigüedad a efectos del devengo del complemento salarial y la promoción profesional a los trabajadores fijos discontinuos de la Agencia Estatal Administración Tributaria (AEAT) se computan sólo los servicios efectivamente prestados durante las sucesivas campañas a las que fueron llamados, rechazando expresamente que

a tales efectos se contabilicen los periodos de inactividad. De la interpretación del Convenio de la demandada, art 67, se deriva que la norma convencional ha optado por el cómputo del tiempo de prestación de servicios efectivos y no por el de vinculación a la empresa. Esta solución interpretativa se adecua al sentido prístino del premio por antigüedad, cuyo objeto es recompensar la permanencia del trabajador en la empresa, la mayor experiencia que se adquiere con la estabilidad en el empleo, así como la lealtad que supone no cambiar de empleadora. Por otra parte, se rechazan las denuncias de desigualdad y falta de proporcionalidad que provoca el distinto tratamiento de los fijos-discontinuos con relación a los trabajadores fijos, a tiempo completo o parcial, por cuanto es doctrina constitucional reiterada que el art 14 CE sólo se viola cuando se da desigual trato a situaciones de hecho y de derecho iguales, pero no cuando se trata de forma distinta a situaciones diferentes, cual es el caso analizado.

## **1.2. Sucesión de contratos temporales. Unidad esencial del vínculo.**

Se trata en **STS 21-9-2017 (Rc 2764/15)** ECLI:ES:TS:2017:3583, de determinar la fecha inicial del cómputo de antigüedad en el caso de una trabajadora con sucesivos contratos por obra o servicio, cuando se ha producido una cesura de tres meses y medio entre dos periodos de servicios. La cuestión gira, por lo tanto, sobre la unidad esencial del vínculo como reacción frente al encadenamiento de contratos temporales a lo largo del tiempo, y que tiene su principal ámbito de proyección en el cálculo de la indemnización por despido improcedente y en el complemento personal de antigüedad. El TS, tras recordar la doctrina de la Sala sobre la unidad esencial del vínculo, concluye afirmando que la STS 10-6-2012 (Rc 76/2010) --en la que se apoya la recurrida-- no opta por un método matemático a la hora de apreciar la ruptura del vínculo, ni erige los tres meses como una barrera universal, ni prescinde de la duración global del arco temporal examinado a la hora de ponderar todas las circunstancias. Así las cosas, como es el caso, es posible que un paréntesis de tres meses y medio no rompa necesariamente la unidad esencial del vínculo, si se ha trabajado el 97% del tiempo transcurrido durante doce años, existe cesión ilegal, varios contratos temporales, continuidad de funciones y un solo paréntesis inferior a cuatro meses. En consecuencia, la Sala Cuarta da lugar al recurso de su razón, declara la unidad del vínculo y el cómputo de la antigüedad se retrotrae al momento inicial del trabajo, siendo lo más relevante de esta decisión que descarta con toda rotundidad que exista un criterio jurisprudencial en virtud del cual las interrupciones superiores a tres meses de duración rompan la unidad esencial del vínculo contractual.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 21-9-2017 (Rec 47/2016)**, ECLI:ES:TS:2017:3572, en relación con el complemento de antigüedad, capacitación y permanencia, en un supuesto de sucesión de contratos temporales con algunas interrupciones importantes entre ellos, en la Televisión de Galicia. Para el reconocimiento de antigüedad ha de estarse a la fecha del primer contrato suscrito entre el trabajador y la entidad demandada, y, para el concreto cómputo del complemento de antigüedad, deben sumarse todos los periodos de prestación de servicios, desde dicha fecha, con la exclusión de los periodos de interrupción de la prestación de servicios entre contratos, por lo tanto con independencia de las interrupciones que se hayan podido producir en la cadena de contratos temporales sucesivos. Esto es, el cómputo de la antigüedad en litigio ha de incluir "los periodos de tiempo efectivamente trabajados", sumando, "todos los periodos de prestación de servicios efectivos". Ello es así porque el complemento de antigüedad tiene por objeto "compensar la adscripción del trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios", adscripción y experiencia que no concurren o no se pueden obtener en las fases de interrupción en la secuencia contractual en las que el vínculo laboral

no existe, lo que, sin duda, resulta aplicable al complemento de capacitación y permanencia.

## **2. Caducidad de la acción.**

### **2.1. Demanda de oficio**

Las **STS 22-11-2017 (Rc 19/17)** ECLI:ES:TS:2017:4406 y **7-2-2017 (Rc 21/17)** ECLI:ES:TS:2018:574 reiteran el criterio sentando en **STS 21-6-2017 (Rc 153/16)** ECLI:ES:TS:2017:2890, y estiman que la acción de impugnación de Acuerdos – de suspensión de contratos de trabajo y de reducción de jornada, respectivamente, a que se refiere el art 148 LRJS - ejercitada por el Delegado Territorial mediante demanda de oficio, está sometida al plazo de caducidad de 20 días. Si bien es cierto que no existe expresa previsión legal al respecto, la omisión es meramente formal, sin que pueda entenderse que la facultad conferida a la autoridad laboral pueda ser ejercitada en cualquier momento, ni siquiera que pueda regirse por el criterio genérico de la prescripción de las acciones de contenido laboral, dado que nos encontramos en el marco del ejercicio de una acción en materias cuyo tratamiento procesal se rige por el principio de celeridad. A falta de norma específica, se tiene en cuenta que la demanda de oficio tiene la función de ser el presupuesto de la aplicación de normas sancionadoras, por lo que deben aplicarse los plazos de prescripción y caducidad correspondientes a la conducta que se pretende sancionar. Una interpretación sistemática y homogeneizadora del régimen de impugnación de los procesos colectivos de flexibilidad interna o de despido colectivo, conduce a la aplicación del plazo de caducidad de 20 días, por analogía con lo dispuesto en el art 124 LRJS para el despido colectivo, sin distinción alguna para el caso de que la impugnación provenga de la autoridad laboral. Asimismo, el *dies a quo* se inicia cuando la empresa comunica la decisión a la autoridad laboral, que se encuentra en la misma posición que la representación social en cuanto al alcance de la información que posee.

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

La **STS 3-4-2018 (Rc 106-17)**, ECLI:ES:TS:2018:1454, confirma la caducidad de la acción para la impugnación de la modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo (MSCTC), por superación del plazo de 20 días establecido en el art 138 LRJS. A partir de la entrada en vigor de la Ley 36/2011, el plazo de 20 días de caducidad es aplicable en todo caso, aunque no se haya seguido el específico trámite del art 41 ET. La fijación de un plazo de caducidad perentorio constituye una garantía de la seguridad jurídica que para las partes se ha de derivar de la consolidación de una decisión no impugnada, de suerte que el transcurso del mismo actúa como ratificación de la aceptación de la parte social. En el caso, no se niega la existencia de comunicación, siendo que la parte social dejó transcurrir en exceso el plazo legalmente establecido al efecto.

En el mismo sentido se había pronunciado la **STS 23-1-2018 (Rc 49/17)**, ECLI:ES:TS:2018:275, declarando la caducidad de la acción en impugnación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo puesto que cuando se presentó la solicitud de conciliación ya había transcurrido el indicado plazo de 20 días establecido en el art 138.1 LRJS, contado a partir de la comunicación por escrito a los representantes de los trabajadores.

También en relación con esta misma cuestión - plazo de caducidad para el ejercicio de la impugnación de MSCTC- se pronuncia la **STS 29/5/2018 (Rc 60/17)**, ECLI:ES:TS:2018:2339, señalando que la caducidad como medida excepcional del



ordenamiento jurídico no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que, en definitiva, impidan todo posible examen del derecho material y la consiguiente decadencia de determinados derechos. Por ello, el día inicial para el computo del plazo de caducidad solo comienza a contar desde que se realiza la notificación a la representación legal de los trabajadores de forma expresa de la medida adoptada. Con carácter general, esta exigencia no quiebra, aunque la RLT tenga conocimiento por otras vías de la medida adoptada.

### **3. Cesión ilegal**

La **STS de 14-12-2017 (Rc 312/16)** [ECLI:ES:TS:2017:4782] es de un interés inusitado. Pero, sobre todo, por cuestiones procesales, que son abordadas en el apartado correspondiente de esta crónica, pues lo que en ella se debate es el momento en que puede ejercitarse la acción para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal. En esta resolución, la Sala Cuarta procede a cambiar el criterio hasta ahora mantenido, afirmando que el momento en cuestión debe ser no el de la presentación de la demanda sino el de la conciliación administrativa previa y ello por tratarse de un mecanismo preprocesal o de evitación del proceso configurado con carácter obligatorio en el art. 63 LRJS. Concluye precisando que la posibilidad de accionar para obtener la declaración de cesión ilegal exige que la situación a calificar como tal esté vigente en el momento en que el trabajador ponga en marcha la reclamación judicial, lo que se concretará en el momento de inicio de los actos de evitación del proceso. Criterio que reitera **STS 28-2-2018 (Rc 3885/15)** [ECLI:ES:TS:2018:927], en un caso en el que el actor había interpuesto con anterioridad a la extinción de su contrato y de la relación mercantil entre las empresas, la oportuna papeleta de conciliación, previa a la vía judicial, para que se declarase la existencia de cesión ilegal.

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

La línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga, como es el caso de la ejecución de obra o el arrendamiento de servicios, regulados en la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. En este contexto, las **STS 24-1-2018 (Rc 3595/15)** [ECLI:ES:TS:2018:588]; **(Rec 3394/15)** [ECLI:ES:TS:2018:608]; **8-2-2018 (Rc 3389/15)** [ECLI:ES:TS:2018:589] traen a colación la doctrina mantenida en torno a la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, a propósito de unos supuestos en los que los trabajadores suscriben con una empresa [Zardoya Otis] un contrato marco de colaboración para la ejecución de obra por el que se comprometen a realizar los trabajos de instalación y reparación de aparatos elevadores. El TS tras una profusa tarea argumental considera que se trata de una relación laboral y recuerda al efecto cuáles son los requisitos para alcanzar tal conclusión, descartando asimismo la aplicación del art. 11 de la Ley 20/2017, al no constar que los trabajadores fueran un verdadero empresario y teniendo en cuenta que la actividad se llevaba a cabo dentro del ámbito de dirección y organización de una empresa.

También califica la **STS 18-5-2018 (Rc 3513/16)** [ECLI:ES:TS:2018:2263] como contrato de trabajo la prestación de servicios de transporte realizada por quien es socio de una cooperativa de trabajo asociado, que carece de cualquier infraestructura propia y que se limita a ser la titular de la tarjeta de transporte, a la vez que suscribe un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa de transporte propietaria de los camiones que alquila a la cooperativa y pone a disposición de los conductores a los que se les descuenta el precio del alquiler de la facturación mensual de los servicios que organiza y dirige la

empresa. Para alcanzar tal solución la Sala Cuarta efectúa un didáctico recorrido por lo que ha sido la evolución de la doctrina jurisprudencial en la materia, poniendo el acento en el hecho de la utilización abusiva de la forma societaria, revelada en la inexistencia de una infraestructura organizativa propia, a lo que se anuda que tan solo dispone de tres socios trabajadores, mientras que los otros 115 socios, entre ellos el actor, ostentan la condición de socios colaboradores en una anómala y desproporcionada relación de unos y otros.

En esta línea, la **STS 10-4-2018 (Rc 179/16)**, [ECLI:ES:TS:2018:1773] declara la laboralidad del vínculo de los profesores de academias que imparten cursos de formación profesional ocupacional

## **5. Contratación temporal**

### **5.1 Contratos eventuales por circunstancias de la producción**

La cuestión que se suscita en **STS 12-9-2017 (Rc 2520/15)** [ECLI:ES:TS:2017:3313], consiste en determinar la validez de los sucesivos contratos temporales celebrados entre las partes de interinidad y eventuales y si con esa sucesión de contratos temporales la demandada [Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA] ha incurrido en fraude de ley. Y la Sala Cuarta declarada la aceptación de la contratación eventual por acumulación de tareas en los casos de insuficiencia de plantillas, cuando existe una situación de déficit de personal que sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles en ese momento, situación que se asimila a la acumulación de tareas.

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

Al hilo de una cláusula incorporada a contrato de trabajo temporal en la que se contempla su terminación por reducción del volumen de trabajo en la empresa saliente, se discute en **STS 14/11/2017 (Rc 2954/15)** [ECLI:ES:TS:2017:4088] si el art. 49.1.c) ET es válido para canalizar su terminación cuando tal minoración se produce efectivamente, alcanzando la sentencia anotada una respuesta negativa. En efecto, si el contrato para obra o servicio posee como causa natural de terminación la realización de la obra o servicio [art. 49.1.c) ET], sería erróneo pensar que por vía del art. 49.1.b) ET cabe introducir nuevos motivos extintivos, vinculados a la minoración (o terminación parcial, si se prefiere) de la contrata. En suma: si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación *natural* del contrato temporal, mientras que en caso contrario podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías (modificativas, suspensivas), incluyendo las extintivas del despido objetivo (o colectivo) pero no desplazando el juego de éstas últimas a través de condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del art. 49 ET y los derechos del trabajador.

De nuevo aborda **STS 13-2-2018 (Rc 3825/15)** [ECLI:ES:TS:2018:789] las diferencias existentes entre la contratación por obra o servicio determinado y el contrato de trabajo fijo discontinuo, y declara la improcedencia del despido de un trabajador que venía prestando servicios como peón agrícola durante varias campañas consecutivas en la recolección de cítricos en virtud de contratos para obra o servicio determinado y que no es llamado para la campaña 2013/2014. El TS parte necesariamente de determinar que dicho trabajador puede considerarse como fijo discontinuo, y sin que a ello se oponga que el actor no cumple con los requisitos establecidos en el convenio colectivo [III Convenio Colectivo

provincial de trabajo en el campo de Almería] para la adquisición de la condición de fijo discontinuo. Así las cosas, y de conformidad con el art. 163.4 LRJS se aprecia la ilegalidad de dicha cláusula, y la improcedencia del despido.

### **5. 3 Contrato de relevo**

Como es sabido, el contrato de relevo está previsto legalmente como un tipo contractual específico para sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que simultanea una jubilación parcial anticipada con un contrato a tiempo parcial. En las relevantes **STS 20-4-2018 (Rc 1236/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1788]; **30-5-2018 (Rc 2256/16)** [ECLI:ES:TS:2018:2274], se rectifica el criterio que la Sala Cuarta había venido manteniendo en sentencias anteriores [TS 15-12-2016 (Rc 856/15); 6-6-2017 (Rc 2477/15), y 13-2-2018 (Rc 3447/15)], excluyente del uso, durante el año 2008, de la contratación de duración determinada para la cobertura de la jubilación parcial del relevista cuando la reducción de la jornada sea del 85%. Ahora bien, en las sentencias señaladas, la Sala Cuarta, tras interpretar las disposiciones transitorias incorporadas a la LGSS [disposición transitoria 17ª] y al ET [disposición transitoria 12ª] por la Ley 40/2007, rectifica –como hemos señalado-- doctrina de la Sala, concluyendo que desde enero del 2008, cabe la jubilación parcial con reducción de jornada superior al 75% hasta el 85%] aunque la contratación del relevista no sea por tiempo indefinido y a jornada completa.

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

La **STS de 24-10-2017, (RC 100/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4089, dictada en pleno, con voto particular, sostiene que el Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad, art 63, permite el nombramiento de Delegado Sindical, a todas las secciones sindicales – con independencia del ámbito en que se hubieren organizado, a nivel de empresa, centro o agrupación de centros- que cumplan los requisitos establecidos legal y convencionalmente (tener presencia en el comité de empresa y haber tenido el 10% de los votos en las elecciones a Comité de Empresa) siempre que en la empresa haya al menos 150 trabajadores. La determinación del ámbito de la Sección Sindical corresponde definirlo al propio Sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical, ex art 28.1 CE. Además, la regulación legal sobre el número de Delegados Sindicales constituye un mínimo de derecho necesario por lo que la negociación colectiva, puede mejorar las previsiones normativas. En este supuesto, la mejora del Convenio Colectivo respecto de la regulación de la LOLS consiste en que se rebaja el número de trabajadores necesarios en la empresa a 150 para que cada sección sindical pueda obtener un Delegado Sindical con independencia del espacio físico en el que hubiera decidido constituirse la sección. Ahora bien, tal mejora así entendida no condiciona la elección del ámbito de actuación de la sección sindical.

### **7. Despidos individuales.**

#### **7.1 Despido disciplinario**

##### **7.1.1 Facultad disciplinaria empresarial**

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

Sin embargo, no todos los aspectos del régimen jurídico del despido disciplinario tienen la misma dificultad de acceso a la casación unificadora, y ello hace posible que la Sala siga avanzando en la conformación o consolidación de doctrina en relación con esta institución. Muestra de ello es el supuesto que examina **STS 21-9-2017 (Rc 2397/15)** [ECLI:ES:TS:2017:3592] pues no se trata la graduación de la conducta de la trabajadora que motiva el despido, sino que la cuestión objeto del recurso no es otra que la de precisar si la empresa puede extender su facultad disciplinaria a momentos y lugares no coincidentes con el horario y el centro de trabajo de la trabajadora despedida ya que, como queda probado, se apropió de productos de la empresa en otra tienda perteneciente a la cadena de establecimientos de la empleadora, y en la que se encontraba por su condición de clienta y no de empleada, debatiéndose, en definitiva, el alcance del poder sancionador de la empresa respecto a conductas que se producen fuera del lugar y tiempo de trabajo. La Sala Cuarta partiendo del deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe que el art. 5.a) ET impone a los trabajadores como uno de los deberes laborales básicos a los que deben ajustar su actuación, concluye que la empresa tiene potestad para ejercitar sus facultades disciplinarias, aunque la conducta de la trabajadora se hubiere realizado fuera de su horario y lugar de trabajo, y declara el despido procedente. La sentencia cuenta con un voto particular en el que se sostiene que la conducta de la trabajadora no debió considerarse de forma distinta a la llevada a cabo por otros clientes, debiendo ser merecedora del mismo reproche legal en ámbitos ajenos a la relación laboral.

### ***7.1.2 Audiencia previa y otras exigencias formales***

Una de las materias litigiosas por excelencia del régimen del despido disciplinario es la relativa a las exigencias de forma. En concreto, sobre el incumplimiento de las exigencias de forma convencionalmente fijadas para la imposición de una sanción al trabajador por falta grave o muy grave, gira la **STS 3-4-2018 (Rc 1950/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1355]. Como es sabido, los convenios colectivos pueden añadir nuevas exigencias formales a las previstas en el art. 55.1 ET para la imposición de las meritadas sanciones. En el caso, el convenio de aplicación diferencia claramente dos trámites, a saber, que se notifique la sanción al Comité de Empresa o a los delegados de personal y que se concedan cinco días al trabajador para que pueda formular alegaciones por escrito, habiendo cumplido la empresa el primer requisito, no así el segundo, el despido resulta así improcedente por mor del art. 55.4 ET.

Se discute en **STS 9-5-2018 (Rc 3051/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1806] si la empresa que va a despedir disciplinariamente a persona afiliada a determinado sindicato debe dar audiencia al “delegado” del mismo en todo caso, en concreto, si ello es así aunque ese representante no goce de las prerrogativas previstas en el art. 10 LOLS. La Sala de suplicación dio a tal incógnita una respuesta negativa, pues aunque la trabajadora estaba afiliada a CGT y había sección sindical, no se trataba de un supuesto del art. 10.3 LOLS, ya que la empresa tenía menos de 250 trabajadores, y por tanto, sin obligación empresarial de

dar audiencia. Dicho parecer es compartido por el TS, y tras efectuar un somero recorrido por diversos pronunciamientos referidos al alcance de la audiencia conferida por la LOLS, y por la jurisprudencia constitucional que presupone que no todos los delegados sindicales poseen los mismos derechos y facultades, concluye que la referencia a los “delegados sindicales” del art. 55.1 ET, que regula las garantías en caso de despido disciplinario no viene acompañada de mayor precisión en ella. La especificación, por tanto, de quiénes sean esos “delegados sindicales” o esa “sección sindical correspondiente” ha de venir de mano de la ley de carácter orgánico que disciplina la libertad sindical. En consecuencia, las personas que cumplen los requisitos del artículo 10.1 LOLS son las que deben ser oídas antes del despido disciplinario que afecte a cualquiera de sus afiliados, no así el delegado sindical que es mero portavoz o representante de cualquier sección sindical, como es el caso.

### **7.1.3 Aplicabilidad del EBEP a despido disciplinario**

Un supuesto singular y novedoso se contempla en **STS 25-1-2018 (Rc 3992/15)** [ECLI:ES:TS:2018:377] a propósito del despido disciplinario seguido frente a quien fue Administrador del Instituto Cervantes [IC] en una capital europea. En concreto, la cuestión litigiosa discurrió sobre la necesidad de determinar si, a los efectos de la Ley 7/2007 [EBEP] art. 94.3, es necesario suspender el procedimiento disciplinario laboral contra el trabajador por existir diligencias penales abiertas, y por tanto, si existe vicio formal que determine la improcedencia del despido, a lo que se da una respuesta positiva. Se funda esta decisión en que el IC es una Entidad Pública cuyos empleados están contratados en régimen laboral, por lo que al demandante, se le aplican las previsiones disciplinarias del EBEP. En consecuencia, se declara sin fisuras la aplicabilidad del art.94.3 EBEP aun despido disciplinario, que impone la paralización de la sanción laboral cuando se tramita causa penal por los mismos hechos, por lo que, la no suspensión del procedimiento pese a la apertura de diligencias penales, determina inexorablemente la improcedencia del despido.

### **7.1.4 Vigilancia y control del correo electrónico del trabajador y prueba lícita a efectos de despido**

En el periodo acotado por la actual crónica hay que destacar el pronunciamiento obrante en **STS 8-2-2018 (Rc 1121/15)** [ECLI:ES:TS:2018:594] en el que, por vez primera, el TS aplica la reciente doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de control empresarial de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores, en especial el control empresarial del uso del correo electrónico corporativo. Se trata de la TEDH, Gran Sala, de 5 de septiembre de 2017, asunto Barbulescu II. Así las cosas, estima la sentencia anotada el recurso de casación unificadora presentado por el empresario [Inditex], dándose la particularidad de que dicho recurso no pretende alterar la calificación del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual efectuada en la instancia y en suplicación, al haber sido de procedencia. Pretende el reconocimiento judicial de la licitud del control empresarial del correo electrónico del trabajador despedido disciplinariamente, así como de la correspondiente prueba de los hechos vertidos en la carta de despido. Y la Sala Cuarta, tras una minuciosa labor argumental, considera que los hechos imputados en la carta de despido no solo derivan de la prueba lícitamente obtenida, sino también de los correos electrónicos controlados al trabajador y en los que se revela de manera inequívoca la aceptación del dinero por parte del proveedor. El control empresarial del correo electrónico, y la correspondiente prueba obtenida a través del mismo, resulta en el caso concreto lícito por superación del filtro del principio de proporcionalidad, siendo

admisible para la tutela del interés empresarial la restricción del derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

### **7.1.5 Derecho de opción**

Como hemos reiteradamente señalado, con carácter general, el art. 56 ET atribuye la opción entre readmisión y la extinción indemnizada del contrato de trabajo al empresario, régimen sustituible por previsión convencional, pues la regulación contenida en la norma estatutaria y su correspondencia en la Ley Adjetiva Laboral, tiene carácter de Derecho necesario relativo que puede ser mejorado por la autonomía colectiva. En **STS 19-9-2017 (Rc 17/2016)** [ECLI:ES:TS:2017:3431] se trata de interpretar el Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Carmona [art. 40.2] que –alterando por completo el régimen común— impone la regla general de readmisión obligatoria en todo despido declarado improcedente, como si de un supuesto de nulidad se tratase, aunque admite la excepción de que el trabajador pueda optar por la indemnización en los supuestos –inusuales—de que medie “una incompatibilidad de carácter personal que pueda redundar en la funcionalidad del servicio”. El TS declara que el precepto convencional lo que establece no es la opción del trabajador, sino la obligatoria readmisión, pues la opción solo opera en el excepcional supuesto de “incompatibilidad personal”. Se da la circunstancia de que la sentencia de contraste [TS 25-11-2013, Rc 3292/12] en su día había fallado a favor del trabajador despedido de forma improcedente, otorgándole el derecho de opción entre readmisión y la extinción indemnizada que ahora no se reconoce. Por lo tanto, se rectifica parcialmente el criterio sentado en la citada resolución.

Debate que se reitera en **STS 22-11-2017 (Rc 750/16)**, [ECLI:ES:TS:2017:4254] ahora en interpretación del Convenio Colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Camas [art. 14], concluyendo que este convenio atribuye al trabajador la facultad de opción solamente cuando se trate de despidos disciplinarios improcedentes, lo que no es el caso puesto que aquí no se alega causa disciplinaria alguna, sino que la improcedencia deriva de la consideración de los contratos como indefinidos y no temporales, de modo que el cese acordado supone un despido sin causa y por tanto improcedente.

Aborda **STS 22-2-2018 (Rc 823/16)** [ECLI:ES:TS:2018:759] la problemática relativa a la titularidad del derecho de opción cuando tras la comunicación empresarial del despido objetivo, el trabajador afectado se presenta como candidato y resulta elegido representante unitario de los trabajadores antes de dictarse la sentencia de instancia, desconociendo la empresa la condición de candidato a las elecciones del trabajador. La Sala Cuarta, con reiteración de lo decidido en TS 25-6-2012 (Rc 2370/11), declara que el derecho de opción pertenece a la empresa, pues tal garantía no puede alcanzar a quien en el momento de notificación del despido no había manifestado su intención de concurrir a las elecciones y no había formalizado su candidatura, sin que la empresa tuviera conocimiento alguno de su intención de presentarse como candidato en la fecha de notificación de la decisión extintiva.

## **7.2 Despidos objetivos**

### **7.2.1 Ausencias debidas a bajas por enfermedad**

Se aborda en **STS 21-9-2017 (Rc 782/16)** [ECLI:ES:TS:2017:3580], un despido objetivo en el que las razones esgrimidas en la carta de despido se refieren al número de

ausencias por enfermedad, al amparo del art. 52 d) ET. La carta de despido aduce faltas de asistencia al trabajo que superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en el periodo de doce meses. Esta decisión empresarial fue calificada como despido nulo por discriminación al considerar a la actora afectada de discapacidad y atribuir a esta causa la decisión extintiva. Sin embargo tal parecer no es compartido por la Sala Cuarta, que para resolver la cuestión relativa a la posible nulidad del despido basada en discriminación por enfermedad, invoca al respecto la doctrina emanada del TJUE. Recuerda al efecto la jurisprudencia comunitaria, TJUE 11-7-2006 [asunto Chacón Navas], en la que, entre otras conclusiones, se afirmó “que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto de discapacidad y enfermedad”. Al historial del análisis de la Directiva 200/78 se añade la TJUE de 1-12-2016 [C-395/15], que deja claro que la enfermedad en cuanto tal, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, ahora bien, esto no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva europea. Lo expuesto determinó el éxito del recurso formulado por la empresa, a lo que se anuda que ni por referencia a las previsiones del art. 52 d) ET, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho mención, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante.

Este mismo criterio se aplica en **STS 15-3-2018 (Rc 2766/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1244], a un despido disciplinario [rendimiento inferior al pactado], de trabajadora en situación de incapacidad temporal.

### ***7.2.2 Despidos objetivos por causas productivas y organizativas***

Recuerda la **STS 28-2-2018 (Rc 1731/16)** [ECLI:ES:TS:2018:893], que si bien la causa productiva puede servir de justificación de la decisión extintiva del contrato ex art. 52.c) ET, resulta primordial sin embargo una conexión entre la envergadura del cambio productivo y la menor necesidad de empleo de determinados trabajadores, siendo de todo punto necesario en el ámbito judicial controlar la razonabilidad y proporcionalidad de la causa objetiva esgrimida y la medida extintiva acordada. A tal efecto, la sentencia efectúa un didáctico repaso de las resoluciones que han abordado las causas productivas, señalando que la decisión extintiva debe constituir una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva que sea proporcional y adecuada a los fines que se pretenden conseguir, y que puede actuar tanto en el ámbito de la empresa en su conjunto como en un solo centro de trabajo o en una unidad productiva autónoma. Así las cosas, en el caso, la sentencia anotada confirma la declarada improcedencia de despido objetivo seguido en DHL, pues aunque quedaron acreditadas las causas productivas por el descenso del volumen de ocupación y salidas de productos, la extinción del contrato del trabajador no se presentó como racional en términos de eficacia de la organización empresarial en la medida en que no contribuyó a ajustar el volumen de la plantilla del centro de trabajo a las necesidades derivadas del decremento de la necesidad de trabajo producida en los años de referencia, cuando consta por el contrario probado que en el mismo período de tiempo, por parte de la empresa se ha procedido a la contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en los años en los que la disminución de las necesidades productivas en el centro de trabajo se produce y en un importante número, que no resulta, en absoluto baladí.

Se analiza en la **STS 31-1-2018 (Rc 1990/16)** [ECLI:ES:TS:2018:385] un complejo e interesante supuesto en el que, sintéticamente relatado, se produce la extinción de un contrato de trabajo por causas productivas y organizativas, como consecuencia de la rescisión de una contrata, no obstante tener la trabajadora suscrito contrato indefinido con anterioridad y con independencia de la adscripción a la contrata en la que prestaba servicios al tiempo del despido, y ser pacífico que la empresa tenía suscritas varias contrataciones en el momento de la extinción del contrato. Con este panorama, el debate giró, básicamente, sobre la necesidad o no de acreditar, por parte de la empresa que extingue los contratos, la imposibilidad de recolocar al trabajador despedido, a lo que la sentencia anotada da una respuesta negativa de conformidad con la doctrina de la Sala que ha sido constante en la negación de tal exigencia ya que el art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido, a destinar al empleado en otro puesto vacante de la misma. En conclusión, la amortización de las plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye una causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de existir vacantes en la empresa, determine la declaración de improcedencia del despido.

También en el marco de un despido colectivo por causas organizativas y productivas, la **STS 30-5-2018 (Rc 2329/15)** [ECLI:ES:TS:2018:2256], declara que cuando el trabajador a tiempo completo, se niega a aceptar la modificación del contrato a tiempo parcial, es posible llevar a cabo el despido objetivo con base en tales causas, y sin que la contratación de otro trabajador a tiempo parcial que se adapta a las necesidades de la empresa suponga fraude alguno.

### **7.2.3 Despido objetivo por absentismo**

El absentismo laboral es, sin duda, otras de las causas extintivas objetivas más polémicas y de más difícil articulación empresarial, pues constituye una realidad muy compleja que alcanza desde el punto de vista jurídico, situaciones tan dispares como las ausencias injustificadas –cuyo tratamiento se encuentra en el ámbito del despido disciplinario— o las ausencias justificadas, dentro de las cuales se sitúan, a su vez, circunstancias muy variadas como los permisos, licencias o bajas por enfermedad. Y en el marco de un despido objetivo por causas objetivas del art. 52.d) ET, la cuestión suscitada en **STS 19-3-2018 (Rc 10/16)** [ECLI:ES:TS:2018:11969] es la relativa a la fijación del *dies ad quem* para el cómputo del período de los 12 meses en que se ha de producir el índice de absentismo del 5%. El TS declara que el *dies ad quem* para el cómputo del plazo de doce meses, será la fecha del despido que es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo. Razona al respecto que el precepto establece dos periodos computables: el primero respecto a las ausencias laborales de las jornadas hábiles considerando los dos meses de los cuales debe haber un 20% de faltas de asistencia; y el otro, el de los doce meses, de los cuales debe haber un 5% de faltas de asistencia. Pues bien, el primer plazo (corto) de dos meses o cuatro según el caso, y el segundo plazo –que es el discutido- (largo) de doce meses, es claro que han de coincidir en un único periodo de doce meses, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieren tenido lugar. La diferencia entre ambos periodos radica exclusivamente en el volumen de ausencias que podrá variar según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no va a variar respecto a los meses totales de ausencias computables, que son comunes de doce meses.

### **7.2.4 Despido objetivo por ineptitud sobrevenida**



La causa de ineptitud recogida en el art. 52.a) ET como causa extintiva hace referencia a las condiciones profesionales subjetivas que el trabajador ha de reunir en orden al desempeño normal de su actividad, de modo que la aducida ineptitud como causa extintiva de la relación contractual, determinante de la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona, conlleva la concurrencia de determinados requisitos o condiciones inexcusables para su apreciación, todos ellos relativos a las tareas propias que constituyen el trabajo encomendado. Sobre esta causa de despido se pronuncia **STS 22-2-2018 (Rc 160/16)** [ECLI:ES:TS:2018:757] al sostener la trabajadora la nulidad del despido en la afirmación de la condición de discapacitada que justificaría, a su entender, la desigual situación en que se halla respecto de otros trabajadores y, por ende, la existencia de un trato discriminatorio por parte de la empresa en la utilización de esta causa extintiva. Y el TS tras recordar el concepto de discapacidad acuñado por la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la Directiva 2000/78, descarta la existencia de discriminación en el caso de quien padece una dolencia sobrevenida de orden psiquiátrico que afecta al desempeño de su función y actividad y la empresa ha llevado a cabo múltiples ajustes antes de acudir al despido. Y a tal efecto, afirma que el art. 5 de la citada Directiva, señala que los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores. Por lo tanto, se mantiene la declaración de improcedencia y no de nulidad.

#### ***7.2.5 Impugnación de despido individual derivado de despido colectivo: carta de despido y criterios de selección del trabajador despedido***

Pese a no ser una cuestión o tema novedoso, numerosas sentencias dictadas en el periodo acotado por la presente crónica vienen de nuevo a abordar el problema referido a la determinación de los requisitos que ha de contener la comunicación individual dirigida al trabajador que se ha visto afectado por un despido colectivo llevado a cabo por causas económicas, organizativas y de producción que fue pactado con la representación de los trabajadores, y especialmente el alcance de la expresión en aquella de los criterios de selección de los trabajadores para que esa comunicación tenga plenos efectos jurídicos. Entre otras, las **STS 11-11-2017 (Rc 164/16)** [ECLI:ES:TS:2017:4558]; **24-1-2018 (Rc 3492/15)** [ECLI:ES:TS:2018:285], **(Rc 413/16)** [ECLI:ES:TS:2018:446]; **8-2-2018 (Rc 760/16)** [ECLI:ES:TS:2018:567], **(Rc 3220/15)** [ECLI:ES:TS:2018:592]; **27-2-2018 (Rc 3936/15)** [ECLI:ES:TS:2018:933] , reiteran doctrina en el sentido de afirmar que la ley no exige que en la carta se especifiquen los concretos motivos de elección del trabajador cuando la amortización del puesto de trabajo es medida razonable.

#### ***7.2.6 Extinción de contrato de trabajadores indefinidos no fijos por amortización de la plaza***

También las **STS 4-5-2017 (Rc 1050/15)** [ECLI:ES:TS:2017:2000], y **(Rc 2096/15)** [ECLI:ES:TS:2017:2083], **11-5-2017 (Rc 531/15)** [ECLI:ES:TS:2017:2326], y **10-10-2017 (Rc 97/15)** [ECLI:ES:TS:2017:3890] a propósito de unos despidos acordados en el Ayuntamiento de los Barrios siguen la estela de la doctrina fijada en TS 24-6-2014 (Rc 217/13); y 30-3-2017 ( Rc 961/15) 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 ET disp.adic. 20ª. 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.

### **7.3 Efectos económicos del despido**

#### **7.3.1 Error excusable**

Declara **STS 27-9-2017 (Rec 2139/15)** [ECLI:ES:TS:2017:3672], la existencia de un error excusable en el cálculo de la indemnización por despido improcedente, derivado de no computarse como salario el plus de transporte. Tal conclusión se alcanza en interpretación del convenio de aplicable a la demandada [Eulen], al no tener el plus de transporte o locomoción naturaleza salarial. A lo anterior se anuda la escasa repercusión en la cuantía de la indemnización, menos de un 6 por 100 de la cantidad a pagar si el plus controvertido se considera salarial. En consecuencia, el despido es procedente al no tener naturaleza salarial, según el convenio de aplicación, el plus de transporte o locomoción.

En esta línea, afirma **STS 14-3-2018 (Rc 801/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1203] excusable el error que deriva de aplicar una incorrecta antigüedad que ha sido proporcionada por la anterior empresa y ha figurado en las hojas de salarios de los trabajadores sin reclamación alguna. Se trata de un error excusable, con independencia de la cuantía de la diferencia, por la complejidad de los fenómenos interempresariales habidos y por el hecho de que la actuación empresarial se produjo con arreglo a lo que durante la pervivencia de la relación laboral se vino considerando correcto [tomar como fecha inicial de antigüedad la proporciona por la empresa anterior]. Este criterio se reitera en **STS 31-5-2018 (Rc 2785/16)** [ECLI:ES:TS:2018:2332], en un caso de despido por causas objetivas, derivadas de la ineptitud del trabajador por pérdida del carné de conducir, y en que la empresa cuando realiza los cálculos para poner a disposición la indemnización del contrato de trabajo, tiene en cuenta la antigüedad que figuraba en la hoja de salarios durante quince años.

Por el contrario, declara **STS 28-9-2017 (Rc 3460/15)** [ECLI:ES:TS:2017:3705] como error inexcusable el padecido por la empresa que, no obstante calcular adecuadamente el importe de la indemnización derivada de un despido objetivo, detrae la cantidad [40 %] que corre a cargo del Fondo de Garantía Salarial, pero sin tener en cuenta que este organismo no abona en todo caso ese porcentaje, sea cual sea su monto, sino que está sujeto a unos límites legales máximos. Y ello, no sin dejar de hacer mención a la buena fe empresarial, al abonar la diferencia tan pronto como la demandada conoce la queja del trabajador (en el acto de conciliación). Ahora bien, atendiendo al error padecido [una diferencia que supone un 18 por 100 del total], si el despido está afectado por un motivo de improcedencia [no haber puesto a disposición la indemnización correcta], la posterior entrega de la cantidad diferencial es inhábil para subsanar el defecto en cuestión, Esta conclusión concuerda con la exigencia legal, firmemente mantenida por la Sala, sobre la necesidad de que la puesta a disposición de la indemnización sea temporánea, negando validez a la que tiene lugar pocos días después de haberse entregado la carta de despido.

#### **7.3.2 Puesta a disposición de la indemnización legal**

Reitera la **STS 17-10-2017 (Rc 2217/16)** [ECLI:ES:TS:2017:3912] que la transferencia bancaria es un instrumento adecuado para hacer efectiva la puesta a disposición de la indemnización que exige el art. 53.1. b) ET y que, cuando dicha transferencia se realiza el mismo día de la entrega de la carta extintiva, debe entenderse cumplido el requisito de la simultaneidad previsto en el citado precepto legal, aún en el supuesto en que la transferencia no se abonase en la cuenta del trabajador ese mismo día sino el siguiente; e incluso en el caso de despidos objetivos, la transferencia bancaria hecha un día antes del cese y de la que no consta la fecha de su recepción, cumple el requisito de puesta a disposición de la indemnización en forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita, porque «es razonable que se recibiera muy pocos días después --si no se había ya recibido--, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado». Doctrina que aplicada al caso determina que se considere válida la puesta a disposición de la indemnización efectuada mediante transferencia bancaria ordenada el mismo día de la comunicación --15 días antes del cese efectivo-- e ingresada en la cuenta de la trabajadora el siguiente día hábil.

A propósito de la omisión de la puesta a disposición de la indemnización por despido, la **STS 15-2-2108 (Rc. 3004/14)** [ECLI:ES:TS:2018:656] aborda la necesidad de determinar si la empresa se encontraba o no en situación de iliquidez para poner a disposición la indemnización legalmente exigida, partiendo del incuestionable extremo de que es la empresa y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez situación ésta que es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Y la sentencia anotada alcanza una respuesta positiva, al acreditar la empresa la mala situación económica dejando patente el volumen de deudas que tenía pendientes, así como la pérdida de clientes y el impago de créditos pendientes. Y respecto al momento de la iliquidez, es el día que se producen las extinciones de contratos el momento legalmente establecido para determinar esa situación iliquidez.

Por el contrario, en **STS 15-3-2018 (Rc 476/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1217] se mantiene la declarada improcedencia del despido objetivo derivado del incumplimiento del requisito de puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente, al no combatirse tal extremo en el recurso de casación unificadora, limitándose a debatir sobre la declarada existencia de un grupo societario a efectos de tomar en consideración la situación económica de todo el grupo y no sólo la de la empresa donde el actor prestaba sus servicios.

### ***7.3.3 Salarios de tramitación, cláusulas de blindaje e indemnizaciones por despido***

Reiteran las **STS 13-2-2018 (Rc 2188/15)** [ECLI:ES:TS:2018:593]; **6-3-2018 (Rc 2967/16)** [ECLI:ES:TS:2018:901]; **13-3-2018 (Rc 3630/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1109]; **4-4-2018 (Rc 2935/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1344], la doctrina obrante en STS 21-7-2016 (Rc 879/15) [ ECLI:ES:TS:2016:4011]; 19-7-2016 (Rc 338/15) [ECLI:ES:TS:2016:3963], en relación a la procedencia de la condena al abono de los salarios de tramitación, cuando la sentencia que establece la improcedencia del despido y el derecho a la indemnización correspondiente, declara asimismo extinguida la relación laboral por imposibilidad de la readmisión al haber cesado la empresa en su actividad. Conclusión que se alcanza de una interpretación sistemática e integradora del art. 110.1.b) LRJS, con apoyo en los arts. 278 a 286 LRJS. Por último, la sentencia insiste en que el derecho a los salarios de tramitación en estos casos de extinción simultánea de la relación laboral junto con la declaración de

improcedencia del despido, exige, por una parte, que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante y, por otra, que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o por cualquier otra causa de imposibilidad material o legal.

Asimismo proceda la condena al pago de salarios de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia que acuerda la extinción del contrato ex art. 50 ET y declara la improcedencia del despido. Solución que tal y como declara **STS 20-3-2018 (Rc 2271/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1216] no entra en contradicción con el art.56.2 ET que circunscribe la obligación de pago de los salarios de tramitación derivados de la declaración de improcedencia del despido, al supuesto en que el empresario opte por la readmisión, pues en este caso no cabe esa alternativa.

Rechaza la **STS 15-2-2018 (Rc 136/17)** [ECLI:ES:TS:2018:666], que la indemnización fijada por despido declarado improcedente, deba incrementarse de conformidad con la cláusula de blindaje pactada en contrato temporal firmado con anterioridad a la transformación de la relación laboral en indefinida. Razona al respecto que dicha cláusula estaba prevista exclusivamente para los supuestos de despido disciplinario, y su eficacia se limitaba a la duración del contrato temporal en cuyo ámbito se había concertado, sin que pueda mantenerse tras la transformación en indefinida de la relación laboral.

Análoga solución se alcanza en **STS 23-2-2018 (Rc 1133/16)** [ECLI:ES:TS:2018:888] en la que se fija la indemnización negando validez a la cláusula indemnizatoria pactada en contrato, argumentando que la misma se refiere a la extinción del contrato por decisión empresarial basada en incumplimiento grave y culpable del trabajador, no haciendo alusión alguna a la extinción por causas objetivas; añadiendo que la previsión es abusiva, tratándose de una empresa pública, y discriminatoria por ser un despido colectivo.

Reproduce doctrina la **STS 12-12-17, Rec 860/16** [ECLI:ES:TS:2017:4744] a propósito de la inclusión en el salario regulador –a efectos de salarios de tramitación y cálculo de la indemnización– de las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de pluses de vestuario y transporte. Señala que tienen carácter salarial y son computables cuando se devengan de manera fija y con independencia de las situaciones que debieran dar lugar a su gasto, por abonarse en quince pagas y con independencia –respectivamente– de la asistencia al trabajo y o de la mayor o menor distancia existente entre el domicilio del trabajador y de que el acredite los gastos para la adquisición y conservación del vestuario.

## **8. Despido colectivo**

### ***8.1 Extinción de la personalidad jurídica del empresario***

Muy relevante es la **STS 12-7-2017 (Rc 32/17)** [ECLI:ES:TS:2017:3123] que se pronuncia sobre una causa de extinción del contrato de trabajo poco conocida, a saber, la extinción de la personalidad jurídica del empresario contratante. Lo más destacable de la sentencia es que confirma que la causa extintiva ex art. 49.1.g) ET tiene autonomía respecto de las causas de extinción del art. 51.1 ET, máxime en ausencia de fraude de ley o abuso de derecho. Así, pues, de concurrir una causa legal de disolución de la sociedad de capital –lo que acontece en el supuesto examinado–, y abrirse por imperativo legal [Ley de

Sociedades de Capital] la fase de liquidación de la sociedad, debe reputarse concurrente la causa *ad hoc* de extinción de los contratos de trabajo vigentes. En consecuencia, el TS declara que el despido es ajustado a derecho, por cuanto que, concurrente causa legal de disolución de la sociedad y, además, causa productiva, la única actividad subsistente en la fecha del despido colectivo era la de liquidación que no se llevaba a cabo por la empresa sino por la entidad liquidadora.

Sin duda, un caso ciertamente complicado es el que contempla la **STS 24-10-2017 (Rc 107/17)**, [ECLI:ES:TS:2017:3990] que aborda el despido colectivo seguido en la Radio Televisión Valenciana. Se trata de una sentencia muy extensa y a cuya detenida lectura nos remitimos, en la que concurre la incidencia de diversas normas autonómicas, e indirecta intervención del Tribunal Constitucional [TCo 153/2016 y 103/2017], y amplia formulación de excepciones procesales. La Sala Cuarta hace suyas las argumentaciones de la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Nacional respecto a la concurrencia de la causa económica íntimamente vinculada con la decisión legal de extinguir la personal jurídica de la Radio Televisión Valenciana, concluyendo que el hecho de que “la extinción de la personalidad jurídica se base, a su vez, en problemas económicos graves y que ambos datos sean considerados como causa válida del despido no colisiona con norma alguna, sino que constituye un supuesto en el que queda claro que la desaparición de la persona jurídica no se ha utilizado fraudulentamente. Todo lo contrario, trae causa de una Ley válida y de la grave situación económica concurrente”. Descarta asimismo que la alusión a la “fuerza mayor impropia” como causa de despido implique que deba seguirse el procedimiento específico [autorización administrativa] si la causa activada es la extinción de personalidad jurídica y la grave situación económica. Por lo tanto, y a la vista de lo expuesto, concluye que es imposible declarar la nulidad del despido colectivo por no haberse obtenido la previa autorización administrativa ex art. 124.11 LRJS por la sencilla razón de que esa no fue la causa en que el empleador se basó para llevarlo a cabo.

## **8.2 Umbrales numéricos del despido colectivo**

El interés de **STS 10-10-2017 (Rc 86/17)** [ECLI:ES:TS:2017:3906] radica en la reiteración y confirmación de la jurisprudencia de la Sala sobre cómo ha de computarse el período de noventa días al que se refiere el art. 51.1d) ET, declarando la indisponibilidad de los umbrales del despido colectivo. En el caso, no se trata de un despido colectivo por cuanto que no se superan los umbrales numéricos establecidos en el art. 51 ET ni tampoco en la Directiva 98/59, puesto que el número de despidos no alcanza el número de 20, ni el centro de trabajo ocupaba tampoco a esos 20 trabajadores. El hecho de que se haya procedido al cierre del centro de trabajo, no supone tampoco que se esté en presencia de un despido colectivo, puesto que el art. 51.1 ET se refiere en estos casos a la “cesación total de la actividad empresarial”, no del centro, concepto propio de derecho interno, que por vía del art. 5 de la Directiva 98/59 CE mejora las previsiones de ésta.

En esta línea, la **STS 26-9-2017 (Rc 62/17)** [ECLI:ES:TS:2017:3681] razona que no cabe confundir o mezclar ese periodo de cómputo con la cláusula antifraude que contiene el propio art. 51.1 ET, que se ha de proyectar sobre los despidos individuales producidos al amparo de lo previsto en el art. 52 c) ET, cuya nulidad establece el precepto, sin que se puedan hacer coincidir las dos soluciones legales a efectos de extender ese periodo de 90 días que prevé la norma en relación con la propia existencia del despido colectivo.

### **8.3 Grupo de empresas**

En el marco de un despido colectivo, el debate habido en **TS 19-7-2017 (Rc 14/17)** [ECLI:ES:TS:2017:3189], se centra en la necesidad de determinar la existencia o no de un grupo de empresas mercantil, con la consiguiente obligación, si existiera, de presentar las cuentas [consolidadas o por separado de conformidad con el RD 1483/2012, arts. 4 y 5 de cada una de ellas]. Cobra especial relevancia en la sentencia anotada, la dura crítica que formula al laconismo de los hechos probados, huérfanos de cualquier precisión al afecto, lo que obliga a formular una nueva valoración de la prueba, con proyección directa en el éxito del recurso. Así las cosas, la Sala Cuarta alcanza la tesis de que existe el grupo de empresas mercantil en los términos del código de comercio art. 42, como ya la propia Sala había declarado en dos sentencias anteriores, no aceptando por el contrario la existencia de un grupo laboral. La Sala realiza un muy interesante repaso del concepto de grupo de empresas mercantil, como es el caso, y estima el recurso, en cuanto no se aportó en el trámite del periodo de consultas toda la documentación económica de cada empresa del grupo. La ausencia de tal documentación se estima trascendente y relevante para que la información aportada sea la imprescindible a efectos de conformar el periodo de consultas, y determina la nulidad de los despidos

### **8.4 Lesión de derechos fundamentales**

La lesión de los derechos fundamentales es una de las causas de nulidad del despido colectivo, como precisa el art. 124.11 LRJS. La aplicación de esta sanción se suscita en la **STS 20-6-2017(Rc 253/15)** [ECLI:ES:TS:2017:2446] que confirma la sentencia que declara ajustado a derecho el despido colectivo por concurrir causas organizativas y no violarse las garantías de indemnidad y el principio de igualdad. Se argumenta, con relación a este último que no se aporta elemento comparativo para el trato diferente y además, no se ha probado que no se siguiera el criterio de la menor antigüedad en la concreción de los afectados que se fijó, ni impugnado ese criterio. Tampoco se vulnera la garantía de indemnidad. Análoga solución se alcanza en la STS 28-6-2017 (Rc 45/17) [ECLI:ES:TS:2017:2894], al no desprenderse del acta de la Inspección que los criterios de selección resultaran discriminatorios.

Confirma asimismo la **STS 13-7-2017 (Rec 25/17)** [ECLI:ES:TS:2017:3166], la decisión alcanzada por la Sala de origen, que, con desestimación de la demanda interpuesta por la CGT rechaza la nulidad del despido colectivo seguido en la empresa INDRA como consecuencia de la resolución de los contratos mercantiles de prestación de servicios habidos con Vodafone, y en el que se alcanzó un acuerdo masivamente respaldado por los trabajadores y sus representantes. La Sala Cuarta descarta la pretendida vulneración del derecho de huelga al no quedar acreditado que la empresa activase estrategia tecnológica para boicotear la huelga. Tampoco alcanza éxito la nulidad del despido colectivo sustentada en la negativa a facilitar una documentación complementaria irrelevante para el caso, ni la derivada del hecho de no incluirse el cese de determinados contratos temporales, básicamente, por existir un convenio que contempla como causa de terminación de los contratos por obra o servicio la reducción correlativa de la contrata. Finalmente, concluye la sentencia con la razonabilidad de la medida adoptada, avalada por el respaldo de los afectados y sus representantes legales.

En el marco de la simultánea negociación de un despido colectivo y convenio colectivo, tampoco la **STS 14-11-2017 (Rc 17/17)** [ECLI:ES:TS:2017:4425], aprecia vulneración de la libertad sindical, derecho de huelga, o discriminación por razón de edad .

### **8.5 Ejecución sentencia firme de despido colectivo**

Resuelve **TS 17-10-2017 (Rc 229/16)** [ECLI:ES:TS:2017:3857] el recurso articulado contra el auto que, en ejecución de sentencia firme de despido colectivo, acordó la extinción de la relación laboral de los trabajadores demandantes, fijando el importe de la indemnización correspondiente a cada uno por tal motivo. En concreto se combate que las indemnizaciones de algunos trabajadores se hayan calculado con arreglo al salario probado neto y no con arreglo al bruto que consta en el escrito de la empresa, a lo que el TS da una respuesta negativa al tomar en consideración el declarado probado en la sentencia, sin que puedan valorarse documentos aportados con posterioridad, pues estos hechos deben alegarse y probarse en la comparecencia que se celebra en el incidente, y no con posterioridad, al haber precluido el derecho a alegar y probar hechos anteriores a la resolución impugnada.

Declara **TS 19-10-2017 (Rc 118/17)** [ECLI:ES:TS:2017:4046 ] directamente ejecutable el acta de conciliación celebrado ante el Letrado de la Administración de Justicia en procedimiento de despido colectivo, y en el que se reconoce la nulidad del mismo. En consecuencia, no existe inadecuación de 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, así como para la cuantificación de los salarios de tramitación que correspondan. Tal y como se anticipó, aunque tales elementos no figuren en el título a ejecutar, su concreción puede obtenerse en el proceso de ejecución con mayor o menor dificultad –en función en cada caso del número de afectados–, pero sin que sea constatable una imposibilidad material manifiesta. Por tanto, la ejecución solicitada debe efectuarse por cuanto que no resulta procedente remitir a la vía de las impugnaciones individuales que prevé el art. 124.13 LRJS cuya consecuencia, una vez ha clarificado la ley la posibilidad de ejecución directa de las sentencias de nulidad del despido colectivo, conduciría al absurdo de tener que seguir un proceso declarativo para la obtención de un título ejecutivo que habría que ejecutar; título cuyo contenido ya está predeterminado, puesto que la cuestión de fondo ya está total y absolutamente decidida por la sentencia colectiva que se ejecuta.

## **9. Elecciones sindicales**

La **TS 21-12-17 (Rc 4149/15)**, ECLI:ES:TS:2017:4811, establece que en las elecciones sindicales la fecha del preaviso es determinante a los efectos del cómputo regulado en el art 72.2. b) ET a la hora de establecer la relación entre número de representantes y el número de trabajadores o electores con contratos temporales. Las cifras resultantes se incorporarán al censo, pero no es la fecha de elaboración lo trascendente sino, en lo que afecta a los trabajadores con contrato de duración limitada, el momento del preaviso. El art 72.2 ET considera a "la convocatoria" de la elección como fecha que sirve para determinar el número de representantes a elegir cuando existe un contingente variable

de trabajadores, aun cuando el art 74 ET indique como fecha de comienzo del proceso electoral aquella en la que se constituye formalmente la mesa electoral, fecha que será a su vez la fijada por los promotores. El citado art 72.2. ahorra toda especulación al referirse al “número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección” cerrando el círculo el art 74, con la designación de la fecha inicial del proceso electoral.

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

Frente a la tradicional afirmación de la Sala Cuarta de que el trabajador tiene el derecho y la obligación de continuar la prestación de servicios hasta que sea firme la sentencia estimatoria de la rescisión contractual reclamada, precisamente porque tal pronunciamiento tiene naturaleza constitutiva –no declarativa– y efectos «ex nunc»; cabe también la posibilidad de que el trabajador eluda la prestación de servicios en supuestos límite. Así, uno de esos casos se aborda en **STS 13-7-2017 (Rc 2788/15) [ ECLI:ES:TS:2017:3115]**, en la que se contempla una de esas excepciones al mantenimiento relación laboral hasta firmeza sentencia extintiva fundada en la gravedad del incumplimiento empresarial: “falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”, en el que el impago abarca desde finales de 2012 y durante todo el año 2013.

Por el contrario, en **TS 10-10-2017 (Rc 3684/15) [ECLI:ES:TS:2017:3844]** se trata una cuestión por completo diferente, la de si cabe ejercitar la acción rescisoria y hacer el correspondiente pronunciamiento laboral «ex tunc» respecto de una relación laboral ya extinguida por un despido previo al ejercicio de la acción y consentido. Y la conclusión alcanzada por la Sala Cuarta es contraria a tal posibilidad, porque la excepción a la necesidad general de que el éxito de la acción rescisoria se condicione –entre otros presupuestos– a que vaya dirigida a relaciones vigentes en la fecha de la declaración judicial, sólo actúa protegiendo la decisión extintiva previa adoptada por el trabajador en situaciones para él insostenibles y razonablemente imposibilitadoras de la continuidad en la prestación de servicios, pero en manera alguna alcanza a amparar la negligencia del trabajador no reaccionando judicialmente ante decisiones empresariales extintivas, se hallen o no razonablemente justificadas; y aún menos cuando tal extinción se produce en situaciones como la de autos, en que se decide el despido por la Administración Concursal, en razón –precisamente– a las causas económicas que llevaron a la propia declaración de Concurso y aún con anterioridad a haberse presentado la demanda de extinción por voluntad del trabajador.

## **11. Excedencias voluntarias**

Resuelve **STS 13-7-2017 (Rc 2779/15) [ECLI:ES:TS:2017:3119]** en aplicación de su jurisprudencia previa sobre el particular [TS 12-12-1988, 4-2-2105 (Rc 521/14)], que la falta de aceptación por parte del trabajador de la oferta empresarial de reincorporación en localidad distinta de la de origen, y con necesario cambio de domicilio, no puede calificarse como una dimisión del trabajador, manteniendo éste el derecho preferente al reingreso del art. 46.5 ET.

Ahora bien, en **STS1-10-2017 (Rc 3142/15) [ECLI:ES:TS:2017:3898]**, en un supuesto análogo, pero atendiendo a que la empresa comunica el despido disciplinario, tal decisión se califica de despido improcedente, porque era legítima la negativa del trabajador a no reincorporarse a vacante alejada de la localidad en la que prestaba sus servicios cuando



pasó a la excedencia voluntaria, si bien no procede la fijación de salarios de trámite, precisamente por no haberse producido la materialización del derecho expectante.

También en el ámbito de las excedencias voluntarias, la cuestión planteada y resuelta en **STS 8-2-2018 (Rc 404/16)** [ ECLI:ES:TS:2018:754] no es otra que la de determinar si realmente puede considerarse que hay vacantes en una empresa cuando el empleador decide no cubrir las bajas que se producen tras la extinción de uno o varios contratos de trabajo, no existiendo en la empresa privada –a diferencia de la pública-- ninguna norma legal que imponga con carácter general al empresario la obligación de cubrir los puestos de trabajo que quedan vacantes, a salvo, de las obligaciones que en esta materia puedan establecer los convenios o pactos colectivos, o las especiales circunstancias concurrentes en casos específicos. Así centrado el problema, la sentencia efectúa un exhaustivo recorrido por los más recientes pronunciamientos de la Sala, de los que se desprende sin dificultad, la inexistente obligación para la empresa de reservar las vacantes que pudieran producir al excedente voluntario, sino que puede disponer de ellas y cubrirlas con nuevas contrataciones, o reasignando o distribuyendo sus cometidos laborales entre otros trabajadores, o bien incluso procediendo a la amortización de la misma, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo. Por lo tanto, si la empresa suprime o decide abandonar los cometidos de aquel puesto de trabajo, no existe vacante a la que tenga derecho el excedente.

## **12. FOGASA**

### **12.1. Declaración de insolvencia previa**

Se ha cuestionado, presentada solicitud ante FOGASA en reclamación de las prestaciones por su responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia empresarial del deudor, cuál haya de ser la normativa aplicable para fijarla cuantitativamente, cuando los créditos de los trabajadores son de fecha anterior al cambio normativo sufrido tras la entrada en vigor del RDL 20/2012. Se trata de créditos reconocidos en virtud de un título idóneo de fecha anterior a la reforma legal y con declaración de insolvencia obtenida en un proceso distinto y anterior, siendo que en uno y otro caso se aplica distinta normativa para fijar el alcance cuantitativo de la responsabilidad de FOGASA. Así las cosas, la cuestión se centra en determinar 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 de forma individual a los propios trabajadores ejecutantes. Es sabido que la declaración de insolvencia obtenida en un procedimiento judicial laboral pone de manifiesto la imposibilidad de la empresa de hacer frente a sus obligaciones que, aunque se produzca en un determinado procedimiento y respecto de otros concretos ejecutantes, sirve para hacerla valer en otros procesos laborales posteriores siempre que no se constate la existencia de nuevos bienes, ex art 276. 3 LRJS. Es admisible dictar un Decreto de declaración de insolvencia en un proceso de ejecución laboral sin necesidad de reiterar más trámites que el de una posible audiencia a las partes para dejar constancia de la inexistencia de nuevos bienes. En consecuencia "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 del 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 tanto, la declaración de insolvencia reconocida en un procedimiento anterior con otros ejecutantes sirve en otro posterior a efectos de determinar la normativa aplicable para fijar

la responsabilidad del Fondo. **STS 12-12-2017 (Rc 3394/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4769; **13-12-2017 (Rc 3180/16)** ECLI:ES:TS:2017:4778; **15-12-2017 (Rc 3243/17)** ECLI:ES:TS:2017:4781; **6/2/2018 (Rc 581/17)** ECLI:ES:TS:2018:543; **22-2-2018 (Rc 1838/16)** ECLI:ES:TS:2018:1205; **29-5-2018 (Rc 778/17)** ECLI:ES:TS:2018:2250.

Por otra parte, y en relación con esta misma cuestión y problemática se pronuncia la **STS 12-12-2017 (Rc 3015/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4654, que, si bien aplica la anterior doctrina, matiza la misma y resuelve, finalmente, en sentido contrario en base a que existe un elemento esencial que no concurre en las anteriores resoluciones cual es que la sentencia por la que se condena a la empresa al abono de las cantidades que reclama es posterior a la entrada en vigor del RDL 20/2012. Por ello, cuando el trabajador obtiene el pertinente título ya ha desplegado sus efectos el Real Decreto-Ley que rebaja el techo de responsabilidad del FOGASA al doble del SMI, quedando sin efecto la redacción anterior del art 33 ET que establecía un tope a sus prestaciones equivalente al triple del salario mínimo interprofesional (SMI). Por tanto, aunque la situación de insolvencia ha permanecido invariable, no confluyen los dos elementos o presupuestos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad del FOGASA hasta un momento posterior a aquella reforma, operando en consecuencia los nuevos límites que la misma diseña. Si no existe la falta de pago de salarios o de indemnización, el Fondo no tiene obligación alguna ni el trabajador ningún derecho contra él, por mucho que la empresa esté en situación de insolvencia por lo que en este supuesto la fecha de declaración de insolvencia en otro proceso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA. Solo a partir del momento en que existe el título que recoge la obligación empresarial desatendida es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET.

## **12.2. Legitimación empresarial: empresas de menos de 25 trabajadores.**

Las **STS 28-9-2017 (Rc 1258/15)** ECLI:ES:TS:2017:3584, **3-10-2017 (Rc 259/15)**, ECLI:ES:TS:2017:3678 y **8-2-2018 (Rc 3416/15)** ECLI:ES:TS:2018:590, declaran que las empresas de menos de veinticinco trabajadores tienen legitimación para reclamar el importe indemnizatorio anticipado a los trabajadores despedidos y que tiene que abonar el FOGASA – 40% de la indemnización -. Se admite, en interpretación del art 33.8 ET bajo la vigencia de la Ley 3/2012, esa posibilidad de subrogación, en base a los siguientes argumentos: a) Son dos conceptos diferentes el que el trabajador sea el titular legítimo de la parte de la indemnización que legalmente se disponía a cargo de FOGASA y otra la posible legitimación de la empresa para reclamar aquel montante cuando lo haya anticipado; b) La norma establece el derecho del trabajador frente a la correlativa obligación del FOGASA pero no impide que la empresa anticipe la indemnización; c) La norma no dispone expresamente la exclusión de un posible fenómeno subrogatorio, por lo que nada impide que cuando medie pago anticipado la falta de regulación del caso en el ámbito laboral sea suplida por las normas del Código Civil relativas al pago por subrogación. d) Negar la subrogación significaría un injustificado perjuicio para los trabajadores y no se compagina con la finalidad atribuible a la responsabilidad directa del FOGASA. En conclusión, se reconoce la legitimación de la empresa, que tiene menos de veinticinco trabajadores, para reclamar al FOGASA la parte de la indemnización por ella satisfecha al trabajador y que corresponde abonar al organismo dado que la existencia del pago anticipado sitúa a la empresa en la posición de subrogada como acreedora frente al FOGASA.

## **12.3. Límite de la responsabilidad: Contratos a tiempo parcial**

Las **STS 20-6-2017 (Rc 2667/15)** ECLI:ES:TS:2017:2684, **29-11-201 (Rc 2808/15)** ECLI:ES:TS:2017:4402 y **23-1-2018 (Rc 4066/15)** ECLI:ES:TS:2018:282, resuelven una interesante cuestión consistente en determinar el límite de la responsabilidad que tiene el FOGASA, conforme al art 33.1 ET, cuando se trata de trabajadores con contrato a tiempo parcial, y si el tope del salario a computar, duplo o triple del salario mínimo interprofesional (SMI) según la fecha de aplicación, debe reducirse, en el mismo porcentaje que la jornada que realiza en comparación con la ordinaria de un trabajador a tiempo completo de la misma actividad. La Sala IV sostiene que la regla es la de que se computa el salario realmente percibido siempre que no exceda del límite fijado, y en contratos a tiempo parcial ese límite, duplo/triple del SMI, se reduce en igual porcentaje que la jornada laboral pactada. Lo contrario quebraría la garantía reconocida y se daría más de lo garantizado, no siendo aceptable que el trabajador con contrato a tiempo parcial, con la consiguiente reducción del salario, vea favorecida su situación sobre el trabajador a tiempo completo. Además, una interpretación lógico- sistemática de los Reales Decretos que anualmente fijan el importe del SMI para cada año y del art. 33 revelan que cuando el legislador dice SMI se está refiriendo al que corresponde a una jornada completa y que cuando se trabaja a tiempo parcial el SMI que corresponde con arreglo a la norma debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada de trabajo. En definitiva, cuando se trabaja a tiempo parcial, el SMI computable como máximo debe reducirse en el mismo porcentaje que la jornada ordinaria, computándose el salario realmente percibido.

#### **12.4. Obtención de cantidades a cargo FOGASA: deudas empresariales en bruto.**

La **STS 25-1-2018 (Rc 2622/16)** ECLI:ES:TS:2018:394, sostiene que las cantidades a cargo del Fondo de Garantía Salarial se obtienen sobre unas deudas empresariales en bruto, no sobre el neto, y ello aunque la Administración Concursal hubiera emitido la certificación por cuantías netas. El salario que debe percibir el trabajador como contraprestación por los servicios laborales prestados es la totalidad de las percepciones económicas que le correspondan (art. 26 ET). Y ello lo ha entendido la jurisprudencia como “salario bruto y sobre él se determinan los conceptos retributivos o indemnizatorios que tengan como base el mismo”. El art 33 ET indica que el Fondo abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago, entendiendo por tal “todos los conceptos a que se refiere el art. 26.1 ET”, lo que impide considerar que la deuda salarial que deba tomarse para determinar la responsabilidad del Fondo sea en neto, dado que lo que el art 33 ET pone a cargo del organismo son las prestaciones que sustituyen obligaciones incumplidas por el empresario insolvente, en materia de salarios y de indemnización por cese. Además, el salario neto, producto de descontar las retenciones fiscales y las cuotas a la Seguridad Social, surge cuando se ha efectuado al trabajador el pago de las cantidades que debe garantizar el FGS, ya que su abono es lo que permite llevar a cabo aquellas deducciones. Por otra parte, el certificado de la Administración concursal de los créditos a favor del trabajador, con cantidades netas, tan sólo sirve como documento acreditativo de la deuda que mantiene con el mismo y para justificar el importe a considerar a la hora de fijar los límites de la responsabilidad del FOGASA, pero en ningún caso implica que el organismo garantice las prestaciones sobre las cuantías netas que en él se puedan indicar.

#### **12.5. Responsabilidad en caso de indemnización pactada superior a la legal.**

La **STS 18-9-2017 (Rc 3554/15)**, ECLI:ES:TS:2017:3516, analiza los límites de la obligación de pago de indemnizaciones que tiene el FOGASA y, más concretamente, el alcance de ese deber cuando se ha pactado entre trabajadores y empresa una indemnización superior a la de veinte días por año de servicio por despido objetivo, y la empleadora ha pagado una parte de la misma. La respuesta es que se garantiza lo que dice la Ley (veinte días), pero no la mejora de ese tope que reconozca la empresa cuyos pagos a cuenta minoran la obligación del FOGASA. Para empresas en concurso, cual es el caso, lo dice expresamente el art. 33-3 ET, pero lo imponía ya el nº 2 del art. 33. En interpretación del citado precepto, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, la Sala IV estima procedente descontar del tope legal a cargo del FOGASA lo ya pagado por la empresa, puesto que su responsabilidad viene tasada legalmente, y limitada a garantizar al trabajador el cobro de la indemnización legal mínima establecida para los conceptos indemnizatorios que contempla. La responsabilidad del FOGASA consiste en una prestación de garantía por la que ese organismo garantiza el cobro de la indemnización legal mínima caso de que el obligado principal no la pague. De esta forma, al tratarse de una responsabilidad subsidiaria, los pagos efectuados por el deudor principal aprovechan al deudor subsidiario, cual es el caso del FOGASA, entidad pública cuya responsabilidad no puede ser modificada por un pacto individual o colectivo que mejore el importe de la indemnización a pagar en perjuicio del deudor subsidiario.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 15-2-2018 (Rc 803/16)**, ECLI:ES:TS:2018:755, estimando que el Fondo no responde del importe total de la indemnización convencional (7% de los conceptos salariales devengados durante la vigencia del contrato) por cese de un trabajador fijo de obra de la construcción puesto que su responsabilidad solo alcanza a la indemnización legalmente fijada, entendiéndose por tal la que figura en el artículo 49.1 c), sin que por tanto alcance la cuantía indemnizatoria prevista en Convenio Colectivo que excede de la máxima establecida legalmente.

## **12.6. Silencio positivo y requerimiento o subsanación de defectos: Efectos suspensivos.**

En la **STS 28-9-201 (Rc 804/16)**, ECLI:ES:TS:2017:3694, se cuestiona si la reclamación de cantidad frente al FOGASA, derivada de indemnización por despido improcedente, debe entenderse estimada por silencio positivo, cuando existe un requerimiento de aportación documental o subsanación de defectos transcurridos los tres meses establecidos para el dictado de la resolución, y ésta (de carácter denegatorio) se emite de forma expresa antes de tres meses de haberse efectuado aquél. La Sala IV reitera doctrina relativa al alcance del silencio administrativo positivo, puesto que el dictado de la resolución del FOGASA acaece transcurridos en exceso los tres meses de que disponía. Dicho efecto no queda neutralizado por el requerimiento de aportación documental que efectúa el organismo puesto que el mismo se efectúa una vez pasados tres meses desde la presentación de la solicitud. Si la emisión de una resolución desestimatoria extemporánea no tiene virtualidad para subvertir los efectos del silencio positivo, tampoco podrá tenerla un requerimiento que se ha verificado fuera del tiempo del que disponía el FOGASA para resolver sobre lo solicitado. Por ello, en este caso no cabe reconocer efectos suspensivos del plazo del silencio positivo a tal requerimiento, efectuado transcurrido el plazo.

Asimismo, y en relación con una reclamación de cantidad frente al FOGASA se pronuncia la **STS 10-10-2017 (Rc 434/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4130, en la que se cuestiona cual es el efecto del tiempo concedido para subsanar la documentación aportada –

suspensión del plazo para resolver o inicio de un nuevo plazo a partir del cumplimiento del requerimiento-, en un supuesto en el que los trabajadores son requeridos para aportación de documentos, tras lo cual es dictada la resolución expresa denegatoria de la prestación de garantía, fuera del plazo de los tres meses desde la solicitud. Esto es, se cuestiona si el plazo para resolver, que se contempla en el RD 505/1985 art. 28.7, debe comenzar a partir de la presentación de la solicitud o una vez que la solicitud está presentada en forma y subsanados los defectos que hubieran podido ser apreciados. Pues bien, el plazo de 3 meses para resolver un expediente administrativo, que comienza a computar desde la fecha de presentación de la solicitud en el registro del órgano competente, puede ser “alargado” en virtud del requerimiento de subsanación, pero no como una forma de interrupción y si de suspensión para dar oportunidad al administrado para corregir las deficiencias que puedan concurrir en la solicitud o se aporten documentos necesarios para resolver. El efecto que impone el legislador para poder subsanar deficiencias o completar documentación, es el de paralización del plazo de que dispone la Administración para poder dictar resolución ya que no puede perjudicar una actuación o circunstancia que le es ajena y le impide dar al procedimiento la tramitación que le corresponde. Y esa suspensión opera desde la notificación del requerimiento y su cumplimiento por el requerido o por transcurso del plazo concedido. Llegado ese último momento, el plazo se sigue computando al haber recabado y/o tener la Administración los elementos necesarios para decidir. Por tanto, el plazo para resolver no comienza a computarse de nuevo, sino que el transcurrido antes de la suspensión se adiciona al que resta por cumplir. Dicha suspensión implica una especie de plazo ampliado consecuencia de añadir al máximo para resolver el que resulte de la suspensión por causa legal.

### **13. Fusión por absorción: efectos.**

La **STS 30-1-2017, (Rc 9/17)** ECLI:ES:TS:2018:540 analiza diversas cuestiones relativas a la existencia de sucesión de empresas ex ET art 44, perjuicio de los trabajadores y determinación del convenio colectivo de aplicación, en un supuesto de fusión por absorción. La fusión por absorción supone la extinción de la entidad absorbida y no un mero cambio de denominación de una misma sociedad, lo que comporta la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida. Se ha producido una autentica sucesión de empresas puesto que la absorbente adquiere el patrimonio de la sociedad absorbida y se ocasiona la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida. Por otra parte, no se aprecia indicio alguno de fraude para negar la existencia de sucesión de empresas. Finalmente, y atendiendo a la actividad principal de la empresa tras la fusión, al ámbito de aplicación de ambos convenios y a la definición de empresas y actividades realizadas, se concluye que es de aplicación el Convenio de recuperación y reciclado, pues la actividad de la empresa no se limita al tratamiento de agentes químicos, sino que tiene perfecto encaje en el de recuperación y reciclado. Asimismo, se recuerda que el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores a la sucesión, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores. La empresa ha respetado la obligación de garantizar a los trabajadores de los que se hizo cargo el disfrute de la integridad de las condiciones laborales derivadas del Convenio anterior, en tanto éste no sea sustituido por otro. Sin embargo, no se puede reconocer el derecho al mantenimiento de las condiciones preexistentes, con base en lo dispuesto en el art 44.1 y 4 ET, en relación con la doctrina contenida en la STS de 22/11/14 (Rc. 264/2014), por no darse en el caso las circunstancias en ella contempladas.

#### **14. Igualdad de trato**

La **STS 4-10-2017 (Rc 176/16)**, ECLI:ES:TS:2017:3687, dictada en Pleno, declara que el Convenio Colectivo de Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana, art 8, no implanta una doble escala salarial ni existe desigualdad porque abone de distinta manera la diferente actividad, destajo y plus de productividad. El citado precepto establece dos sistemas retributivos diferentes, pero se excluye la violación del principio constitucional de igualdad, por cuanto, no existe discriminación por tratar de forma distinta situaciones jurídicas diferentes, cual ocurre en el presente caso. El salario a destajo se fija en función, únicamente, del rendimiento, esto es, por la obra realizada o unidades de la misma conseguida en la jornada. Sin embargo, el salario que regula el art 8 del Convenio no puede calificarse de destajo, sino de jornal coincidente con el salario mínimo interprofesional más un incentivo a la mayor producción. Además, el convenio reglamenta el trabajo a jornal fijando la cuantía del mismo, y el trabajo a destajo en función de la producción.

Asimismo, la **STS 13-11-2017, (Rc 185/16,)** ECLI:ES:TS:2017:4140, declara la inexistencia de trato discriminatorio, rechazando la pretendida vulneración del principio de igualdad entre dos colectivos de trabajadores de Telefónica SAU que promocionaron a una categoría superior como consecuencia de la participación en convocatorias distintas, sucedidas en el tiempo, con requisitos y resultados diferentes producidos en función de la aplicación de distintas normativas colectivas en la empresa. No se produjo tal vulneración del principio de igualdad, porque no existe ninguna posibilidad de llevar a cabo una comparación homogénea de situaciones, desde el momento en que las convocatorias parten de circunstancias y resultados distintos. Las situaciones surgidas no son homogéneas, tal y como se desprende del análisis de las particularidades de las dos convocatorias, máxime cuando las mismas produjeron sus efectos con estricta sujeción a la normativa vigente en cada momento.

#### **15. Impugnación de la convocatoria de concurso de traslados.**

La **STS 15-11-2017 (Rc 232/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4129, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en la que se impugna la convocatoria de concurso de traslados para la provisión de puestos de trabajo de personal laboral en el ámbito del III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado efectuada el 21/12/2015 para que se lleve a cabo con inclusión de todos los puestos vacantes conforme a lo establecido en el art. 29 del Convenio, en la forma que se pactara con la CIVEA. La Administración ha llevado a cabo la convocatoria con arreglo a las previsiones del Convenio, puesto que no existe obligación convencional de proveer todas las vacantes por el sistema de concurso, ni negociar su número con la CIVEA. En interpretación de dicho precepto se deduce que solo los puestos de trabajo que sean de “necesaria provisión” serán ofrecidos en el concurso, por lo que no todas las vacantes existentes en la Administración ha de ser ofrecidas en concurso de traslados, sino únicamente las que resulten ser necesarias desde el punto de vista funcional o legal. Además, lo negociable en la CIVEA son los términos abiertos y permanentes de los concursos de carácter interdepartamental.

## **16. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales**

La **TS 19-12-17 (Rc 624/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4806, reitera doctrina relativa al reconocimiento de la indemnización por daño moral por la vulneración estimada de la garantía de indemnidad ligada al derecho de libertad sindical. Esta doctrina se ajusta al denominado criterio "aperturista" que informa el resarcimiento del daño moral, y la consideración acerca de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste, lo que, por una parte, lleva a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica. Dicha lesión comporta –ex art. 183 LRJS– un daño indemnizable, sin necesidad de acreditar un concreto indicio o base del daño. La exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada se excepciona, ex art 179.3 LRJS, - como sucede en el supuesto analizado- en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, dando así cumplimiento a la doble función resarcitoria y preventiva de la indemnización por vulneración de los derechos fundamentales, art 183.2. LRJS. El automático derecho al resarcimiento, y la falta de perjuicio económico acreditado supone la aplicación de la sanción fijada en la LISOS –art. 40.1.c)– para falta muy grave, en su grado mínimo.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 6-6-2018 (Rc 149/17)**, que, tras reconocer la vulneración de la libertad sindical del Sindicato por no haber sido convocado por la empresa a las reuniones para negociar la modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo del artículo 41 ET, y la existencia del daño moral ocasionado, analiza el quantum indemnizatorio. El importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitida por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia por lo que puede seguir teniéndose como parámetro razonable. La cantidad fijada, igual a la que correspondería a la multa con que sería sancionada la empresa con arreglo a los artículos 7.7, 39 y 40 de la LISOS, imponiéndose la sanción en su grado medio, no se considera desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable, siendo la infracción contemplada en aquel precepto semejante a la apreciada en la empresa demandada.

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

### **17.1. Calificación de la medida**

La **STS 3-10-2017 (Rc 184/16)**, ECLI:ES:TS:2017:3702, declara nula la modificación de condiciones de trabajo efectuada consistente en supeditar el disfrute del "descuento en compras" a la suscripción por parte de los trabajadores de un contrato con una entidad financiera. Dicha modificación del salario en especie es calificada de sustancial, excediendo, por tanto, del poder de dirección del empresario. Se trata de un salario en especie por cuantía importante, que puede alcanzar los 600 €/mes, cuyo sistema de pago se ha cambiado, sin que su obtención se puede ahora condicionar a la suscripción de un contrato con una entidad financiera y a pagar con la tarjeta que la misma facilite. Asimismo, el Convenio de aplicación, en vigor, obliga no sólo a negociar con la representación de los trabajadores, las modificaciones del salario en especie, sino también a consensuar el

sistema de cobro de ese beneficio. Al no haberse celebrado las negociaciones se declara la nulidad de la medida, ex art 41 ET.

## **17.2. Convenio colectivo extraestatutario.**

La **STS 19-9-2017, (Rc 182/16)**, ECLI:ES:TS:2017:3727, sostiene que la existencia de un convenio colectivo extraestatutario no impide la utilización del cauce del art 41 ET – modificación sustancial de condiciones de trabajo- ni tampoco el que se esté negociando un nuevo convenio colectivo, en el que estaría incluida la materia sobre la que se asientan las condiciones de trabajo que la empresa pretende afectar, consistente en la modificación y unificación del régimen de ingresos, ascensos y cobertura de vacante. La empresa rige las relaciones con su plantilla por el denominado “Convenio único”, que tiene la naturaleza de convenio extra-estatutario. La Sala IV sostiene que la puesta en marcha del trámite del art. 41 ET iniciado por la empresa es posible, aunque la parte social se negara a conformar la comisión de negociación por entender que debía negociarse un convenio colectivo estatutario, puesto que las condiciones de trabajo de cuya modificación se trata dimanarían de un acuerdo no estatutario. Por otra parte, no puede excluirse la posibilidad de que, aun cuando se esté negociando un convenio colectivo de aplicación a la empresa, puedan surgir las circunstancias que se configuran como causas legales válidas para la adopción de las medidas modificativas, las cuales están contempladas en nuestro ordenamiento como instrumentos de respuesta a situaciones negativas que justifican una actuación efectiva e inmediata, ligada a la coyuntura, sin otro blindaje que el que provenga de la regulación por convenio colectivo. En todo caso, el convenio colectivo que, finalmente, resulte de la negociación colectiva fijará el marco de condiciones de trabajo a aplicar en su ámbito y, en su caso, afectará a aquéllas que se hubieran visto alteradas por la medida empresarial, como también lo haría de llevarse a cabo la modificación con acuerdo.

## **18. Participación indefinidos no fijos en convocatoria de promoción profesional.**

La **STS 21-3-2018 (Rc 27/17)**, ECLI:ES:TS:2018:1703, con voto particular, confirma la estimación de la demanda en lo referente al personal indefinido no fijo declarando “el derecho de los trabajadores de AMAYA (Agencia de Agua y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía) afectados por el Conflicto Colectivo integrados por el personal de estructura corporativa cuya relación laboral con la demandada lo es bajo la condición de indefinido no fijo a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo, y fijo discontinuo en los procesos de selección que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de aplicación”. La argumentación central radica en que el convenio no diferencia entre uno u otro tipo de trabajador y en la idea de que la figura del indefinido no fijo “tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato)”. El personal indefinido no fijo solamente se diferencia del personal fijo de pleno derecho en que la pervivencia de su contrato, que por lo demás lo es por tiempo indeterminado, está condicionada a la cobertura legal de la plaza de la correspondiente categoría o grupo profesional. Por consiguiente, cualquier diferencia que pueda introducirse entre ambos grupos de trabajadores que no guarde relación proporcionada con esta concreta e importante diferencia entre ambos sería contraria a los artículos 9.3 y 14 de la CE. Asimismo, se declara la compatibilidad de los principios de acceso al empleo público



con el ejercicio del derecho en cuestión. En todo caso, la condición de quien pueda participar en esas convocatorias no puede verse alterada en caso de obtener éxito, de forma que si en algún concreto caso la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo indefinido no fijo en otro dotado de fijeza habría que rechazarla. Aunque no trasciendan al fallo, se advierte sobre las importantes cautelas para evitar que por esta vía se alcancen resultados indebidos (alteración de la naturaleza de la relación).

## **19. Prescripción**

### **19.1. Día final del plazo de prescripción: día inhábil.**

En la **STS de 21-9-2017 (Rc 3486/15)**, ECLI:ES:TS:2017:3517, se plantea la forma de cómputo del plazo prescriptivo en una reclamación de cantidad y en particular sobre el día final, "*dies ad quem*", de la prescripción de un año cuando el último día del plazo coincide con un día inhábil. La solución dada es análoga a la adoptada para el cómputo de la acción de caducidad del despido. El plazo de un año se cuenta de fecha a fecha, lo que supone que el día final se incluya por completo en el cómputo y si es día inhábil cabe presentar demanda, en plazo, hasta las 15 horas del día siguiente al prorrogado (arts 135-5 LEC y 45-1 LRJS). Puesto que el último día del plazo debe transcurrir entero para que se produzca la prescripción o la caducidad del derecho, se acepta el que la demanda se presente al día siguiente antes de las quince horas con base en los citados preceptos. Ello se justifica en aras a una tutela judicial efectiva, pues, si el plazo no concluye hasta las 24 horas y los juzgados no están abiertos todo el día, ni los días inhábiles, quedaría indefenso quien no pudiera presentar la demanda antes de agotarse el plazo o no pudiera agotar el mismo por causas ajenas a su voluntad.

### **19.2. Indemnización**

La **STS 17-4-2018 (Rc 919/16)**, ECLI:ES:TS:2018:1784, estima que el día en el que se inicia el cómputo del plazo de prescripción de un año, para reclamar a la empresa la indemnización de daños y perjuicios derivada de la circunstancia de no haber asignado a la trabajadora la plaza vacante solicitada por la misma es el de la sentencia que reconoce el derecho de la trabajadora a ocupar la vacante y queda establecida de esta forma la ilicitud de la negativa de la empresa a readmitir y no desde el momento en el que se reclama el derecho a ocupar la vacante. Lo que se reclama no es un salario que se devengue mensualmente, sino la reparación de un daño que tiene un proceso de formación sucesiva, los denominados "daños continuados", y que, al determinarse en función de un lucro cesante, condicionado a la situación de empleo del trabajador y de sus percepciones, se va produciendo "a lo largo de todo el tiempo en que dicha situación ha pervivido". La prescripción de la acción, para solicitar la reparación del daño producido por la negativa a readmitir, se conecta en el art 1968.2 del Código Civil con el momento del conocimiento del daño. Por lo que este daño -entendido como el lucro cesante derivado de la pérdida de los salarios- no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida y comienza a partir del momento en que puede considerarse cerrado el daño producido por el incumplimiento empresarial.

### **19.3. Reclamación del empresario al trabajador correspondiente a la prestación por desempleo superpuesta a los salarios de tramitación.**

En las **STS 12-1-2018 (Rc 4242/15)**, ECLI:ES:TS:2018:376, y **8-3-2018 (Rc 1485/16)**, ECLI:ES:TS:2018:1000, se cuestiona la determinación del *dies a quo* o fecha de inicio para

el cómputo del plazo de prescripción para reclamar el empresario al trabajador la cantidad correspondiente a las prestaciones por desempleo que percibió superpuesta con el cobro de los salarios de trámite, que es ingresada por la empresa en el Servicio Público de Empleo, tras un despido declarado improcedente en el que la empresa opta por la readmisión. La Sala IV determina que el plazo de prescripción que tiene la empresa para reclamar de los trabajadores es el de cuatro años, previsto en el art 45 LGSS, puesto que lo que resulta objeto de reclamación son prestaciones indebidamente percibidas (aunque sea por causa no imputable al trabajador por imperativo legal). Dicho plazo comienza a correr cuando la empresa reintegró al SPEE las prestaciones indebidas que trata de repetir contra quien las cobró y no cuando se abonaron los salarios de trámite al trabajador. Es decir, el día inicial del cómputo del plazo prescriptivo será el de la fecha del abono a la entidad gestora de las cantidades reclamadas en concepto de prestación de desempleo indebida. La empresa no puede ejercitar su derecho a repetición mientras no ha pagado por el otro, por lo que su derecho a pedir el reintegro de lo abonado no nace, conforme al art 1969 CC, mientras no abona al SPEE la prestación que indebidamente cobró el empleado.

#### **19.4.Responsabilidad solidaria: sucesión de empresa: Art 44.3 ET**

La **STS 17-4-2018 (Rc 78/16)** ECLI:ES:TS:2018:1702, dictada en Pleno y con voto particular, sostiene que el plazo de responsabilidad solidaria de tres años previsto en el art. 44.3 ET [«cedente y cesionario... responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión»] no actúa como singular plazo de prescripción. En los supuestos de sucesión de empresa por actos intervivos, las deudas previas están sometidas al plazo general de un año que establece el art. 59 ET, de forma que la interrupción de la prescripción frente al cedente, opera también frente al cesionario. De esta forma, el art. 44.3 ET no establece plazo de prescripción especial y diverso al general de un año previsto en el art. 59 ET para reclamar deudas salariales, sino que sólo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria que se establece entre cesionario y cedente, fijando al efecto un plazo de actuación –caducidad– de tres años para el ejercicio de aquella acción –necesariamente viva– que el trabajador pudiera ostentar frente al empresario transmitente. La acción es única y como tal su plazo de prescripción también lo es, y si el nuevo empresario queda «subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior», el significado técnico de la subrogación, implica la asunción de la deuda con todas sus singularidades, entre ellas el plazo de prescripción de la acción y los posibles avatares de su reclamación, incluidas las posibles causas que hubiesen interrumpido la decadencia del derecho frente al primitivo empresario y que por ello son también oponibles frente al cesionario. El alcance de la previsión que contiene el art. 44.3 ET supone que la subrogación en las deudas salariales se produce en los términos propios de tal figura jurídica, precisando que la responsabilidad solidaria que el precepto dispone para el adquirente –por las deudas previas a su condición empresarial novedosamente adquirida– únicamente le puede ser exigida durante los tres años posteriores a la sucesión, de manera que ejercicio de la acción por el trabajador frente a ese empresario sucesor, reclamando aquellos débitos anteriores, solo es factible durante esos tres primeros años, y ello aunque transcurrido ese plazo la correspondiente acción persista viva por haberse interrumpido su decadencia mediante cualquiera de los medios que el derecho admite.

#### **19.5. Responsabilidad solidaria de la empresa principal, sobre pago de salarios que establece el art. 42-2 del ET. Interrupción plazo de prescripción**

La **TS 5-12-17 (Rc 2664/15)**, ECLI:ES:TS:2017:4741, con voto particular, sostiene que el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad por deudas salariales frente a la empresa empleadora no interrumpe el plazo de prescripción de la acción de la que dispone el trabajador para exigir la responsabilidad solidaria por ese mismo tipo de deudas, que impone el art 42 ET a la empresa principal que contrató los servicios de la empleadora, para la realización de tareas correspondientes a su propia actividad. La reclamación a la empleadora no interrumpe el plazo de prescripción frente a la principal, por no ser de aplicación el art 1974 CC y ello porque la responsabilidad de una y otra, respecto a la obligación de pagar retribuciones, nace de normas diversas. Así, la responsabilidad del empleador surge del contrato de trabajo y de las normas que regulan el pago de las retribuciones al trabajador (art. 26 y siguientes ET), mientras que la responsabilidad del empresario principal nace del art 42.2 ET, que tiene un fin diferente: obligar a controlar que el contratista cumpla con las obligaciones que le imponen los contratos laborales que celebre. Además, el art 42 regula no solo el alcance de la obligación de pago del empresario principal, sino también el plazo para reclamarle el pago y el "dies a quo" para el cómputo del plazo prescriptivo. Sin embargo, la prescripción del deber de pago de salarios del contratista se regula por el art 59 ET. En definitiva, se trata de dos responsabilidades distintas, establecidas y reguladas por diferentes normas, lo que impide estimar que, ex artículo 1974 CC, la reclamación efectuada a un deudor interrumpa el curso de la prescripción de las responsabilidades del otro.

## **20. Reconocimientos médicos.**

### **20.1. Control de ausencias mediante una empresa externa.**

La **STS 25-1-2018 (Rc 249/16)**, ECLI:ES:TS:2018:481, analiza el alcance del art 20.4 ET que regula la dirección y control de la actividad laboral por parte del empresario y en particular en lo relativo a los reconocimientos médicos para verificar el estado de salud de los trabajadores. Se trata de una facultad del empresario que debe adecuarse a los límites que rigen con carácter general el ejercicio de las facultades de dirección empresarial, con arreglo a las disposiciones legales y convencionales que pudieren haberse pactado. En el caso, la empresa notificó a los representantes de los trabajadores su decisión de promover un servicio de control de ausencias mediante empresa externa y publicó un cuestionario, en el que explicaba el protocolo a seguir para controlar las ausencias de los trabajadores. La Sala IV confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo en la que se solicita se declare que la facultad de la que dispone la empresa conforme al art 20.4 ET de verificar el estado de salud del trabajador para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, debe llevarse a cabo a través de los servicios médicos de la Mutua correspondiente. El art 63 del Convenio de Contac Center, no impone a la empresa la obligación de recurrir a los servicios de la Mutua, en el ejercicio del derecho a verificar la justificación médica de las ausencias del trabajador que le atribuye el art. 20.4 ET, en tanto que aquel precepto se refiere exclusivamente a la gestión de las situaciones protegidas de incapacidad temporal. Además, el precepto estatutario carece de cualquier connotación que pudiese estar vinculada con la gestión de la prestación de IT pues tiene como única y exclusiva finalidad la comprobación del carácter justificado de las faltas de asistencia que el trabajador haya vinculado a su estado de salud en el marco de una facultad del empresario en la dirección y control de la actividad laboral.

## **20.2. Obligtoriedad de los reconocimientos para vigilantes de seguridad y escolta**

La **STS 7-3-2018 (Rc 42/17)**, ECLI:ES:TS:2018:1199, confirma, en el ámbito del sector de la Seguridad Privada, la obligtoriedad de los reconocimientos médicos periódicos al colectivo de vigilantes de seguridad y escoltas, impuestos por la empresa. Si bien es cierto que rige el principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos, consagrado en el art 22 LPRL de forma que el trabajador es libre a la hora de someterse o no a los mismos y para decidir a qué pruebas desea someterse, no lo es menos que la norma establece excepciones, cuando este principio pueda colisionar con otros derechos básicos y fundamentales, y se revele el reconocimiento médico como imprescindible. En el caso, la obligtoriedad del reconocimiento médico cuestionada tiene encaje en la excepción prevista por la Ley. Así, junto con el interés individual del trabajador de proteger su propia intimidad, aparece otro interés preponderante: el del resto de trabajadores o de terceras personas, cuya integridad física y salud pueden depender, en no pocas ocasiones, del estado de salud del trabajador vigilante de seguridad o escolta. Para evitar el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos precisos es necesario conocer y comprobar que goza de un adecuado estado de salud. Por ello, la realización del reconocimiento permite comprobar el correcto estado de salud que resulta imprescindible para evitar o disminuir los riesgos inherentes al trabajo tanto para el propio trabajador como para los otros trabajadores y para las personas objeto de protección.

## **21. Responsabilidad del Estado por salarios de tramitación**

Se aborda también en **STS 29-9-2017 (Rc 2567/15)** [ECLI:ES:TS:2017:3663] si hay responsabilidad del Estado en el abono de los salarios de tramitación cuando la sentencia declarando la improcedencia del despido se ha dictado transcurridos más de 60 días hábiles desde que se presentó la demandada, dándose la circunstancia que a los dos días de efectuarse el despido la empresa había reconocido la improcedencia del mismo. Y la respuesta que alcanza la sentencia anotada es positiva, pues del tenor literal del art. 57.1 ET, en la redacción anterior a la introducida por el RDL 20/2012 y art. 116 LRJS, en relación con el art. 56.2 ET, en la versión anterior a la introducida por el RDL 3/2012, se infiere con claridad que es hasta la sentencia que declara la improcedencia del despido la fecha en la que se computa si han transcurrido 60 días hábiles desde la presentación de la demanda. No en vano el art 56.2 ET a la sazón vigente, establecía la posibilidad de que el empresario reconociera la improcedencia del despido y, sin embargo, ni el art. 57.1 ET, ni el art. 116.1 LRJS, hacen alusión a este reconocimiento, como fecha límite del abono de salarios de tramitación por parte del Estado, sino que ambos se refieren a la sentencia que declara la improcedencia del despido.

Declara **STS 11-1-2018 (Rc 3144/15)** [ECLI:ES:TS:2018:467] la obligación del Estado de abonar los salarios de tramitación derivados del transcurso de más de 60 días en la tramitación del procedimiento. La empresa había reconocido la improcedencia del despido y consignado en el Juzgado el importe de la indemnización y los correspondientes salarios de tramitación, no obstante lo cual el trabajador, disconforme con el importe de la indemnización, interpone posterior demanda por despido, siendo estimada su pretensión en el sentido de reconocer una superior indemnización y obligación del abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia. La Sala considera de plena aplicación al caso el art. 57 ET en la redacción anterior a Ley 3/2012, con base en que la improcedencia del despido había sido reconocida por la empleadora sin necesidad de un procedimiento judicial,

lo que activa la responsabilidad del Estado por dichos salarios, toda vez que la posterior reclamación del actor se hallaba imbricada en el procedimiento por despido y sus especiales reglas le son de aplicación

## **22. Salario y régimen retributivo.**

### **22.1. Condición más beneficiosa: Administración Pública.**

La **STS 13-7-2017 (Rc 2976/15)**, ECLI:ES:TS:2017:3124 dictada en pleno y con voto particular, rectifica doctrina previa, en relación con la existencia de una condición más beneficiosa (CMB) en el ámbito de la Administración Pública. La Sala IV replantea la cuestión relativa a los requisitos para el nacimiento y efectos de una CMB, insistiendo en la especial dificultad para admitir la figura en las relaciones laborales con las Administraciones Públicas. Se acota la posibilidad de adquirir CMB en el marco de la relación laboral con las AAPP, subordinándola a una triple exigencia: a) que tenga su origen en una voluntad inequívoca del empleador; b) que la misma sea directamente atribuible al órgano que ostente adecuada competencia para vincular a la correspondiente Administración; y c) que se trate de un beneficio no contemplado ni prohibido, de forma expresa o implícita, por disposición legal o convencional de las que predicar su imperatividad como Derecho necesario absoluto. Con ello la Sala se sitúa en el marco de la jurisprudencia previa a la ahora rectificada doctrina –sentencias dictadas por el Pleno en 25/06/14–, volviendo, al menos en gran parte, a aquella precedente para la que los principios de competencia y legalidad impedían a gestores de entidades administrativas pactar acuerdos u otorgar condiciones laborales ajenas a la legalidad y/o al convenio colectivo de aplicación y que ahora se matizan al ser calificadas como Derecho necesario absoluto. En aplicación de estas consideraciones, la sentencia rechaza que pueda calificarse de CMB la manutención gratuita cuestionada porque no consta probada voluntad empresarial alguna, ni expresa ni implícita, de mantener el beneficio en favor de los trabajadores, y menos que la misma pudiera atribuirse a quien tiene competencia para ello.

## **23. Sucesión de empresas**

### **23.1. Responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las obligaciones salariales de la empresa contratista.**

Las **STS 21-2-22018, (Rc 251/16)**, ECLI:ES:TS:2018:761, y **9-5-2018 (Rc 3535/16)**, ECLI:ES:TS:2018:1856, declaran que la ejecución de obras, realización de acometidas y reparación de averías en las redes de abastecimiento, alcantarillado y saneamiento de agua de la ciudad, constituye actividad propia de la Empresa Municipal de Aguas de Córdoba, S.A. (EMACSA), dedicada a la gestión integral de los recursos hídricos, a efectos de determinar la responsabilidad solidaria de dicha entidad, conforme al art. 42 ET por deudas contraídas con la actora por la empresa con la que contrató la realización de esas obras y la prestación de esos servicios. La responsabilidad de la empresa principal en caso de contratas y subcontratas está limitada a las concertadas para la ejecución de obras o servicios correspondientes a la «propia actividad». La imprecisión de este concepto ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente. El fundamento de esta interpretación estriba en que «las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata». En el caso, la actividad de la

empresa demandada consiste en la prestación de los servicios públicos correspondientes a la gestión integral del ciclo hídrico - servicios de abastecimiento de agua potable y recogida y depuración de las aguas residuales -, por lo que la realización de las obras necesarias para el correcto funcionamiento, conservación y mejora de las redes de abastecimiento, alcantarillado y saneamiento de agua, así como la reparación de las averías que se produzcan en esas redes, son labores inherentes a dicha actividad, de cuyo núcleo estratégico forman parte.

### **23.2. Responsabilidad en el abono de cantidades salariales anteriores al cambio de contrata**

Han sido numerosos los pronunciamientos existentes en relación con la responsabilidad en el abono de cantidades salariales anteriores al cambio de la contrata, cuando la subrogación se ha producido por imperativo convencional.

Así, se ha suscitado si en un supuesto de subrogación empresarial por sucesión de contratas operada por mandato convencional, la nueva empresa que se hace cargo de la plantilla, responde o no de las deudas salariales contraídas con sus trabajadores por la empresa saliente antes de la transmisión, teniendo en cuenta que el convenio colectivo expresamente establece que la contratista saliente es la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado antes de la subrogación. La entrante se ha hecho cargo del personal que prestaba servicios en la contrata de la empresa saliente, subrogándose en las relaciones de trabajo en imposición del convenio del sector, de forma que la sucesión no se produce voluntariamente ni se trata de la contemplada en el art 44 ET. De la literalidad de los diversos preceptos convencionales analizados se desprende que los negociadores del convenio han querido, expresamente, liberar de toda responsabilidad en el pago deudas salariales de la anterior empleadora a la nueva empresa. Por todo ello, el régimen de responsabilidad es el establecido en convenio colectivo, excluyente de tal atribución a la nueva adjudicataria, quien no responde de las deudas salariales contraídas por su antecesora.

Las **STS 20-12-17 (Rc 335/16)**, ECLI:ES:TS:2017:4817; **STS 29-5-2018 (Rc 2481/16)** ECLI:ES:TS:2018:2270 y **(Rc 2748/16)** ECLI:ES:TS:2018:215 y **STS 31-5-2018 (Rc 2586/16)** alcanzan dicha solución en relación con el sector de empresas de limpieza de edificios y locales.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 10-4-2018 (Rc 3684/16)** ECLI:ES:TS:2018:1681, en el sector de empresas de seguridad, en el que la subrogación, también, se produce por mandato del convenio colectivo que exonera la empresa entrante del abono de las deudas salariales.

Asimismo, y por lo que se refiere al Convenio Colectivo de Hostelería y actividades turísticas de la Comunidad de Madrid (BOCAM 3 marzo 2012), se dicta la **STS 31-5-2018 (Rc 2261/16)** ECLI:ES:TS:2018:2341.

### **23.3. Sucesión de empresa en el seno del concurso**

Las **STS 27-2-2018 (Rc 112/16)** [ECLI:ES:TS:2018:752], **26-4-2018 (Rc 2004/16)** [ECLI:ES:TS:2018:1777] declaran la competencia del orden social para conocer de la demanda, partiendo de la base de que la mercantil recurrente no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al deberse su relación con el concurso de acreedores a la compra de un activo de la masa, siendo esta la solución que ha seguido, igualmente, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 de la LOPJ en sus

Autos de 9-12-2015 (Conflicto 25/2015) y de 9-3-2016 (Conflicto 1/2016). Y dado que el art. 148.4 LC no excluye que la adquisición de una unidad productiva en el seno del concurso suponga sucesión de empresa (sino que, antes al contrario, la admite de forma indirecta) declara su existencia al darse los requisitos del art. 44.1 y 2 ET, porque el adquirente se ha hecho cargo de una unidad productiva autónoma, declarando asimismo la responsabilidad solidaria de la cesionaria por las consecuencias del despido improcedente de la actora, aunque este se hubiera producido con anterioridad a la sucesión, de acuerdo con la cláusula antifraude establecida en el art. 44.3 ET que, mejorando la normativa comunitaria, ha mantenido dicha responsabilidad en el caso de sucesión empresarial respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar, y ello a pesar de que en el auto de adjudicación del Juez Mercantil se hiciera constar que no existe sucesión de empresa.

#### **23.4. Sucesión de contratistas en la Administración Pública**

En el supuesto de una sucesión de contratistas en el ámbito de las Administraciones Públicas, se debate en **TS 12-12-2017 (Rc 668/16)** [ECLI:ES:TS:2017:4773] si la inclusión de relación de trabajadores a subrogar en el pliego de condiciones es meramente informativa, o implica una obligación subrogatoria. Y el TS concluye que la previsión del art. 120 TR LSCP lo que impone es una obligación meramente informativa por parte de la Administración, pero la subrogación ha de venir impuesta por la ley, el convenio colectivo de aplicación o por la concurrencia de elementos determinantes de la sucesión de empresa ex art. 44,ET lo que no es el caso. Esta conclusión se ve reforzada por la aún no vigente Ley 9/2017 -- art. 130.1--, inaplicable por razones temporales pero que cumple una evidente función orientadora.

#### **24. Tiempo de trabajo**

##### **24.1. Permiso por lactancia. Acumulación en jornadas completas.**

La cuestión suscitada en la **STS 19-4-2018, (Rc 1286/16)** ECLI:ES:TS:2018:1613, se centra en determinar si el permiso de lactancia es posible acumularlo por jornadas completas, atendiendo a la hora diaria de ausencia cuando tal derecho de acumulación se recoge en el convenio colectivo aplicable, pero sin fijar los términos de tal acumulación o si, en ese caso, se debe estar a la práctica empresarial de acumulación en función de la media hora de reducción de jornada. La Sala IV, ante la falta de previsión convencional al respecto, sostiene que la acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción de jornada. El derecho al permiso por lactancia se identifica en el art. 37.4 ET con la ausencia de una hora del centro de trabajo para cubrir esa finalidad. La lactancia del menor, ausentándose la trabajadora del centro de trabajo, puede suplirse por otras fórmulas y así se ha previsto que pueda sustituirse por la reducción de jornada, en cuyo caso, se identifica con una duración concreta -media hora-. Y tanto una u otra forma de ejercer el derecho son mínimos de derecho necesario relativo. A partir de ahí, el legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión "acumularlo", en clara referencia al derecho y no dice "acumularla" en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional.

## 25. Trabajos de superior categoría. Consolidación

La **STS 22-9-2017 (Rec 3177/15)**, ECLI:ES:TS:2017:3521, niega la posibilidad de consolidación de una superior categoría profesional por el solo desempeño de las funciones que a dicha categoría corresponden al existir una norma convencional, el artículo 15 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia que contiene previsión específica acerca del modo de acceder a una categoría superior. El precepto convencional completa las previsiones del art 39 ET cuando en su punto tercero establece la excepción al ascenso a la categoría superior desempeñada a lo largo de los periodos que describe. La norma estatutaria contempla la posibilidad de que una norma convencional se oponga a la regla general de ascenso por la mera continuidad en la prestación de los servicios de superior categoría y eso es lo que sucede en el Convenio analizado que no solo no atribuye al desempeño de funciones superiores el efecto consolidador en los salarios o en la categoría sino que tampoco tendrá la consideración de mérito para el ascenso por el turno de promoción interna siendo el único medio válido el de superar el correspondiente proceso en los términos regulados en el convenio. En definitiva, dados los términos que resultan del Convenio citado y su ajuste a la excepción que en el mismo sirve de reserva para la adquisición del derecho que la actora reclama, la consolidación en la categoría no se produce por impedirlo el propio convenio.

## II . SEGURIDAD SOCIAL.

### 1.-CUESTIONES GENERALES

#### 1.1.-*Compatibilidad de pensiones*

##### 1.1.1.-Invalidez no contributiva y renta activa de inserción

La **STS 22-03-2018 (Rec. 1229/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1443]**, considera incompatible el percibo de una pensión de invalidez no contributiva con la renta activa de inserción, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 144.1 d) LGSS/1994, art. 2.3 RD 1369/2006, de 24 de noviembre, y art. 10.1 de dicha norma, de los que se desprende, con absoluta claridad, la incompatibilidad entre ambas prestaciones.

##### 1.1.2.-Viudedad clases pasivas y viudedad RGSS

El causante de la pensión de viudedad, era perceptor de jubilación de clases pasivas para cuyo cálculo se tomaron en cuenta los servicios prestados con anterioridad a que adquiriera la condición de funcionario de carrera. Su viuda percibía pensión de viudedad del régimen de clases pasivas y solicita pensión de viudedad del RGSS. La **STS 15-03-2018 (Rec. 494/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1214]**, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la viuda y confirma la sentencia de suplicación, por entender, entre otros argumentos: 1) Que el art. 122.1 LGSS, establece, como regla general, la incompatibilidad de pensiones del RGSS, pudiendo existir excepciones a dicha regla, como se afirmó en STS 28-10-2014 (Rec. 1600/2013) [ECLI:ES:TS:2014:5785]; 2) Que el art. 179.1 LGSS, determina la incompatibilidad entre la pensión de viudedad con el reconocimiento de otra pensión de viudedad en cualquier régimen de Seguridad Social “salvo que las



cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años”; 3) Que en el presente supuesto la pensión es causada por quien era pensionista de jubilación, de forma que la pensión de viudedad sigue la estela de aquella, por lo que no se está ante el supuesto del art. 179.1 LGSS que resuelve la compatibilidad o incompatibilidad cuando el causante falleciere sin estar en alta o situación asimilada en el régimen en el que se pretende la prestación y que exigiría una cotización de 15 años.

### *1.2.-Demanda de oficio en procedimiento sancionador: legitimación de la TGSS*

Siguiendo lo dispuesto en reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª, la **STS 16-05-2018 (Rec. 3976/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2136]**, sigue concluyendo que la TGSS tiene legitimación activa para promover mediante demanda, proceso de oficio ante la jurisdicción social, conforme al art. 148 b) LRJS, en un procedimiento sancionador iniciado por Acta de infracción expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por falta de alta y cotización.

## **2.-JUBILACIÓN**

### *2.1.-Conforme a Reglamentos UE*

#### *2.1.1.-Cálculo de la base reguladora*

Ante la cuestión de cuál es la base de cómputo, real o media, en aplicación de los Reglamentos comunitarios para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, por las **SSTS 01-02-2018 (Rec. 3062/2016) [ECLI:ES:TS:2018:480]** y **14-02-2018 (Rec. 2530/2015) [ECLI:ES:TS:2018:812]** se rectifica la jurisprudencia anterior ( representada por las **STS 24-10-2017 (Rec. 3006/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4209]** y **STS 29-12-2017 (Rec. 696/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4864]**, tras “una meditada reconsideración de la cuestión”, por entender que el art. 19 del Acuerdo con Bélgica no remite a las bases medias del periodo previo al hecho causante, sino a las bases reales o bases remotas cotizadas en España –el precepto establece: «Si de acuerdo con la legislación de uno de los dos países contratantes, para la liquidación de las prestaciones, se tiene en cuenta el salario medio de todo el período de seguro o de una parte de dicho período, el salario medio tomado en consideración para calcular las prestaciones a cargo de tal país se determinará según los salarios comprobados durante el período de seguro cumplido en dicho país»- por lo que existiendo una regla específica al respecto no es necesario acudir a otros preceptos del mismo Convenio para determinar qué bases se tienen que tener en cuenta, y como el precepto alude a que a efectos de determinar el salario medio hay que tomar como referencia “los salarios comprobados durante el periodo de seguro cumplido en dicho país”, lo que supone que para calcular el importe de la prestación tiene que tenerse en cuenta el salario medio de todo o parte del periodo, y como en el supuesto el asegurado cotiza primero en España y después en Bélgica, las bases de cotización que se tienen que tomar en consideración para calcular la base reguladora de la pensión de jubilación que debe abonar la Seguridad Social española, son las correspondientes al periodo de seguro acreditado en nuestro país, es decir, las “bases reales” o “bases remotas”.

#### *2.1.2.-Prorrata temporis*

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de jubilación quien desarrolló actividades en el sector de la minería tanto en Polonia como en España, la **STS 27-02-2018 (Rec. 2031/2016) [ECLI:ES:TS:2018:751]**, reitera lo dispuesto en jurisprudencia anterior en que se falló 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.

## *2.2.-Jubilación anticipada*

### *2.2.1.-Periodo de carencia*

Ante la cuestión de si pueden computarse las cotizaciones por jubilación efectuadas por la entidad gestora del subsidio de desempleo de mayores de 55 años a efectos de acreditar el periodo de carencia de 30 años exigido para el acceso a la jubilación anticipada, la **STS 19-04-2018 (Rec. 2036/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1786]**, casa y anula la sentencia de suplicación que confirmó la de instancia que estimó la demanda para determinar que dichas cotizaciones eran válidas.

### *2.2.2.-Coeficientes reductores de la edad de jubilación*

La **STS 21-06-2017 (Rec. 157/2016) [ECLI:ES:TS:2017:2709]** sobre esta materia de coeficientes reductores concluye : 1) Que el art. 3.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integra en el RGSS el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios, aplica el coeficiente reductor del 0,10 a las categorías que aparecen explícitamente mencionadas, señalándose que “lo dispuesto en los párrafos anteriores será de aplicación también a las categorías extinguidas que, con distintas denominaciones y/o con idénticas funciones, han precedido a las actualmente vigentes”; 2) Que el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, determina que cuando los estudios que se deban realizar sobre siniestralidad en el sector revelen que los trabajadores están sometidos a excepcionales índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad, insalubridad, morbilidad o mortalidad, se entenderán cumplidos los requerimientos exigidos en la legislación para la reducción de la edad de acceso a la jubilación, eso sí, se exige que la Secretaría de Estado de Empleo ponga dicho extremo en conocimiento de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que podrá iniciar los trámites para que mediante Real Decreto, y a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración, se rebaje la edad de jubilación. Por ello, no procede reconocer la reducción de la edad de jubilación a los actores, cuya categoría profesional no aparece prevista como una respecto de la que sea necesaria la rebaja de la edad de jubilación.

### *2.2.3.-Trabajadores con discapacidad*

Ante la cuestión de si pueden acogerse a la jubilación anticipada por discapacidad los trabajadores que durante el tiempo reglamentariamente exigido han prestado servicios afectados por dos deficiencias distintas que, en su

consideración conjunta generan una discapacidad del 45%, pero de la que sólo una de ellas aparece incluida entre las enumeradas en el art. 2 RD 1851/2009, de 4 de diciembre, la **STS 27-09-2017 (Rec. 4233/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3590]**, reconoce el derecho a la jubilación anticipada en un supuesto en que el trabajador, que padecía poliomielitis infantil en los dos miembros inferiores, siéndole reconocido un grado de discapacidad del 54% - resultado de combinar los porcentajes del 40 y 20 % respectivamente asignados a distintas dolencias-, solicitó pensión de jubilación anticipada que le fue denegada.

Igualmente se reconoce el derecho a la jubilación anticipada a un trabajador afectado por la talidomida, que padece una patología congénita desde su nacimiento, sin que hayan cambiado desde entonces sus limitaciones, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 40% que fue elevado al 75% al aplicarse el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Como en el supuesto anterior (poliomielitis), la **STS 19-12-2017 (Rec. 3950/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4705]**, reconoce el derecho a la jubilación anticipada.

Siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, la **STS 08-02-2018 (Rec. 2193/2016) [ECLI:ES:TS:2018:651]** reconoce el derecho a la jubilación anticipada a una trabajadora, a la que se le reconoció una discapacidad del 65% por padecer poliomielitis, tras previo reconocimiento, en 1994, de un grado de discapacidad del 41% igualmente por poliomielitis, y a la que se le denegó la pensión de jubilación anticipada por no tener un mínimo de 15 años cotizados con una minusvalía mínima del 45% conforme al art. 1 RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

### 2.3.-Jubilación forzosa

Reiterando lo dispuesto en abundante jurisprudencia anterior, 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.

### 2.4.-Jubilación parcial

#### 2.4.1.-Edad

Las **SSTS 11-05-2017 (Rec. 3130/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2109]** y **STS 01-03-2018 (Rec. 1213/2016) [ECLI:ES:TS:2018:993]** consideran, ante la cuestión de si la DT 2ª RDL 8/2010, de 20 de mayo, configura una excepción al régimen ordinario según la cual 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 RD Ley 5/2013, de 15 de marzo).

#### 2.4.2.-Previa realización de trabajos como funcionario

La **STS 25-01-2018 (Rec. 1648/2016) [ECLI:ES:TS:2018:384]**, declara la nulidad de la sentencia recurrida y devuelve actuaciones hasta el momento anterior a la práctica de la prueba, por entender que efectivamente la actora solicitó la práctica de una prueba ( informe de la inspección de trabajo), cuya denegación no motivó el Juzgado de lo Social, y que se reiteró en el acto de juicio, protestando formalmente cuando no fue atendida, por lo que la no práctica de dicha prueba supone vulnerar las formas esenciales de juicio que provocan indefensión, ya que debió argumentarse sobre las razones del rechazo de la práctica de la prueba para que la parte pudiera presentar los recursos correspondientes frente a dicha situación.

#### 2.4.3.-Acumulación de jornada

La **STS 31-01-2018 (Rec. 619/2016) [ECLI:ES:TS:2018:387]**, reitera lo dispuesto en las SSTS 29-03-2017 (Rec. 2142/2015) [ECLI:ES:TS:2017:1429], 19-01-2015 (Rec. 627/2014) [ECLI:ES:TS:2015:453], en las que se determinó 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.

#### 2.4.4.-Vinculación al contrato de relevo

- Las **STS 13-02-2018 (Rec. 3447/2015) [ECLI:ES:TS:2018:665]**, **06-06-2017 (Rec. 2477/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2474]**, reiteraron jurisprudencia anterior en que se determinó que los contratos de relevo formalizados en el año 2008 – en que es de aplicación el régimen transitorio de la DT 17ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre-, debían ser necesariamente de carácter indefinido. No obstante esa doctrina ha sido expresamente rectificada en la **STS 20-04-2018 (Rec.1236/2016 [ ECLI:ES:TS:2018:1788 ]** en el sentido de entender que no es necesario que el contrato de relevo (celebrado durante 2008) para cubrir jubilaciones parciales con reducción de la jornada de trabajo y del salario superior al 75% (hasta el 85%) sea indefinido y a tiempo completo, en una nueva interpretación de las Disposiciones Transitorias incorporadas a LGSS y ET por la Ley 40/2007.

#### 2.5.-Jubilación activa

##### 2.5.1.-Reconocimiento del derecho

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. Dicho criterio se reitera, creando jurisprudencia, en la **STS 24-01-2018 (Rec. 389/2016) [ECLI:ES:TS:2018:483]** en la que se insistió en que para poder acceder a la jubilación activa compatibilizando pensión y trabajo, es preciso haber cumplido la edad de jubilación y haber accedido a la pensión con un porcentaje de la base reguladora del 100%.

## 2.5.2.-Cálculo de la pensión

Ante la cuestión de si las bases de cotización que han de tenerse en cuenta durante el periodo en el que el trabajador estuvo exonerado de cotizar son las correspondientes al año inmediatamente anterior a la fecha de exoneración, o por el contrario son las bases mínimas cuando en el año anterior a la exoneración de la obligación de cotizar no constan las bases de cotización, la **STS 21-02-2018 (Rec. 1713/2016) [ECLI:ES.TS:2018:819]**, sigue lo dispuesto en la **STS 13-12-2017 (Rec. 632/2016) [ECLI:ES.TS:2017:4774]**, en que se entendió que puesto que el mayor periodo de cotizaciones lo acreditaba el actor en el RGSS, debía reconocerse la pensión en dicho régimen y teniendo en cuenta la normativa aplicable al mismo, y como en el presente supuesto la actora tenía derecho a pensión de jubilación en el RGSS, régimen en que reúne los requisitos para lucrar la pensión al no reunirlos en el RETA, se han de aplicar las normas del RGSS y por lo tanto computar, a efectos del cálculo de la base de cotización del periodo en el que estuvo exonerada del pago de cuotas, las bases de cotización efectuadas al RGSS el año anterior a la exoneración, ya que en caso contrario “se haría de peor condición al trabajador que al cumplir 65 años y llevar más de 35 cotizados en el Régimen General, decide seguir trabajando, si bien encuadrado en el RETA, exonerado del pago de cotizaciones”, y se frustraría la finalidad perseguida por la Ley 35/2002, de 12 de julio.

## 2.6.-Jubilación contributiva

### 2.6.1.-Premio por jubilación

#### 2.6.1.1.-Reconocimiento del derecho

Ante la cuestión de si tiene derecho al premio por jubilación previsto en el art. 54 del Convenio Colectivo de Paradores de España, que había finalizado en su vigencia y había sido denunciado, el trabajador que se jubila, la **STS 11-10-2017 (Rec. 443/2016) [ECLI:ES.TS:2017:3895]**, deniega el mismo, por considerar que conforme al art. 4 de la norma convencional, el convenio será aplicable en su totalidad salvo en aquellos aspectos respecto de los que se establezca un ámbito temporal de vigencia distinto.

#### 2.6.1.2.-Prescripción

La **STS (Pleno) 06-02-2018 (Rec. 1080/2016)**, declara la nulidad de actuaciones para que la Sala de suplicación se pronuncie sobre el fondo del asunto en relación a si procede o no reconocer el derecho al premio por jubilación, interpretando el art. 44 LGSS, en relación con el art. 43 LGSS, -que se limita a disponer que el derecho al reconocimiento de prestaciones prescribirá a los 5 años contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de que se trate-, de forma que no puede aplicarse el plazo de caducidad, que se ciñe a prestaciones reconocidas, pacíficas en su cuantía e impagadas, ya que ello sólo procedería si habiéndosele reconocido a la actora el premio en la cuantía que considera adecuada, la misma hubiera sido satisfecha sólo en parte o no se hubiera abonado, siendo de aplicación el plazo de prescripción de 5 años, puesto que se reclama frente a una decisión no

ajustada a derecho, ya que la cuantía que le ha sido reconocida no es la que la actora considera adecuada.

#### 2.6.2.-Complemento a mínimos

La **STS 09-03-2018 (Rec. 1042/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1207]**, resuelve la cuestión de si el capital recuperado como consecuencia del rescate de un plan de pensiones, debe ser computado en su totalidad como renta a efectos del límite de ingresos fijado para el reconocimiento del complemento a mínimos de la pensión de jubilación, o sólo los beneficios que generó la inversión realizada, en el sentido de que no debe computarse en su totalidad el rescate del plan individual de pensiones como renta, a efectos de determinar el mantenimiento del requisito de carencia de ingresos exigido para percibir el complemento a mínimos, conforme a lo dispuesto en el art. 50 LGSS en redacción anterior al 01-01-2013, y lo dispuesto en la STS (Pleno) 03-02-2016 (Rec. 2576/2014) [ECLI:ES:TS:2016:621], en referencia al subsidio por desempleo, que determinó que “en realidad con el rescate del Plan de Pensiones la actora no ha ingresado en su patrimonio nada que no tuviera ya, ha sustituido un elemento patrimonial (el Plan de Pensiones) por otro (el dinero obtenido por el rescate del citado Plan), siendo lo único relevante, a los efectos ahora examinados, la ganancia, plusvalía o rendimiento que le haya podido reportar el citado Plan”

#### 2.7.-Aplicación de la doctrina del paréntesis

Ante la cuestión de si debe aplicarse la doctrina del paréntesis a efectos de la carencia específica para el acceso a la pensión de jubilación, cuando se han producido diversas interrupciones en la inscripción como demandante de empleo, por lo que se pierde la condición de que la inscripción sea ininterrumpida y afecta al requisito de estar en alta o situación asimilada al alta a la fecha del hecho causante, no constando probados los motivos por los que la actora dejó de estar inscrita como demandante de empleo del solicitante, la **STS 22-02-2018 (Rec. 1845/2016) [ECLI:ES:TS:2018:582]**, entiende que no procede aplicar la doctrina del paréntesis, puesto que no cabe apreciar esa voluntad de continuidad en el mundo del trabajo, teniendo en cuenta que las interrupciones abarcaron 2 años y 9 meses, lo que no supone un intervalo breve, insignificante y no revelador de la voluntad de no apartarse del mundo laboral, sin que conste ninguna circunstancia personal, familiar, de salud o de cualquier otra índole que pudieran justificar los largos periodos al margen del mundo laboral.

#### 2.8.-Competencia funcional

##### 2.8.1.-Reclamación de base reguladora superior

El trabajador solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación en el RGSS, que le fue reconocida si bien conforme a una cuantía con la que no estaba de acuerdo. En instancia se estimó su pretensión de reconocimiento de pensión en cuantía superior. La Sala de suplicación no entra a conocer del fondo de la cuestión por inadmisibilidad del recurso al no alcanzar la cuantía los 3000 euros establecidos en los arts. 191.2 y 192.3 LRJS. La **STS 19-07-2017 (Rec. 3792/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3227]**, declara la competencia funcional de la Sala de suplicación para conocer del fondo del asunto, por entender que el recurso de suplicación presentado por el INSS contenía un primer motivo en el que se alegaba incongruencia de la sentencia de instancia al haber negado la

respuesta a la cuestión relativa a la responsabilidad por infracotización del Ayuntamiento demandado, siendo así que la Sala de suplicación obvió pronunciarse sobre dicho extremo alegando que no existía cuantía, ya que el art. 191.3 LRJS determina que procede suplicación “cuando el recurso tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento”, y dicho precepto prevalece respecto del que establece la inadmisión del recurso por razón de la cuantía, debiendo haberse pronunciado la Sala sobre el reparto de responsabilidad en el abono de la pensión reconocida por la sentencia de instancia.

#### 2.8.2.-Reclamación de complemento a mínimos

La **STS 09-03-2018 (Rec. 1042/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1207]**, entiende que procede recurso de suplicación aunque la cuantía de lo reclamado no exceda de 3.000 euros establecido en el art. 191.2 g) LRJS, cuando la materia afecta al reconocimiento o denegación de prestaciones de Seguridad Social, como es el caso, en que se reclama el reconocimiento del complemento a mínimos de una pensión de jubilación que se le extinguió reclamándose prestaciones indebidas, teniendo en cuenta que se había rescatado, antes del 01-01-2013, fecha de entrada en vigor de la modificación incorporada al art. 50 LGSS por el art. 1.1 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, un plan individual de pensiones que se abona de una sola vez mediante una cantidad a tanto alzado.

### 3.-PLANES DE PENSIONES

. La **STS 02-02-2018 (Rec. 34/2017) [ECLI:ES:TS:2018:452]**, entiende que no hay discriminación alguna ente los colectivos que se crearon al tiempo de la constitución del Plan de pensiones, por entender que existió una justificación objetiva y razonable para negar el encuadre de los trabajadores respecto de los que se solicita la medida en alguno de los grupos A y B del Plan, ya que no accedieron al sistema cuya aplicación se solicita hace más de 20 años, habiendo rescatado las cantidades correspondientes a sus derechos en los años 1992 y 1995.

Las **SSTS 15-02-2018 (Rec. 3960/2015) [ECLI:ES:TS:2018:672]**, **03-10-2017 (Rec. 3871/2015) [ECLI:ES:TS:2017.1267]** y **24-10-2018 (Rec. 3221/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4043]**, ante la cuestión de si el importe de la prestación o seguro de supervivencia en Telefónica que deben percibir es de 4 anualidades de su sueldo o dos anualidades de su sueldo más 12.020,34 euros, reiteran lo dispuesto en jurisprudencia anterior que entendió que el cálculo debía realizarse conforme a dos anualidades de sueldo del trabajador más 12.020,34 euros, y ello por cuanto la intención de los contratantes quedó clara y patente en la condición particular 5 de la Póliza que garantizaba la prestación se supervivencia.

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

#### 4.1.-Determinación de la contingencia

##### 4.1.1.-Infartos

La **STS 20-03-2018 (Rec. 2942/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1245]**, tras sistematizar la jurisprudencia respecto de las dolencias cardiovasculares, reconoce que la contingencia del fallecimiento del trabajador por un accidente cardíaco, habiendo tenido malestar durante la jornada laboral, pero no sucediendo el acontecimiento hasta que se ejercita en el gimnasio, es profesional (accidente de trabajo), teniendo en cuenta que el accidente cardiovascular se inició mientras el trabajador se encontraba desarrollando su trabajo en las dependencias de la empresa, e inmediatamente antes y después de trasladarse a otro lugar para impulsar una operación de compra-venta, aunque no sea hasta que acude al gimnasio cuando se produce la lesión.

Igualmente considera derivada de accidente de trabajo la pericarditis aguda sufrida por quien sufrió dolor en el brazo mientras cargaba leña en su domicilio, que persistió durante toda la noche, agravándose con mareos y vómitos al día siguiente mientras prestaba servicios en la empresa y hasta que abandona su actividad laboral. Así lo ha entendido la **STS 05-04-2018 (Rec. 3504/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1459]**, que entiende que debe aplicarse la presunción del art. 115.3 LGSS, sin que desvirtúe dicha conclusión el hecho de que como “la actividad del trabajador no agudiza ni hace crisis del infarto, resulta que la baja médica del trabajador, así como su posterior intervención y tratamiento, provienen de enfermedad degenerativa claramente encuadrable en enfermedad común”.

La **STS 25-04-2018 (Rec. 4123/2015) [ECLI:ES:TS:2018:2164]**, casa y anula la sentencia de suplicación para confirmar la sentencia de instancia y considerar que en el caso de un trabajador, vigilante de seguridad, que cuando estaba realizando una ronda de inspección, sintió un fuerte dolor en el pecho y en el brazo que le obligó a parar el vehículo, prosiguiendo su actividad laboral una vez remitió el dolor, si bien al finalizar su jornada laboral ingresó en el servicio de urgencias de un hospital donde falleció 4 horas después, la contingencia es accidente de trabajo, por entender que la presunción iuris tantum del art. 115.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes de trabajo sino también a las enfermedades causadas o desencadenadas por el trabajo.

Por el contrario, la **STS 04-04-2018 (Rec. 2191/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1585]**, declara no derivada de accidente de trabajo la incapacidad temporal iniciada por un médico de un centro de salud que al intentar levantarse de la cama notó pérdida de fuerza en las piernas cayéndose, y dificultad para hablar, aunque se dirigió a su centro de trabajo y se incorporó a trabajar, si bien tuvo que volver a su casa para descansar, encontrándose peor por lo que llamó a urgencias y fue trasladada a un hospital en que se le diagnosticó de embolia cerebral con infarto cerebral.

Por último, respecto de una trabajadora, tripulante de cabina de pasajeros, que sufrió un infarto de miocardio cuando después de haber cubierto los vuelos programados para ese día, así como el realizado “en situación” a fin de regresar a la base operativa a la que había sido destacada de forma temporal, se encontraba en el parking del aeropuerto para dirigirse al hotel donde se hospedaba, y que presentó demanda entendiendo que debía considerarse que la contingencia deriva de accidente de trabajo, la **STS 01-12-2017 (Rec. 3892/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4742]**, casa y anula la sentencia de suplicación



para entender derivada de accidente de trabajo la incapacidad permanente total reconocida a la actora.

#### 4.1.2.-Accidentes in itinere

En un supuesto en que la trabajadora sufrió un accidente de trabajo cuando tras salir del mismo, se dirigía a su domicilio y paró a comprar unos yogures, siendo declarada la contingencia de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común por la entidad gestora, derivada de accidente de trabajo por sentencia de instancia, y nuevamente común por sentencia de suplicación, la **STS 17-04-2018 (Rec. 1777/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1588]**, casa y anula dicha sentencia para reconocer que la contingencia es accidente de trabajo.

#### 4.2.-Responsabilidad

##### 4.2.1.-Impugnación por la Mutua de la imputación de responsabilidad en el abono de prestaciones

Siguiendo lo dispuesto en las SSTS (Pleno) 15-06-2015 (Rec. 2648/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3015, y 15-06-2015 (Rec. 2766/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3016] e innumerables otras posteriores, en **SSTS 25-01-2018 (Rec. 3816/2015) [ECLI:ES:TS:2018:382]**, y **21-02-2018 (Rec. 2628/2015) [ECLI:ES:TS:2018:810]**, **13-02-2018 (Rec. 2331/2015) [ECLI:ES:TS:2018:926]** se reitera que la Mutua no puede volver a 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.

##### 4.2.2.-Compartida en atención al tiempo de aseguramiento en supuestos de enfermedad profesional estando el trabajador expuesto antes y después de 2008

Siguiendo lo dispuesto en reiteradísima jurisprudencia, las **SSTS 04-07-2017 (Rec. 913/2016) [ECLI:ES:TS:2018:768]**, entre otras muchas coetáneas y las más recientes **STS 13-03-2018 (Rec. 1209/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1243]**, **22-03-2018 (Rec. 1771/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1356]**, **24-04-2018 (Rec. 2585/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1774]**, **STS 29-05-2018 (Rec. 3907/2016)** reiteran, respecto de la cuestión de si procede declarar una responsabilidad compartida en el pago de las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad profesional, cuando el trabajador ha estado expuesto al agente causante de la misma antes y después de 2008, y bajo una cobertura de la contingencia con diferentes aseguradoras, que ello procede en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo.

En los mismos términos la **STS 04-07-2017 (Rec. 913/2016) [ECLI:ES:TS:2017:3167]**, establece la responsabilidad compartida del INSS y de la Mutua en proporción al tiempo del respectivo aseguramiento, atendiendo a que debe tomarse en consideración “que nos hallamos en presencia de un cambio en el aseguramiento operado en virtud de una transformación legal, que la actividad ha subsistido tras producirse el cambio y que existe una considerable desproporción en el tiempo atendiendo a las

cotizaciones recibidas y a la lógica incidencia de un ambiente laboral idéntico a la hora de valorar la presencia del agente causante del daño”.

#### 4.2.3.-Responsabilidad de la Mutua que aseguraba la contingencia en el momento de la recaída tras segundo accidente

La **STS 20-02-2018 (Rec. 697/2016) [ECLI:ES:TS:2018:670]** declara la responsabilidad de la Mutua que asumía la contingencia en el momento del segundo accidente, por entender que tras el primer proceso de incapacidad temporal, el trabajador no tuvo ningún otro proceso incapacitante, no siendo hasta el segundo accidente cuando se agravan las dolencias hasta el punto de provocar un efecto invalidante, por lo que debe ser la Mutua que tenía concertada la cobertura de la contingencia profesional en el momento del segundo accidente, que es el que desencadenó la invalidez, la que debe responder

#### 4.3.-Recargo de prestaciones

##### 4.3.1.-Trámite de audiencia en procedimiento administrativo sobre incapacidad permanente

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 el procedimiento administrativo.

##### 4.3.2.-Fijación de hechos probados respecto de la forma en que aconteció el accidente conforme a lo resuelto en sentencia del orden social sobre impugnación de sanción a la empresa

La **STS 25-04-2018 (Rec. 711/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1992]**, se plantea los efectos jurídicos que puede tener el que se haya admitido la aportación a las actuaciones de una sentencia firme de un juzgado de lo Social que estimó la demanda interpuesta por la empresa frente a la resolución administrativa que confirmó el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo por vulneración de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y concluye que conforme al art. 42.5 LISOS el órgano de la jurisdicción social debe asumir como ciertos los hechos declarados probados por el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación a la existencia o no de infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, de forma que el Juez Social, aunque tiene libertad para valorar las pruebas practicadas en procedimiento de recargo, sólo puede separarse de los hechos fijados en sede contencioso-administrativa exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen la divergencia. Continua argumentando la Sala 4ª que dicha conclusión no se corresponde con el supuesto en que la sentencia firme de impugnación de resolución administrativa sancionadora se dicta por un órgano de la jurisdicción social -art. 3 n) LRJS-, siendo así que el hecho de que la sanción impuesta por la Autoridad Laboral sea anulada mediante sentencia firme por haber quedado desvirtuados los hechos que le sirven de base, no implica que en el procedimiento de recargo no puedan alegarse y acreditarse otros incumplimientos constitutivos o no de infracción administrativa, pudiendo

apartarse el órgano que conoce del pleito de los constatados en el proceso sobre impugnación de sanción, sin más requisito que motivar su decisión. Aplicando dicha doctrina al supuesto examinado, teniendo en cuenta que los medios de prueba practicados en el proceso de impugnación de la sanción administrativa y el proceso sobre recargo fueron los mismos, la existencia de una sentencia firme en procedimiento de impugnación de sanción vincula a la sentencia sobre recargo, de forma que no procede imponer recargo de prestaciones alguno a las empresas cuando existe una sentencia firme que determina que el accidente se produjo por imprudencia temeraria del trabajador.

#### 4.3.3.-Fecha de efectos

Siguiendo reiterada jurisprudencia sobre la cuestión, la **STS 11-05-2018 (Rec. 3012/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2170]**, resuelve la cuestión relativa a la fecha de efectos de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en particular: 1) Si se deben retrotraer los efectos económicos a los tres meses desde la fecha en que se produjo el reconocimiento del recargo por el INSS o su solicitud por el interesado o a iniciativa de la Inspección de Trabajo, aplicando la retroactividad prevista en el art. 43.1 LGSS respecto de las prestaciones de Seguridad Social; o 2) Si los efectos económicos quedan vinculados a los de las prestaciones causadas por la contingencia profesional. La sentencia opta por la primera, es decir, los efectos se retrotraen a los tres meses anteriores a la resolución del INSS que declaró y reconoció el recargo, o a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del propio recargo (no de la prestación).

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

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

La **STS 21-02-2018 (Rec. 4236/2015) [ECLI:ES:TS:2018:811]**, ante la cuestión de si procede deducir la mora voluntaria de las prestaciones por muerte y supervivencia de la indemnización calculada conforme a la Tabla I del Baremo, o no, reiteró lo dispuesto en las SSTS 23-06-2014 (Rec. 1257/2013 [ECLI:ES:TS:2014:3546] y 20-11-2014 (Rec. 2059/2013) [ECLI:ES:TS:2014:5242], en las que se estableció que las indemnizaciones de la Tabla I resarcan el daño moral pero de ellas no pueden deducirse las mejoras voluntarias de las prestaciones por muerte y supervivencia por no guardar la necesaria homogeneidad, casa y anula la sentencia de suplicación, por entender que si las mejoras voluntarias de las prestaciones por muerte y supervivencia de la Seguridad Social resarcan el lucro cesante, no pueden ser compensadas con las indemnizaciones reconocidas conforme a la Tabla I del Baremo, que compensan unos daños diferentes (los morales).

Por su parte, la **STS 07-03-2018 (Rec. 767/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1108]**, resuelve la cuestión de si una mejora voluntaria pactada en convenio colectivo debe compensarse sólo con la partida que se haya abonado por lucro cesante, o debe descontarse de la totalidad de la indemnización por daños y perjuicios, en el sentido de que al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la incapacidad permanente, deben descontarse las prestaciones de Seguridad Social, así como las mejoras voluntarias, pero no el recargo de prestaciones.

Por último, la **STS 12-09-2017 (Rec. 1855/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3315]**, estima el recurso del trabajador que reclamaba que de la indemnización por daños y perjuicios derivada del accidente de trabajo sufrido, y en particular de la cantidad calculada por el factor de corrección conforme al Baremo para accidentes de circulación, no se descontara la indemnización por incapacidad prevista en la norma convencional.

#### 4.4.2.-Efecto de cosa juzgada

##### 4.4.2.1.-Respecto de una sentencia del orden penal

Ante la cuestión de si produce efectos de cosa juzgada una sentencia penal que exime de responsabilidad a la empresa por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, respecto de un procedimiento en que se reclama indemnización por daños y perjuicios, la **STS 03-10-2017 (Rec. 2008/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2683]**, siguiendo lo dispuesto en STS 22-12-2014 (Rec. 3364/2013) [ECLI:ES:TS:2014:5712], señala que sí produce efectos de cosa juzgada, puesto que la responsabilidad civil derivada del acto ilícito, al igual que la penal, es única, por lo que si en un proceso penal se juzga sobre ella, al no haber existido reserva de acciones civiles para un futuro proceso, la cuestión queda definitivamente resuelta en aplicación de la cosa juzgada.

##### 4.4.2.2.-Respecto de una sentencia sobre recargo

La **STS 15-12-2017 (Rec. 4025/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4785]**, casa y anula la sentencia de suplicación y devuelve las actuaciones a la Sala de origen para que se pronuncie sobre la indemnización, por entender: 1) Respecto del primer motivo de casación unificadora en que se discute el efectos de cosa juzgada de lo establecido en la sentencia sobre recargo de prestaciones en el procedimiento de reclamación de indemnización por daños y perjuicios, que aunque entre el proceso de recargo de prestaciones e indemnización por daños y perjuicios existen diferencias, también existen identidades, entre ellas “la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer la identidad existente entre los dos institutos”, de forma que aunque la sentencia que deniega la indemnización por daños y perjuicios hace mención a la sentencia sobre recargo de prestaciones, sin embargo, se aparta de ella cuando concluye que la empleadora no ha incurrido en incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que no respeta lo dispuesto en una sentencia firme; 2) Respecto del resto de los motivos, en que se discute la forma de cálculo de la indemnización, no se pronuncia la sentencia, de ahí que la Sala 4ª proceda a devolver las actuaciones a la Sala de suplicación para que resuelva sobre la indemnización procedente.

#### 4.4.3.-Intereses

Ante la cuestión de si procede condenar a la aseguradora al abono del recargo por mora, la **STS 03-05-2017 (Rec. 3452/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2094]**, entiende que procede la condena, por cuanto 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, dado el carácter sancionador que tienen dichos intereses, debe aplicarse dicho criterio de forma restrictiva, debiendo

examinarse, en los supuestos en que existe un proceso que se utiliza como excusa para determinar que existían dificultades en la determinación de la obligación de indemnización para retrasar el pago, cada caso en particular, y en el presente supuesto, lo único que se esgrimía es que había de estarse a la espera del resultado del litigio en que se concrete la cantidad en la que se fija la indemnización, cuando la aseguradora conocía del accidente y ni siquiera ofreció una indemnización mínima.

#### 4.4.4.-Prescripción

Siguiendo reiterada jurisprudencia, la **STS 05-07-2017 (Rec. 2734/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3163]**, falla en el sentido de que el dies a quo del plazo de prescripción de un año (art. 59.1 ET), para reclamar una indemnización por daños y perjuicios, no debe comenzar a computarse desde la fecha de la resolución que reconoció prestaciones de incapacidad permanente parcial, sino desde el momento en que dicha resolución gana firmeza una vez transcurrido el plazo de 30 días del que disponían todas las partes para formular reclamación previa, y ello por cuanto ese es el momento en que la acción pudo ejercitarse.

#### 4.4.5.-Incongruencia

La **STS 04-05-2018 (Rec. 317/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2005]**, resuelve un supuesto en que la trabajadora había solicitado el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial, lo que se estimó, por lo que la Mutua le abonó 21.463,20 euros. Tras presentar demanda de reclamación de indemnización por daños y perjuicios en aplicación del Baremo para accidentes de circulación, sin descontar las prestaciones de Seguridad Social, la Sala de suplicación confirmó la sentencia desestimatoria de instancia, a pesar de que apreció existencia de responsabilidad empresarial, por considerar que en el escrito del recurso no aparecían desglosadas las partidas integrantes de la cantidad postulada, ni se razonaba sobre la pertinencia de su devengo. La **STS 04-05-2018 (Rec. 317/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2005]**, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina motivo y devuelve las actuaciones a la Sala de suplicación para que dicte sentencia en relación a la pretensión completa del trabajador, tras aludir a que el hecho de que la sentencia de suplicación acepte la premisa de que la empresa es responsable del accidente y sin embargo no se pronuncie sobre la indemnización por la simple razón de que no se reitera en el recurso los fundamentos por los que pide la cantidad reclamada, supone “una frágil protección del derecho a la tutela judicial del recurrente”.

## 5.-IMPUGNACIÓN DE SANCIONES

Ante la cuestión de si procede recurso de casación frente a una sentencia que estimó en parte la demanda interpuesta por un empresario persona física frente a la Resolución de la Dirección General de Inspección y de Trabajo y de Seguridad Social, para fijar el importe de la misma en 15.000 euros y no en los 25.000 euros propuestos en el acta de infracción, la **STS 03-04-2018 (Rec. 37/2017) [ECLI:ES:TS:2018:1673]**, siguiendo jurisprudencia anterior, y en particular, lo dispuesto en la **STS 30-05-2017 (Rec. 144/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2738]**, entiende que no procede recurso de casación de

conformidad con lo dispuesto en el art. 2 s) LRJS, puesto que la cuantía es inferior a los 150.000 euros.

## **6.-INCAPACIDAD TEMPORAL**

Ante la cuestión de si es ajustada a derecho al decisión de la Mutua de extinguir la prestación de incapacidad temporal, por no haber acudido el trabajador al reconocimiento médico para el que había sido citado, la **STS 09-05-2018 (Rec. 2840/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2004]**, confirma la sentencia de suplicación que confirmando la de instancia desestimó la demanda presentada por el actor que entendía que no estaba injustificada la incomparecencia teniendo en cuenta que el actor recibió el aviso de correos de remisión de burofax el día 12-08-2015, y no comparece en la oficina de correos hasta el 10-09-2015 sin que concurra ninguna causa.

## **7.-INCAPACIDAD PERMANENTE**

### *7.1.-Gran invalidez*

#### 7.1.1.-Incompatibilidad entre pensiones del RETA y RGSS

. Ante la cuestión de si es compatible el reconocimiento en situación de gran invalidez en el RETA y RGSS cuando han existido cotizaciones distintas, la **STS 21-02-2018 (Rec. 1498/2016) [ECLI:ES:TS:2018:741]**, tras recordar que son compatibles las prestaciones generadas en regímenes distintos, señala que la gran invalidez lleva consigo el reconocimiento de un complemento económico que no forma parte propiamente de la pensión, por lo que no puede percibirse doblemente sino que deberá optarse por la que resulte más beneficiosa para el trabajador, manteniéndose la pensión de IPA del régimen por el que no se opta.

#### 7.1.2.-Deficiencias visuales

Ante la cuestión de si procede el reconocimiento en situación de gran invalidez por deficiencias visuales, la **STS 08-03-2018 (Rec. 1442/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1357]**, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, aplicando el Reglamento para la aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956., cuyo art. 42, en redacción dada por Decreto 1328/1963, de 5 de junio, contemplaba la ceguera bilateral como susceptible de gran invalidez, y la doctrina de la propia Sala 4ª que entendió que la ceguera o situaciones asimiladas a la ceguera suponían el reconocimiento en situación de gran invalidez, lo que equivale a una visión con corrección por debajo de una décima en ambos ojos, o la pérdida prácticamente completa de visión de un ojo y la agudeza ligeramente inferior a una décima del otro. Argumenta la Sala 4ª que cuando la agudeza visual alcanza dicho umbral sin concurrir ninguna otra circunstancia como la reducción del campo visual, se entiende que la visión subsistente permite realizar los actos esenciales de la vida sin necesidad de la ayuda de tercera persona, solución alcanzada conforme a una interpretación que da una respuesta justa al concreto problema planteado atendiendo a criterios lógicos y respetuosos con los principios, derechos y valores constitucionalmente

en juego. Como en el supuesto no se cumple dicho parámetro, no procede el reconocimiento en situación de gran invalidez.

### *7.2.-Incapacidad permanente absoluta*

#### *7.2.1.-Fecha de efectos*

La **STS 15-03-2018 (Rec. 2803/2015) [ECLI:ES:TS:2018.1128]**, desestima el último motivo en que se alegaba que la fecha de la incapacidad permanente debe fijarse en fecha distinta a la que se estableció por sentencia firme, lo que determinaría cuál es el acuerdo aplicable, por entender que no erró la sentencia de suplicación cuando siguiendo lo dispuesto en sentencia firme que fijó la fecha de efectos de la incapacidad permanente, aplica el acuerdo que estaba en vigor en dicha fecha.

Por su parte, la **STS 15-02-2018 (Rec. 1936/2016) [ECLI:ES:TS:2018:663]**, sigue lo dispuesto en las SSTs 23-07-2015 (Rec. 2034/2014) [ECLI:ES:TS:2015:4358] y STS 21-07-2016 (Rec. 3585/2014) [ECLI:ES:TS:2016:2237], y fija la fecha de efectos de una incapacidad permanente absoluta reconocida en el RETA, en el dictamen del EVI, y no en la fecha de baja en el RETA que había fijado la entidad gestora, por entender que puesto que la actora no procedía de una situación de incapacidad temporal, ante la falta de reconocimiento en vía administrativa de la situación de incapacidad permanente, es lógico que no se diera de baja en el RETA.

#### *7.2.2.-Base reguladora*

La **STS 25-04-2018 (Rec. 2322/2016)**, entiende que la situación de incapacidad permanente absoluta, supone que el demandante ostenta el derecho a que se le reconozca la prestación económica correspondientes a ese momento computando cotizaciones realizadas durante el periodo en que la situación de invalidez no se mantuvo porque se somete a una nueva valoración del estado del trabajador, por lo que si hay que partir de un momento distinto para calificar el estado del inválido y no existe norma que determine que las cotizaciones realizadas durante la suspensión de la pensión no tengan efecto alguno sobre la pensión suspendida, no se puede negar esa mejora.

### *7.3.-Incapacidad permanente total*

#### *7.3.1.-Reconocimiento del derecho*

La **STS 28-09-2017 (Rec. 3978/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3677]**, ante la solicitud de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total de un taxista al que no se le renovó el permiso de conducir como consecuencia de sus dolencias, y la denegación por sentencia de instancia pero el reconocimiento de dicho grado incapacitante en suplicación, como consecuencia, precisamente, de dicha no renovación, revoca la sentencia de suplicación para desestimar la demanda, por entender, entre otros argumentos, que la pérdida o revocación administrativa del permiso o licencia habilitante de la profesión de conductor no conlleva el reconocimiento automático en situación de incapacidad permanente total, sino que corresponde al INSS determinar, a la luz de las dolencias que presenta la parte actora, si el actor está incapacitado o no.

### 7.3.2.-Ejecución de sentencia: descuentos por estar el trabajador de alta en el RETA

Ante la cuestión de si en ejecución de sentencia se puede descontar de una pensión de incapacidad permanente las cantidades correspondientes al tiempo en que el trabajador ha estado de alta en el RETA en actividad incompatible, la **STS 20-06-2017 (Rec. 3743/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2625]**, siguiendo lo dispuesto en la STS 18-09-2013 (Rec. 3101/2012) [ECLI:ES:TS:2013:4802], que a su vez siguió otras anteriores, confirma la sentencia de suplicación, entendiéndose que una vez que se declara la firmeza de la sentencia, sin que se alegase durante la tramitación del proceso ninguna circunstancia impeditiva, dicha sentencia constituye un título ejecutivo inmodificable, que conforme al art. 241.1 LRJS, debe llevarse a cabo en los términos establecidos en el mismo.

### 7.4.-Indemnizaciones convencionales

La **STS 06-06-2017 (Rec. 2704/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2682]** casa y anula dicha sentencia y reconoce la indemnización convencional solicitada, por entender que el art. 20 del Convenio colectivo de Tranvías de La Coruña no hace referencia a la contingencia, puesto que lo único que exige es la baja en la empresa, lo que acontece en el supuesto.

Ante la cuestión de si es compatible la percepción del “premio de vinculación” que reconoce el art. 35 del Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife, al cesar en la empresa, con la mejora de seguridad social contemplada en el art. 47 del mismo convenio para el supuesto del trabajador que fallece o es declarado en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, mientras está vigente la relación laboral, la **STS 20-03-2018 (Rec. 1069/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1358]**, confirma la sentencia de suplicación que reconoció el derecho de los herederos del trabajador a percibir ambos, por entender que la dicción literal de ambos preceptos se deduce que no existe incompatibilidad en el devengo conjunto de ambas cantidades.

La **STS 20-07-2017 (Rec. 3748/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3226]**, resuelve la cuestión de si debe considerarse incluido en la póliza de seguro un trabajador cuando a la fecha de comienzo de la incapacidad temporal que derivó en la incapacidad permanente se encontraba incluido en la póliza, pero no así en la fecha del dictamen del EVI, en el sentido de que la fecha en que se determina el hecho causante de la obligación de la empresa de abonar una cantidad pactada mediante un seguro contratado, se produce con la declaración de incapacidad del INSS salvo supuestos excepcionales en los cuales las secuelas padecidas en el momento de reconocimiento de la incapacidad temporal evidencien sin ningún género de dudas que el trabajador se verá afectado por una incapacidad permanente, que es lo que acontece en el supuesto, por lo que debe considerarse responsable la aseguradora.

## 8.-GRADO DE DISCAPACIDAD

### 8.1.-Revisión de grado



Ante la cuestión de si se puede modificar el grado de incapacidad permanente reconocido en instancia, por la Sala de suplicación, sin modificar los hechos probados, la **STS 12-12-2017 (Rec. 3279/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4733]**, siguiendo lo dispuesto en reiteradísima jurisprudencia, determina que el grado de incapacidad permanente es una cuestión jurídica, y aunque no se modifiquen los hechos probados de la resolución de instancia, la Sala de suplicación puede examinar si es correcta o no la calificación efectuada en instancia.

#### *8.2.-Fecha de efectos*

La **STS 15-11-2017 (Rec. 2891/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4234]**, resuelve la cuestión de cuál es la fecha a la que se retrotraen los efectos del reconocimiento de un determinado grado de discapacidad, si a la fecha en que se diagnosticó la enfermedad o bien en la fecha en que se produjo la solicitud de reconocimiento del grado de discapacidad, en el sentido de que deben retrotraerse los efectos a la fecha de solicitud.

#### *8.3.-Acumulación de acciones de grado y contingencia*

Procede acumular dos acciones encaminadas, la primera, a obtener la declaración de un grado de incapacidad permanente, y la segunda, el carácter de accidente de trabajo de tal contingencia, requiriendo esta última dilucidar si el trabajador ha sido parte en una relación laboral con un tercero. Así ha fallado la **STS 24-01-2018 (Rec. 593/2016) [ECLI:ES:TS:2018:449]**, en un supuesto en que el actor pretendía la declaración en situación de incapacidad permanente absoluta, o subsidiariamente total cualificada, derivada de accidente de trabajo, que le había sido desestimada en vía administrativa al no acreditar cotizaciones suficientes al RETA, alegando que debería haber estado encuadrado en el RGSS con fundamento en su condición de trabajador por cuenta ajena frente a la empresa contra la que dirige la demanda. Entiende la Sala 4ª que no se merma de garantías a la empresa codemandada respecto de una pretensión de calificación de incapacidad permanente y posibles responsabilidades derivadas, ya que la empresa dispondrá de un procedimiento con todas las garantías (juicio oral).

#### *8.4.-Incongruencia omisiva*

Reiterando abundante jurisprudencia anterior, las **STS 11-10-2017 (Rec. 3788/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4010]** **STS 31-01-2018 (Rec. 3711/2015) [ECLI:ES:TS:2018:598]**, y **STS 20-03-2018 (Rec. 1822/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1241]** declaran la nulidad de actuaciones y las devuelve al TSJ para que resuelva sobre la cuestión subsidiaria, por apreciar incongruencia omisiva cuando se plantea una reclamación principal de reconocimiento de grado de incapacidad permanente y una subsidiaria de reconocimiento de un grado inferior, y sin embargo sólo se resuelve sobre una de ellas sin pronunciarse sobre el grado de incapacidad permanente inferior solicitado de forma subsidiaria

### **9.-PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE MENOR AFECTADO PRO CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE**

La **STS (Pleno) 05-02-2018 (Rec. 680/2016) [ECLI:ES:TS:2018:559]** no entra a conocer de dicha cuestión por no apreciar contradicción con la sentencia invocada de contraste, puesto que en la recurrida consta que el menor se encuentra escolarizado y una profesora se ofreció a efectuar el suministro de insulina y la realización de los controles de glucemia, circunstancias que no constan en la sentencia de contraste. Añade la Sala que dichas circunstancias diferenciales son relevantes, ya que el derecho a la prestación se vincula a la circunstancia de necesidad de cuidado directo, continuado y permanente del menor, sin que exista un automatismo en la prestación por el hecho de que la enfermedad esté listada en el Anexo del RD 114/2011, de 29 de julio. La sentencia contiene Voto particular discrepante.

## **10.-ASISTENCIA SANITARIA**

Ante la cuestión de si los servicios públicos de sanidad deben reintegrar los gastos de la asistencia sanitaria prestados por las mutuas cuando éstas consideran, a posteriori, que el origen de la contingencia no es profesional, la **STS 21-03-2018 (Rec. 1732/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1347]**, siguiendo lo dispuesto en la STS 18-12-2007 (Rec. 3793/2006) [ECLI:ES:TS:2007:8990], confirma la sentencia de suplicación, por entender que conforme a lo dispuesto en el art. 11 RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre, RD 2609/1982, de 24 de septiembre, y art. 1.1 a) RD 1300/1995, de 21 de julio, el INSS tiene la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer las prestaciones conforme a una determinada contingencia, lo que no se modifica por el art. 5 OM 13-10-1967, y aunque el RD 428/2004, de 12 de marzo, reforma el Reglamento de Colaboración de las Mutuas, y atribuye a éstas el derecho a la prestación, ello se hace “previa determinación de la contingencia causante”, que corresponde, siempre, al INSS.

## **11.-SOVI**

La **STS 08-11-2017 (Rec. 4178/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4021]** confirma la sentencia recurrida por entender que el art. 100 de la Ordenanza Laboral de la Industria Textil, fijaba en el 6% el valor de la retribución para la actividad normal, respecto de la paga de beneficios, lo que suponía en el caso 27,96 días más de cotización, siendo reiterada jurisprudencia, que deben tenerse en cuenta los días cuotas en las pagas sectoriales a efectos de determinar los días de cotización que darían derecho al SOVI, por lo que aunque dicha jurisprudencia refería a la Orden Ministerial de 15-06-1953, ello debe ser de aplicación igualmente en los supuestos en que se alude a la Orden Ministerial de 21-09-1965.

Además, reiterando antigua jurisprudencia, la Sala 4ª casa y anula la sentencia de suplicación que reconoció el derecho de la actora a una pensión SOVI, teniendo en cuenta que si bien no acreditaba los 1800 días exigidos para acceder a la misma, sí los tendría teniendo en cuenta los días asimilados por parto previstos en la DA 44 LGSS, puesto que tuvo dos hijos en 1971 y 1974. Reitera la **STS 07-07-2017 (Rec. 4240/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3160]**, que los beneficios de la DA 44ª LGSS, únicamente podrán aplicarse respecto de los alumbramientos anteriores al 01-01-1967 (fecha en que expira la vigencia del SOVI), pero no respecto de los posteriores.

## 12.-DESEMPLEO

### 12.1.-Aportaciones al Servicio Público de Empleo en supuestos de despidos colectivos

La **STS 31-10-2017 (Rec. 235/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4233]**, deniega la prescripción y caducidad de la obligación de efectuar aportaciones económicas por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años, por entender, entre otros argumentos: 1) Que el plazo de prescripción es de 4 años, ya que la naturaleza jurídica de dichas aportaciones es la de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, a los que resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuyo art. 15 establece un plazo de prescripción de 4 años siguientes al día en que pudo efectuarse la liquidación, por tratarse de un derecho de la Hacienda Pública, sin que pueda deducirse de la remisión al “año” que se realiza en el art. 7 e) RD 1484/2014, de 29 de octubre, que ello se refiera a un plazo de prescripción; y 2) Que no puede apreciarse caducidad del expediente por haberse dictado las resoluciones impugnadas varios años después de los periodos de liquidación a los que se refieren.

### 12.2.-Nivel contributivo

#### 12.2.1.-Desempleo parcial

##### 12.2.1.1.-Porcentaje de parcialidad

La trabajadora solicitó prestación por desempleo tras la realización de trabajos a tiempo parcial (50% de la jornada) y como consecuencia de la extinción de la relación laboral por causas objetivas, que le fue reconocida si bien con un porcentaje de parcialidad del 50%. Presenta demanda para que se elimine el porcentaje de parcialidad, que fue desestimada en instancia y suplicación. La **STS 16-01-2018 (Rec. 370/2017) [ECLI:ES:TS:2018:284]**, confirma la sentencia de suplicación que no eliminó el porcentaje de parcialidad, por entender que es de aplicación lo dispuesto en la STS 27-12-2016 (Rec. 3132/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5745].

Un supuesto similar es el que resuelve la **STS 22-03-2018 (Rec. 3068/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1445]**.

##### 12.2.1.2.-Extinción por compatibilización con trabajos a tiempo parcial

La Sala 4ª, 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 15-11-2017 (Rec. 663/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4246]**, 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], entre otras, 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

#### 12.2.2.-Mantenimiento, suspensión o extinción por salida del territorio sin comunicación a la entidad gestora

Reiterando la copiosa jurisprudencia iniciada por la STS 18-01-2012 (Rec. 4325/2011) [ECLI:ES:TS:2012:7817], y mantenida en STS 29-06-2015 (Rec. 2896/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3678] y otras muchas en relación a la aplicación de la LISOS, la **STS 16-03-2018 (Rec. 398/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1364]**, mantiene que la salida al extranjero no autorizada, de un perceptor de prestaciones o subsidio por desempleo, se ha de regir, cuando la situación sea anterior a la entrada en vigor del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, por los arts. 212 f) y g) y 213.1 g) LGSS, y no por los arts. 25 y 47 LISOS, por lo que la salida del beneficiario por más de 15 días y menos de 90 días, es causa de suspensión durante dicho periodo pero no de extinción, debiendo casarse y anularse la sentencia de suplicación que extinguió la prestación.

Se insiste en dicha solución en la **STS 04-10-2017 (Rec. 3995/2016) [ECLI:ES:TS:2017:3849]**. Por su parte, la **STS 27-09-2017 (Rec. 2242/2016) [ECLI:ES:TS:2017:3667]**, resuelve la cuestión de si la reforma de los art. 212 y 213 LGSS operada por RD 11/2013, de 2 de agosto, en vigor desde el 04-08-2012, en los términos que fueron recogidos en los arts. 271 y 272 LGSS según el texto aprobado por el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, permiten aplicar la anterior jurisprudencia en relación a que la salida del territorio español sin comunicación a la entidad gestora de perceptor de prestaciones o subsidios por desempleo, por periodo superior a 15 días pero inferior a 90 días, supone suspensión y no extinción de dicha prestación/subsidio. La respuesta que da la Sala 4ª es que dicha jurisprudencia ya no es de aplicación, con base en : 1) La nueva redacción del art. 212.1 e) LGSS y art. 213.1 e) LGSS, y 2) La propia exposición de motivos del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, indica que se aclaran los supuestos de suspensión/extinción del subsidio en la intención de que no se aplique la jurisprudencia anterior de la Sala.

#### 12.2.3.-Reposición de prestaciones en supuestos de ERTES seguidos de EREs

Siguiendo jurisprudencia anterior, la **STS 14-12-2017 (Rec. 1560/2016) [ECLI:TS:2015:4355]** determina que no procede reponer la totalidad de las prestaciones por desempleo consumidas por ERTES anteriores a la extinción de la relación laboral acontecida cuando estaba en vigor el RD Ley 1/2013, de 25 de enero, sino solamente los días que se hayan consumido conforme a la norma aplicable en el momento de la extinción, por cuanto se está en presencia de regulaciones sucesivas y no concurrentes, de forma que la regla general aplicable es la de *tempus regit actum*, teniendo la reposición de prestaciones la limitación temporal que cada norma especifica, en el supuesto, el RD Ley 17/2013, de 27 de diciembre que determina que sólo pueden ser objeto de reposición "las suspensiones o reducciones de jornada [que] se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive", sin que haya razón alguna legal para extender el beneficio a precedentes periodos de prestaciones ya

percibidas y a las que en su momento alcanzaron otras disposiciones cuya vigencia ha concluido.

Por su parte, la **STS 10-10-2017 (Rec. 4133/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3859]**, igualmente sistematizando la jurisprudencia anterior sobre la cuestión, y la evolución normativa sobre la reposición de prestaciones por desempleo, entiende que, conforme a la normativa aplicable al momento vigente en el momento en que surge la situación legal de desempleo, en el supuesto la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, el hecho de que exista una resolución judicial declarando la improcedencia del despido, no implica que no se puedan aplicar las reglas sobre reposición del desempleo, ya que la calificación de la improcedencia de un despido supone que se tiene causa para la reposición de prestaciones.

Además, la Sala 4ª resuelve la cuestión de si procede o no reponer prestaciones por desempleo consumidas durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo o de reducción de jornada de carácter colectivo, en el caso de que posteriormente se produzca la extinción de la relación laboral por causas objetivas, pero en empresa distinta a la que se incorporó el trabajador tras la suspensión. La **STS 28-12-2017 (Rec. 1573/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4861]**, confirma la sentencia de suplicación que a su vez confirmó la de instancia que por otro lado había desestimado la demanda, por entender que ello no procede.

#### 12.2.4.-Cálculo de la base reguladora

Las **SSTS 24-01-2018 (Rec. 1552/2017) [ECLI:ES:TS:2018:552]** y **30-01-2018 (Rec. 1492/2016) [ECLI:ES:TS:2018:465]**, resuelven una cuestión hasta entonces no abordada por la Sala 4ª –por apreciar incompetencia funcional por razón de la cuantía, rectificadas como consecuencia de dichas sentencias-, en relación a cómo debe calcularse la base reguladora de la prestación de desempleo, en particular, cuando el salario se cobra y se cotiza por meses de 30 días con independencia del número real de días que éstos tengan. La solución que alcanza es que de una interpretación lógico sistemática de los arts. 211.1 párrafo primero y 210.1 LGSS fijándose la cuantía de la prestación en función del número de “días” cotizados, entendiendo por tal los días naturales –puesto que se habla del “promedio” de la base por la que se haya cotizado “los últimos 180 días”, lo que excluye el cómputo de los días inhábiles-, la prestación debe calcularse conforme a los 30 días.

Por su parte, la **STS 25-04-2018 (Rec. 1297/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2134]**, estima que conforme a lo dispuesto en la STS 30-11-2016 (Rec. 2018/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5630], las bases de cotización al Régimen General de la Seguridad Social que tienen que computarse a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, debe tomar como referencia los salarios establecidos en los Convenios Colectivos para el sector de la Industria Siderometalúrgica de Guipúzcoa, con las consecuencias correspondientes en orden a la cuantía de las prestaciones de desempleo indebidamente percibidas.

#### 12.3.-Nivel asistencial

##### 12.3.1.-Revisión de oficio del reconocimiento del derecho

La **STS 10-10-2017 (Rec. 4076/2016) [ECLI:ES:TS:2017:3842]**, ante la cuestión de si la revisión de oficio por el SPEE de una resolución de

reconocimiento del derecho a un subsidio por desempleo para proceder a la extinción y reclamación de prestaciones indebidas por superación del límite de carencia de rentas, tuvo que llevarse a efectos dentro del plazo de un año desde la concesión del subsidio, o si debe iniciarse un procedimiento judicial una vez superado dicho plazo, resuelve que conforme a lo dispuesto en el art. 146.1 LRJS, relativo a la revisión de actos declarativos de derechos, y las excepciones previstas en el art. 146.2 LRJS, la entidad gestora puede revocar un subsidio por desempleo por detectar que se ha obtenido sin suministrar datos exactos, ya que dicho supuesto se subsume en la excepción legal que permite a la entidad gestora revisar sus propios actos sin necesidad de acudir a los Tribunales o sujetarse al plazo de un año desde que se hubiera dictado la resolución reconociendo el derecho.

#### 12.3.2.-Determinación de la existencia de cargas familiares

Para determinar cómo deben computarse las cargas familiares a efectos del percibo del subsidio por desempleo por cargas familiares, teniendo en cuenta que el solicitante carece de rentas propias de cualquier naturaleza que superen el 75% del salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extra, y si debe incluirse como divisor a la persona que aporta los ingresos (en el caso el cónyuge), y en particular, si debe excluirse como miembro de la unidad familiar a la esposa del demandante o debe incluirse, la Sala 4ª, en **STS 13-07-2017 (Rec. 3634/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3139]**, reitera lo dispuesto en abundante jurisprudencia, en el sentido de que cuando el solicitante carece de rentas propias de cualquier naturaleza que superan el 75% del salario mínimo interprofesional, no tiene derecho al subsidio, y sólo cuando no se superan dichas rentas, es cuando pueden acreditarse cargas familiares y como en el presente supuesto no se superan dichos ingresos, deben tenerse en cuenta como divisor, a efectos de la determinación de rentas, tanto la esposa como los dos hijos del actor.

#### 12.3.3.-Carencia de rentas

La **STS (Pleno) 29-09-2017 (Rec. 3760/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3704]**, resuelve la cuestión planteada en casación para la unificación de doctrina señalando que si a la fecha de reconocimiento del subsidio no debían computarse los ingresos brutos, no puede luego cambiarse de criterio con la entrada en vigor de una reforma legal, en el sentido de que ello es así.

#### 12.3.4.-Extinción

La **STS 06-02-2018 (Rec. 3104/2015) [ECLI:ES:TS:2018:584]**, aplica lo dispuesto en la STS (Pleno) 19-02-2016 (Rec. 3035/2014) [ECLI:ES:TS:2016:894] y otras posteriores, en que se determinó que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 25 y 47 LISOS, procede la extinción del subsidio cuando no se comunica a la entidad gestora la existencia de circunstancias que puedan ser determinantes de la suspensión/extinción del derecho.

#### 12.4.-Competencia funcional

#### 12.4.1.-Impugnación de resolución administrativa recaída en ejercicio de potestad sancionadora de la LISOS

Tras levantarse acta de infracción al trabajador por una falta muy grave consistente en compatibilizar prestación por desempleo con actividad por cuenta propia como agente, incardinable en los arts. 221 LGSS y 26.2 LISOS, se le extinguió la prestación por desempleo que tenía reconocida. Tras presentar demanda impugnando la sanción, en instancia se consideró ajustada a derecho la misma. La Sala de suplicación examina de oficio su propia competencia objetiva y llega a la conclusión de que no cabía recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia, puesto que en materia de impugnación de sanciones, el art. 191.3 g) LRJS impide el acceso al recurso cuando la cuantía no alcanza los 18000 euros, teniendo en cuenta que tratándose de una sanción en materia de Seguridad social, debe tenerse en cuenta la cuantía del pleito en cómputo anual, sin actualizaciones, recargos o intereses. La **STS (Pleno) 02-11-2017 (Rec. 66/2016)** da acceso al recurso de suplicación –declarando la nulidad de la sentencia de suplicación para que resuelva sobre el fondo de la cuestión-, por entender que el límite aplicable para el acceso a suplicación en los supuestos en los que se impugna ante la Jurisdicción Social una resolución administrativa recaída en el ejercicio de la potestad sancionadora de la LISOS, es el del art. 191.2 g) LRJS, permitiéndose el acceso a suplicación cuando la cuantía alcance los 3000 euros. Añade la Sala que cuando el legislador quiere referirse a actos en materia estricta de Seguridad Social, lo hace expresamente –arts. 2 s) y 3 f) LRJS-, de forma que cuando lo que se impugnan son sanciones tipificadas en la LISOS, que conllevan una extinción de un derecho, deben tenerse en cuenta las reglas de acceso al recurso fijadas para cuestiones de Seguridad Social.

Siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, la **STS 28-02-2018 (Rec. 1554/2016)**, insiste en que en materia de impugnación de sanciones de Seguridad Social, el acceso al recurso viene determinado por la cuantía general de 3.000 euros, calculada de la manera prevista en el art. 192.4 LRJS, y referida al contenido económico del acto sancionador que se pretende anular, y ello conforme al siguiente argumento: 1) El límite para el acceso a suplicación en que se impugna una resolución administrativa recaída en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral, es el del art. 191.3 g) LRJS; 2) Que de una interpretación literal del art. 191 g) LRJS se deduce que la limitación de que “contra las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral no comprendidos en los apartados anteriores, cuando no sean susceptibles e valoración económica o cuando la cuantía litigiosa exceda de dieciocho mil euros”, refiere, exclusivamente, a la impugnación de actos administrativos en materia laboral, sin referir en ningún momento a prestaciones de Seguridad Social; 3) Que no se trata de un olvido del legislador, que cuando quiere referirse a los actos de Seguridad Social, así lo ha hecho; 4) Que alcanzar una conclusión contraria llevaría a la irrecurribilidad de todas las sanciones de extinción de prestaciones por desempleo que no son de elevada cuantía.

Muy interesante es igualmente la cuestión que se resuelve en la **STS (Pleno) 11-05-2018 (Rec. 1800/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2148]**. Por resolución del SPEE se reconoció al demandante subsidio por desempleo que percibió hasta su agotamiento, constando probado que el beneficiario entró en España por el Puerto de Motril, procedente de Marruecos, el 25-09-2013. La entidad gestora sancionó al demandante con la extinción del derecho al subsidio por

comisión de una falta muy grave del art. 25.3 LISOS, consistente en no haber comunicado una situación que habría supuesto la suspensión o extinción del derecho, reclamándole prestaciones indebidas por importe de 1136 euros. La Sala 4ª resuelve la cuestión relativa a si es recurrible la sentencia de instancia, y falla siguiendo lo dispuesto en las **SSTS (Pleno) 02-11-2017 (Rec. 66/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4053]** y **28-02-2018 (Rec. 1554/2017) [ECLI:ES:TS:2018:890]**, y concluyendo que la pretensión de que se deje sin efecto la sanción de extinción del subsidio por desempleo acordada por el SPEE, tiene un contenido económico específico que aparece en la resolución sancionadora, en el supuesto, 1136 euros, por lo que no es recurrible la sentencia de instancia en suplicación puesto que no alcanza la cuantía de 3000 euros prevista en el art. 191.2 g) LRJS, ya que el supuesto de extinción de una prestación no es equiparable a los casos en que el art. 191.3 c) LRJS permite el acceso al recurso de suplicación por versar la materia sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones.

#### 12.4.2.-Reclamación de prestaciones indebidas

Al trabajador, que tenía reconocido el derecho a la prestación por desempleo, como consecuencia de que prestó servicios en un bar titular de su esposa, se le extinguió la prestación por desempleo y se le reclamaron las cantidades indebidamente percibidas, presentando demanda el actor 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.

Por su parte, la **STS 13-03-2018 (Rec. 2161/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1209]**, declara la nulidad de actuaciones por entender que frente a la sentencia de instancia no procedía recurso de suplicación, puesto que el objeto del proceso es la impugnación de una sanción de suspensión de la prestación por desempleo y consiguiente pérdida de la prestación por un mes, por la comisión de una falta leve, puesto que lo reclamado no alcanza los 3000 euros exigidos para acceder al recurso de suplicación conforme al art. 191.2 g) LRJS

#### 12.4.3.-Reclamación de diferencias de base reguladora

La Sala 4ª casa y anula la sentencia de suplicación que a su vez confirmó la de instancia que resolvió sobre la reclamación de una diferencia de 1,81 euros al día en la determinación de 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 éstos tengan, por entender la **STS 11-10-2017 (Rec. 513/2016) [ECLI:ES:TS:2017:3854]**, que ni hay cuantía ni se puede apreciar la existencia de afectación general.

Dicho criterio se cambia como consecuencia de las **SSTS 24-01-2018 (Rec. 1552/2017) [ECLI:ES:TS:2018:552]** y **30-01-2018 (Rec. 1492/2016) [ECLI:ES:TS:2018:465]**. La Sala 4ª recuerda que la cuestión del acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía o modalidad procesal puede ser examinada de oficio sin necesidad de que exista contraste con la sentencia que



se invoca en casación para la unificación de doctrina –arts. 238.1 y 240.1 LOPJ. Y puesto que la Sala 4ª tiene constancia de que ha existido una elevada litigiosidad sobre la materia, y dado que la afectación general es un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación depende no sólo de que en la interpretación de la norma exista un interés general por estar interesados un gran número de trabajadores o de beneficiarios de prestaciones sociales, sino también que su aplicación genere la existencia de una importante conflictividad real y no meramente potencial, entiende que la afectación general existe y por lo tanto procede recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia. En cuanto al fondo del asunto, señala que de una interpretación lógico sistemática de los arts. 211.1 párrafo primero y 210.1 LGSS en que se determinó que “la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”-, fijándose la cuantía de la prestación en función del número de “días” cotizados, entendiendo por tal los días naturales –puesto que se habla del “promedio” de la base por la que se haya cotizado “los últimos 180 días”, lo que excluye el cómputo de los días inhábiles-, la prestación debe calcularse conforme a los 30 días, desestimándose de este modo, la demanda.

Ante la cuestión de cómo se determina la cuantía litigiosa a efectos del acceso al recurso de suplicación, en un proceso sobre desempleo cuyo objeto exclusivo lo constituye la fijación del importe de la base reguladora, y en particular si dicha cuantía viene constituida por el importe de la diferencia, en cómputo anual, entre la base reguladora reclamada y la reconocida en vía administrativa, o es posible tener en cuenta también la diferencia derivada de la incidencia de la base reguladora reclamada en el cálculo de la futura pensión de jubilación, la **STS 14-02-0218 (Rec. 784/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1701** confirma la sentencia de suplicación que inadmitió el recurso de suplicación por razón de la cuantía, por entender que conforme al art. 192 LRJS, para dirimir si se llega a los 3.000 euros para acceder a suplicación -art. 191.2 g) LRJS-, en materia de prestaciones de Seguridad Social, hay que estar a las reglas fijadas en el art. 192.4 LRJS, que contiene una “clara y tajante” prescripción sobre cómo haya de determinarse la cuantía litigiosa en supuestos de prestaciones de Seguridad Social, de forma que al utilizarse el término “exclusivamente”, habrá que estar a las diferencias que resulten de restar el importe de la prestación reconocida en vía administrativa de la postulada en la demanda en cómputo anual, sin que sea posible tener en cuenta diferencias distintas.

#### 12.4.4.-Cuando se discute cuantía máxima prestación por realización de trabajos a tiempo parcial

La **STS 15-03-2018 (Rec. 1663/2018)**, declara la nulidad de actuaciones por entender que no procedía recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia en que se discutía cuál era la cuantía máxima de la prestación por desempleo total cuando durante los últimos 180 días cotizados se ha realizado un trabajo a tiempo parcial, y en particular, si conforme a lo dispuesto en el art. 211.3.3 LGSS el límite debe calcularse aplicando el correspondiente índice de parcialidad (sentencia de contraste), o no (sentencia recurrida).

#### 12.4.5.-Cuando se discute percibo prestación desde fecha anterior a la reconocida

La **STS 12-04-2018 (Rec. 2821/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1462]** declara la nulidad de la sentencia de suplicación y confirma la sentencia de instancia, por entender que la cuestión afecta a la competencia funcional, sin que respecto de ellas sea necesario examinar la contradicción con la sentencia que se invoca de contraste, ya que lo que se solicita en realidad es la prestación por desempleo correspondiente a 20 días, que asciende a 583,04 euros, cuantía que no alcanza los 3000 euros que justificarían el acceso al recurso de suplicación conforme a lo dispuesto en el art. 191.2 g) LRJS.

### *12.5.-Prescripción*

Ante la cuestión de cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de un año para reclamar al trabajador que cobró indebidamente prestaciones por desempleo por simultanearlas con el cobro de salarios de trámite que la empresa se ha visto obligada a devolver al serles reclamados por el SPEE, la **STS 12-01-2018 (Rec. 4242/2015) [ECLI:ES:TS:2018:376]**, entiende que el dies a quo del cómputo del plazo comienza a correr cuando la acción pudo ejercitarse, es decir, cuando se reintegró al SPEE la prestación indebida que la empresa reclama, ya que la empresa no puede ejercitar su derecho de repetición mientras no ha pagado el otro, por lo que el derecho no nace, conforme al art. 1969 CC, mientras no abona al SPEE la prestación que indebidamente cobró su empleado, pues antes no pudo nacer su derecho a repetir lo pagado.

Por su parte, la **STS 08-03-2018 (Rec. 1485/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1000]** aborda un supuesto en que el trabajador fue despedido declarándose por sentencia nulo el despido, procediendo la empresa a la readmisión, abonándose en trámite de ejecución de sentencia salarios de tramitación, por lo que el SPEE declaró la responsabilidad empresarial por las prestaciones de desempleo abonadas al trabajador, reclamando la empresa al trabajador el pago de las prestaciones que tuvo que reintegrar la empresa al SPEE correspondientes a la cantidad abonada por salarios de tramitación en periodo coincidente con la prestación por desempleo. Ante la cuestión de cuál es el plazo de prescripción para que el empresario reclame dicha cantidad al trabajador, si la aplicable a los supuestos de reclamación de prestaciones por desempleo (4 años conforme al art. 45 LGSS), o la correspondiente al reintegro de los salarios de tramitación (1 año del art. 59.2 ET), y cuál es el dies a quo del cómputo del plazo, si la fecha en que se abonó por parte de la empresa a la Administración la prestación por desempleo, o la fecha en que se abonó al trabajador los salarios de tramitación, la Sala 4ª determina: 1) Que el plazo de prescripción es el de 4 años del art. 45 LGSS, siguiendo lo dispuesto en la STS 29-03-2016 (Rec. 2682/2016) [ECLI:ES:TS:2016:4801], y 2) Que el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción en estos casos, coincide con aquel en el que se reintegra al SPEE las prestaciones cobradas indebidamente, pues antes no nació el derecho de reembolso de lo pagado por el otro, conforme a lo dispuesto en la STS 12-01-2018 (Rec. 4242/2015) [ECLI:ES:TS:2018:376].

### *12.6.-Caducidad*

La Sala 4ª en **STS (Pleno) 22-06-2017 (Rec. 3/2017) [ECLI:ES:TS:2017:3192]**, establece que si bien existe un silencio legislativo en relación al plazo de caducidad en relación con las demandas presentadas de

oficio, debe coordinarse dicho plazo con el de la acción de la que trae causa, de forma que el plazo de caducidad será el de 20 días, fijando como dies a quo “aquel en que se notifica a la autoridad laboral” la petición del SPEE, lo que en el supuesto analizado se supera con creces.

### *12.7.-Incongruencia*

Por sentencia de suplicación, que confirmó la de instancia, se declaró ajustada a derecho la resolución del SPEE que rectificó la base reguladora de la prestación por desempleo reconocida al actor, por existir un incremento indebido de bases de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, reclamándole, además, prestaciones indebidas. Recurre el beneficiario en casación para la unificación de doctrina, alegando incongruencia omisiva, y ello por cuanto en suplicación planteó dos cuestiones relativas a que: 1) Se declarara su derecho a que la base reguladora de la prestación por desempleo se calculara teniendo en cuenta los salarios previstos en el convenio colectivo sectorial aplicable, y 2) Se anulara la sentencia de instancia para que se pronunciara sobre dicha pretensión. La **STS 25-04-2018 (Rec. 1297/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2134]**, estima que existe incongruencia omisiva, por lo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante en su vertiente de derecho a obtener una resolución congruente con la pretensión subsidiaria formulada en el recurso de suplicación en relación a que la base reguladora de la prestación por desempleo se calculara computando los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial aplicable.

## **13.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN**

### **13.1.-Determinación de la carencia de rentas**

Reiterando lo dispuesto en la STS 02-02-2016 (Rec. 2835/2014) [ECLI:ES:TS:2016:4390], la **STS 27-11-2017 (Rec. 468/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4786]**, crea jurisprudencia cuando resuelve la cuestión de si en el cálculo de los ingresos de la unidad familiar, cuya cifra autorice el acceso a la renta activa de inserción, debe excluirse las pagas extra percibidas por cualquiera de los miembros que componen la unidad familiar, o dichas pagas extra deberán computarse para establecer la cifra a comparar con el salario mínimo interprofesional, en el sentido de que deben incluirse éstas, sin que la modificación del art. 215 LGSS operada por el art. 17. siete del RD Ley 30/2012, de 13 de julio, que afecta a los ingresos brutos o netos, tenga influencia en la cuestión examinada.

La **STS 16-01-2018 (Rec. 882/2017)**, interpretando el art. 215.3.2 LGSS , y el art. 7.1 c) RD 625/1985, de 2 de abril , de conformidad con lo dispuesto en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en la que se establece una noción específica de renta comprensiva de los rendimientos presuntos del patrimonio, de forma que si el trabajador es titular de uno o más inmuebles distintos de su vivienda habitual, con los que puede obtener unos ingresos, resuelve que su decisión de no arrendarlos no impide que a efectos del requisito de carencia de rentas se computen como tales las cantidades que se estima podría haber allegado en el supuesto de que los hubiera alquilado, siendo equivalente el término “patrimonio” o la expresión “bienes del patrimonio”, al conjunto de bienes y derechos de contenido económico de los que es titular una persona, entre los que se incluyen

los bienes inmobiliarios, salvo la vivienda habitual, decantándose el legislador por una regla de imputación de rendimientos presuntos distinta de la vigente en el ámbito tributario, de ahí que la forma de cálculo de los rendimientos presuntos, respecto de los bienes inmuebles distintos de la vivienda habitual que no se encuentran arrendados, se computan aplicando a su valor catastral el 100 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente.

### 13.2.-Extinción por salida del territorio sin comunicación a entidad gestora

La **STS 28-12-2017 (Rec. 4130/2015) [ECLI:ES:TS:2017.4862]**, sigue lo dispuesto en las STS (Pleno) 21-04-2015 (Rec. 3266/2013) [ECLI:ES:TS:2015:2114] y otra muchas, en las que se estableció, respecto de la prestación por desempleo, que la salida al extranjero no comunicada de perceptor de prestaciones por desempleo implica la suspensión de la misma si la salida es inferior a 90 días y extinción si la salida es por un plazo superior, salvo que se extinga en aplicación de lo dispuesto en la LISOS, debe ser extensible a los supuestos en que el perceptor de una renta activa de inserción sale al extranjero sin comunicarlo a la entidad gestora.

## 14.-PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD DE AUTÓNOMOS

Respecto de la cuestión relativa a si corresponde a la Mutua abonar la prestación por cese de actividad de trabajadores autónomos cuando en el momento del hecho causante no se reúnen las cotizaciones mínimas exigidas por existir descubiertos, pero se abonan dichas cuotas posteriormente, la **STS 13-02-2018 (Rec. 844/2016) [ECLI:ES:TS:2018:733]**, siguiendo lo dispuesto en la STS 27-10-2015 (Rec. 2663/2014) [ECLI:ES:TS:2015:4754], casa y anula la de suplicación que reconoció la prestación, por entender que para el nacimiento del derecho se exige, conforme al art. 4 Ley 32/2010, de 5 de agosto: 1) Tener cubierto el periodo mínimo de cotización; y 2) Hallarse al corriente de pago, debiendo invitarse al abono de las cuotas cuando a la fecha del cese no se cumpliera dicho requisito pero se tuviera cubierto el periodo mínimo de cotización, siendo el primero de ellos el que origina el derecho a la prestación, y siendo el segundo complementario del primero, de forma que si no se tiene cubierto el periodo mínimo de cotización, no se puede articular el mecanismo de invitación al pago ni las cuotas abonadas pueden ser tenidas en cuenta.

Por su parte, ante un supuesto en que el trabajador, que se encontraba de alta en el RETA y que había percibido subsidio por incapacidad temporal, solicitó a la fecha de cese de la actividad por la que se había dado de alta en el RETA, la prestación por cese de actividad por causas económicas, organizativas o de producción, se plantea la cuestión relativa a si a los efectos de determinar que concurre causa económica que permita el cese de actividad que daría derecho a la prestación, deben tenerse en cuenta, como ingresos, los percibidos por subsidio de incapacidad temporal. La **STS 14-03-2018 (Rec. 3297/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1107]**, considera que no deben tenerse en cuenta dichos ingresos.

## 15.-MATERNIDAD SUBROGADA

Reiterando lo dispuesto en STS (Pleno) 25-10-2016 (Rec. 3818/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5375] y STS (Pleno) 16-11-2016 (Rec. 3146/2014) [ECLI:ES:TS:2016:5283], entre otras muchas, en **SSTS 22-11-2017 (Rec. 1504/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4419], 29-11-2017 (Rec. 1430/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4707], 30-11-2017 (Rec. 4105/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4816], 14-12-2017 (Rec. 2066/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4759], 14-12-2017 (Rec. 2066/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4759], 13-03-2018 (Rec. 2059/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1249] y 22-03-2018 (Rec. 2770/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1242]** se vuelve a reconocer el derecho a la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada, conforme a los mismos argumentos recogidos en aquellas sentencias.

## 16.-RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

La **STS 03-04-2018 (Rec. 762/2017) [ECLI:ES:TS:2018:1715]**, confirma la sentencia recurrida, aplicando la doctrina de la STJUE 19-10-2017 (C-531/2015), en que se determinó que conforme al art. 19 Directiva 2006/54/CE, en caso de que la trabajadora impugne la evaluación de riesgos porque no se haya hecho de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 Directiva 92/85/CE, debe acreditar que la misma no se ajustó a dicha Directiva, y una vez acreditado dicho extremo, se presume la existencia de discriminación, incumbiendo a la parte demandada demostrar que no hubo vulneración del principio de igualdad.

## 17.-VIUDEDAD

### 17.1.-En supuestos de matrimonio

#### 17.1.1.-Ministros de Culto de Iglesias Evangélicas Españolas

La actora, viuda de un Ministro de Culto de la Iglesia Evangélica Española, solicitó pensión de viudedad que se le denegó por no estar el causante en situación de alta o asimilada al alta y carecer de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social. En suplicación se confirmó la sentencia de instancia que reconoció el derecho a la pensión de viudedad. Se interpuso recurso por el Ministerio Fiscal a instancia del INSS, en que se plantea, en síntesis, si procede reconocer el derecho a la pensión de viudedad. Comienza sistematizando la **STS (Pleno) 24-04-2018 (Rec. 538/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1770]** la evolución normativa en relación con la inclusión de los Ministros de Culto de Iglesias y Confesiones Religiosas en el ámbito de la Seguridad Social. Continúa la sentencia examinando la doctrina judicial de Estrasburgo, en particular, la STEDH 03-04-2012, asunto Manzanar, que apreció que había existido vulneración del art. 14 CEDH, y por lo tanto un trato discriminatorio, de los pastores evangélicos respecto de los sacerdotes católicos en relación con el retraso en la integración de los primeros en el RGSS, y la posible discriminación respecto de los sacerdotes católicos, a los que conforme a la DT 1ª OM 19-12-1977, se les permitía computar hasta 10 años antes de su integración a la Seguridad Social para completar los años que les faltaran para alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación. Como consecuencia de dicha sentencia, se aprobó el RD 839/2015,

de 21 de septiembre, para añadir una DA 2ª al RD 369/1999, interponiéndose contra la norma recurso contencioso-administrativo dictándose STS (Sala 3ª) 13-11-2017 (Rec. 4090/2015), que declaró la nulidad de la misma por apreciar discriminación respecto de la regulación proporcionada respecto de los sacerdotes católicos.

Tras dicha sistemática, realiza la Sala 4ª dos consideraciones: 1) Que las sentencias del TEDH no tienen eficacia ejecutiva y por lo tanto no anulan ni modifican los actos declarados contrarios al Convenio, aunque sin embargo dichas sentencias obligan a que los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE deben interpretarse de conformidad con lo dispuesto en dichas sentencias; y 2) Que la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo produce efecto de cosa juzgada, por lo que no puede proceder a interpretarse una norma que ha sido declarada nula por sentencia.

Pasa a continuación la sentencia a fundamentar las razones de su fallo, cuando afirma que el hecho de que la incorporación de los pastores al Sistema de Seguridad Social se produjera en 1992, es decir, 15 años después de la integración del Clero de la Iglesia Católica, no puede amparar soluciones discriminatorias, por lo que no es de recibo que los pastores no tengan los derechos que asisten a los sacerdotes en orden a completar el periodo de cotización exigible por la contingencia protegida. Conforme a ello, entiende la sentencia que de acuerdo con el principio de igualdad habría que reconocer los derechos a los Pastores Evangélicos en la misma medida que a los Clérigos de la Iglesia Católica, lo que exige que se subordine el derecho a la pensión de viudedad al ingreso de las cuotas en el RGSS correspondientes a las cotizaciones que se precisaban para lucrar la pensión de jubilación, ya que en caso contrario se estaría en presencia de “un trato injustificadamente privilegiado”.

#### 17.1.2.-Matrimonio por el rito gitano

. La **STS (Pleno) 25-01-2018 (Rec. 2401/2016) [ECLI:ES:TS:2018:294]**, abordando el caso de una pensión de viudedad tras matrimonio por el rito gitano, casa y anula la sentencia recurrida, por entender que la jurisprudencia reiterada de la Sala 4ª para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho –jurisprudencia ratificada por el Tribunal Constitucional- es que su percibo está condicionado a los requisitos fijados en el art. 174.3 LGSS, es decir, que se acredite la existencia de la pareja de hecho pero no por cualquier medio de prueba admisible en derecho, sino conforme a los que establece la norma –inscripción en registro o documento público-. Argumenta la Sala 4ª, que la STEDH 08-12-2009, asunto Muñoz Díaz, se dictó antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre -que reconoció el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho-, y se dictó bajo el presupuesto de la buena fe de la demandante y su confianza en que el matrimonio gitano producía plenos efectos, lo que no acontece en el presente supuesto, en que la pensión no se solicita desde la condición de matrimonio, sino desde la situación de pareja de hecho, sin que sea factible equiparar la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la pareja de hecho que exige el art. 174.3 LGSS.

#### 17.1.3.-Fallecimiento del causante antes de transcurrido un año desde el matrimonio

Reiterando abundante jurisprudencia anterior, la **STS 15-11-2017 (Rec. 3903/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4249]**, confirma el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad realizado por la sentencia de suplicación, teniendo en cuenta que si bien el fallecimiento del causante se produjo sin haber transcurrido un año desde el matrimonio, se cumplen las exigencias previstas en los arts. 174.1 y 3 LGSS, puesto que en los supuestos en que se accede a la pensión de viudedad desde la situación de matrimonio, es necesario acreditar un periodo de convivencia que sumado al del matrimonio hubiera superado los dos años, sin que en dicho periodo de convivencia prematrimonial se exija inscripción en el registro o escritura pública que es requisito propio de la pareja de hecho, pudiendo acreditarse la convivencia no sólo mediante certificado de empadronamiento, sino a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

17.1.4.-Reconciliación de cónyuges separados comunicada al Juzgado pero no ratificada por retrasos en citación judicial

La **STS 12-04-2018 (Rec. 1613/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1693]** resuelve la cuestión de si tiene derecho a causar pensión de viudedad desde la situación de matrimonio, quien se separó judicialmente del causante fijándose pensión compensatoria a su favor, reanudando la convivencia posteriormente, presentando ambos en el Decanato de los Juzgados de Zaragoza escrito manifestando que de común acuerdo decidían su reconciliación, siendo citados para ratificar su comunicación por el Juzgado de Familia para dos meses después, sin que pudiera tener lugar el acto porque el marido falleció en ese periodo de tiempo. La Sala 4ª casa y anula la sentencia de suplicación para reconocer el derecho de la actora a la pensión de viudedad desde la condición de cónyuges.

*17.2.-En supuestos de separación o divorcio*

*17.2.1.-Aplicación DT 18ª LGSS*

Ante la cuestión de si procede reconocer el derecho a la pensión de viudedad en supuestos en que el matrimonio duró más de 10 años, existen hijos en común y no han transcurrido más de 10 años entre la fecha de separación o divorcio y el fallecimiento, debe cumplirse además la exigencia de que el fallecimiento del causante haya tenido lugar antes del 01-01-2008 o si la norma es aplicable también al periodo comprendido entre dicha fecha y el 31-12-2009, la **STS 16-11-2017 (Rec. 1507/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4290]** entiende que la regulación transitoria se aplica a las defunciones sobrevenidas entre el 01-01-2008 y el 31-12-2009, siempre que el divorcio o la separación judicial se haya producido antes el 01-01-2008, lo que en el supuesto no acontece al divorciarse el 13-10-2008 por lo que no tiene derecho a la pensión de viudedad solicitada..

En sentido parecido, debe citarse la **STS 28-11-2017 (Rec. 1620/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4556]** .

A dicha conclusión se llega igualmente en la **STS 20-12-2017 (Rec. 1911/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4820]**, en un supuesto en que el juicio de divorcio aconteció el 10-12-2007 y la sentencia no se dictó hasta el 05-05-2008.

Sin embargo, la **STS 14-12-2017 (Rec. 2958/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4554]** no reconoce el derecho a la pensión de viudedad en un supuesto en que los causantes cesaron la convivencia matrimonial y presentaron demanda de divorcio en la que interesaban la adopción de medidas provisionales, que se adoptaron antes del 01-01-2008, si bien la sentencia de divorcio contencioso sin convenio regulador, recayó con posterioridad a dicha fecha. Argumenta la Sala 4ª entendiendo que si bien en **STS 28-11-2017 (Rec. 1620/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4556]** y 14-03-2016 (Rec. 208/2015) [ECLI:ES:TS:2016:1572], se reconoció el derecho a pesar de que la sentencia de divorcio recayó después del 01-01-2008, en dichas sentencias el divorcio era de mutuo acuerdo y se presentó en el Juzgado en el año 2007, por lo que la sentencia podría haberse dictado antes del 01-01-2008 conforme al art. 777.6 LEC, y en el presente supuesto no concurren dichas circunstancias excepcionales, por lo que teniendo en cuenta que el auto de medidas provisionales no decreta la separación de los cónyuges, ni la admisión de una demanda de divorcio produce efectos, no puede aplicarse dicha jurisprudencia al supuesto enjuiciado.

Por otro lado, ante la cuestión de cómo debe computarse el tiempo de 10 años que no debe haber transcurrido entre la fecha de la separación o divorcio y la fecha del fallecimiento del causante de una pensión de viudedad, para tener derecho a ella conforme a lo dispuesto en la DT 18ª LGSS, cuando la sentencia de instancia que decretó la separación fue recurrida en apelación, es decir, si debe computarse el plazo desde la sentencia de instancia o hasta que la misma sea confirmada en apelación, la **STS 16-11-2017 (Rec. 2958/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4554]**, entiende que debe ser el momento de la sentencia de instancia, sin que tenga que esperarse a la fecha de firmeza de dicha sentencia en aplicación de una interpretación hermenéutica del art. 3.1 y 83 CC y 774.5 LEC, ya que conforme a dichos preceptos, la separación surtió efectos propios desde la sentencia de instancia, es decir, es desde entonces desde cuándo debe entenderse extinguido el vínculo conyugal y debe computarse el plazo decenal.

#### 17.2.2.-Pensión compensatoria

No tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge divorciado con derecho a pensión compensatoria consistente en el abono, de una sola vez, de una cantidad en concepto de liquidación de la sociedad de gananciales. Fundamentan su decisión las **SSTS 21-06-2017 (Rec. 1177/2016) [ECLI:ES:TS:2017:2701]** y **15-11-2017 (Rec. 2048/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4248]** en atención a que la actora, en el momento del fallecimiento del causante, no tenía dependencia económica del causante, por lo que no puede entenderse que el óbito supusiese una pérdida económica para ella que tenga que ser suplida con la pensión de viudedad. Dicha solución se sustenta, además, en el tenor del art. 174.2 LGSS (art. 220.1 LGSS/2015), que obliga a que la pensión compensatoria fijada con arreglo al art. 97 CC quede “extinguida a la muerte del causante”, lo que supone que deba percibirse una pensión de manera periódica, sin que pueda reconocerse la pensión de viudedad a los supuestos en que, de conformidad con el art. 99 CC, es posible sustituir dicho pago periódico por un pago único.



### 17.2.3.-Acreditación de la reanudación de la convivencia

Ante la cuestión de si tiene derecho o no a causar pensión de viudedad, en su condición de cónyuge superviviente, una persona separada judicialmente sin fijación de pensión compensatoria que reanudó la convivencia con su cónyuge, documentada ante notario, pero sin ponerlo en conocimiento del Juzgado que decretó la separación, la **STS 13-03-2018 (Rec. 3519/2016) [ECLI:ES:TS:2018:1215]**, casa y anula la sentencia de suplicación que reconoció el derecho a la pensión de viudedad al otorgar valor al acta notarial, por entender que conforme a lo dispuesto en la sentencia de contraste, STS 16-02-2016 (Rec. 33/2014) [ECLI:ES:TS:2016:890], la separación matrimonial supone el cese de la convivencia conyugal, por lo que mientras exista la resolución judicial de separación y no se sustituya por una nueva, la convivencia carece de efectos legales, por lo que para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad, es preciso que se produzca la comunicación al órgano judicial que exige el art. 84 CC, sin que la reanudación de la convivencia pueda tener efectos frente a terceros, sino sólo ante los cónyuges.

### 17.2.4.-Cuantía de la pensión

### 17.2.5.-Concurrencia de beneficiarios

La cuestión que se discute en **STS (Pleno) 19-12-2017 (Rec. 1480/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4801]**, es la relativa a si la pensión del cónyuge supérstite debe incrementarse en la suma que deja de percibir la otra beneficiaria, como consecuencia de tener su pensión topada. El Pleno casa y anula la sentencia de suplicación y declara el derecho de la actora a percibir prestación temporal de viudedad en la cuantía reconocida inicialmente con deducción de la cantidad de 248,58 euros mensuales (pensión compensatoria reconocida a la ex cónyuge), tras repasar la evolución del art. 174 LGSS, especialmente tras las modificaciones operadas por las leyes 40/2007, de 4 de diciembre y 26/2009, de 23 de diciembre, y recordar que tras la STS (Pleno) 23-06-2014 (Rec. 1233/2013) [ECLI:ES:TS:2014:4167], a las pensiones de viudedad ya no se les aplica la tesis “atributiva” –la regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido-, siendo así que tras la STS (Pleno) 11-10-2017 (Rec. 3911/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3862], sólo se impone el reparto proporcional al tiempo vivido con el causante cuando se produce la concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión. Conforme a ello, concluye que al importe de la pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge supérstite (en proporción al tiempo de convivencia con el causante), se le debe añadir la porción de pensión que le correspondería al excónyuge pero que exceda del importe de su pensión compensatoria.

La **STS 16-11-2017 (Rec. 1568/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4289]**, entiende que conforme a lo dispuesto en la STS (Pleno) 23-06-2014 (Rec. 1233/2013) [ECLI:ES:TS:2014:417], hasta la modificación operada en el art. 174.2 LGSS por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la persona separada o

divorciada aunque fuera la única beneficiaria de la prestación de viudedad, no tenía derecho a percibir la pensión completa sino sólo la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial, lo que se mantiene en los supuestos de separación o divorcio anteriores al 01-01-2008, en los que concurren las condiciones previstas en la DT 18ª LGSS, fallando la sentencia de suplicación conforme al erróneo dato de que la solicitante era beneficiaria de pensión compensatoria.

La **STS 17-05-2018 (Rec. 2999/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2123]** resuelve un supuesto en que el causante, que había estado casado en primeras nupcias separándose por sentencia de 1986 y divorciándose por sentencia de 1998, en que se fijó una pensión compensatoria de 30.000 pts./mes revisable anualmente conforme al IPC, contrajo nuevas nupcias en 1999 con su segunda mujer. Como consecuencia de su fallecimiento, se reconoció a ambas pensión de viudedad en porcentaje equivalente al periodo de convivencia, es decir, del 51,3% a la primera mujer, y del 48,27% a la segunda, teniendo en cuenta que a la ex esposa le resultaba de aplicación la DT 18ª, apartado 2, LGSS. Plantea recurso de casación para la unificación de doctrina la segunda esposa, por entender que en supuestos de concurrencia de beneficiarias de la pensión de viudedad, no se aplica la DT 18ª LGSS, debiendo limitarse la pensión de viudedad reconocida a la primera esposa al importe establecido como pensión compensatoria. La Sala 4ª confirma la sentencia de suplicación que a su vez confirmó la de instancia, que a su vez había desestimado la demanda presentada por la segunda esposa, por entender que la primera esposa cumple las exigencias del art. 174.2 LGSS, ya que es indiferente que haya percibido o reclamado la pensión compensatoria que tenía reconocida por sentencia, además de que debe ser de aplicación lo dispuesto en la STS (Pleno) 22-12-2016 (Rec. 1466/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5803], en que se concretó que la previsión de la DT 18ª LGSS es aplicable tanto a quienes en el periodo transitorio rompieron la relación matrimonial sin reconocimiento de pensión compensatoria, como a los titulares que reúnan los requisitos del art. 174.2 LGSS.

#### 17.2.6.-Complemento a mínimos

La cuestión que se resuelve en la **STS (Pleno), 11-10-2017 (Rec. 3911/2015)** –sentencia que contiene un voto particular concurrente- es la relativa a cómo se debe calcular el importe del complemento a mínimos de una pensión de viudedad que se abona, como consecuencia de la separación o divorcio, a prorrata por el tiempo de convivencia con el causante, y en particular, si teniendo en cuenta que cuando la pensión calculada a prorrata es inferior a la pensión mínima garantizada para la anualidad correspondiente, tiene derecho a ella –que es lo que resolvió la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina- o si debe aplicarse el mismo porcentaje de prorrata a la pensión mínima garantizada para la anualidad correspondiente –que es lo que resolvió la sentencia de contraste-. Pues bien, la Sala 4ª confirma la sentencia de suplicación, examinado lo dispuesto en el art. 50 LGSS y lo resuelto en reiterada jurisprudencia de la propia Sala en que se determinó que se está en presencia de una sola pensión de viudedad minorada por el tiempo de convivencia, o que se distribuye entre varios beneficiarios, y revisa su propia jurisprudencia siguiendo, igualmente jurisprudencia anterior en que se estableció que los complementos a mínimos son prestaciones de naturaleza complementaria con

autonomía propia, puesto que se reconoce a quienes cumplen determinados requisitos y garantiza unos ingresos suficientes del beneficiario por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza.

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

La **STS (Pleno) 26-09-2017 (Rec. 2445/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3679]** reconoce el derecho a la pensión de viudedad de quien se separó del causante habiendo transcurrido más de 10 años entre la fecha de la separación y el fallecimiento, sin que en la sentencia se reconociera su derecho a pensión compensatoria, por entenderse acreditada la existencia de violencia de género. Llega a dicha conclusión la Sala tras clarificar la jurisprudencia en relación a qué hechos probados deben tenerse en cuenta para apreciar la existencia de contradicción y que serían determinantes para, en caso de que ésta se aprecie, entrar a conocer del fondo del asunto.

Por su parte, la **STS (Pleno) 19-12-2017 (Rec. 1245/2016)**, no entra – por falta de contradicción- a conocer del fondo de la cuestión, relativa a si tiene la actora derecho a la pensión de viudedad, en un supuesto en que la actora se divorció del causante por sentencia de 07-06-2010, sin establecerse pensión compensatoria, instruyéndose diligencias previas por un presunto delito de maltrato familiar, dictándose auto de 24-10-2007, en que como medida cautelar se impuso al ex esposo la prohibición de acercarse a menos de 100 metros, así como de comunicarse con ella, por cualquier medio durante la tramitación del procedimiento, si bien en el acto de juicio oral celebrado el 09-02-2010, la denunciante se acogió a su derecho a no declarar, por lo que ante la inexistencia de otra prueba de cargo se dictó sentencia absolutoria in voce por no haber quedado acreditados los hechos imputados.

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

#### *17.4.1.-Acreditación existencia de la pareja de hecho*

Siguiendo lo dispuesto en reiteradísima jurisprudencia, en **STS 12-12-2017 (Rec. 203/2017) [ECLI:ES:TS:2017:4784]**, se deniega la pensión de viudedad, por no acreditarse la existencia de pareja de hecho.

Además, la **STS 13-03-2018 (Rec. 1717/2017) [ECLI:ES:TS:2018:1008]**, siguiendo reiterada jurisprudencia anterior, determina que la declaración de los convivientes de hecho ante Notario, recogida en escritura pública en que reconocen que forman una pareja de hecho, no puede hacerse equivalente a la constitución de la pareja de hecho a los efectos del art. 174.3 LGSS, debiendo existir una escritura pública de constitución de la pareja de hecho

#### *17.5.2.-Registro válido*

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.

## **18.-ORFANDAD**

En casación para la unificación de doctrina se plantea la cuestión de si la fecha de efectos de la pensión de orfandad reconocida a favor de 3 huérfanos absolutos, debe retrotraerse a los 3 meses anteriores a la solicitud, o si teniendo en cuenta que la misma fue solicitada por el tutor de los menores en el plazo de tres meses desde que pudo hacerlo (tras su nombramiento como tutor), los efectos deben retrotraerse a la fecha del fallecimiento del causante. La **STS 27-02-2018 (Rec. 3022/2016) [ECLI:ES:TS:2018:815]**, opta por la última de las soluciones y confirma la sentencia de suplicación, por entender que el día inicial del cómputo del plazo de tres meses para el reconocimiento de los efectos retroactivos de la pensión de orfandad no pueden fijarse, como pretende la recurrente, en la fecha del hecho causante, es decir, en la fecha del fallecimiento del padre de los menores, acaecido el 26-04-2013, sino en la fecha en la que pudo solicitarse la pensión de orfandad, que no es otra que la fecha en la que los abuelos de los menores aceptan el cargo de tutores para el que fueron designados por el Juzgado de Primera Instancia, por lo que al no haber transcurrido tres meses desde la aceptación del nombramiento por parte de los tutores, hasta que solicitaron la pensión de orfandad, los efectos económicos han de retrotraerse a la fecha del hecho causante.

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

Ante la cuestión de si tiene derecho a la prestación a favor de familiares, quien ostenta la condición de persona con discapacidad y vivía a expensas de sus padres, que fallecen, junto con un hermano que tiene ingresos, la **STS 01-06-2017 (Rec. 2751/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2676]** sigue lo dispuesto en la STS (Pleno) 15-10-2015 (Rec. 1045/2014) [ECLI:ES:TS:2015:5561], creando jurisprudencia, sentencia en que se entendió que ello procedía por cuanto: 1) El art. 176 LGSS prevé la prestación a favor de familiares a quien carezca de medios propios; 2) Por su parte el art. 40 del Decreto 1646/1972, de 21 de junio, dispone que además no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos según la legislación civil; 3) La presencia de un familiar obligado a satisfacer alimentos elimina el derecho a la prestación de Seguridad Social; 4) La obligación de prestar alimentos entre hermanos se regula en la normativa civil; 5) Aunque para la legislación civil, entre hermanos existe una obligación de naturaleza alimenticia, ello es distinto al deber de prestarse alimentos en sentido propio y completo, de lo que se puede concluir que la obligación civil de prestarse mutuos auxilios que pesa entre hermanos no debe equipararse a la de alimentos cuando se trata del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, lo que implica que la existencia de hermanos no impide que surja el derecho a la prestación en favor de familiares con independencia de su nivel de rentas.

### III. DERECHO PROCESAL

#### 1. Competencia de la jurisdicción social

##### 1.1. Competencia material

###### 1.1.1. El orden social es competente:

- Para la determinación de la existencia de **sucesión de empresa cuando un tercero ajeno al concurso adquiere los bienes de la concursada**, tal como indican las **SSTS 5-7-2017 (Rec 563/2016 ECLI:ES:TS:2017:3151)**, **11-1-2018 (Rec 3290/2015 ECLI:ES:TS:2018:164)** y **27-2-2018 (Rec 112/2016 ECLI:ES:TS:2018:752)**, que aplican la doctrina de la Sala. La razón es que la empresa adquirente no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa.

- Para la **ejecución de una sentencia firme de despido, cuando la ejecutada ha sido declarada en concurso**. La **STS 21-6-2017 (Rec 3883/2015 ECLI:ES:TS:2017:2690)** establece para esta materia una especie de competencia compartida entre el juez de lo mercantil y el juez de lo social, delimitada en función del contenido patrimonial de la pretensión de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 8.3 y 55.1 LC, de modo que la competencia para el conocimiento y la resolución del incidente de no readmisión de los arts. 280 y 281 la LRJS - y, en su caso, para extinguir la relación laboral con fundamento en el art. 286.1 LRJS -, es del orden social, dado su carácter eminentemente declarativo; y una vez establecidas dichas premisas y las consecuencias que de las mismas derivan mediante el correspondiente auto de acuerdo con la LRJS, compete al juez concursal su ejecución, por cuanto dicha resolución complementa el fallo de la sentencia y tiene ya efectos patrimoniales.

- Para conocer de la demanda en solicitud de que la empresa sea condenada a suscribir **convenio especial con la Seguridad Social**, si la extinción contractual se produjo en virtud de despido colectivo concluido antes de la declaración del concurso, aunque la demanda se interpusiera con posterioridad a tal declaración. Es la conclusión a la que llega la **STS 26-9-2017 Rec 4115/2015 ECLI:ES:TS:2017:3581)**, en aplicación de la doctrina reiterada de la Sala, porque no se trata de una las materias de las que resulta competente con carácter exclusivo y excluyente el juez del concurso, según el art. 8.2º LC.

- Para conocer de la impugnación de los **actos o decisiones de la administración** pública empleadora que afectaren a sus empleados – se trate de personal laboral, funcionarial y/o estatutario - en materia de **prevención de riesgos laborales**, supuesto en que la competencia del orden social es plena, de acuerdo con los arts. 2.e y 3.b LRJS), según la **STS 22-11-2017 (Rec 230/2016 ECLI:ES:TS:2017:4407)**, que reitera doctrina.

- Para reclamar por el **error en el exceso de ingreso a cuenta del IRPF**, no retornado por la AET a la empresa, pero declarado como pago a cuenta por los trabajadores. La **STS 11-1-2018 (Rec. 491/2016 ECLI:ES:TS:2018:291)** aclara que aunque estemos ante una controversia que tiene su origen último en una carga tributaria - como es el IRPF - a cargo directo del trabajador por mandato del art. 26.4 ET, lo cierto es que el litigio no versa sobre la procedencia o cuantificación de dicha carga tributaria sino, pura y simplemente, sobre la forma

en que, voluntaria y unilateralmente, la empresa pretende solventar los errores por ella cometidos en la exacción de dicho tributo.

- Para determinar la validez de una cláusula contractual incluida en un contrato de compraventa de acciones entre la empresa y varios de sus trabajadores, por la que estos asumen la **obligación de no competencia** durante un periodo de 5 años desde la firma del acuerdo o hasta transcurridos 2 años desde que el vendedor deje de participar en el riesgo y ventura del negocio, de acuerdo con la **STS 21/12/2017 (Rec 3765/2015 ECLI:ES:TS:2017:4814)**.

- Para la impugnación de la "**convocatoria de ingreso de personal fijo** en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal y tasa de reposición en la Entidad Pública Empresarial Grupo RENFE y constitución de bolsas de reserva para la contratación de El Grupo RENFE", porque constituye un acto de la empresa pública en cuanto entidad empleadora y no en cuanto poder público que actúe en ejercicio de potestades administrativas, competencia que se hace extensiva a los actos próximos, preparatorios y previos a la relación de trabajo, según la **STS 9-4-2018 (Rec 77/2017 ECLI:ES:TS:2018:1446)**, que reitera doctrina.

- Para la **ejecución de créditos laborales** reconocidos por sentencia, cuando la empresa deudora se encuentra en **concurso** de acreedores y, en su seno, ya se ha **aprobado el convenio** de acreedores. La **STS 17-4-2018, (Rec 934/2016 ECLI:ES:TS:2018:1772)** llega a esa conclusión de acuerdo con los arts. 134.2 y 3 y 123.3 LC, de cuya interpretación literal se desprende que una vez que han cesado los efectos del concurso, los acreedores privilegiados podrán ejecutar sus créditos ante la jurisdicción social, siempre que se cumplan todos los requisitos legales que la norma impone, esto es, que los titulares de esos créditos privilegiados no hayan quedado afectados por el convenio porque hayan votado a favor, lo hayan firmado o se hayan adherido a él.

- Para conocer de las **demandas de despido de liberados sindicales** que no han prestado servicios durante toda su vida laboral, en virtud de los acuerdos alcanzados por el sindicato en cuestión con la empresa. Pues, con independencia de la acomodación a derecho de esa situación, los actores han estado vinculados a la empresa mediante sucesivos contratos laborales, y a lo largo de esa relación la empresa ha venido efectuando el pago del salario con la conversión en algunos casos de los contratos temporales en indefinidos, lo que ha de entenderse como una expresa manifestación de voluntad de obligarse en calidad de empleadora, según la **STS 12-4-2018 (Rec 119/2016 ECLI:ES:TS:2018:1776)**.

- Para conocer de la demanda de reclamación de cantidad planteada por los trabajadores despedidos en el seno de un proceso concursal, en reclamación del pago de la **parte no satisfecha de sus indemnizaciones frente a la empresa concursada y frente a una sociedad no concursada** y sus administradores, partiendo de la base de que constituyen un grupo de empresas. La **STS 6-6-2018 (Rec 372/2016 ECLI:ES:TS:2018:2258)** razona que no se cuestiona la validez del despido concursal, y que la acción se dirige frente a una sociedad no concursada y sus administradores, por lo que la competencia del juez mercantil debe ceder en favor del juez social, de acuerdo con la doctrina de la Sala Cuarta y de la Sala de Conflictos.

### **1.1.2. No es competente la jurisdicción social:**

- Para la tutela del derecho de **libertad sindical de un sindicato** (en su vertiente de derecho de información sindical), cuando la solicitud de información está referida al personal **funcionario o interino** de la administración, y surge en el ámbito de una reunión de la comisión de seguimiento del acuerdo sectorial específico sobre condiciones de trabajo del personal funcionario, para la creación de una nueva RPT donde se refleje el detalle del año de la oferta de empleo público a la que están vinculados los puestos ocupados por personal interino. Porque la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como señala la **STS 14-6-207 (Rec 130/2016 ECLI:ES:TS:2017:2700)**.
- Para la impugnación de una decisión, **acuerdo o práctica** de la administración empleadora que **afecte conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario**, porque la LRJS atribuye en sus arts. 2 f) y h) y 3 c), d) y e) la competencia al orden contencioso-administrativo, como indica la **STS 21-11-2017 (Rec 2267/2015 ECLI:ES:TS:2017:4255)**, con la salvedad de la materia relativa a la prevención de riesgos laborales que corresponde en su integridad al orden social [arts. 2 e) y 3 b) LRJS].
- Para conocer de la demanda de **tutela de derechos fundamentales por acoso de quien ostenta la condición de personal estatutario**, frente a la administración empleadora, según la **STS 17-5-2018 (Rec 3598/2016 ECLI:ES:TS:2018:2132)**. Porque la demanda no reclama el cumplimiento de las normas de prevención, sino que solicita la salvaguarda de un derecho fundamental cuyo ataque entiende producido en el marco de la relación de prestación de servicios que mantiene con la administración demandada. No nos encontramos, por tanto, en el supuesto del art. 2 e) LRJS, sino en el del art. 2 f) LRJS y, por tanto, la competencia es de la jurisdicción social.

## 1.2. Competencia objetiva

- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es la competente desde el punto de vista objetivo para conocer del conflicto colectivo que afecta a la totalidad de los centros de trabajo de la empresa demandada, situados en más de una comunidad autónoma, según la **TS 8-2-2018 (Rec 269/2016 CLI:ES:TS:2018:610)**.
- Igualmente, la Sala Social de la Audiencia Nacional es la competente para conocer de la impugnación de una convocatoria general de ingreso de personal laboral fijo en la entidad pública empresarial Renfe-Operadora, que extiende sus efectos al ámbito nacional, según la **STS 9-4-208 (Rec 77/2017 ECLI:ES:TS:2018:1446)**.

## 1.3. Competencia funcional

(Remisión a los recursos de suplicación y casación)

Sin perjuicio de la remisión realizada, conviene recordar que la cuestión del acceso a suplicación de las sentencias por razón de la cuantía o modalidad procedimental, puede y debe ser examinada de oficio por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, como cuestión previa a cualquier otra y con independencia de lo que las partes puedan alegar, puesto que tal materia afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, en tanto que el acceso a suplicación se proyecta sobre la competencia de la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo, habida cuenta de que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo

que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera –a su vez– recurrible en suplicación, y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación, tal como indica, entre otras muchas, la **TS 16-1-2018 (Rec 969/2016 ECLI:ES:TS:2018:367)**.

#### **1.4. Competencia internacional**

Corresponde a la jurisdicción social conocer del asunto que examina la **STS 16-1-2018 (Rec 3876/2015 ECLI:ES:TS:2018:375)**, en el que los trabajadores demandantes, de nacionalidad española, son contratados verbalmente por empresa española para prestar sus servicios en Argelia, siendo esa misma empresa la que les facilita los pasajes y les remunera; y que solo de manera sobrevenida se formaliza un contrato de trabajo con empresa argelina, que mantiene, no obstante, estrechos vínculos con la inicial.

## **2. El proceso ordinario**

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

**La papeleta de conciliación puede presentarse válidamente en la Oficina de Correos.**

Así lo indica la **STS 19-9-2017 (Rec 1223/2015 ECLI:ES:TS:2017:3436)**, porque la presentación del escrito instando la conciliación en una oficina de Correos despliega los mismos efectos que si se hubiera hecho en un registro administrativo, en particular, en lo tocante a la suspensión del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción (art. 59.3 ET y art. 103.1 LRJS). La sentencia razona que la figura de la conciliación previa o preprocesal tiene doble naturaleza, administrativa y procesal, y que por esa razón le son aplicables las reglas sobre presentación de escritos administrativos, siempre que resulten compatibles con la legislación procesal.

### **2.2. La demanda**

**2.2.1. Determinación del momento del ejercicio de la acción: es la fecha de presentación de la papeleta de conciliación o de la reclamación previa**

El Pleno de la Sala se ha pronunciado en la **STS 14-12-2017 (Rec 312/2016 ECLI:ES:TS:2017:4782)**, seguida de la **STS 28-2-2018 (Rec 3885/2015 ECLI:ES:TS:2018:927)** en relación con el momento en que debe tenerse por iniciado el ejercicio de la acción para la declaración de existencia de cesión ilegal (ya que el éxito de la misma precisa de la subsistencia de la cesión al pretenderse con ella la adquisición de la condición de trabajador fijo en la empresa de elección –cedente o cesionaria-). La Sala rectifica la doctrina anterior (establecida por la TS 7-5-10 Rec 3347/09, seguida por TS 29-10-12 Rec 4005/2011), al señalar que no es el momento de la presentación de la demanda, sino el de la presentación de la papeleta de conciliación o el de la reclamación previa cuando se ejercita la acción, porque se trata de requisitos preprocesales obligatorios (arts. 63 y 69 LRJS), que cumplen la finalidad legalmente establecida de procurar la evitación del proceso, permitiendo a las partes la solución extrajudicial de su discrepancia. Por tanto, es en ese momento cuando la parte actora efectúa la manifestación de voluntad expresa de poner en marcha el ejercicio de su derecho, acción que, de no estar sometida a tal requisito previo de procedibilidad, hubiera quedado expresada directamente



mediante la demanda. Además, en la conciliación o en la reclamación previa es cuando la parte actora delimita el objeto de su pretensión, exigiendo la ley [arts. 72 y 80.1.c LRJS] que la demanda anteriormente planteada resulte congruente con los términos del debate fijado en dicha fase preprocesal. Con ello la Sala sienta las bases para la aplicación de la doctrina con carácter general a otros supuestos, como por ejemplo, a efectos de determinar el requisito de vigencia de la relación laboral para la resolución del contrato por voluntad del trabajador por alguna de las causas del art. 50 ET.

### **2.2.2. Acumulación de acciones**

No existe acumulación de acciones cuando se reclama la declaración de un grado de invalidez y se pide su reconocimiento en el Régimen General, para lo cual es necesario acreditar la condición de trabajador por cuenta ajena. Es el caso de la **STS 24-1-2018 (Rec 593/2016 ECLI:ES:TS:2018:449)**, en el que se solicitaba una invalidez permanente absoluta y con carácter subsidiario, la total cualificada derivada de accidente de trabajo que le había sido desestimada en la vía administrativa, al no acreditar cotizaciones suficientes en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Para justificar su pretensión el demandante alegaba su pertenencia al Régimen General de la Seguridad Social con base en su condición de trabajador por cuenta ajena para la empresa frente a la que dirigía la demanda, así como frente al INSS, la TGSS y la Mutua FREMAP. Por eso la sentencia rechaza la infracción del art. 26.6 LRJS.

### **2.2.3. Modificación sustancial de la demanda**

- No se produce dicha variación sustancial cuando sin cambiar los hechos o pretensiones que la fundan, se alega en el acto del juicio otra norma de aplicación que refuerza los fundamentos jurídicos en que se apoya la pretensión **STS 3-10-2017 (Rec 184/2016 ECLI:ES:TS:2017:3702 )**.

- Se aprecia, sin embargo, dicho defecto procesal en la **STS 15-11-2017 (Rec 232/2016 ECLI:ES:TS:2017:4129)** porque la parte incorporó al proceso un hecho nuevo que no se aportó - a pesar de ser de fecha anterior- ni en la reclamación previa ni en la demanda, lo que justifica que no fuera admitido por el juez *a quo*, porque suponía la modificación de las causas de pedir y producía por ello una evidente indefensión a la parte demandada.

## **2.3. El juicio**

### **2.3.1. Derecho a un juez imparcial**

El derecho a un juez imparcial forma parte del contenido complejo del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que proclama el art. 24.2 CE, y significa que la decisión judicial debe ser adoptada por tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares. La imparcialidad del juez tiene, por tanto, una doble vertiente: la subjetiva, referida a la relación del juez con las partes, y que supone la neutralidad del juzgador sin inclinarse por ninguno de los contendientes; y la objetiva, relativa a la relación del juez con el objeto del proceso, dirigida a asegurar que su intervención se produzca sin prevenciones ni prejuicios que puedan provenir de una relación o contacto previo con el objeto del proceso. En el caso de la **STS 21-2-2018 (Rec 1371/2016 ECLI:ES:TS:2018:750)** se cuestionaba esta última modalidad, porque la magistrada que dictó la sentencia de instancia fue la ponente en suplicación. Pero la sentencia rechaza la cuestión al llegar a la conclusión de que dicha

magistrada no había tenido relación con el objeto del proceso hasta que resolvió el recurso de suplicación, sin que tampoco en este segundo grado judicial llegara a examinar el fondo de la cuestión debatida, por entenderse que la aplicación de la cosa juzgada positiva que efectuó la sentencia de instancia era ajustada a derecho.

### **2.3.2. Citación a juicio mediante correo certificado**

Según la **STS 21-2-2018 (Rec 920/2016 ECLI:ES:TS:2018:758)** si bien resulta incuestionable la plena licitud y constitucionalidad de las citaciones y demás actos de comunicación procesal efectuados mediante correo certificado, también lo es que para la validez y eficacia de esta clase de actos es de todo punto necesario que quede en los autos constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma; circunstancias estas que, según lo dispuesto en el art. 56.3 LRJS, se refieren a los datos personales de quien recibió la notificación –nombre, documento de identificación y domicilio-, así como su relación con el destinatario interesado. La sentencia señala que estas exigencias son comunes, sea cual sea el destinatario y su forma jurídica, y que no pueden ser obviadas, so pena de que se incumpla la norma y se pongan en peligro los derechos de defensa del destinatario, que es lo que sucede en el caso enjuiciado por dicha resolución, porque en el acuse de recibo no se hicieron costar las exigencias legales, y, de manera especial, la relación del receptor con el destinatario, que ni era obvia, ni aparecía acreditada de ninguna manera.

### **2.3.3. La prueba. Denegación de la práctica de la prueba y tutela judicial efectiva**

- De acuerdo con la doctrina constitucional y de la Sala IV del Tribunal Supremo el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes establecido en art. 24.2 CE exige que la parte que pretende la práctica de un determinado medio de prueba, proponga la misma en el momento procesal adecuado, a fin de que la otra parte pueda realizar las alegaciones oportunas y el juez examinar su pertinencia. En el caso resuelto por la **STS 8-2-2018 Rec 1062/2016 ECLI:ES:TS:2018:557)** la parte demandante propuso la prueba testifical y fue admitida, pero luego fue solicitada tardíamente en el acto del juicio oral (después de la testifical de la demandada). La sentencia aplica doctrina de la TS 14-7-2011 Rec. 848/2010, en el sentido de que la prueba solicitada de modo tardío debe admitirse si versa sobre cuestiones decisivas y no produce un desequilibrio procesal, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado, por cuanto la prueba carecía de trascendencia para la resolución del litigio.

- La denegación de la prueba causa indefensión en la **STS 25-1-2018 (Rec 1648/2016 ECLI:ES:TS:2018:384)**, porque la recurrente solicitó la práctica de una prueba (informe de la Inspección de Trabajo) con anterioridad al acto del juicio y también durante éste, sin que su denegación fuera motivada, realizando finalmente protesta formal, sin que se accediera a su solicitud. Lo que según dicha sentencia vulnera su derecho a la tutela judicial de acuerdo con la doctrina constitucional que indica, porque el derecho a la prueba es una de las garantías que a todos reconoce el artículo 24.2 CE, de suerte que la denegación de pruebas pertinentes podrá justificar el recurso de amparo si de ello se deriva indefensión o alteración del resultado del proceso.

## **2.4. La sentencia**

## 2.4.1. Congruencia de las sentencias

### 2.4.1.1. Incongruencia omisiva o *ex silentio*

#### Aprecian este tipo de incongruencia

- Las **TS 19-9-2017 (Rec 2745/2015 ECLI:ES:TS:2018:384 )**, **4-10-2017 (Rec 3136/2015 ECLI:ES:TS:2017:3696)**, **13-7-2017 (Rec 2744/2015 ECLI:ES:TS:2017:3209)** **14-7-2017 (Rec 2814/2015 ECLI:ES:TS:2017:3214)**, porque la estimación del recurso interpuesto por uno de los codemandados (Clece SA), absolviéndole, no va seguida de la condena al otro o a los otros codemandados como consecuencia lógica derivada de dicha estimación, precisándose igualmente que no es óbice para tal pronunciamiento de condena el hecho de que los trabajadores no hubieran recurrido la absolución de la empresa finalmente condenada.

- La **STS 19-7-2017 (Rec 167/2016 ECLI:ES:TS:2017:3220 )** en la que se solicitaba que se declarase nula, o subsidiariamente injustificada, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo realizada por la administración demandada, así como el derecho de los trabajadores a ser repuestos en sus anteriores condiciones, previas a la modificación, con los efectos legales y económicos inherentes a ello y cuanto más proceda en derecho. La sentencia de instancia no se pronunció respecto a la inadecuación de procedimiento alegada por el sindicato demandante (porque la demandante siguió el fijado en el art 41 ET, cuando debió seguir el cauce del art 82.3 ET al venir recogidas las condiciones afectadas en el convenio colectivo de aplicación). Se estima y se declara la nulidad de actuaciones porque dicha cuestión aunque no se suscitara en la demanda, si fue aducida en el acto del juicio en la fase de alegaciones y posteriormente en conclusiones.

- Las **SSTS 11-10-2017 (Rec 3788/2015 ECLI:ES:TS:2017:4010 )**, **31-1-2018 (Rec 3711/2015 ECLI:ES:TS:2018:598)** y **20-3-2018 (Rec 1822/2016 ECLI:ES:TS:2018:1241)**, porque la sentencia de suplicación estimó el recurso formulado por el INSS y, revocando la sentencia impugnada, desestimó la petición incapacidad permanente total deducida de forma principal en la demanda, pero no se pronunció sobre la incapacidad permanente parcial solicitada subsidiariamente en la misma.

- La **STS 25-4-2018 R. 1297/2016 ECLI:ES:TS:2018:2134**, porque la sentencia omitió pronunciarse sobre la petición subsidiaria deducida en el recurso de suplicación (en solicitud de que la base reguladora de la prestación por desempleo se calcule computando los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial aplicable) y que quedó imprejuzgada tanto en instancia como en ese segundo grado judicial, produciendo a la parte actora una indefensión material y efectiva.

- La **STS 22/03/2018 (Rec 3491/2015 ECLI:ES:TS:2018:1465** dictada en procedimiento de impugnación individual de despido colectivo, porque la sentencia recurrida omitió analizar uno de los dos motivos de impugnación del despido, mantenido a través del escrito de impugnación al recurso de suplicación empresarial.

- La **STS 16-4-2018 (Rec 303/2017 ECLI:ES:TS:2018:1699)**, porque reconocida la improcedencia del despido por la sentencia impugnada, en lugar de condenar

al pago de la indemnización legal, condenó al pago de la indemnización no percibida por despido objetivo procedente solicitada de forma subsidiaria.

- La **STS 25-4-2018 (Rec 1835/2016 ECLI:ES:TS:2018:1765)** porque la sentencia recurrida, si bien analizó –y rechazó– la denunciada vulneración normativa que pretendidamente se había producido por el cómputo erróneo de la antigüedad, sin embargo no resolvió sobre el segundo planteamiento de la denuncia, de insuficiencia de la indemnización por haber utilizado un módulo salarial inferior al colectivamente pactado (excluido el plus de transporte, que efectiva y expresamente fue rechazado por la sentencia como pretendido concepto salarial y por ello computable). La sentencia señala que esa omisión no sólo afecta a una alegación fundamental, sino más concretamente a una específica pretensión, en tanto que el erróneo –supuestamente – módulo salarial bien pudiera haber incidido en la corrección del importe indemnizatorio puesto a disposición del trabajador y, por lo mismo, también pudiera trascender a la procedencia del despido atendiendo a los criterios jurisprudenciales, en orden a la excusabilidad/inexcusabilidad del error en la insuficiencia consignataria.

- La **STS 26-4-2018 (R. 1508/2016 ECLI:ES:TS:2018:1976)**, porque tras estimar la existencia de la causas objetivas, la sentencia recurrida no se pronunció sobre la improcedencia del despido a tenor de lo dispuesto en el art. 59.4 del convenio colectivo de aplicación.

#### **No aprecia incongruencia omisiva**

La **TS 23-4-2018 (Rec. 84/2017 ECLI:ES:TS:2018:1782)**, porque no lo supone el hecho de que la Sala decida no plantear nuevamente la cuestión de inconstitucionalidad tras ser inadmitida la instada con anterioridad por motivos formales, ya que la Sala no está obligada a hacer uso de esa posibilidad, sin que tampoco pueda la misma ser revisada en instancias superiores, siempre que la sentencia de respuesta a las peticiones realizadas por las partes para cumplir con la obligación que impone el art. 218.1 LEC.

#### **2.4.1.2. Incongruencia extrapetita**

##### **Aprecian la incongruencia extrapetita**

- La **STS 15-11-2017 (Rec 247/2016 ECLI:ES:TS:2017:4400)**, porque la demanda se limitaba a solicitar que «... se declare la nulidad de la medida adoptada por la empresa... con todos los derechos inherentes a dicha declaración, o subsidiariamente se declare la medida como injustificada, declarando asimismo en ambos casos el derecho al cobro del referido complemento»; y la sentencia no sólo cuantificaba expresamente el derecho de los trabajadores y la condena de la empresa en una cantidad global [2.258.078 €], sino que incluso añadía pronunciamiento relativo a su reparto por los trabajadores afectados «en proporción al salario ya percibido por cada uno de ellos durante el año 2015».

- La **TS 29-11-2017 (Rec 268/2016 ECLI:ES:TS:2017:4704)**, porque la sentencia impugnada, dictada en procedimiento de conflicto colectivo, amplió la condena (mediante auto de aclaración) al pago de las cantidades reconocidas, sin que se hubiere pedido en la demanda la individualización para la ulterior ejecución.

##### **No aprecian la incongruencia extrapetita**

- La **STS 8-11-2017 (Rec 134/2017 ECLI:ES:TS:2017:4678)**, por el hecho de que la sentencia impugnada declare el despido colectivo ajustado a derecho, a pesar de que la parte actora desistiera de la acción subsidiaria en la que solicitaba la declaración de no ser ajustado a derecho. Porque la congruencia no es solo predicable respecto a las pretensiones ejercitadas por los demandantes, sino que también exige una adecuada y motivada respuesta judicial a las planteadas por las demás partes del proceso.

- La **STS 9-5-2017 (Rec 1806/2015 ECLI:ES:TS:2017:2095)**, porque la sentencia aplique la indemnización prevista en el art. 53 ET, cuando la solicitada fue la establecida en el art. 49.1.c) ET, ya que la acción de despido ejercitada permite el reconocimiento de la indemnización que legalmente corresponda, de acuerdo con la doctrina de la Sala que reitera la sentencia en un caso de extinción del contrato de indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza.

- la **STS 29-11-2017 (Rec 7/2017 ECLI:ES:TS:2017:4714 )**, porque la sentencia estime la petición indemnizatoria por daños morales formulada por la parte en concepto de daños morales (6000 €), pero luego condene a una cuantía ligeramente superior (6.250 €), dado lo exiguo de la diferencia y que más bien pudiera tratarse de un mero error al consignar la cantidad.

#### **2.4.1.3. Incongruencia interna por la falta de respeto en suplicación de los hechos probados de instancia**

- La **STS (Pleno) 26-9-2017 (Rec 2445/2015 ECLI:ES:TS:2017:3679)**, aprecia incongruencia interna porque para resolver la cuestión suscitada sobre el derecho a la pensión de viudedad, la Sala de suplicación parte formalmente de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, pero en la fundamentación jurídica razona sobre una base fáctica distinta, para terminar acogiendo el recurso del INSS y desestimando la demanda. La sentencia razona que la modificación de los hechos probados en suplicación sin el éxito de la oportuna petición revisora, constituye una incongruencia que si bien puede ser denunciada por la parte agraviada en casación para la unificación de doctrina mediante el correspondiente motivo de infracción procesal, su falta de planteamiento no impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la existencia de contradicción con arreglo a los hechos probados en la instancia, dada la patente incongruencia que suponen dichas desviaciones fácticas oficiosamente llevadas a cabo por la Sala de suplicación y que a veces resultan difíciles de detectar, afectando al principio de seguridad jurídica. Esta es la novedad, si cabe, más importante de la sentencia comentada que, tomando como base el relato fáctico de instancia y sin necesidad de denuncia alguna de la parte interesada, aprecia la contradicción para terminar estimando el recurso, reconociendo la pensión de viudedad a la mujer que, aunque no disfrutara de pensión compensatoria, fue objeto de amenazas e insultos a la fecha de su separación, en aplicación de la excepción recogida en el art. 174.2 LGSS.

#### **2.4.2. Cosa juzgada**

##### **2.4.2.1. Cosa juzgada negativa o excluyente**

- Según la **STS 3-10-17 (Rec 2008/2015 ECLI:ES:TS:2017:3683)**, produce efectos de cosa juzgada en el proceso laboral la sentencia penal firme que exonera de responsabilidad penal y civil a una sociedad y a su administrador del delito contra la seguridad de los trabajadores, a raíz del accidente de trabajo en

que se vio implicado el actor y que determinó su declaración en situación de gran invalidez. La sentencia razona que la responsabilidad civil derivada del acto ilícito - al igual que la penal, cuya viabilidad reconoce la LGSS en su art. 127-3 (art. 168-3 de la ley vigente) es única, y si se juzga sobre ella en un proceso penal tal cuestión queda resuelta definitivamente en virtud de la llamada santidad de la cosa juzgada, lo que se impone en aras de la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y del prestigio de los tribunales que se pierde si recaen resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto. En consecuencia, no cabe volver a reclamar la responsabilidad civil por ese hecho, ya juzgado, pues lo impiden los arts. 24 CE y 222 LEC.

- Igualmente se aprecia la excepción de cosa juzgada en la **STS 20-12-17 (Rec 36/2017 ECLI:ES:TS:2017:4795)**, en la que se combatía la reducción salarial del 5% aplicada por el Ente Público Euskal Irrati Telebista Radio Televisión Vasca, porque las únicas cuestiones suscitadas en el recurso ya fueron resueltas en proceso seguido entre las mismas partes por sentencia anterior, que dio respuesta a todas ellas, sin que las resoluciones posteriores del TC la rectifiquen.

- Por su parte, la **STS 8-2-18 (Rec 180/2016 ECLI:ES:TS:2018:660)** llega a la conclusión de que la reclamación efectuada en el caso que enjuicia coincide con la resuelta en sentencia firme anterior, aplicando por ello la excepción de cosa juzgada del art. 222.1 LEC. A lo que añade que tampoco cabe esgrimir en el segundo procedimiento argumentos que pudieron haber sido alegados en el primero, de acuerdo con el art. 400.2 LEC.

#### **2.4.2.2. Cosa juzgada positiva**

- Aunque se examine con detenimiento en Seguridad Social, resulta interesante hacer referencia en este apartado dedicado al derecho procesal a la **STS 15-12-17 (Rec 4025/2016 ECLI:ES:TS:2017:4785)**, que reitera la doctrina de la Sala sobre la aplicación de la cosa juzgada positiva del art. 222.4 LEC en el proceso de reclamación de daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, cuando hay una sentencia firme de recargo de prestaciones de la Seguridad Social por enfermedad profesional que mantiene la infracción de la empresa en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

- La **STS 14-2-18 (Rec 205/2016 ECLI:ES:TS:2018:668)** aplica la cosa juzgada positiva derivada de sentencia firme recaída en proceso sobre responsabilidad civil, en la que se decidió que el accidente laboral sufrido por el trabajador demandado se produjo sin mediar incumplimiento alguno en materia preventiva por parte de su empleador, susceptible de generar responsabilidad civil por los daños sufridos, y que la causa exclusiva del mismo fue la imprudencia de la víctima, que exoneraba de cualquier responsabilidad a la empresa, debiendo por ello tal pronunciamiento ser asumido y respetado en el proceso en el que se enjuiciaba la responsabilidad por el recargo de prestaciones.

- La **STS 25-4-18 (R. 711/2016 ECLI:ES:TS:2018:1992)** aplica de oficio el efecto positivo de la cosa juzgada en un caso de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, fijado en vía administrativa y confirmado en instancia y en suplicación, ante la existencia de una sentencia posterior y firme del orden social aportada durante la sustanciación del recurso de casación para la unificación de doctrina al amparo del art. 233.1 LRJS, en la que se anula la sanción impuesta a la empresa en materia de prevención de riesgos laborales por deberse el accidente a imprudencia temeraria del trabajador.

- Se aplica, igualmente de oficio, la cosa juzgada en la **STS 29-5-18 (Rec 2333/2016 ECLI:ES:TS:2018:2345)** , respecto al proceso planteado de reconocimiento a los delegados de prevención del centro de control aéreo de ENAIRE en el aeropuerto de Gran Canaria de la garantía de crédito horario para el desempeño de sus funciones, al haberse resuelto esa misma cuestión por sentencia firme respecto de periodo anterior, sin que se haya alegado ni acreditado la existencia de cambio alguno en relación a la cuestión debatida.
- En el mismo sentido, la **STS 9-5-18 Rec 2841/2016 ECLI:ES:TS:2018:2135)**, aprecia la cosa juzgada positiva para resolver una reclamación de cantidad por la realización de funciones superiores desarrolladas durante un periodo posterior al resuelto por una sentencia anterior, que resolvió el mismo asunto entre las mismas partes, sin que constituya una variación sustancial de las circunstancias la orden dada por la dirección del Hospital de que se limiten a realizar los cometidos propios de su categoría, si la misma no va acompañada de la asunción de las tareas por personal de categoría superior y sin que se ordene el control de las mismas.

#### **2.4.3. Cosa juzgada y litispendencia**

- La **STS 12-12-17 (Rec 2542/2015 ECLI:ES:TS:2017:4772)** declara la nulidad de la resolución impugnada por no haber apreciado la de instancia la litispendencia alegada, respecto de procedimiento en el que se impugnaba el acuerdo con la representación legal de los trabajadores en que la empresa basaba la modificación; y por no haber estimado la recurrida el efecto positivo de cosa juzgada sobre la validez del referido acuerdo ya declarada judicialmente con carácter firme. En supuesto idéntico, la TS 23-2-18 Rec 2907/15, que a diferencia de aquélla resuelve sobre el fondo al tener datos suficientes para resolver lo planteado y resuelto en suplicación.
- La **STS 3-5-18 (Rec 119/2017 ECLI:ES:TS:2018:1996)** desestima la excepción de litispendencia porque cuando se interpuso la demanda que dio origen a esta litis, ya había recaído sentencia en el procedimiento anterior – con el que concurre la triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir – que apreció la excepción de inadecuación de procedimiento respecto del pedimento de la demanda coincidente con el objeto de este pleito, y dicho pronunciamiento no fue recurrido en casación por la parte demandante, que si recurrió los restantes pronunciamientos de la citada sentencia, lo que supone que dicho pronunciamiento devino firme.

#### **2.4.4. Multa por temeridad**

De acuerdo con la **STS 28-2-18 (Rec 2661/2015 ECLI:ES:TS:2018:929)**, la imposición al litigante de una multa por temeridad no conlleva la condena al pago de las costas del proceso cuando dicho sujeto no ostenta la condición de empresario, tal como se desprende de la literalidad de la LRJS art. 97.3.

### **3. Modalidades procesales**

#### **3.1. Proceso de despido. Adecuación de procedimiento**

La cuestión sobre cuál es el procedimiento adecuado para resolver sobre la petición de una mayor indemnización por despido cuando no se impugna la procedencia de la extinción contractual, ha sido ya resuelta por la Sala en el sentido de que el procedimiento adecuado es el de despido y no el proceso ordinario, solución que reitera la **STS 31-10-17 (Rec 3333/2015 ECLI:ES:TS:2017:4127)**.

### **3.4. Impugnación de despido colectivo**

#### **3.2.1. No es el procedimiento adecuado para impugnar la extinción de los contratos adoptada por auto del juez de lo mercantil**

Según la **STS 21-6-17 (Rec 18/2017 ECLI:ES:TS:2017:2628)**, la modalidad procesal de despido colectivo resulta inadecuada para impugnar el auto del juez de lo mercantil acordando la extinción de los contratos, porque de acuerdo con el art. 64.8 LC, dicha pretensión deberá ser canalizada, bien por la vía colectiva – como aquí se pretende – a través del recurso de suplicación que se interponga frente al referido auto, bien individualmente – por cada uno de los trabajadores afectados – a través del incidente concursal que se regula la LC en sus arts. 195 y 196.3.

#### **3.2.2. Impugnación de despido colectivo e impugnación de despido individual**

Según la **STS 28-2-2018 (Rec 1033/2016 ECLI:ES:TS:2018:873)** cabe la impugnación individual de despido colectivo aunque la impugnación colectiva por los representantes de los trabajadores ya se haya producido y esté en tramitación, de acuerdo con una interpretación lógico-sistemática del art. 51.6 ET y los arts. 124. 12 y 13-b) LRJS y del principio *pro actione* derivado del art. 24 CE, porque ningún precepto legal condiciona el ejercicio individual de la acción por despido a la terminación del proceso de conflicto colectivo.

#### **3.2.3. Legitimación, caducidad de la acción y exceso de competencia**

- La **STS 8-11-17 ( Rec. 40/2017 ECLI:ES:TS:2017:4216)** señala que carece de legitimación la sección sindical que no tiene implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo (art. 124.1 LRJS) por contar únicamente con dicho requisito en el centro de trabajo de Madrid - y no en los 16 centros restantes que componen la empresa y que están involucrados en el despido -, y no acreditar tampoco que tenga en dicho centro un nivel de implantación tal que, por extensión, pudiese considerarse a nivel de empresa, atendida la singular relevancia del centro de Madrid en el conjunto de la actividad empresarial.

- La importante **TS 17-5-17 (Rec 221/2016 ECLI:ES:TS:2017:2346)**, del Pleno de la Sala, aborda distintas cuestiones sustantivas y procesales con ocasión de una demanda de impugnación de despido colectivo, siendo estas últimas las más importantes. Así, se plantea, en primer lugar, la legitimación de los dos trabajadores, miembros del comité de empresa, para recurrir en casación, al cuestionarse su legitimación para ejercitar la acción, lo que la sentencia rechaza porque la dictada en la instancia resultó contraria a su intereses y porque dicha resolución rechazó las excepciones opuestas en ese sentido por las demandadas, sin que ninguna lo impugnara en casación o utilizara la vía del art. 211.1º LRJS, a lo que cabe añadir que lo dos trabajadores no actuaban como miembros del comité de empresa, sino como representantes del sindicato con



implantación en la empresa, por lo que no cabe apreciar de oficio la referida excepción. Lo mismo sucede con la caducidad de la acción, que se rechazó en la instancia sin que fuera cuestionada en casación, no pudiendo tampoco apreciarse de oficio al no haberse acreditado en el proceso con claridad los hechos en que se basa. Finamente, no se incurre en exceso de competencia porque se haya conocido en un solo proceso la impugnación del despido colectivo, la suspensión colectiva y la modificación de las condiciones de trabajo, ya que se adoptaron en el mismo periodo de consultas y existe conexión entre ellos, por lo que la impugnación debe ser conjunta, sin perjuicio de que pueda darse respuesta individualizada a cada uno de ellos. Al margen de ello, la sentencia señala que concurren las causas productivas y organizativas aceptadas en la firma del acuerdo por los sindicatos que representan al 88% de los miembros del comité de empresa, y que son ajustados a derecho los pactos sobre extinción de contratos con derecho a reingreso y suspensión de contratos conforme al calendario fijado en el acuerdo de consultas.

### **3.5. Procedimiento de oficio**

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

Según las **STS 1-3-17 (Recs 1172/2015 ECLI:ES:TS:2017:1445 )** y **3519/2015 ECLI:ES:TS:2017:1120**); seguidas, entre otras de las SSTS 3-3-2017 (Rec 364/2016 ECLI:ES:TS:2017:1144), y **28-3-17 (Rec 1172/2015 ECLI:ES:TS:2017:1445)**, 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 el art. 4.1 a) 1º RD 928/1998, de 14 de mayo, en relación con los arts. 22.2 y 23.1 b) LISOS.

### **3.4. Proceso de conflicto colectivo**

#### **3.4.1. Ámbito de aplicación**

##### **Es el procedimiento adecuado**

##### **- Para la impugnación de las modificaciones sustanciales colectivas. Diferenciación con las individuales**

La **TS 17-4-2018 (Rec. 345/2016 ECLI:ES:TS:2018:1700)** lleva a cabo la diferenciación entre modificaciones sustanciales colectivas e individuales a efectos de determinar si el procedimiento de conflicto colectivo es el adecuado para conocer de la demanda en ese caso planteada, en impugnación de una modificación sustancial que afectaba a 6 trabajadores de un centro de trabajo de la empresa demandada. Según la sentencia el art. 41.2 ET, en su redacción actual dada por RDL 3/2012, es claro al respecto, por cuanto de su dicción literal se deduce que la diferencia estriba en el número de trabajadores afectados por la modificación, de acuerdo con la escala establecida y computados dentro del periodo de 90 días a que hace referencia dicho precepto. Por lo que al afectar, en el caso enjuiciado, la modificación sustancial a 6 trabajadores, es claro que

debe calificarse como modificación individual, no siendo por ello el cauce de conflicto colectivo el adecuado para ejercitar la pretensión, de acuerdo con el art. 138 LRJS. Sin que sea posible tampoco la adaptación procesal del art. 102.2 LRJS, porque no coinciden los sujetos legitimados para sostener uno y otro proceso, y porque tampoco concurren al proceso todos los trabajadores afectados por la medida impugnada, a lo que hay que añadir que a diferencia de las colectivas, las modificaciones individuales no tienen acceso a suplicación, de acuerdo con el art. 191.2 e) LRJS.

- **Para la impugnación de la decisión unilateral de la empresa demandada de implantar un servicio de guardia de 24 horas para sus instalaciones de almacenamiento.** La **STS 2-6-17 (Rec 163/2016 ECLI:ES:TS:2017:2462)** concluye que dicha decisión constituye una modificación colectiva de las condiciones de trabajo, a pesar de que en la demanda no se calificara como tal (porque lo relevante es el contenido de la acción ejercitada, con independencia de la denominación que la parte le haya podido dar), y que por tanto, el plazo para el ejercicio de la acción es el previsto en el art. 59.4 ET, sin que obste dicha conclusión el hecho de que la empresa no siguiera los cauces del art. 41 ET para implantar la modificación, porque tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011 (LRJS), el controvertido plazo de 20 días caducidad para la impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo es aplicable en todo caso, con el único requisito de que se produzca la notificación escrita y de que se trate, lógicamente, de una modificación sustancial colectiva, reiterando con ello la doctrina de la Sala.

- **Para la anulación de la resolución del vicerrectorado de una universidad pública que convoca un concurso de méritos con exclusión del personal temporal, porque se trata de un acto empresarial.**

La **STS 18-10-17 (Rec 273/2016 ECLI:ES:TS:2017:4050 )** declara adecuado el procedimiento de conflicto colectivo para conocer de la impugnación de la validez de una convocatoria de evaluación de méritos realizada por una universidad que iba dirigida únicamente al personal laboral permanente, con exclusión del personal temporal. El suplico de la demanda solicitaba «se estime íntegramente la demanda declarando la anulación de la Resolución de 11 de noviembre de 2015, del Vicerrector de Personal Docente e Investigador de la UPV/EHU y de la convocatoria, en el sentido de determinar el ámbito de aplicación de la convocatoria también al personal contratado temporal, retrotrayendo el procedimiento a fin de disponer nuevo plazo de presentación de solicitudes para posibilitar la participación en el proceso al personal contratado temporal». La sentencia razona que no es el procedimiento de impugnación de actos administrativos del art. 151 y siguientes la LRJS el adecuado, sino el de conflicto colectivo porque este procedimiento regulado en el Cap. VIII del Libro II de la LRJS, está previsto para las reclamaciones dirigidas frente a un acto de empresa cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de ésta, en tanto que los distintos tipos de procedimiento especial que regula el [Capítulo] VII vienen referidos a reclamaciones frente a una administración que no ostenta aquella condición, sino la de titular de poderes públicos que actúa en cuanto tal, si bien proyectando sus decisiones sobre materia laboral o de seguridad social, pero en ningún caso como parte de una relación contractual, sino asumiendo una posición de superioridad respecto de cualquiera de las partes.

- **Para determinar la forma de cálculo de la cantidad que en concepto de incentivo por ventas debe percibirse en vacaciones por los trabajadores de**

**Altadis-Tabacalera**, porque lo que sostiene la parte demandante es que un determinado precepto convencional, que se venía interpretando y aplicando pacíficamente de una determinada manera, debe ser interpretado de otra forma como consecuencia de la doctrina del TJUE que determina que la anterior interpretación resulta contraria a lo dispuesto por la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre de 2003, el Convenio 132 OIT y el artículo 38 ET. Por tanto, no se pretende la modificación del convenio colectivo, ni directamente la declaración de ilegalidad de parte del mismo (lo que hubiera podido cuestionar el procedimiento aplicable por corresponder el de impugnación de convenio), sino que lo que se reclama es una determinada interpretación de la regulación convencional que resulte conforme con la normativa nacional e internacional de aplicación sobre la retribución del período vacacional, según la **STS 20-12-2017 (Rec 238/2016 ECLI:ES:TS:2017:4807)**.

- **Para la impugnación de la modificación operada en el sistema del uso del vehículo de empresa**, porque como señala la **STS 3-4-18 (Rec 106/2017 ECLI:ES:TS:2018:1454)**, se trata de una decisión empresarial de alcance colectivo, que ha provocado un conflicto real, ya que no es aceptada por del sindicato.

- **Para la impugnación de una cláusula de objetivos mínimos prevista en los contratos laborales de los captadores de Médicos sin Fronteras**, que se califica de abusiva en términos de generalidad y que incluye aspectos conectados al régimen disciplinario, según la **STS 23-3-18, (Rec. 71/2017 ECLI:ES:TS:2018:1448 )**.

- **Para determinar si la categoría de gestor debe asignarse a aquellos que, siendo teleoperadores especialistas, realicen las funciones de gestor en la empresa demandada, STS 16-5-18 (Rec 3370/2016 ECLI:ES:TS:2018:2247)**. Porque con ello no se incide en las particularidades de cada uno de los trabajadores afectados, “sino que se formula la imperatividad de la adecuada clasificación profesional de modo genérico y en atención a los dos parámetros sobre los que se asientan los elementos comunes del grupo de trabajadores afectado: la categoría de Teleoperadores y la realización de realizar las funciones superiores.

#### **No es el procedimiento adecuado:**

##### **- Para la tramitación de un conflicto que no es actual**

Es el caso de la **STS 13-7-2017 (Rec 222/2016 ECLI:ES:TS:2017:3200)**, porque la demanda se plantea frente a la comunicación que la empresa dirigió a todos los trabajadores de la plantilla, informando de manera no vinculante sobre determinados beneficios sociales, sin que se produjera una controversia real y efectiva, por lo que ni el procedimiento es el adecuado ni existe tampoco acción, que se plantea de forma meramente preventiva.

##### **- Para resolver un conflicto que no afecta al interés general de los trabajadores**

Es el caso de la **STS 30-5-17 (Rec 139/2016 ECLI:ES:TS:2017:2456)**, porque lo solicitado en la demanda (planteadas por los delegados sindicales de los CAU) es que se declararan fraudulentos los contratos de obra o servicio suscritos por los trabajadores con la universidad demandada, para la realización de proyectos de investigación, por no concurrir los requisitos necesarios para su celebración, lo que difícilmente puede hacerse desde una óptica genérica, pues, antes al contrario, exigiría un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes

en cada caso, atendiendo al tipo de actividad para el que el trabajador presta sus funciones y las características de las mismas.

### **3.4.2. Legitimación activa. Implantación suficiente y correspondencia entre el ámbito de representación y el del conflicto**

- El sindicato CGT está legitimado para plantear un conflicto que afecta a la totalidad de los centros de trabajo de la empresa IBERIA, en la que prestan servicios los trabajadores con la categoría profesional técnicos de mantenimiento aeronáutico (TMAs), porque atendiendo al número de integrantes de los que dicho sindicato dispone en diferentes comités de empresa de varios centros de trabajo, además de un representante en el comité intercentros, considera que acredita un nivel de implantación suficiente en el conjunto de la empresa, que le atribuye legitimación activa para interponer la demanda de conflicto colectivo cuyo ámbito es la totalidad de la empresa. La **STS 7-6-17 (Rec 166/2016 ECLI:ES:TS:2017:2459)** estima por ello el recurso y anula la sentencia de la Audiencia Nacional que acogió la excepción de falta de legitimación activa invocada por la demandada.

- Por otra parte, la Sala ya se ha pronunciado de manera reiterada sobre la necesidad de que se respete el principio de correspondencia entre el ámbito de la representación que ostentan quienes actúan en nombre de los trabajadores y el de afectación de la negociación o el conflicto colectivo en juego, tanto en materia de negociación colectiva, como en la impugnación judicial por la vía del conflicto colectivo de cualquier decisión o actuación de la empresa. En aplicación de esa doctrina la **STS 7-3-18 (Rec 239/2016 ECLI:ES:TS:2018:998)** considera que el comité de empresa de un determinado centro de trabajo carece de legitimación para promover un conflicto cuyo ámbito de afectación se extiende a los diversos centros de trabajo repartidos por todo el territorio nacional, aunque sea el único comité que se ha constituido hasta la fecha, porque la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo.

- No está legitimado para plantear demanda de conflicto colectivo en impugnación de la reducción temporal de jornada y salario adoptada por el sindicato demandado, un miembro de la comisión negociadora del acuerdo que es delegado de personal del centro de trabajo de Granada.

- Finalmente, la **STS 17-4-18 (Rec 101/2017 ECLI:ES:TS:2018:1494)** reitera la doctrina de la Sala con arreglo a la cual, si para la adopción de acuerdos se exige la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora, cabe concluir que para su impugnación haya de exigirse el mismo requisito, de modo que sólo cabe entender legitimados activamente, como mínimo, a la mayoría de los miembros de la comisión y no a una parte menor de dichos miembros, aunque sean disidentes respecto al acuerdo alcanzado.

### **3.5. Proceso de impugnación de convenio colectivo. Legitimación.**

#### **3.5.1. Legitimación activa de las asociaciones empresariales para la impugnación por ilegalidad del convenio**

Según la **STS 7-2-18 (Rec 272/2016 ECLI:ES:TS:2018:739)**, no está legitimada la asociación profesional demandante FED para impugnar el convenio estatal de acción e intervención social, al no prosperar la revisión fáctica ordenada a

rectificar la afirmación judicial de que “no consta acreditado que FED tengan empresas asociadas que se dediquen exclusivamente a la actividad de acción e intervención social”, al no haber sido probada su cualidad de asociación “interesada” (art. 165 LRJS). Esta sentencia señala que la presunción de representatividad de las asociaciones empresariales (derivada de la ausencia de un archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la misma) alcanza exclusivamente a los negociadores del convenio colectivo –máxime cuando supera el control de legalidad al que le somete la Administración–, sin que pueda extenderse a la legitimación procesal a que se refiere el art. 163.1.a) LRJS como requisito para impugnar por ilegalidad un convenio colectivo, dado que la misma únicamente corresponde a quienes acrediten su cualidad de asociaciones empresariales “interesadas” en la impugnación, habiendo precisado la Sala –respecto de esta última nota– que la asociación «está desde luego interesada en la impugnación por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia demandante», debiendo en todo caso la asociación empresarial que alega estar legitimada, probar dicha condición de acuerdo con el art. 217.2 LEC.

### **3.5.2. Legitimación de los representantes de los trabajadores**

Está legitimado para impugnar un convenio de empresa el único delegado de personal de un centro de trabajo de la empresa, que alega su exclusión indebida del proceso negociador del convenio colectivo, de acuerdo con la **STS 6-2-18 (Rec 10/2017 ECLI:ES:TS:2018:573)**.

## **4. Recurso de suplicación**

### **4.1. Sentencias recurribles “en todo caso”**

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

Las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales son siempre recurribles en suplicación, aunque no quepa recurso por razón de la materia o la cuantía litigiosa no supere los 3.000 € exigidos en la LRJS art. 191.2.g), tal como se deduce de la LRJS art. 191.3.f). Así lo indican, entre otras, las **SSTS 5-7-17 (Rec 1477/2015 ECLI:ES:TS:2017:3147)**, **24-10-2017 (Rec 3175/2015 ECLI:ES:TS:2017:3913)**, y **22-2-18 (Rec 1169/2015 ECLI:ES:TS:2018:932)**, que aplican la doctrina reiterada de la Sala corroborada recientemente por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 149/2016, de 19 de septiembre.

#### **4.1.2. Son recurribles las sentencias en las que se denuncia una infracción procesal**

Cabe igualmente recurso de suplicación cuando su objeto sea subsanar una falta esencial de procedimiento, de acuerdo con el art. 191.3.d) LRJS con independencia de cual sea la cuantía reclamada, según las **SSTS 19-7-17 (Rec 3792/2015 ECLI:ES:TS:2017:3227)** y **15-3-2018 (Rec 1295/2016 ECLI:ES:TS:2018:1188)**.

## **4.2. Sentencias recurribles por razón de la materia. Acceso a suplicación de las sentencias dictadas en procesos de impugnación individual de modificaciones sustanciales de carácter colectivo**

La **STS 26-2-18 (Rec 974/2016 ECLI:ES:TS:2018:905)** reitera la doctrina de la Sala establecida en las sentencias que cita, y en las que se razona que el art. 138.6 LRJS vincula la recurribilidad de las sentencias dictadas en procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no a la naturaleza colectiva del litigio, sino a la decisión empresarial, de modo que siempre que ésta tenga carácter colectivo, cabrá acudir, en su caso, a la suplicación, tanto si la decisión se ataca por los trabajadores individualmente considerados, como si se combate por el cauce del conflicto colectivo por los sujetos legitimados a tal efecto.

## **4.3. Sentencias recurribles por razón de la cuantía litigiosa**

### **4.3.1. Determinación de la cuantía litigiosa**

#### **- En los casos de acumulación de acciones**

De conformidad con la LRJS art. 192.2.2º, cuando en un mismo proceso se ejerciten acciones acumuladas, procederá recurso de suplicación cuando alguna de ellas sea recurrible; y eso es lo que sucede en el caso de la **STS 22/03/2018 (Rec 3248/2015 ECLI:ES:TS:2018:1353)**, puesto que, si bien la trabajadora reclamaba cantidades inferiores al tope legal de la LRJS art. 191.2.g) respecto de cada una de las ETT codemandadas, acumuló a tales pretensiones la condena solidaria de la empresa usuaria, lo que implica que, para dicha parte demandada, la reclamación alcanzaba la suma de los dos importes distribuidos entre las ETT, superando con ello el umbral mínimo de los 3.000 €.

#### **- En los procesos para la determinación de la base reguladora de la prestación por desempleo**

Según la **STS 14/02/2018 (Rec 784/2016 ECLI:ES:TS:2018:1701)** en estos casos hay que estar a la cuantía de las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa en cómputo anual, tal como señala el art. 192.4 LRJS, sin tener en cuenta la repercusión de la base reguladora reclamada en el cálculo de la futura pensión de jubilación.

### **4.3.2. Sentencias sujetas al límite de la cuantía litigiosa**

#### **- Las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia de Seguridad Social**

La restricción que establece la LRJS en su art. 191.3 g) para el acceso a suplicación de las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos, limitado a la cuantía de 18.000 euros, únicamente afecta a las que versen sobre materia laboral, pero no a las de Seguridad Social, cuya recurribilidad únicamente vendrá limitada por la cuantía general de 3.000 euros, calculada en la manera prevista en el artículo 192.4 LRJS y referida al contenido económico del acto sancionador que se pretende anular. A esta conclusión llega la **STS (Pleno) 2-11-17 (Rec 66/2016 ECLI:ES:TS:2017:4053)**, en un supuesto de impugnación de sanción por infracción muy grave a tenor de lo dispuesto en el art. 26.2 LISOS, razonando que aunque haya un único cauce procesal (art. 151 y siguientes LRJS) para la impugnación de los actos administrativos laborales y de Seguridad Social, eso no impide que estén sujetos a un sistema diferente de acceso a suplicación, pues se trata de cuestiones distintas que pueden ser tratadas de manera diversa por el legislador; y eso es precisamente

lo que hace la LRJS en su art. 191.3 g), tal como se deduce de una interpretación literal, sistemática y finalista del precepto, que no hace referencia alguna a los actos administrativos de Seguridad Social, sino sólo a los de naturaleza laboral, siendo ese tratamiento diferenciado deducible igualmente de la regulación separada que realiza la LRJS en el art. 2. letras n) y s), así como en los arts. 3 a), 192.4, 303.2 y Disp. Trans. 4ª, “lo que guarda relación con la regulación completa y específica de esta materia y que ha permitido el acceso al recurso de suplicación en el caso de las impugnaciones que se refieran al reconocimiento o denegación de prestaciones, como previene el art. 191.3 c)”. Reiteran doctrina las **SSTS 28-2-18 (Rec 1554/2016 ECLI:ES:TS:2018:890)** y **13-3-2018 (Rec 2161/2016 ECLI:ES:TS:2018:1209)** esta última en materia de desempleo.

#### **- Las sentencias sobre prestaciones de Seguridad Social**

Se aprecia de oficio la falta de competencia funcional en la **STS 15-3-18 (Rec 1663/2016 ECLI:ES:TS:2018:1248)**, para conocer de un litigio en materia de Seguridad Social en el que la diferencia reclamada en la demanda sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa, no alcanzaba los 3.000 €, que es el umbral establecido en la LRJS art. 191.2.g) para que pudiera recurrirse en suplicación, no apreciándose tampoco la existencia de afectación general.

- En el mismo sentido la **STS (Pleno) 11-5-18 (Rec 1800/2016 ECLI:ES:TS:2018:2148)** declara que no tiene acceso al recurso de suplicación la sanción impuesta al beneficiario - en el caso enjuiciado, de extinción del subsidio por desempleo – que supone un gravamen o consecuencia económica inferior a los 3.000 €.

### **4.3.3. Afectación general**

#### **4.3.3.1. Afectación general notoria por conflicto colectivo previo**

De acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala, la afectación general es notoria cuando la cuestión suscitada tenga como fundamento y precedente inmediato una sentencia de conflicto colectivo, que es lo que sucede en el supuesto enjuiciado por las **STS 3-5-17 (Rec 3628/2015 ECLI:ES:TS:2017:2196)** y **13/03/2018 (Rec 3866/2016 ECLI:ES:TS:2018:1223)**.

#### **4.3.3.2. Se aprecia afectación general para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debido a la existencia de una importante conflictividad real**

La **STS 24-1-18 (1552/2017 ECLI:ES:TS:2018:552)**, seguida de **STS 30-1-18 (Rec 1492/2016 ECLI:ES:TS:2018:465)** cambia el criterio de la Sala y aprecia de oficio la existencia de afectación general (que había rechazado –también de oficio – en resoluciones anteriores), a efectos de decidir cómo debe calcularse la base reguladora de la prestación por desempleo cuando la cotización se hace por meses y no por días, con arreglo a lo establecido en el art. 211.1 LGSS (art. 270.1 del texto actualmente vigente). La sentencia argumenta que se basa en el informe del Ministerio fiscal, y que los hechos posteriores a las primeras resoluciones de la Sala (**TS 11-10-17, Rec 513/16**) han demostrado la existencia de una importante conflictividad real - y no meramente potencial - sobre la materia, que ha venido progresivamente aumentando. A ello se une que en la interpretación de citado art. 211.1 tienen interés todos los afiliados a la Seguridad Social que pierden su empleo, sea a tiempo completo o a tiempo parcial, por

cuanto esa norma siempre resulta de aplicación para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo que se causa en esos casos. Por eso considera que debe entrarse en el fondo, a pesar de la escasa incidencia económica del pleito, “por cuanto, al unificar la doctrina al respecto, se satisfacen los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva que establecen los artículos 9 y 24 de la Constitución, se vela por el prestigio de los Tribunales evitando sentencias dispares y en definitiva con el tiempo se reducirá la litigiosidad sobre la materia, principios todos a los que responde el recurso de casación para unificación de doctrina que nos ocupa”. La conclusión es que, a la vista de todo ello y de la literalidad del repetido art. 211.1, en relación con el art. 210 ambos de la LGSS, es que para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo hay que computar por días y no por meses, debiendo considerar las cotizaciones efectuadas en los 180 días naturales anteriores a la situación legal de desempleo.

#### **4.4. Autos recurribles en suplicación.**

##### **4.4.1. Recurribilidad de los autos dictados en ejecución provisional**

Como sucedía con la LPL anterior, también la LRJS establece en sus arts. 191.4.d). 4º, y 304.3 la regla general de que en materia de ejecución provisional únicamente puede interponerse recurso de reposición contra el auto en que esta se acuerde, pero que no cabe recurrir en suplicación o casación. Con dos excepciones: primera, que el auto dictado en materia de ejecución provisional declare la falta de competencia o jurisdicción del orden social; y segunda, que la decisión recurrida haya sido adoptada materialmente fuera de los límites de la ejecución provisional. Ninguna de ellas concurre en el caso enjuiciado por la **STS 28-6-17 (Rec 231/2016 ECLI:ES:TS:2017:3191)**, porque al margen de su adecuación a derecho, la resolución recurrida (el auto desestimatorio del recurso de reposición) se limita a no despachar la ejecución provisional solicitada por la actora por entender que no concurren los requisitos exigidos para ello por la ley. Se mueve, por tanto, la resolución recurrida dentro de los límites materiales de la ejecución provisional, por lo que resulta plenamente de aplicación la regla general que no permite en tal materia los recursos devolutivos (en el caso, el recurso de suplicación).

##### **4.4.2. Irrecurribilidad del auto dictado en ejecución de sentencia que no confirmó la sanción por falta muy grave**

Según la **STS 25-10-17 (Rec 2829/2015 ECLI:ES:TS:2017:4420)** no cabe recurso de suplicación contra el auto dictado por el juzgado de lo social en ejecución definitiva de sentencia recaída en un procedimiento de impugnación de sanciones, que estimó la demanda y dejó sin efecto la sanción por falta muy grave impuesta por la empresa. Porque si de acuerdo con el art. 191. 2º a) LRJS, no procede en ese caso recurso de suplicación contra la sentencia, tampoco cabe recurso de suplicación contra el auto dictado en su ejecución.

##### **4.4.3. Irrecurribilidad del auto dictado en ejecución de sentencia en impugnación de una multa por temeridad**

La **STS 16-1-18 (Rec 969/2016 ECLI:ES:TS:2018:367)** aprecia de oficio la falta de competencia funcional de la Sala, al considerar que no cabía el recurso de suplicación en su día interpuesto, porque el caso debatido – consistente en



decidir si está o no prescrita la acción ejecutiva frente a una multa de temeridad - no tiene cabida en ninguno de los supuestos establecidos en el art. 191.4.d) LRJS.

## 5. Recurso de casación ordinaria

### 5.1. Resoluciones recurribles: sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos de las Administraciones públicas atribuidos al orden social

Según el art. 206.1 LRJS “Son recurribles en casación las sentencias dictadas en única instancia por las Salas a las que se refiere el apartado 1 del artículo anterior, excepto las sentencias dictadas en procesos de impugnación de 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 ciento cincuenta mil euros”. En aplicación de lo dicho precepto las **SSTS 30-5-17(Rec 144/2016 ECLI:ES:TS:2017:2738)**, **12-9-17 (Rec 194/2016 ECLI:ES:TS:2017:3308)** , **15-3-18 (Rec 156/2016 ECLI:ES:TS:2018:1192)** y **3-4-18 (R. 37/2017 ECLI:ES:TS:2018:1673)** , desestiman el recurso al ser la cuantía litigiosa inferior a 150.000 €.

### 5.2. Exigencias formales del recurso: cita y fundamentación de la infracción legal

- La **STS 26-4-17 (Rec 201/2016 ECLI:ES:TS:2017:2182)** desestima el recurso porque en su exposición entremezcla los tres motivos de la LRJS art. 207.a), b) y c) sin ni siquiera citarlos y sin cumplir con los requisitos del art 210.2 de la misma ley, por cuanto, ni se desarrollan los diferentes motivos por separado, ni se razona su pertinencia y fundamentación, ni se concreta la infracción cometida, ni se cita como infringido precepto legal alguno.

- Por su parte, la **STS 5-7-2016 (Rec 244/2016 ECLI:ES:TS:2017:4128)** desestima, por defectuoso, el recurso formulado por la empresa porque aunque formalmente se citan preceptos legales como infringidos, se fundamenta exclusivamente en la modificación de hechos probados, que es rechazada.

- Tampoco se expresan con el necesario rigor y claridad los motivos de impugnación de la sentencia recurrida en el recurso que examina la **STS 21-6-2017 (Rec 210/2016 ECLI:ES:TS:2017:4128)**, que además pone de manifiesto la falta de razonamiento sobre la pertinencia y fundamentación de los mismos en los términos exigidos por la LRJS art. 210 LRJS y la jurisprudencia que indica, desestimando por esa razón el recurso planteado.

- No puede prosperar el recurso que como único motivo se limita a pedir la revisión de los hechos probados, y a solicitar la nulidad de actuaciones, sin realizar mención alguna de la infracción procesal en la que, a juicio de quienes recurren, incurrió la Sala de instancia. Así lo expresa la **STS (Pleno) 19-10-17 (Rec 117/2017 ECLI:ES:TS:2017:3848)** que rechaza igualmente la pretensión subsidiaria formulada sobre el fondo del asunto, la no existir en el recurso motivo de censura jurídica alguna a la sentencia impugnada.

- En la **STS 17-10-17 (Rec 229/2016 ECLI:ES:TS:2017:3857)** el recurso no cita la ley que ha sido infringida (sólo indica el precepto), ni explica en qué ha consistido la infracción que denuncia, ni razona tampoco las alegaciones realizadas, defecto formal que justifica su inadmisión, conforme a la doctrina reiterada de la Sala.

- En el caso de la **STS 17-4-18 (Rec 101/2017 ECLI:ES:TS:2018:149)**, el recurso formulado no contiene indicación expresa de los preceptos que se consideran infringidos, ni menos aún determina en qué forma lo han sido.

- Finalmente, la normativa interna de un sindicato para justificar el motivo de infracción de ley, según la **STS 20-12-17 (Rec 270/2016 ECLI:ES:TS:2017:4715)** que reitera doctrina, 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 comporta vulneración de norma jurídica propiamente dicha, al órgano de la jurisdicción social encargado de la casación, sin que la formal denuncia de preceptos sustantivos, a la que se liga la contravención de la normativa sindical, soslaye el defecto.

### **5.3. Motivos del recurso. Error en la apreciación de la prueba**

La LRJS admite en su art. 207.d) la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado 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". Pero, como advierte la **STS 28-917 (Rec 228/2016 ECLI:ES:TS:2017:3692)** dicho precepto no permite la revisión plena del material probatorio, sino que se limita a la prueba documental, cuando se acredite que algún extremo de la misma ha sido valorado de manera equivocada.

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

### **6.1. Legitimación del Ministerio Fiscal**

Continúa la Sala pronunciándose sobre la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación de intereses frente al FOGASA, en recursos de casación para la unificación de doctrina planteados por el Ministerio público, con arreglo a la tercera de las posibilidades que le brinda la LRJS art. 219.3, cual es que no exista doctrina sobre el tema, ni quepa encontrar sentencias contradictorias, porque la norma a aplicar sea novedosa. Así, **SSTS 22-11-2017 Rec 1744/2016 ECLI:ES:TS:2017:4423** , **14-12-2017 (Recs 3194/2016 ECLI:ES:TS:2017:4711 y 1746/2016 ECLI:ES:TS:2017:4748, 13-3-2018 Rec 3798/2016 ECLI:ES:TS:2018:1131)**.

### **6.2. Exigencias formales del escrito de preparación**

- Como indica la **STS 29-11-17 (Rec 729/2016 ECLI:ES:TS:2017:4749)**, a diferencia de lo que sucede en otros escritos de preparación de recursos de casación - en los que basta con manifestar o anunciar la voluntad de recurrir -, en el recurso de casación para unificación de doctrina se debe además hacer referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción y exponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos (art. 221 LRJS). En el caso examinado por dicha resolución dichos requisitos no se cumplen porque el escrito de preparación se limitaba a expresar su decisión de recurrir, sin señalar la sentencia o sentencias de

contraste y, consecuentemente, sin efectuar análisis alguno acerca de la posible contradicción doctrinal, por lo que incurre en dos defectos esenciales, ambos de carácter insubsanable, de acuerdo con el art. 222.2 LRJS.

- Se aprecia, igualmente, en la **STS 24-1-18 (Rec 3492/2015 ECLI:ES:TS:2018:285)**, la falta de determinación del núcleo de contradicción y la falta de cita de la sentencia de contraste, aparte de que la cuestión planteada sea novedosa porque no se suscitó en suplicación, y eso impidió lógicamente que la sentencia recurrida se pronunciara sobre ella, careciendo por ello la pretensión de contenido casacional.

- La **STS 7-6-17 (Rec 1186/2016 ECLI:ES:TS:2017:2466)** advierte tanto la falta de relación precisa y circunstanciada de la LRJS art. 224.1.a), como la falta de cita y de fundamentación de la infracción legal exigida en el art. 224.1.b) de la misma ley. En el mismo sentido, se expresan, entre otras, las **SSTS 22-6-17 (Rec 3076/2015 ECLI:ES:TS:2017:3154)**, y **7-6- 2017 (Rec. 2211/2016 ECLI:ES:TS:2017:2688)**.

### **6.3. Idoneidad de la sentencia de contraste**

#### **6.3.1. Sentencias casadas y anuladas**

- No es válida para acreditar la contradicción exigida en la LRJS art. 219 aquella sentencia que en el momento en que se dictó la impugnada había sido casada y anulada, tal como indica la **STS 19-12-17 (Rec 30/2017 ECLI:ES:TS:2017:4761)**, porque de acuerdo con lo establecido en los arts 221.3 y 224.3 LRJS las sentencias invocadas de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso, habiendo señalado la Sala IV en numerosas resoluciones que ese requisito legal implica que la sentencia de contraste albergue "doctrina viva", así como que esa exigencia no se cumple cuando la sentencia de suplicación aportada como referencial ha sido casada y anulada totalmente por este Tribunal, supuesto en el que aquella pierde todo su valor y es sustituida por la sentencia pronunciada por la Sala.

#### **6.3.2. Sentencias no firmes**

- Por la misma razón, tampoco es idónea la sentencia de contraste que no era firme a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso, según las **SSTS 8-6-17 (Rec 1365/2015 ECLI:ES:TS:2017:2481)**, **3-10-17 (Rec 3033/2015 ECLI:ES:TS:2017:3680)** y **1-3-18 (Rec 2375/2016 ECLI:ES:TS:2018:877)**.

#### **6.3.3. Sentencias dictadas por órganos distintos a los previstos en el art.219 LRJS**

- No son idóneas como sentencias de contraste las dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo, pues es doctrina reiterada que la función unificadora que la Sala IV tiene atribuida por la LRJS no pueda extenderse a las resoluciones dictadas por otros órganos distintos a los indicados en el art. art. 219 LRJS, que es lo que sucede en la **STS 31-1-18 Rec 3914/2015 ECLI:ES:TS:2018:473)**.

#### **6.3.4. Sentencias que no aprecian la contradicción**

- No es idónea como término de comparación la sentencia que desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por apreciar la falta de

contradicción respecto del punto planteado, por cuanto eso le impide entrar a conocer del fondo del asunto y, al no pronunciarse sobre la controversia existente, no sienta doctrina contrapuesta a la que sostiene la sentencia recurrida, como señala la **STS 31-5-17 (Rec 885/2015 ECLI:ES:TS:2017:2457)**.

#### **6.3.5. Sentencias que no fueron citadas en preparación**

No es idónea la sentencia que no fue citada en preparación, como ocurre en el caso de la **STS 26-9-17 (Rec 3533/2015 ECLI:ES:TS:2017:3518)**, que aprecia la falta de correlación entre el escrito de preparación y el de interposición, por cuanto en el segundo se introduce novedosamente una materia que no fue incluida en el núcleo de contradicción, y se acompaña de la cita de una sentencia de contraste que tampoco se indicó al preparar el recurso, con lo que se incurre en un defecto procesal insubsanable que determina la desestimación del motivo, de acuerdo con los arts. 221.2 a) y 225.4 LRJS.

#### **6.4. Requisitos formales del escrito de formalización del recurso**

- De acuerdo con lo dispuesto en la LRJS art. 224 el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada y la infracción legal atribuida a la sentencia impugnada en los términos establecidos por el propio precepto y por la doctrina reiterada de la Sala IV del Tribunal Supremo.

- Destaca en este punto el recurso que examina la **STS 24-1-18 (Rec 450/2016 ECLI:ES:TS:2018:541)**, pues ni realiza una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, ni identifica la sentencia referencial, ni menciona la jurisprudencia anunciada y además pretende indirectamente la modificación de hechos probados.

- Por otra parte, según la **STS 22-3-18 (Rec 1626/2016 ECLI:ES:TS:2018:1191)** es necesario que exista correspondencia entre el núcleo de contradicción identificado al preparar el recurso y la materia de contradicción señalada en el escrito de interposición, ya que lo contrario supone que el núcleo de contradicción no se fijó de manera correcta o que se ha producido la alteración del objeto del debate planteado en casación, con vulneración de la LRJS art. 224 en relación con art. 221.2.a).

##### **6.4.1. Relación precisa y circunstanciada de la contradicción**

Además de las sentencias indicadas, hay que citar la **STS 13-3-18 (Rec 1333/2016 ECLI:ES:TS:2018:1052)**, que aplica la doctrina reiterada de la Sala IV del Tribunal Supremo según la cual el escrito de interposición del recurso deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos establecidos en el art. 224.1 a) LRJS, en relación con los arts. 221.2.a) y 219 de dicha Ley. Dicho requisito exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de sus fundamentos a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, constituyendo el incumplimiento de dicho requisito un defecto insubsanable de los previstos en el art. 225.4 LRJS determinante de la inadmisión del recurso o, en su caso, de su desestimación, que es lo que sucede en el caso que examina ya que el recurso se limita a reproducir parte de los hechos y fundamentos de derecho de las sentencias comparadas y a decir que

son iguales, sin hacer las necesarias comparaciones que evidencien la existencia de una identidad sustancial entre los supuestos que se comparan.

#### **6.4.2. Determinación y fundamentación de la infracción legal**

La Sala ha señalado con reiteración que el recurso de casación para la unificación de doctrina debe estar fundado en un motivo de infracción de ley, de acuerdo con la LRJS art. 224 1. b) y 2, en relación con los apartados a), b), c) y e) del art. 207 del mismo texto legal, y que dicha 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) precedente, 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”. De modo que dicho requisito “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 pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia.

- Como señala la **STS 5-4-18 (Rec 3123/2016 ECLI:ES:TS:2018:1447)**, no basta con la contradicción para sostener el recurso, sino que además la parte recurrente debe fundamentarlo jurídicamente, para lo cual no es suficiente con la cita o denuncia de normas o jurisprudencia, sino que el escrito de interposición deberá ofrecer las razones en las que apoya aquella denuncia jurídica, como se desprende de la literalidad del citado art. 224.1 b) LRJS, que es análogo a lo que dispone la LEC en su art. 481. En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las **STS 12-12-17 (Rec 684/2016 ECLI:ES:TS:2017:4709)**, y **21-2-18 (Rec 198/2016 ECLI:ES:TS:2018:816)**.

### **6.5. Requisito de la contradicción**

#### **6.5.1. Doctrina general**

##### **6.5.1.1. Libertad de criterio de la Sala IV del Tribunal Supremo para resolver el litigio cuando aprecia contradicción**

La Sala Cuarta ha señalado en diversas ocasiones que la apreciación de la contradicción del art. 219 LRJS no impide que la Sala aplique la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, aunque no coincida con ninguna de las tesis mantenidas por las sentencias comparadas, Así lo dicen, entre otras, las **SSTS Pleno 26-4-17 (Rec 379/2016 ECLI:ES:TS:2017:2009)**, **27-4-17 (Recs 279 ECLI:ES:TS:2017:2004 y 280/2016 ECLI:ES:TS:2017:1998)**, **28-4-17 (Rec 490/2016 ECLI:ES:TS:2017:2089)**, que versan todas sobre el mismo asunto (determinación de si la cuantía indemnizatoria del despido colectivo en El País es la pactada en acuerdo de consultas o en acuerdo anterior de fin de huelga del grupo Prisa). Esa libertad que corresponde a la Sala al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder no supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina:

«Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ3).

#### **6.5.1.2. Aplicación por las sentencias comparadas de regulaciones distintas**

- No cabe apreciar la contradicción cuando las sentencias aplican convenios colectivos distintos, que regulan de forma diferente la cuestión objeto de litigio según la **STS Pleno 25-1-10 (Rec 3473/2015 ECLI:ES:TS:2018:390)**.
- Tampoco puede ser apreciada cuando las sentencias aplican normas distintas, como sucede en la **STS 21/06/2017 (Rec 401/2016 ECLI:ES:TS:2017:2886)**, porque la sentencia de contraste aplicaba el artículo 145.2 de la LGSS sobre la cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, en la redacción anterior a su reforma, mientras que la de recurrida lo hace en la redacción hoy vigente.
- Es el caso también de la **STS 4-7-17 (Rec 2152/2015 ECLI:ES:TS:2017:2896)**, que descarta la contradicción de sentencias porque la reclamación de la incapacidad temporal se efectúa con posterioridad a la integración en el Régimen General de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, mientras que el supuesto de contraste es anterior a dicha unificación.

#### **6.5.1.3. Los *obiter dicta* no sirven para acreditar la contradicción**

Por otra parte, la contradicción debe ser real y no hipotética, por lo que los *obiter dicta* que se contienen en las sentencias no son válidos para acreditar la contradicción, tal como señala la **STS 31-1-18 (Rec 3914/2015 ECLI:ES:TS:2018:473)** reiterando la doctrina de la Sala, de la misma manera que dichos razonamientos tampoco sirven para fundamentar el fallo que se dicta.

### **6.5.2. Supuestos especiales de contradicción**

#### **6.5.2.1. Contradicción y vulneración de derechos fundamentales**

En la **STS 18-5-17 (Rec 3284/2015 ECLI:ES:TS:2017:2210)** se enfrenta una vez más la Sala al examen de la contradicción del art. 219 LRJS cuando se basa en la vulneración de un derecho o libertad pública fundamental - en ese caso, del art. 24.1 CE por incongruencia interna -. La sentencia nos recuerda, con cita de diversas sentencias de la Sala, que la igualdad sustancial en estos casos debe venir referida a la pretensión de tutela del derecho constitucional de que se trate, pues una interpretación más estricta conduciría a vaciar de contenido la apertura realizada por el citado precepto, cuya evidente finalidad es la de facilitar y potenciar una adecuación de la doctrina jurisdiccional ordinaria a la doctrina constitucional, finalidad que difícilmente se alcanzaría si se exigiera esa igualdad sustancial en hechos, fundamentos y pretensiones entre las sentencias comparadas, la sentencia ordinaria y la sentencia constitucional. Si bien señala la **STS 14-7-17 (Rec 2320/2015 ECLI:ES:TS:2017:3228)** que aunque no es necesario que las pretensiones sean idénticas, sí deben serlo 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 podía 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)".

### **6.5.2.2. Contradicción y Cuestiones procesales**

- Las **SSTS 12-12-17 (Rec 3279/2015 ECLI:ES:TS:2017:4733)** y **21-2-18 (Rec 920/2016 ECLI:ES:TS:2018:758)** aprecian la contradicción siguiendo el criterio flexible establecido la Sala IV y que se plasma en el Acuerdo adoptado en Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02-2015, en el que se decidió 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, en estos casos la exigencia de las identidades del citado art. 219 no hay que referirla la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto, sino a la controversia procesal planteada, siendo preciso que concorra en ese extremo la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas porque, de lo contrario, dada la naturaleza de esas infracciones, se acabaría dando a las mismas el tratamiento procesal de la casación ordinaria, lo que no resulta admisible.

- En este sentido, la **STS 22-3-18 (R. 940/2016 ECLI:ES:TS:2018:1190)** aprecia la contradicción aunque en la sentencia recurrida se trate de una simple incongruencia omisiva y en la de contraste se examine una incongruencia por error, pues en ambos casos nos encontramos ante sendas incongruencias, vulnerando ambas la tutela judicial efectiva. Siguiendo esta doctrina flexibilizadora, no se aprecia, sin embargo, la contradicción en la STS 1-3-18 (Rec 1881/2016 ECLI:ES:TS:2018:770).

- Por su parte, la **STS 1-3-18 (Rec 1422/2016 ECLI:ES:TS:2018:917)** reitera la doctrina de la Sala con arreglo a la cual la contradicción es necesaria para examinar la competencia material de los órganos judiciales del orden social. Precisamente debido a la falta de dicho presupuesto procesal, la sentencia desestima el recurso en el caso que examina, de una funcionaria de carrera que reclamaba una indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, por infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

- Lo mismo sucede con la nulidad de actuaciones, que no puede ser examinada sin acreditar previamente la contradicción en la correspondiente materia procesal, tal como señala la **STS 26-9-17 (Rec 2030/2015 ECLI:ES:TS:2017:3585)**.

### **6.5.2.3. Determinación de existencia de relación laboral**

Se trataba en el caso resuelto por la **STS 7-11-17 (Rec 3573/2015 ECLI:ES:TS:2017:4087)** de determinar en procedimiento de oficio instado por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la demandada, Fundació Música Simfónica i de Cambra de Sant Cugat, la naturaleza de la relación que vinculaba a los músicos codemandados con la dicha institución. La

sentencia señala que en esta materia es difícil pero no imposible apreciar la contradicción, y concluye estimándola al concurrir los requisitos del art. 219 LRJS, estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la Fundación demandada al no darse las notas de dependencia y retribución del art. 1.1 ET. No sin dejar de reprobar la conducta del abogado recurrente que utilizó expresiones inadecuadas respecto de los componentes de la Sala de suplicación.

#### **6.5.2.4. Dificultad de la contradicción en el despido disciplinario y sus excepciones**

La Sala ha declarado con reiteración que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico. Así, por todas, STS 06/10/2016 (R. 5/2015). Sin embargo, la **STS 21-9-17 (Rec 2397/2015 ECLI:ES:TS:2017:3592)** aprecia la contradicción porque en el caso que examina no se trata de la graduación de la conducta de la trabajadora que motivó el despido, sino de determinar si la empresa podía sancionar la actuación realizada fuera de su horario y lugar de trabajo, consistente en apropiarse mediante el hurto de determinados productos en otro supermercado de la empresa, distinto del centro de trabajo en el que prestaba sus servicios.

#### **6.5.2.5. Resolución del contrato por incumplimiento del empresario**

Es doctrina unificada de la Sala que la calificación de conductas a efectos de su inclusión en alguno de los diferentes apartados del art. 50.1 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión se funda en una valoración individualizada de las circunstancias concretas del caso, que normalmente no permite su generalización a otro supuesto distinto, tal como indica la **STS 14-9-2017 (Rec 3386/2015 ECLI:ES:TS:2017:3659)**, en un caso de incumplimiento reiterado del abono del salario.

### **6.5.3. Supuestos excluidos de la exigencia de contracción**

#### **6.5.3.1. Examen de la competencia funcional**

Es doctrina reiterada que la cuestión de competencia funcional puede resolverse de oficio, aunque no sea planteada por las partes, y su análisis debe realizarse con carácter previo, sin estar condicionado por el presupuesto de la contradicción exigida en la LRJS el art. 219. La razón estriba en que el tema afecta al orden público procesal y a la propia competencia funcional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pues el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (por todas, **STS 27-6-17 Rec 957/2015 ECLI:ES:TS:2017:2697** , **24-10-17 Rec 3175/2015 ECLI:ES:TS:2017:3913** y **18-10-17 Rec 2979/2015 ECLI:ES:TS:2017:3915**, y las que en ellas se citan).



### **6.5.3.2. Examen de la competencia internacional**

Tampoco es necesario apreciar la contradicción cuando se trata de decidir sobre la competencia internacional de los tribunales españoles del orden social, pues en estos casos debe resolverse, incluso de oficio, la cuestión competencial planteada, como sucede también en supuestos de incompetencia material manifiesta y de falta de competencia funcional, de acuerdo con la **STS 16-1-18 Rec 3876/2015** ECLI:ES:TS:2018:375).

### **6.5.3.3. Ejecución de sentencias de conflicto colectivo**

Tampoco es necesaria la contradicción cuando la pretensión deducida en el recurso de casación para la unificación supone la ejecución de una sentencia firme de conflicto colectivo, en cuyo caso el recurso debe resolverse aplicando los efectos de la cosa juzgada de la sentencia firme recaída sobre idéntico objeto, por imperativo de la LRJS art. 160.5, sin necesidad de apreciar previamente el presupuesto legal de la contradicción. Es el caso, entre otras, de las **SSTS 8-11-16 (Rec 102/2016** ECLI:ES:TS:2018:375) , **29-11-17 (Rec 363/2015** ECLI:ES:TS:2017:4424) , **28-11-17 (Rec 428/2016** ECLI:ES:TS:2017:4555) , y **1-3-18 (Rec 1579/2015** ECLI:ES:TS:2018:1018) , en las que se reclamaba la revisión salarial del convenio colectivo de limpieza pública viaria de la provincia de Granada más allá de la fecha de finalización de su vigencia.

### **6.5.3.4. Derecho a un juez imparcial**

La **STS 21-2-18 Rec 920/2016** ECLI:ES:TS:2018:758 , con cita como precedente de la TS 3-3-15 Rec 1635/12, señala que no se exige la contradicción de la LRJS art. 219 para examinar la solicitud de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho a un juez imparcial.

## **6.6. Contenido casacional de la pretensión**

### **6.6.1. Cita de contraste de doctrina abandonada**

Hasta ahora se venía declarando la falta de valor referencial y, por tanto, de idoneidad para ser utilizadas de contraste las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo cuya doctrina ha sido superada o rectificadas por sentencias posteriores, resultando la recurrida acorde con la doctrina reciente. Pero según la **STS 23-2-18 (Rec 1133/2016** ECLI:ES:TS:2018:888) con ese planteamiento realmente se apuntaba a la causa de inadmisión consistente en la falta de contenido casacional, que a partir de ahora se considera la expresión formal más adecuada para el referido defecto y por la que expresamente se decanta la Sala, “habida cuenta de que la función institucional del RCUD es procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico –la función de defensa de la legalidad–, y que por ello carecen de aquel objetivo –el indicado casacional– los recursos interpuestos contra sentencias que sean coincidentes con la doctrina de esta Sala”.

### **6.6.2. 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 recogido en el art. 225.4 LRJS, puedan inadmitirse por falta de contenido casacional los recursos que se interpongan contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo, tal como señalan, entre otras, las **SSTS 25-9-17 (Rec 2798/2015 ECLI:ES:TS:2017:3522)** y **11-10-17 (Rec 863/2016 ECLI:ES:TS:2017:4132)** en el caso que examinan, reiterando con ello la doctrina de la Sala.

### **6.6.3. Revisión de los hechos probados**

Carece de contenido casacional la pretensión deducida en el recurso que suponga la revisión de hechos probados sea de forma directa - mediante la denuncia de un error de hecho -, o indirecta - mediante el planteamiento de cuestiones relativas a la valoración de la prueba -, tal como establece el art. 224.2 LRJS y viene declarando desde antiguo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, doctrina que reiteran las **STS 1-12-17 (R. 4086/2015 ECLI:ES:TS:2017:4388)** y **13-2-18 (Rec 2577/2014 ECLI:ES:TS:2018:791)**.

### **6.6.4. Impugnación insuficiente de la sentencia recurrida**

- Resulta igualmente apreciable la falta de contenido casacional cuando en el recurso no se articula motivo alguno específicamente destinado a impugnar la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, ni se alega respecto de dicha cuestión precepto alguno infringido, ni, en fin, se cita tampoco una sentencia de contraste, según la **STS 6-2-18 (Rec 891/2017 ECLI:ES:TS:2018:564)**.

- En el mismo sentido, la **STS 13-3-18 (Rec 938/2016 ECLI:ES:TS:2018:1001)** desestima el recurso porque no combate la razón de decidir primera y principal de la sentencia recurrida (defectos formales del recurso de suplicación), sino que se ciñe a la cuestionada validez del cese (abordado, a mayor abundancia, por la sentencia recurrida).

## **7. Aspectos comunes a los recursos de suplicación y de casación**

### **7.1. Cambio de jurisprudencia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva**

No existe vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE), ni se infringe el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) por el hecho de haber cambiado la jurisprudencia para adaptarla a la norma vigente en el momento de los ceses; tampoco hay eficacia retroactiva alguna en las decisiones de la Sala, que se limitan a interpretar de manera diferente una norma preexistente a la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012, tal como indican, entre otras, las **SSTS 20-7-17 (Rec 3358/2015 ECLI:ES:TS:2017:3312)**, **18-9-17 (Rec 514/2015 ECLI:ES:TS:2017:3434)**, **15-11-17 (Rec 440/2015 ECLI:ES:TS:2017:4392 y 1049/2015 ECLI:ES:TS:2017:4237)**, y **14/02/2018 (Rec 513/2015 ECLI:ES:TS:2018:59)**.

### **7.2. Prevalencia del órgano de instancia en la interpretación de los convenios y acuerdos colectivos**

- La **STS 25-10-17 (Rec 256/2016 ECLI:ES:TS:2017:4052)** reitera doctrina al señalar que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos debe atribuirse con carácter general un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la

actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes, y que su criterio ha de prevalecer sobre el más subjetivo del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. Con cita de otras sentencias.

- Precisamente esa excepción a la regla general es la que se produce en las **SSTS 26-9-17 (Rec 2030/2015 ECLI:ES:TS:2017:3585)** y **31-10-17 (Rec 3234/2015 ECLI:ES:TS:2017:4015)**, dictadas en relación con el Convenio colectivo de limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado y el requisito de los cuatro meses de servicios previos para que opere la subrogación convencional prevista en su art. 50. Dichas sentencias señalan que dichos servicios no han de ser necesariamente prestados de forma exclusiva para el Ayuntamiento contratante de la limpieza, porque no se deduce ni de la interpretación literal del precepto - que nada dice expresa o implícitamente al respecto -, ni resulta adecuado tampoco a la finalidad de la norma dirigida al mantenimiento del empleo en supuestos como estos, en los que no existe la sucesión legal del art. 44 ET, resolviendo con ello de manera contraria a lo decidido por la sentencia de suplicación, que resolvió sin observar las reglas exegéticas y opuesta a la previsible finalidad de la regulación convencional.

### **7.3. Facultad privativa del órgano de instancia en la interpretación de los contratos y sus excepciones.**

Es el caso también de la **STS 19-9-17 (Rec 178/2016 ECLI:ES:TS:2017:3569)** dictada en proceso de conflicto colectivo, en un supuesto de desigualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos a efectos de progresión salarial en CRTVE, al exigir sólo de aquéllos que hubieran desempeñado «todas las funciones de la categoría» con la que ingresaron en plantilla. La sentencia se aparta así del criterio de la sentencia impugnada al no ser racional ni lógico y resultar contrario a los arts. 14 CE y 15.6 ET, exceptuando con ello la regla general sobre la primacía del Juez de instancia en la interpretación de los contratos.

### **7.4. Legitimación para recurrir: existencia de interés en el pleito**

La doctrina moderna viene aplicando el criterio del interés, directo o indirecto, en el pleito – frente a la antigua regla del gravamen – que se consagra en la LRJS art. 17.5 en términos parecidos a la LEC art. 448.1 [“Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”], especificando la ley laboral que ese interés existe “por haber visto desestimada cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas [las resoluciones] directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores”. Lo que permite a la **STS 8-2-18 (Rec 1121/2015 ECLI:ES:TS:2018:594)** concluir en el caso que enjuicia que, aunque la sentencia desestimara el recurso del trabajador y el pronunciamiento declarara la procedencia del despido - tal como la empresa había interesado –, no cabe negar la legitimación de esta última para recurrir con la denuncia de la infracción de los arts. 18 CE y 20 ET, dado que no sólo está en juego la amplitud de los

poderes empresariales de control, sino también, de un lado, la concreta acreditación del incumplimiento imputado en la carta de despido, y de otro, la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria de derechos fundamentales del trabajador.

#### **7.5. Revisión de los hechos probados (solo casación ordinaria y suplicación)**

Las **SSTS 4-7-17 (Rec 200/2016 ECLI:ES:TS:2017:3162)**, **8-2-18 (Rec 56/2017 ECLI:ES:TS:2018:563)** y **22-3-18 (Rec 41/2017 ECLI:ES:TS:2018:1348)** nos recuerdan cuáles son los requisitos exigidos de manera reiterada por la Sala para que prospere el motivo previsto en la LRJS arts. 193.b) y 207.d): “1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse). 2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica. 3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa. 4. 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 [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. 5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte» encuentra fundamento para las modificaciones propuestas. 6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. 7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental”.

- Se rechaza la revisión de los hechos probados en la **STS 20-12-18 (Rec 270/2016 ECLI:ES:TS:2017:4715)**, dictada en casación ordinaria porque la variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental, ya que la LRJS art. 207 sólo acepta –en la casación laboral común u ordinaria– el motivo de «error en la apreciación de la prueba» que esté «basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador»; y en esta línea la Sala ha rechazado expresamente la habilidad

revisora de la prueba pericial, que «no está contemplada en el art. 207.d) LJS como susceptible de dar lugar a sustentar un error en la apreciación probatoria en el recurso de casación, a diferencia de lo que sucede en el de suplicación [art. 193.b LRJS], aparte de que la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil [art. 348] confiere a los órganos jurisdiccionales la facultad de valorar «los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», y la Sala de instancia ya valoró esta prueba en conjunción con el resto de la practicada. Sin que por el hecho de que la pericial esté documentada cambien las cosas, pues no cabe confundir el soporte de una prueba --pericial o testifical consistente en informe de investigación-- con la naturaleza de la misma. En definitiva, la documentación física no cambia su naturaleza y la convierte en prueba documental, dotándola de potencialidad para modificar el relato de los hechos. Con cita de numerosa jurisprudencia.

- Según la **TS (Pleno) 12-7-17 (Rec 278/2016 ECLI:ES:TS:2017:3117)** , las actas e informes de la Inspección de Trabajo no son «documento» a los efectos de revisión de los hechos probados, pues aunque proceden de un funcionario especialmente cualificado en la materia sobre la que informa, sus apreciaciones fácticas no dejan de ser manifestaciones documentadas inhábiles - aunque objetivas y competentes - para modificar el relato fáctico. Por otra parte, las sentencias no firmes tampoco son un «documento» hábil a los efectos de la LRJS art. 207.d), ya que se limitan a expresar la convicción judicial obtenida en un determinado procedimiento y en atención a la prueba que en el mismo se haya producido; y lo mismo sucede con las sentencias firmes, pues dicha firmeza lo que le otorga es la eficacia propia de la cosa juzgada, en sus aspectos positivo y negativo.

- En el caso de la **STS 19-12-17 (Rec 34/2016 ECLI:ES:TS:2017:4803)** no se trataba propiamente de un error en la apreciación de la prueba, al que literalmente se refiere el art. 207.d) LRJS, sino más bien de un simple error aritmético sufrido por la decisión recurrida en el segundo de los hechos probados y que debía haber llevado a la aclaración de la sentencia, conforme al art. 267.3 LOPJ y 214.3 LEC; y ello aunque la corrección de ese error hubiese podido provocar la rectificación del pronunciamiento de la sentencia dictada, que es lo que sucede en este caso pues la corrección del error conduce al Tribunal Supremo a estimar el recurso formulado por el sindicato demandante en proceso de conflicto colectivo, planteado sobre la supresión de pagas extra prevista en convenio colectivo para la reducción de la contrata en determinado porcentaje, en el sector de transporte de enfermos en Islas Baleares.

- Por otra parte, la sentencia de suplicación puede cambiar la calificación de la incapacidad permanente sin necesidad de que se alteren los hechos probados de instancia, porque se trata de una cuestión jurídica, como señala la **STS 12-12-17 (Rec 3279/2015 ECLI:ES:TS:2017:4733)**.

## 7.6. Cuestión nueva

- Como señala la **STS 20-6-17 (Rec 3743/2015 ECLI:ES:TS:2017:2625)**, la doctrina sobre la inadmisibilidad de cuestiones nuevas en todo tipo de recursos tiene su fundamento en el principio de justicia rogada (art. 216LEC), en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación (arts. 218 y 219 LRJS) y en el derecho de defensa que deriva del art. 24 CE, de acuerdo con lo cual aprecia cuestión nueva, porque la suscitada en el recurso no fue planteada ni en la instancia ni en suplicación.

- Se aprecia igualmente en la **STS 8-2-18 (Rec 3496/2016 ECLI:ES:TS:2018:570)**, porque siendo el objeto del debate la impugnación de la sanción impuesta por la empresa, en suplicación se denunciaron como preceptos infringidos por la sentencia de instancia los arts. 24 CE y 58 ET, mientras que el recurso de casación para la unificación de doctrina lo que plantea es si al sancionar de forma diversa a los trabajadores por unos mismos hechos el empresario vulneró el principio de igualdad de trato del art. 14 CE. Además, como señala la **STS 8-3-18 (Rec 1591/2016 ECLI:ES:TS:2018:1003)**, el planteamiento de una cuestión nueva da lugar en el recurso de casación para la unificación de doctrina a la inexistencia de contradicción, porque esa cuestión no fue examinada por la sentencia recurrida, lo que es causa de inadmisión del recurso.

- Sin embargo, no es cuestión nueva que el trabajador - personal laboral no fijo - que impugna su cese por despido, solicite por primera vez en casación para la unificación de doctrina la indemnización prevista para la extinción de los contratos temporales del art. 49.1.c) ET, porque “lo que el trabajador reclama cuando solicita la calificación del cese como despido nulo o improcedente no es otra cosa que el abono de la máxima indemnización legal que proceda, sin que sea necesario que se tenga que instar en la demanda la pretensión concreta de una específica cuantía indemnizatoria, de tal manera que la acción ejercitada en reclamación de la indemnización correspondiente al despido improcedente lleva en sí mismo implícita la de la menor indemnización que el antedicho precepto contempla para la extinción de los contratos temporales”, según la **STS 9-5-17 (R. 1806/2015 ECLI:ES:TS:2017:2095)**, que reitera doctrina.

#### **7.7. El vicio de “hacer supuesto de la cuestión”**

La **STS 25-10-17 (Rec 256/2016 ECLI:ES:TS:2017:4052)** insiste sobre la inconveniencia, ya señalada de forma reiterada por la Sala, de argumentar el recurso con 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 caso enjuiciado, el dato en cuestión se había intentado incorporar sin éxito al relato fáctico. Con cita de jurisprudencia.

#### **7.8. Costas: Sujetos excluidos y condena a las entidades gestoras por temeridad o mala fe**

- No procede condenar en costas al trabajador vencido en el recurso al gozar este del beneficio de justicia gratuita, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS. Así, la **STS 10-1-18 (R. 665/2016 ECLI:ES:TS:2018:272)** indica que no se advierte en la sentencia recurrida ningún atisbo de declaración de existencia de temeridad o mala fe, y que tampoco cabe cuestionar la condición de trabajador del actor por cuanto el litigio deriva de la aplicación de una circular, relativa a un concurso de traslado, que presupone la condición de trabajador en quienes pretenden participar, condición que no cabe negar ni siquiera en el caso de sanción, pues la misma es manifestación del ejercicio de la potestad disciplinaria.

- Tampoco procede la condena en costas al Servicio Madrileño de la Salud (SERMAS), porque goza del beneficio de justicia gratuita propio de las Entidades Gestoras (EEGG), que ha de aplicarse a los organismos de las Comunidades

Autónomas que han asumido en el territorio de éstas la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social que antes llevaba a cabo el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), pese a no figurar en la relación -«enumeración»- de EEGG que hace el art. 57 LGSS/1994 (actualmente, art. 66 LGSS), al existir igualdad de razón a los efectos que aquí nos ocupan. Sin que a ello obste que la entidad demandada no actúe aquí en el ámbito de la gestión de la prestación, sino como empleador, porque el beneficio de justicia gratuita se refiere a toda actuación procesal y no únicamente a la que es propia de la prestación sanitaria de la Seguridad Social (**TS 23-11-17 Rec 3029/2015** ECLI:ES:TS:2017:4253; **20-12-17 Rec 1380/2016** ECLI:ES:TS:2017:4752; y **13-3-18 Rec 1987/2016** ECLI:ES:TS:2018:1002, que reiteran doctrina).

- Sin embargo, 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, mala fe o notoria temeridad en la conducta procesal del organismo de que se trate, según las **STS 7-6-17 (Rec 3756/2015** ECLI:ES:TS:2017:2475 ) y **15-11-17 (Rec 4173/2015** ECLI:ES:TS:2017:4252), que reiteran doctrina.

## **8. Revisión de sentencias firmes**

Las sentencias firmes pueden ser revisadas ante la Sala IV del Tribunal Supremo, por los motivos previstos en el art. 501 LEC y 86.3 LRJS.

### **8.1. Requisitos**

#### **8.1.1. Firmeza de la sentencia impugnada**

No cabe la revisión de la sentencia de instancia, cuando la misma fue confirmada en suplicación, precisamente, al desestimar el recurso que frente a ella interpuso la propia solicitante de revisión, como razona la **STS 15-6-17 (Rev 50/2015** ECLI:ES:TS:2017:2689).

#### **8.1.2. Agotamiento de los recursos previstos por la ley (subsidiariedad)**

Destaca la jurisprudencia de la Sala IV la subsidiariedad de la demanda de revisión, puesto que el art. 236 LRJS, en relación con el art. 509 LEC exige, no sólo que la sentencia sea firme en los términos previstos en el art. 207.2 LEC y 245.3 LOPJ, sino que además se hayan agotado previamente los recursos judiciales que la Ley prevé para que la sentencia pueda considerarse firme a efectos revisorios, de manera que, al igual que ocurre con la audiencia al rebelde y con el error judicial, no cabe utilizar el medio excepcional de la revisión cuando pudo utilizarse otro medio normal de impugnación, ya que no es un instrumento procesal que permita un nuevo examen de aquellas cuestiones inmanentes al pleito en el que ganó firmeza la sentencia impugnada, o que habilite para aportar pruebas que traten de remediar las negligencias o deficiencias probatorias cometidas con anterioridad en aquel proceso, ya que ello convertiría a este singular recurso, de naturaleza rescisoria de una sentencia firme, en una tercera instancia.

- La **STS 14-3-18 (Rev 36/2016** ECLI:ES:TS:2018:1194) considera que teniendo en cuenta que la sentencia contra la que se interpone el recurso de revisión resolvió la ejecución de una sentencia de despido y las peculiares características del motivo de revisión aducido (maquinación fraudulenta), forzoso es concluir que en este concreto supuesto no es exigible la interposición del recurso de

casación para la unificación de doctrina, por lo que se consideran agotados los recursos jurisdiccionales que la ley prevé.

- Sin embargo, las **SSTS 6-3-18 (Rev 34/2016 ECLI:ES:TS:2018:988)** y **7-3-18 (Rev 39/2016 ECLI:ES:TS:2018:995)** aprecian la falta de agotamiento de los recursos previstos por la ley, porque contra la sentencia impugnada (del juzgado de lo social) cabía recurso de suplicación.

- En el caso enjuiciado por la **STS 12-9-17 (Rev 1/2017 ECLI:ES:TS:2017:3319)** cabía recurso de casación para la unificación de doctrina, y al no haber sido intentado se rechaza la revisión solicitada.

## **8.2. Plazo para el ejercicio de la acción**

Es doctrina reiterada de la Sala que la demanda de revisión está sujeta a un doble límite temporal de acuerdo con el art 512 LEC: uno subjetivo 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, el objetivo de 5 años que juega en todo caso, a contar “desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar”, límite éste que viene establecido en aras de la seguridad jurídica, a la que en este aspecto se la hace prevalecer incondicionalmente, incluso frente al valor de la justicia. Asimismo, la doctrina señala que el plazo de 3 meses es de caducidad, correspondiendo a la parte demandante determinar con claridad el *dies a quo* para su cómputo y acreditar que el recurso se ha interpuesto en tiempo hábil.

- La revisión podrá solicitarse siempre que no hayan transcurrido 3 meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, requisito que no se cumple en la **STS 12-9-17 (Rev 15/2016 ECLI:ES:TS:2017:3300)**.

- Los 5 años para la presentación de la demanda de revisión empiezan a correr desde la fecha de publicación de la sentencia frente a la que se interpone la revisión, **STS 4-4-18 (R. 22/2016 ECLI:ES:TS:2018:1467)**.

- La demanda se interpone fuera de plazo en la **STS 7-3-18 (Rev 8/2016 ECLI:ES:TS:2018:996)**, porque no se indica en la misma el día en que se descubrió la maquinación fraudulenta, debiendo señalar que los hechos que la parte considera constitutivos de dicha circunstancia acaecieron en el año 2011 y la sentencia en la que se tuvieron por probados los hechos imputados al actor es de fecha de 16/07/2012, por lo que, al haber interpuesto la demanda de revisión el día 31/03/2016, es claro que se hizo fuera de plazo.

- Lo mismo sucede en la **STS 6-3-2018 (Rev 4/2016 ECLI:ES:TS:2018:991)**, que desestima la demanda al excederse manifiestamente el plazo de 3 meses desde la fecha de notificación de la sentencia de la Audiencia Provincial, que declaró la falsedad del documento en el que se sustenta la acción rescisoria.

- Igualmente la **STS 14-3-18 (Rev 36/2016 ECLI:ES:TS:2018:1194)** desestima la demanda por extemporánea al haber transcurrido más de 3 meses desde que la parte pudo encontrar el documento, ya que no señala ni acredita la fecha en la que esto sucedió, habiendo pasado más de 2 años desde que adquirió firmeza la sentencia cuya revisión se solicita.

## **8.3. Acumulación de acciones**

Según la **STS 11-7-17 (Rev 60/2015 ECLI:ES:TS:2017:3197)**, la demanda de revisión no es acumulable a la petición de nulidad de actuaciones que, en todo caso, debió de instarse ante la Sala que supuestamente incurrió en los defectos



que se denuncian (“Será competente...el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiese adquirido firmeza”, LOPJ art. 241.1.2º).

#### **8.4. Motivos de revisión**

##### **8.4.1. Documentos recobrados**

Conforme a la LEC art. 510.1º la revisión procede 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”.

- No es motivo de revisión el cambio de doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. La **TS 15-6-2017 (Rev 6/2016 ECLI:ES:TS:2017:2691)** reitera doctrina en el sentido de 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 (con cita de TS 02/02/2017 Rev 58/2015).

- La **TS 1-2-18 (Rev 11/2016 ECLI:ES:TS:2018:1686)** desestima la revisión de una sentencia desestimatoria de la impugnación de un alta médica - que devino firme por no haber recurso contra ella -, planteada con apoyo en una sentencia posterior referida a la impugnación de un alta médica distinta y producida como consecuencia de una baja ulterior, así como en diversas pruebas médicas anteriores y posteriores a la situación examinada por la sentencia objeto de revisión, porque la sentencia posterior no es un documento recobrado u obtenido a efectos del art. 510.1 LEC, como tampoco lo son los informes médicos posteriores, no dándose ninguno de los requisitos exigidos por la ley.

- No es un documento recobrado a efectos revisorios una mera fotocopia, que no aparece firmada ni autenticada y que tampoco se acredita donde fue presentada la misma, según la **STS 14-3-18 (Rev 36/2016 ECLI:ES:TS:2018:1194)**. Además, la parte no estaba imposibilitada para disponer de dicho documento, por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubieren dictado, sino que, tal y como la propia parte alega en su demanda, dicho documento se encontraba en su poder.

- Tampoco se ajustan a los requisitos exigidos los documentos invocados en la **STS 11-7-17 (Rev 60/2015 ECLI:ES:TS:2017:3197)**, pues los mismos estuvieron siempre a disposición de los propios demandantes de la revisión y, por tanto, pudieron y debieron ser aportados por ellos, como prueba, en el momento procesal oportuno, sin que el cauce de la revisión resulte el adecuado para suscitar un debate que, en todo caso, por afectar precisamente a la proposición y práctica de la prueba, únicamente pretende, ya sea de manera encubierta, la apertura de una nueva instancia.

- En todo caso, no es idóneo a efectos revisorios un documento de fecha posterior a la sentencia firme, y que además no resulta decisivo para cambiar el signo del pronunciamiento impugnado, por cuanto afecta a un concurso de traslado posterior y diferente al que fue objeto del litigio, de acuerdo con las

**SSTS 5-7-17 (Rev 21/2016 ECLI:ES:TS:2017:3193, 1-2-18 (Rev 40/2016 ECLI:ES:TS:2018:460) , y 6-2-2018 (Rev 29/2016 ECLI:ES:TS:2018:554).**

- Se desestima la revisión en la **STS 5-7-17 (Rev 21/2016 ECLI:ES:TS:2017:3193)** porque los documentos aducidos consisten en una resolución del INSS que reconoce al actor en situación de incapacidad permanente absoluta, y un informe médico elaborados ambos en fecha muy posterior a la sentencia que se pretende revisar y, que obviamente, se refieren a situaciones diversas a la producida en el momento en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados. En supuesto similar la **STS 11-10-17 (Rev 26/2016 ECLI:ES:TS:2017:3902)**.

#### **8.4.2. Falso testimonio**

La LEC establece en su art. 510.3 que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme “Si hubiere recaído 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”. Según la **STS 11-10-17 (Rec 26/2016 ECLI:ES:TS:2017:3902)**, la interpretación del precepto exige una declaración judicial en vía penal de que las manifestaciones del testigo no se ajustaban a la realidad; y además, que esa declaración haya sido determinante del fallo que se pretende revisar, lo que habrá de examinarse a lo largo del proceso de revisión, y dichos requisitos no concurren el supuesto resuelto por la sentencia señalada.

#### **8.4.3. Maquinación fraudulenta**

Según la jurisprudencia la maquinación fraudulenta del art. 510.1.4º LEC debe ser entendida como “un artificio puesto en práctica con intención maliciosa de llevar a la parte contraria, mediante engaño, a una situación desfavorable, que le acarrea una real indefensión, integrándose en este concepto la intencionalidad de la conducta y la eficiencia en la producción del resultado”. Así, dicha causa precisa los siguientes requisitos: “a) que la maquinación consista en una conducta maliciosa de la parte recurrida, tendente a conseguir mediante argucias, artificios o ardides una ventaja o lesión frente a la contraria; b) que exista un nexo causal y directo entre esa conducta y la sentencia firme favorable para la parte que utilizó ese proceder; c) que la maquinación fraudulenta se deduzca de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no de los alegados y discutidos en él; d) que la conducta maliciosa impida al demandado el conocimiento de la existencia del pleito y, por tanto, su efectiva defensa”.

- No se aprecia en la **STS 7-3-18 (Rev 8/2016 ECLI:ES:TS:2018:996)** porque el demandante se limitó a formular alegaciones sobre determinadas conductas que supuestamente eran constitutivas de la misma, sin aportar prueba alguna que lo acredite. Además, la demanda es extemporánea.

- No hay tal maquinación cuando la parte supuestamente infractora es condenada en instancia con arreglo a hechos conformes (no cuestionados ni mediante recurso, ni mediante impugnación del interpuesto por el demandante), y la sentencia de suplicación revoca ese fallo como consecuencia de mera argumentación jurídica según la **STS 5-7-17 (Rev 23/2016 ECLI:ES:TS:2017:3146)**. La sentencia también aprecia la falta de subsidiariedad del recurso y su interposición fuera de plazo.

- No constituye maquinación fraudulenta el posible fraude de ley anterior, incluso, al proceso judicial, en el que hubiera podido incurrir la empleadora

durante el desarrollo de la relación laboral, y que ya se alegó en la demanda para solicitar la declaración de improcedencia o nulidad del despido. Así como tampoco puede fundamentarse la revisión en el hecho de que el Tribunal Supremo en una posterior sentencia, considerara nulos los despidos acordados en tales circunstancias por el mismo organismo público empleador, según la **TS 13-9-17 (Rev 20/2015 ECLI:ES:TS:2017:3430)** que reitera la doctrina de la Sala establecida en relación con los despidos realizados por los Consorcios para la Unidad Territorial del Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (Consortios UTEDLT).

#### **8.4.4. Sentencia absolutoria**

Según la **STS 14-3-18 (Rev 29/2014 ECLI:ES:TS:2018:1236)** el auto sobreseimiento provisional no es documento hábil para fundar la revisión, conforme al art. 236.1 LRJS en relación con el art. 86.3 del mismo texto legal, tal como tiene declarado la Sala, pues este último precepto requiere que concurren los dos requisitos siguientes: 1º) que la sentencia penal sea absolutoria, y 2º) que esa absolución se produzca por la inexistencia del hecho o tenga su base en la no participación en él del sujeto interesado. El auto de sobreseimiento provisional, a diferencia del auto de sobreseimiento libre, no es equiparable a la sentencia, porque no contiene una decisión con efectos de cosa juzgada material que impida un nuevo juicio sobre los mismos hechos.

### **9. Error judicial**

#### **9.1. Doctrina general. Excepcionalidad del error judicial**

El procedimiento de error judicial tiene como finalidad - derivada del art. 121 CE - permitir que quien se haya visto perjudicado por una decisión judicial errónea, pueda percibir del Estado la correspondiente indemnización por los daños derivados de aquella actuación. Se trata de un nuevo proceso - y no de un recurso dirigido a revisar la adecuación a derecho de la resolución denunciada - dirigido a decidir si la resolución impugnada puede considerarse errónea, lo que exige que el error sea "craso, evidente e injustificado", tal como ha establecido de forma reiterada tanto la Sala Especial del art. 61 LOPJ, como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

- Las **TS 11-10-2017 (Error 10/2014 ECLI:ES:TS:2017:3869)** y **21-2-18 (Error 11/2015 ECLI:ES:TS:2018:801)**, señalan, con cita de abundante jurisprudencia, que el error ha de dimanar de una resolución judicial firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales; y que de este modo sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, no siendo este proceso especial una nueva instancia en la que el recurrente insista en su criterio y petición que ya le fueron rechazados judicialmente con anterioridad, pues esta figura no se establece como un claudicante recurso de casación en el que vuelvan a cuestionarse la valoración de la prueba y la interpretación realizada por el Juzgador de una norma jurídica, siempre que ésta, acertada o equivocada, obedezca a un proceso lógico. Criterio restrictivo expresivo de que el error judicial sólo se configura en el supuesto de que se advierta una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del Derecho fundada en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance. El error judicial es un remedio

excepcional, porque se dirige contra una resolución con autoridad de cosa juzgada, y ordenado a hacer posible la reparación de los daños causados por esa resolución, siempre que de forma incuestionable sea errónea, es decir, haya sido dictada con base en un error inexcusable". Y que la discrepancia con una decisión judicial no permite afirmar que esta sea errónea. Para que lo sea es necesario que la decisión resulte indefendible, que se base en un error que no admite justificación (en palabras de la sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2012, en "un error indisciplinable y exento de toda lógica"). Ha de tratarse de "una decisión judicial fuera del margen normal de divergencia en el juicio por implicar una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible. De otro lado, es también imprescindible que ese error fundamente la decisión. El error descrito y la decisión judicial han de estar unidos causalmente: ese error ha de ser determinante, ha de ser el fundamento de la decisión. Sin esa relación causal, nada importa a los efectos de los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la existencia del error.

- En este sentido, el error judicial no puede utilizarse como si de un nuevo recurso se tratara, para plantear nuevamente cuestiones que ya han sido resueltas por la sentencia impugnada, como sucede, entre otras, en la **TS 6-3-18 (Error 1/2017 ECLI:ES:TS:2018:1198)**, **14-3-18 (Error 3/2016 ECLI:ES:TS:2018:1202)** , y **24-10-17 (Rec 8/2015 ECLI:ES:TS:2017:4175)**.

- Así, no procede acoger la demanda formulada frente a sentencia del juzgado de lo social, imputándole haber atribuido naturaleza jurídica pública a la fundación demandada para justificar la reducción salarial prevista en el Decreto-ley 3/2010, de 20 de mayo, cuando la sentencia dictada en el recurso de suplicación ha corregido tal apreciación, pero mantiene la aplicabilidad de la reducción salarial, por otras consideraciones que la demanda de error no cuestiona, tal como indica la **STS 3-4-18 (Error 10/2015 ECLI:ES:TS:2018:1350)** y **5-7-17 (Error 13/2015 ECLI:ES:TS:2017:2913)**.

- La **TS 3-4-2018 (Rec 4/2017 ECLI:ES:TS:2018:1339)** desestima la demanda de error judicial planteada manifestando su disconformidad con la base reguladora establecida en la sentencia a la que se imputa el error, sobre la base de una nota informativa del INSS a la que de modo razonado la sentencia no concede valor probatorio alguno. La sentencia señala que la resolución judicial no es arbitraria ni irrazonable, sino plenamente justificada y razonada, siendo la demanda de error una nueva reiteración de los argumentos anteriormente desestimados.

- No existe, en fin, error judicial en el caso resuelto por la **STS 6-2-18 (Error 9/2016 ECLI:ES:TS:2018:597)** porque la demanda fundamentaba el error en que las mercantiles demandantes no fueron citadas para la fecha del juicio, sino para fecha posterior a la de su celebración. Cuando lo cierto es que el 19/05/2016 la representante de las demandadas compareció ante la Letrada de la Administración de Justicia, y en ese acto se le hizo entrega de copia del acta de suspensión y nuevo señalamiento de los actos de conciliación y juicio, constando en dicho acta lo siguiente: «S.Sª, a la vista de lo anterior, acuerda la SUSPENSIÓN de los actos de conciliación y juicios señalados 30/09/2015. Asimismo acuerda señalar nuevamente para dichos actos el día 06/06/2016, a las 10:00 horas, en la Sala de vistas de este juzgado, dándose las partes que se encuentran presentes por citadas para el mismo.» Por tanto, la citación de las demandadas se efectuó en forma, sin que por el hecho de que en la comparecencia de 19/05/2016, se hiciera constar que se entregaba al

compareciente copia del acta de 30/09/2016 (cuando en realidad el acta era de 30/09/2015), pueda concluirse que se le provocara error alguno, pues en el acta que se le entregó – de fecha 30/09/2015 - constaba con toda claridad la fecha del nuevo señalamiento de los actos de conciliación y juicio.

## **9.2. Requisitos: plazo para la presentación de la demanda y agotamiento de los recursos previstos por la ley (subsidiariedad)**

La LOPJ art. 293.1 establece básicamente dos requisitos para el ejercicio de la acción de error judicial: 1º) ha de instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse y 2º) han de haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento (subsidiariedad).

- Respecto a ello la **TS 11-4-18 (Error 5/2016 ECLI:ES:TS:2018:1682)** recopila la doctrina de la Sala según la cual el plazo de 3 meses para la demanda de error judicial es de caducidad, y es equivalente al que establece la LEC en su art. 512.2 para la interposición de las demandas de revisión de sentencias firmes; y que al no ser un plazo procesal, sino sustantivo de caducidad del derecho (que se rige por las normas establecidas en el artículo 5.2 CC), no se interrumpe [suspende, en realidad] por la interposición del recurso de amparo, por no tratarse de un recurso jurisdiccional a los que necesariamente debe entenderse referida la regla f) del art. 293.1 LOPJ, y sí, en cambio, por la petición de aclaración de sentencia así como por la presentación de un incidente de nulidad de actuaciones, salvo que su interposición sea manifiestamente improcedente, abusiva o fraudulenta.

La sentencia señalada desestima el error judicial porque la demanda se interpuso fuera de plazo, sin fijar fecha cierta del momento en el que la demandante tuvo por vez primera conocimiento de las resoluciones a las que imputa el error (lo que podría justificar en sí mismo la presentación fuera de plazo), y porque aunque se tomara como día inicial del plazo el momento en el que presentó el incidente de nulidad de actuaciones frente a esas resoluciones, la demanda se encontraría igualmente fuera de plazo, ya que dicho incidente fue inadmitido a trámite por providencia notificada a la parte el 02/02/2016, y la demanda no se presentó hasta el 9 de mayo, superando con creces el plazo de 3 meses que vencía el 03/05/2016. Por lo demás, la sentencia tampoco aprecia el error alegado.

- En el caso resuelto por la **STS 21-2-18 (Error 11/2015 ECLI:ES:TS:2018:801)** se incumplen ambos requisitos pues la demanda de error judicial se interpone frente a la sentencia del juzgado de lo social, a la que se reprocha que incorpora una fecha de antigüedad errónea, cuando dicha cuestión no fue combatida en suplicación y además podía haberse recurrido en casación para la unificación de doctrina que en este caso era pertinente. Además, la demanda es extemporánea porque no se planteó dentro del plazo de los tres meses, de cuyo cómputo nada se expone en la demanda.

- Lo mismo sucede en la **TS 6-2-18 Error 2/2017**, porque la demanda se interpone fuera de plazo y no se agotaron recursos contra la sentencia que omitió la condena en favor de un trabajador que no figuraba en el encabezamiento, ni en los hechos probados. La sentencia razona que no puede imputarse al juzgado la comisión de un error de los que contempla el art. 293 LOPJ que podía haberse subsanado si la parte demandante hubiese sido diligente en el ejercicio de sus derechos y hubiese pedido la aclaración y complemento de la sentencia en

tiempo y forma, o interpuesto contra ella recurso de suplicación o pedido su nulidad cuando advirtió su posible incongruencia, siendo de destacar que, incluso la parte, incurrió en el error de no pedir que se despachara la ejecución a su favor.

- En el mismo sentido, la **STS 5-7-2017 (Error 7/2016 ECLI:ES:TS:2017:2909)** desestima la demanda de error judicial, en primer lugar, porque la sentencia de suplicación era recurrible en casación unificadora, con lo que no se cumple el requisito de subsidiariedad exigido por la LOPJ art. 293.1.f); y en segundo lugar, porque se limita a reiterar las argumentaciones utilizadas en los grados anteriores y que ya fueron desestimadas. Además, la demanda también incurre en una petición de principio que vicia buena parte de sus razonamientos, porque reprocha a la sentencia que haya rechazado la incorporación del documento aportado (la resolución del SPEE reconociendo su derecho), cuando el referido documento sí fue incorporado a los autos, aunque luego no tuviera los efectos buscados por la recurrente.

### **9.3. Legitimación pasiva: no la tiene la parte contraria en el pleito de origen**

No la ostenta la otra parte en el litigio de procedencia, porque como indica la **STS 28-6-17 (Error 11/2014 ECLI:ES:TS:2017:2920)**, la demanda de error judicial va dirigida frente al Estado, cuya representación legal ostenta la Abogacía del Estado. La sentencia además desestima la demanda de error judicial por extemporánea al haberse presentado transcurrido el plazo de 3 meses, todo ello debido a que se planteó erróneamente como recurso de revisión, sin que tampoco concurra el error de fondo alegado.

### **9.4. Condena en costas**

La **STS 3-4-18 (Error 10/2015 ECLI:ES:TS:2018:1350)** antes señalada impone las costas al sindicato demandante por temeridad, dada la absoluta gratuidad de la demanda y a pesar de ir referido a un proceso de conflicto colectivo, con apoyo en la salvedad del art. 235.2 LRJS.

## **10. Ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos**

### **10.1. Ejecución de acuerdo de conciliación judicial**

- La **STS 6-11-17 (Rec 4/2017 ECLI:ES:TS:2017:4017)** casa y anula el auto recurrido y declara que procede la ejecución del acuerdo alcanzado en conciliación ante la secretaria judicial – actualmente letrada de la Administración de Justicia – del siguiente tenor literal: “Las partes acuerdan que en el comité intercentros constituido en fecha 25 de junio de 2015 la composición del comité intercentros es la siguiente: ocho FETICO, dos UGT, dos CCOO y uno FASGA. En la segunda reunión del comité intercentros prevista para el 28 de abril de 2016 se adecuará la composición del comité intercentros teniendo presente los resultados electorales de 31 de diciembre de 2015”, al constar que en la reunión del comité intercentros de 28/04/2016, aunque comparecieron dos miembros de la UGT, únicamente uno de ellos participó como miembro del comité de empresa, ya que el resto de las representaciones sindicales impidió que el otro pudiera integrarse en el citado comité.

### **10.2. Ejecución de sentencias firmes de despido.**

- El incidente de no readmisión de los arts. 280 y siguientes LRJS no es apropiado para impugnar la extinción del contrato de interinidad celebrado para

dar cumplimiento a una sentencia firme que declaró nulo el despido colectivo, ante la imposibilidad de readmitir en las mismas condiciones debido a la extinción del organismo demandado. La **STS 4-7-17 (Rec 134/2016)** ECLI:ES:TS:2017:3158) señala que no se está impugnando que la readmisión se llevara a cabo a través de la citada fórmula de contratación temporal - lo que habría sido correcto desde el punto de vista procesal, con independencia de la valoración que merezca dicha forma de ejecución del fallo de la sentencia sobre el despido colectivo -, sino que aceptada la ejecución en la forma en que se hizo, lo que se impugna es que se haya puesto fin a la nueva situación contractual creada, resultando por ello el trámite inadecuado.

- La prueba del salario y las condiciones necesarias para el cálculo de la indemnización debe alegarse y probarse en el incidente de ejecución, y no con posterioridad cuando se recurre en reposición, por preclusión del derecho a alegar y probar hechos anteriores a la resolución impugnada. La **TS 17-10-17 (Rec 229/2016)** ECLI:ES:TS:2017:3857) desestima el recurso de casación formulado frente al auto que desestimó la reposición, a su vez planteada frente al auto dictado en ejecución de sentencia de despido colectivo, razonando que no cabe aportar ni valorar documentos presentados novedosamente con el recurso de reposición, porque no lo autorizan ni la LEC (art. 452.1), ni la LRJS (art. 281.1), por cuanto fue en la comparecencia previa donde debió aportarse esa prueba, tal como señalaba la sentencia impugnada cuyos razonamiento no combatió el recurso, así como tampoco argumentó por qué ese documento, de fecha anterior a la comparecencia y presentado cuando había precluido definitivamente la posibilidad de aportarlo (art. 271 LEC), tenía más credibilidad que la sentencia en que se fundó la resolución recurrida para fijar los hechos.

### **10.3. Ejecuciones colectivas. Ejecución de despido colectivo nulo acordado en conciliación judicial**

La **STS (Pleno) 19-10-17 (Rec 118/2017)** ECLI:ES:TS:2017:4046) reitera la doctrina de la Sala según la cual a partir de la entrada en vigor del RDL 11/2013, de 2 de agosto – que tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, dio lugar a la Ley 1/2014, de 28 de febrero -, las sentencias que declaran el despido colectivo nulo constituyen títulos cuya ejecución puede llevarse a cabo a través de los trámites previstos en el art. 247.1 LRJS. Y lo mismo sucede con los acuerdos de conciliación judicial del mismo tipo, que son directamente ejecutables por los trámites de ejecución de sentencias, tal como previene la LRJS en sus arts. 84,5 y 237.1. En el caso resuelto por la sentencia comentada la empresa demandada había reconocido la nulidad del despido colectivo en conciliación judicial, comprometiéndose a la readmisión de todos los trabajadores afectados en el plazo de un mes a contar desde la indicada conciliación, así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que tuviera lugar la readmisión. La sentencia estima el recurso de casación y declara la adecuación de procedimiento porque, como ya se ha indicado, la ejecución del despido colectivo nulo es posible de conformidad con el art. 247 LRJS y dicha ejecución impide el ejercicio de acciones individuales declarativas que, en el fondo, tienen la misma finalidad, contando la normativa vigente con los instrumentos procesales necesarios para poder pronunciarse sobre las cuestiones particulares que surjan en el seno de la ejecución colectiva, siempre que se refieran al hecho propio de la readmisión o a circunstancias básicas de la misma. Con estudio de jurisprudencia sobre la materia.

#### **10.4. Ejecución provisional de sentencia condenatoria al pago de cantidad (remisión)**

Sobre la recurribilidad del auto dictado en ejecución provisional, ver punto 4.4.1 en Autos recurribles en suplicación.