

SALA CUARTA

INDICE SISTEMÁTICO

Página

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.....	235
1.1. Noción de contrata y delimitación frente a la cesión ilegal	235
1.2. Responsabilidades empresariales derivadas del trabajo en contratas	236
1.3. Descentralización productiva y servicios de prevención	237
2. CONTRATO DE TRABAJO	237
2.1. Contrato de trabajo y contratación administrativa ...	237
3. CONTRATOS TEMPORALES	239
3.1. Contrato para obra o servicio de duración determinada.....	239
3.2. Contratación eventual en la Administración Pública..	241
3.3. Contrato de interinidad por vacante	241
3.4. Contratación temporal y negociación colectiva	242
4. CONVENIOS COLECTIVOS.....	243
4.1. Legitimación para negociar	243
4.2. Ámbito y eficacia del convenio colectivo.....	245
4.3. Deber de negociar en organismos públicos y limitaciones presupuestarias	246
4.4. Concurrencia conflictiva de convenios	246
4.5. Composición de comisiones creadas en convenio ...	247
4.6. Nulidad de cláusulas de un convenio extraestatutario.....	248
5. DESPIDO	248
5.1. Despido disciplinario.....	248

	<i>Página</i>
5.2. Efectos del despido. Cálculo de indemnizaciones y salarios de tramitación.....	249
6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	252
6.1. Extinción por causas objetivas	252
6.2. Expedientes de regulación de empleo	253
6.3. Extinción del contrato por jubilación obligatoria prevista en convenio	255
6.4. Efectos económicos de la extinción del contrato .	256
7. HUELGA.....	257
7.1. Fijación de servicios mínimos	257
7.2. Huelga intermitente	257
8. LIBERTAD SINDICAL.....	258
8.1. Régimen jurídico de los sindicatos y organizaciones empresariales	258
8.2. Derecho a la actividad sindical.....	259
8.3. Acción sindical en la empresa y derechos de los afiliados.....	261
9. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO	262
9.1. Movilidad funcional.....	262
9.2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo..	263
10. RELACIONES LABORALES ESPECIALES	265
10.1. Régimen salarial del trabajo de los penados en instituciones penitenciarias	265
11. REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.....	266
11.1. Procedimiento de elección y atribución de resultados	266
11.2. Duración del mandato de los representantes	266
11.3. Facultades y garantías de los representantes de los trabajadores	267
11.4. Derecho de reunión en la empresa	268
12. SALARIO	269
12.1. Estructura retributiva	269
12.2. Determinación del salario y clasificación profesional.....	270
12.3. Pagas extraordinarias y prorrateo	271
12.4. Paga de antigüedad prevista en el convenio de centros concertados.....	272
12.5. Igualdad de trato en materia salarial	272
12.6. Cláusulas de revisión salarial	276
12.7. Efectos económicos de la cesión ilegal	276

	<i>Página</i>
12.8. Responsabilidad del FOGASA.....	277
13. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.....	279
13.1. El supuesto de la subrogación empresarial	279
13.2. Subrogación y norma colectiva	281
14. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	282
14.1. Excedencias laborales.....	282
15. TIEMPO DE TRABAJO	284
15.1. Horas extraordinarias y obligaciones informativas de la empresa.....	284
15.2. Tiempo de trabajo y tiempo dedicado a formación .	285
15.3. Jornadas reducidas	285
15.4. Descanso semanal.....	286
15.5. Trabajo en domingos y festivos.....	287
15.6. Jornada máxima y guardias de presencia del personal laboral de la Red Hospitalaria de Cataluña.....	288
15.7. Permiso por lactancia: modalidad de disfrute acumulado	288
15.8. El régimen jurídico de las vacaciones anuales retribuidas	289
16. TRABAJO ASALARIADO	290
16.1. Relación laboral y beca	290
17. TRASLADOS	291
17.1. Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y «ius variandi» empresarial.....	291

II. SEGURIDAD SOCIAL Y PERSONAL ESTATUTARIO

1. DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	292
1.1. Derecho al complemento por mínimos respecto de pensión que ha de abonarse en parte por Venezuela y que ha sido reconocida pero no efectivamente abonada	292
1.2. Interpretación del Convenio Hispano-andorrano de Seguridad Social	293
2. DERECHO COMUNITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	293
2.1. Pensiones de jubilación: aplicación de los años de cotización por edad reconocidos en la DT2. ^a de la Orden de 18-1-1967 pero no de las bonificaciones de cotización por trabajo realizado	293

	<i>Página</i>
2.2. Cotizaciones por jubilación del subsidio por desempleo de prejubilación: efectos	294
3. ACCIDENTE DE TRABAJO	295
3.1. Concepto de accidente de trabajo «in itinere». No alcanza a quien pernocta en domicilio distinto del habitual, realizando un trayecto diferente y utilizando un medio de transporte no habitual	295
3.2. Accidente de trabajo «in itinere». Procede su declaración cuando la agresión sufrida por el trabajador obedece a razones ajenas a la relación personal entre agresor y agredido.....	295
3.3. Alcance de la presunción de accidente de trabajo por enfermedad manifestada en tiempo y lugar de trabajo	296
3.4. Alcance de la presunción de enfermedad profesional respecto del accidente de trabajo. Presunción iuris tantum y no iuris et de iure	296
3.5. Presunción de accidente de trabajo producido en tiempo y lugar de trabajo respecto de trabajadores que no se encuentran prestando servicios en la empresa.....	297
3.6. La exoneración de responsabilidad a las empresas por abono de las cotizaciones «a posteriori» sólo es de aplicación a las prestaciones derivadas de contingencias comunes en las que se requiere periodo de carencia	297
4. RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL	298
4.1. La fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción es única para todas las prestaciones y coincide con la última prestación reconocida	298
4.2. Determinación del nexo causal entre las infracciones cometidas por la empresa y el accidente producido. No es necesario que se conozca la forma en que se produjo el accidente	298
4.3. Anulación judicial del recargo de prestaciones: alcance de la obligación de devolución de las cantidades consignadas por parte de la TGSS	299
5. DESEMPLEO	299
5.1. Los alcaldes y concejales no tienen derecho a la prestación por desempleo	299

5.2. Reducción de jornada por guarda legal y determinación del período a tomar en consideración para fijar la base reguladora de la prestación legal por desempleo	300
5.3. Derecho a percibir trimestralmente el importe de la prestación por desempleo como consecuencia del inicio de una actividad por cuenta propia: alta en el RETA anterior a la solicitud. Efectos.....	300
5.4. No puede acceder a la prestación por desempleo en su nivel contributivo el emigrante retornado que haya accedido a una prestación por desempleo en el país en el que venía prestando sus servicios	301
5.5. Indemnización por cese de funcionario interino y descuento de la misma de la prestación por desempleo: alcance de la doctrina relativa a los salarios de tramitación	301
5.6. La responsabilidad de la empresa respecto a prestaciones derivadas de contingencias comunes cuando se produce falta de cotización exige que se vea afectada la propia prestación y que el incumplimiento sea grave	301
5.7. Determinación de los ingresos de la unidad familiar para el acceso a la prestación por desempleo en el nivel asistencial: han de incluirse los ingresos del cónyuge separado de hecho.....	302
5.8. La determinación del nivel de ingresos de la unidad familiar de cara al mantenimiento del derecho al subsidio asistencial de desempleo por responsabilidades familiares ha de calcularse mensualmente y no anualmente.....	303
6. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	304
6.1. Reclamación de diferencias de la base reguladora de subsidio de incapacidad temporal ya reconocido: es aplicable la prescripción y no la caducidad, ya que lo que se reclama es un derecho no reconocido.....	304
6.2. La incapacidad temporal no se extingue por resolución denegatoria de incapacidad permanente si no se ha agotado el plazo máximo de duración y se continúa impedido para el trabajo.....	304
6.3. El plazo de prescripción para el reintegro de prestaciones abonadas por la Mutua se inicia tras el	

	<i>Página</i>
pago mensual de la prestación de incapacidad temporal.....	304
6.4. Incapacidad temporal y desempleo: aplicación de la reforma operada en el art. 222.1 LGSS por la Ley 24/2001 a incapacidades temporales iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley pero respecto de contratos de trabajo extinguidos estando ya vigente la misma.....	305
7. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES.....	305
7.1. Hipoacusia. Valoración de las pérdidas auditivas en la zona conversacional y fuera de esta.....	305
8. INCAPACIDAD PERMANENTE.....	306
8.1. Incapacidad permanente total. Compatibilidad con el desempeño de otras profesiones.....	306
8.2. Nulidad de las resoluciones administrativas que declaran una incapacidad permanente sin derecho a prestaciones económicas.....	307
8.3. Fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente en situación de prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal.....	307
8.4. El reconocimiento previo de una jubilación anticipada no impide el reconocimiento posterior de prestación de incapacidad permanente antes de cumplir los 65 años de edad.....	308
8.5. Revisión de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo por agravación. Secuelas ulteriores derivadas de contingencia común que por sí solas determinan el grado superior de invalidez. No se exige el cumplimiento de los requisitos de alta y cotización.....	308
8.6. Determinación de la fórmula de cálculo de la base reguladora en supuestos de incapacidad permanente absoluta causados en situación asimilada al alta..	309
8.7. Incapacidad permanente: flexibilización del requisito de permanencia ininterrumpida como demandante de empleo para cumplir el requisito de situación asimilada al alta.....	310
8.8. Incapacidad permanente derivada de enfermedad común: la fecha de efectos es la de la emisión del dictamen de la UVMI, salvo que se demuestre su carácter irreversible o invalidante con anterioridad a dicha fecha.....	310

	<i>Página</i>
8.9. Incapacidad permanente: determinación de grado en caso de afecciones por silicosis.....	311
8.10. Invalidez permanente no contributiva: grado de minusvalía. Sólo cabe modificarlo cuando se produzca una agravación o mejoría de las lesiones o transcurra el plazo establecido para ello, aunque entre tanto haya cambiado la normativa sobre valoración de minusvalías	311
9. JUBILACIÓN.....	311
9.1. Exigencia de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo para causar la pensión de jubilación anticipada respecto de quienes pertenecían al mutualismo laboral antes del 1-1-1967	311
9.2. Vendedores del cupón pro ciegos: ha de incrementarse la base reguladora aplicable a la pensión de jubilación correspondiente al tiempo en que la empresa cotizó como relación laboral especial. La responsabilidad por la infracotización es del INSS, no de la empresa.....	312
9.3. Suspensión de la prestación por realización de nuevos trabajos por parte de quien es preceptor de pensión de jubilación anticipada: no procede calcular nueva prestación.....	313
9.4. Procede el abono del complemento por mínimos de la pensión de jubilación por cónyuge a cargo cuando el pensionista de jubilación abona a la esposa separada legalmente una determinada cuantía en virtud de sentencia de separación.....	313
9.5. Jubilación anticipada: no puede considerarse cese involuntario el que se produce como consecuencia de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador	313
9.6. Derecho al anticipo en el pago de prestaciones: se incluye también a los preceptores de pensión de jubilación desde situación de no alta.....	314
9.7. SOVI: derecho a computar como período cotizado un período posterior a 1 de enero de 1959 pese a que la trabajadora no fue dada de alta, teniendo en cuenta que, respecto de dicho período, existe responsabilidad empresarial.....	314
9.8. Las cuotas ingresadas en la MUNPAL antes de 1-1-1967 han de equipararse a la cotización al SOVI	

	<i>Página</i>
dado que dicha Mutualidad se ha integrado en el Régimen General	315
10. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.....	315
10.1. Doctrina del paréntesis: para determinar el período de carencia, no hay que tomar en consideración el período de inscripción interrumpida como demandante de empleo	315
10.2. Situación asimilada al alta: interpretación humanizadora de dicho requisito. Ha de extenderse asimismo a quien al fallecer tenía la condición de pensionista de invalidez no contributiva	316
10.3. Pensión de viudedad. Cómputo del período de separación legal cuando ha habido reconciliación que no se comunicó al Juez que la decretó	316
10.4. Complemento de pensión de viudedad a cargo del Montepío Loreto: ha de estarse al momento del hecho causante para determinar el importe aplicable según los estatutos.....	316
11. MEJORAS VOLUNTARIAS.....	317
11.1. Duración de la mejora de la incapacidad temporal pactada en convenio: se extiende durante todo el período que dure la misma, incluso cuando se ha superado el período máximo de 18 meses.....	317
11.2. Carece del derecho a la mejora un trabajador al que se le reconoce incapacidad permanente con anterioridad a la fecha de publicación del convenio en que se establece un plazo de tres meses para contratar el seguro correspondiente a la mejora.....	317
11.3. Derecho a mejora voluntaria durante la invalidez provisional cuando, con posterioridad, se reconoce retroactivamente pensión de incapacidad permanente absoluta	317
11.4. Convenio colectivo de banca privada. Derecho al rescate o movilización de los fondos internos constituidos por la empresa para atender los compromisos por pensiones	318
11.5. Personal fuera de convenio de ACERALIA, S.A.: carecen del derecho a las mejoras pactadas en el convenio aplicable	318
11.6. Los derechos consolidados de los ex empleados de la Caixa son susceptibles de transacción. La fa-	

cultad de movilización de las dotaciones y aportaciones no está sometida a los plazos de prescripción del ET ni de la LGSS	319
11.7. Mejoras voluntarias previstas en los convenios colectivos de la empresa Bridgestone. La liquidación de las mejoras mediante abono de una cantidad a tanto alzado es lícita en virtud del principio de modernidad de los convenios colectivos	319
12. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS	320
12.1. La falta de presentación de la declaración sobre la persona que gestiona el establecimiento no afecta a una prestación ya percibida y extinguida de incapacidad temporal	320
12.2. Reconocimiento de accidente de trabajo antes de la entrada en vigor de la Ley 53/02: lo que procede es el reconocimiento de que la contingencia originaria es el accidente	320
12.3. Totalización de períodos cotizados en el RETA y en el Régimen General a efectos de causar una pensión de jubilación: ha de causarse en el Régimen Especial	321
13. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	321
13.1. No procede el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar de quienes realizan labores administrativas en los puertos para empresas de estiba y desestiba	321
13.2. La normativa contenida en la LGSS es aplicable a las prestaciones a cargo de Previsión Sanitaria Nacional	322
13.3. Derecho al rescate del 100% del capital por fallecimiento por antiguo mutualista de la Mutualidad de la Previsión	322
13.4. Reintegro de prestaciones. Plazo de prescripción en supuestos en que se ha revisado la prestación por un vicio que implica nulidad o anulabilidad....	323
13.5. Compensación en el pago de la prestación por parte de la entidad gestora de lo adeudado por el beneficiario a la Seguridad Social: el límite no constituye el Salario Mínimo interprofesional, sino el la cuantía correspondiente a la pensión del sistema no contributivo.....	323

13.6. Compatibilidad de pensiones causadas en distintos Regímenes de la Seguridad Social cuando una de las pensiones no requiere período de carencia, por provenir de contingencia profesional.....	324
14. PERSONAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL	324
14.1. Personal estatutario. Reconocimiento de servicios previos en situación de interinidad. Sus efectos no pueden retrotraerse a una fecha anterior a aquella en la que se obtuvo la plaza en propiedad	324
14.2. No existe discriminación de los facultativos con nombramiento eventual para la realización de atención continuada respecto a retribución y vacaciones en relación con el personal de plantilla.....	325
14.3. SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. Cómputo de los días de libre disposición a los efectos de la jornada máxima anual.....	325
14.4. Otras cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo	326
14.5. Incapacidad temporal y derecho al disfrute de las vacaciones.....	327
14.6. Cuotas colegiales	328
14.7. Fórmula de devengo de los trienios del personal de cupo y zona que tiene adscritos además beneficiarios	329

III. PROCESO SOCIAL

1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL	329
1.1. Personal contratado por la Administración al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas	329
1.2. Procesos de selección de personal laboral en las Administraciones Públicas.....	330
1.3. Competencia jurisdiccional y becarios.....	330
1.4. Tutela de la libertad sindical del personal al servicio de la Administración.....	331
1.5. Impugnación de resoluciones administrativas de regulación de empleo.....	331
1.6. Personal estatutario y competencia jurisdiccional ..	332
1.7. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados del accidente.....	333

1.8	Reintegro al trabajador de la indemnización por daños y perjuicios que satisfizo como responsable de un ilícito penal	333
1.9.	Competencia territorial y facultades judiciales	334
1.10.	El orden social es competente para conocer de las impugnaciones de los actos administrativos de la Seguridad Social que se fundan en infracciones de normas de procedimiento.....	334
2.	PROCESO ORDINARIO.....	335
2.1.	Fondo de Garantía Salarial: tiene todas las facultades que corresponden a una parte procesal	335
2.2.	Legitimación activa de la Mutua.	336
2.3.	Demanda.....	336
2.4.	Conciliación y juicio.....	336
2.5.	Prueba	337
2.6.	Prescripción acción de daños y perjuicios.....	337
3.	MODALIDADES PROCESALES	337
3.1.	Proceso de despido	337
3.2.	Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación	341
3.3.	Proceso de clasificación profesional	341
3.4.	Proceso de impugnación de modificaciones sustanciales	342
3.5.	Proceso de Oficio.....	343
3.6.	Proceso de conflicto colectivo.....	343
3.7.	Proceso de tutela de derechos fundamentales	344
4.	RECURSO DE SUPPLICACIÓN	345
4.1.	Afectación general como presupuesto de acceso al recurso.....	345
4.2.	Cuantía litigiosa.....	347
4.3.	Resoluciones recurribles.....	348
4.4.	Interposición del recurso	348
5.	RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA	349
5.1.	Resoluciones recurribles.....	349
5.2.	Requisitos del recurso.....	349
5.3.	Alcance de la contradicción en la determinación del grado de invalidez.....	350
6.	EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	351
6.1.	Ejecución de lo acordado en acto de conciliación ..	351
6.2.	Intereses	351

INTRODUCCIÓN

La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el año judicial 2005-2006 se ha caracterizado, en primer lugar, y al menos por lo que se refiere al derecho del trabajo estricto —entendido como ordenación del régimen jurídico de la relación individual de trabajo—, por un mayor peso relativo de las sentencias dictadas en recursos de casación ordinaria, respecto de lo que en otros años ha supuesto la jurisprudencia unificada, es decir, la sentada mediante el recurso de casación para la unificación de doctrina. Quizá ello se deba, aunque sólo en parte, a que algunas de las sentencias pronunciadas en este último recurso lo son de signo desestimatorio por falta de contradicción, lo que resta importancia doctrinal a las mismas, aunque en algún caso puedan resultar de sumo interés conceptual o para la fijación del alcance mismo de los presupuestos, exigencias y finalidad institucional del propio recurso unificador. Por otra parte, conviene señalar que un buen número de las sentencias dictadas en este período en recursos de casación ordinaria, al contrario de lo que ha podido ocurrir en otras ocasiones, trascienden de la solución del conflicto en el caso concreto, adquiriendo cierta trascendencia en orden a la fijación de criterio de interpretación de alcance más general, y respecto de instituciones tan centrales como el sistema de negociación colectiva, la regulación de la materia salarial o la ordenación de la materia relativa al tiempo de trabajo. De ahí el interés de muchas de

La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por D.^a Carolina MARTÍNEZ MORENO, D. Miguel Ángel LIMÓN LUQUE y D.^a Dolores REDONDO VALDEÓN, Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación de los Ilmos. Sres. D. Juan Manuel SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA y D. Manuel FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

ellas, y la consiguiente notable sobrecarga informativa de la presente crónica.

Junto a las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que fijan criterios doctrinales y de interpretación del derecho merecen ser destacadas un par de resoluciones que contribuyen a zanjar largos y tortuosos historiales conflictivos, como es el caso paradigmático de la duración máxima del contrato de interinidad por vacante en Correos y Telégrafos, una vez constituida ésta como sociedad mercantil y no como organismo público; o de la determinación del sujeto responsable en el abono de la paga por antigüedad del personal de centros docentes concertados, en función del agotamiento o no de las dotaciones presupuestarias previstas en virtud del correspondiente concierto educativo.

En otro orden de cosas, llaman la atención algunas sentencias en las que se han resuelto problemas de aplicación en el tiempo de normas laborales, consecuencia de esa característica tan señalada de este sector del ordenamiento que es su constante y frecuente mutabilidad. Es el caso del devengo de salarios de tramitación, de la responsabilidad del FOGASA por el abono de los mismos o, en fin, de los efectos de la derogación de la disposición adicional 10.^a ET y de su posterior rehabilitación por la Ley 14/2005.

Por lo demás, y con independencia de alguna materia novedosa o no tratada hacía tiempo, los bloques de materias que predominan son los más o menos habituales. Y así, el casuismo en materia de contratación laboral temporal sigue siendo creciente, y el recurso a la contratación de esta naturaleza masivo, por lo que no debe causar extrañeza que el volumen de sentencias sobre las distintas modalidades de contratación de duración determinada, en particular por parte de organismos y Administraciones públicas, siga siendo notable. A pesar de la existencia de criterios jurisprudenciales sólidos y estables sobre los requisitos y presupuestos de validez de estos contratos, así como de los efectos de las prácticas contractuales irregulares. Lo mismo puede decirse de la responsabilidad derivada del trabajo en contratas y de la descentralización productiva —por cierto, con una relevante sentencia en relación con la externalización de los servicios de prevención en Repsol—; y naturalmente de la materia relativa al despido y la extinción del contrato, con una presencia destacada de los litigios sobre los efectos económicos y patrimoniales derivados de la ruptura del vínculo laboral, en particular cuando existen retribuciones variables o se han suscrito planes de opciones sobre acciones de la

empresa (*stock options*). En fin, la ordenación del tiempo de trabajo constituye una materia de complejidad creciente, sin duda como consecuencia de la tendencia a su flexibilización, como prueba la tanda de conflictos suscitados a raíz de la regulación al respecto contenida en el Convenio colectivo de Grandes Almacenes, que no deja de suscitar dudas interpretativas y conflictos colectivos.

No se puede omitir en este breve balance de la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el año 2005-2006 la referencia a algunas otras relevantes resoluciones como la que analiza el problema de la responsabilidad del FOGASA respecto de las indemnizaciones reconocidas en conciliación judicial, o las referidas a los efectos del prorrateo de las pagas extras prohibido en el Convenio de la construcción de Madrid; o las muy trascendentales sentencias, referidas a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, en las que respectivamente se admite la posibilidad de que el convenio disponga la acumulación del tiempo de descanso por lactancia para su disfrute al final de la baja maternal (o paternal), y en la que se reconoce el derecho de la trabajadora cuyas vacaciones coincidan con la baja maternal a disfrutar del período de descanso en otro momento posterior.

En materia de Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha llevado a cabo alguna modificación jurisprudencial de interés, ha abordado el estudio de cuestiones nuevas y ha realizado, como es habitual, numerosas matizaciones jurisprudenciales. Vamos a destacar, en especial, las modificaciones y cuestiones nuevas abordadas por la Sala.

En este sentido, y en el ámbito de los cambios jurisprudenciales, y tras recientes fallos en sentido contrario, la Sala ha decidido abrir la posibilidad de que quepa solicitar la incapacidad permanente por contingencias comunes una vez declarada la pensión de jubilación anticipada y hasta que no se cumplan los 65 años de edad.

Por su parte, han de reseñarse novedades jurisprudenciales en varias materias. De esta forma, la Sala ha tenido oportunidad de diseñar los límites entre el concepto de la enfermedad profesional y el accidente de trabajo, llegando a la conclusión de que la presunción de enfermedad profesional cede ante la prueba en contrario de existencia de accidente de trabajo. Asimismo, y con apoyo en jurisprudencia de hace ya dos décadas, la Sala ha podido profundizar en el concepto de accidente de trabajo, analizando dicho concepto en supuesto de accidente acaecido

por agresión de tercero, entendiéndose que sólo cuando la agresión se debe a una relación personal existente entre la víctima y el agresor, queda excluido del concepto de accidente de trabajo, siempre que se den los restantes requisitos para determinar su existencia. En materia de recargo por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral, ha dictado dos sentencias novedosas: la primera, fijando que el cómputo del plazo de prescripción es único para todas las prestaciones generadas y coincidente con la última prestación reconocida y, la segunda, estableciendo la obligación por parte de la TGSS de devolución de la cantidad consignada y de la ya abonada al beneficiario en caso de que una sentencia proceda a la anulación de un recargo de prestaciones impuesto administrativamente. Por último, y en relación con la extinción de la Previsión Sanitaria Nacional, y en atención a su naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social, la Sala ha reconocido el mantenimiento del derecho a causar las correspondientes prestaciones por derechos adquiridos antes de su extinción en las condiciones de reconocimiento anteriores a la misma, sin que sea óbice para ello el que la propia Administración haya incumplido el plazo para desarrollar reglamentariamente la modalización o modificación de los derechos que hubiera de reconocerse, que ha de entenderse como una mera demora y no como una extinción efectiva del derecho.

En el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, en materia de desempleo, la Sala ha fijado la responsabilidad empresarial respecto del abono del subsidio asistencial por prejubilación, cuando los incumplimientos empresariales han impedido al beneficiario poder cumplir los requisitos para el acceso al mismo. Por otra parte, la Sala ha entendido que los alcaldes y concejales carecen de protección por desempleo, una vez producido su cese. También ha señalado que, tras la Ley 45/2002, y de cara al cómputo de rentas a efectos del subsidio por desempleo en su nivel asistencial, el módulo a tomar en consideración ha de ser el mensual y no el anual como hasta entonces. Respecto de la incapacidad temporal, se ha reconocido que cuando lo reclamado son diferencias de la base reguladora por infracotización respecto de una prestación reconocida, se está ante un plazo de prescripción y no de caducidad, al tratarse de una pretensión consistente en un derecho no reconocido. En el caso de la jubilación, la Sala ha entendido que a los beneficiarios que deseen jubilarse anticipadamente y hayan sido cotizantes antes de 1-1-1967, no ha de exigírseles que permanezcan inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo. Asimismo, ha establecido, como criterio excepcional,

y con base en alguna jurisprudencia anterior, respecto de los vendedores del cupón pro ciegos, que cuando se haya producido una infracotización por haber entendido el empleador que correspondía su cotización como representantes de comercio y no como trabajadores sometidos a una relación laboral común, la responsabilidad recae sobre el INSS y no sobre la empresa porque la empresa actuó según lo pactado en los convenios colectivos y, ante todo, con plena anuencia de la Administración de Seguridad Social afectada. Por último, la obligación de anticipo en el pago por parte del INSS cuando existe responsabilidad empresarial ha de extenderse también a supuestos de jubilación en los que se cause la pensión desde una situación de no alta.

Finalmente, en el ámbito de las mejoras voluntarias, destaca como novedad la declaración de que los derechos consolidados de los ex empleados de la Caixa comprendidos en su régimen de previsión son susceptibles de transacción, no encontrándose afectados por el principio de irrenunciabilidad de derechos.

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

1.1. Noción de contrata y delimitación frente a la cesión ilegal

En relación con el trabajo en contratas, es de destacar la **STS 20-7-2005 (Rc 2160/04)**, que **niega que sea «propia actividad» en el sentido del art. 42 ET la de una empresa promotora inmobiliaria respecto de la de una contratista dedicada a la construcción**, con la que aquélla concertó la edificación de unas viviendas. El litigio proviene de la reclamación de cantidades deducida frente a la promotora por trabajadores de la constructora. Y la Sala razona sobre la base de la diferencia entre ambas actividades, y de que las desarrolladas por una empresa de construcción no forman parte de las tareas nucleares ni inherentes al ciclo productivo o actividad que desarrolla una inmobiliaria.

Por su parte, la **STS de 3-10-2005 (Rc 3911/04)** contribuye una vez más a la delimitación entre lo que sería una verdadera contrata y un puro suministro de mano de obra, conforme a los ya consolidados criterios de la autonomía técnica de la contrata, y la puesta en juego de la organización productiva de la entidad contratista. Un Consorcio público contrató

con una UTE la asistencia técnica en el muestreo y determinaciones analíticas en el abastecimiento de aguas potables, actividad de cierta complejidad, para cuyo desempeño la UTE únicamente aportó un par de vehículos y un teléfono móvil; mientras que la forma de retribución de los supuestos servicios prestados considera o pondera de manera fundamental el coste del personal. Por otro lado, el trabajador demandante había desempeñado trabajos distintos de los contratados, encuadrado en un servicio del propio Consorcio, y bajo la dependencia de personas pertenecientes a esa entidad. Y la Sala considera que lo que hay en realidad es una cadena de contratos de trabajo temporales, inserta en la cadena de contrataciones meramente aparentes, que ocultan a quien es el empresario real, el Consorcio público que contrató con la UTE.

Los mismos criterios interpretativos y jurisprudenciales sirven a la **STS de 14-3-2006 (Rc 66/05)** para pronunciarse sobre una demanda por despido incoada por trabajadores de una empresa contratada por otra para realizar las labores de gestión de almacenes y limpieza industrial, que fueron cesados al término de la contrata. La Sala concluye desestimando el recurso de la empresa principal o comitente y estimando la pretensión de los actores, declarando la improcedencia de su despido, al considerar **que el contrato de arrendamiento de servicios concertado por ambas entidades constituye un mero acuerdo de cesión que se agota en el suministro de mano de obra**. Se apoya a su vez esta sentencia en datos como que el precio pactado oscila únicamente en función del aumento o disminución de los trabajadores necesarios, que éstos fichan en el reloj de la empresa beneficiaria de los servicios, que es la que da las instrucciones y resuelve los problemas a través de un responsable de su propia plantilla.

1.2. Responsabilidades empresariales derivadas del trabajo en contrataciones

En las **SSTS de 31-1-2006 (Rc 4895/04)** y de **1-2-06 (Rc 3306/04)** se reitera la reciente doctrina sobre el **carácter salarial y no indemnizatorio de la cantidad adeudada en compensación por las vacaciones no disfrutadas**, de la que, por tanto, deberá responder la empresa comitente en caso de deudas por tal concepto de la contratista, surgidas durante el tiempo de vigencia de la contrata. Todo ello por estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 42.2 ET, en relación con los arts. 26 y 38 ET y 40.2 CE, interpretados a su vez a la luz de la normativa internacional en la materia.

1.3. Descentralización productiva y servicios de prevención

La interesante **STS de 3-11-05 (Rc 154/04)** contribuye, en la línea de lo que ya se anticipaba en la STS de 24-4-2001 (R 3145/00), a fijar el alcance de la normativa reglamentaria sobre la organización de los servicios de prevención, en relación con la posibilidad genérica de optar por una u otra forma, que atribuye al empresario el art. 30 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La sentencia de referencia trae causa de un procedimiento de conflicto colectivo instado por la representación de la sección sindical de UGT en la empresa Repsol Butano S.A., postulando la **declaración de nulidad de la decisión empresarial de externalizar ciertos servicios de prevención, adoptada en el año 2003.**

En el Acuerdo Marco del Grupo Repsol y al Convenio Colectivo de Repsol Butano S.A. regulan un mecanismo específico para la aprobación del plan de prevención y la organización de los correspondientes servicios, que competen a una comisión especializada de composición paritaria. Dicha comisión había adoptado para el año 2003 un plan que imponía la organización de todos los servicios preventivos de manera interna, por servicios propios. Si bien con posterioridad la empresa decidió unilateralmente concertar con una Mutua la ergonomía, la medicina del trabajo y la psicología.

La Sala considera **nula esta decisión**, no sólo por contravenir lo dispuesto en las normas convencionales de referencia, sino el propio art. 14 del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero, que impone a las empresas de más de 500 trabajadores el deber de **disponer de un servicio de prevención propio**, al igual que las dedicadas a determinadas actividades peligrosas, entre las que se encuentran precisamente las que produzcan gases, comprimidos, licuados o disueltos. Y la demandada, Repsol Butano, S.A., reúne ambas cualidades.

2. Contrato de trabajo

2.1. Contrato de trabajo y contratación administrativa

La delimitación del contrato de trabajo respecto de otras formas de contratación de la prestación de servicios en régimen no laboral, en par-

titular respecto de la contratación administrativa, constituye uno de los grandes problemas doctrinales y prácticos que se han abordado en este período.

En la **STS de 6-2-2006 (Rc 646/05)**, que reproduce de manera literal la fundamentación jurídica central contenida en la sentencia de 19-5-05 (Rc 2464/04), reiterada a su vez en la STS de 27-7-05 (Rc 41/04), se afirma la competencia del orden social, sobre la base de la **calificación como laboral de la relación, respecto de un docente que había sido contratado por la Administración Militar para impartir clases en un centro bajo su dependencia**. La Sala repasa la jurisprudencia existente a propósito de la delimitación entre los contratos laborales para obra o servicio de duración determinada y los contratos administrativos para «trabajos específicos y concretos no habituales» contemplados en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que acogía la posibilidad de concertar este tipo de contratos cuando se tratara de un trabajo de tipo excepcional, cuyo objeto fuera no una prestación de trabajo como tal o una actividad personal independiente del resultado final, sino un trabajo específico, entendido como producto delimitado de la actividad humana.

Pero la Ley de 1995 fue modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que suprimió los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, supresión que se mantiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Leg. 2/2000, de 16 de junio. Por lo cual, desaparecida la posibilidad de concertar contratos administrativos para la realización de un trabajo o la prestación de un servicio como el que se analiza en ese caso, y por aplicación de las previsiones contenidas en los arts.1.1 y 8.1 ET, la Sala llega a la conclusión de que la relación de esta profesora de inglés, que se sometía a la supervisión del Director pedagógico del centro y a la programación y horario que le eran fijados, percibiendo una retribución periódica en función de las horas de clase, es una relación de naturaleza laboral.

Solución idéntica, y por aplicación de esta misma doctrina, se adopta en la **STS de 23-3-2006 (Rc 821/05)**, en relación con una contratación verificada por el Ministerio de Asuntos Exteriores con el demandante, para prestar servicios de manera no interrumpida desde el primero de abril de 2000, en virtud de sucesivos contratos calificados como contratos menores de asistencia técnica para apoyo al servicio de reclutamiento de

personal para organismos internacionales del Gabinete Técnico de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

3. Contratos temporales

3.1. *Contrato para obra o servicio de duración determinada*

La **STS de 2-11-2005 (Rc 3893/04)** otorga validez al contrato suscrito bajo esta concreta modalidad por el INE para la realización de tareas preparatorias relacionadas con la **confección del censo demográfico**, a pesar de que el trabajador en ese caso realizó igualmente otras funciones adicionales de carácter administrativo por insuficiencia de personal fijo. Esta situación **deficitaria de las plantillas**, endémica en muchos organismos públicos, sigue justificando, en opinión del Alto Tribunal, el recurso a la contratación laboral de carácter temporal.

Por el contrario, la **STS de 24-10-2005 (Rc 3635/04)** reitera doctrina sobre el carácter indefinido y a tiempo parcial –fijo discontinuo— de la contratación llevada a cabo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para la realización de las sucesivas campañas anuales de la Renta (IRPF).

También respecto de otro colectivo que viene ocasionando frecuentes litigios, el de los **veterinarios contratados temporalmente cada año por la Administración competente**, para la realización de las actividades propias de los sucesivos programas de sanidad animal, versa la **STS 10-10-2005 (Rc 2755/04)**, que en concreto en relación con la contratación en el año 1994 de una veterinaria por la Xunta de Galicia, en el «plan nacional de investigación en animales y carnes frescas», contrato que se fue prorrogando en años sucesivos hasta el 2001, declara el carácter indefinido de la relación.

En el Convenio General de la Construcción, así como los convenios provinciales para el mismo sector, admiten **la posibilidad de pactar en el contrato fijo de obra que el trabajador preste servicios en distintas obras** de la misma empresa, dentro de la misma provincia, y con un límite temporal de tres años. El criterio contenido al respecto en la **STS de 30.-06-2005 (Rc 2426/04)** es que **no se cumplen las exigencias legales ni convencionales** referidas a la necesaria delimitación y precisión del objeto del contrato **cuando la cláusula contractual se limita**

a contemplar genéricamente esa posibilidad, sin concretar suficientemente cada una de las obras, ni suscribir cada vez el correspondiente acuerdo especificando la obra a la que se destina al trabajador, conforme al modelo tipo que se incluye en el anexo del actualmente vigente Convenio General. Así las cosas, la relación ha de reputarse indefinida y el cese calificarse como despido improcedente.

Sobre los efectos del **encadenamiento de sucesivos contratos para obra o servicio** versa la **STS de 24-4-2006 (Rc 2028/04)**. Se trataba en ese caso de un trabajador contratado por el Instituto Municipal para el Empleo y la Formación (IMEFE) que desde el primero de marzo de 1996 hasta marzo de 1999 suscribió con la demandada contratos anuales para obra o servicio de duración determinada sin solución de continuidad. Y seguidamente uno de interinidad por vacante. El objeto de los sucesivos contratos de obra se fijó por referencia a «la realización de las tareas de Técnico G5 en el centro ubicado en Jerte 3, como apoyo a los cursos que se impartan en centro perteneciente al FSE, al Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional o al Convenio IMAF-IMEFE», pero las funciones realmente desempeñadas en todo el tiempo de su contrato fueron las «administrativa en los cursos impartidos en el mismo organismo, recogida de solicitudes, atención al público y control de vales de comida».

La Sala recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en los arts.15.1 a) ET y 2 del RD 2720/1998, son requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinado que la obra o servicio que constituya su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal o habitual de la empresa; que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; que se especifique e identifique en el contrato con la suficiente precisión y claridad la obra o el servicio que constituye su objeto; y que en el desarrollo de la relación laboral el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas. Y que la falta de uno de ellos es motivo suficiente de nulidad de la temporalidad del contrato, que se presumiría concertado por tiempo indefinido. Y en el caso enjuiciado, la Sala llega a la conclusión de que el actor desarrolló tareas habituales y normales en la actividad de la entidad demandada, de tal manera que, convertido el contrato en indefinido, carece de toda virtualidad el que posteriormente se concierte un contrato temporal causal (STS de 20-2-1997).

La vinculación del contrato para obra o servicio de duración determinada con la vigencia de una contrata viene siendo admitida

por la jurisprudencia social desde hace tiempo, de manera que la extinción del contrato de trabajo al término de la contrata no se considera despido, sino un cese correcto y válido por fin de contrato. Incluso cuando la contratista empleadora obtiene la adjudicación con la misma empresa de una nueva pero distinta contrata [STS 4-5-2006 (Rc 1155/05), con referencia a la doctrina precedente contenida en la STS de 22-10-2003].

Sin embargo, la **STS de 5-12-2005 (Rc 5176/04)** califica de improcedente el despido de un trabajador, al término de un contrato suscrito bajo esa modalidad y vinculado a la vigencia y duración de una contrata concertada por la empleadora con Telefónica Móviles. La razón es fácil de comprender, pues a pesar de la corrección de esa contratación, se considera que no quedan convalidadas las irregularidades cometidas al haberse suscrito con anterioridad, para la realización de esas mismas tareas en el contexto de la contrata, contratos eventuales por acumulación de tareas que carecían de causa. La relación, por tanto, se convirtió en indefinida, por lo que la ulterior suscripción de un contrato temporal, aunque ajustado a una causa y correctamente formalizado, carece de relevancia. Se reitera con ello la solución contenida en la anterior **STS de 7-11-2005 (Rc 5175/04)**.

3.2. Contratación eventual en la Administración Pública

La **STS de 13-2-2006 (Rc 3503/04)**, siguiendo la doctrina anterior en relación con la causa específica de los contratos eventuales, **admite la posibilidad de concertar este tipo de contrato para cubrir las necesidades de personal de un centro asistencial dependiente de la Junta de Castilla y León, derivadas de la reordenación horaria del personal que suponen una reducción del tiempo de trabajo.** La Sala considera que la necesidad de atender de manera continuada la prestación del servicio, y mientras se cubren los puestos de trabajo necesarios para suplir el déficit de jornada —lo que en una Administración pública conlleva un proceso dilatado en el tiempo—, se corresponde con una de las circunstancias que puede dar lugar a un incremento coyuntural de la actividad y a la consiguiente necesidad temporal de mano de obra.

3.3. Contrato de interinidad por vacante

Sin duda la sentencia más relevante del período que acota esta crónica en materia de contratación temporal es la **STS de 11-4-2006 (Rc**

1184/05), en la que se pone fin a una incógnita que había venido dando lugar a un sinfín de litigios relativos a las consecuencias de la transformación de la personalidad jurídica de la entidad Correos y Telégrafos sobre los contratos de trabajo suscritos bajo la modalidad de interinidad por vacante.

La argumentación de esta sentencia viene a concluir, sintéticamente expuesto, que **a pesar de la transformación de la forma o personalidad jurídica de la empleadora**, constituida en sociedad mercantil a raíz de la Ley 14/2000, la misma sigue perteneciendo al sector público y estando sometida en materia de contratación de personal y provisión de vacantes a procesos reglados y formalizados, **por lo que se hace preciso mantener la aplicación del plazo más amplio de duración máxima del contrato de interinidad por vacante**. La doctrina contenida en esta sentencia se reitera esencialmente en la **STS de 23-5-2006 (Rc 2553/05)**.

3.4. Contratación temporal y negociación colectiva

En la **STS de 11-4-2006 (Rc 22/03)** se resuelve un recurso de casación ordinaria interpuesto tanto por la parte demandante —CCOO Y UGT— como por los demandados ANGED, FETICO Y FASGA, frente a la sentencia dictada en proceso de impugnación de convenios, que decidió anular ciertos preceptos de dicho acuerdo colectivo. Fundamentalmente habrían sido objeto de impugnación las cláusulas del convenio que contenían regulación en relación con algunas modalidades de contratos de trabajo. Más concreto, las relativas al número máximo de contratos formativos; la duración máxima de algunos de ellos, que se reduce para los trabajadores con funciones de venta y de cajas —caracterizados por las menores exigencias formativas—, cuya validez se mantiene; la delimitación de las tareas con autonomía y sustantividad que permiten la contratación para obra o servicio de duración determinada, respecto de las cuales se considera nula la cláusula que habilita para concertar dicho tipo de contrato con la finalidad de consolidar una actividad comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento, que se considera pretende revivir el desaparecido contrato «para lanzamiento de nueva actividad». También en relación con esta modalidad contractual de obra o servicio de duración determinada, se censura la posibilidad prevista en el convenio de cubrir con dichos contratos actividades de campaña, como las rebajas, las ventas navideñas o durante el comienzo del curso escolar, que se estiman propias

de un contrato para trabajos fijos discontinuos. Respecto de la regulación convencional en relación con el trabajo a tiempo parcial, se descarta que constituya un trato discriminatorio la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial que presten servicios en líneas de caja de la adscripción a los cuadros horarios anuales; considerándose asimismo justificada la diferencia de trato en relación con la promoción profesional de los trabajadores a tiempo parcial, y con la percepción de incentivos y complementos funcionales de los trabajadores pertenecientes al Grupo de iniciación profesional, por la conexión de dichos conceptos retributivos con la permanencia, preparación y experiencia profesional.

4. Convenios colectivos

4.1. *Legitimación para negociar*

Las sentencias del período en relación con este concreto aspecto de la negociación colectiva ponen en evidencia la creciente complejidad de la estructura de la negociación y la pluralidad y variedad de sujetos promotores de cada concreto proceso, lo que hace necesario adaptar las reglas al respecto contenidas en los arts.87 y ss. del ET.

Por ejemplo, la **STS de 10-10-2005 (Rc 14/04)** reitera doctrina precedente sobre la aplicación de las reglas sobre legitimación de **convenios de ámbito superior a la empresa** al Ente Público RTVE y sus sociedades Televisión Española, S.A. y Radio Nacional de España, S.A.

En relación con esta materia también merece citarse la **STS de 22-11-2005 (R 26/04)**, que tiene origen en la demanda de conflicto colectivo formulada por la Federación Regional de Enseñanza de Madrid de CCOO contra las seis Universidades Públicas de Madrid y contra los Sindicatos UGT, CSIF y CESIT-UP con la pretensión de que se condenara a dichas demandadas a constituir la Comisión Negociadora del Segundo Convenio para el personal laboral de aquellas Universidades Públicas. Se dirime, pues, **cómo ha de interpretarse la exigencia del art. 88.1 ET para obtener la legitimación plena para negociar un convenio de ámbito superior a la empresa**. Conforme a dicho precepto el sindicato que pretenda intervenir en la negociación de ese convenio habrá de acreditar que tiene la mayoría de los delegados de personal y miembros de comité de empresa en el ámbito correspondiente. El sindicato demandante considera que esa mayoría ha de calcularse no sobre el

número total de representantes, sino sobre el de los miembros de los órganos de representación que tengan los sindicatos con legitimación inicial, en ese caso, UGT y CCOO, con 27 y 41 representantes, respectivamente. Sobre esa cifra, CCOO tendría mayoría absoluta, mientras que sobre el total de 92 delegados y miembros de comités, no la alcanzaría. La solución desestimatoria de esta pretensión a que se llega parece la lógica, habida cuenta que, también conforme doctrina reiterada de la Sala, el convenio así negociado alcanzará eficacia general o «erga omnes», de modo que **la mayoría ha de computarse respecto de la totalidad de los representantes del ámbito de que se trate**.

Puesto que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, constituye lesión de la misma la negociación y firma de un convenio por la empresa y el sindicato mayoritario en solitario, marginando a las organizaciones minoritarias, que en su momento accedieron a la mesa negociadora, como manifiesta la **STS de 15-7-2005 (R 153/04)**.

Por otro lado, la **STS de 16-1-2006 (Rc 200/04)** considera que no existe causa alguna para propugnar la nulidad de un convenio colectivo de empresa que fue negociado por la totalidad de los delegados de personal de los ocho centros de trabajo de la entidad, aunque en la firma del texto final no interviniese uno de ellos. El proceso y método de negociación se caracterizó por haber tenido una prolongada duración y por haber participado en el mismo todos los delegados de personal provinciales y los representantes de los sindicatos UGT y CCOO, estableciéndose de hecho un sistema de negociación en el que todos los sujetos involucrados estuvieron de acuerdo. El hecho de que en la sesión final en la que se firmó el convenio mostrase su disconformidad la delegada de Granada, que había sido además la promotora del proceso negocial, no invalida el acuerdo, que a juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reúne las condiciones exigidas por los arts.87.1 y 88.1 ET.

En la **STS de 17-1-2006 (Rc 11/05)** se confirma la decisión adoptada en la instancia de desestimar la demanda formulada de oficio por la Dirección General de Trabajo frente al Primer Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas, por considerar que vulneraba las reglas sobre legitimación para negociar, en concreto la denominada legitimación «ampliada» o «final», que implica alcanzar unas determinadas mayorías o porcentajes de representación para que la firma del acuerdo final sea válida. La mesa negociadora se constituyó con la composición

de seis miembros en representación de la patronal, la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Deportivas, y otros seis representantes sindicales, tres de CCOO y otros tres de UGT, que designaron respectivamente portavoces, dos CCOO y uno UGT. Sin embargo, en el acto de la firma sólo estuvieron presentes los dos representantes del primero de dichos sindicatos. La Sala considera que ello no obsta a la validez del convenio suscrito, por cuanto la mayoría a que alude el art. 89.3 ET ha de referirse no al número de vocales del banco social presentes o que emiten su voto en sentido favorable a la firma del acuerdo, sino a la mayoría representada en la mesa, entendida como la que ostenta aquella organización u organizaciones que cuenten con la mayoría de los representantes unitarios dentro del ámbito del convenio. Y en ese caso era CCOO quien tenía un número mayor de representantes, por lo que su aquiescencia era suficiente para otorgar al acuerdo la validez y eficacia general que atribuye la ley a los acuerdos negociados y suscritos conforme a las reglas contenidas en el Título III del ET.

Y, en fin, la **STS de 26-4-2006 (Rc 38/04)**, en la que se confirma la decisión adoptada en la instancia de anular el XIII Convenio colectivo de la enseñanza privada de Euskadi para el año 2002, en la medida en que las asociaciones empresariales que lo suscribieron carecían de la suficiente capacidad representativa para incorporar a su ámbito de aplicación a los centros de formación no reglada del País Vasco. La Sala insiste en la dificultad de acreditar los requisitos numéricos y porcentuales en virtud de los cuales se atribuye la legitimación inicial que viene exigida por el art. 87.3 ET, y que afecta a las asociaciones patronales, pues a diferencia de las organizaciones sindicales, no constan sus niveles de representatividad en registros u oficinas públicas. Y en el caso concreto se considera acreditado que las que suscribieron el convenio impugnado no alcanzaban a representar a dichos centros de enseñanza no reglada, que además disponían ya de su propio y específico convenio colectivo, negociado por la patronal con capacidad suficiente para ello, a la que pertenece la asociación demandante. Respecto de un convenio posterior, pero en relación con la misma cuestión y debate, se pronuncia en el mismo sentido la muy completa y razonada **STS de 3-5-2006 (Rc 104/04)**.

4.2. Ámbito y eficacia del convenio colectivo

En la **STS de 18-7-2005 (R 111/04)** se considera contrario a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación la práctica empresarial

consistente en **excluir del ámbito del convenio al personal encuadrado en el grupo I**, de Titulados Superiores, mediante la inclusión de una cláusula al respecto en los contratos de dichos trabajadores.

4.3. Deber de negociar en organismos públicos y limitaciones presupuestarias

Es bien cierto que la negociación colectiva se encuentra en el sector público fuertemente condicionada, en particular en materia de retribuciones, como consecuencia de las limitaciones que imponen a los sujetos negociadores las normas presupuestarias. Pero ello no es óbice, como proclama la **STS de 14-3-2006 (Rc 99/05)**, para que rijan en su plenitud la obligación de negociar prevista en el art. 89 ET. Y así, en la sentencia citada se declara, en relación con el Instituto Cervantes, que no puede oponer a su deber de negociar el límite máximo de la masa salarial contenido en la correspondiente norma presupuestaria. Todo lo más, la necesidad de autorización para fijar la masa salarial podrá actuar como límite para la fijación de las condiciones salariales del personal al servicio de dicho organismo, pero no alcanza a la negociación colectiva en su conjunto.

4.4. Concurrencia conflictiva de convenios

La **STS de 7-11-2005 (R 170/04)** se dicta en un procedimiento de impugnación de convenios colectivos, en el que una asociación patronal del sector del mimbre, impugna el Convenio colectivo estatal de la Madera, como presuntamente «invasor» o afectante del sectorial de Cestería, Artículos de Mimbre y Junco y afines de la provincia de Valencia. Esta sentencia, siguiendo lo resuelto en las de 22.9.98 (R 263/97) y 21.1.04 (R 21/3), llega a la conclusión de que no existe invasión contraria a lo dispuesto en el art. 84 ET, y que ambos convenios pueden coexistir pacíficamente, puesto que el convenio inferior, de ámbito superior a la empresa, puede concurrir con el de ámbito superior, siempre que no regule las materias que se encuentran vedadas en el párrafo tercero del citado precepto, lo que en este caso se respeta.

Y en la **STS de 24-4-2006 (Rc. 3443/04)** se matiza la solución adoptada en la instancia en relación con la concurrencia conflictiva existente entre el Convenio sectorial estatal de conservas vegetales y el convenio

de una empresa dedicada específicamente a la elaboración de «marrón glacé» y derivados de las castañas. En el BOPA de 22 de enero de 2004 se publicó el nuevo convenio de la empresa, que venía negociando su propia norma colectiva desde el año 2000, cuando en el BOE de 12 de febrero de 2003 ya había sido publicado el Convenio colectivo básico estatal para las Industrias de Conservas Vegetales, que era por consiguiente el convenio «*prior in tempore*». El matiz que introduce la sentencia del Tribunal Supremo de referencia es que, habiendo incurrido el convenio de empresa en la concurrencia prohibida por el art. 84 ET, el efecto no ha de ser la nulidad del convenio «invasor», sino su postergación o ineficacia aplicativa.

Un problema estricto de concurrencia conflictiva de convenios es el que se dirime en la **STS de 8-6-2005 (Rc 100/04)**, en relación con la inclusión de la actividad de fabricación y montaje de rótulos luminosos en dos diversos convenios, el del Metal de la provincia de Pontevedra, convenio posterior y supuestamente invasor, y el Convenio Colectivo Estatal para las Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas y para las del Comercio Exclusivista de los mismos materiales, vigente con anterioridad a aquél y que sería el convenio invadido.

La Sala parte de analizar la finalidad de la previsión contenida en el art. 84.1 ET, que es la de evitar que en el ámbito de aplicación, territorial o funcional, cubierto por un convenio estatutario se introduzca una nueva regulación negociada que coincida en todo o en parte con alguno de tales ámbitos. Y comprueba o constata que, en efecto, la aludida actividad queda comprendida en los ámbitos funcionales delimitados y actividades enumeradas en los dos convenios citados. Y aunque es cierto que según el art. 83.1 ET las partes negociadoras son libres para establecer el ámbito o unidad comercial que consideren oportuno, tal libertad no es absoluta y se encuentra condicionada, no sólo por la objetividad, homogeneidad y estabilidad del sector o ámbito funcional acotado —la denominada unidad apropiada de negociación—, sino por las reglas de representatividad y legitimidad de las propias organizaciones intervinientes en la negociación del convenio. Y, desde luego, por lo que se establece en el art. 84 ET.

4.5. Composición de comisiones creadas en convenio

La cuestión que se resuelve en la **STS de 14-3-2006 (Rc 2466/04)** parte de una doctrina constitucional y ordinaria sumamente consolidada,

en virtud de la cual se distingue entre las reglas que han de determinar la composición de las comisiones con competencias de negociación y las que puedan haberse creado en virtud de la propia negociación colectiva, pero que asuman otro tipo de competencias, normalmente más técnicas o sobre materias específicas, y que no impliquen la posibilidad de negociar para innovar el marco normativo de referencia —que habrían de respetar en todo caso las reglas de proporcionalidad contenidas en los arts.87 y 88 ET—. En concreto el conflicto parte de las previsiones contenidas en el Reglamento interno adoptado por el Comité provincial de RENFE en Zaragoza, en el que se estableció la creación de una serie de comisiones de trabajo, con composición desigual, y de algunas de las cuales quedó excluido un sindicato minoritario, al haberse establecido un número de miembros que no permitía que dicho sindicato estuviera presente, por su residual implantación en la empresa y en el propio comité provincial. En concreto, el sindicato demandante quedó fuera de las Comisiones de Seguridad y Salud, Recursos y Política Social. Con abundante remisión a los criterios fijados por el TC en relación con el significado y alcance del principio de proporcionalidad a la representatividad sindical, la referida sentencia concluye descartando que exista cualquier atisbo de discriminación o lesión del derecho de libertad sindical.

4.6. Nulidad de cláusulas de un convenio extraestatutario

En concordancia con la eficacia limitada que por su propia naturaleza tienen este tipo de convenios o pactos, la **STS de 21-2-2006 (Rc 88/04)** declara la nulidad de las cláusulas de un acuerdo suscrito únicamente por el sindicato de maquinistas SEMAF y la empresa RENFE, que tenían proyección más general, afectando a otros trabajadores no pertenecientes a dicho colectivo. En dicha sentencia se dirime una cuestión estrictamente procesal como es la adecuación del cauce de impugnación de convenios colectivos para combatir la validez de dichas cláusulas.

5. Despido

5.1. Despido disciplinario

No todos los aspectos del régimen jurídico del despido disciplinario tienen el mismo grado de dificultad en acceder 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.

Así, la **STS de 21-9-2005 (R 822/04)** considera despido improcedente aquél en cuya carta no consta **la fecha de efectos** del acto extintivo, contraviniendo con ello una de las más relevantes exigencias de forma y contenido de la comunicación de la decisión empresarial que establece el art. 55 ET. Mientras que la **STS de 11-10-2005 (R 3512/04)** reitera doctrina sobre el cómputo del plazo de **prescripción de las faltas continuadas** y ocultas en un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, que sólo empezará a contar desde el momento en que la empresa haya podido tener completo y cabal conocimiento de la conducta infractora y de su alcance, y una vez que la misma se haya consumado, cosa que no ocurre en tanto persistan los actos de naturaleza homogénea constitutivos de la defraudación o abuso de confianza merecedores de la máxima sanción disciplinaria.

Por otra parte, la **STS de 6-10-2005 (R 2736/04)** califica de nulo, por vulneración de la garantía de indemnidad, parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, el despido comunicado por una Administración autonómica a una trabajadora que había interpuesto una demanda solicitando el reconocimiento del carácter indefinido de su relación laboral.

5.2. Efectos del despido. Cálculo de indemnizaciones y salarios de tramitación

Uno de los interrogantes de mayor complejidad con el que se han tenido que enfrentar los tribunales del orden social en estos últimos años ha sido el relativo a la naturaleza de las denominadas «**stock options**» —o planes de opciones de compra de acciones— y su repercusión sobre el cálculo de las indemnizaciones y, en su caso, salarios de tramitación en supuestos de despido improcedente. Un problema que comparte en buena medida las dificultades del cómputo a los mismos efectos de otros conceptos o devengos retributivos como **los incentivos o el bonus**. La **STS de 26-1-2006 (Rc 3813/04)** aborda de manera conjunta los motivos relativos a la determinación de la ley aplicable y a la calificación del carácter salarial o extrasalarial de los beneficios obtenidos por el trabajador por la compra de acciones de la empresa a precio inferior al de mercado. Cuestiones respecto de las que se aprecia la falta de contradicción, confirmando por tanto lo resuelto por la sentencia

recurrida. La Sala, no obstante, alude a las reglas contenidas en el **Convenio de Roma** sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que tras reconocer la libertad de elección en virtud de la autonomía de la voluntad, prohíbe disponer de las normas imperativas de referencia de haber regido la regla supletoria sobre la aplicación de la ley del país de ejecución del contrato y realización habitual del trabajo.

Respecto de la naturaleza de los beneficios derivados de la compra de acciones, recuerda la Sala que conforme a la doctrina unificada en la materia, hay que **atender de manera individualizada a cada plan** y a los acuerdos adoptados para su aplicación, en orden a determinar si son salario, en particular a los efectos de calcular la indemnización por despido improcedente. Y que de las dos utilidades o beneficios económicos derivados de los planes de opciones sobre acciones, sólo el derivado de la compra de las acciones a precio inferior al de mercado constituiría salario, pues el que resulta de la venta de las acciones a un tercero constituye un negocio jurídico que se encuentra ya desvinculado del contrato y la relación de trabajo.

Resulta en este caso **irrelevante que se trate de acciones de la empresa matriz**, Microsoft Corporation, y no de la filial española; lo que abundaría en la «causa salarial» de las opciones, que no persiguen únicamente garantizar la permanencia del trabajador en la entidad durante el denominado «período de maduración», puesto que de forma expresa aparecen además vinculadas al rendimiento, a la rentabilidad de la empresa y a la compensación de un mayor esfuerzo en el trabajo (mérito o «*rating*» en el argot habitual). La contraprestación o contrapartida del trabajo realizado es la nota característica de la noción de salario que se contiene en el art. 26 ET. De ahí que deban computarse en el módulo salarial para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. Lo mismo que el *bonus*.

La cuestión relativa a la interrupción del devengo de los salarios de tramitación derivada del reconocimiento de la improcedencia del despido y de la consignación del importe de la indemnización, que no fue apreciada por la sentencia recurrida como consecuencia de la insuficiencia de dicho importe —al no haberse incluido en el cálculo realizado por la empresa los beneficios derivados de la compra de acciones—, la Sala aplica la doctrina sobre el **carácter excusable o no del error de cálculo**, y en el caso entiende que sí concurre, como consecuencia de la dificultad jurídica que reviste la cuestión previa objeto de debate.

Otra sentencia del período que también aplica la doctrina sobre el error excusable en la determinación del importe de la indemnización objeto de consignación cuando se reconoce la improcedencia del despido, a los efectos de paralizar el devengo de salarios de tramitación es la **STS de 7-2-2006 (Rc 3850/04)**, que toma asimismo en consideración el hecho de que el salario estuviera integrado por conceptos fijos y variables.

Y la **STS de 6-7-2005 (Rc 2417/04)** insiste en que no procede el devengo de salarios de tramitación durante el período en que el trabajador, a partir de la fecha de efectividad del despido, permaneció en situación de IT, correspondiendo a la entidad gestora el abono de la consiguiente prestación de la Seguridad Social. La Sala explica las razones de fondo de esta solución poniendo el acento en el hecho de que durante la referida situación de incapacidad laboral, el contrato de trabajo queda en suspenso, interrumpiéndose las recíprocas prestaciones, lo que se compaginaría mal con el devengo de unas cantidades que, precisamente, persiguen compensar al trabajador por la pérdida de los salarios que hubiera debido percibir.

Por fin, la **STS de 20-2-2006 (Rc 4926/04)** afirma que **no procede el abono de salarios de tramitación** en un supuesto de despido improcedente con opción empresarial por la indemnización, al haberse producido el despido durante el corto período de **vigencia del RDL 5/2002**, adoptado para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, y que suprimió en esos casos el devengo de dichos salarios. No existe posibilidad de comparar, en términos de igualdad ante la ley, las situaciones producidas al amparo de esa normativa y de la después introducida, tras la tramitación del RDL de referencia y la promulgación de la Ley 45/2002. Máxime cuando los efectos del despido, nulo o improcedente, se disponen por el legislador. En su caso, los posibles problemas de constitucionalidad hubieran debido dar lugar a que se suscitara la correspondiente cuestión ante el TC, lo que no ha ocurrido.

Y la **STS de 21-3-2006 (Rc 2496/05)**, reiterando doctrina contenida en la de 25-5-2005, cuyos razonamientos se reproducen literalmente, entiende que **no equivale al depósito o consignación judicial de la indemnización la transferencia del importe de la misma a cuenta corriente bancaria del trabajador**. De modo que tal decisión o actuación empresarial no tendrá virtualidad para paralizar el devengo de los salarios de tramitación. Las razones de fondo de esta solución negativa —falta de previsión normativa y mayor garantía para el trabajador— se contienen ya en aquella sentencia citada.

Una última cuestión un tanto colateral, que también se ha suscitado de manera reiterada con anterioridad, es la relativa a la atribución del derecho de opción entre la indemnización y la readmisión a los trabajadores de Correos y Telégrafos, cuyo convenio reconoce a los trabajadores «contratados como fijos», lo que se viene interpretando referido estrictamente a los que desde el inicio de la relación laboral disfrutaban de dicha condición y no a aquellos cuyo contrato se convierta en indefinido por irregularidades en la contratación temporal. Esta solución se reitera en las SSTS de 23-6-2005 (Rc 1842/04) y de 4-1-2006 (Rc 3797/04).

6. Extinción del contrato de trabajo

6.1. Extinción por causas objetivas

Las causas del despido objetivo constituyen otra materia cuya evolución jurisprudencial requiere constante atención. Más aún cuando se trata de causas distintas de las del despido económico individual. Éste es justo un período en el que, desde esa perspectiva, se han dictado algunas resoluciones de especial interés.

Una de las causas de despido objetivo enunciadas en el art. 52 ET que no suele provocar especial litigiosidad, pero que sin embargo integra elementos de difícil determinación en la práctica, es la que atañe al **absentismo**, a la extinción por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen a determinados porcentajes de jornadas hábiles en dos meses consecutivos o cuatro meses discontinuos, computados en un período de referencia de doce meses. Y siempre que el índice global de absentismo de toda la plantilla en el centro de trabajo supere el 5% en los mismos períodos de tiempo. Pues bien, en la SSTS de 5-10-2005 (Rc 3648/04), que reitera la solución contenida en la de 26-7-2005 (Rc 3406/04) se llega a la conclusión de que **la intermitencia en las faltas al trabajo es requisito inexcusable para adoptar esta decisión extintiva** prevista en el art. 52 d) ET. La falta de intermitencia, cuando las ausencias sean consecutivas, impide la aplicación del aludido precepto, habiendo de declararse la improcedencia del despido.

La ineptitud sobrevenida o conocida con posterioridad al inicio de la prestación de servicios es otra de las causas enumeradas en el art. 52 ET. Respecto de la no menos compleja cuestión relativa a la necesidad de compaginar el **derecho a la intimidad del trabajador**, impuesta

específicamente en relación con los informes médicos emitidos por los servicios de salud por imperativo del art. 22 LPRL, y su derecho a la defensa, que exigiría la pormenorización de las causas invocadas para adoptar un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, resulta obligada la lectura de la **STS de 22-7-2005 (Rc 1333/04)**. En esta sentencia, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.1 a) ET, se declara **la validez de la comunicación remitida al trabajador, en la que se notifica su despido objetivo por ineptitud sobrevenida, con remisión al contenido del informe emitido por el Servicio de Vigilancia de la Salud de la Mutua, sin mayores precisiones**. La Sala entiende que ello cumple la garantía de confidencialidad impuesta por el citado art. 22 LPRL, y que no menoscaba el derecho a la defensa del trabajador, que pudo recabar el resultado del reconocimiento médico practicado de la propia Mutua.

En cuanto a la calificación del despido objetivo, la **STS de 21-12-2005 (Rc 5470/04)**, recogiendo lo razonado y resuelto en la STS de 25.1.05 (R 6290/3), considera que **no provoca la nulidad** de un despido objetivo por causas económicas el hecho de que la empresa no **ponga a disposición del trabajador manera simultánea a la comunicación de la decisión extintiva la indemnización legalmente procedente, pues ello queda amparado por la propia situación económica alegada y probada**. Y no se exige para que opere tal exoneración una actividad probatoria o evidencia añadida y distinta de la desarrollada o aportada para acreditar la causa misma invocada, que en el caso, además, había dado ya lugar a la declaración de la procedencia del despido.

6.2. Expedientes de regulación de empleo

Los acuerdos alcanzados en la fase de consultas de un expediente de regulación de empleo son una de las muestras del dinamismo y complejidad de los productos de la autonomía colectiva. En la **STS de 17-1-2006 (Rc 15/05)** se analiza la **supuesta vulneración de los compromisos asumidos por la empresa Heineken España, S.A. en un acuerdo alcanzado con los representantes sindicales de los trabajadores en el período de consultas**. En concreto, dentro del denominado «plan de consolidación o reestructuración» elaborado en el contexto del expediente y como parte del «plan social y medidas de acompañamiento» del mismo, además de un determinado número de ceses y extinciones contractuales se acordó limitar la subcontratación o externalización de las actividades de negocio. La Sala entiende que no se ha acreditado la vulneración de dicho

compromiso, pues los sindicatos que formularon la demanda de conflicto colectivo únicamente esgrimieron como elemento probatorio del incumplimiento empresarial denunciado la existencia de decisiones de movilidad y la reducción de plantilla en algunos centros de trabajo o determinadas unidades o actividades productivas. El razonamiento del Alto Tribunal es simple, por un lado, los términos del acuerdo parecían dejar libertad a la empresa en cuanto a las actividades de vigilancia, merchandising, reparto, garaje, conducción de camiones y furgonetas, servicio técnico de instalaciones de barril, limpieza, pintura y albañilería, respecto de las cuales se preveía la posibilidad de amortizar las vacantes que se fueran produciendo. Y, por otra parte, y en buena lógica, la Sala considera que el hecho de haberse producido alguna reducción de plantilla no se conecta de manera directa con la subcontratación, y podía deberse a la propia amortización de vacantes prevista en el acuerdo o a la disminución de efectivos mediante la extinción de los contratos que el mismo expediente conlleva. Todo ello conduce a la desestimación del recurso.

Otro de los que podrían calificarse como «nuevos problemas» a los que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se enfrenta en los últimos tiempos en relación con la materia extintiva aparece en la controversia resuelta en la **STS de 24-1-2006 (Rc 4915/04)**, en la que se sostiene que es el **empresario el que debe arrostrar con las consecuencias y cargas patrimoniales derivadas de la necesidad de compensar mediante la oportuna indemnización a una trabajadora que vio extinguido su contrato de trabajo tras la pertinente autorización administrativa dictada en un expediente de regulación de empleo, que luego fue revocada al haberse anulado por sentencia firme** dictada en procedimiento contencioso-administrativo la resolución administrativa que autorizó al empresario a adoptar las correspondientes medidas extintivas.

Se basa para ello el Tribunal Supremo en los razonamientos y consideraciones contenidos en algunas resoluciones precedentes, referidas a cuestiones o aspectos tangenciales con el que constituye el objeto del litigio en ese caso, como el relativo a la devolución al INEM de las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador en el supuesto de que el empresario hubiese optado por la indemnización por despido improcedente y en vía de recurso hubiese alterado el sentido de la opción por la readmisión, al haberse incrementado el importe de la indemnización. En tal caso, los efectos económicos de ese cambio de opción a favor de la readmisión se retrotraen a la fecha de la elección inicial, deduciéndose de lo adeudado al trabajador las cantidades que éste hubiera

percibido, que habrán de ser ingresadas en la Entidad gestora. Criterio que se combina con otro mucho más directo y claro, que se contiene en las SSTS de 21-12-2001 (Rc 4189/00) y 17-1-2002 (Rc 4759/00), que consideran computable como tiempo de servicios, a efectos del devengo de la indemnización por despido improcedente, el transcurrido entre el primer cese o el cese inicial, producido al amparo de la resolución administrativa dictada en el ERE autorizando la extinción de los contratos y el momento de la reincorporación consecuencia de la nulidad de aquella resolución declarada por sentencia dictada en procedimiento contencioso-administrativo.

El razonamiento que en esencia maneja el TS es que el hecho de haber sido el empresario autorizado para la extinción de contratos en despido colectivo no le exonera de su obligación de indemnizar durante el período litigioso, cuando el acto administrativo autorizante sea declarado nulo. Esta nulidad debe comportar de manera automática el restablecimiento de la relación contractual indebidamente extinguida, que al no resultar posible verificarlo «in natura», se instrumenta a través de la indemnización. La solución —concluye el TS— no deja de ser similar a la que rige en el régimen común de despido, en relación con el abono de salarios de tramitación. La culpa empresarial en este caso —que podría resultar dudosa— se considera consustancial a la antijuridicidad de la decisión extintiva, una vez que la misma ha sido judicialmente declarada. Aunque sea de forma mediata, al anularse la resolución administrativa autorizando la extinción de los contratos, al tratarse de una actuación administrativa que obedece a la modalidad de control preventivo por parte de la Administración de lo que no es sino una decisión extintiva adoptada por iniciativa empresarial.

6.3. Extinción del contrato por jubilación obligatoria prevista en convenio

La jurisprudencia social de este período se ha enfrentado a un problema derivado de la derogación de la disposición adicional décima del ET, y de su posterior restablecimiento por efecto de **la Ley 14/2005**. El relativo a la aplicación en el tiempo de la nueva regulación, que la Sala Cuarta resuelve afirmando que se aplique a los asuntos pendientes la normativa en vigor en el momento de suscitarse la controversia [SSTS de 10-10-2005 (R 60/04), 13-10-2005 (Rc 1925/04) y 25-10-2005 (Rc 1129/04), esta última, de Sala General].

6.4. *Efectos económicos de la extinción del contrato*

En la STS de 27-10-2005 (Rc 2513/04), y en relación con la indemnización derivada de una extinción a instancias del trabajador con base en lo dispuesto en el art. 50 ET, se decide si el cálculo ha de verificarse en atención a **360 ó 365 días**, decantándose la Sala por esta última solución. Mientras que la STS de 22-11-2005 (Rc 5277/04), reiterando el criterio contenido en la de 19-11-2001 (Rc 3038/00), sostiene que la parte de **retribución variable** que el trabajador tenía concertada en su contrato debe tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización derivada de la resolución causal del contrato de trabajo. Y el tiempo de servicios determinante de la indemnización por despido, cuando se han prestado **servicios de manera sucesiva para distintas sociedades vinculadas o pertenecientes a un grupo empresarial** es la cuestión que se aborda en la STS de 3-11-2005 (Rc 3400/04), que entiende que para el cómputo total de dichos servicios se habrán de reunir las condiciones que la jurisprudencia viene exigiendo para declarar la relevancia de la existencia del grupo a efectos laborales, que en el caso no concurren.

Por su parte, la STS de 22-11-2005 (Rc 4485/04) reitera una relevante doctrina en el sentido de que se tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios equivalente a lo que hubieran sido los salarios de tramitación en el tiempo intermedio entre la resolución administrativa autorizando la extinción de los contratos y su posterior anulación.

Y la STS de 15-11-2005 (Rc 1197/04) se pronuncia en relación con el devengo de **intereses moratorios**, conforme a lo dispuesto en los arts.1.100 y ss. CC, en particular el 1.108 (y también procesales), en una reclamación de cantidad en concepto de indemnización por desistimiento unilateral del empresario de un contrato especial de alta dirección, reclamación a la que en el transcurso del juicio la empresa se allanó. La respuesta afirmativa a tal cuestión, que no es dudosa, se complica desde el momento en que en el mismo acto del juicio la empresa formuló demanda reconventional por una cantidad menor. Sin embargo, la Sala considera que esta pretensión forma parte de otro litigio, aunque se dirima en el mismo procedimiento, por razones de economía procesal, y que por lo tanto no obsta al devengo de intereses por la cantidad reconocida por la empresa a favor del trabajador, que a partir de ese momento pasa a ser una cantidad líquida, vencida y no controvertida.

Por último, en materia de los efectos de la extinción del contrato, no puede olvidarse una sentencia de gran importancia. Se trata de la STS de

17-05-06 (Rc. 4372/04) dictada en Sala General. En ella se resuelve, en un caso de extinción de contrato por acoso laboral por la vía del art. 50 ET, que **existe derecho a percibir la indemnización de ese precepto y además la indemnización adicional por la lesión del derecho fundamental, cuya violación hubiera sido expresamente invocada en la demanda**, abandonando así algún pronunciamiento inmediato anterior y superando el obstáculo que pudieran configurar aquellos otros pronunciamientos que negaban la posibilidad de la indemnización adicional, dado que en esos casos la extinción de contrato se había ya producido y la reclamación adicional indemnizatoria se articulaba en proceso posterior en base al art 1101 del CC. Lleva voto particular de dos magistrados, pues entienden que debió haberse aprovechado para modificar ya plenamente el criterio de la S. de Sala general de la sentencia de 11-03-04 recaída en el recurso 3994/02, y permitir en cualquier caso la doble indemnización (por extinción del contrato y por los daños de orden personal).

7. Huelga

7.1. *Fijación de servicios mínimos*

A propósito del derecho a la huelga, en la **STS de 11-10-2005 (Rc 12/05)** se despeja la inconcebible duda sobre el hecho de que unos **servicios mínimos del 100%** de la plantilla de altos hornos en la empresa Aceralia, fijados unilateralmente por la empresa para una huelga de un día convocada en dicha empresa, **constituye una conducta antisindical**. Y ello en la medida en que el derecho a la huelga constituye uno de los primordiales derechos de actividad con que cuenta el sindicato o, en su caso, los sindicatos convocantes de la medida de conflicto colectivo.

7.2. *Huelga intermitente*

La **STS de 9-6-2005 (Rc 126/04)** se dicta en procedimiento de conflicto colectivo, promovido por una empresa dedicada al transporte de viajeros por carretera, con el fin de que se declarase el carácter abusivo de una huelga intermitente convocada para todos los viernes de cada semana en un período de nueve meses. Con independencia de algunos problemas procesales, como los relativos a si se han respetado los trámites previos establecidos en el convenio colectivo de aplicación en el

sector, consistentes en acudir a los medios de solución extrajudicial previstos en el Acuerdo autonómico de referencia (AGA) o si el servicio administrativo interviniente era el competente, la sentencia aludida lleva a cabo un extenso recorrido sobre la jurisprudencia y doctrina constitucional, en primer lugar, sobre el significado y alcance del derecho fundamental a la huelga en nuestro sistema de relaciones laborales. Para luego recordar que **la huelga intermitente está afectada por una presunción *iuris tantum* de licitud**, y que recaerá sobre el empresario la aportación de la base fáctica necesaria para destruir dicha presunción, acreditando la existencia de un daño desproporcionado sobre los intereses patronales, en relación con los sacrificios asumidos por los huelguistas. Daño excesivo que en el caso no se ha acreditado, por lo que se estima el recurso interpuesto por dos sindicatos contra la sentencia de instancia, que había estimado la demanda empresarial y declarado el carácter abusivo de la huelga.

8. Libertad sindical

8.1. Régimen jurídico de los sindicatos y organizaciones empresariales

El derecho al **uso de un nombre y las decisiones sobre la denominación del sindicato** forman parte del derecho mismo a la libertad sindical, de conformidad con lo dispuesto en los arts.2.1 a) y 4.2 a) LOLS, derecho que específicamente comprende la posibilidad de excluir a otros del uso de la misma denominación o de otra que pudiera inducir a equívocos o confusiones. Conclusión a la que llega la **STS de 17-1-2006 (Rc 20/04)**, a partir de una demanda de tutela de los derechos de libertad sindical formulada por el Sindicato de Enfermería SATSE —cuyas siglas se habían registrado antes de constituirse la organización «usurpadora»— frente al Sindicato de Auxiliares de Enfermería, al que se condena a suprimir aquella denominación en carteles, letreros, distintivos y soportes de cualquier género. En particular en las dependencias de las secciones sindicales que dicha organización ocupa en los hospitales de la red pública de Asturias, Nuestra Señora de Covadonga y General de Oviedo y Álvarez Buylla de Mieres, y en cuantas actividades desarrolle el sindicato.

Curiosamente, vuelve a ser el problema de la denominación el que se dirime en la **STS de 23-1-2006 (Rc 30/05)**, pero esta vez a raíz de la expulsión de una asociación sindical de la federación estatal en la que se

encontraba integrada. La Sala comienza por desgajar y distinguir este inicial problema —el referido a la legalidad de la expulsión misma, que ya es objeto de otro procedimiento— del relativo a la posibilidad de seguir empleando las siglas y demás señas de identidad que identifican al sindicato como integrado en aquella organización, y en tanto recae resolución judicial firme en aquel procedimiento. Cuestión respecto de la cual la sentencia de instancia había estimado sustancialmente la pretensión deducida por la Federación en sentido excluyente del uso de los distintivos federales por el sindicato expulsado.

Las relaciones entre los sindicatos y las personas que se integran en su organización interna vienen suscitando no pocos conflictos, a veces de compleja y difícil resolución. En la **STS de 30-9-2005 (Rc 2854/04)** se deja claro que no constituye óbice alguno el hecho de desempeñar cargos en el sindicato para que pueda existir, al mismo tiempo, una relación laboral con el sindicato.

Aunque aborde un problema eminentemente procesal, evidencia la diversidad organizativa interna del sindicato la **STS de 10-10-2005 (Rc 285/04)**, en la que se afirma que **el apoderamiento otorgado para representar al sindicato no atribuye implícitamente la representación de la sección sindical**. A lo que se suma la falta de asignación legal de dicha representación a quien se dice ser el secretario de la sección sindical, sin que se acredite que reúne los requisitos para atribuirle la condición de delegado sindical.

El conflicto dirimido por la STS de 14-7-2005 (Rc 152/04), cuyos pormenores no caben en un balance de las características del que ahora se aborda, resulta de sumo interés para analizar el alcance del control jurisdiccional en relación con impugnaciones de determinados asociados de un acuerdo de modificación de los Estatutos de la Asociación Gremial de Auto Taxi de Madrid, basados esencialmente en cuestionar el respeto al principio de funcionamiento democrático de la asociación, que, como es sabido, se opone frecuentemente a la propia autonomía organizativa de este tipo de organizaciones.

8.2. Derecho a la actividad sindical

Una vez más la Sala Cuarta del Tribunal Supremo analiza en la **STS 28-6-2005 (Rc 128/04)** el alcance del derecho a la libertad sindical en su

vertiente de actividad negociadora, en relación con una demanda de tutela interpuesta por un sindicato, que dice haberse lesionado su derecho por haberse excluido de una **comisión de seguimiento** de un acuerdo suscrito entre ciertos sindicatos y el SESPA. En concreto, se trataba de un acuerdo alcanzado entre el referido organismo y los sindicatos más representativos en la Mesa Sectorial de Sanidad del Principado de Asturias, que tenían por finalidad poner fin a unas huelgas convocadas en relación con la negociación de ciertas condiciones de trabajo del personal de las Instituciones Sanitarias del Principado. Tal acuerdo no fue firmado por el sindicato CCOO, que es quien acciona en el proceso del que trae causa la sentencia que se comenta. El acuerdo contemplaba, como es habitual, la constitución de una Comisión de Seguimiento Paritaria de Interpretación y Aplicación, que integraban representantes de la Administración y de los sindicatos firmantes, y en la que no tuvo presencia CCOO, comisión que con posterioridad se ocupó de abordar el tratamiento de ciertas condiciones de trabajo del aludido personal.

La Sala insiste en una línea ya mantenida con anterioridad, en el sentido de negar que vulnere el derecho a la libertad sindical, en su manifestación de participación en la negociación colectiva, la exclusión de una comisión de seguimiento creada en un acuerdo, del sindicato o sindicatos que de manera voluntaria decidieron no suscribir dicho acuerdo o pacto.

También en relación con la conexión entre libertad sindical y derecho a la negociación colectiva, la STS de 16-6-2005 (Rc 203/04) rechaza la existencia de violación del derecho a la libertad sindical por el hecho de que, en ausencia de convenio colectivo, la empresa pública demandada formulara propuesta de distribución de la masa salarial de 2003 a los delegados de personal, siguiendo además instrucciones recibidas del correspondiente órgano directivo. Los pormenores del supuesto y las argumentaciones contenidas en esta sentencia ponen en evidencia las limitaciones con que el ejercicio del derecho a la negociación se encuentra cuando se trata de un organismo público.

La **STS de 9-12-2005 (Rc 183/03)** considera contrario a la libertad sindical y vulnerador del derecho a la igualdad de trato, el **reparto de subvenciones** previsto en una cláusula del convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Comunidad de Madrid, que reserva dichas subvenciones a los sindicatos con mayor nivel de implantación. La solución sigue la línea argumental de la STS de 25-4-2005 (Rc 85/03). Sin embargo, en

la **STS de 15-7-2005 (Rc 178/03)** se hacía una interpretación literal del precepto del convenio que reservaba las subvenciones a los sindicatos con mayor nivel de implantación, distribuyendo su importe en atención a la representación que cada uno de ellos tuviera en el Consejo Regional de la Función Pública. Y considera que no era correcta la decisión adoptada en la instancia, de extender el derecho también a los sindicatos con representación suficiente para estar presentes en el Consejo Regional de la Función Pública, pues con ello no sólo se alteraban los términos de lo convenido, en una corrección que no corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales, sino que lo que se hacía era ampliar el trato desigual y peyorativo para los sindicatos con menor nivel de representatividad.

8.3. Acción sindical en la empresa y derechos de los afiliados

La Sala Cuarta del TS viene interpretando el art. 10.1 LOLS, en relación con el apartado 3 de dicho precepto, en el sentido de que para que una sección sindical pueda designar delegado sindical con las prerrogativas y garantías que la ley le atribuye a esta figura es preciso que el requisito del volumen de plantilla —la superación del umbral de los 250 trabajadores— se cumpla en el centro de trabajo, sin poder computarse la plantilla total de la empresa.

Como se recordará, esa tesis —que ahora se acoge en la **STS de 9-6-2005 (Rc 132/04)**— proviene de una interpretación restrictiva y acomodada a la estructura de los órganos de representación unitaria existentes en la empresa, de lo que dice el art. 10.1 LOLS, que alude a la empresa o, en su caso, al centro de trabajo. Y que, en contra de lo que se pudo entender en un primer momento, no es algo que quede al arbitrio de los criterios organizativos del propio sindicato. En el caso concreto, puesto que en la elección de representantes unitarios se optó por el ámbito provincial para constituir los correspondientes comités de empresa, a los resultados del sindicato y dimensión de las plantillas en ese estricto ámbito habrá que estarse. Además de no alcanzarse el volumen de plantilla necesario, el sindicato afectado tampoco había obtenido en las elecciones a órganos de representación unitaria celebradas a nivel provincial en toda Andalucía, representación en la provincia de Córdoba.

En relación también con este problema, **la STS de 14-6-2005 (Rc 124/04)** clarifica la noción de centro de trabajo a efectos de designación de delegado sindical en un organismo administrativo. Y si habrá de

estarse a cada centro físico de trabajo o al ámbito provincial que opera, como en el caso anterior, como unidad electoral. Optándose por esta segunda solución.

El art. 55.1 ET, al igual que el art. 10.3.3 LOLS, impone como requisito formal para proceder al despido disciplinario de un trabajador afiliado a un sindicato —siempre que al empresario le conste tal vínculo de afiliación— que se dé audiencia previa al delegado sindical, si lo hubiere. Se ha discutido mucho, en ausencia de mayores especificaciones, sobre el cómo y el cuándo de la verificación de dicho trámite, habiéndose llegado a la conclusión de que no puede entenderse cumplido el mismo cuando se le da al delegado sindical la posibilidad de ser oído, justo el día antes de proceder al despido. La STS de 7-6-2005 (Rc 5200/03) reitera doctrina precedente, que considera que en esas circunstancias no puede cumplirse la finalidad de esta exigencia, que no es otra que articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado, y que la empresa pueda alterar su decisión o adoptar una medida disciplinaria de menor trascendencia y entidad.

9. Modificación de condiciones de trabajo

9.1. *Movilidad funcional*

La STS de 31-10-2005 (Rc 188/04) constituye una buena muestra de la apuesta por la flexibilidad interna que ha caracterizado la labor del legislador laboral y del intérprete en las últimas décadas.

En ella se considera comprendido en el ámbito del art. 39 ET —movilidad funcional ordinaria— **la encomienda de funciones de operadores de sonido a los locutores, redactores y ayudantes de redacción de la Televisión de Galicia**, cuando la realización de tales funciones no se lleva a cabo de manera sustancial, sino con carácter instrumental, ocupando una mínima parte del tiempo en relación con el que se dedica a las propias funciones. La razón que se esgrime es que no se traspasan los límites definidos por el propio art. 39 ET, que son las exigencias de titulación —que no se cuestiona— o la pertenencia al grupo profesional, este último dado que no hay grupos definidos en el convenio colectivo aplicable. Por otro lado, el riesgo que el manejo del criterio de equivalencia entre categorías pudiera suponer para la dignidad y profesionalidad de los trabajadores, sobre todo en situaciones prolongadas en el tiempo o

permanentes, está aquí excluido, habida cuenta las condiciones del desempeño de esas funciones de categoría inferior, que es claramente marginal con respecto a la ejecución de las propias tareas.

9.2. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo*

La elaboración del calendario laboral anual pertenece, conforme dispone el art. 34.6 ET, al ámbito de las facultades organizativas del empresario. Pero no se trata de una facultad omnímoda, puesto que se encuentra sometida a las normas de derecho necesario relativas al derecho al descanso, así como a cualesquiera otros compromisos adquiridos por la empresa. Esta afirmación se contiene en la STS de 16-6-2005 (Rc 118/04), que aborda el asunto siguiente. En el convenio aplicable en la empresa Schindler se fija una jornada anual y otra semanal. Esta última provoca un exceso de ocho o nueve días, según el trabajador disfrute de sus vacaciones en julio o agosto. A lo largo de al menos catorce años el exceso de jornada se compensa con el disfrute de descanso en las fechas en que elijan los trabajadores, salvo que la empresa oponga razones organizativas o de prestación del servicio, que permiten de manera excepcional que las fechas las fije la empresa. En los calendarios entregados por la empresa para el año 2004 se fijaban los días de descanso, lo que los sindicatos accionantes consideran constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Lo primero que se dirime es el carácter colectivo de la aludida modificación, respecto de la cual la propia empresa había iniciado a comienzos de 2003 conversaciones con los representantes de los trabajadores, aunque no consta que se siguiera el procedimiento y plazos previstos en el art. 41 ET, ni que se procediera a la notificación a los afectados que el precepto de referencia exige. Así las cosas, la sentencia de instancia declaró la nulidad de la medida adoptada por la empresa. La resolución de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que resuelve el recurso empresarial a favor de lo pretendido por los trabajadores parte de la existencia de una condición más beneficiosa disfrutada a título colectivo, y afirma de modo sumamente expresivo que «el art. 41 ET es el recordatorio esquemático de las fronteras de esa potestad (la empresarial referida a la fijación del calendario)».

Sobre una modificación relativa **al régimen de trabajo y descansos en fines de semana**, se pronuncia la STS de 16-9-05 (Rc 2220/04), que

entiende que la Comunidad de Madrid debió acudir a la vía prevista en el art. 41 ET para modificar el régimen de trabajo y de descansos en fines de semana en el Centro de Transfusiones comunitario. En cambio, la **STS de 10-10-2005 (Rc 183/04)** considera que no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo el retraso en **media hora de la entrada y salida** del trabajo. Como tampoco lo es, a juicio de la **STS de 22-11-2005 (Rc 42/05)**, la **reducción de la base de cálculo de las comisiones**, debida al excesivo incremento de los precios del acero, siempre que se perciban las mismas cantidades por idéntico esfuerzo; **ni la unificación en un único concepto de dos complementos retributivos**, tal y como declara, en relación con un conflicto en el Banco de Sabadell, la **STS de 27-7-2005 (Rc 3417/04)**.

En relación también con el alcance de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la STS de 27-6-2005 (Rc 94/04) confirma lo resuelto por la AN en la instancia, que calificó como injustificadas, al no haberse acreditado las razones esgrimidas por la empresa, las alteraciones introducidas en virtud de una decisión empresarial en la «ayuda alimentaria» y el «plus de transporte» reconocidos en un pacto de empresa. La Sala considera comprendidas tales condiciones en el sistema de remuneración a que alude el art. 41.1 d) ET, como prueba el hecho de que la propia empresa recurrente, a la que se le imputa ir contra sus propios actos, intentase sin lograrlo llegar a un acuerdo con la representación de los trabajadores abriendo el oportuno período de consultas.

Mientras que la STS de 21-3-2006 (Rc 194/04) valora la decisión adoptada en las empresas IBM de introducir alguna variación en el Programa de Seguimiento y Evolución de Resultados (PSER) que venía rigiendo en la empresa hasta el 2004. La Sala entiende que no hay variación sustancial del sistema retributivo, en primer lugar, porque lo que la empresa hizo fue ofertar a los trabajadores la posibilidad de acogerse voluntariamente a un nuevo sistema de retribución variable, denominado «Performance Bonus», de modo que el empleado que no manifestó su voluntad acorde siguió rigiéndose por el anterior sistema. Pero, además, porque el nuevo método se vincula, como el sistema anterior, a resultados de cada empresa, y la única novedad que introduce es valorar o tener también en cuenta le evaluación personal de cada trabajador. Por fin, entiende la sentencia que se comenta que no se trata propiamente de un verdadero sistema de retribución, puesto que el complemento resultante de la aplicación de este método es voluntario en su concesión y cuantía, no tiene

más valora que el orientativo, y no forma parte del salario obligatorio que viene determinado por el convenio y el contrato individual.

En la **STS de 27-10-2005 (Rc 38/05)** se contiene una solución llamativa para una pretensión no menos curiosa, al menos en el aspecto formal o procesal, concretamente en el del tiempo en que se articula la pretensión, en relación con el fondo del asunto litigioso. El caso es el siguiente. Por la vía de conflicto colectivo se pone en cuestión por los sindicatos UGT y LAB una circular del Director de recursos humanos de la Consejería de Justicia del Gobierno de la Comunidad Autónoma Vasca de 24 de febrero de 2004, en la que se fija la jornada de trabajo de verano (del primero de julio al 15 de septiembre). Los sindicatos accionantes consideran que el cambio de jornada, respecto de la fijada en convenio, reducía los días de libre disposición. La demanda conjunta de UGT y LAB fue presentada el 28 de diciembre de 2004, más de diez meses más tarde de la fecha de la circular impugnada de la Consejería de Justicia, que pocos días después, el 25 de enero de 2005, acordó retirar una circular similar para ese año. Desistida entonces la pretensión relativa a la nulidad de la circular del 2004, los sindicatos mantuvieron no obstante la dirigida a obtener el resarcimiento de los días de libre disposición no disfrutados.

La sentencia dictada en la instancia por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco dio la razón a los sindicatos. Pero la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco, al apreciar **abuso de derecho y fraude de ley en la acción ejercitada por los promotores**, que hubieran podido impugnar la circular de referencia tras su publicación en febrero de 2004, y **esperaron al final del año para solicitar a título resarcitorio lo que hubieran podido obtener con plena eficacia declarativa con anterioridad a ponerse en práctica la jornada de verano reducida que dio lugar a la minoración de los días de libre disposición.**

10. Relaciones laborales especiales

10.1. Régimen salarial del trabajo de los penados en instituciones penitenciarias

La compleja y múltiple funcionalidad del trabajo de los penados, y la singular posición que tanto los internos como la Administración peni-

tenciaria ostentan en sus mutuas relaciones, justifica la solución que se contiene en la razonada y didáctica **STS de 5-5-2006 (Rc 728/05)**, en la que se afirma que, **a falta de remisión expresa, no se aplican** a la relación especial de los penados, cuya regulación específica se contiene en la actualidad en el RD 782/2001, **las normas sobre régimen salarial contenidas en el Estatuto de los Trabajadores**.

11. Representación y participación de los trabajadores en la empresa

11.1. Procedimiento de elección y atribución de resultados

En la **STS de 17-10-2005 (Rc 164/04)** se estima en parte una impugnación de un **Acuerdo sobre materia electoral** en el Sector de Grandes Almacenes (BOE 5-3-2004), en relación con la adscripción de categorías a uno de los dos colegios electorales a que se alude en la normativa legal, y con ciertos límites establecidos para el desarrollo de actividades sindicales durante el proceso —propaganda y reuniones—, que podrían constituir limitaciones ilegítimas de la libertad sindical.

El **cómputo de resultados electorales** a efectos de determinar o medir la representatividad sindical en la empresa es la cuestión que se dirime en la **STS de 2-11-2005 (Rc 205/04)**, que interpreta la normativa laboral de Telefónica en el sentido de incluir en dicho cómputo los resultados obtenidos en la elección de delegados de personal en los centros de Ceuta y Melilla.

11.2. Duración del mandato de los representantes

La **STS de 8-4-2006 (Rc 1365/05)** determina **los efectos de la suspensión del contrato por Incapacidad Temporal sobre el mandato de los representantes de los trabajadores en la empresa**. Por estricta aplicación de lo dispuesto en los arts.45.1 c), 45.2 y 67.3 ET, la Sala llega a la única solución racional posible, desde el punto de vista de la estricta legalidad. Y declara que ni entre los efectos de la suspensión del contrato por IT se prevén más que la interrupción de las recíprocas prestaciones de trabajo y remuneración —desde luego nada se dice respecto del mandato representativo—, ni entre las causas de extinción de este último se menciona la suspensión del contrato. Durante la suspensión de

la relación el vínculo jurídico entre las partes está vigente y se mantienen todos los demás derechos y deberes recíprocos salvo los estrictos de prestar trabajo efectivo y retribuirlo. Negar al demandante acceder al centro de trabajo y desarrollar las funciones inherentes a su cargo lesiona, efectivamente, su derecho y también el de los demás trabajadores representados, lo que determina la nulidad radical de la conducta empresarial y los demás efectos inherentes a dicha declaración.

Y en cuanto a los efectos que las actividades desarrolladas durante la baja por el representante pudieran tener sobre la relación de Seguridad Social, la sentencia comentada se remite a la jurisprudencia conforme a la cual los criterios para determinar cuándo concurre una actividad incompatible con la situación de baja por IT son dos, la incidencia en el proceso de curación o la evidencia de capacidad para trabajar, que a su vez dependen del tipo de patología o índole de la dolencia y la concreta labor o tarea desarrollada. En suma, estar impedido para trabajar puede ser compatible con la realización de funciones representativas, siempre que éstas no tengan el mismo alcance y contenido que el trabajo productivo habitual del trabajador representante.

11.3. Facultades y garantías de los representantes de los trabajadores

Una concreta manifestación de la garantía de indemnidad retributiva de los representantes de los trabajadores se examina en la **STS de 10-11-2005 (Rc 207/04)**, que estima debe **considerarse tiempo de trabajo efectivo, también a los efectos de retribuir el crédito de horas, el denominado «solape»** previsto en el art. 22 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo de los trabajadores del Servicio Vasco de Salud. El «solape» es la prolongación en diez minutos de la jornada diaria por el personal que trabaja a turnos rotatorios, con el fin de transmitir los oportunos partes de cambio de turno. Y la Sala entiende que de no retribuirse el tiempo de solape como si fuera trabajo efectivo a quien con ocasión del uso de las horas sindicales está exento de la prestación de servicios, se le estaría dando un trato peyorativo respecto de los demás compañeros de trabajo que sí prestan servicios, con resultado lesivo del derecho de libertad sindical.

Y en relación con las garantías en caso de despido, la **STS de 2-12-2005 (Rc 6380/03)** considera que debe atribuirse el **derecho de opción** entre la readmisión y la indemnización en caso de despido improcedente

al propio trabajador, que había sido despedido tras ser proclamado candidato en un proceso electoral. Consta, además, en ese caso que la empresa conocía tal circunstancia, y que el despido se produjo justo al día siguiente de la proclamación.

11.4. Derecho de reunión en la empresa

Antes de dictarse la **STS de 16-2-2006 (Rc 177/04)** ya se habían dictado diversas resoluciones judiciales declarando la nulidad de las cláusulas contenidas en distintas y sucesivas versiones del Convenio colectivo de Telefónica, y relativas a **las condiciones de celebración de asambleas por los afiliados a ciertos sindicatos con presencia en el Comité Intercentros, durante la jornada de trabajo y con reserva de un número de horas retribuidas al año para destinarlas a dicho fin**. La razón de la nulidad fue, en todos los casos, la posible existencia de discriminación, por el privilegio o ventaja que se otorgaba a algunos sindicatos, en función de su representatividad o implantación, respecto de las demás organizaciones. La última versión de la denominada Normativa Laboral de Telefónica (NLT), que atribuye el derecho a los sindicatos con representación en los comités de empresa de la referida entidad, **se considera sin embargo legítima**, puesto que alcanza a los afiliados a sindicatos con un mínimo grado de representación, y habida cuenta, por otra parte, que en la empresa existen comités en las cincuenta provincias peninsulares, además de en Ceuta y Melilla. Se entiende que aquí la restricción que supone limitar el derecho a ciertos sindicatos es mínima y resulta razonable y proporcionada en relación con la finalidad de posibilitar la comunicación e intercambio de información entre aquellos y sus afiliados.

Por cierto, para la definición de lo que ha de entenderse por «afiliado» se tiene en cuenta el dato del descuento de las cuotas en la nómina, lo que no se considera tampoco contrario a derecho fundamental alguno, puesto que, conforme a la doctrina constitucional contenida en la STC 145/1999, con referencia a la STC 292/1993, la revelación de dicho dato, como forma de acreditar el grado de implantación del sindicato y permitir al empresario un control sobre el hecho sindical correlativo a las cargas que en orden al ejercicio de la actividad sindical en la empresa le impone la ley, no afecta a la libertad ideológica de los afiliados.

12. Salario

12.1. Estructura retributiva

Sin la menor duda, los conceptos salariales que más litigios suelen suscitar son los vinculados a la productividad, al rendimiento o a la cantidad y calidad de trabajo. De ahí el interés de las sentencias que fijan criterios en relación con esta clase de complementos.

Por ejemplo, la **STS de 13-10-2005 (Rc 173/04)**, recaída en un procedimiento de conflicto colectivo promovido frente al Banco Español de Crédito, y que versa sobre el alcance de la **participación en beneficios** establecida en el convenio de Banca, que toma como base de cálculo el «dividendo líquido». Y al respecto la Sala sostiene que dentro de dicha noción —que tiene un sentido técnico preciso, que comprende la parte de la ganancia de la sociedad que, por acuerdo de la junta general, se distribuye a los accionistas en proporción a su participación social— **no puede incluirse la devolución parcial a los accionistas del importe de las acciones**, consecuencia de la minoración del valor nominal de las mismas, derivada a su vez de la reducción de capital.

El régimen jurídico de los sistemas de **retribución por incentivos**, y en particular su **repercusión en los efectos económicos del despido improcedente** —a los efectos de su inclusión en el módulo indemnizatorio y cómputo para la cuantificación de los salarios de tramitación— constituye una materia litigiosa por excelencia. En el supuesto sobre el que versa la **STS de 15-2-2006 (Rc 4568/04)** el trabajador, que fue despedido en enero de 2003 bajo la imputación de un «incumplimiento sistemático de los objetivos establecidos», reclama una cantidad precisamente en concepto de los incentivos por el desarrollo de los objetivos previstos correspondientes a los años 2003 a 2005. Para el devengo de los objetivos **se exigía la permanencia en la plantilla de la empresa a 31 de diciembre de cada año**. Y el abono de las cantidades devengadas y adeudadas en este concepto se encontraba fraccionado en las cinco anualidades siguientes a la consecución de los objetivos, a razón de un 30% el primer y segundo año, un 20% el tercero, y el 10% en los dos años siguientes. El actor reclama las cantidades que hubiera debido percibir por los objetivos del año 2000, en los ejercicios siguientes. El TS, que confirma la sentencia recurrida, califica el concepto en litigio como complemento de naturaleza salarial, entiende que el mismo se liquida el año 2000 —si bien su pago se encontraba aplazado y fraccionado—, y

concluye que, así las cosas, y con independencia de la validez de la condición estipulada para el abono, que no se ha cuestionado, el empresario deudor no puede exonerarse de su pago cuando la razón de la no permanencia en la empresa es un acto ilícito del propio empleador. Entender lo contrario iría, además, en contra de lo dispuesto en el art. 1.256 CC, que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato.

12.2. Determinación del salario y clasificación profesional

La obtención de la **titulación necesaria** para pertenecer a un grupo profesional superior ha de tener, como es obvio, repercusión en la retribución. Así lo declara la **STS de 7-4-2006 (Rc 4447/03)**, recaída en relación con una reclamación de cantidad formulada por una profesora del Conservatorio Superior de Música de Santa Cruz de Tenerife, que desde 1999 posee titulación de profesor superior de solfeo, teoría de la música, transposición y acompañamiento, y que percibe sus retribuciones conforme a las del grupo segundo del Convenio único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. La actora reclamó que se le reconociera el derecho a estar encuadrada en el grupo primero, que engloba a los titulados superiores, y a percibir las retribuciones en consonancia con dicho nuevo encuadramiento.

La **STS de 3-11-2005 (Rc 1516/03)** resume y sintetiza la doctrina unificada sobre otra compleja y reiterada cuestión litigiosa, cual es la referida al **derecho a las diferencias retributivas por el desempeño de funciones de categoría superior, cuando para el mismo es exigible una determinada titulación**. Y la diferencia entre las exigencias legales de habilitación para el ejercicio de una determinada profesión, y las meras previsiones al respecto contenidas en convenio como garantía de la calidad de un servicio, mediante la elevación del nivel cultural y técnico de los trabajadores adscritos a la prestación del mismo. En el concreto supuesto litigioso se trataba de una reclamación formulada por una trabajadora con categoría de técnico especialista de jardín de infancia que presta servicios en una guardería dependiente de la Junta de Andalucía, que dice realizar funciones propias de educadora en el primer ciclo de educación infantil. La razón de la denegación de la pretensión actora estriba en que no se acredita que la trabajadora dejara de realizar las funciones propias de su categoría, ni que las adicionales que dice desarrollar

correspondan con claridad a las propias de educadora ni representen una parte sustancial o relevante de las que desempeña.

En cambio, en la **STS de 22-7-2005 (Rc 3337/04)**, referida a una reclamación formulada por trabajadores de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, considera que **procede el abono de las diferencias retributivas por la realización de funciones de categoría superior**, cuando se acredita que **se llevan a cabo tales funciones con carácter principal, aunque también se realicen otras de categoría inferior**, al no existir personal en el departamento para el desempeño de las mismas.

12.3. Pagas extraordinarias y prorrateo

El art. 31 ET después de establecer el derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año, que, como se sabe, constituyen una modalidad de salario diferido, reconoce al convenio colectivo la posibilidad de determinar que el pago se prorratee en los doce meses del año. Sin embargo, la opción por la que se ha inclinado el Convenio de la **Construcción de Madrid**, que **prohíbe el prorrateo de las pagas extras**, no está prevista ni excluida por el legislador. Y así, la duda que ha venido surgiendo sobre los efectos del prorrateo por algunas empresas del sector comprendidas en el ámbito geográfico de aplicación del referido convenio, ha tenido que ser despejada por el Tribunal Supremo. Así, las **SSTS de 19-9-2005 (Rc 4524/04)**, **de 7-11-2005 (Rc 4526/04)** y **8-3-2006 (Rc 958/05)** analizan y resuelven el conflicto que se deriva del incumplimiento por parte de la empresa de dicha previsión convencional. Y lo hacen atribuyendo a la parte prorrateada en el salario mensual el carácter de salario o jornal ordinario, de modo que **no queda el empresario exonerado del abono de la correspondiente paga extraordinaria** en el momento en que hubiera debido hacerse de no haberse prorrateado.

Es preciso citar también la **STS de 20-1-06. (Rc. 3811/04)** que zanja un debate que algunos insistían en mantener, al señalar que el **plazo de prescripción de la acción para reclamar las partes proporcionales de pagas extras y de compensación por vacaciones es computable desde la fecha del despido**, que es cuando pudo ejercitarse, y no desde la fecha de firmeza de la sentencia que lo declaró.

12.4. Paga de antigüedad prevista en el convenio de centros concertados

Uno de los problemas de mayor actualidad y dificultad a los que la Sala pone coto en este período es el relativo a la responsabilidad en el pago de la denominada «paga de antigüedad» de los profesores de centros privados concertados, regulada en el art. 61 del Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos.

Muchos han sido los conflictos suscitados por esta cuestión, a pesar de la existencia de criterios jurisprudenciales ciertos y firmes en relación con aspectos como el atinente a qué entidad ostenta en realidad la condición de empleador, el hecho de que la Administración educativa abone los salarios del personal en virtud del pago delegado, en nombre de la entidad titular del centro y con cargo a las cantidades previstas en función de los módulos concertados, o al carácter salarial de la referida paga en litigio, sometida por tanto a los límites que imponen las aludidas dotaciones presupuestarias.

Lo que la Sala dirime y clarifica en la **STS de 7-2-2006 (Rc 1688/05)**, con reordenación y una visión de síntesis de todas esas cuestiones, no es otra cosa que la consecuencia lógica de la aplicación de todos esos criterios, el hecho de que la responsabilidad de la Administración, estatal o autonómica, se vea limitada, también en el abono de la paga de antigüedad, por las disponibilidades presupuestarias. Máxime cuando no es parte en la negociación del convenio en el que se asume el pago del complemento retributivo en litigio, y dado que tampoco existe norma alguna que exija a la Administración a que durante la vigencia del concierto amplíe el límite presupuestario fijado legalmente. De modo que **la entidad pública habrá de abonar la paga si en el año en que surgió la obligación existía dotación presupuestaria**, entendiéndose que corresponde a la misma acreditar su agotamiento en el año de referencia.

12.5. Igualdad de trato en materia salarial

La diferenciación de condiciones salariales fijadas en convenio colectivo es un asunto que ocupa a nuestros tribunales—incluido el Supremo intérprete de la Constitución—y a la doctrina laboral desde hace tiempo.

En la STS de **20-6-2005 (Rc 29/04)** se resuelve una impugnación del convenio colectivo aplicable en la empresa Renault, en cuyo art. 48 y tablas salariales que lo acompañan en el correspondiente anexo, se establecen **diferencias retributivas** dentro de ciertas categorías, en función de un criterio de agrupación económica que tiene en cuenta la sucesiva formación, el conocimiento, el mayor aprovechamiento de las aptitudes y la adaptación a los distintos puestos de trabajo, así como el adecuado desenvolvimiento en el medio, que sólo se adquieren tras los primeros años de vinculación con la empresa. Por otro lado, en el tiempo de permanencia en las nuevas categorías de entrada se toma en consideración los períodos temporales que se haya prestado servicios en Fasa-Renault en prácticas o con carácter eventual, así como durante el período de prueba.

La sentencia del TS de referencia, tomando en consideración la doctrina constitucional contenida en las SSTC 2/1998, 119/2002 y 27/2004, así como la de la propia Sala Cuarta reflejada en las sentencias de 3-10-2000, 17-6-2002, 20-9-2002, 1-4-2003, 26-4-2004, 28-5-2004 y 20-4-2005, que versan sobre las diferencias retributivas introducidas en función del carácter temporal de la relación o de la fecha de ingreso en la empresa, concluye que, en el caso concreto, y en atención a los criterios expuestos, **no se trata propiamente de introducir una «doble escala» fijada solamente en función de tales parámetros, sino del establecimiento de diferencias retributivas para categorías diversas**, cuyo contenido funcional y de prestación no puede considerarse equivalente. Y todo ello, teniendo a la vez en cuenta que el convenio constituye un instrumento equiparable a medio público de regulación, y que los representantes de los trabajadores, en el curso de las negociaciones, defienden los intereses globales de éstos, observando las implicaciones presentes y futuras de los pactos alcanzados, y las consecuencias de sus estrategias reguladoras, lo que parece presuponer una cierta racionalidad de las diferencias estipuladas en el transcurso del proceso de negociación.

En la línea de lo razonado en el voto particular formulado a la STS de 20-4-2005 (Rc 51/04) la **STS de 7-7-2005 (Rc 101/04)** excluye el **carácter discriminatorio o vulnerador del principio de igualdad** de las cláusulas convencionales o prácticas empresariales, en virtud de las cuales se **consolidan los ingresos concedidos en su día a los trabajadores ingresados en la empresa antes de una determinada fecha**, puesto que ello no supone el establecimiento de una doble escala o diferente tratamiento salarial injustificado o no razonable. En el caso,

además, la aludida medida fue luego avalada en virtud de un acuerdo con los sindicatos. Todo ello corrobora la dificultad de fijar criterios o soluciones estables y seguras en relación con este tipo de prácticas convencionales, que en definitiva parece admitir la posibilidad de establecer condiciones personales para los trabajadores «veteranos», cuando se decide introducir en convenio o pacto de empresa modificaciones a la baja de las condiciones retributivas, aplicables a partir de un horizonte temporal, y por consiguiente a los trabajadores de nueva contratación. Y puesto que la condición de trabajador de «nuevo ingreso» pueda de suyo considerarse incluida entre las condiciones que proscriben una discriminación de trato.

Y en la **STS de 15-2-2006 (Rc 4/05)**, y también de conformidad con los parámetros que todos los órganos que han conocido de este tipo de conflictos han ido consolidando, se entiende que **no contraviene el principio de igualdad en materia salarial la creación de un nuevo nivel retributivo** (el Nivel XIII), dentro del Grupo Profesional I, del **Convenio colectivo de las Cajas de Ahorro para los años 2003-2006**, que percibe el 80% de la retribución que corresponde al Nivel XII. Las razones de la legitimidad de esa diferencia son, en esencia, su conexión con el nivel de experiencia y capacidad, así como el carácter provisional o transitorio de la minoración. Y a la misma conclusión se llega respecto de la reducción del número de pagas para los trabajadores del Nivel XII, que sólo afecta a los trabajadores durante el primer año de permanencia en dicho nivel, manteniéndose la progresión en el incremento del número de pagas en los años siguientes, que ya se preveía en el convenio anterior.

La **STS de 28-2-2006 (Rc 92/05)** descarta que exista discriminación en un supuesto de **negociación escalonada con el comité de empresa europeo de un grupo de empresas de un sistema de participación en beneficios**, que tiene en cuenta tanto los resultados en el conjunto del grupo como en las distintas divisiones nacionales. Entre otras razones, porque las diferencias resultantes de la implantación de dicho sistema y de los dispares resultados obtenidos en el grupo y en las filiales, además de ser algo natural y consustancial al propio sistema, no toma en cuenta criterio alguno de los mencionados en las normas antidiscriminatorias.

Mientras que la **STS de 14-3-2006 (Rc 181/04)**, verdadero compendio de doctrina constitucional y ordinaria sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, declara igual-

mente que no existe discriminación por el hecho de que el convenio colectivo de la empresa Nissan Motor Ibérica, S.A. —objeto de impugnación— hubiese establecido una **garantía personal en virtud de la cual se mantenía para los trabajadores entonces en plantilla el importe de una serie de pluses que quedaban suprimidos para el futuro**. Una vez más, el hecho de suprimirse determinados conceptos retributivos pero manteniendo como garantía *ad personam* los importes que hasta ese momento vinieran percibiendo los trabajadores en activo, como ocurriera a raíz de la reforma de 1994 con los complementos de antigüedad, no se entiende una práctica negocial ilegítima. Bien es verdad que en el caso se valora esencialmente no sólo la existencia de acuerdo con el comité intercentros, ratificado a su vez por los comités de centro afectados, así como la contribución de los trabajadores ya empleados a la superación de una crítica situación empresarial —contribución que obviamente no han realizado los trabajadores de nueva contratación—, sino que la medida constituye una más de un conjunto mucho más complejo de decisiones. Decisiones que tienen que ver con la necesidad de afrontar una considerable disminución de la producción, con las consiguientes pérdidas económicas; con el mantenimiento de niveles de productividad que permitiesen la subsistencia de la empresa y un adecuado nivel de empleo, y con la propia consolidación del empleo evitando ajustes traumáticos de plantilla. De ahí que la diferenciación retributiva se considere suficientemente fundada, objetiva y proporcionada, no encontrando base jurídica la pretensión de restaurar los pluses salariales suprimidos en virtud de la libertad de negociación y de la voluntad colectiva.

Por fin, la **STS de 8-5-2006 (Rc 179/04)** desestima el recurso formulado por los sindicatos demandantes, que ponían en cuestión una decisión o práctica empresarial contenida en la denominada «**Normativa Laboral de La Caixa**», en relación con la aplicación de las **garantías de percepciones mínimas reconocidas a los empleados fijos al 28 de febrero de 1995 y no a los de nuevo ingreso con categoría inferior a la de Oficial 1.^a**, que consideran vulnera lo dispuesto en el art. 14 CE y concordantes del ET. En realidad la Sala maneja, junto a todo el acervo jurisprudencial y de doctrina constitucional sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación, datos que constituyen más bien óbices procesales para entrar a conocer y, en su caso, estimar la pretensión formulada por los recurrentes. Pues considera inviable poner en cuestión un acto de aplicación concreta de unas reglas contenidas en dicha Normativa, que en cambio no se impugna; lo que tampoco sería

viable por medio de un recurso de casación, al tratarse de meras reglas de eficacia contractual y no de un verdadero convenio colectivo.

Razona la Sala que:

«los actos jurídicos, decisiones o prácticas contra los que se dirigen las pretensiones anulatorias de la demanda no tienen, en forma alguna, la condición ni el valor de normas jurídicas. Por ello, en relación a los mismos rige con total efectividad la regla establecida por la doctrina constitucional antes citada (sentencias del Tribunal Constitucional 34/1984 y 2/1998), según la que «en la medida ... en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad».

12.6. Cláusulas de revisión salarial

Uno de los contenidos clásicos de los convenios colectivos en materia de ordenación del salario o régimen retributivo es el de las cláusulas de revisión o revalorización salarial. Por lo general, las mismas toman como parámetro el incremento del **IPC interanual**, con el fin de que los salarios pactados no sufran una depreciación respecto del índice del coste de la vida. Lo que la **STS de 20-1-2006 (Rc 48/05)** aclara es si tal indicador ha de ser el real, respecto del aprobado con carácter general por el Gobierno, o el referido al específico sector de que se trate, en ese caso el de transportes, que es al que pertenece la empresa afectada, Avis, Alquile un Coche, S.A. La Sala adopta solución favorable a la primera de dichas tesis, esto es, **la de que la referencia sin más especificación al IPC, aplicando las reglas comunes sobre interpretación de los contratos, ha de entenderse referida al general y no al sectorial.**

12.7. Efectos económicos de la cesión ilegal

El alcance de los efectos económicos de una cesión ilegal es la cuestión que se analiza en la **STS de 30-11-2005 (Rc 3630/04)**, a propósito de una reclamación de cantidad en concepto de diferencias salariales derivadas del mayor salario contemplado en el convenio colectivo de aplicación en la empresa cesionaria. Se da la circunstancia de que el

período a que se contrae la reclamación salarial es anterior al pronunciamiento que declaró la existencia de la cesión, y que la relación laboral del actor ya se había extinguido, no habiendo aquél optado por integrarse en la plantilla de la empresa receptora de sus servicios. La sentencia de referencia lleva a cabo un recorrido por la jurisprudencia precedente, para llegar a la conclusión de que **el hecho incontrovertido de la cesión ilegal es expresivo de que durante el período objeto de la reclamación de las diferencias salariales la vinculación del actor se producía en realidad con la empresa cesionaria, y no con la aparente empleadora, por lo que deben reconocerse los efectos económicos** consiguientes. Y uno de esos efectos es el devengo del salario en ese tiempo conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable en la cesionaria.

12.8. Responsabilidad del FOGASA

Sobre el alcance de la responsabilidad del FOGASA versa la **STS 20-9-2005 (Rc 4621/04)**, que considera que el referido organismo de garantía **habrá de responder de las obligaciones que puedan derivarse de la celebración y ulterior extinción de sucesivos contratos entre el trabajador y una misma empresa.** Y siempre que no se ponga en evidencia la existencia de una práctica llevada a cabo con intención fraudulenta. Y la **STS de 18-11-2005 (Rc 3472/04)** aborda la cuestión relativa al alcance de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en supuestos de empresas con menos de 25 trabajadores, cuando ya se ha hecho efectiva la responsabilidad directa del 40% de la indemnización por el propio organismo de garantía. Y si en concreto aquella **está también sujeta a los límites del art. 33.2 ET, debiendo descontarse del tope máximo el referido 40%.** La razón de la decisión afirmativa a que se verifique ese descuento es la consideración de que existe una única indemnización, que se desglosa en dos cantidades, una que se abona de manera directa y la otra subsidiariamente, sin que la suma de ambas pueda superar los topes máximos del art. 33.2 ET.

Por su parte, la **STS de 23-11-2005 (Rc 3429/04)** examina una trascendente cuestión, sobre la que además tiene incidencia la doctrina del TJCE dictada en interpretación del alcance de la Directiva 80/987/CEE, sobre protección de los créditos laborales en supuestos de insolvencia empresarial. Se trata de **si debe el FOGASA responder de las indem-**

nizaciones reconocidas en conciliación judicial, cuestión sobre la que la referida sentencia, dictada por la Sala General, sigue manteniendo el tradicional criterio sobre la limitación de la responsabilidad del Fondo a las indemnizaciones fijadas en sentencia o resolución administrativa estrictamente. Criterio que, ciertamente, corresponde con una interpretación literal de lo dispuesto en el art. 33 ET, que incluso tras la modificación introducida por la Ley 45/2002, distingue a efectos de determinar el alcance de la responsabilidad del FOGASA entre los salarios, incluidos los de tramitación, refiriéndose a los reconocidos en acto de conciliación o resolución judicial, y las indemnizaciones, remitiéndose en este caso a las fijadas en sentencia o resolución administrativa.

No es posible dejar de señalar que estos criterios, tanto el legal como el jurisprudencial, pudieran chocar en cierto modo —a salvo que entendamos que el concepto «retribución» de la Directiva no abarca las indemnizaciones por despido— con lo que ha dicho el TJCE en interpretación del alcance de la Directiva de referencia, precisamente además con ocasión de cuestiones prejudiciales sometidas a su consideración por tribunales españoles. En efecto, en la STJCE de 16 de diciembre de 2004, asunto *Olaso Valero*, partiendo de la doctrina contenida en la anterior sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto *Rodríguez Caballero*, y resolviendo una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, parece avalar la solución favorable a considerar incorporadas en la protección del FOGASA —como institución de garantía que cumple en nuestro ordenamiento las orientaciones de la Directiva comunitaria— las indemnizaciones derivadas de despido impropio fijadas en el acto de conciliación judicial. Para ello se toma como parámetro el principio de igualdad, y el hecho de que otras indemnizaciones iguales, pero reconocidas por sentencia o resolución administrativa, se encuentren comprendidas en la garantía dispensada por el FOGASA. En definitiva, parece que conforme a la doctrina del TJCE debería tomarse en consideración el efecto de injustificada diferencia de trato que se provoca como consecuencia de la diversa solución adoptada en función de que la cantidad adeudada se reconozca en conciliación. En particular cuando la conciliación se lleva a cabo a presencia judicial, lo que a juicio del TJCE minimiza los recelos frente a posibles maniobras fraudulentas en perjuicio del interés público que está presente en la atribución de responsabilidades a un organismo como el FOGASA.

La responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación es la cuestión que se analiza y dirime en la **STS 23-3-2006 (Rc 1264/05)**. En

concreto, se aborda un problema de transitoriedad o aplicación cronológica de las normas que regulan los efectos del despido improcedente — en concreto, el devengo de los llamados salarios de tramitación— y la responsabilidad del FOGASA. Como se recordará, el RDL 5/2002 suprimió los aludidos salarios de tramitación, que consiguientemente desaparecieron de la mención que hace el art. 33.1 ET al alcance de la responsabilidad del FOGASA. Pero esta situación tuvo una vigencia muy limitada, pues la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, restableció los salarios de trámite y en consecuencia volvió a introducir la alusión expresa a los mismos en el citado art. 33.1 ET. Lo que se suscita en realidad en ese caso es **el alcance que debe darse a la expresión que emplea la disposición transitoria de la Ley 45/2002 para determinar la normativa aplicable a los aspectos sustantivos y procesales de las «extinciones de contratos» producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de Ley**, pues según se entienda acontecida dicha extinción durante la vigencia del RDL 5/2002, o ya vigente la Ley 45/2002, el FOGASA habrá de responder o no por salarios de tramitación.

En el caso concreto los despidos se produjeron durante la vigencia del RDL 5/2002, lo mismo que la sentencia que los calificó como improcedentes, que lleva fecha 6 de noviembre de 2002. Y al no haber ejercitado la empresa la opción entre la indemnización o la readmisión, y siendo ésta imposible, por auto de 19 de diciembre se declaró extinguida la relación laboral. Con posterioridad, el 6 de junio de 2003, se dictó el auto declarando la insolvencia empresarial. Descartada esta última fecha, que claramente no es en la que se extingue la relación, **la Sala afirma que, en el caso, la extinción no se produce hasta tanto se dicta el auto de 19 de diciembre, que es el que, ante la imposibilidad de proceder a la readmisión, declara definitivamente extinguida la relación**. Y en esa fecha seguía vigente el RDL, por lo que el FOGASA no tenía que responder por salarios de tramitación, lo que lleva a la estimación del recurso interpuesto por dicho organismo.

13. Subrogación empresarial

13.1. *El supuesto de la subrogación empresarial*

No desconoce el Tribunal Supremo, como expresamente se afirma en la **STS de 3-6-2005 (Rc 1822/04)**, la tesis que viene manteniendo el TJCE sobre la **sucesión de plantillas** aplicable a los supuestos de cambio de

contratista, en actividades que descansen fundamentalmente sobre la mano de obra y el nuevo adjudicatario se haga cargo de una parte significativa del personal de la anterior. Doctrina a la que el TS se declara, además, vinculado. Sin embargo, no deja de mostrar sus reticencias sobre los supuestos beneficios de esa solución, habida cuenta el gravoso sistema de extensión de responsabilidades que el cambio de titular de empresa conlleva en nuestro sistema, y que puede provocar el efecto contrario al pretendido, que ningún nuevo contratista se haga cargo de los trabajadores del anterior.

Y aunque se trate de una sentencia de signo desestimatorio del recurso de casación para unificación de doctrina por falta de contradicción, merece la pena hacer referencia a la **STS de 25-1-2006 (Rc 3469/04)**, puesto que en el razonamiento mismo esgrimido por la Sala Cuarta para llegar a la conclusión de que no existía en ese caso identidad sustancial entre los supuestos comparados se puede encontrar la clave para encarar el enjuiciamiento y valoración de los supuestos en que se suscita si ha existido una subrogación empresarial por aplicación de la tesis acuñada en la jurisprudencia comunitaria sobre la «sucesión de plantillas».

La actora demandó por despido a ambas empresas, la concesionaria saliente y la comitente —un centro sanitario— que pasó a desempeñar ella misma la actividad de limpieza anteriormente concertada con aquella empresa, pero sin asumir a dicha trabajadora. Y tanto la sentencia de instancia como la dictada en suplicación por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, que confirmó íntegramente aquélla, declararon la improcedencia del despido, pero condenando únicamente a la entidad codemandada «Sanatorio Mesa del Castillo, S.L.». La base de dicho pronunciamiento es que esta empresa comitente se había hecho cargo del servicio y también de una «parte significativa» de la plantilla de la contratista, puesto que había contratado a dos trabajadores de dicha empresa, de un total de seis, que eran los adscritos a la prestación de la actividad de limpieza subcontratada. El elemento sustancial de diferencia con el supuesto de la sentencia de contraste es que en ese caso la empresa comitente, que también se hizo cargo ella misma del servicio de limpieza, no asumió a ninguno de los trabajadores de la anterior contratista, sino que pasó a realizar la aludida actividad con personal de nueva contratación. No hubo, pues, sucesión alguna de plantillas sobre la que basar la existencia de una subrogación empresarial.

El traspaso de trabajadores de la empresa Iberia a la segunda adjudicataria del servicio de asistencia en tierra a pasajeros y aeronaves (*hand-*

ling), la entidad Ineuropa Handling, calificado como cesión contractual y no como subrogación empresarial, ha venido ocupando a los tribunales desde hace ya algunos años. Uno de los problemas colaterales derivados de esa calificación otorgada por el Tribunal Supremo a esta práctica desde su sentencia de 29.2.00 (Rc 4949/98), y de la necesidad del consentimiento emitido por el trabajador afectado a título individual, es el del plazo de prescripción para instar la declaración judicial de la nulidad del traspaso. En el caso concreto analizado por la **STS de 1-2-2006 (Rc 4383/04)** se recogen los criterios doctrinales ya consolidados y se parte de la posibilidad de que la manifestación de ese consentimiento sea expresa o tácita, y de que esta última pueda entenderse que se produce por el mero transcurso del tiempo sin oposición expresa o ejercicio de acciones por el trabajador afectado, lo que supondría la convalidación de un acto o negocio meramente anulable. Y a partir de ahí, verificado el traspaso respecto de la demandante el primero de mayo de 1999, y presentada la papeleta de conciliación el 18 de agosto de 2003, se llega a la conclusión de que **la acción en ese caso estaba con toda claridad prescrita, por transcurso del plazo de un año previsto con carácter general en el art. 59.1 ET.**

Por último, la **STS de 4-5-2006 (Rc 5102/04)** rechaza que se haya producido la subrogación de la Administración educativa de la Comunidad Autónoma de Galicia, en relación con el despido de una trabajadora de la Escuela Oficial de Idiomas de Viveiro, dependiente hasta ese momento del Ayuntamiento de dicha localidad. Si bien en una Orden de 11 de septiembre de 2002 estaba prevista la colaboración entre ambas Administraciones, hasta la fecha del despido ha sido el Ayuntamiento el único empleador. La Sala entiende que para que se operase la subrogación hubiera sido preciso conocer si la adscripción a la Consejería suponía una responsabilidad distinta del ejercicio de la alta inspección en materia educativa, no habiéndose aportado elemento de prueba alguna en dicho sentido. El supuesto recuerda remotamente al de las Ikastolas en el País Vasco, del que existe abundante jurisprudencia de la Sala Cuarta.

13.2. Subrogación y norma colectiva

Sobre el alcance de la subrogación, la **STS de 24-11-2005 (Rc 169/04)** considera que la empresa sucesora actúa conforme a Derecho al aplicar el nuevo Convenio colectivo vigente desde 2002 sin mantener lo estipulado

en unos acuerdos de empresa concertados con anterioridad a la sucesión empresarial. Tales acuerdos, referidos al denominado «complemento personal», no constituyen condiciones más beneficiosas que la empresa adquirente haya de mantener en su integridad, y pueden por tanto ser sustituidos por el nuevo convenio colectivo de aplicación a la sucesora.

La **STS de 13-3-2006 (Rc 1/05)** aborda un complejo problema derivado de la existencia de unos **acuerdos de empresa anteriores a que se produzca una subrogación en la titularidad de la organización productiva**. Lo que se razona y concluye en esta sentencia, en concordancia con lo ya decidido en la STS de 24.11.05 (Rc 169/4), es que la nueva titular puede aplicar el mecanismo de la compensación y absorción respecto de un complemento personal derivado de aquellos acuerdos, en relación con los conceptos salariales incluidos en el nuevo convenio colectivo de aplicación en dicha empresa, puesto que del art. 44 ET no se deriva una obligación a mantener indefinidamente las condiciones de trabajo aplicables con anterioridad, ni siquiera las contenidas en el convenio anteriormente aplicable a la empresa cedente, que pueden ser desplazadas por una normativa convencional posterior. Máxime cuando no consta una voluntad inequívoca de conceder a los trabajadores afectados una ventaja que se incorpore a los respectivos nexos contractuales, que sí debería mantenerse por el empresario subrogado. La aplicación estricta del principio de sucesión normativa, que en relación con los convenios colectivos se contiene en el art. 86.4 ET se opone a tal «congelación» de las condiciones salariales anteriormente vigentes.

14. Suspensión del contrato de trabajo

14.1. Excedencias laborales

Las normas que permitían hacer efectivo el reingreso de las trabajadoras de Tabacalera **excedentes por matrimonio** y que establecían las condiciones del mismo se mantuvieron hasta el Convenio colectivo de la empresa para los años 1992-1993, y quedaron sin efecto tras la suscripción del Acuerdo Marco que sustituyó a aquel convenio, en virtud del principio de sucesión normativa entre convenios previsto en el art. 86.4 ET. Ésta es la solución proclamada por la **STS de 10-11-2005 (Rc 2055/04)**, que reitera lo resuelto en la de **22-6-2005 (Rc 2783/04)**.

Los problemas derivados del reingreso de un trabajador de Iberia en **excedencia por incompatibilidad**, tras la conversión de esta última en

empresa privada, se abordan en la **STS de 14-10-2005 (Rc 4006/04)**, que califica como despido improcedente el cese del interesado al no haber solicitado el referido reingreso en el plazo de treinta días, pues correspondía a la empresa notificar al trabajador excedente el cambio de naturaleza jurídica de la entidad empleadora —con repercusión en la incompatibilidad que dio lugar al pase a excedencia—, así como el plazo para instar la reincorporación.

También sobre una excedencia sobre incompatibilidad se pronuncia la **STS de 29-11-2005 (Rc 3796/04)**, que deniega el derecho a la excedencia voluntaria por incurrir en causa de incompatibilidad a **un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo en una Administración, y que es nombrado funcionario interino**. La Sala parte de considerar las dificultades, prácticamente insuperables, que presenta la aplicación de la excedencia a los vínculos temporales. Los problemas interpretativos se acrecientan en este caso por el hecho de que no se trate ni de una excedencia voluntaria clásica, ni de un vínculo contractual temporal. Pero, como ha precisado la jurisprudencia, el estatuto del trabajador indefinido no fijo se aproxima a la interinidad por vacante, con lo que resulta un vínculo de carácter provisional y precario, al que no resulta adecuada la institución de la excedencia voluntaria, que pretende garantizar la estabilidad en el empleo, mediante la concesión de un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría. Reingreso que no puede otorgarse a un trabajador indefinido no fijo, vinculado en exclusiva al concreto puesto que ocupa y no a otros.

Respecto del reingreso de un excedente voluntario, la **STS de 14-2-2006 (Rc 4799/04)** reitera las diferencias entre los derechos que se derivan del disfrute de una excedencia voluntaria frente a los surgidos de una excedencia forzosa u otras situaciones que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo, y lo hace sobre la base de los distintos intereses en presencia en cada caso, que en el caso de la excedencia voluntaria pivotan sobre todo sobre el interés individual del trabajador solicitante. Como es sabido, el art. 46.5 ET atribuye al excedente voluntario un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría a la suya, que hubiera o se produjeran en la empresa. De tal manera que el excedente voluntario sólo conserva un derecho expectante o potencial, condicionado a la existencia de una vacante adecuada, que pudiera existir en la empresa en el momento de solicitar el reingreso. En el caso concreto, **se considera legítimo que el empresario** —que no tenía obligación de conservar el puesto de trabajo ocupado por el excedente

voluntario— **amortizara la plaza al haber reasignado las funciones desempeñadas por aquél entre otros trabajadores de la plantilla**, lo cual constituye un ejercicio lícito y correcto de las facultades de dirección y organización del trabajo. Y teniendo en cuenta que en ningún momento desconoció el derecho del trabajador a ocupar una eventual futura vacante.

Por su parte, la **STS de 6-10-2005 (Rc 3876/04)** reitera doctrina conocida sobre **la carga de probar la inexistencia de vacante** y sobre los efectos de la falta del reingreso solicitado por el trabajador excedente. A la primera solicitud la empresa opuso la inexistencia de la vacante, no obteniendo el interesado respuesta alguna a la segunda solicitud realizada. Al no haberse acreditado por la empresa tal falta de vacantes, se declara el derecho de la trabajadora al reingreso con los demás efectos pretendidos en su demanda, relativos a la indemnización de los perjuicios derivados de la mora en la incorporación, en importe equivalente a los salarios dejados de percibir desde la interposición de la papeleta de conciliación, así como al cómputo a efectos de antigüedad del mencionado período.

15. Tiempo de trabajo

15.1. Horas extraordinarias y obligaciones informativas de la empresa

Uno de los efectos más curiosos, y en ocasiones perturbador, de la ordenación flexible del tiempo de trabajo propugnada ya desde finales de los ochenta, pero de manera decidida a partir de la reforma de 1994, es la posibilidad de cómputo anual de la jornada máxima legal o pactada, y la «neutralización» de las horas extras realizadas mediante su compensación con períodos equivalentes de descanso disfrutados con posterioridad.

De ello da buena muestra la **STS de 25-4-2006 (Rc 147/05)**, en la que se suscita, precisamente, si la empresa La Caixa tiene obligación de proporcionar a los representantes de los trabajadores **información mensual de las horas extraordinarias realizadas**, incluso si las mismas han sido compensadas con descansos o se encuentran pendientes de compensación. El argumento para la negativa empresarial es que como hasta final de año no se puede determinar si existe saldo de horas extras sin compensar —realmente, si se han hecho o no con carácter neto horas de exceso de jornada— la aludida obligación no puede ser exigida mes a

mes. La Sala concluye que no obsta a tal posibilidad de cómputo anual de la jornada la exigibilidad de lo dispuesto en el «Pacto de Control Horario y Horas Extraordinarias» vigente en la empresa sobre información a los representantes de los trabajadores, que precisamente facilita el control que de otro modo sería muy difícil de hacer. Y todo ello en concordancia con las previsiones legales contenidas en el art. 35 ET y la DA Tercera del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo.

15.2. Tiempo de trabajo y tiempo dedicado a formación

En la **STS de 31-5-2006 (Rc 71/05)** se resuelve en sentido desestimatorio el recurso formulado por la entidad AENA, confirmándose la sentencia de la Audiencia Nacional que acogió la pretensión de los sindicatos promotores del conflicto colectivo, y declaró el **derecho de los trabajadores en régimen de turnos y jornadas especiales a que la diferencia entre las horas lectivas de formación que realicen fuera del centro de trabajo y las horas de servicios programados tengan el carácter de horas ordinarias y se abonen como tales**. Y ello por estricta aplicación de lo dispuesto en el convenio colectivo de referencia, que prevé que *«el tiempo académico invertido en formación obligatoria, o imprescindible para un adecuado desempeño del puesto de trabajo, que se realice, en todo o en parte, en días de descanso o fuera de la jornada laboral, tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, sin perjuicio del obligado respeto a la legislación vigente en materia de descanso. 2. En ningún caso este tiempo tendrá carácter de horas extraordinarias, compensándose el exceso de jornada que, en su caso, se produzca mediante descanso o compensación económica equivalente, a elección del trabajador»*.

15.3. Jornadas reducidas

En la **STS de 7-2-2006 (Rc 54/05)** se resuelve un recurso de casación ordinaria interpuesto por una organización sindical frente a la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Nacional, desestimando la pretensión de impugnación de un pacto suscrito en la empresa El Corte Inglés con el comité intercentros, que tenía por objeto la adecuación de la reducción de la jornada fijada en el Convenio colectivo de Grandes Almacenes. En el litigio no se cuestiona el criterio general, sino

el adoptado en relación con quienes tuvieran ya estipulada una jornada reducida, y que consiste no en la compensación del exceso de jornada con días libres, sino en **el mantenimiento de los horarios con una adecuación del porcentaje que ello represente sobre la nueva jornada, con la consiguiente repercusión en la retribución.**

Lo interesante de esta sentencia, además de la solución al caso, son las consideraciones que se llevan a cabo en torno a la propia conceptualización de los contratos a tiempo parcial afectados por la medida pactada. A tal efecto, la Sala tiene en cuenta que en los contratos individuales lo que realmente se pactaba era el número de horas que cada trabajador habría de realizar, y no un determinado porcentaje de la jornada máxima fijada con carácter general. De manera que, manteniendo en sus términos estrictos lo estipulado, el exceso consecuencia de la minoración convencional de la jornada máxima lo que debía provocar no era una nueva reducción de las horas, sino una adecuación de las contratadas, con repercusión exclusivamente en el porcentaje que ello supone respecto de la nueva jornada, así como en la retribución proporcionalmente cuantificada. Lo cual conduce a la desestimación del recurso del sindicato accionante, al concluirse que no se aprecia la vulneración de precepto legal alguno de los invocados.

15.4. Descanso semanal

El art. 37.1 ET establece la duración del descanso mínimo semanal en día y medio. Y la **STS de 10-10-2005 (Rc 155/04) rechaza la sibilina pretensión empresarial de computar tal descanso por horas**, de modo que adicionando las doce horas del descanso intrajornadas se llegara a la solución de que, descansando la noche del sábado y el domingo, se concluiría el período de descanso debiendo entrarse a trabajar en la mañana del lunes, puesto que desde el fin de la jornada del sábado hasta el inicio de la mañana del lunes habrían transcurrido 36 horas. Por otra parte, el convenio de aplicación en ese caso establece de modo expreso que «los trabajadores tendrán derecho al descanso de dos fines de semana al año organizados en turnos», lo que se considera equivalente —ahora sí, atendiendo la postura empresarial— no a la atribución de dos fines de semana adicionales, sino que de los descansos semanales ordinarios, que pueden ser disfrutados otros días de la semana, al menos dos habrán de coincidir efectivamente con el fin de semana. Y para ello se utiliza el

argumento de que la empresa abre los fines de semana, por lo que parece lógico pensar que rara vez podrán los trabajadores de esa empresa disfrutar del descanso coincidiendo con el fin de semana.

15.5. Trabajo en domingos y festivos

El Convenio colectivo de Grandes Almacenes contiene una ordenación de la jornada, en particular con el trabajo en domingos y días festivos, que no es la primera vez que ocasiones problemas de interpretación, lo cual no es extraño puesto que se trata de un sector con una creciente necesidad de adaptación y flexibilización en la ordenación de esta materia, sometida de continuo a la presión de la demanda de los consumidores. En la **STS de 24-2-2006 (Rc 119/04)** se dirime una cuestión muy concreta, como es la de **si los trabajadores que tuvieran programado un calendario laboral anual con prestación de servicios durante más de diez domingos y festivos conservan el derecho a percibir el complemento salarial correspondiente**, y regulado en el convenio de referencia, cuando no puedan prestar servicios por encima de dicho umbral, por encontrarse en situación de IT o disfrute de permisos retribuidos. La solución negativa es contundente, y se basa en los razonamientos contenidos en la STS de 29-9-1993 (Rc 2545/91), que califica estos complementos como conceptos retributivos de índole funcional, con la finalidad de compensar un trabajo no corriente, prestado en condiciones no ordinarias, de manera que si no se presta efectivamente dicho trabajo, no se percibe la retribución correspondiente.

Y la **STS de 18-1-2006 (Rc 6/05)** desestima el recurso de casación ordinaria interpuesto por la empresa Makro, S.A. frente a la recaída en la instancia, que aceptó la tesis sindical en relación con la articulación e interpretación del pacto de empresa suscrito el 26 de febrero de 2002 en relación con la previsión contenida en el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes en materia de jornada de trabajo. En el cuestionado pacto de empresa se disponía que los trabajadores no contratados específicamente para prestar servicios en la campaña de Navidad tendrían derecho a no realizar trabajo el 24 o el 31 de diciembre. Y lo que se discute es **el carácter recuperable o no de esos días**, y su cómputo dentro de la jornada máxima anual, a raíz de la entrada en vigor de la versión del convenio para el período 2001-2005, que prevé una disminución progresiva de la jornada anual. El «beneficio» referido a los días 24 y 31 de diciembre se encontraba ya reconocido a los trabajadores de los turnos de tarde y

noche en los convenios precedentes, en concreto los vigentes en los períodos 1993-1994 y 1997-2000. Y la Sala considera que la entrada en vigor del convenio para el 2001-2005 en nada altera tal situación, puesto que siendo el convenio sectorial norma de carácter mínimo, con competencia para la regulación de la jornada máxima anual, no existe concurrencia conflictiva con un pacto de empresa alcanzado el 2002, que se limita a recoger las especialidades o mejoras en materia de jornada existentes con anterioridad, y en ejercicio de una facultad que además le atribuyen de manera expresa los convenios precedentes. Esta interpretación es la misma realizada en relación con los dos días de libranza reconocidos a los trabajadores en ese mismo pacto de empresa de 2002, en la STS de 23-3-2004 (Rc 332/03).

15.6. Jornada máxima y guardias de presencia del personal laboral de la Red Hospitalaria de Cataluña

El TS ha debido afrontar el complejo problema relativo a la naturaleza de las guardias de presencia del personal laboral de la Xarxa Hospitalaria de Cataluña, así como si deben computarse como horas extras las que en desarrollo de ese tipo de guardias excedan de la jornada ordinaria y finalmente si deben abonarse al menos con el valor de la hora ordinaria en vez de con el menor valor que el convenio contempla, en una serie de muy elaboradas sentencias dictadas todas en **Sala General**, resolviendo la cuestión en sentido afirmativo, de entre las que pueden destacarse las **STS de 21/02/06 (Rc 2921/04 y Rc. 3338/04)**, y de **22/02/06(Rc. 3665/04)**.

15.7. Permiso por lactancia: modalidad de disfrute acumulado

Constituye la STS de 20-6-2005 (Rc 83/04), junto a la de la Audiencia Nacional a la que confirma, un ejemplo a seguir en la garantía de efectividad de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, así como en la mejora del régimen jurídico de los mismos.

Como es sabido, el derecho al permiso o ausencia por lactancia al que se refiere el art. 37.5 ET había pasado a constituir un auténtico derecho simbólico, sobre todo en aquellos casos en que en las proximidades del centro de trabajo, o en el mismo centro, los trabajadores no contasen con unos adecuados servicios de guardería. Difícilmente el tiempo

concedido permitía satisfacer las necesidades de atención al menor para el que el mismo se concibe en un principio.

Ya la sentencia de la AN que confirma el TS en esta que se cita aludía al argumento finalista, pero también al sentido común, al aceptar la validez de una cláusula convencional —contenida en el convenio de ALDEASA, y puesta en cuestión por la Administración Laboral en ejercicio de la facultad atribuida por el art. 90.5 ET—, en virtud de la cual **se permite acumular los períodos de permiso para disfrutarlos a continuación de la baja por maternidad**. El disfrute acumulado, se razona, no sólo no contraviene el derecho, sino que refuerza su efectividad y la posibilidad real de que cumpla su finalidad específica de atención y cuidado de los hijos menores.

15.8. El régimen jurídico de las vacaciones anuales retribuidas

Una de las sentencias del período que sin duda alguna merece ser especialmente destacada es la **STS de 10-11-2005 (Rc 4291/04)**, y ello por varias razones. En primer lugar, por su incuestionable trascendencia doctrinal, pues introduce un importante cambio de criterio en relación con un problema de enorme trascendencia práctica, el relativo a **las consecuencias de la coincidencia entre el período señalado para el disfrute de las vacaciones anuales y la baja maternal**, o, por ser más precisos, el período de suspensión del contrato durante el descanso por maternidad (o paternidad). Por otro lado, se trata de una resolución que ahonda en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación entre hombre y mujer, en el disfrute de las condiciones de trabajo, y se orientan hacia una mayor efectividad del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, cuestiones en relación con las cuales se parte, como no podía dejar de hacerse, de la normativa y jurisprudencia comunitarias, en particular de la sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004, que resolvió una cuestión prejudicial sobre ese concreto extremo sometida al Tribunal por un órgano jurisdiccional español.

Con tales elementos argumentales, y partiendo de la diversidad de intereses protegidos por los derechos que se contemplan en los arts.38 y 48.4 ET, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas y el derecho al descanso por nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento, llega la Sala Cuarta a la **solución favorable a lo pretendido por la trabajadora demandante** —recurrente en casación unificadora—, sobre el reconocimiento del derecho a disfrutar de las vacaciones anuales, que coin-

cidieron con su permiso por maternidad, en un momento posterior a la fecha del alta y consiguiente reincorporación al trabajo. Y de no ser ello posible, por haber concluido el año natural en que las vacaciones hubieran debido disfrutarse —como es el caso examinado—, a que se le compense con una indemnización, de acuerdo en todo caso con lo postulado en la demanda rectora de autos.

Respecto de los conceptos salariales computables para determinar la paga de vacaciones, y en concreto sobre si un supervisor de RENFE ha de percibir en dicha paga la parte correspondiente al complemento de jornada partida —denominado «**complemento de toma y deje**»— se pronuncia la **STS de 14-3-2006 (Rc 998/05)**. La Sala no sólo toma en consideración el hecho de que en la normativa laboral aplicable en la empresa no se incluya dicho concepto en la fórmula de cálculo de la retribución de vacaciones, puesto que el convenio estaría en este punto sujeto a los mínimos de derecho necesario, sino al más sustancial o conceptual de que se trate de una percepción no habitual, normal u ordinaria. En la posterior **STS de 25-4-2006 (Rc 16/05)** se insiste en la **exclusión de los complementos de jornada partida, «toma y deje», brigadas de socorro e incidencias**.

Por último, la **STS de 7-2-2006 (Rc 29/05)** considera legítima la fórmula adoptada en el Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia para la **fijación de la duración de las vacaciones de los trabajadores cuya prestación de servicios fuera inferior al año**, consistente en multiplicar los días efectivamente trabajados por treinta y dividir el resultado por 360. La Sala añade a sus consideraciones que lo que en realidad propugnan los demandantes —computar los días que el trabajador estuvo dado de alta— constituye un conflicto de intereses y no un conflicto jurídico, puesto que la fórmula fijada en el convenio es clara y lo que se propone es en puridad una modificación de lo colectivamente pactado. Al margen de que incluir en el cómputo los días de vacaciones constituiría una incoherencia con el propio sistema de determinación de los días de descanso en proporción a los efectivamente trabajados.

16. Trabajo asalariado

16.1. *Relación laboral y beca*

La proliferación de becas en toda clase de organizaciones se ha convertido en uno de los nuevos factores de movilidad e indefinición de las

fronteras del Derecho del trabajo. La **STS de 4-4-2006 (Rc 856/05)**, que reitera la solución adoptada en la de 22-11-2005 (Rc 4752/04), se refiere a un becario de formación del Centro de Informática y Comunicaciones de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, **cuya relación se declara laboral**, con la consiguiente competencia del orden social para conocer de los conflictos derivados de la misma.

La doctrina que sirve de base para llevar a cabo tal declaración se puede sintetizar afirmando que la diferencia entre la beca y el trabajo asalariado se encuentra en el elemento causal que tan útil resulta para la calificación de una relación como laboral. Y así, recuerda esta sentencia, en la beca predomina la finalidad formativa y el interés del propio becario que recibe esa ayuda para incrementar su cualificación, por encima del interés empresarial, que no es otro que incorporar el resultado de la actividad desarrollada por aquél a su propia actividad productiva o prescricional, obteniendo con ello un beneficio o utilidad patrimonial. Además, la formación ha de ser específica y adecuada al título ostentado o que se pretende obtener, y no la que de manera ordinaria se obtiene por la experiencia y por la práctica de una profesión y oficio. De modo que si las tareas encomendadas se desvían de la finalidad formativa entrará en juego la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET. En fin, si las labores y funciones desarrolladas por el becario en realidad debieran cubrirse con personal propio o ajeno, al formar parte de las actividades normales, inherentes o precisas para el funcionamiento o actividad de gestión de la entidad concedente de la beca, la relación será laboral.

17. Traslados

17.1. Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y «ius variandi» empresarial

En la **STS de 26-4-2006 (Rc 2076/05)** la Sala analiza —con abundante cita doctrinal y jurisprudencial— el alcance de la noción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en relación con un supuesto de cambio de ubicación geográfica del centro de trabajo, a 13,4 km. de distancia del centro originario. Y al respecto se afirma, como es lógico, que entre las condiciones que a título de ejemplo enuncia el art. 41 ET no figuran los cambios geográficos, justamente porque estos últimos tienen un régimen jurídico singular y específico, que se contiene en

el art. 40 ET. Precepto en el que se exige que el cambio—temporal o definitivo— de lugar de trabajo implique **cambio de residencia**. En caso contrario, la decisión empresarial encontrará emparo en el ejercicio ordinario del poder de dirección contemplado en los arts.5.1 c) y 20 ET, que no tendrá otras exigencias y efectos que los estipulados en la norma o pacto colectivos (salvo la de informar a los representantes de los trabajadores en el caso del traslado total de las instalaciones).

La aplicación de todos esos criterios que por extenso analiza esta sentencia al caso concreto arroja la solución denegatoria del carácter de traslado de la medida adopta en ese caso por la demandada, pues la nueva ubicación del centro de trabajo, a 13,4 kilómetros del anterior, y con una parada de autobús próxima, no puede calificarse como modificación de las condiciones de trabajo de carácter sustancial. Y desde luego no cabe entender que la misma exija un cambio de residencia para los empleados afectados.

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. Derecho internacional de la Seguridad Social

1.1. Derecho al complemento por mínimos respecto de pensión que ha de abonarse en parte por Venezuela y que ha sido reconocida pero no efectivamente abonada

La STS 22-11-2005 (Rc 5031/04) confirma y amplía el ámbito de aplicación de la doctrina contenida en la STS 22-11-2000 (Rc 1884/00) que había establecido que, en supuesto en el que lo debatido era el **derecho a la percepción en su totalidad del complemento por mínimos** de una pensión que había de reconocerse parte en España y parte en Venezuela, llegó a la conclusión de la existencia de obligación de abono del citado complemento por parte de la Seguridad Social española, con independencia de que la parte de pensión correspondiente a Venezuela aún no hubiera sido reconocida por encontrarse en tramitación. Dicha sentencia de esta Sala expresaba que *«la argumentación de la parte recurrente de tener que esperar a la decisión del organismo extranjero para poder saber que cantidad corresponde de complemento de mínimos, no es admisible. No se puede olvidar que el art. 41 de la Constitución Española obliga a la Seguridad Social a garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Pero, además de lo*

anterior, el art. 13.3 del Real Decreto 2547/1994 antes citado, al referirse a la suma de los importes reales de las pensiones reconocidas en virtud de la legislación española y extranjera para conceder el complemento por mínimos en caso de que la pensión fuera inferior, en ningún caso autoriza a suspender el pago del citado complemento hasta que se señale la pensión por el organismo extranjero pues ello equivaldría a abandonar el cumplimiento de las obligaciones legales a la decisión de otro Estado» (fundamento de derecho tercero). Ahora, la Sala aborda un supuesto en el que la parte de pensión correspondiente a Venezuela ha sido reconocida, pero no abonada efectivamente, y llega a la misma conclusión que en el caso ya estudiado, entendiéndose que corresponde a la Seguridad Social española el abono del citado complemento por mínimos. Este último criterio ha sido reiterado por la Sala, de forma más reciente, en la STS 21-3-2006 (Rc 5090/04).

1.2. Interpretación del Convenio Hispano-andorrano de Seguridad Social

La STS 28-6-2005 (Rc 2002/04) ha interpretado el art. 33.2 del Convenio hispano-andorrano de Seguridad Social de 4-4-1978 en el sentido de que la referencia que en él se hace a las bases tarifadas, para el cómputo de los períodos de cotización efectuados en Andorra de cara al cálculo de la base reguladora aplicable, ha de entenderse hecha, una vez desaparecido dicho sistema de cotización en España, a las bases mínimas y no a las máximas correspondientes a la escala del grupo profesional del actor. De la misma forma, «*si la norma convencional hubiera pretendido calcular las bases españolas sobre remuneraciones totales, como sostiene la sentencia recurrida, se hubiera remitido a la suma de estas dos bases y a la determinación de la segunda en función de los salarios percibidos en Andorra*» (fundamento de derecho tercero).

2. Derecho comunitario de la Seguridad Social

2.1. Pensiones de jubilación: aplicación de los años de cotización por edad reconocidos en la DT2.a de la Orden de 18-1-1967 pero no de las bonificaciones de cotización por trabajo realizado

Reitera doctrina de la Sala la STS 29-6-2005 (Rc 1326/04), que establece que, a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la pensión de jubi-

lación a cargo de la Seguridad Social española, deben computarse los años de cotización por edad que reconoce la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18-1-1.967, siguiendo así la doctrina de la STS 26-6-2.001 (Rc 1156/00), dictada por el Pleno de esta Sala, reiterada luego en las de 5-7-2001 (Rc 4812/00), 9-10-2001 (Rc 3629/00), 21-10-2001 (Rc 276/02), 15-11-2001 (Rc 2466/00), 28-5-2002 (Rc 2838/01), 13-11-2002 (Rc 1382/02), 24-6-2003 (Rc 3943/02), 13-11-2003 (Rc4792/02), 16-5-2003 (Rc 3809/02) y 17-4-2004 (Rc 2097/03). Asimismo, dicha doctrina es coincidente con la fijada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 3-10-2.002 (asunto Barreira Pérez). De la misma forma, en línea complementaria con la doctrina que acaba de citarse, las SSTS 18-7-2005 (Rc 2675/04) y 27-7-2005 (Rc 3038/04), reiteran la doctrina de las SSTS 28-5-2002 (Rc 2838/01), 21-10-2002 (Rc 276/02), 18-12-2003 (Rc 3389/02), 15-5-2004 (Rc 1815/03), 22-12-2004 (Rc 6079/03) y 14-4-2005 (Rc 2799/04), estableciendo que «a diferencia de las bonificaciones de cotización por edad, las relativas a la reducción de dicha edad a causa de la penosidad son cotizaciones completamente ficticias, pues no obedecen a ninguna presunción de realidad como las anteriores, y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir. Por lo tanto (...) la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios» (fundamento de derecho segundo de la STS 18-7-2005, Rc 1393/04). Recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido la STS 16-2-2006 (Rc 1816/05).

2.2. Cotizaciones por jubilación del subsidio por desempleo de prejubilación: efectos

La **STS 2-6-2005 (Rc 1708/04)** reitera la doctrina sentada por las SSTS 16-10-2003 rec. 981/03, 10-2-2004 (Rc 2880/03) y 3-12-2004 (Rc 138/04), y ello tanto desde la perspectiva de que, en virtud de lo establecido por la DA. 28.^a LGSS, **las cotizaciones efectuadas por el servicio de empleo como parte del subsidio por desempleo denominado de «prejubilación»** no pueden servir tanto para determinar el cumplimiento

de los períodos de carencia genérico y específico exigidos para la jubilación, como desde la perspectiva de que dicha norma pueda infringir lo dispuesto por el art. 48.1 del Reglamento Comunitario 1408/1971 o suponga trato discriminatorio para los trabajadores migrantes.

3. Accidente de trabajo

3.1. Concepto de accidente de trabajo «in itinere». No alcanza a quien pernocta en domicilio distinto del habitual, realizando un trayecto diferente y utilizando un medio de transporte no habitual

La STS 20-9-2005 (Rc 4031/04) ha precisado la doctrina general de la Sala, contenida, entre otras, en la STS 19-1-2005 (Rc 6543/03 y el propio concepto de domicilio del trabajador, contenido en STS 29-9-1997 (Rc 2685/96), entendiendo que **cuando el trabajador se traslada desde domicilio diferente al habitual** (pues había pernoctado en el domicilio de su novia), **recorriendo un trayecto diferente del habitual y utilizando un medio de transporte diferente del habitual**, el accidente producido no puede calificarse como accidente «in itinere» y, por ende, accidente de trabajo.

3.2. Accidente de trabajo «in itinere». Procede su declaración cuando la agresión sufrida por el trabajador obedece a razones ajenas a la relación personal entre agresor y agredido

La STS 20-2-2006 (Rc 4145/04) analiza el caso de un trabajador que falleció como consecuencia de un disparo efectuado por el que fue conocido como «asesino de la baraja» cuando esperaba el autobús, en parada situada en el mismo centro de trabajo, inmediatamente después de finalizar su jornada laboral, cuando se dirigía desde la salida de su puesto de trabajo (aeropuerto) a su domicilio. La Sala, desarrollando su doctrina contenida en STS 3-5-1988, que consideró accidente de trabajo «en misión» la muerte del trabajador a manos de un terrorista, producida con ocasión del trabajo, y en las SSTS 14-12-1981 y 21-12-1982, que calificaron como accidente de trabajo «in itinere» el fallecimiento de la víctima cuando se encaminaba a su quehacer habitual, entiende que el citado accidente ha de calificarse como **accidente de trabajo «in itinere»**, ya que la agresión sufrida por el trabajador a manos de un tercero obedece a razones ajenas a la relación personal entre agresor y agredido.

3.3. Alcance de la presunción de accidente de trabajo por enfermedad manifestada en tiempo y lugar de trabajo

En la **STS 16-12-2005, R. 3344/04**, la Sala, reunida en Sala General, reiterando doctrina contenida en SSTS 3-11-2003 (Rc 4078/02) y 27-12-1995 (Rc 1213/959), considera que, si se prueba la existencia de malformación congénita, sin que conste ningún proceso externo que haya podido influir en el proceso patológico, **cabe destruir la presunción de laboralidad de enfermedad de trabajo surgida en tiempo y lugar de la prestación de servicios** contenida en el art. 115.3 LGSS, puesto que se demuestra con ello la falta de conexión entre la lesión producida y el trabajo realizado, dado que, por su propia naturaleza, la enfermedad, en tanto que congénita, excluye la etiología laboral.

3.4. Alcance de la presunción de enfermedad profesional respecto del accidente de trabajo. Presunción iuris tantum y no iuris et de iure

La **STS 25-1-2005 (Rc 2840/04)** procede a determinar la contingencia causante de una incapacidad permanente, llegando a la conclusión de que la misma es el accidente de trabajo. El trabajador sufría de epicondilitis que, en su profesión de albañil, está considerada enfermedad profesional. Ahora bien, el trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal en varias ocasiones antes de la declaración de incapacidad permanente y que todas las bajas producidas traían causa de un accidente originario, causado por un sobreesfuerzo en el trabajo que había provocado una lesión traumática. La Sala entiende que, incluso aunque tal situación venga precedida de una patología causada por una enfermedad profesional, ha de entenderse que se trata de un accidente de trabajo puesto que tienen tal carácter las enfermedades que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. **La presunción de enfermedad profesional cede ante la prueba en contrario de existencia de accidente de trabajo.** En un supuesto muy similar, la **STS 14-2-2006 (Rc 2990/04)** ha recordado que la presunción de enfermedad profesional tiene como finalidad facilitar la prueba del carácter profesional de la contingencia, pero ello no excluye que pueda demostrarse la existencia de accidente de trabajo si acaece la enfermedad de manera repentina y traumática. **Desde la perspectiva del accidente de trabajo, la presunción de enfermedad profesional tiene carácter *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.**

3.5. Presunción de accidente de trabajo producido en tiempo y lugar de trabajo respecto de trabajadores que no se encuentran prestando servicios en la empresa

La STS 20-12-2005 (Rc 1945/04), reiterando la doctrina contenida en la STS 6-10-2003 (Rc 3911/02), ha establecido que **el infarto de miocardio evidenciado en los vestuarios, antes del inicio de la jornada laboral, no cabe entenderse como «tiempo de trabajo»**, a efectos de la aplicación de la presunción de accidente de trabajo contenida en el art. 115.3 LGSS, teniendo en cuenta el concepto que, a efectos de determinación del concepto de tiempo de trabajo, establece el Estatuto de los Trabajadores. Una doctrina muy similar se ha aplicado por esta Sala a supuestos próximos, aunque no iguales, en situaciones en las que el trabajador aún no se encontraba prestando servicios en su puesto de trabajo, como son los que resolvieron las sentencias de 7-2-2001 (Rc 132/00) y 9-12-2003 (Rc 2358/03), en las que se afirmó que no constituía accidente de trabajo el fallecimiento por infarto de miocardio de un médico que se encontraba en su domicilio en situación de guardia localizada, al no operar la presunción del art. 115.3 LGSS, o el infarto del trabajador que se dirigía a su trabajo (SSTS 30-5-2003, Rc 1639/02 y 30-6-2.004, Rc 4211/03).

3.6. La exoneración de responsabilidad a las empresas por abono de las cotizaciones «a posteriori» sólo es de aplicación a las prestaciones derivadas de contingencias comunes en las que se requiere periodo de carencia

La STS 16-6-2005 (Rc 3332/03) reitera la doctrina sentada por la STS 27-5-2004 (Rc 2483/03), señalando que la doctrina unificada que libera de **responsabilidad a la empresa incumplidora de su deber de cotización** a la Seguridad Social cuando, posteriormente y en virtud de la actividad inspectora de la Administración Laboral, abona las cotizaciones impagadas y la sanción correspondiente, solo resulta aplicable a aquellos supuestos de incapacidad laboral derivados de enfermedad común en los que se requiere un periodo de carencia para poder optar a la prestación de Seguridad Social correspondiente. No es de aplicación, por tanto, a un supuesto de infracotización a la Seguridad Social respecto de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, debiendo estar-se, en cuanto a estas, a la regla de responsabilidad empresarial, que sólo

podrá atemperarse *«en función de las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta, en todo caso, si la actitud incumplidora de la empresa responde, o no, a una contumaz voluntad de omitir de forma sistemática y continuada el deber de cotización con la Seguridad Social»* (fundamento de derecho cuarto).

4. Recargo por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral

4.1. La fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción es única para todas las prestaciones y coincide con la última prestación reconocida

La STS 9-2-2006 (Rc 4100/04), en atención a la doble naturaleza del recargo por incumplimiento de medidas de seguridad y salud laboral, que tiene naturaleza punitiva pero que implica también un beneficio para el perjudicado, ha aplicado la doctrina contenida en la STS 22-3-2002 (Rc 2231/01), que sostuvo que el período de cómputo del plazo de prescripción de la acción civil por indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo no podía computarse desde el hecho causante, sino desde que la acción pudo ejercitarse, sosteniendo así que el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción aplicable al recargo por falta de medidas de seguridad es único para todas las prestaciones y coincide con la última prestación reconocida. Se computa, por lo tanto, desde la última prestación reconocida, y comprende el recargo sobre esta prestación y las anteriores que se hubieran podido producir.

4.2. Determinación del nexo causal entre las infracciones cometidas por la empresa y el accidente producido. No es necesario que se conozca la forma en que se produjo el accidente

La STS 16-1-2006 (Rc 3970/04) reitera la doctrina de esta Sala contenida en STS 30-6-2003 (Rc 2403/02), entendiendo que es posible relacionar las infracciones cometidas por la empresa con la producción del **accidente de trabajo** aunque no se conozca la forma en que se produjo realmente el accidente. En efecto, se trataba de un trabajador que sufrió accidente de trabajo por caída desde un andamio cuya instala-

ción adolecía de las medidas de seguridad requeridas, sin que constase orden específica por parte de la empresa para no subirse al citado andamio sin las protecciones específicas. La sentencia entiende que procede el recargo porque no puede presumirse la culpabilidad del trabajador, que está sujeta a prueba, por lo que, no constando dicha culpabilidad, puede determinarse que las infracciones cometidas fueron causa determinante del accidente que se produjo, estableciendo así el necesario nexo causal entre las infracciones cometidas y el accidente de trabajo.

4.3. Anulación judicial del recargo de prestaciones: alcance de la obligación de devolución de las cantidades consignadas por parte de la TGSS

La STS 3-5-2006 (Rc 1333/05) ha decidido que, cuando se **anula por sentencia un recargo sobre prestaciones** por incumplimiento de las medidas de salud y seguridad por parte de la empresa que fue en su día impuesto administrativamente, la TGSS ha de devolver no sólo la cantidad que obre en su poder, sino también la abonada ya efectivamente al beneficiario.

5. Desempleo

5.1. Los alcaldes y concejales no tienen derecho a la prestación por desempleo

La STS 25-10-2005 (Rc 3555/04), reunida en Sala General, ha declarado que **los alcaldes y concejales** no tienen derecho a la prestación por **desempleo** según la regulación actualmente vigente. En efecto, de la literalidad del art. 205 LGSS no se desprende que se encuentren dentro del ámbito de protección de la citada prestación, sin que se haya dictado norma específica por el Gobierno, habilitado al efecto por la Disposición Final quinta LGSS, de inclusión en dicho ámbito de protección, y sin que la misma se derive de lo dispuesto en el art. 7.2 de la Carta de Autonomía Local hecha en Estrasburgo el 15-10-1985, ni de la previsión contenida en el art. 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de

Bases del Régimen Local. Por último, tampoco se puede desprender dicha protección si se analiza la finalidad última de la protección por desempleo, que, según se desprende de los arts. 203 y 204 LGSS, está pensada para quienes pierden un empleo y como prestación sustitutiva de rentas salariales.

5.2. Reducción de jornada por guarda legal y determinación del período a tomar en consideración para fijar la base reguladora de la prestación legal por desempleo

La **STS 31-1-2006 (Rc 5473/04)** ha reiterado doctrina contenida en SSTs de 2-11-2004 (Rc 5013/03, 5502/03, 4028/03 y 5876/03), dictadas en Sala General, así como, de forma más reciente, en SSTs de 23-11-2004 (Rc 166/04) y 14-3-2005 (Rc 2457/04), en el sentido de entender que la base reguladora de la prestación por desempleo ha de calcularse según los últimos 180 días cotizados, sin que a tales efectos pueda tenerse en cuenta que dicho período esté afectado por una reducción de jornada por guarda legal de menores.

5.3. Derecho a percibir trimestralmente el importe de la prestación por desempleo como consecuencia del inicio de una actividad por cuenta propia: alta en el RETA anterior a la solicitud. Efectos

La **STS 7-11-2005 (Rc 4697/04)** ha venido a confirmar y ampliar el alcance de la doctrina contenida en las SSTs 25-5-2000 y 30-5-2000 (Rc 2947/99 y 2721/99 respectivamente), que habían establecido que, respecto de quienes inician una **actividad por cuenta propia durante la situación de desempleo**, no es relevante a efectos de reconocer el derecho a percibir la prestación por desempleo a tanto alzado el que se hubieran dado de alta como autónomos unos días antes de la solicitud de la percepción de la prestación en dicha modalidad, puesto que el inicio de una actividad por cuenta propia requiere una serie de trámites y actuaciones que no pueden llevarse a cabo en un único día. La sentencia que ahora se comenta aplica dicha doctrina para el caso de que lo solicitado haya sido la percepción trimestral del importe de la prestación por desempleo para subvencionar la cotización al RETA por actividad por cuenta propia iniciada durante la situación de desempleo, respecto de la

cual se señala que carece de efectos el que el trabajador se hubiera dado de alta en el RETA ocho días antes de solicitar el abono de la prestación bajo esta modalidad.

5.4. No puede acceder a la prestación por desempleo en su nivel contributivo el emigrante retornado que haya accedido a una prestación por desempleo en el país en el que venía prestando sus servicios

La STS 11-10-2005 (Rc 2456/04) viene a precisar que no puede acceder a la prestación por desempleo en su nivel contributivo el **emigrante retornado** que haya accedido a una **prestación por desempleo** en el país en el que venía prestando sus servicios. En todo caso, y en virtud del Derecho Comunitario, tendrá derecho de opción entre la prestación española y extranjera, sin que en ningún caso la norma vigente le exija carecer del derecho a la prestación por desempleo en el país extranjero, sino tan sólo, no haber obtenido prestación en dicho país.

5.5. Indemnización por cese de funcionario interino y descuento de la misma de la prestación por desempleo: alcance de la doctrina relativa a los salarios de tramitación

La STS 3-5-2006 (Rc 2240/05) ha establecido la **compatibilidad** de la **indemnización por cese de un funcionario interino** acordada por la Sala de lo contencioso-administrativo, con el percibo de la prestación por **desempleo**. La indemnización percibida no constituye salarios de tramitación por despido, por lo que no ha de considerarse incompatible.

5.6. La responsabilidad de la empresa respecto a prestaciones derivadas de contingencias comunes cuando se produce falta de cotización exige que se vea afectada la propia prestación y que el incumplimiento sea grave

La STS 13-2-2006 (Rc 4661/04) ha abordado un supuesto de responsabilidad empresarial por falta de afiliación y cotización que afecta

al período de carencia exigido para el acceso a la prestación por desempleo en su modalidad de subsidio asistencial para mayores de 52 años. En concreto, la cuestión litigiosa versaba sobre la responsabilidad empresarial en materia de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, en un supuesto en el que el actor reunía el requisito de carencia específica (2 años), pero no el de carencia genérica (15 años). Hubiera concurrido esta carencia en el caso de que la empresa hubiera cotizado por la actora en el periodo de agosto de 1987 a agosto de 1992, durante el cual la empresa ni le dio de alta, ni cotizó. La Sala, siguiendo su doctrina consolidada en materia de **responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas y bajas, así como por falta de cotización**, considera que la empresa es responsable directa, sin que a ello obste la obligación que pesa sobre la entidad gestora de anticipar la prestación en virtud del principio de automaticidad. Dicha responsabilidad se deriva del hecho de que el período durante el cual no se cotizó, afectaba al cumplimiento de la carencia requerida y, en consecuencia, al derecho mismo, tratándose además de un incumplimiento grave, no esporádico u ocasional.

5.7. Determinación de los ingresos de la unidad familiar para el acceso a la prestación por desempleo en el nivel asistencial: han de incluirse los ingresos del cónyuge separado de hecho

La STS 11-10-2005 (Rc 3460/04) ha venido a precisar la doctrina contenida en las SSTS 11-4-2000 (Rc-2770/99) y 3-5-2000 (Rc 331/99). En estas la Sala ya había establecido que no se exigía la convivencia para determinar las cargas familiares de cara al acceso a la prestación asistencial por desempleo, por lo que un hijo a cargo era computable aunque no se produjera convivencia de hecho, siempre que dependa económicamente de ellos. En la sentencia que ahora se comenta se precisa que dicha doctrina no es sólo aplicable a aquellos casos en los que ha de precisarse **la unidad familiar** en negativo (cargas familiares), sino también en positivo, cuando ha de determinarse los ingresos de la unidad familiar, debiéndose incluir en esta a los efectos del cómputo de rentas al cónyuge separado de hecho cuando se pretenda acceder a la prestación por desempleo en su nivel asistencial. La sentencia precisa que «*a esta solución ya había llegado sentencia anterior de esta Sala de 6-5-1994 (Rc 2047/93) y otras que en ella se citan, cuyo criterio procede*

mantener aun cuando aquellas se dictaron en contemplación de una normativa legal anterior a la redacción actual del art. 215.2 LGSS» (fundamento de derecho segundo).

5.8. *La determinación del nivel de ingresos de la unidad familiar de cara al mantenimiento del derecho al subsidio asistencial de desempleo por responsabilidades familiares ha de calcularse mensualmente y no anualmente*

También respecto del cómputo de rentas a efectos de acceso al **subsidio por desempleo en su nivel asistencial**, la Sala ha dictado la **STS 8-2-2006 (Rc 51/2005)**. En la misma, la Sala modifica su doctrina respecto del módulo temporal que ha de tomarse en consideración para el cálculo del umbral de rentas de la unidad familiar de cara al mantenimiento del derecho al subsidio asistencial de desempleo por responsabilidades familiares. La Sala entiende que la Ley 45/2002 ha supuesto una modificación en cuanto a la interpretación que debe prevalecer a la hora de determinar el citado módulo temporal, sosteniendo que, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, procede entender que el módulo a tomar en consideración será **el mensual y no el anual** como había que entender hasta entonces, según doctrina sentada en SSTS 23-3-1995 (Rc 2893/04), 13-5-1997 (Rc 3924/96), 17-6-1998 (Rc 2334/97), 24-9-1998 (Rc 130/98) y 27-1-2000 (Rc 1246/99). El cambio interpretativo se debe a que de los nuevos preceptos vigentes se desprende una obligación a cargo de la entidad gestora de *«un control o seguimiento constante de las situaciones de necesidad que dan lugar a la percepción del subsidio, permitiendo a cambio que los asegurados recuperen inmediatamente el derecho al subsidio cuando se reproduce la situación de necesidad tras la desaparición de la percepción de rentas esporádicas. Puede afirmarse así que la finalidad de la reforma legal en el aspecto al que se refiere el litigio es ajustar o acompasar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la «dinámica del derecho» a prestaciones. Siendo ello así, lo lógico es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas familiares, en lugar de al cómputo anual»* (fundamento de derecho tercero). Máxime, además, cuando la superación del límite de rentas en un determinado mes ya no implica la extinción del derecho al subsidio, sino tan sólo su suspensión.

6. Incapacidad temporal

6.1. Reclamación de diferencias de la base reguladora de subsidio de incapacidad temporal ya reconocido: es aplicable la prescripción y no la caducidad, ya que lo que se reclama es un derecho no reconocido

La STS 24-10-2005 (Rc 1918/04) ha entendido que, cuando lo que se reclaman son **diferencias de la base reguladora por infracotización** de la empresa respecto de un subsidio de incapacidad temporal ya reconocido, ha de entenderse que no se trata de un problema de caducidad, sino de **prescripción**, puesto que lo que se reclama es un derecho no reconocido y no el percibo de una concreta cantidad ya reconocida. Además, el plazo de prescripción aplicable a dichas reclamaciones es de cinco años.

6.2. La incapacidad temporal no se extingue por resolución denegatoria de incapacidad permanente si no se ha agotado el plazo máximo de duración y se continúa impedido para el trabajo

Según la STS 22-11-2005 (Rc 4415/04), la incapacidad temporal no se extingue por el hecho de que, sin haber expirado el plazo máximo legal previsto, y sin haber sido dado médicamente de alta el perceptor, por continuar impedido para trabajar, el INSS haya denegado el reconocimiento de una incapacidad permanente solicitada por el beneficiario de la incapacidad temporal.

6.3. El plazo de prescripción para el reintegro de prestaciones abonadas por la Mutua se inicia tras el pago mensual de la prestación de incapacidad temporal

La STS 31-1-2006 (Rc 4899/04) ha declarado que el día inicial para el cómputo del plazo de **prescripción** para el reintegro de prestaciones abonadas inicialmente por una Mutua es el del **pago mensual** de la prestación de incapacidad temporal, no el acto o resolución poniendo fin a la situación de incapacidad temporal (alta médica). Para ello parte de la doctrina de esta Sala, que ha establecido, entre otras, en 11-10-98 (Rc 1032/98) que, la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción

de las acciones de reintegro ante anticipo en el pago por parte de la Mutua ha de situarse en el momento de producirse el hecho causante, siempre que la acción pudiera ejercitarse a partir de dicho día. Como en el presente caso no podía procederse a la reclamación del reintegro hasta que el abono de las cantidades se hubiera hecho efectivo, la Sala entiende que el plazo de prescripción ha de computarse desde la fecha en que se efectuó cada pago mensual realizado para abonar la incapacidad temporal.

6.4. Incapacidad temporal y desempleo: aplicación de la reforma operada en el art. 222.1 LGSS por la Ley 24/2001 a incapacidades temporales iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley pero respecto de contratos de trabajo extinguidos estando ya vigente la misma

La STS 30-11-2005 (Rc 2432/04) ha reiterado el criterio ya establecido en la STS 26-4-2005 (Rc 2247/04), según el cual, para determinar el ámbito de aplicación de la reforma introducida por la Ley 24/2001, y a falta de disposición transitoria específica en la materia en dicha Ley, ha de estarse a la **fecha del hecho causante de la prestación**. Más en concreto, lo debatido era si la reforma que dicha Ley operó en el art. 222.1 LGSS, en el sentido de limitar la cuantía de la incapacidad temporal, una vez extinguido el contrato de trabajo, a la correspondiente a la prestación por desempleo, era de aplicación a un supuesto en el que se inició la incapacidad temporal antes de la entrada en vigor de la Ley pero el contrato se extinguió con posterioridad a dicha entrada en vigor. La Sala entiende que hay que estar a la fecha del hecho causante, y siendo este anterior a la entrada en vigor de la reforma, no ha de aplicarse al supuesto de hecho.

7. Lesiones permanentes no invalidantes

7.1. Hipoacusia. Valoración de las pérdidas auditivas en la zona conversacional y fuera de esta

La STS 8-3-2006 (Rc 4084/04) resume la doctrina de la Sala en materia de determinación del baremo correspondiente a **lesiones permanentes no invalidantes por hipoacusia**, interpretando la aplicación de los números 8 y 9 del mismo. La sentencia llega a la conclusión de

que corresponde la aplicación del número 8 del baremo cuando se produce hipoacusia que no afecta a la zona conversacional, siempre que la misma suponga la pérdida de 25 dbs. Por su parte, corresponde la aplicación del número 9 del baremo en aquellos casos en que la pérdida auditiva rebasa los 25 dbs. y afecta a la zona conversacional, entendiendo por tal la comprendida entre los 500 y los 1000 ciclos (Hz). Si la pérdida auditiva afecta al mismo oído en la zona conversacional y fuera de esta, debe aplicarse únicamente el número 9 del baremo, por ser el más grave. Las lesiones en ambos oídos son indemnizables de forma independiente, pero en todo caso su suma no puede superar la cuantía prevista en el número 10 del baremo. Dicha doctrina ha sido recientemente confirmada por la **STS 10-5-2006 (Rc 794/05)**.

8. Incapacidad permanente

8.1. Incapacidad permanente total. Compatibilidad con el desempeño de otras profesiones

La **STS 20-9-2005 (Rc 3115/04)** se ha pronunciado sobre la **compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total** para la profesión habitual de un «transportista-repartidor/autónomo» con el ejercicio de la actividad profesional de gestor administrativo de una empresa de transporte de mercancías por carretera, de la que era titular el pensionista. La Sala, aplicando una doctrina ya contenida en sentencias de 28-1-2002 (Rc 1651/01, 28-7-2003 (Rc 3669/02, 2-3-2004 (Rc 1175/03, 15-10-2004 (Rc 5809/03 y 29-10-2004 (rec. núm. 5644/03), llega a la conclusión de que la actividad profesional desarrollada por el beneficiario de la prestación de incapacidad permanente total supone la realización de tareas diversas de aquellas que se tuvieron en consideración a la hora de declarar su derecho, por lo que la referida actividad es compatible con la percepción de la prestación.

Por otra parte, en la **STS 23-2-2006 (Rc 5135/04)**, la Sala aborda el alcance del concepto de **profesión habitual** a la hora de fijar el grado de incapacidad de un policía local que pasa a segunda actividad como consecuencia de un accidente. La Sala, reiterando jurisprudencia contenida en SSTS 12-2-2003 (Rc 861/02) o 27-4-2005 (Rc 998/04) llega a la conclusión que, para determinar el alcance del concepto de profesión habitual en el caso de la incapacidad permanente, deben tomarse en consideración cuantas profesiones sean equiparables a la del actor, de tal

forma que «no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su «profesión», las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el «ius variandi» empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable» (fundamento de derecho segundo). Ahora bien, se reitera, si la profesión es distinta, existe compatibilidad entre la percepción de la pensión y el trabajo realizado (STS 20-3-2006, Rc 3550/04).

8.2. Nulidad de las resoluciones administrativas que declaran una incapacidad permanente sin derecho a prestaciones económicas

La STS 21-9-2005 (Rc 6651/03) reitera la doctrina sentada por las SSTS 25-11-1993 (Sala General) y 24-2-1994 (Rc 1040/93), entre otras, en el sentido de que «[...] **las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas carecen de efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que las efectúan. Y que, en consecuencia de ello, si el trabajador continúa en la realidad de los hechos desarrollando su actividad laboral y mantiene su situación de alta y su cotización a la Seguridad Social [...] cuando posteriormente solicita su pensión de invalidez y ésta es de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el período de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de ésta, siendo ello así porque el hecho causante se ha producido ahora y no en la fecha en que pretende el Instituto fijar la causa de la invalidez**» (fundamento de derecho sexto).

8.3. Fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente en situación de prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal

La STS 15-9-2005 (Rc 4410/04) precisa que cuando se obtiene **pensión de incapacidad permanente** encontrándose el trabajador en situación de la **prórroga extraordinaria** de la incapacidad temporal regulada en el

art. 131.bis.3 LGSS, los efectos de la pensión han de comenzar a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión, sin que proceda mayor retroacción de sus efectos.

8.4. El reconocimiento previo de una jubilación anticipada no impide el reconocimiento posterior de prestación de incapacidad permanente antes de cumplir los 65 años de edad

La **STS 27-7-2005 (Rc 6733/03)**, había reiterado la doctrina tradicional de la Sala contenida en las SSTS 14-10-1.992 (Rc 444/92) y 30-1-1996 (Rc 1636/95), en el sentido de que un pensionista que se **jubiló anticipadamente** antes de cumplir los 65 años no puede solicitar la prestación por **incapacidad permanente** antes de cumplir dicha edad. Ahora bien, la **STS 15-3-2006 (Rc 5069/04)**, dictada en Sala General, ha venido a modificar dicho criterio, entendiendo que tras la redacción dada al art. 138.1 LGSS por la Ley 24/97, ha de entenderse el precepto en sentido restrictivo y, por lo tanto, la imposibilidad de declaración de **incapacidad permanente tras alcanzar la edad de jubilación**, a saber los 65 años, no debe afectar a quienes decidan acceder con anterioridad a dicha edad a la jubilación anticipada.

8.5. Revisión de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo por agravación. Secuelas posteriores derivadas de contingencia común que por sí solas determinan el grado superior de invalidez. No se exige el cumplimiento de los requisitos de alta y cotización

Por otra parte, la **STS 14-2-2006 (Rc 4480/04)** ha reiterado la doctrina de esta Sala en el sentido de que la incapacidad permanente total derivada de contingencias profesionales puede agravarse a consecuencia de la concurrencia de dolencias comunes hasta alcanzar el grado de incapacidad permanente absoluta. Para obtener el derecho a este último grado y prestación correspondiente, no es preciso reunir un nuevo período de carencia o estar en situación de alta o asimilada. Esta doctrina fue fijada por la importante STS (Sala General) 4-11-2004 (Rc 1045/03), que ahora se matiza, en el sentido de que no siempre ha de apreciarse procedencia de la **revisión de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo por concurrencia de lesiones deri-**

vadas de contingencias comunes que agravan el cuadro de secuelas padecidas, pese a la doctrina contenida en esta última sentencia puesto que en estos casos se trata de situaciones complejas respecto de las que no es posible definir una regla única. Ello no obstante, la Sala considera que en el presente caso está claro que las dolencias comunes han agravado la incapacidad permanente total existente, teniendo en cuenta, asimismo, que dicha incapacidad se declaró respecto de la profesión de limpiadora de la actora y el hecho de que sean prácticamente ilusorias sus posibilidades de trabajar en actividad compatible. Por todo ello, procede el reconocimiento del grado de incapacidad permanente absoluta. Ahora bien, esta matización respecto a la dificultad de definir una regla única se pone de manifiesto cuando la Sala aborda la revisión de una incapacidad permanente parcial por agravación de lesiones en la **STS 7-2-2006 (Rc 4714/04)**. En este caso, la Sala ha apreciado falta de contradicción entre un supuesto de agravación de incapacidad permanente parcial sin alta y cotización posteriores y otro caso en el que la declaración de incapacidad permanente parcial había supuesto la continuación de la relación con la Seguridad Social, mediante trabajo que había supuesto cotización y alta hasta la solicitud de revisión del grado.

8.6. Determinación de la fórmula de cálculo de la base reguladora en supuestos de incapacidad permanente absoluta causados en situación asimilada al alta

La **STS 27-2-2006 (Rc 88/05)**, siguiendo la línea doctrinal representada por las SSTS 10-4-2001 (Rc 3000/00) y 15-10-2002 (Rc 832/02), cuya doctrina unificada fue recogida y reiterada por sentencias de 4 de octubre de 2004 (Rc 3604/03) y 21 de marzo de 2.005 (Rc 878/04) ha recordado que no es aplicable el art. 140.4 LGSS (sustitución de los vacíos de cotización por las bases mínimas) a supuestos en los que la base reguladora de la incapacidad permanente no se calcula según las reglas establecidas en el mencionado art. 140. De esta forma, en el caso analizado por la sentencia, **no cabe rellenar las lagunas de cotización con las bases mínimas** durante el período tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora en el caso de una **incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral y causada desde situación de asimilación al alta**.

8.7. Incapacidad permanente: flexibilización del requisito de permanencia ininterrumpida como demandante de empleo para cumplir el requisito de situación asimilada al alta

La STS 20-3-2006 (Rc 2003/2004) ha entendido que la **flexibilización del requisito de situación de asimilación al alta**, que esta Sala ha venido aplicando en determinados supuestos, efectuando así una interpretación humanizadora de dicho requisito, no puede llevar a entender inaplicable el mismo. En efecto, en un supuesto en que el trabajador no acredita las razones por las que no se ha mantenido de forma ininterrumpida inscrito en la Oficina de empleo, no puede flexibilizarse dicho requisito, debiendo exigirse el cumplimiento de la situación asimilada al alta para acceder a la prestación de incapacidad permanente correspondiente. Desde esta perspectiva, la Sala matiza que dicha doctrina no se opone la doctrina sentada en las SSTS 25-7- 2.000 (Rc 2808/99) y 10-12-2001 (Rc 561/01), en las que parecía dispensarse el requisito de la inscripción en la Oficina de Empleo, puesto que la disparidad es sólo aparente: se trataba en aquellos casos de prestaciones de viudedad, no de invalidez, respecto de las que no se exige el requisito de alta o situación asimilada al alta si se ha completado un período de cotización de quince años, exención que no es de aplicación a la incapacidad permanente en todos sus grados.

8.8. Incapacidad permanente derivada de enfermedad común: la fecha de efectos es la de la emisión del dictamen de la UVMI, salvo que se demuestre su carácter irreversible o invalidante con anterioridad a dicha fecha

La STS 12-5-2006 (Rc 2880/04), recuerda la doctrina emanada de sentencias tales como la STS 26-6-1996 (Rc 1995/95), en el sentido de que, en supuestos de incapacidad permanente derivados de enfermedad común *«la fecha del hecho causante de la prestación de invalidez viene fijada con carácter general por la fecha del dictamen del UMVI, salvo los casos en que las lesiones residuales padecidas por el beneficiario quedaran fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes con anterioridad....»* (fundamento de derecho segundo), sin que, por tanto dicho supuesto merezca similar tratamiento al previsto para otras contingencias causantes, como es el caso señalado del accidente de trabajo.

8.9. Incapacidad permanente: determinación de grado en caso de afecciones por silicosis

La STS 4-5-2006 (Rc 4427/04) reitera doctrina ya mantenida en esta Sala mediante STS 17 de julio de 1996, estableciendo que «*para que la silicosis de segundo grado quede equiparada al tercero y considerada según la norma del número 3 como constitutiva de incapacidad absoluta ha de concurrir con afecciones tuberculosis que permanezcan activas*» (fundamento de derecho cuarto).

8.10. Invalidez permanente no contributiva: grado de minusvalía. Sólo cabe modificarlo cuando se produzca una agravación o mejoría de las lesiones o transcurra el plazo establecido para ello, aunque entre tanto haya cambiado la normativa sobre valoración de minusvalías

La STS 6-7-2005 (Rc 2070/04) reitera la doctrina de la Sala contenida en las SSTS 6-4-2004 (Rc 2597/03) y 17-1-2005 (Rc 6540/03), según las cuales no procede **modificar el grado de minusvalía reconocido** en tanto no se produzca una agravación o mejoría de las dolencias o transcurra el plazo establecido para ello, excepto en los casos en los que se acredite, suficientemente, error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en los que no será preciso agotar el plazo mínimo. Y esta doctrina ha de seguirse incluso aunque en el ínterin se haya modificado la normativa sobre baremación de minusvalías. Un supuesto similar, con aplicación de la misma doctrina, se ha abordado en STS 25-10-2005 (Rc 1895/04).

9. Jubilación

9.1. Exigencia de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo para causar la pensión de jubilación anticipada respecto de quienes pertenecían al mutualismo laboral antes del 1-1-1967

La Sala, en STS 20-1-2006 (Rc 3991/04), siguiendo doctrina ya establecida en SSTS 3-6-2005 (Rc 3054/04) y 13-10-2005 (Rc 3054/04 y 3308/04), entiende, respecto de la interpretación de las normas aplicables

a los supuestos de **jubilación anticipada para quienes pertenecían al mutualismo laboral el 1-1-1967, que la norma segunda de la DT 3.^a LGSS, en su redacción dada por la Ley 52/03, no exige que el beneficiario se encuentre ininterrumpidamente inscrito en la Oficina de empleo** desde el cese involuntario hasta la fecha de la jubilación para acceder a esos beneficios. Por otra parte, y en relación con dicha DT, la Sala también ha reconocido en **STS 27-12-2005 (Rc 246/05)**, que tienen derecho a la jubilación anticipada los beneficiarios encuadrados en la Mutualidad de empleados de Notarías antes del 1 de enero de 1967. Y ello no porque la citada Mutualidad formase parte del Mutualismo Laboral, que es a lo que se refiere la actual DT 3.^a LGSS, sino porque dicho personal ha sido integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, y hay que entender que dicha integración provoca su equiparación no sólo respecto a los períodos posteriores a 1 de enero de 1967, sino también respecto de los períodos anteriores a dicha fecha.

9.2. Vendedores del cupón pro ciegos: ha de incrementarse la base reguladora aplicable a la pensión de jubilación correspondiente al tiempo en que la empresa cotizó como relación laboral especial. La responsabilidad por la infracotización es del INSS, no de la empresa

La Sala, en **SSTS 28-11-2005 (Rc 4928/04)** y **20-2-2006 (Rc 125/05)**, se ha ocupado de determinar la **base reguladora** que ha de aplicarse a la pensión de jubilación de un trabajador con categoría de vendedor de cupón. En concreto, y como consecuencia de la STS 26-9-2000 (Rc 1737/99), la relación laboral de los vendedores del cupón fue declarada relación laboral común, frente a lo que se había entendido hasta dicho momento, en que se había considerado una relación laboral especial de representantes de comercio. La sentencia de esta Sala tuvo meros efectos declarativos sobre la relación, por lo que la Sala entiende que las cotizaciones correspondientes al período anterior a la declaración de existencia de relación laboral común han de ser las relativas a esta última relación, y no la de los representantes de comercio. La Sala entiende asimismo que la **responsable por la infracotización** producida respecto del abono de la prestación, no es la empresa, sino el **INSS**, puesto que la empresa ha venido cotizando en todo momento en los términos resultantes de los sucesivos convenios colectivos y con plena anuencia de la Administración de Seguridad Social.

9.3. *Suspensión de la prestación por realización de nuevos trabajos por parte de quien es preceptor de pensión de jubilación anticipada: no procede calcular nueva prestación*

La STS 29-11-2005 (Rc 2044/04) ha establecido que, en aquel caso en que se suspenda la percepción de la pensión de jubilación por realización de nuevos trabajos, **no procede con posterioridad recalcular una nueva prestación**, sino reactivar la ya reconocida, incluso en el caso de que dicha suspensión haya tenido lugar antes de cumplir el trabajador la edad de 65 años, por haberse acogido a una jubilación anticipada. En todo caso, a lo único que tendrá derecho el trabajador, en caso de que haya cotizado en el Régimen General, es a que los días trabajados con posterioridad puedan tenerse en cuenta a efectos de fijar un porcentaje de pensión superior. Pero ello no puede significar nunca la supresión del coeficiente reductor aplicable por jubilación anticipada.

9.4. *Procede el abono del complemento por mínimos de la pensión de jubilación por cónyuge a cargo cuando el pensionista de jubilación abona a la esposa separada legalmente una determinada cuantía en virtud de sentencia de separación*

Por su parte, la STS 22-12-2005 (Rc 552/05) lleva a cabo una interpretación sistemática del art. 6 de los RRDD 1464/01 y 1425/02, entendiéndose que, si se cumplen los restantes requisitos, procede reconocer el derecho al **complemento por mínimos de la pensión de jubilación por cónyuge a cargo**, cuando el pensionista de jubilación separado legalmente de la esposa abona a esta, en virtud de sentencia de separación, una determinada cuantía, pese a no convivir con la misma.

9.5. *Jubilación anticipada: no puede considerarse cese involuntario el que se produce como consecuencia de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador*

Además, la STS 20-9-2005 (Rc 877/04) establece que, a efectos de la determinación del porcentaje aplicable de la base reguladora de la pensión en supuestos de jubilación anticipada, no puede considerarse **cese involuntario** aquel que se produce por «*quienes deciden aceptar voluntariamente la oferta de un plan de jubilación, consensuado por la*

*empresa con los representantes de los trabajadores y aprobado por la Autoridad Laboral, después de conocer su condiciones (...), no son objeto de un despido colectivo del art. 51 ET, sino que extinguen de **mutuo acuerdo** con la empresa (art. 49.1.a) ET) sus contratos de trabajo» (fundamento de derecho cuarto).*

9.6. Derecho al anticipo en el pago de prestaciones: se incluye también a los preceptores de pensión de jubilación desde situación de no alta

La STS 17-3-2006 (Rc 832/05), abordando por vez primera la cuestión, ha establecido que, dado que se puede causar la **pensión de jubilación desde la situación de no alta**, el requisito del alta o asimilada no es aplicable en aquellos supuestos en que el INSS ha de proceder a **anticipar el pago** de parte de la prestación por responsabilidad parcial de la empresa que incumplió sus obligaciones en materia de alta y cotización en época pretérita de la carrera de seguro de la beneficiaria.

9.7. SOVI: derecho a computar como período cotizado un período posterior a 1 de enero de 1959 pese a que la trabajadora no fue dada de alta, teniendo en cuenta que, respecto de dicho período, existe responsabilidad empresarial

La STS 16-5-2006 (Rc 3995/04) ha reiterado doctrina de la Sala en el sentido de entender que, en el ámbito del SOVI, y de cara al cumplimiento del período de carencia exigido para causar derecho a la pensión de jubilación, ha de computarse como período cotizado aquel respecto del cual no existió alta y que se produjo con posterioridad a 1 de julio de 1959 —fecha de entrada en vigor del Decreto 93/1959—, pese a que la trabajadora no fuera dada de alta, aplicando así el principio de responsabilidad empresarial cuando se produzcan incumplimientos empresariales por no respetar las obligaciones de inscripción, altas y bajas, así como por falta de cotización. Y todo ello teniendo en cuenta, además, que no se exigía a los cotizantes al SOVI que tuvieran causados los 1800 días exigidos a 1 de enero de 1967 situación de alta u asimilada para causar la prestación.

9.8. *Las cuotas ingresadas en la MUNPAL antes de 1-1-1967 han de equipararse a la cotización al SOVI dado que dicha Mutualidad se ha integrado en el Régimen General*

La STS 5-10-2005 (Rc 2006/04) llega a la conclusión de que las cuotas ingresadas en la MUNPAL antes de 1-1-1967 merecen el mismo tratamiento que las que fueron ingresadas en su día en otros sistemas protectores y, en concreto, ha de equipararse a la **cotización del SOVI**, en la medida en que el personal protegido por aquella Mutualidad ha sido integrado en el Régimen General de la Seguridad Social. La cuestión no es nueva y ha sido abordada por la Sala con anterioridad en relación con otras instituciones de protección social. Así, SSTS 7-5-1997 (Rc 2897/96), referida al Montepío Nacional del Servicio Doméstico, 9-12-2002 (Rc 1279/02), concerniente a la Caja Provincial de Pensiones de Trabajadores Portuarios, 26 de marzo y 27-6-2002 y 23-2-2004, Rc. 2405 y 3672/01 y 4142/02 relativas a la Institución Telefónica de Previsión y 5-7-2004 (Rc 3906/03), en cuanto al Montepío Marítimo Nacional.

10. Muerte y supervivencia

10.1. *Doctrina del paréntesis: para determinar el período de carencia, no hay que tomar en consideración el período de inscripción interrumpida como demandante de empleo*

La STS 23-12-2005 (Rc 5282/04) ha reiterado la **doctrina del paréntesis** que mantiene esta Sala, considerando así que el **período de carencia** (500 días) a tener en consideración para el acceso a la pensión de viudedad, ha de remontarse al momento en que se realizaron las últimas cotizaciones, no tomando en consideración a estos efectos el período durante el cual la causante permaneció ininterrumpidamente inscrita como demandante de empleo, aun sin estar de alta y cotizar, por entender que se mantuvo durante el citado período en situación asimilada al alta. La sentencia reitera doctrina ya contenida en las SSTS 29-5-92 (Rc. 1996/91) de Sala General, 1-7-93 (Rc 1679/92), 1-10-02 (Rc 4436/99), 25-10-02 (Rc 1/02) y 12-7-04 (Rc 4636/03) entre otras, porque la situación de permanencia inscrita de forma ininterrumpida como demandante de empleo acredita el «animus laborandi», del causante de la prestación [en el mismo sentido, STS 26-5-03 (Rc 2334/02)].

10.2. Situación asimilada al alta: interpretación humanizadora de dicho requisito. Ha de extenderse asimismo a quien al fallecer tenía la condición de pensionista de invalidez no contributiva

La STS 20-12-2005 (Rc 2398/04), ha analizado el alcance de la doctrina flexibilizadora y humanizadora respecto del cumplimiento de la situación asimilada al alta desde la perspectiva de quien al fallecer era pensionista de invalidez no contributiva, puesto que la propia percepción de la citada pensión permite «*tener por plenamente acreditada la situación de grave enfermedad, su condición incapacitante y el justificado apartamiento del mundo del trabajo del que la percibe, con la consiguiente imposibilidad de cotizar*» (fundamento de derecho cuarto).

10.3. Pensión de viudedad. Cómputo del período de separación legal cuando ha habido reconciliación que no se comunicó al Juez que la decretó

La STS 28-2-2006 (Rc 5276/04) ha reiterado la doctrina de esta Sala expuesta ya en SSTs 20-1-2004 (Rc 91/03), 15-12-2004 (Rc 359/04), 2-2-2005 y 23-2-2005 (Rc 761/04 y 6086/03), entendiendo que no cabe computar como período de convivencia a efectos de determinar el porcentaje de la base reguladora de la pensión de **viudedad** aquel que se ha producido **tras la separación legal**, si no se ha comunicado este extremo al Juez que la decretó.

10.4. Complemento de pensión de viudedad a cargo del Montepío Loreto: ha de estarse al momento del hecho causante para determinar el importe aplicable según los estatutos

La STS 26-7-2005 (Rc 2373/04) reitera la doctrina de la STS 25-10-2004 (Rc 5418/03), estableciendo que, a la hora de fijar el complemento de pensión de viudedad a cargo del Montepío Loreto, ha de estarse al momento del **hecho causante**, según doctrina de esta Sala fijada en STS 29-12-2000 (Rc 2123/00), por lo que, en el presente caso, dado que no hay derecho adquirido por quien no era todavía pensionista cuando se procedió a la modificación de los Estatutos del Montepío, ha de estarse al importe fijado en los **estatutos modificados**.

11. Mejoras voluntarias

11.1. Duración de la mejora de la incapacidad temporal pactada en convenio: se extiende durante todo el período que dure la misma, incluso cuando se ha superado el período máximo de 18 meses

La STS 7-11-2005 (Rc 3846/04), en línea con la anterior STS 17-3-1997 (Rc 2817/96), la Sala reitera que, ante la falta de disposición expresa en convenio colectivo que establece una **mejora en materia de incapacidad temporal**, la citada mejora ha de seguirse abonando incluso cuando haya transcurrido el período máximo de 18 meses si, conforme a la legislación aplicable, sigue teniendo derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal.

11.2. Carece del derecho a la mejora un trabajador al que se le reconoce incapacidad permanente con anterioridad a la fecha de publicación del convenio en que se establece un plazo de tres meses para contratar el seguro correspondiente a la mejora

Por su parte, la STS 28-10-2005 (Rc 2580/04), llega a la conclusión de que la obligación impuesta por el art. 41 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, de contratar un seguro a favor de los trabajadores afectados por el convenio en el plazo de tres meses desde su fecha de publicación, no afecta a un trabajador que solicitó y obtuvo el reconocimiento de una **incapacidad permanente con anterioridad a la fecha de publicación** del citado convenio, puesto que el riesgo ya no existía y la naturaleza del contrato de seguro exige la cobertura de un hecho futuro e incierto.

11.3. Derecho a mejora voluntaria durante la invalidez provisional cuando, con posterioridad, se reconoce retroactivamente pensión de incapacidad permanente absoluta

La STS 24-10-2005 (Rc 2173/04) ha reiterado doctrina estableciendo que, en el caso de que se hubiera abonado un complemento en concepto de **mejora voluntaria durante la invalidez provisional**, este queda afectado por el **reconocimiento retroactivo de la pensión de incapacidad permanente absoluta** [por todas, STS 19-6-2000 (Rc 3130/99)]. Ahora bien, la Sala matiza la sentencia antes citada en el sentido de que el beneficiario está obligado a devolver no el importe total

del complemento, sino la diferencia entre la percepción garantizada (subsidio más complemento) y lo percibido como consecuencia de la retroactividad de la pensión de incapacidad permanente absoluta (complemento más pensión de incapacidad permanente).

11.4. Convenio colectivo de banca privada. Derecho al rescate o movilización de los fondos internos constituidos por la empresa para atender los compromisos por pensiones

La **STS 21-9-2005 (Rc 3977/04)** recoge y desarrolla la doctrina anterior de la Sala sobre los prejubilados del BSCH en 1999. Se señala así que en el acuerdo de jubilación se asigna una cantidad fija, el 100% del salario bruto pensionable. Dicha cantidad debe integrarse durante la jubilación con el importe íntegro de dos pagas extraordinarias completas cuyo reconocimiento se hizo más tarde con efectos retroactivos. En este sentido, reitera la doctrina sentada, entre otras, por la STS 29-6-2004 (Rc 4860/03). Entiende, asimismo, que no cabe la excepción de prescripción alegada en la instancia por la empresa demandada, puesto que a efectos prescriptivos *«no cabe una consideración independiente y autónoma de la petición de actualización de la asignación anual, ya que tal petición va ínsita-está necesariamente contenida- en la reclamación de la percepción económica últimamente devengada (con los atrasos del año anterior)»*, de tal forma que, dado que **el devengo de las cantidades es mensual**, las únicas cantidades que pueden estar prescritas son las correspondientes a los atrasos ya devengados. Con posterioridad a esta sentencia, se han dictado varias sentencias en las que se ha apreciado falta de contradicción, precisamente por entender que el supuesto de las jubilaciones del citado Banco es muy peculiar, porque en la sentencia de contraste se analizaba un pacto de jubilación que supuso la extinción de la relación laboral, lo cual suele ser lo habitual, mientras que, en el presente caso, se trata de un peculiar pacto de suspensión de la relación laboral, por lo que las situaciones de ambos casos no son comparables (SSTS 9-2-2006, Rc 3632/04 y Rc 3752/04, 13-2-2006, Rc 3488/04, 1-3-2006, Rc 4389/04 y 3675/04 y 2-3-2006, Rc 3494/04).

11.5. Personal fuera de convenio de ACERALIA, S.A.: carecen del derecho a las mejoras pactadas en el convenio aplicable

La **STS 25-10-2005 (Rc 3249/04)** ha establecido, interpretando el alcance del art. 70.4 del Convenio Colectivo de ACERALIA, S.A. en

relación con la Disposición Final Cuarta del mismo, que el personal de ACERALIA **fuera de convenio** que se encuentra percibiendo el complemento de pensión de invalidez, no tiene derecho a la **indemnización de un año de salario** establecida para el personal del convenio colectivo de la empresa del año 2000, porque a dicho personal «no le son de aplicación las normas convencionales, salvo en algún tema no previsto en su contrato individual, supuesto en el que se aplicará el convenio como derecho supletorio»(fundamento de derecho segundo). Dado que este personal tiene reconocido el derecho al citado complemento, no ha lugar a la aplicación del convenio como derecho supletorio. En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la STS 3-5-2006 (Rc 1975/05).

11.6. Los derechos consolidados de los ex empleados de la Caixa son susceptibles de transacción. La facultad de movilización de las dotaciones y aportaciones no está sometida a los plazos de prescripción del ET ni de la LGSS

La Sala, en reciente STS 27-4-2006 (Rc 50/05) ha establecido que los **derechos consolidados** de los ex empleados de la Caixa comprendidos en el régimen de previsión de dicha entidad, **son susceptibles de transacción**, por no encontrarse afectados ni por el art. 3 LGSS, al no tratarse de prestaciones, ni por el art. 3.5 ET, por haber perdido ya los titulares de dichos derechos consolidados la condición de trabajadores de la entidad, por lo que no se trata de un derecho concerniente a la relación laboral, sin que tampoco se encuentren en el ámbito de aplicación del art. 1814 CC. Siendo ello así, ha de enmarcarse el derecho en el art. 1809 CC, esto es, en el marco de la libertad contractual. Por otra parte, la facultad de movilización de las dotaciones y aportaciones constituidas, como facultad anexa a los derechos consolidados, reconocida por esta Sala en STS 31-1-2001 (Rc 3939/99) no está sometida a los plazos de prescripción previstos en el art. 59.1 ET o 43.1 LGSS.

11.7. Mejoras voluntarias previstas en los convenios colectivos de la empresa Bridgestone. La liquidación de las mejoras mediante abono de una cantidad a tanto alzado es lícita en virtud del principio de modernidad de los convenios colectivos

La STS 30-3-2006 (Rc 902/05) ha establecido, siguiendo la doctrina contenida en las SSTS 16-7-2003 y 18-7-2003 (Rc 862/02 y 3064/03), dictadas en Sala General, que un convenio colectivo puede dejar sin

efecto, alterar o modificar las mejoras de las prestaciones acordadas en el anterior. En el presente caso, se considera conforme a derecho, en virtud del **principio de modernidad del convenio colectivo** al que se aludía, que se liquiden ciertas mejoras existentes mediante el abono de una determinada cantidad a tanto alzado, con el correspondiente consentimiento de los afectados.

12. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

12.1. La falta de presentación de la declaración sobre la persona que gestiona el establecimiento no afecta a una prestación ya percibida y extinguida de incapacidad temporal

La STS 2-12-2005 (Rc 4009/04) ha entendido que, estando vigente el RD 2319/93, y habiendo concluido la situación de incapacidad temporal, no puede afectar a la prestación ya percibida la **falta de presentación de la declaración** sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad. En efecto, dicha declaración tiene como finalidad que la Administración pueda controlar efectivamente la veracidad de lo allí contenido, pudiendo requerir al trabajador para que presente dicha declaración si no se acompaña esta a los partes de baja, pero si dicha declaración no se ha presentado una vez que se ha producido el alta, ello no puede afectar ya a posteriori a la percepción de la prestación reconocida. La citada sentencia hace referencia a la anterior STS 15-2-2005 (Rc 1643/04), pero en aquel caso, la peculiaridad era que la declaración fue aportada con anterioridad al alta, por lo que la Administración pudo proceder a controlar la veracidad de la declaración, procediendo, así, de no ser aquella conforme a la realidad, a establecer la pérdida del derecho a la incapacidad temporal.

12.2. Reconocimiento de accidente de trabajo antes de la entrada en vigor de la Ley 53/02: lo que procede es el reconocimiento de que la contingencia originaria es el accidente

En la STS 26-1-2006 (Rc 4110/04) se debate si procede estimar un recurso que plantea que la contingencia causante es el **accidente de trabajo** respecto de una prestación causada antes de la entrada en vigor de la

Ley 53/02, que extendió a los trabajadores autónomos la protección por dicha contingencia. La sentencia de la Sala entiende que la determinación de la contingencia causante no es un debate irrelevante aun antes de la entrada en vigor de la citada Ley, puesto que de la contingencia causante pueden derivarse consecuencias en otros ámbitos (como la protección social o individual, o incluso en el ámbito contractual) que hace que la sentencia haya de pronunciarse sobre este extremo, cuando esta cuestión se solicitó mediante demanda. Ahora bien, la sentencia llega a la conclusión de que la contingencia determinante era el accidente, sin especificar de qué tipo, ya que la distinción entre accidente de trabajo y accidente común no existía en aquel momento en este Régimen Especial, siendo irrelevante, por tanto, que se tratase de uno u otro, pese a que de los hechos probados se desprenda con claridad que se trató de un accidente derivado del trabajo.

12.3. Totalización de períodos cotizados en el RETA y en el Régimen General a efectos de causar una pensión de jubilación: ha de causarse en el Régimen Especial

La **STS 30-3-2006 (Rc 1120/05)**, siguiendo la doctrina contenida en la STS 4-3-1993 (Rc 1222/1992) ha entendido que, cuando se produce una situación en la que el beneficiario de la **pensión de jubilación** puede causar la misma en **dos Regímenes distintos**, el General y uno Especial, ha de causar la prestación en el Régimen Especial, al margen de su derecho a la totalización de las cotizaciones correspondientes a períodos no simultáneos, y con independencia de que en el Régimen General tenga acreditadas más cotizaciones que en el Especial de aplicación.

13. Otras cuestiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social

13.1. No procede el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar de quienes realizan labores administrativas en los puertos para empresas de estiba y desestiba

La **STS 27-7-2005 (Rc 2940/04)** reitera la doctrina de la también reciente STS 4-5-2005 (Rc 1546/04), entendiendo que los trabajadores que realizan **actividad administrativa en los puertos para empresas de estiba y desestiba** no se encuentran incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

13.2. La normativa contenida en la LGSS es aplicable a las prestaciones a cargo de Previsión Sanitaria Nacional

La **STS 16-6-2005 (Rc 3862/04)**, ha reiterado la doctrina ya contenida en las SSTS 29-4-2004 [Rc 4906/02 (Sala General)] y de 4-5-2004 (Rc 1404/03) y 4-10-2004 (Rc 3726/03), entendiendo que **a las prestaciones a cargo de Previsión Sanitaria Nacional**, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, S.A., derivadas del Régimen de Previsión de los Médicos de Asistencia-Farmacéutica y Entidades Aseguradoras de Accidentes de Trabajo, se les debe aplicar las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social hasta su extinción por la DA. 18.º Ley 55/99, entre ellas la **caducidad del derecho** a percibir el pago de prestaciones periódicas con arreglo al art. 44.2 LGSS. En un sentido similar, y aplicando al caso la caducidad de un año, véase la **STS 13-10-2005 (Rc 2878/04)**. Por su parte, la **STS 21-7-2005 (Rc 1540/04)** ha analizado no sólo la naturaleza de la Previsión Sanitaria Nacional, reafirmando su carácter de entidad gestora sustitutoria de las de Seguridad Social, en congruencia con lo interpretado en las SSTS dictadas en Sala General, de 29-4-2004 (Rc 4906/02 y 2/03), sino que también ha abordado el alcance de la Disposición Adicional 18.^a de la Ley 55/99, entendiendo que la misma, al prever la extinción del citado organismo, *«ni ha previsto ni tiene efecto retroactivo respecto del derecho adquirido a pensión de jubilación»* (fundamento de derecho sexto). Todo ello sin que la falta de desarrollo reglamentario relativo a la modulación o modificación del contenido de los derechos adquiridos antes de la extinción de la entidad pueda afectar al reconocimiento en sí del derecho a la prestación, por lo que la expiración del plazo previsto en la legislación vigente para la regulación reglamentaria hay que entenderlo como una mera demora, que no exime a la Administración de su obligación de regularlo y de reconocer los derechos correspondientes que, a falta de desarrollo reglamentario, deberán otorgarse en los mismos términos que con anterioridad a la extinción del citado organismo.

13.3. Derecho al rescate del 100% del capital por fallecimiento por antiguo mutualista de la Mutualidad de la Previsión

La **STS 22-7-2005 (Rc 2444/04)** analiza un caso específico relacionado con los derechos de un antiguo mutualista de la Mutualidad de la Previsión, declarando que no cabe reconocer del **derecho de rescate del 100% del capital por fallecimiento** previsto en aquel régimen de

previsión cuando no ingresó cotización alguna al Fondo Especial desde el 1-7-1984, a pesar de que se le giró en febrero de 1992 la liquidación de cuotas a ingresar, liquidación que no abonó ni recurrió en vía contencioso-administrativa. Dado que no regularizó su situación en los términos previstos en el art. 5.2 RD 126/1988, no puede pretender que más de diez años después de consentida esa resolución se revise y además tenga incidencia en este proceso, por haber iniciado en vía administrativa la petición de «revisión» del acto liquidador formulada el 22-4-2.002, el mismo día que se presentó la demanda ante la jurisdicción social.

13.4. Reintegro de prestaciones. Plazo de prescripción en supuestos en que se ha revisado la prestación por un vicio que implica nulidad o anulabilidad

La **STS 16-3-2006 (Rc 5420/04)** ha reiterado doctrina de la Sala contenida en SSTS 21-4-2000 (Rc 3950/98); 4-5-2000, 10-5-2000 y 18-5-2000 (Rc 2322/98, 70/99 y 3880/98); 5-6-2000 y 17-6-2000 (Rc 3638/98 y 2439/98) y 26-9-2000 (recurso 4537/99) y 26 de noviembre de 2004 (recurso 5827/03), en el sentido de que el **plazo de prescripción de cinco años** previsto en la LPL con carácter general, es de aplicación en aquellos supuestos en que la revisión de la prestación se ha debido a un vicio del cual es predicable su anulabilidad y el acto que se pretende revisar por la propia Administración se dictó antes de la entrada en vigor de la Ley 30/92.

13.5. Compensación en el pago de la prestación por parte de la entidad gestora de lo adeudado por el beneficiario a la Seguridad Social: el límite no lo constituye el Salario Mínimo interprofesional, sino el cuantía correspondiente a la pensión del sistema no contributivo

Planteada la cuestión relativa a si la entidad gestora puede compensar el abono de una prestación con lo adeudado por el beneficiario a la Seguridad Social, la Sala, en **STS 11-5-2006 (Rc 1236/05)** ha llegado a la conclusión de que esta es posible y que no ha de aplicarse el límite del salario mínimo interprofesional, tal y como han señalado multitud de sentencias de esta Sala (por todas, SSTS 14/10/98 (Rc 4862/97), 26/10/98 (Rc 3019/98), 23/10/98 (Rc 4165/96), 17/11/98 (Rc 3578/97); 09/03/99 (Rc 1012/97); 30/09/00 (Rc 3441/99), 17/01/02 (Rc 1534/01) y 03/02/05 (Rc 314/02). Pero lo que sí es cierto es que dicha compensación se encuentra limitada por la cuantía prevista para las pensiones del

sistema no contributivo, tal y como la Sala también ha tenido ocasión de entender en SSTS 30/09/00 (Rc 3441/99), 10/10/01 (Rc 675/01) y 02/02/05 (Rc 314/02).

13.6. Compatibilidad de pensiones causadas en distintos Regímenes de la Seguridad Social cuando una de las pensiones no requiere período de carencia, por provenir de contingencia profesional

La STS 10-5-2006 (Rc 4521/04) analiza un caso en el que un **pensionista de clases pasivas** solicita con posterioridad declaración de **incapacidad permanente por enfermedad profesional**, que le es concedida en grado de absoluta. Se plantea la compatibilidad entre ambas pensiones. La Sala de lo Social interpreta que, dado que para causar la pensión de incapacidad permanente reconocida no se ha tomado en consideración período alguno de cotización, no puede sostenerse que se ha producido una doble utilización de cotizaciones para causar ambas pensiones, por lo que ha de declararse la compatibilidad de ambas.

14. Personal al servicio de la Seguridad Social

La Sala, siguiendo la doctrina contenida en el Auto de la Sala de Conflictos 8/2005, de 20 de junio, dictado en el conflicto de competencia número 48/2004 y en sus propias SSTS 16-12-2005 (Rc 39/04 y Rc 199/04) y 21-12-2005 (Rc 4758/04) ha entendido que, tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, ya no es competente para conocer sobre las materias litigiosas relativas al personal estatutario regulado en la citada norma. Pero aun teniendo en cuenta esta doctrina, no debe extrañar que la Sala todavía haya tenido que resolver multitud de recursos de casación para unificación de doctrina en procesos iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 55/2003. Es por ello que aún ha de hacerse mención a un cuerpo jurisprudencial en materia de personal estatutario, que pasa a mencionarse a continuación.

14.1. Personal estatutario. Reconocimiento de servicios previos en situación de interinidad. Sus efectos no pueden retrotraerse a una fecha anterior a aquella en la que se obtuvo la plaza en propiedad

En una línea que ya dio lugar en el año judicial a multitud de sentencias (entre ellas, SSTS 26-1-2005, 31-1-2005, 2-2-2005, 21-4-2005,

18-5-2005 y 19-5-2005 (Rcs 1097/04, 1311/04, 1425/04, 2851/04, 1302/04 y 1228/04), la Sala vuelve a abordar la cuestión del reconocimiento de los servicios previos para el pago de trienios al personal del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En concreto, el problema que se plantea es que aquel personal que accede a la plaza en propiedad, pretende que se le reconozca la antigüedad desde un año antes a la solicitud, con independencia de que para ello haya de abonarse cantidades que correspondan a períodos durante los cuales el reclamante no tenía aún la condición de personal estatutario de carrera. La Sala, reiterando jurisprudencia, entiende que la **retroactividad de un año** está pensada para reconocer el derecho a aquellas diferencias retributivas que se produzcan como consecuencia del nuevo tiempo de servicio computable, pero de ello no puede desprenderse que, quien accede por primera vez a una plaza en propiedad, pueda pretender que el reconocimiento de la antigüedad se retrotraiga a un año antes del citado nombramiento. A este respecto, véanse por todas SSTS 7-2-2006 (Rc 1640/05), 6-3-2006 (Rc 5207/04), 21-3-2006 (Rc 1340/05) y 28-3-2006 (Rc 1319/05).

14.2. No existe discriminación de los facultativos con nombramiento eventual para la realización de atención continuada respecto a retribución y vacaciones en relación con el personal de plantilla

La STS 14-2-2006 (Rc 4016/04) reitera la doctrina contenida ya en las SSTS 7-10-2002 (Rc 1233/01), 22-3-05 (Rc 1999/04) y 20-4-05 (Rc 2263/04), en el sentido de que los **facultativos con nombramiento eventual para la realización en exclusiva de atención continuada**, no pueden asimilarse a efectos de retribución y disfrute de vacaciones con los facultativos de plantilla.

14.3. SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. Cómputo de los días de libre disposición a los efectos de la jornada máxima anual

La Sala, en una línea doctrinal que parte de la STS 18-4-2005 (Rc 3933/04), ha procedido a interpretar en las SSTS 8-11-2005 (Rc 4618/04), 24-11-2005 (Rc 3715/04), 2-12-2005 (Rc 4844/04), 5-12-2005 (Rc 4755/04), 20-12-2005 (Rc 5432/04), 18-1-2006 (Rc 4112/04, Rc 4719/04 y Rc 5362/04), 6-2-2006 (Rc 3123/04), 9-2-2006 (Rc 4761/04) y 20-2-2006 (Rc 4721/04), el alcance que ha de darse a la STS 18-11-2002

(Rc 56/02), dictada en procedimiento de conflicto colectivo, que había considerado que computar como tiempo de trabajo efectivo los seis días de libre disposición al personal diurno y no al nocturno y al rotatorio era una práctica discriminatoria, por lo que declaró el derecho a que en dichos turnos fueran computables los mencionados días como de trabajo efectivo, y, por tanto, incluidos en la jornada máxima anual correspondiente a cada turno. Entiende la Sala que la sentencia dictada en conflicto colectivo conlleva con efectos desde 1-1-2001 una **reducción automática** de las jornadas reglamentarias del personal dependiente del SAS adscrito a los turnos rotatorio y nocturno, correspondientes a los 6 días de libre disposición, y todo ello con independencia de que el personal pudiera o no verse retraído de solicitar el permiso, lo cual es irrelevante para la resolución del caso, dado que el derecho a la reducción de jornada es independiente de que se haya solicitado o disfrutado.

14.4. Otras cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo

La **STS 2-12-2005 (Rc 3692/04)** establece que no puede acogerse la pretensión de los actores consistente en que se reconozca el derecho a una indemnización por daños y perjuicios por no haber realizado la jornada de 40 horas a que se refiere el acuerdo de 22-9-1992, porque dicho acuerdo lo que hizo fue establecer la jornada máxima legal del personal estatutario correspondiente a los diversos turnos de trabajo, pero en ningún caso se desprende de dicho acuerdo la voluntad de que todo el personal —incluido aquel que presta sus servicios en jornada reducida— deba prestar trabajo en función de la jornada máxima allí pactada.

Por su parte, la **STS 19-1-2006 (Rc 6429/03)**, siguiendo la doctrina contenida, entre otras, en STS 10-7-1995 (Rc 2693/94), que estableció que el **complemento de atención continuada** constituía una forma de retribución específica del exceso de jornada realizado fuera del horario de trabajo fijado, ha determinado que las horas de exceso de jornada dedicadas a la atención continuada en guardias de presencia física se retribuyen mediante el complemento de atención continuada, y no como horas extraordinarias.

La **STS 13-2-2006 (Rc 4687/04)** ha determinado que el **complemento de turnicidad** a que se refiere el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 27 de diciembre de 1999 únicamente se devenga por quienes están sujetos a **turno rotatorio** (mañana, tarde y

noche), puesto que así se desprende del citado acuerdo, sin que dicho complemento pueda extenderse al personal de urgencias, que tiene fijado un horario específico de trabajo mediante un acuerdo específico suscrito entre el SAS y las centrales sindicales. Dicha doctrina ha sido reiterada por la **STS 8-3-2006 (Rc 5030/04)**.

Por lo que se refiere a cuestiones de equiparación retributiva entre diversos colectivos al servicio del SESPA, la Sala ha dictado la **STS 23-1-2006 (Rc 5228/04)**, en la que se considera que la mejora salarial pactada entre el SESPA y los sindicatos representados en la mesa de negociación del sector de fecha 5 de julio de 2002 ha de ser de aplicación indiferenciada al personal del grupo-A sanitario. En efecto, es cierto que las diferentes funciones realizadas por el **personal de refuerzo de atención primaria para la atención continuada**, a juicio de esta Sala, pueden implicar diferencias retributivas con el resto del personal, incluso cuando se prevean retribuciones inferiores [SSTS 8-7-1997 (Rc 4544/96), 27-11-1996 (Rc1656/96), 4-2-2002 (Rc 1302/01), 7-10-2002 (Rc 1233/01) y 5-6-2003 (Rc 4617/02), entre otras]. Ahora bien, cuando dicha mejora salarial se debe a un pacto colectivo que no distingue entre el diverso personal, dicha diferenciación no puede inferirse del tenor literal del pacto, y siendo su jornada real no inferior a la común, ha de reconocérsele al citado personal de refuerzo la mejora salarial aludida.

La **STS 14-6-2005 (Rc 3753/04)** ha recordado que entra dentro del ámbito de las facultades organizativas de la Dirección-Gerencia del Hospital, la modificación del horario de trabajo y, por ende, como en el caso analizado en autos, la instauración de un régimen de trabajo a turnos.

14.5. Incapacidad temporal y derecho al disfrute de las vacaciones

La **STS 21-3-2006 (Rc 681/05)** ha venido a aplicar, en el ámbito del personal estatutario, la doctrina contenida en la **STS 10-11-2005 (Rc 4291/04)**, que analizó el caso de una trabajadora que sufrió incapacidad temporal por contingencias comunes seguida de período de maternidad, siendo el período de incapacidad temporal inmediatamente anterior al período de vacaciones. La Sala entiende que tanto en el ámbito laboral como en el ámbito del personal estatutario, hay que entender que la incapacidad temporal no puede afectar al disfrute de las vacaciones, siempre que dicha incapacidad temporal no se haya generado precisamente durante el disfrute de las mismas. La Sala extiende esta doctrina propia

del ámbito laboral al ámbito del personal estatutario, entendiendo que no existe precepto específico aplicable en el mismo y que las propias directrices del SAS en la materia indicaban la aplicación de este criterio al caso concreto, teniendo en cuenta, además, como telón de fondo, lo dispuesto en el art. 6.1 del Convenio núm. 132 de la OIT.

14.6. Cuotas colegiales

La Sala ha venido abordando multitud de asuntos sobre cuotas colegiales. Así, en un primer grupo de sentencias, entre las que cabe señalar las SSTS 17-1-2006 (Rc 1555/04), 18-1-2006 (Rc 1582/04) y 3-2-2006 (Rc 1553/04) se aborda el análisis de quién ha de responder del resarcimiento de las cuotas colegiales correspondientes al período anterior a la efectiva transferencia del personal desde la Administración estatal a la autonómica. La Sala recuerda su doctrina contenida en las SSTS 12-12-2004 (Rc 6563/03), 10-5-2005 (Rc 1639/04 y Rc 3079/04), 29-6-2005 (Rc 3009/04) y 10-10-2005 (Rc 1548/04), según la cual, la **Administración estatal es responsable de la liquidación de las obligaciones exigibles hasta el 31-12-2001**, dado que el abono de las cuotas ha de considerarse un suplido, y es responsabilidad de la Administración central el abono de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones que correspondieran al personal transferido por causa de su situación anterior al traslado. También se reclamaban cuotas posteriores a la citada transferencia, pero sobre esta cuestión la Sala no se pronuncia en las sentencias citadas, entendiendo que se trata de cuestión nueva, al no haber sido debatida en suplicación.

Respecto a períodos posteriores a la transferencia de servicios a las Comunidades Autónomas, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversas reclamaciones de cuotas colegiales contra el Servicio Cántabro de Salud. A este respecto, las SSTS 27-1-2006 (Rc 2649/04 y Rc 2650/04) y 30-1-2006 (Rc 2450/04), siguiendo la doctrina general sentada en la STS 28-4-2004 (Rc 2665/03), establece que **el Servicio Cántabro de Salud no ha de abonar dichas cuotas cuando no existe norma autonómica que haya establecido, de forma expresa, el pago de las cuotas colegiales y, además, no se abonan dichas cuotas a ningún funcionario dependiente de la expresada Administración autonómica desde la asunción de las competencias por parte de la citada Administración.**

14.7. *Fórmula de devengo de los trienios del personal de cupo y zona que tiene adscritos además beneficiarios pertenecientes a dos empresas colaboradoras*

La **STS 28-2-2006 (Rc 2824/04)** ha establecido, siguiendo la doctrina contenida en la STS 15-12-1004 (Rc 4945/03) que, para el cálculo del importe del premio de antigüedad de la demandante no pueden computarse aquellos haberes básicos de la misma que cobra por razón de la asistencia que presta a los asegurados pertenecientes a dos empresas colaboradoras. En efecto, *«ha de entenderse que la mención de los haberes básicos se hace respecto de los devengados por la asistencia a los asegurados correspondientes al cupo y zona, sin inclusión, por tanto, de la asistencia a los adscritos en virtud de autorización concedida a empresas colaboradoras, pues tal adscripción tiene carácter circunstancial y no es inherente a la plaza ocupada y servida en propiedad»*.

III. PROCESO SOCIAL

1. Competencia jurisdiccional

1.1. *Personal contratado por la Administración al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*

Sobre la distinción entre lo que es un contrato laboral y un contrato administrativo, a efectos de determinar el orden jurisdiccional competente para el conocimiento del litigio, la **STS 19-5-05, (Rc 2464/04)**, aplica la doctrina de la Sala sentada a partir de su **STS Sala General 2-2-1998 (Rc 575/97)**, y reiterada por sentencias posteriores, entre ellas, **STS 21-12-2005 (Rc 5212/04)** según la cual la **procedencia de la contratación administrativa** queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a la realización de «un trabajo específico, concreto y no habitual», lo que exige que lo contratado sea un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma. Doctrina que no sólo debe mantenerse, sino que queda reforzada tras la LCAP 2/2000, de 16 de junio, por cuanto esta norma mantiene la supresión que llevara a cabo la L 53/1999, de la posibilidad de contratación administrativa para la «realización de trabajos específicos y concretos no habituales» que prevenía la antigua LCAP de 1985.

Finalmente, **las SSTs 6-2-2006 (Rc 646/05) y 23-3-206 (Rc 821/05)**, que se remiten a la precedente que se acaba de comentar, sobre la competencia del orden social para conocer de cuestiones relacionadas con el personal contratado por la Administración, a efectos de determinar el carácter administrativo o laboral de la relación. En estos casos, se trataba de profesores contratados por el Ministerio de Asuntos Exteriores, en un caso, y, en el otro, por el Ministerio de Defensa para dar clases de su especialidad por un tiempo indeterminado, lo que constituye el objeto propio de una contratación laboral, pues lo que de ellos se pedía no era un resultado, sino el desarrollo de una actividad.

1.2. Procesos de selección de personal laboral en las Administraciones Públicas

En relación a los procesos de selección de personal laboral en las Administraciones Públicas, tras algunas discrepancias en la evolución jurisprudencial, han acabado excluyéndose del orden social. Así, en este período debe destacarse la **STS 5-10-2005 (Rc 3288/04)**, que reitera la doctrina de la Sala establecida, entre otras, en su STS 5-07-2001 (Rc 3288/04), señalando que la competencia para conocer de **la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas en materia de selección de personal** corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo, y no la Social, aún en los supuestos en que se trate de contratación laboral, debido a que la Administración no actúa en ésta materia como empresario, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal, y dicha actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público.

1.3. Competencia jurisdiccional y becarios

En la **STS 22-11-2005 (Rc 4752/04)** se declara la competencia de la Jurisdiccional social para conocer de la reclamación salarial de un becario de Universidad cuyo vínculo encubre una relación laboral. Para ello y una vez afirmada la esencia de **la beca de formación** y los elementos que delimitan una relación laboral común, concluye que en el caso analizado concurren varios datos esenciales para la calificación de la relación entre las partes. Así, destaca que es trascendente el que la labor encomendada al demandante careciera de todo efecto formativo e integrara el contenido

propio de una categoría profesional prevista en el convenio colectivo de aplicación, que le atribuye una retribución notoriamente superior al importe de la llamada «beca».

1.4. Tutela de la libertad sindical del personal al servicio de la Administración

La Sala Cuarta ha tenido que afrontar de nuevo en este período el delicado interrogante que surge a propósito de la delimitación competencial en relación con las demandas de tutela de **la libertad sindical** relativas al personal al servicio de la Administración Pública. Y lo ha hecho en la **STS 31-1-2006 (Rc 202/04)**, en la que, reiterando doctrina anterior, señala nuevamente que corresponden al orden contencioso-administrativo y no al social las controversias, que, aunque puedan afectar a derechos relacionados con la libertad sindical, se refieren a eventuales lesiones de esa libertad que se concretan en actos que se producen **en el marco del procedimiento de negociación colectiva de la función pública**. En este caso, se trataba de determinar si la organización sindical demandante tenía derecho a participar en las comisiones de seguimiento de unos acuerdos de la función pública negociados ante la correspondiente mesa sectorial, y ello aunque dicha organización ya no formaba parte de ésta por no alcanzar el nivel de representatividad requerido.

1.5. Impugnación de resoluciones administrativas de regulación de empleo

La **STS 23-1-2006 (Rc 1453/04)**, dictada en Sala General, declara la falta de competencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación de las resoluciones administrativas de regulación de empleo, pues en tanto no sean establecidas las modalidades y especialidades procesales a que se refiere la LPL art. 3.3, la competencia sigue siendo de los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo. El demandante reclamaba que la extinción de su contrato fuera indemnizada en la misma cuantía que la aplicada al resto de los trabajadores afectados por el ERE que no estuvieran próximos a la jubilación, pretensión que, para la mayoría de la Sala, supone **la impugnación de la resolución administrativa que fijó la indemnización correspondiente**, siendo por ello competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La sentencia reconoce la existencia de pronunciamientos anteriores que

cita, en los que la Sala ha declarado la competencia del orden social, pero sólo cuando lo discutido no hubiera sido abordado en el expediente administrativo, lo que a su juicio no sucede en este caso. Sin embargo, el voto particular que acompaña a la sentencia defiende la tesis contraria, porque tiene en cuenta que la citada resolución incorporaba el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (ET art. 51.4), que establecía esa diferencia de trato en función del salario y de la edad de los afectados, lo que determina que no sea entonces el acto administrativo el objeto de la impugnación, sino las condiciones acordadas para la regulación de empleo, ya que en estos casos la resolución administrativa se limita a autorizar la extinción de los contratos en los términos contemplados en el acuerdo colectivo.

En el mismo sentido, la **STS 23-1-2006 (Rc 195/03)**, también dictada en Sala General, resolviendo un recurso de casación ordinaria, en procedimiento de conflicto colectivo iniciado por demanda de la empresa en solicitud de que se declare que la medida de prejubilación acordada con los representantes de los trabajadores en el Plan Social autorizado en el ERE, no es contraria al principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación de la CE art. 14, acompañada igualmente de voto particular del mismo significado.

1.6. Personal estatutario y competencia jurisdiccional

Probablemente la decisión de la Sala IV con mayor trascendencia práctica en este período es la contenida en la **STS 16-12-2005 (Rc 39/02)**. En la misma se sostiene que, a partir de la entrada en vigor del Estatuto Marco del personal sanitario de los servicios de salud, aprobado por la Ley 55/2003, **corresponde a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo** la competencia para conocer de todos los litigios de este personal con su empleadora. Dicha decisión afecta a la totalidad del personal sanitario, ya preste sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del estado (art. 2 de la Ley 55/2003). La decisión de la Sala es consecuencia directa del Auto de la Sala de Conflictos 8/2005, de 20 de junio, dictado en el conflicto de competencia número 48/2004. En el mismo ya se había precisado que la entrada en vigor del nuevo Estatuto Marco no había incluido una referencia expresa a que los conflictos entre la Administración y dicho personal habían de ventilarse en el orden con-

tencioso-administrativo. Ahora bien, tras su entrada en vigor, debía considerarse que la disposición derogatoria de la citada Ley procedía a derogar, aún sin señalarse expresamente, el art. 45.2 de la Ley de Seguridad Social de 1974, que era el precepto que atribuía la competencia al orden jurisdiccional social. Las razones que permitieron apreciar dicha derogación fueron esencialmente dos: 1) la nítida concepción por prae del Estatuto Marco del personal sanitario como personal funcional, sometido por tanto al ámbito del Derecho Administrativo; y 2) el hecho de que dicho personal haya pasado, como consecuencia de la evolución constitucional y legislativa producida, de personal de las entidades gestoras de la Seguridad Social a personal al servicio de la Administración sanitaria.

Este criterio ha sido ratificado por resoluciones posteriores, entre ellas, las **SSTS 16-12-2005 (Rc 199/04)** y **21-12-2005 (Rc 164/05)**, ambas dictadas en Sala General y que reproducen sustancialmente las argumentaciones vertidas por la decisión judicial precedente. En la primera de ellas, en concreto, se declaró la incompetencia del orden social de la jurisdicción, para conocer de la demanda interpuesta por un sindicato médico sobre tutela de derechos de libertad sindical y el derecho fundamental de huelga. En la misma línea la **STS 14-02-2006 (Rc 5359/04)**, seguida por otras.

1.7. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados del accidente

En relación con cuestiones de índole principalmente procesal, pero anudadas con el Derecho de la Seguridad Social, la **STS 22-06-2005 (Rc 786/04)**, dictada en Sala General, ha considerado que el **orden jurisdiccional social es competente** para conocer de una reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo con base en el art. 127.3 LGSS, incluso frente a los promotores y técnicos de la obra, siempre y cuando lo que se reproche a estos sea un ilícito laboral por la causa ya dicha.

1.8. Reintegro al trabajador de la indemnización por daños y perjuicios que satisfizo como responsable de un ilícito penal

En la **STS 26-1-2006 (Rc 4827/04)**, dictada por el Pleno de la Sala, se reconoce la competencia de la jurisdicción social para resolver la cuestión planteada por el trabajador —que fue declarado responsable civil directo por sentencia penal firme, como consecuencia del ilícito penal—,

contra su empresario —declarado por la misma resolución responsable civil subsidiario en virtud del contrato de trabajo que le unía al trabajador infractor (CP art. 120.4.º)—, en reclamación del reintegro de la indemnización por daños y perjuicios abonada por el primero en cumplimiento del fallo de la referida sentencia, alegando como causa de pedir la existencia de un pacto convenido con el empleador, pues no es la sentencia penal —que ya se ejecutó—, sino el contrato de trabajo y, concretamente, el pacto alegado por el trabajador, y las normas que lo regulan, el título constitutivo de su pretensión, la cuál pertenece a «la rama social del derecho», de acuerdo con LOPJ art. 9.5, y LPL arts. 1 y 2.1.a).

1.9. Competencia territorial y facultades judiciales

A propósito de una demanda formulada por el Sindicato Federal de Correos y Telégrafos de la Confederación de Trabajadores CGT, actuando en nombre e interés de 154 afiliados a dicho sindicato, reclamando cantidades frente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, en concepto de trienios y plus de convenio, esta Sala de lo Social en su **STS 10-05-2006 (Rc 1015/06)**, aborda de nuevo las dudas surgidas en la interpretación del art. 5.1 LPL a la luz de la Base Segunda, 1 de la Ley 7/1989, de Bases de Procedimiento Laboral, en torno al carácter imperativo y de orden público de las reglas ordenadoras de la competencia territorial de los órganos de la jurisdicción social, contenidas en los arts. 10 y 11 LPL, negando **que los Jueces de lo Social puedan controlar de oficio la competencia judicial**. Por lo demás, la sentencia se remite a pronunciamientos anteriores y reitera que si **bien la sumisión expresa no puede ser aceptada en el ámbito de las relaciones laborales**, pues la misma no se ajusta ni compagina con la estructura, naturaleza y fines del contrato de trabajo, nada impide sin embargo admitir la sumisión tácita en el proceso laboral, toda vez que no sólo no aumenta ni potencia la situación de prevalencia del empresario sobre el trabajador, sino que puede ser un buen medio para reducirla o paliarla.

1.10. El orden social es competente para conocer de las impugnaciones de los actos administrativos de la Seguridad Social que se fundan en infracciones de normas de procedimiento

En la **STS 16-05-2006 (Rc 5001/04)**, la Sala IV reitera doctrina anterior y afirma que la atribución de conocimiento al orden social de la

materia de Seguridad Social —art. 2.b LPL—alcanza a todas las pretensiones que se formulen en relación con los actos administrativos de Seguridad Social, que afecten a la acción protectora, y en esta materia la jurisdicción se extiende al **control judicial pleno del acto administrativo**, tanto en lo que se refiere al contenido material de éste, como a sus aspectos formales y, concretamente, los relativos al procedimiento, no siendo, por lo tanto, aplicable el criterio de los denominados «actos separables» ex art. 2.b) de la LJCA.

2. Proceso ordinario

2.1. Fondo de Garantía Salarial: tiene todas las facultades que corresponden a una parte procesal

En relación con la intervención del **Fogasa** en los procesos de la LPL —art. 23.2—, la **STS 14-10-2005 (Rc 2504/04)**, examina un caso en que se planteó demanda del trabajador contra la empresa, y el FGS alegó la **prescripción**, sin que luego la sentencia se pronunciara sobre la excepción que dicha entidad había opuesto. La sentencia reitera la doctrina de la Sala sobre la posición del FGS, concretando los posibles pronunciamientos: 1) si la empresa es absuelta (por inexistencia o prescripción de la deuda), no cabe hacer pronunciamiento alguno respecto del FGS, puesto que la responsabilidad subsidiaria de éste deriva de la responsabilidad directa de aquélla; 2) si la oposición de la empresa y del FGS no prosperan, deberá condenarse explícitamente a este último, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por la condena que se imponga a la empresa; 3) si es el FGS el único que alega la excepción del CC art. 1973, y ésta es acogida, habrá de emitirse un pronunciamiento declarativo en el que conste que para dicha institución de garantía la deuda esta prescrita; y ello aunque se condene a la empresa, bien porque opte por no alegar o renunciar a la prescripción, bien porque no esté presente en el juicio; 4) procederá análogo pronunciamiento declarativo a favor del FGS, cuando éste alegue la prescripción por alguna de las causas del CC art. 1975, y sea estimada, lo que no será óbice para la condena de la empresa, cuando así proceda; 5) finalmente, en ningún caso deberá emitirse pronunciamiento alguno respecto a la relación del FGS con los trabajadores, aún no nacida y ajena al pleito, que deberá debatirse en el ulterior proceso que entre ellos pueda suscitarse.

2.2. *Legitimación activa de la Mutua*

La **STS 15-11-2005 (Rc 4772/04)**, se pronuncia sobre un supuesto en el que se impugnaba una resolución del INSS sobre la calificación de la contingencia, pero que derivó en un pronunciamiento sobre la curación de las lesiones. La Sala de suplicación apreció la falta de **legitimación de la Mutua** en relación con este punto, pero el TS declara que la Mutua, en cuanto responsable de la cobertura de la contingencia, se encuentra legitimada tanto para que quede sin efecto la resolución administrativa que declara derivado de accidente de trabajo el proceso de incapacidad temporal conocido en el expediente, como para mantener, en defensa de sus intereses, la inexistencia de las lesiones.

2.3. *Demanda*

Es destacable la doctrina sentada en la **STS de 18-07-05 (R. 1393/2004)** que resuelve un complejo supuesto de **modificación sustancial de la demanda vinculado con la imputación de responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la SS**, alegación ésta efectuada por parte del INSS al tiempo de contestar a la demanda con base en la falta de los reconocimientos médicos previstos en el art. 197 de la Ley General de la Seguridad Social, dato fáctico éste que no se había alertado en ningún momento anterior .

Por otro lado la **STS 4-4-2006 (Rc 333/05)**, considera debidamente acumuladas la acción de reclamación salarial y la de reclamación del complemento del subsidio por it, formuladas ambas contra el empresario, por tratarse este último complemento de una **mejora voluntaria** de las prestaciones de la Seguridad Social establecida en Convenio Colectivo **a cargo exclusivo de la empresa**.

2.4. *Conciliación y juicio*

La **STS 25-4-2006 (Rc 1555/05)**, se refiere a la **suspensión del juicio por enfermedad del Letrado**, para declarar, en el caso que examina, que no concurrían los requisitos necesarios, toda vez que el Abogado no se personó el día señalado para el juicio verbal porque acudió a la consulta de un médico dentista presentando un fuerte dolor de muelas, y

que precisó la extracción de una pieza dentaria, sin que pusiera en conocimiento del Juez esta circunstancia ni antes ni después del acto del juicio, ni diera noticia de ella hasta la presentación del escrito de interposición del recurso de suplicación, lo que demuestra una **total falta de diligencia** por parte de la litigante, que no justifica, en modo alguno, la decisión de nulidad que la Sala «a quo» adoptó.

2.5. Prueba

A la práctica de la **prueba pericial de un Médico Forense** de LPL art. 93.2, se refiere la **STS 20-9-2005 (Rc 2565/04)**, indicando que la facultad del órgano judicial que establece dicho precepto no es discrecional, sino que su rechazo deberá estar fundamentado en razones que la parte pueda rebatir mediante los recursos, ya que el derecho a la prueba es una de las garantías que reconoce la CE art. 24.2, y establece igualmente la LPL art. 90, lo que lleva a la citada sentencia a declarar la nulidad de actuaciones en el caso examinado, toda vez que la actora solicitó la práctica de la prueba demandada y el Juzgado de lo Social no resolvió nada sobre su admisión o rechazo.

2.6. Prescripción acción de daños y perjuicios.

Es preciso destacar en este punto la **STS de 5-06-2005 (Rc 1838/04)** que establece doctrina unificada respecto de la efectiva interrupción de la prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios por acoso sexual ejercitada en el orden social, **con causa en el ejercicio de acción** penal sin haber reservado la civil derivada de delito .

3. Modalidades procesales

3.1. Proceso de despido

La Sala Cuarta del TS ya se ha pronunciado en varias ocasiones —por todas, **STS 7-7-2005 (Rc 1968/04)**— sobre la excepción de **litispendencia** y la inconveniencia de su alegación en un proceso de despido, cuando aquélla está fundada en la existencia de una **proceso pendiente de cesión ilegal** entre las mismas partes. Las **STS 19-9-2005 (Rc 1966/04)**,

20-9-2005 (Rc 1990/04), y **30-9-2005 (Rc 1992/04)**, aplican la doctrina establecida al respecto y que viene a señalar que para que pueda apreciarse dicha excepción «las acciones ejercitadas han de ser de la misma naturaleza», y si bien es cierto que «la finalidad esencial de la excepción de litispendencia es evitar sentencias contradictorias», sin embargo «esta contradicción ha de ser plena y no meramente circunstancial», de modo que «cuando se ejerciten acciones tan plenamente diferenciadas [-como las del caso de autos-] que es obligado ejercitarlas en procedimientos distintos, no son acciones aptas para causar la litispendencia, pues la satisfacción del derecho que amparan prevalece sobre el riesgo de una eventual contradicción circunstancial que nunca podrá ser plena, dado el perfil propio e individualizado de las acciones objeto de los litigios». Doctrina, la que se acaba de exponer, establecida con arreglo al antiguo CC art. 1255 CC, que no resulta sustancialmente afectada por los cambios normativos habidos tras la entrada en vigor de la LEC.

Por otro lado, son varias las decisiones de la Sala en relación con el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido de ET art. 59.3, y LPL art. 103.1. **La STS 10-5-2005 (Rc 4596/03)**, se ocupa de determinar si procede la reapertura del plazo de caducidad de la acción de despido debido a la resolución administrativa extemporánea. En este caso, el demandante presentó reclamación previa al Ministerio de Justicia y al no recibir contestación expresa, interpuso la demanda de despido de la que desistió por incomparecencia, planteando con posterioridad nueva demanda tras haberle notificado extemporáneamente la resolución administrativa desestimatoria de su pretensión. La sentencia de instancia apreció de oficio la caducidad de la acción, cuya decisión fue confirmada en suplicación por el TSJ de Madrid, siendo desestimado el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra ella, por falta de contenido casacional —entre otros motivos—, al seguir la sentencia recurrida la doctrina sentada por la Sala Cuarta del TS en STS 5-2-2002 (Rc 1954/01), y las que cita, según la cual el instituto de la caducidad sirve al principio de seguridad jurídica garantizado por la CE art. 9.3, de modo que «la suspensión del plazo de caducidad tiene carácter excepcional, pudiendo sólo actuar en los supuestos taxativamente previstos en la Ley, como es la presentación de la preceptiva reclamación previa o solicitud de conciliación extrajudicial».

En relación asimismo con la caducidad de la acción de despido, otro de los pronunciamientos que merece especial atención en este periodo y en relación a la materia que nos ocupa, es el relativo a determinar si

procede o no excluir del cómputo del plazo de caducidad la fiesta local del domicilio del actor, la **STS 4-10-2005 (Rc 3318/04)** da lugar al recurso de su razón, señalando que sólo son inhábiles los días festivos en localidad sede del Juzgado, de acuerdo con el art. 182 LOPJ, y no como pretendía el recurrente, lo de la localidad del domicilio del actor cuando uno y otro sean distintos.

Pero sin lugar a duda la sentencia más relevante es la **STS 23-1-2006 (Rc 1604/05)**, dictada en Sala General, y seguida de **STS 7-4-2006 (Rc 1759/05)**, que reitera su doctrina, y que ha declarado que a partir de la reforma de la LOPJ operada por la LO 19/2003, de 23-12, que modifica el art. 182.1 de la citada ley, **los sábados son inhábiles para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido** del ET art. 59.3 y LPL art. 103.1 LPL, y que, por esa razón, deben quedar excluidos a esos efectos. La sentencia parte de la STS 15-3-2005 (Rc 1565/04) que analizaba la naturaleza singular de la caducidad de la acción de despido (ya que el carácter sustantivo o material propio de la misma admite, sin embargo, la suspensión del plazo durante el intento de conciliación preprocesal, así como la exclusión en su cómputo de los días inhábiles), y de que el nuevo art. 182 LOPJ incluye los sábados en la enumeración de los días que declara inhábiles a efectos procesales, para concluir que tratándose de un plazo previsto para la interposición una demanda ante el Juzgado de lo Social, sería ilógico considerar hábil un día de la semana —el sábado— que ha sido declarado inhábil para presentarla, y además podría resultar contrario a la tutela judicial efectiva, ya que dicha demanda no requiere la firma de Letrado. Por lo demás, la sentencia que ahora se examina fue precedida de la STS 3-1-2006 (Rc 1156/05), en la que se planteó el mismo tema, sin que en ese caso tuviera la Sala ocasión de pronunciarse por no concurrir en ese caso la contradicción alegada.

Por su parte, la **STS 6-10-2005 (Rc 4447/04)**, aborda el tema de si cabe la **suspensión de dicho plazo** de caducidad cuando se formuló un **trámite preprocesal inadecuado**, por haberse intentado la conciliación previa en lugar de plantear la reclamación administrativa previa exigida en el caso examinado, al ser el demandado un órgano del Ayuntamiento de Madrid (LPL art. 69), lo que la sentencia resuelve en sentido positivo, no sólo por aplicación de la doctrina que expresa la TC 12/2003, 28-1, sino también porque se trata de uno de los supuestos excepcionales a que se refiere la STS 28-6-1999 (Rc 2269/98), al concurrir los siguientes elementos: «a) que exista una voluntad impugnatoria de la trabajadora, lo

que ocurre con la presentación de la papeleta de conciliación antes de la demanda; b) que la empleadora tenga conocimiento con anterioridad a la demanda de la papeleta de conciliación y por consiguiente de la pretensión del trabajador; y c) que no se haya indicado al litigante la vía impugnatoria previa oportuna».

Y finalmente, y en lo que al plazo de caducidad atañe, en la **STS de 15-11-2005 (Rc 3717/04)**, la Sala se ha enfrentado a la cuestión de decidir si en los casos de **expulsión de un socio trabajador de una Cooperativa** de trabajo asociado, suspende el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción contra la expulsión **el intento de conciliación ante el SMAC u órgano equivalente**, o si, por el contrario dicho intento **no tiene tales efectos suspensivos** por ser innecesario al venir contemplada en la legislación de cooperativas una reclamación previa ante la Asamblea General que sustituiría a aquella exigencia de la LPL. Para resolver tan singular cuestión, la Sala recuerda la doctrina anterior a la vigente Ley de Cooperativas —Ley 27/1999, de julio— que señalaba la innecesariedad de acudir a la conciliación previa cuando se había agotado el régimen de impugnación propio y específico ante la propia Cooperativa —art. 87.3, en relación con el art. 126 de la Ley de 8 de abril de 1987—. Sin embargo, y con arreglo a la actual regulación, aún cuando no resuelve de manera indubitada la cuestión acerca de si es suficiente la vía previa cooperativa o por el contrario sería necesario acudir a la vía previa preprocesal, es lo cierto que, con arreglo a una interpretación lógica del precepto que disciplina la materia, se desprende a juicio de la Sala que únicamente contempla el agotamiento de la vía cooperativa previa y que sólo durante la duración de esa vía previa cooperativista quedará en suspenso el plazo para el ejercicio de aquellas acciones. Por lo demás, concluye la sentencia que trata de una especialidad frente a las reglas que rigen el despido de los trabajadores por cuenta ajena que puede tener su razón de ser, en el hecho de que, el socio cooperativista no es un trabajador por cuenta ajena sino que su relación con la empresa para la que trabaja es esencialmente de carácter societario, por cuya razón las normas laborales sustantivas y procesales sólo le son de aplicación en la medida y alcance con el que estén expresa y específicamente contempladas en la normativa reguladora del régimen jurídico de la relación cooperativa.

A propósito del alcance de la intervención del **Ministerio Fiscal** en los procesos de despido en los que se alegue discriminación o violación de un derecho fundamental, la **STS 15-11-2005 (Rc 4222/04)**, aplica la

doctrina unificada de la Sala (entre otras, STS, Sala General, 19-4-2005 (Rc 855/04), para concluir que la falta de citación del Ministerio Fiscal en los procesos en que la tutela reclamada se concreta en un interés de parte, como era el caso, no debe determinar la nulidad de actuaciones, salvo que concurran las condiciones de LPL art. 205.c), es decir que: 1.º se haya formulado un motivo de casación alegando este defecto, 2.º) previamente en el momento procesal adecuado se haya formulado la correspondiente denuncia y 3.º) que, como consecuencia de la ausencia del Ministerio Fiscal, haya podido producirse una real indefensión para la parte que alega la infracción.

3.2. Reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido

La STS 18-11-2005 (Rc 4760/04), reitera la doctrina sentada, entre otras, por STS 11-5-2004 (Rc 4590/2003), para concluir que la responsabilidad del Estado por el pago de los salarios de tramitación que establece el ET art. 57, para el caso de que la improcedencia del despido sea declarada transcurridos más de sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda, **incluye el tiempo** posterior a la presentación de la que-rella por falsedad documental invertido en la tramitación **del proceso penal**, conforme a una interpretación gramatical estricta de LPL art. 119.c). A lo que añade la sentencia que dicha obligación que la ley impone en estos casos al Estado de pagar salarios de tramitación no dimana de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que constituye un medio de exonerar a las empresas de esos determinados costes de los procesos por despido. De otro modo no tendría sentido que LPL art. 116.1 extendiera dicha obligación hasta la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido, aunque ésta sea la del recurso que revoque la de instancia que hubiera declarado su procedencia, ya que la revocación de una sentencia no es por sí sola un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que genere derecho a indemnización, como establece la LOPJ art. 292.

3.3. Proceso de clasificación profesional

La TS 3-5-2006 (Rc 1684/05), aplica la doctrina establecida por la Sala para discernir cuándo estamos ante un proceso especial de clasifi-

cación profesional de LPL art. 137, y cuándo ante un proceso ordinario, según la cual, el objeto del citado proceso especial se limita a decidir si el demandante de una categoría profesional superior a la reconocida le corresponde la misma por desempeñar las funciones propias de ésta, para lo cual lo importante es averiguar cuáles son las funciones que efectivamente realiza, y lo secundario encuadrarlas dentro de las previsiones del Convenio.

3.4. Proceso de impugnación de modificaciones sustanciales

A propósito de la modificación de las condiciones de trabajo, son dos las sentencias que procede mencionar en este periodo. Así, en la **STS 16-09-2005 (Rc 2220/04)** el tema que se suscita es si la decisión del Centro de Transfusiones del Imsalud de fecha 6-02-2003, relativa a imponer a los auxiliares de clínica del mismo la prestación de servicios durante domingos y festivos, en turnos sucesivos, regulares y obligatorios, con la correspondiente compensación económica, implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y debió acudirse al procedimiento establecido por el art. 41 ET, con el previo periodo de consultas a que se refiere el número 4 del citado artículo, teniendo en cuenta por otra parte las facultades organizativas previstas en el art. 21.5 del convenio y que el establecimiento individual de las jornadas laborales al personal del centro entra precisamente dentro de esas facultades. El criterio de la sentencia es que **la regulación continuada y regular de la jornada tiene un evidente carácter colectivo, referido tanto al horario como a la jornada, y su modificación debió cumplir las exigencias del art. 41.4 ET**, por no tratarse de una simple reorganización de las jornadas laborales sino de dejar sin efecto las condiciones de trabajo existentes en el Centro.

Por otro lado, **la STS 10-10-2005 (Rc 1470/04)**, viene a aplicar la doctrina reiterada de la Sala establecida entre otras en sus STS 18-9-2000 (Rc 4566/99), 15-3-2005 (Rc 990/04) y las que en ella se citan, para concluir que el proceso especial regulado en la LPL art. 138, tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el ET art. 41, de modo que, cuando la empresa toma la decisión **sin cumplir las exigencias formales** establecidas en dicho precepto, no es ese proceso especial, sino el ordinario (o, en su caso, el de conflicto colectivo) el adecuado para reclamar frente a

la medida empresarial, y sin sometimiento de la acción al plazo de caducidad de los 20 días establecido en ET art. 59.4 y LPL art. 138.1.

3.5. *Proceso de Oficio*

La **STS 14-3-2006 (Rc 133/05)**, reitera la doctrina de la Sala que cita, para confirmar la **legitimación del Abogado del Estado** para actuar como parte en representación de la Administración en los **procedimientos de oficio** iniciados en alguno de los supuestos previstos en **LPL art. 146 c)**, en relación con el art. 149 de la misma Ley, en los que, como paso previo al ejercicio de sus facultades de control de cumplimiento de la legalidad vigente o de sanción a las empresas, se requiere conocer si una determinada relación es laboral o se ha constituido con arreglo a las leyes, lo que conlleva que el Abogado del Estado **deba ser citado a juicio** en dichos procedimientos.

3.6. *Proceso de conflicto colectivo*

Aunque la **STS 18-7-2005 (Rc 2539/04)**, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina de que conoce por no apreciar la contradicción alegada, interesa destacar la declaración que realiza sobre la inadecuación de este procedimiento para decidir sobre la nulidad de determinadas cláusulas contractuales relativas a la jornada y al horario, en aplicación de la doctrina establecida en la STS 12-7-2000 (Rc 2765/99).

Se pronuncia también sobre el ámbito y alcance del procedimiento de conflicto colectivo la **STS 13-10-2005 (Rc 25/05)**, a propósito de una demanda que promovió el Sindicato Español de Oficiales de la Marina Mercante frente a la empresa naviera, con la pretensión de que se reconozca el derecho de los oficiales radios de la empresa demandada, que realizan las funciones de equipo de mantenimiento del buque *jet-foil*, a cobrar el mismo salario por la realización de tales funciones, independientemente de la categoría que ostenten los referidos oficiales, que los primeros oficiales radios realizan las mismas funciones. En los hechos probados consta que, el litigio afecta a un solo trabajador cuya situación está en amortización en la empresa. Y es precisamente este último dato, el que a juicio de la Sala impide la viabilidad de la modalidad procesal

elegida, y con remisión a la abundante doctrina de la Sala sobre la materia, concluye que no es de esta clase de conflicto el que afecta a un solo trabajador.

La legitimación de los representantes unitarios para promover conflictos colectivos se aborda en la **STS 21-3-06 (Rc 1044/05)**, que reconoce dicha **legitimación** a un **Delegado de personal** para plantear demanda de conflicto colectivo que no excede del centro de trabajo en el que aquél ostenta su representación, y declara, en consecuencia, la **competencia del Juzgado** de lo Social para su conocimiento, de acuerdo con lo previsto en LPL, arts. 6 y 7 y 152.c), y la jurisprudencia que cita.

Finalmente, es destacable la doctrina recogida en la **STS 8-03-06 (Rc 50/04)**, que establece que existe **litispendencia** cuando un segundo sindicato plantea conflicto colectivo sobre la misma cuestión suscitada antes por otro sindicato en pleito pendiente al formularse la segunda demanda.

3.7. Proceso de tutela de derechos fundamentales

De nuevo la Sala Cuarta ha tenido ocasión de pronunciarse en su **STS 17-5-2005 (Rc 2092/04)** sobre una materia que ya está unificada, consistente en determinar si el procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical (y de los demás derechos fundamentales y libertades públicas) que regulan los arts. 175 y siguientes LPL, resulta adecuado para **enjuiciar una pretendida conducta antisindical no actual**, por ir referida a actuaciones que ya habían cesado en el momento de la presentación de la demanda. En este caso, el trabajador demandante, que ostentaba la condición de Delegado sindical, había sido víctima de determinados comportamientos de acoso por razón de su actividad sindical llevados a cabo por su empleadora, entre diversas fechas del año 2001 y el mes de abril de 2002, hasta que en mayo de ese año fue «liberado» para pasar a desempeñar funciones exclusivamente sindicales, interponiendo la demanda de tutela el 15 de noviembre siguiente. La sentencia de esta Sala rechaza el recurso de unificación de doctrina por falta de contenido casacional, al ser la sentencia recurrida adecuada a la doctrina unificada —por todas, STS 20-06-2000 (Rc 4140/99)—, en el sentido de que el legislador laboral (art. 177.2 LPL) no ha sometido la acción de tutela a plazos breves y específicos de caducidad o prescripción, ni mucho menos ha exigido que la lesión sea actual, ya que **la conducta**

lesiva no tiene por qué ser necesariamente continuada, pues puede consumarse y agotarse en el mismo instante en que se produce la lesión del derecho fundamental. La única consecuencia es que la sentencia que resuelva el litigio no podrá realizar en su integridad el pronunciamiento complejo del art. 180.1 LPL, al haber cesado ya el comportamiento anti-sindical; pero, como señala la STS 26-7-1995, el transcurso del tiempo no altera el contenido declarativo de la acción ni su alcance resarcitorio en orden a la reparación de los efectos producidos por la lesión.

En la **STS 17-1-2006 (Rc 20/04)**, que contempla una demanda de tutela de derechos de libertad sindical con ocasión de la denominación adoptada por un Sindicato de un nombre o denominación coincidente con la propia de otro Sindicato y registrada con anterioridad. El TS, previo al análisis de la cuestión de fondo, hubo de despejar necesariamente la alegada excepción de **inadecuación de procedimiento**, declarando que en el procedimiento entablado tiene cabida la pretensión planteada que pretende, en definitiva, la preservación de un derecho elemental anejo a la propia libertad sindical.

Finalmente es preciso destacar la **STS de 25-04-06 (Rc. 66/05)** dictada en casación ordinaria, y cuya doctrina a buen seguro y a falta —por el momento— de un pronunciamiento expreso, ayudará, si quiera sea indirectamente, a despejar algunas dudas que se planteaban sobre el procedimiento adecuado cuando se trata de impugnar el preaviso de elecciones, (el ordinario o el de materia electoral). La doctrina de la sentencia citada, establece con contundencia que el de Tutela es procedimiento adecuado para resolver una impugnación relativa al preaviso si se está invocando una vulneración de derecho fundamental (libertad sindical), y ello pese a lo que se pudiera deducir del art. 182 LPL, puesto que la remisión expresa e inexcusable al proceso de «materia electoral» del 133 LPL es sólo para los casos de impugnación del resultado de la elección o de los actos de la mesa .

4. Recurso de suplicación

4.1. Afectación general como presupuesto de acceso al recurso

Son varias las sentencias de la Sala que versan sobre la **afectación general** recogida en la LPL, art. 189.1.b), y que lógicamente han sido dictadas de acuerdo con la doctrina actual de la Sala. Así, la **STS 19-09-2005**

(**Rc 2135/04**), aborda la cuestión en un supuesto de reclamación de cantidad en concepto de **plus de penosidad** por varios trabajadores. La sentencia de suplicación había estimado la afectación general debido a la constatación de «la existencia de una situación de conflicto en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a la empresa», y a que ésta tenía una plantilla suficientemente extensa, así como a la propia naturaleza de la cuestión debatida, reveladora de la afectación de la cuestión a un gran número de trabajadores. Sin embargo, al Sala Cuarta TS entiende que dicha circunstancia no concurre, ante la necesidad de tener que valorar, en cada caso, y de forma individualizada, las condiciones de trabajo. Así, en particular, la sentencia señala que la afectación general no fue alegada ni probada, sin que tampoco existiera sobre ella una evidencia compartida, (entendida ésta como la presencia de un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes), ni cabe, por último, apreciar su notoriedad, pues no es suficiente para ello la situación de conflicto derivada de una discusión de los derechos de los trabajadores frente al empresario, ya que, de ser así, todo pleito en el que fueran demandantes los trabajadores y demandada la empresa tendría afectación general; no siendo tampoco criterio suficiente la extensión de la plantilla, pues además sería necesario establecer la dimensión real o, al menos, probable de la litigiosidad; y, en fin, tampoco se deduce la referida afectación general de la naturaleza de la cuestión debatida, al fundarse la decisión de la controversia sobre la prueba de las condiciones de trabajo efectivas de cada uno de los demandantes, que además no son homogéneas entre sí —unos son chóferes, otros oficiales y otros electricistas—, y en una valoración empírica de esas condiciones en términos de penosidad.

Por el contrario y a propósito también de la reclamación del **plus de penosidad** de varios trabajadores pertenecientes a la **industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicas de la provincia de Castellón**, la **STS 3-1-2006 (Rc 5414/04)**, aprecia la existencia de afectación general al constar como hecho probado en la sentencia de instancia que la cuestión debatida afectaba a un gran número de trabajadores, sin que dicha generalidad fuera cuestionada por ninguna de las partes, siendo, por lo demás, notoria su existencia. Esta doctrina se reitera por **la SSTs 23-3-2006 (Rc 436/05) y 3-4-2006 (Rc 1339/05)** que llegan a la misma conclusión, porque, como señala esta última, habiendo sido ya declarado por la Sala que dicha concreta cuestión afecta a todos, o un gran número de trabajadores, dicha declaración tiene el valor de la doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en los que se suscite la

misma cuestión, por cuanto **la afectación general es un concepto jurídico**, con cita en ambas sentencias de **STS 27-12-2005 (Rc 3962/04)**.

La **STS 24-10-2005 (Rc 3624/04)**, señala que no hay afectación general en el caso que examina, en el que se demandaba por la diferencia entre la **pensión de jubilación** reconocida al demandante en la cuantía del 88% de la base reguladora y la del 100% que reclamaba, porque si bien es posible que se hayan suscitado otros litigios sobre la misma cuestión, eso «no autoriza a afirmar que posea claramente una trascendencia calificable como contenido de generalidad, o que sea notoria tal afectación general».

Por su parte, la **STS 30-1-2006 (Rc 5320/04)**, aprecia la existencia de afectación general en relación con el tema de la determinación del **coeficiente reductor aplicable a un trabajador prejubilado**, que era mutualista antes del 1-1-1967, y que accede a la pensión de jubilación, siendo la cuestión suscitada la existencia o no de voluntariedad en el cese a efectos de aplicación de los porcentajes establecidos en la LGSS Disp. Transit. 3.^a.1.2.^o, declarando la Sala la notoriedad de la afectación masiva la ser conocida la existencia de numerosas reclamaciones, ya resueltas, y otras pendientes de resolución que, sin provenir de la misma empresa, se asientan en presupuestos fácticos análogos generadores de una problemática idéntica.

Por el contrario, **la STS 25-1-2006 (Rc 3892/04)**, rechaza la existencia de afectación general en el caso que examina, en el que varios beneficiarios (en número de cinco) reclamaban contra el **INEM** por la **reducción del porcentaje de prestación por desempleo parcial** que inicialmente les había sido reconocido, pues nadie alegó ni probó, ni es presumible ni notorio que esta cuestión afecte a un gran número de trabajadores.

4.2. Cuantía litigiosa

Por otro lado, en relación con la **cuantía litigiosa** establecida para acceder a suplicación (LPL art. 189.1), destacan dos. De un lado, la **STS 22-09-2005 (Rc 2479/04)**, declara que ha de entenderse que cabe recurso de suplicación cuando se reclaman diferencias en la pensión anual que no superan el tope previsto para acceder al recurso, si también se reclaman atrasos que superan ese tope.

Por el contrario, la **STS 27-10-2005 (Rc 886/04)**, anula de oficio la sentencia de suplicación impugnada en casación unificadora, al no alcanzar la cuantía litigiosa el límite legal establecido de 1803 €, pues **aunque la reclamación de cantidad se formule junto con la declarativa de reconocimiento del derecho**, ésta resulta insuficiente por sí misma para satisfacer la pretensión. De ahí que se ejercite conjuntamente con la de condena. La sentencia aplica así la doctrina de la Sala, que establece que el elemento determinante a efectos de recurso no es la previa declaración que se pide y que constituye fundamento inescindible de la petición de condena, sino la cuantía efectiva que se reclama; pues todo pronunciamiento de condena conlleva el previo sobre la procedencia del derecho, aunque no se formule expresamente. De no entenderse así, —añade la sentencia— serían siempre recurribles en suplicación las sentencias de instancia que resolviesen litigios sobre salarios u otras obligaciones dinerarias, reduciendo a letra muerta la regla general de limitación cuantitativa que impone la LPL art. 189.1.

4.3. Resoluciones recurribles

Por su parte, la **STS 6-10-2005 (Rc 5834/03)**, tras reiterar la doctrina de la Sala de que no se precisa el requisito de contradicción para examinar la competencia funcional, señala que **no cabe recurso de suplicación contra el auto que ejecuta una sentencia dictada en proceso de modificación de condiciones sustanciales del trabajo**, al no haber tampoco recurso contra la sentencia ejecutoria, de acuerdo con lo establecido en LPL, art. 189.2, en relación con el art. 138.4 de la misma ley.

4.4. Interposición del recurso

Finalmente, la **STS 31-10-2005 (Rc 3440/04)**, aplica la doctrina de la Sala que cita, para insistir en que **la LEC art. 135.1 es aplicable en el proceso laboral**, de acuerdo con lo establecido en LPL Disp. Adic. 1.^a y LEC art. 4, y por ello resulta válida y plenamente eficaz la presentación del escrito de interposición del recurso efectuada dentro de «las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo» de diez días que establece LPL art. 193.1.

5. Recurso de casación para la unificación de doctrina

5.1. Resoluciones recurribles

En cuanto a las **sentencias recurribles** en casación para la unificación de doctrina (LPL art. 216), la **STS 11-10-05 (Rc 2214/4)**, señala que no cabe interponer dicho recurso contra una sentencia de la Sala de lo Social de un TSJ dictada resolviendo el **incidente de nulidad** planteado contra otra sentencia de la misma Sala, pues, de acuerdo con el citado precepto, sólo son recurribles «las sentencias dictadas en suplicación», ya que la función unificadora del TS sólo tiene sentido cuando se trata de casar criterios discrepantes en sentencias dictadas en segundo grado jurisdiccional, y no en las dictadas en primer grado, como ocurre con la sentencia indicada, al margen de que el incidente de nulidad, de conformidad con lo previsto en LOPJ art. 240, no tiene prevista su resolución por sentencia, sino por auto, dado que lo que resuelve es un incidente, señalando además la LOPJ art. 240.4, que la resolución que ponga fin al incidente «no será susceptible de recurso alguno».

5.2. Requisitos del recurso

En lo tocante al cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la viabilidad de este recurso extraordinario, resulta de especial interés la **STS 16-12006 (Rc 670/05)**, que reitera la doctrina de la Sala sobre la **necesidad de determinar y de fundamentar en el escrito de interposición del recurso la infracción de ley** que se atribuye a la sentencia impugnada, de acuerdo con lo dispuesto en LPL art. 222, en relación con art. 205. a), b), c) y e) del mismo texto legal, y con LEC arts. 477.1 y 481.1. La sentencia desestima el recurso, a pesar de concurrir la contradicción alegada, porque la recurrente omite la fundamentación jurídica que hubiera debido consistir en la pretendida interpretación y aplicación al caso del ET art. 52.c), sin que pueda entenderse cumplida esa exigencia mediante la transcripción realizada de los fundamentos de Derecho de las sentencias confrontadas, para dar cumplimiento a la relación precisa y circunstanciada igualmente exigida en el art. 222 LPL, pues se trata de presupuestos distintos que atienden a aspectos diferentes del recurso de unificación de doctrina.

5.3. Alcance de la contradicción en la determinación del grado de invalidez

Asimismo, se ha producido una novedad reseñable desde el punto de vista de la delimitación del ámbito objetivo del recurso de casación para unificación de doctrina. Es conocido que la Sala había declarado en reiteradas ocasiones que *«las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables»* dado que *«lesiones aparentemente idénticas... pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo»* (por todas, STS 19-11-1991 (Rc 1298/90). De ahí que se hubiera dicho que la determinación del grado de invalidez no era una materia propia de la unificación de doctrina tanto **por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante**, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general (por todas, STS 2-12-2003 Rc 294/03). En resumen, se había sostenido que se trataba de valoraciones individualizadas en atención a factores de repercusión funcional variables en cada caso, no concurriendo la necesaria identidad, ni la función de unificación doctrinal. Esta doctrina ha llevado a la Sala a apreciar falta de contradicción en multitud de casos en que lo pretendido por el recurso era la determinación del grado de invalidez.

Pues bien, la Sala, haciéndose eco de esta doctrina, ha perfilado más el alcance de la misma en **las SSTS de 23-06-2005 (Rc 1711/04 y Rc 3304/04**, ambas dictadas en Sala General. Así, la Sala, tras poner de manifiesto la línea jurisprudencial citada, ha señalado que *«las operaciones específicas de subsunción en el supuesto de hecho de la norma, de las concretas lesiones, dolencias o limitaciones padecidas por el trabajador (...) carecen de contenido casacional*, porque en este tipo de operaciones no está normalmente en juego el establecimiento del alcance de las definiciones legales de los distintos grados de incapacidad permanente, sino que se trata, únicamente, de valoraciones empíricas de situaciones individualizadas que, por su propia natura son susceptibles de generalización. Sólo una discrepancia doctrinal en relación con los conceptos legales de los grados de incapacidad permanente justificaría la unificación de doctrina en esta materia». En consecuencia, entiende la Sala que *«(...) ello exonera a la Sala de pronunciarse sobre la posible existencia de contradicción entre las sentencia recurrida y la invocada*

como referencial». Dicha doctrina ha sido reiterada por la **STS 2-11-2005 (Rc 3117/04)**.

6. Ejecución de sentencias

6.1. *Ejecución de lo acordado en acto de conciliación*

En la **STS 8-03-2006 (Rc 866/05)** se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la decisión de suplicación que acordó despejar la **ejecución de lo convenido en el acto de conciliación**. El problema ha surgido a la hora de interpretar el alcance de lo acordado en el acta de conciliación, pues en el marco de una prejubilación se había acordado la percepción de una renta vitalicia en una determinada cuantía, si bien con posterioridad y modificado el montante de la pensión de jubilación, la ejecutada abonaba como renta vitalicia una cantidad inferior a la fijada en el plan social suscrito con la empresa. La Sala señala que para la correcta interpretación de lo pactado es necesario tener en cuenta que la voluntad de las partes fue la de suscribir el acta de conciliación como mero instrumento de materialización y aplicación de dicho plan social, lo que determina que haya de confirmar la interpretación efectuada tanto por el Juez de instancia como por la Sala de suplicación, pues no existen indicios de que la misma no sea racional ni lógica. Por lo demás, recuerda la sentencia, que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, ante los que en definitiva se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes.

6.2. *Intereses*

En relación con la ejecución de sentencias y los **intereses de la mora procesal** que regula la LEC art. 576, la **STS 25-10-2005 (Rc 1693/04)**, aplica la doctrina que cita, establecida por la Sala con arreglo al antiguo y equivalente art. LEC 921.4.º, reconociendo el derecho del INSS a no ser condenado al abono de dichos intereses cuando en ejecución de sentencia resulte deudor del pago de una cantidad líquida, como sucedía en el caso examinado por la referida sentencia, en el que el título ejecutivo reconocía al trabajador el derecho al percibo de la pensión de incapacidad permanente total con efectos desde el 26 de julio de 1994.

