

## **SALA CUARTA**



## ÍNDICE SISTEMÁTICO

*Página*

---

### INTRODUCCIÓN

#### I. DERECHO DEL TRABAJO

1. CONTRATO DE TRABAJO.....	265
1.1. Contrato de trabajo y derechos fundamentales.....	265
2. CONTRATOS TEMPORALES.....	265
2.1. Cómputo de antigüedad de trabajadores temporales ...	265
2.2. Contratación a través de Empresas de Trabajo Tem- poral .....	266
3. CONVENIOS COLECTIVOS .....	266
4. DESPIDO .....	267
4.1. Despido y embarazo .....	267
4.2. Despido objetivo .....	267
4.3. Indemnizaciones por despido y salarios de tramita- ción.....	268
4.4. Despido y principio de igualdad.....	269
5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	269
5.1. Extinción del contrato durante el período de prueba...	269
6. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.....	269
6.1. Modificación de condiciones reguladas en convenio ..	269
7. SALARIO .....	269
7.1. Responsabilidad por salarios y cesión ilegal .....	269
7.2. Responsabilidad del FOGASA .....	270
8. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.....	270
8.1. Subrogación prevista en convenio colectivo .....	270
9. TIEMPO DE TRABAJO .....	271
9.1. Tiempo de trabajo y horas de presencia .....	271
9.2. Vacaciones anuales .....	271

	<i>Página</i>
10. TRABAJO ASALARIADO .....	272
10.1. Transportistas con vehículo propio.....	272
<b>II. SEGURIDAD SOCIAL Y PERSONAL ESTATUTARIO</b>	
1. DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	272
1.1. Aplicación del Convenio Europeo de Seguridad Social respecto del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Cómputo de las cotizaciones realizadas en Suiza.....	272
2. DERECHO COMUNITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	272
2.1. Revisión de pensión de jubilación respecto de cotizante que acredita períodos de cotización en España y Holanda. Determinación de la base reguladora, cálculo de la prorrata temporis y fecha de efectos de la revisión.....	272
2.2. Acceso a la prestación por desempleo: se exige haber cubierto el último período de cotización en el país en el que se pretende causar la prestación.....	274
3. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL .....	274
3.1. No se aplica la presunción de accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo a un infarto de miocardio acaecido en los vestuarios de la empresa una vez finalizada la jornada laboral.....	274
3.2. La presunción de accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo no se extiende a nuevas bajas originadas por patologías no producidas en tiempo y lugar de trabajo.....	275
3.3. Conceptos de accidente de trabajo en misión e in itinere. No son de aplicación a un trabajador que sufre hemorragia encefálica mientras pernoctaba en un hotel, teniendo en cuenta que el trabajador transportaba muebles de una a otra ciudad como actividad habitual.....	275
3.4. Accidente in itinere: no lo es el accidente de tráfico ocurrido durante la realización de una gestión privada en la agencia tributaria en tiempo de trabajo, aun con consentimiento del empresario .....	276
3.5. Concepto de enfermedad profesional. Cáncer de laringe producido por inhalación de polvo de amianto .....	277
3.6. Acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo: la prescripción comienza	

	a computar desde la resolución firme que fija las dolencias y secuelas y no desde el alta médica .....	277
3.7.	El transcurso de un amplio período entre el accidente de trabajo y la declaración de incapacidad permanente no es óbice para fijar la responsabilidad del pago de la prestación en función de quien aseguraba el riesgo en el momento del hecho causante .....	278
3.8.	Responsabilidad empresarial respecto de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Gravedad de los descubiertos en el pago de las primas de seguro .....	278
4.	RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL .....	279
4.1.	Los intereses de capitalización del capital coste del recargo se devengan desde la fecha de efectos de la prestación económica y no desde la fecha de la resolución firme que impone el recargo .....	279
4.2.	El plazo de 135 días previsto en la legislación de Seguridad Social para resolver el expediente de incapacidad no es de caducidad, sino que abre la vía judicial para los personados en expediente .....	279
4.3.	El dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción aplicable al recargo es único para todas las prestaciones y coincide con la última prestación reconocida .....	280
5.	DESEMPLEO .....	280
5.1.	Aplicación del supuesto extintivo de la prestación por desempleo consistente en trabajar por cuenta propia por más de dos años. Se requieren dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley 45/02 .....	280
5.2.	La prestación por desempleo solicitada una vez transcurridos los primeros quince días de plazo, produce efectos desde la fecha de la solicitud .....	281
5.3.	Cumplimiento de las obligaciones formales de comunicar el inicio de un nuevo trabajo. Debe hacerse de inmediato y, en todo caso, antes de finalizar el mes en el que se produzca esta circunstancia .....	281
5.4.	Prestación por desempleo a tiempo parcial: el período de ocupación cotizada ha de coincidir con el efectivamente trabajador, con independencia de que se haya cotizado durante todo el año .....	281
5.5.	Sólo procede el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de desempleo si se abo-	

	<i>Página</i>
nan efectivamente los salarios de tramitación que la empresa fue condenada a pagar .....	282
5.6. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años: cómputo de rentas .....	282
6. INCAPACIDAD TEMPORAL .....	283
6.1. Cumplimiento del requisito del alta en el momento de causar una prestación de incapacidad temporal por recaída .....	283
6.2. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización cuando se inicia incapacidad temporal al día siguiente de la efectividad del despido y este es posteriormente declarado improcedente .....	283
6.3. Entidad responsable del abono de la incapacidad temporal iniciada estando vigente el contrato de trabajo pero que continúa tras la finalización de la relación laboral, momento en que la empresa decide modificar la entidad que asegura el riesgo .....	284
6.4. Entidad que ha de hacerse cargo del abono de la prestación de incapacidad temporal iniciada al día siguiente de la extinción del contrato de trabajo, durante el período de vacaciones .....	285
6.5. No cabe moderar la responsabilidad empresarial por prestaciones derivadas de contingencias comunes en supuestos de infracotización .....	285
6.6. Facultades de la Mutua para extinguir la prestación de incapacidad temporal: alcance .....	286
6.7. Competencia del INSS para determinar la contingencia causante de la incapacidad temporal. Competencia de los servicios públicos de salud para dar de baja médica a trabajador que ha sido dado de alta por curación por parte de la Mutua .....	286
6.8. Determinación del importe de. la prestación de incapacidad temporal para quienes estaban percibiendo la prestación con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/01 pero ven extinguido su contrato con posterioridad la misma .....	287
6.9. Acceso al subsidio de incapacidad temporal por quien en el momento de producirse el hecho causante ha sido suspendido por sanción de la percepción de la prestación por desempleo .....	288

	<i>Página</i>
7. MATERNIDAD .....	288
7.1. Determinación de la base reguladora. Cómputo de un bonus discrecional que se percibe de forma no periódica.....	288
7.2. Solicitud de prestación por maternidad al día siguiente de finalizar incapacidad temporal cuando la trabajadora se dio de baja en el RETA meses antes de la solicitud. La solicitante no se encuentra en situación asimilada al alta .....	289
7.3. Cómputo del período de carencia en supuestos de contratos a tiempo parcial.....	289
8. INCAPACIDAD PERMANENTE E INVALIDEZ .....	290
8.1. El momento en que ha de cumplirse el requisito de encontrarse de alta o asimilada al alta es el del accidente no laboral y no el día de solicitud de la prestación ...	290
8.2. El cuadro de lesiones y secuelas que se padecen ha de analizarse en el momento en que se inicia el expediente de invalidez, incluso en el supuesto de que se trate de agravación de lesiones preexistentes .....	290
8.3. Determinación de la profesión habitual de un trabajador diagnosticado de enfermedad profesional (asbestosis) tras un prolongado período de tiempo desde que se produjo la exposición al polvo de amianto .....	290
8.4. No cabe computar para el cumplimiento del período de carencia el período de tiempo en que se permaneció de baja médica pero sin subsidio, por carecer del período mínimo de cotización exigible .....	291
8.5. Determinación de la base reguladora en supuestos de incapacidad permanente absoluta derivados de accidente no laboral.....	291
8.6. Cabe que el INSS fije un plazo de revisión para las incapacidades permanentes declaradas judicialmente tras resolución administrativa denegatoria que no fija plazo para la misma .....	292
8.7. La falta de audiencia de la empresa responsable del pago de la incapacidad permanente durante la tramitación del expediente administrativo no determina nulidad de las actuaciones .....	292
8.8. Invalidez no contributiva. Concepto de unidad económica familiar. No alcanza a los familiares hasta el segundo grado por afinidad .....	293

8.9.	Invalidez no contributiva. Complemento por necesidad de ayuda de tercera persona. No puede causarse si no se alcanza el grado del 75% de minusvalía.....	293
8.10.	Prestación no contributiva de mayores de dieciocho años con minusvalía igual o superior al 65%. El causante es el minusválido y no sus progenitores.....	293
9.	JUBILACIÓN.....	294
9.1.	Ha de considerarse involuntaria la jubilación anticipada que se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo en el que se ha producido aceptación individual de las condiciones de extinción del contrato.	294
9.2.	Jubilación a tiempo parcial y contrato de relevo. Las irregularidades que se cometan con el sustituto no afectan al trabajador jubilado, salvo que se alegue y pruebe que no ha sido ajeno a dichas irregularidades..	294
9.3.	Montepío Nacional del Servicio Doméstico: cómputo de las cotizaciones realizadas a dicha institución a la hora de calcular la base reguladora e imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada por parte de sus afiliados.....	295
9.4.	Régimen Especial de Trabajadores del Mar: sólo es aplicable el coeficiente reductor por edad previsto para la jubilación en el caso de trabajadores por cuenta ajena en buques de menos de 10 toneladas .....	295
9.5.	Cómputo de períodos trabajados para la Administración pero no cotizados con anterioridad a 1952. Trabajos forestales sin cotización ni alta .....	296
9.6.	Acceso a la jubilación anticipada de los trabajadores con 60 años de edad que fueron mutualistas antes de 1 de enero de 1967. Determinación del porcentaje reductor aplicable en casos de prejubilación a cargo de la empresa en los dos años anteriores a la jubilación.....	296
10.	MUERTE Y SUPERVIVENCIA .....	296
10.1.	Fecha de efectos económicos de pensión de orfandad solicitada más de cuatro años después del fallecimiento del causante pero tras la inscripción en el Registro Civil de la sentencia que declaró la paternidad.....	296
11.	PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES.....	297
11.1.	Forma de determinación de los ingresos a efectos de acceder a una prestación a favor de familiares cuando la hija de la actora debe cumplir la obligación de alimentos que pesa sobre ella .....	297

11.2. Requisitos necesarios para acceder a la prestación a favor de familiares por parte de la nieta del causante .....	297
11.3. Prestación por adopción múltiple antes de la entrada en vigor del RD 1251/01 y de la Ley 52/03: no procede su reconocimiento .....	297
12. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS.....	298
12.1. Encuadramiento en el RETA: cabe acudir a determinar si el trabajador percibe ingresos superiores al SMI para entender cumplido el requisito de «habitualidad» de la actividad que la norma exige .....	298
12.2. La incapacidad permanente parcial no está cubierta en el RETA .....	298
12.3. Para poder causar la pensión de viudedad desde una situación de no alta, el causante ha de estar al corriente de pago .....	298
12.4. Para causar la prestación de incapacidad temporal, el trabajador afiliado al RETA ha de estar de alta en el momento de producirse el hecho causante .....	299
12.5. Para acceder a la pensión SOVI no es óbice tener derecho a prestación por incapacidad permanente en el RETA condicionada al pago de cotizaciones pendientes .....	299
13. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	300
13.1. Encuadramiento en el Régimen General de funcionaria del cuerpo estatal de enseñanza secundaria transferida a la Comunidad Autónoma correspondiente cuando pertenecía al cuerpo estatal de profesores de enseñanza primaria .....	300
13.2. Flexibilización del requisito de alta o situación asimilada al alta a efectos de causar las prestaciones en caso de no mantener de forma ininterrumpida la inscripción como demandante de empleo.....	300
13.3. Aseguramiento empresarial a través de una Mutua de Accidentes de Trabajo.....	301
13.4. Prescripción de las prestaciones .....	302
13.5. Responsabilidad empresarial respecto de prestaciones por falta de cotización o infracotización .....	303
13.6. Responsabilidad empresarial en supuestos de mejoras voluntarias.....	304

13.7. Requisitos para proceder a la revisión del grado de minusvalía: mejoría o error en el diagnóstico .....	304
13.8. Reconocimiento del grado de minusvalía en porcentaje igual o superior al 33% en supuestos de reconocimiento previo de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez contributiva: no es automática...	305
13.9. Reintegro de gastos médicos .....	305
14. PERSONAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	306
14.1. Acceso al complemento de turnicidad por parte de personal de urgencias .....	306
14.2. Servicio Canario de Salud. Revalorización del «complemento de productividad factor fijo» por aplicación de las subidas salariales previstas en las Leyes de Presupuestos .....	307
14.3. Funciones de las matronas en los partos .....	307

### III. PROCESO SOCIAL

1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL .....	308
1.1. Personal estatutario y competencia jurisdiccional.....	308
1.2. Acuerdo Regulador de Condiciones de Trabajo del Personal del Servicio Vasco de Salud.....	309
1.3. Incumplimiento por parte de las Administraciones Públicas de las listas de espera para proveer puestos de trabajo.....	309
1.4. Impugnación de acuerdos del tribunal selección en sociedades estatales.....	310
1.5. Litigios intrasindicales .....	311
1.6. Incompetencia del orden jurisdiccional social. La póliza de seguro por accidentes del mar en favor de los tripulantes gallegos suscrita por la Consellería de Pesca de la Xunta de Galicia .....	311
1.7. Acreditación mediante una sentencia laboral de un mérito a efectos de puntuación en un concurso administrativo .....	312
1.8. Reclamación de un socio trabajador de una cooperativa .	312
1.9. Impugnación de resoluciones administrativas de regulación de empleo .....	313
1.10. Competencia objetiva o funcional .....	313
1.11. Competencia territorial y facultades judiciales .....	314

	<i>Página</i>
2. PROCESO ORDINARIO .....	314
2.1. Procedimiento común .....	314
2.2. Las partes. Apreciación de oficio de la falta de litis- consortio pasivo necesario .....	315
2.3. Acumulación de autos.....	315
2.4. Juicio y excepción de litispendencia .....	316
2.5. Sentencia. Cosa Juzgada.....	317
3. MODALIDADES PROCESALES .....	318
3.1. Proceso de despido .....	318
3.2. Materia electoral. No lo es la impugnación del prea- viso .....	320
3.3. Clasificación profesional .....	320
3.4. Proceso de conflicto colectivo .....	321
3.5. Proceso de impugnación de convenio colectivo.....	323
3.6. Proceso de tutela de derechos fundamentales .....	325
4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN .....	326
4.1. Legitimación .....	326
4.2. Demandas acumuladas.....	326
4.3. Diferencias de prestaciones .....	327
4.4. Reclamación de derecho y cantidad .....	327
4.5. Afectación general como presupuesto de acceso al recurso.....	329
4.6. Recurribilidad del Auto dictado en ejecución de sen- tencia que decide sobre el pago de intereses devenga- dos en ejecución.....	330
5. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA....	331
5.1. Falta de idoneidad de la sentencia de contraste: sen- tencias que no son firmes y sentencias casadas y anu- ladas .....	331
5.2. Alcance de la contradicción.....	331
6. EJECUCIÓN .....	332
6.1. Límites personales de la ejecución: no es posible apli- car la doctrina del levantamiento del velo en la ejecu- ción.....	332
6.2. Ejecución en materia de Seguridad Social: no cabe introducir en dicha fase descuentos no autorizados en la sentencia.....	333
6.3. Intereses .....	334
6.4. Costas .....	334



## INTRODUCCIÓN

La actividad Jurisdiccional de la Sala Cuarta, durante el presente año Judicial 2006/2007, ha mantenido un ritmo semejante al del año anterior, si bien ha venido marcada, en materia estricta de Derecho del Trabajo, especialmente por la asunción de numerosos recursos de los llamados en «cadena», materias repetitivas que, con pequeños matices que hacen muy compleja la diferenciación, han necesitado soluciones homogéneas. La Sala Cuarta ha abordado la protección de los derechos fundamentales (derecho a la intimidad) en la relación individual de trabajo, y así mismo ha analizado los tratos diferenciales contenidos en Convenios colectivos de los trabajadores temporales respecto de los fijos (así por ejemplo, en materia de antigüedad y contratos temporales, donde han sido numerosos los recursos planteados por diverso personal laboral de los servicios de salud de las distintas Comunidades Autónomas). Ha tenido también oportunidad la Sala Cuarta de analizar la repercusión que en materia de contratación temporal a través de Empresas de Trabajo Temporal tiene la contratación temporal sucesiva para los mismos servicios, así como si es posible que en el marco de una ETT se pueda incidir en supuesto de cesión ilegal. Pero sin duda una de las sentencias con más repercusión doctrinal de este periodo han sido las que han resuelto en Sala General la calificación que merece un despido de trabajadora embarazada cuando el empresario no conocía la situación de gestación.

---

La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por D.<sup>a</sup> Carolina MARTÍNEZ MORENO, D. Miguel Ángel LIMÓN LUQUE y D.<sup>a</sup> 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. Aurelio DESDENTADO BONETE, Presidente en funciones de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

La materia relativa al despido objetivo ha sido también insistentemente tratada por el Tribunal en este periodo, resolviendo las cuestiones relativas a qué faltas de asistencia deben computarse para computar el absentismo global de la plantilla, o la repercusión de la existencia de dos empresas integrantes de un grupo en caso de despido por causas económicas, y la relevancia que haya de concederse a la falta de comunicación del despido a los representantes de los trabajadores. Numerosos también han sido los pronunciamientos dirigidos a fijar criterios seguros en la forma de cálculo de la indemnización y de los salarios de tramite en el despido: así en los casos de sucesión de diversos contratos de carácter temporal, o en los supuestos en que la jornada y el salario estén reducidos por guarda legal, o cómo deben entenderse (si hábiles o inhábiles) las 48 horas de que habla el art. 56. 2 ET, el alcance del descuento en los salarios de lo percibido en otro empleo en orden a la responsabilidad del Fogasa, y el alcance de la responsabilidad del Estado por los salarios de tramitación.

Finalmente, son de desatar las sentencias que se han dictado en materia de extinción de contrato durante el periodo de prueba, modificación de condiciones de trabajo, responsabilidad por salarios en casos de cesión ilegal, requisitos convencionales en los casos de subrogación empresarial y efectos de su omisión o la coincidencia del periodo de vacaciones con una situación de IT.

En lo que respecta a la Seguridad Social, al igual que todos los años, la Sala ha tenido oportunidad de matizar interpretaciones ya consolidadas en materia de Seguridad Social, añadiendo algunos elementos de indudable valor. Vamos a destacar a continuación los más relevantes de entre ellos, sin perjuicio de que resulta imposible resumir en pocas líneas el trabajo de la Sala llevado a cabo en el año judicial que se comenta.

Así, en materia de accidente de trabajo, se han hecho importantes consideraciones en torno a los conceptos de accidente de trabajo en misión e in itinere. De este modo se ha excluido del concepto de accidente de trabajo una hemorragia encefálica sufrida por el trabajador durante el tiempo en el que permaneció en un hotel para pernoctar, como consecuencia del desplazamiento a otra ciudad, por ser su actividad habitual la de transportista de muebles. Acotando el concepto de tiempo de descanso, que se encuentra fuera del concepto de accidente de trabajo en misión y que tampoco puede reconducirse al accidente de trabajo in itinere. De la misma forma se ha precisado el concepto de accidente de trabajo in itinere, excluyendo de la protección al accidente de tráfico sufrido durante la realiza-

ción de una gestión privada en la agencia tributaria en tiempo de trabajo, aún contando con el consentimiento del empresario.

Ha de destacarse, además, la resolución por la Sala de un complejo problema cual es la determinación de las competencias del INSS, de los servicios públicos de salud y de las Mutuas en relación con las altas y bajas por accidentes de trabajo. Así, en primer lugar, se ha reconocido la competencia del INSS para determinar en todo caso la contingencia causante y se ha declarado la competencia de los servicios públicos de salud para poder tramitar una baja —aunque siempre por contingencias comunes— pocos días después de producirse un alta médica de una Mutua, si bien respecto de esta baja cabe que la contingencia sea recalificada por parte del INSS.

También se ha procedido a definir las competencias extintivas de la prestación otorgadas por la normativa de Seguridad Social a la Mutua y al INSS en supuestos de incapacidad temporal, llegando a la conclusión de que corresponde a la Mutua la extinción en los supuestos previstos en el art. 131.bis LGSS, por tratarse de materias relacionadas con la gestión de la prestación, sin que pueda ejercitar las competencias previstas en el art. 132 LGSS, que tienen carácter sancionador y, en consecuencia, han de entenderse atribuidas a la entidad gestora.

En cuanto al propio ámbito competencial del INSS, se ha declarado que este es competente para fijar plazo de revisión respecto de aquellas declaraciones de incapacidad permanente obtenidas mediante resolución judicial, siempre que provengan de resoluciones administrativas denegatorias del derecho, en las que no se fije plazo de revisión alguno.

En materia de desempleo, la Sala ha establecido que debe comunicarse el inicio de un nuevo trabajo por parte del perceptor de una prestación por desempleo de forma inmediata y, en todo caso, antes de que finalice el mes en que se ha comenzado a trabajar. Asimismo, se ha entendido que sólo procede el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de desempleo si se abonan efectivamente los salarios de tramitación que la empresa fue condenada a pagar.

En relación con el acceso a la jubilación anticipada, y la determinación del porcentaje de reducción aplicable y la declaración como voluntario o involuntario del cese de trabajadores que, en el ámbito de un expediente de regulación de empleo aceptaron individualmente las condiciones allí fijadas, la Sala ha entendiendo, definitivamente, que se trata de un cese involuntario, si bien, al mismo tiempo, diferenciando este supuesto de otro que

ha sido recurrente en la Sala, cual es el caso «Telefónica», en el que lo que sucedía es que se habían celebrado acuerdos individuales entre empresa y trabajadores que no habían sido autorizados por la Autoridad Laboral a través del procedimiento de despido colectivo.

Restan por citar algunos supuestos que resultan relevantes no sólo por la matización de los criterios jurisprudenciales que se hayan podido llevar a cabo, sino también por el número de recursos habidos en torno a la cuestión. Así, resulta de especial relevancia destacar que la Sala ha reiterado en un buen número de sentencias que el incumplimiento por parte de la Administración de la Seguridad Social del plazo de 135 días previsto en la legislación de Seguridad Social para resolver los expedientes de incapacidad, así como el genérico plazo de seis meses previsto por la legislación administrativa para resolver los expedientes administrativos, no generan la caducidad de los mismos, sino tan sólo han de entenderse desestimados los derechos de los interesados que se han personado, entendiéndose abierta la vía judicial. Se han producido asimismo un elevado número de asuntos en relación con la determinación de si la equiparación que lleva a cabo la Ley 51/03 en su art. 2.1 entre el reconocimiento de una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y el reconocimiento de un grado de minusvalía igual o superior al 33% alcanzaba sólo a los casos regulados en la propia Ley o implicaba un reconocimiento automático del grado de minusvalía, condicionando así la actuación de los equipos de valoración previstos en el art. 10 LISMI.

Por último, resulta de interés destacar las relevantes precisiones realizadas en el ámbito del RETA, especificando que, a efectos de encuadramiento y de determinación de lo que ha de entenderse por actividad «habitual», cabe acudir a los ingresos anuales obtenidos con la actividad, de tal forma que si esta no se supera el salario mínimo interprofesional, no existiría obligación de afiliarse al Sistema. Además de recordarse que el citado Régimen Especial no cubre la prestación por incapacidad permanente parcial, la Sala ha señalado que, para acceder a la pensión de viudedad desde una situación de no alta, el causante ha de encontrarse al corriente de pago de las cotizaciones en el momento de producirse el hecho causante. De la misma forma, para causar la incapacidad temporal y la maternidad ha de estar de alta en el momento de producirse el hecho causante.

En la materia que denominamos Proceso Social, la Sala Cuarta del TS también ha tenido oportunidad de efectuar pronunciamientos de importancia en el año judicial que nos ocupa. Así, se han producido relevantes sen-

tencias en materia de la competencia del Orden Social de la Jurisdicción, se ha procedido a aclarar algunas cuestiones de relevancia en materia de proceso de despido y materia electoral, y se ha consolidado su doctrina sobre la modalidad procesal del conflicto colectivo, extendiendo algunas de sus características (efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo) al proceso de impugnación de convenios colectivos. No poca relevancia, desde la perspectiva procesal, han tenido las resoluciones referidas a los institutos de cosa juzgada y litispendencia, así como las que han analizado diversos problemas suscitados en ejecución de sentencia.

## I. DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Contrato de trabajo

#### *1.1. Contrato de trabajo y derechos fundamentales*

La incidencia de los **derechos fundamentales** en la relación individual de trabajo queda reflejada en la **STS de 7-3-2007 (Rc 132/05)**, recaída en un procedimiento de conflicto colectivo, a través del cual una organización sindical y una asociación profesional impugnan una Circular interna del Banco de España por la que se aprueba un «Código de Conducta» para su personal, que impone la obligación a los empleados que puedan tener información privilegiada de efectuar declaraciones anuales de la titularidad y operaciones realizadas con valores o instrumentos financieros, por ellos mismos o por personas interpuestas (cónyuge, hijos o pareja de hecho). La obligación así establecida se considera legítima manifestación del ejercicio del **poder de dirección** por parte de la empresa, que por aplicación de los parámetros de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que se desprenden de la doctrina constitucional al respecto, no lesiona los derechos fundamentales de los trabajadores, en particular el **derecho a la intimidad**.

### 2. Contratos temporales

#### *2.1. Cómputo de antigüedad de trabajadores temporales*

La **STS de 13-7-2006 (Rc 101/05)**, recaída en un procedimiento de conflicto colectivo, reconoce el derecho del **personal laboral temporal del IMSALUD**, cuyas retribuciones se rigen por el RDL 3/87 aplicable al

personal estatutario, el derecho a devengar los correspondientes **trienios**. Como precisa la Sala, lo pretendido en la demanda era el reconocimiento de los trienios del propio régimen retributivo estatutario, no los del régimen laboral, de ahí que se adopte una solución distinta de la otorgada a la pretensión deducida por trabajadores del Servicio Canario de Salud o el Instituto Catalán de la Salud, que solicitaban los trienios conforme a lo regulado en el convenio colectivo. El mismo criterio sigue la **STS de 25-7-2006 (Rc 1905/05)**, dictada en casación para la unificación de doctrina.

Por su parte, la **STS de 1-3-2007 (Rc 5050/05)**, cuya doctrina se reitera en las **SSTS de 8-3-2007, 15-3-2007 y 3-4-2007 (Rc 175/04, 5049 y 5048 /2005)**, ratifica el criterio de que para el cómputo de la **antigüedad de los trabajadores vinculados a través de sucesivos contratos temporales** habrá de tomarse en consideración el tiempo total de servicios, con independencia de que hayan existido interrupciones en la cadena contractual superiores a veinte días.

## *2.2. Contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal*

En la **STS de 17-10-2006 (Rc 2426/05)** se analiza un supuesto de **sucesivos contratos de puesta a disposición** a los que siguió otro directamente concertado entre el trabajador y la empresa usuaria, de carácter eventual y para la realización de los mismos servicios. El cese se considera despido improcedente, y la indemnización se calcula computando toda la antigüedad.

De la contratación a través de **ETTs** se ocupa también la **STS de 4-7-2006 (Rc 1077/05)**, que considera que es posible que en ese caso se pueda producir un fenómeno de **cesión ilegal**, cuando la puesta a disposición no respete las previsiones contenidas en la LETT (arts.7 y 8), o cuando se trate de contratos temporales fraudulentos, concertados para atender necesidades permanentes de mano de obra de la empresa usuaria. En tal caso, ambas empresas responderán de manera solidaria de las consecuencias del despido del trabajador.

## **3. Convenios colectivos**

La **STS de 28-12-2006 (Rc 140/05)** por un lado, recoge la ya clásica distinción entre comisiones negociadoras y meramente aplicadoras, para

luego concluir afirmando que las **cláusulas convencionales que imponen al trabajador la obligación de someterse a un examen médico** con carácter previo a su contratación no atentan a su intimidad.

## 4. Despido

### 4.1. *Despido y embarazo*

La regla contenida en el art.55.5 ET venía suscitando la duda de si para que el despido no procedente de una **trabajadora embarazada** fuera calificado como nulo se exigía el conocimiento del estado de gestación de la trabajadora por parte del empresario o se trataba de una calificación puramente objetiva, por el mero hecho del embarazo. El TS en dos sentencias de la Sala Cuarta, las **SSTS de 19-7-06 (Rc 387/05 y 1452/05)**, dictadas por el Pleno, despeja esa duda y asume el criterio del carácter consustancial o constitutivo del conocimiento empresarial, sin el cual no es posible calificar el despido como discriminatorio y, por tanto, nulo. Las sentencias comentadas se acompañan, no obstante, de un significativo voto particular, que discrepa de esa solución y se decanta por la objetividad de la nulidad de estos despidos.

### 4.2. *Despido objetivo*

En la **STS de 23-1-2007 (Rc 4465/05)** se clarifica que las faltas al trabajo que no contabilizan como **ausencias a efectos de despido objetivo** han de ser asimismo excluidas en el cómputo del índice de **absentismo total** en la empresa.

Y por lo que se refiere al **despido por causas empresariales**, la **STS de 23-1-2007 (Rc 641/05)** considera que, tratándose de dos **empresas integrantes de un grupo**, que actúa como empleador único para las demandantes, la situación económica que justifica el despido habrá de acreditarse para ambas sociedades. Por consiguiente, la falta de prueba de dicha situación respecto de una de las empresas provoca la improcedencia del despido.

Respecto de los **requisitos de forma del despido objetivo económico**, la **STS de 18-4-2007 (Rc 4781/05)** determina el alcance de la previsión contenida en el art.53.1 c) ET, que exige que la **comunicación del preaviso** se

verifique igualmente a los **representantes legales de los trabajadores**. La omisión de dicho trámite provocará la nulidad del despido objetivo.

#### *4.3. Indemnizaciones por despido y salarios de tramitación*

La **STS de 8-3-2007 (Rc 175/04)**, dictada por el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se pronuncia, tras verificar un completo balance doctrinal sobre la materia, en relación con el cómputo del **tiempo de servicios a efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente**, en el caso de **sucesión de contratos de carácter temporal**. Y entiende que, en el caso concreto, ha existido una esencial unidad de la relación laboral, por lo que habrá de computarse el tiempo total de servicios, prescindiendo del alcance de las interrupciones habidas en la cadena contractual. Se extiende así la doctrina sentada a propósito de la antigüedad de los trabajadores temporales de Correos al cálculo de la indemnización por despido.

Y en la **STS de 14-10-2006 (Rc 2154/05)** se aplica el criterio de que cuando la **jornada y el salario estén reducidos por guarda legal** se calcule la indemnización por despido improcedente como si se tratara de jornada completa. Por otro lado, si existiera un error excusable al determinar el importe de la indemnización ello no comportará la nulidad del despido.

Los **salarios de tramitación** siguen provocando numerosas dudas interpretativas y conflictos, y así, la **STS de 16-10-2006 (Rc 3583/05)** clarifica que el plazo de 48 horas a que se refiere el art.56.2 ET para que el depósito de la indemnización una vez reconocida la improcedencia del despido elimine el devengo de salarios de tramitación se computa descontando, en su caso, los días inhábiles.

En cuanto al alcance del **descuento de los salarios de tramitación de lo percibido en otro empleo**, la **STS de 18-4-2007 (Rc 1254/06)** precisa que dicho descuento se refiere al empleo obtenido en el período a que comprenden o se refieren los salarios de tramitación, no a otro ulterior como pretendía el FOGASA. Mientras que la **STS de 8-11-2006 (Rc 3500/05)** sostiene que, a efectos de la **responsabilidad del Estado por salarios de tramitación**, se descontarán los correspondientes a períodos en que el trabajador prestó servicios para otra empresa, aunque la empleadora que los reclama los haya abonado al despedido por no haber logrado acreditar en el juicio dicho extremo.

#### **4.4. Despido y principio de igualdad**

En la **STS de 9-3-2007 (Rc 108/05)** se considera lesivo del **derecho a la igualdad** la exclusión de la Bolsa de empleo de la entidad Correos y Telégrafos, S.A. de los trabajadores que hubieren sido indemnizados en virtud de sentencia recaída en procedimiento de despido anterior.

### **5. Extinción del contrato de trabajo**

#### **5.1. Extinción del contrato durante el período de prueba**

La **STS de 2-4-2007 (Rc 5013/05)**, que reitera la solución contenida en la STS de 6-7-1990 (Rc 3669/89), estima que la comunicación verbal de la empresa del fin del contrato por no superación del **período de prueba** no adolece de defecto alguno que merezca censura o que motive la improcedencia o la nulidad de la decisión extintiva.

### **6. Modificación de condiciones de trabajo**

#### **6.1. Modificación de condiciones reguladas en convenio**

La **STS de 28-2-2007 (Rc 184/05)** califica de nula la decisión empresarial de alterar el horario de un pequeño grupo de trabajadores comerciales, porque considera que se trata de una **modificación sustancial de lo dispuesto en el convenio colectivo** de general aplicación en la empresa, que ha de instrumentarse necesariamente por la vía del art.41.2 ET, precepto que impone, en todo caso y sea cual sea el alcance numérico de la medida, un procedimiento específico de modificación que no contempla la decisión unilateral de la empresa. La Sala se remite a la doctrina constitucional al respecto contenida en las SSTC 105/1992, 225/2001 y 238/2005, todas ellas referidas a fenómenos de negociación individual «en masa».

### **7. Salario**

#### **7.1. Responsabilidad por salarios y cesión ilegal**

El alcance de la **responsabilidad por salarios en supuestos de cesión ilegal** se concreta en la **STS de 5-12-2006 (Rc 4927/05)**, en la que se afir-

ma que la reclamación a la cesionaria de diferencias salariales no tiene por qué limitarse a los devengados después de a declaración de la cesión.

## **7.2. Responsabilidad del FOGASA**

La **STS de 29-11-2006 (Rc 4100/05)** establece que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por insolvencia empresarial alcanza a la **retribución por horas extraordinarias**, sin que tenga a tal efecto relevancia que se haya rebasado el máximo de ochenta horas al año.

La determinación del alcance de la **responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación** ha constituido una materia litigiosa por excelencia en los últimos años. De hecho, en la **STS de 31-1-2007 (Rc 3797/05)**, dictada por el Pleno de la Sala Cuarta, se modula el criterio anteriormente mantenido en la de 23-3-2006 (Rc 1264/05) en relación con los despidos que tuvieron lugar durante la vigencia del RDL 5/2002, que, como se recordará, suprimió por un breve espacio de tiempo los salarios de tramitación. En el caso concreto, la empresa condenada por despido improcedente optó por readmitir, pero no lo hizo, dictándose el auto de extinción de la relación cuando ya estaba vigente la ley 45/2002, que restableció los aludidos salarios de trámite. El problema de la aplicación de las normas en el tiempo se dirime, en relación estrictamente con la responsabilidad del FOGASA, en función de la fecha en que haya recaído el auto de insolvencia, que es el que determina dicha responsabilidad.

## **8. Subrogación empresarial**

### **8.1. Subrogación prevista en convenio colectivo**

Dice la **STS de 20-9-2006 (Rc 3671/05)** que el incumplimiento por parte de la empresa de vigilancia y seguridad saliente del **plazo para remitir a la nueva concesionaria la documentación exigida por el convenio** y referida a los trabajadores afectados no puede perjudicar el derecho de estos últimos a ser incorporados a la plantilla de la nueva empresa adjudicataria del servicio. Si bien no podrá ser la propia empresa incumplidora la que imponga o exija la subrogación.

El **Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad** dispone asimismo que la nueva adjudicataria del servicio habrá de subrogarse en la

posición de la anterior concesionaria y asumir a sus trabajadores —en concreto, los que tengan la **categoría de contador-pagador**— cuando la pérdida de facturación de la anterior empresa como consecuencia de la pérdida de la contrata equivalga al coste porcentual de un 1,25 de las retribuciones fijas contenidas en el Anexo del propio convenio correspondientes a dicha categoría. En la **STS de 20-7-2006 (Rc 2371/05)** se hace una interpretación literal de lo dispuesto en el convenio, excluyendo de cómputo las pagas extraordinarias, que no pueden ser consideradas retribuciones «fijas».

## 9. Tiempo de trabajo

### 9.1. *Tiempo de trabajo y horas de presencia*

La **STS de 20-2-2007 (Rc 3657/04)**, dictada por el Pleno y acompañada de un voto particular, aborda la cuestión relativa a si las denominadas «**horas de presencia**» o de espera que realizan los chóferes que prestan servicio para la Generalitat de Cataluña han de retribuirse, como mínimo, con el mismo importe que las horas ordinarias, o es correcto el valor fijado en el convenio de aplicación, al que acompaña un acuerdo de modificación. Y la referida sentencia retoma la distinción entre las horas que exceden de la jornada máxima legal y las que sólo lo hacen respecto de la jornada máxima fijada en el convenio, que suele ser inferior a aquélla. Respecto de las primeras opera el límite de derecho necesario fijado en el art. 35.1 ET, pero no ocurre lo mismo en relación con las segundas. Así, las horas de presencia sólo se retribuirán como horas extras si exceden del límite de la jornada máxima legal.

### 9.2. *Vacaciones anuales*

La **STS de 11-7-2006 (Rc 87/05)** solventa una cuestión de gran repercusión y tradicionalmente debatida, cual es la de las consecuencias de la **coincidencia entre el período vacacional y la situación de IT**, que entiende merece solución distinta a la adoptada por la Sala en su sentencia de 10-11-2005 (Rc 4291/04), en la que sí se aceptó la posibilidad de disfrutar del período vacacional en otro momento cuando el mismo se había solapado con el permiso por maternidad. Las razones que en un caso y otro concurren se entiende no son análogas, pues los intereses dignos de tutela no son coincidentes. De ahí que se siga en este caso la doctrina precedente sobre la imposibilidad de aplazar el disfrute de las vacaciones.

## 10. Trabajo asalariado

### 10.1. *Transportistas con vehículo propio*

La STS de 18-10-2006 (Rc 3939/05) reitera doctrina en cuanto a los criterios de **delimitación del contrato de trabajo respecto del contrato mercantil de transporte** —capacidad de carga y consiguiente obligación de obtener la autorización administrativa pertinente, y notas inherentes a la existencia de trabajo asalariado en el modo de realizar la prestación de los servicios, en particular, subordinación a las directrices de la empresa—; y en el caso concreto concluye estimando la existencia de una relación laboral.

## I. SEGURIDAD SOCIAL Y PERSONAL ESTATUTARIO

### 1. Derecho Internacional de la Seguridad Social

#### 1.1. *Aplicación del Convenio Europeo de Seguridad Social respecto del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Cómputo de las cotizaciones realizadas en Suiza*

La STS de 5 de febrero de 2007 (Rc 2912/05), reiterando la doctrina de la Sala contenida en SSTs de 12 de abril de 2006 (Rc 2445/05), establece que el período de cotización efectuado en Suiza es computable para cumplir el período de carencia exigido para causar en España el subsidio por desempleo de mayores de 52 años, puesto que el art. 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social establece también la totalización de los períodos cotizados en relación con la prestación por desempleo.

### 2. Derecho Comunitario de la Seguridad Social

#### 2.1. *Revisión de pensión de jubilación respecto de cotizante que acredita períodos de cotización en España y Holanda. Determinación de la base reguladora, cálculo de la prorrata temporis y fecha de efectos de la revisión*

La STS de 30 de enero de 2007 (R. 4557/05) constituye un compendio de jurisprudencia en relación con varios de los aspectos más recurrentemente planteados en la Sala en materia de Seguridad Social

de los migrantes. Así, en primer lugar, se recuerda que respecto de los períodos de cotización realizados en otros países comunitarios y que han de tenerse en cuenta para determinar el cálculo de la prestación en España, las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España [SSTS de 15 de octubre de 1993 (Rc 963/93), 3 y 18 de mayo de 1994 (Rc 2998/03 y 3673/93), 14 de noviembre de 1995 (Rc 429/95), 12 de febrero de 1997 (Rc 1876/95), 10, 12, 15 y 16 de marzo de 1999, (Rc 3796/97, 3792/96, 3016/96 y 2921/96), 30 de septiembre de 1999 (Rc 4300/98) y 7 de diciembre de 1999 (Rc 1202/99), doctrina que se ha reiterado, además, de forma específica para supuestos de cotizaciones en España y Holanda, al que se refiere el caso analizado; así, SSTS de 28 de mayo de 2002 (Rc 2838/01), 30 de septiembre de 2002 (Rc 231/02), 30 de septiembre de 2003 (Rc 4459/02), 28 de diciembre de 2004 (Rc 1956/03) y 31 de mayo de 2006 (Rc 3085/05)]. Por otra parte, se recuerda asimismo que las bonificaciones por edad de las cotizaciones previstas en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, en tanto que cotizaciones ficticias, han de tenerse en cuenta para al cálculo de la pensión teórica española, pero no para la determinación de la prorrata, al tratarse de cotizaciones ficticias, ajenas por tanto, a los principios de coordinación comunitarios [SSTS de 9 de octubre de 2001 (Rc 3629/00), 21 de octubre de 2002 (Rc 276/02), 25 de junio de 2003 (Rc 3838/02), 10 de noviembre de 2003 (Rc 3730/02), 16 de junio de 2004 (Rc 499/03), 22 de diciembre de 2004 (Rc 6079/03), 14 de abril de 2005 (Rc 2729/04), 18, y 27 de julio de 2005 (Rc 2675/04 y 3038/04), 7 de diciembre de 2005 (Rc 4741/04), y 31 de mayo de 2006 (Rc 3085/05), entre otras]. Por lo demás, el cálculo de la prorrata ha de hacerse en función de los períodos cotizados en todos los países en su totalidad, y no en atención a la duración máxima de la prestación prevista, al tratarse de una jubilación que se llevó a cabo antes de la modificación del reglamento 1408/71 por los Reglamentos 1248/92 y 118/97. En este sentido, y aunque obiter dicta, la Sala anuncia que la solución podría ser diferente para el período posterior, frente a lo defendido en SSTS de 9 de octubre de 2002 (Rc 3269/00), 11 de julio de 2006 (Rc 1991/05) y 31 de mayo de 2006 (Rc 3085/05), entre otras). Finalmente, y en cuanto a la fecha de efectos de la revisión de la pensión solicitada, se recuerda que la misma ha de retrotraerse a la fecha inicial de reconocimiento de la pensión con el límite de prescripción de cinco años [SSTS de 25 de marzo de 1993

(Rc 690/92), 7 de julio de 1993 (Rc 1193/02), 14 de marzo de 1995 (Rc 2442/94), 22 de noviembre de 1996 (Rc 3448/95), 8 de marzo de 1999 (Rc 196/98), 26 de marzo de 2001 (Rc 4196/00), 7 de febrero de 2002 (Rc 2129/01), 11 de junio de 2003 (Rc 3759/02), 27 de octubre de 2004 (Rc 5611/03), y 21 de noviembre de 2006 (Rc 3897/05).

## ***2.2. Acceso a la prestación por desempleo: se exige haber cubierto el último período de cotización en el país en el que se pretende causar la prestación***

Para la STS de 29 de julio de 2006 (Rc 4133/04), un trabajador que retorna a España después de haber trabajado primero en España desde el 17-8 a 16-9-2000, habiendo emigrado posteriormente a Gran Bretaña, donde trabajó desde el 26-3-2001 al 31-12-2002, no tiene derecho a percibir la prestación por desempleo en España, puesto que, en aplicación del art. 67-3 del Reglamento Comunitario 1408/71, para tener derecho a dicha prestación, debía haber cubierto el último período de cotización en España. La Sala recuerda asimismo que el art. 71.1.b (ii) del citado Reglamento no es de aplicación para aquellos supuestos en que la residencia esté fijada en país distinto a aquel en el que se solicita la prestación. En efecto, el trabajador solicitó prestación en España, teniendo fijada su residencia en Gran Bretaña, como se desprende del hecho de haber trabajado allí durante los dos últimos años.

## **3. Accidente de trabajo y enfermedad profesional**

### ***3.1. No se aplica la presunción de accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo a un infarto de miocardio acaecido en los vestuarios de la empresa una vez finalizada la jornada laboral***

En la misma línea en la que el Tribunal Supremo ya se pronunció también de forma reciente en la STS de 20 de diciembre de 2005 (Rc 1945/04), en la **STS de 20 de noviembre de 2006 (Rc 3387/05)**, entiendo que **no se aplica la presunción de accidente de trabajo prevista en el art. 115.3 LGSS al infarto de miocardio acaecido en los vestuarios una vez finalizada la jornada laboral**. Ello no obstante, este hecho no impide que la contingencia se declare derivada de accidente de trabajo,

al haberse acreditado por la viuda que el accidente se produjo por causas relacionadas con la actividad laboral (consta que en la jornada en la que falleció el operario y en la anterior llevó a cabo sus funciones de especialista pintor corriendo andamios, pintando naves bajo un techo de uralita bajo un intenso calor —verano de 2003— a 7 u 8 metros del altura y en condiciones agotadoras).

### ***3.2. La presunción de accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo no se extiende a nuevas bajas originadas por patologías no producidas en tiempo y lugar de trabajo***

Por otra parte, la **STS de 25 de enero de 2007 (Rc 3599/05)**, ha señalado que **la presunción de accidente de trabajo en tiempo y lugar de trabajo contenida en el art. 15.3 LGSS no se extiende automáticamente a las nuevas bajas originadas por incidentes patológicos no producidos en el lugar y tiempo de trabajo**, salvo que se demuestre su relación causal directa con otras bajas anteriores que sí se beneficiaron de la presunción legal citada. Esta doctrina se reitera asimismo en la **STS de 22 de enero de 2007 (Rc 35/05)**.

### ***3.3. Conceptos de accidente de trabajo en misión e in itinere. No son de aplicación a un trabajador que sufre hemorragia encefálica mientras pernoctaba en un hotel, teniendo en cuenta que el trabajador transportaba muebles de una a otra ciudad como actividad habitual***

La Sala ha procedido a delimitar los **conceptos de accidente de trabajo «en misión» e «in itinere»** en la importante **STS de 6 de marzo de 2007 (Rc 3415/05)** que, además, ha sido dictada en Sala General. La sentencia analiza el caso de un trabajador que debía transportar unos muebles a otra ciudad y, tras ejecutar el encargo, se fue a pasar la noche a un hotel, amaneciendo muerto al haberse producido durante la noche una hemorragia encefálica. La Sala considera que no toda enfermedad o accidente que ocurre durante una «misión» —entendida por tal aquella que supone un desplazamiento por parte del trabajador para desarrollar una actividad concreta encargada por el empleador— puesto que durante la misma, pueden existir momentos de descanso o de ocio, que no se encuentran protegidos por el concepto de accidente de trabajo diseñado

en la LGSS. En este sentido, la Sala rectifica la STS de 24 de septiembre de 2001 que, además, era la sentencia invocada como contradictoria en el caso juzgado. En concreto, la Sala considera que en el presente supuesto no se ha producido un accidente en misión en sentido propio, en primer lugar, porque la actividad habitual del trabajador era el transporte, por lo que la actividad desarrollada era la normal, frente a lo que suele suceder en un caso de accidente en misión. Pero, sea como fuere, ha de distinguirse tres períodos temporales en la vida del trabajador: el tiempo de trabajo, el tiempo de disponibilidad y el tiempo de descanso. **La sentencia llega a la conclusión de que el fallecimiento se produjo durante la noche, en tiempo de descanso y, en consecuencia, no se encuentra relacionado con el trabajo que se debía desarrollar.** De la misma forma, tampoco se trata de un accidente «in itinere», porque el óbito no se produjo al ir o al volver del trabajo, sino durante el tiempo de descanso nocturno.

### ***3.4. Accidente in itinere: no lo es el accidente de tráfico ocurrido durante la realización de una gestión privada en la agencia tributaria en tiempo de trabajo, aun con consentimiento del empresario***

En relación también con el accidente «in itinere», la STS de 29 de marzo de 2007 (Rc 210/06), con base en las SSTS de 29 de septiembre de 1997 (Rc 2685/96), 19 de enero de 2005 (Rc 6543/03) y 20 de septiembre de 2005 (Rc 4031/04), señala que **no puede calificarse como tal a aquel accidente de tráfico ocurrido durante la realización de una gestión de carácter privado en la agencia tributaria, pese a realizarse el desplazamiento en horario de trabajo y con autorización expresa del empleador.** En efecto, el accidente de trabajo «in itinere» exige «la simultánea concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo (elemento teleológico); b) que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico) c) que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; d) que

el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de idoneidad del medio)».

### ***3.5. Concepto de enfermedad profesional. Cáncer de laringe producido por inhalación de polvo de amianto***

En el caso analizado por la STS de 13 de noviembre de 2006 (Rc 2539/05) se discute **si la enfermedad padecida por el trabajador, de claro origen profesional, debe encuadrarse como enfermedad profesional o como enfermedad de trabajo (accidente de trabajo)**. Considera la Sala que cabe encuadrar el cáncer de laringe producido por inhalación prolongada en el puesto de trabajo de polvo de amianto en el concepto listado en el punto 6, del apartado c) de la lista recogida en el RD 1995/1978, relativo a «enfermedades causadas por irritación de las vías aéreas superiores por inhalación o ingestión de polvos, líquidos, gases o vapores». De esta sentencia se desprende que la lista de enfermedades profesionales es cerrada, pero las enfermedades susceptibles de subsunción en algunos de los apartados previstos por el Real Decreto citado han de ser interpretadas, puesto que, en ocasiones, sólo se hace referencia a la causa de la enfermedad, pero no a la enfermedad en sí.

### ***3.6. Acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo: la prescripción comienza a computar desde la resolución firme que fija las dolencias y secuelas y no desde el alta médica***

Desarrollando la doctrina contenida en SSTS 22 de marzo de 2001 (Rc 2231/01) y de 20 de abril de 2004 (Rc 1954/2004), que declararon que el **cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo se inicia en aquella fecha en que el accidentado adquiere un cabal conocimiento del alcance de sus lesiones y secuelas**, la STS de 4 de julio de 2006 (Rc 834/05) establece que **dicho momento no ha de equipararse con el alta médica sino con la resolución firme de incapacidad permanente que fija las dolencias y secuelas**. En consecuencia, no es relevante para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción referida el que se haya impuesto a la empresa el recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral.

### ***3.7. El transcurso de un amplio período entre el accidente de trabajo y la declaración de incapacidad permanente no es óbice para fijar la responsabilidad del pago de la prestación en función de quien aseguraba el riesgo en el momento del hecho causante***

La STS de 30 de abril de 2007 (Rc 829/06) ha llegado a la conclusión de que **el transcurso de un amplio período de tiempo entre el hecho causante y la declaración de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo** no es óbice para aplicar la doctrina contenida en la STS de 30 de septiembre de 2003 (Rc 1163/02), entre otras, según la cual es responsable del pago de la prestación la entidad que aseguraba el riesgo de accidente de trabajo en el momento del hecho causante. Esta doctrina se ha mantenido por la Sala tanto en los supuestos de reaseguro [SSTS de 1 de febrero de 2000 (Rc 200/99), 7 de febrero de 2000 (Rc 435/99), 21-3-2000 (Rc 2445/99), 14-3-2000 (Rc 3259/99), entre otras], como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social [SSTS de 18-4-2000 (Rc 3112/99), 20-7-2000 (Rc 3142/99) o 21-9-2000 (Rc 2021/99)].

### ***3.8. Responsabilidad empresarial respecto de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Gravedad de los descubiertos en el pago de las primas de seguro***

La STS de 16 de mayo de 2007, R. 4263/05, de Sala General, reitera doctrina a la hora de fijar la **responsabilidad empresarial en el abono de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo cuando se han producido descubiertos**. En este caso, ha de estarse a la gravedad del incumplimiento. En este caso, al haber sido el incumplimiento de más de dos años, se estima que fue grave, y que la empresa ha de asumir el abono en su totalidad de la prestación causada. En este sentido, la Sala no toma en consideración la conducta empresarial de posterior abono de las cuotas en descubiertos, puesto que la Sala considera que sólo se puede tomar en consideración la conducta empresarial hasta la producción del hecho causante. La sentencia cuenta con dos votos particulares, en los que se incide sobre la necesidad de que la Sala aborde la fijación de ciertas reglas de moderación de la responsabilidad empresarial en función de la gravedad del incumplimiento en el conjunto de la carrera de seguro que ha generado la prestación.

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

### ***4.1. Los intereses de capitalización del capital coste del recargo se devengan desde la fecha de efectos de la prestación económica y no desde la fecha de la resolución firme que impone el recargo***

La STS de 21 de julio de 2006 (Rc 2031/05) se plantea la naturaleza jurídica de **los intereses de capitalización del capital coste del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral**. La Sala, apoyándose en la STS de 10 de diciembre de 1998 (Rc 4078/97), que reconoce naturaleza de verdadera prestación al recargo estudiado, y en la STS de 27 de junio de 1996 (Rc 2658/95), que considera a los intereses de capitalización un «acto único», llega a la conclusión de que tales intereses no son moratorios, sino que forman parte del capital coste desde que se produce el hechos causante (en el presente caso, el fallecimiento del trabajador). Por todo ello, los citados intereses **se devengan desde la fecha de efectos de la prestación económica y no desde la fecha de la resolución firme que impone el recargo**.

### ***4.2. El plazo de 135 días previsto en la legislación de Seguridad Social para resolver el expediente de incapacidad no es de caducidad, sino que abre la vía judicial para los personados en expediente***

Las SSTS de 9 de octubre de 2006 (Rc 3279/05), 21 de noviembre de 2006 (Rc 1079/05), 5 de diciembre de 2006 (Rc 2531/05), 14 de febrero de 2007 (Rc 5128/05) y 27 de marzo de 2007 (Rc 639/06), han recordado que la superación del plazo de 135 días previsto específicamente para resolver el expediente administrativo de recargo de prestaciones en el caso de las incapacidades laborales, como la superación del plazo genérico previsto por la legislación administrativa de seis meses, no provocan la nulidad del expediente, ya que no se trata de plazos de caducidad. Por el contrario, en la medida en que genera derechos, el expediente ha de entenderse desestimado por silencio administrativo negativo, abriéndose para los interesados que se han personado en el citado expediente la correspondiente vía judicial, sin perjuicio de que la Administración pueda y deba resolver el mismo mediante resolución expresa.

### ***4.3. El dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción aplicable al recargo es único para todas las prestaciones y coincide con la última prestación reconocida***

La STS de 12 de febrero de 2007 (Rc 4491/05) ha reiterado la doctrina contenida en la STS de 9 de febrero de 2006 (Rc 4100/04), la cual, 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, aplicó 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**. El plazo de prescripción 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.

## **5. Desempleo**

### ***5.1. Aplicación del supuesto extintivo de la prestación por desempleo consistente en trabajar por cuenta propia por más de dos años. Se requieren dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley 45/02***

La STS de 18 de octubre de 2006 (Rc 3606/05) analiza el alcance retroactivo de la nueva disposición introducida por la Ley 45/2002 en el sentido de que el trabajo por cuenta propia por más de dos años supone la extinción definitiva de la prestación por desempleo causada. En concreto, se plantea si la norma es aplicable a aquellos desempleados que, teniendo reconocida una prestación por desempleo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, no cumplen el período de los dos años como trabajadores por cuenta propia exigidos, salvo que se compute el período anterior a la entrada en vigor de la citada Ley. La Sala llega a la conclusión de que la Ley no es de aplicación a tales supuestos, debiendo exigirse para la aplicación del precepto, que se estuviera trabajando por cuenta propia dos años contados a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley. En el

mismo sentido se ha dictado con posterioridad la **STS de 29 de marzo de 2007 (Rc 4773/05)**.

***5.2. La prestación por desempleo solicitada una vez transcurridos los primeros quince días de plazo, produce efectos desde la fecha de la solicitud***

Según la **STS de 22 de noviembre de 2006 (Rc 3767/05)**, la **prestación por desempleo solicitada una vez transcurridos los quince días previstos por la legislación vigente, produce efectos desde la fecha de la solicitud**, debiéndose descontar a efectos de determinar la duración de la prestación los días transcurridos desde el momento en que se hubiera podido iniciar el disfrute de la prestación de haberse solicitado en tiempo y forma y no a partir del cumplimiento del plazo de los quince días previstos por la LGSS.

***5.3. Cumplimiento de las obligaciones formales de comunicar el inicio de un nuevo trabajo. Debe hacerse de inmediato y, en todo caso, antes de finalizar el mes en el que se produzca esta circunstancia***

En el caso de la **STS de 7 de diciembre de 2006 (Rc 3344/05)**, se considera adecuada la sanción de extinción de la prestación por desempleo impuesta a quien tardó dos meses en **comunicar el inicio de un nuevo trabajo**. La Sala entiende que dicha circunstancia de ha de comunicar **de inmediato** y, en todo caso, antes de la finalización del mes, para evitar así la percepción de una mensualidad indebida.

***5.4. Prestación por desempleo a tiempo parcial: el período de ocupación cotizada ha de coincidir con el efectivamente trabajador, con independencia de que se haya cotizado durante todo el año***

La **STS de 13 de febrero de 2007 (Rc 5521/05)** analiza la **forma de calcular la duración de la prestación por desempleo en aquellos supuestos específicos de contratación a tiempo parcial celebrada como consecuencia de la jubilación parcial de otro trabajador**, en los que el período cotizado durante el año no coincide con el período de «ocupación cotizada». Según la sentencia, «siendo esto así y teniendo en

cuenta cual es la razón que legitima la percepción de la prestación de desempleo, que no es otra que la pérdida del trabajo u ocupación laboral, obviamente solo ha de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año y que, también, se considere como día cotizado entero aquel en el que, solo parcialmente, se desarrolló la actividad laboral». En el mismo sentido se ha pronunciado en un supuesto similar la **STS de 16 de marzo de 2007 (Rc 435/06)**.

### ***5.5. Sólo procede el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de desempleo si se abonan efectivamente los salarios de tramitación que la empresa fue condenada a pagar***

Asimismo, la **STS de 26 de marzo de 2007 (Rc 1646/06)**, aborda un supuesto muy específico pero interesante anterior a la entrada en vigor de la Ley 42/2006. Se plantea en la sentencia la procedencia de **reintegrar cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo por indebidas**. En concreto, la prestación inicial por desempleo se reconoció a partir del cese por despido del trabajador, pero luego dicho despido fue declarado improcedente, con opción por la readmisión y posterior declaración de extinción por la vía del incidente de no readmisión, reconociéndose finalmente una indemnización y un derecho a salarios de tramitación que no llegaron a percibirse por parte del trabajador, sin que fueran abonados por la empresa, debido a insolvencia de la misma, ni tampoco por el FOGASA. La Sala llega a la conclusión de que no pueden considerarse dichas cantidades como indebidas, porque **la finalidad de la norma es evitar la doble percepción de unas rentas sustitutivas del salario, que no se da en el presente caso, puesto que nadie se ha hecho cargo de abonar los salarios de tramitación que la empresa fue condenada a pagar**.

### ***5.6. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años: cómputo de rentas***

En relación con la prestación por desempleo en su nivel asistencial, y siguiendo la doctrina contenida en las SSTS de 16 de mayo de 2003 (Rc 2238/02), 13 de octubre de 2003 (Rc 4258/02) y 11 de octubre de

2005 (Rc 3399/04), la **STS de 20 de febrero de 2007 (Rc 4025/05)** entiende que para determinar el derecho a la percepción del **subsidio por desempleo para mayores de 52 años, el importe del capital del plan de pensiones computa íntegramente en el año que se percibe**. Igualmente la **STS de 27 de marzo de 2007 (Rc 5391/05)** establece que **el incremento patrimonial de resultados de la enajenación de un inmueble es computable como renta** a los efectos del art. 215 LGSS, en su redacción vigente tras la entrada en vigor de la Ley 45/02.

## 6. Incapacidad temporal

### *6.1. Cumplimiento del requisito del alta en el momento de causar una prestación de incapacidad temporal por recaída*

La **STS de 27 de junio de 2006 (Rc 1372/04)** analiza si tiene derecho al subsidio de incapacidad temporal un trabajador —en este caso, autónomo— que no se encontraba de alta en el momento de la recaída, aunque sí cuando se inició el primer proceso de incapacidad temporal, del cual el segundo trae causa. La Sala, aplicando a contrario sensu la doctrina contenida en las SSTS de 6 de noviembre de 2000 (Rc 2698/99), en la que se cita literalmente la de 24 de noviembre de 1998 (Rc 1206/98) y en la que se recogen otras anteriores, como las de 9 de junio de 1997 (Rc 4627/96) y 18 de febrero de 1999 (Rc 1587/98), considera que la normativa que toma en consideración las recaídas sólo lo hace a efectos del determinar el período máximo de duración de la incapacidad temporal, pero no con la finalidad de entender cumplidos otros requisitos necesarios para causar la prestación, como en el presente caso, el alta en la Seguridad Social. De esta forma, y **aunque se trate de una recaída, el trabajador ha de cumplir todos los requisitos para causar la prestación de incapacidad temporal, incluido el de estar de alta**. Reitera esta doctrina la **STS de 6 de julio de 2006 (Rc 51/06)**.

### *6.2. Responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización cuando se inicia incapacidad temporal al día siguiente de la efectividad del despido y este es posteriormente declarado improcedente*

En la STS de 5 de julio de 2006 (Rc 1090/05) la Sala, en primer lugar, aprecia la existencia de contradicción pese a que la doctrina con-

tenida en la sentencia de contraste era similar a la contenida en la recurrida. En efecto, la sentencia de contraste contenía un fallo de signo contrario al de la recurrida, pese a contar con la misma doctrina. La Sala entiende que el elemento que hace contradictoria a la sentencia no es su fundamentación jurídica, sino su fallo. Tras ello reitera la doctrina contenida en la STS de 22 de julio de 2004 (Rc 4037/03). En aquella, como en esta, se analiza si existe responsabilidad de la empresa por incumplimiento de las obligaciones de alta y/o cotización cuando da de baja a un trabajador despedido y este inicia período de baja por incapacidad temporal al día siguiente de su efectividad. Con posterioridad, el despido ha sido declarado improcedente, siendo la empresa condenada al abono de los salarios de tramitación. La empresa se ha hecho cargo del abono de la incapacidad temporal hasta el momento de optar por la indemnización, considerando que es el INSS el responsable de las cuantías posteriores. La Sala reitera su doctrina de que el período en cuestión debe considerarse sometido a un alta condicional, por lo que el empresario cumple cuando, con posterioridad cotiza y procede a tramitar el alta y la baja por el período una vez que se ha declarado el despido improcedente. Así debe entenderse al menos hasta la reforma introducida por la Ley 45/02.

### ***6.3. Entidad responsable del abono de la incapacidad temporal iniciada estando vigente el contrato de trabajo pero que continúa tras la finalización de la relación laboral, momento en que la empresa decide modificar la entidad que asegura el riesgo***

La **STS de 12 de julio de 2006 (Rc 1493/05)** analiza el caso de un trabajador que inició incapacidad temporal por enfermedad común estando vigente su contrato de trabajo. Tras la finalización de la relación laboral, la empresa optó por cambiar el aseguramiento de la incapacidad temporal por contingencias comunes de la Mutua que venía cubriendo dicho riesgo al INSS. El trabajador continuó en incapacidad temporal en un proceso que se prolongó incluso después de que el INSS asumiera el aseguramiento. La Mutua considera que no ha de hacerse cargo del abono de la prestación de incapacidad temporal una vez finalizada la relación de aseguramiento con la empresa. La sentencia llega a la conclusión de que es **la Mutua la responsable del abono de la totalidad de la prestación de incapacidad temporal, puesto que fue quien recibió las cotizaciones que cubrían la actualización del riesgo de inca-**

**pacidad temporal del trabajador.** En el mismo sentido que la sentencia anterior se han pronunciado las **SSTS de 19 de julio de 2006 (Rc 5471/04)** y **2 de septiembre de 2006 (Rc 2008/05)**.

**6.4. Entidad que ha de hacerse cargo del abono de la prestación de incapacidad temporal iniciada al día siguiente de la extinción del contrato de trabajo, durante el período de vacaciones**

La **STS de 29 de marzo de 2007 (Rc 4047/05)** analiza un específico supuesto en el que se aplica la LGSS una vez entrada en vigor la reforma introducida por la Ley 45/2002. La sentencia entiende que **corresponde a la Mutua aseguradora del riesgo de incapacidad temporal por enfermedad común la responsabilidad del abono de una incapacidad temporal producida el día siguiente a la extinción del contrato de trabajo, durante el período de disfrute de las vacaciones**, período que está contemplado como de situación asimilada al alta. De la misma forma, y según jurisprudencia reiterada, a saber, las SSTS de 12 de julio de 2006 (Rc 1493/05) y 19 de julio de 2006 (Rc 5471/04), la Mutua también es responsable del abono de la prestación, una vez finalizado el disfrute de las vacaciones, e iniciada la situación de desempleo. En efecto, la «responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de esa aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. No se paga la prestación porque continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo. Y, desde luego, es contrario a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al Instituto Nacional de la Seguridad Social la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas».

**6.5. No cabe moderar la responsabilidad empresarial por prestaciones derivadas de contingencias comunes en supuestos de infracotización**

La Sala, apoyándose en el precedente que constituye la STS de 16 de junio de 2005 (Rc 3332/03), entiende en la **STS de 4 de octubre de 2006 (Rc 1798/05)** que, en supuestos de **infracotización**, al contrario de lo que sucede en los casos de ausencia de cotización, **no es posible**,

salvo casos excepcionales, moderar la responsabilidad relativa a la diferencia de la prestación por contingencias comunes.

#### ***6.6. Facultades de la Mutua para extinguir la prestación de incapacidad temporal: alcance***

Según la STS de 5 de octubre de 2006 (Rc 2966/05), la Mutua no está facultada para extinguir la prestación de incapacidad temporal por el hecho de que el trabajador realice actividad laboral por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio. Tal decisión constituye materia sancionadora y está reservada a las entidades gestoras, teniendo la Mutua un mero carácter auxiliar, pese a que a ella corresponde el pago y control de la prestación referida. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS de 9 de octubre de 2006 (Rc 2905/04). La STS de 7 de marzo de 2007 (Rc 5410/05), aunque se refiere a supuesto distinto del anterior, viene a matizar esta doctrina, en la medida en que entiende que la Mutua que cubre el riesgo está facultada para extinguir la prestación por el hecho de que el asegurado no comparezca, ni justifique su ausencia, a reconocimiento médico. Según dicha sentencia, la conducta incide en la determinación jurídico-prestacional y su control entraña una facultad de gestión de la prestación encomendada por la Ley a la Mutua. En esta medida, no se trata de un acto de sanción, que sí estaría reservado a la entidad gestora de la prestación. La sentencia concluye señalando que, mientras que la Mutua tiene competencias extintivas para los supuestos recogidos en el art. 131.bis LGSS, por tratarse de facultades relacionadas con la gestión de la prestación, no sucede así con los supuestos previstos en el art. 132 LGSS, que según se señaló en las SSTs de 5 y 9 de octubre de 2006 mencionadas, constituyen competencias sancionadoras y, en esta medida, están reservadas a las entidades gestoras de la Seguridad Social en sentido estricto, por lo que no son competencia de las Mutuas. En este mismo sentido se ha pronunciado la STS de 23 de abril de 2007 (Rc 900/06).

#### ***6.7. Competencia del INSS para determinar la contingencia causante de la incapacidad temporal. Competencia de los servicios públicos de salud para dar de baja médica a trabajador que ha sido dado de alta por curación por parte de la Mutua***

En la STS de 15 de noviembre de 2006 (Rc 1982/05) se analiza la competencia del INSS para determinar la contingencia causante de

la **incapacidad temporal después de un alta médica dada por la Mutua en proceso por incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo**, habiéndose producido con posterioridad una nueva baja médica por enfermedad común extendida por el servicio público de salud. La Sala recuerda que **los servicios médicos de salud son en todo caso competentes para la declaración de una baja médica si se dan los requisitos para ello, ya que negar dicha competencia supondría una desprotección para el beneficiario de la Seguridad Social**. Asimismo, y en todo caso, la entidad gestora tiene competencia para fijar y revisar la contingencia causante de una prestación. Dicha doctrina se ha reiterado por la **STS de 15 de noviembre de 2006 (Rc 2027/05)** y la **STS de 8 de febrero de 2007 (Rc 4429/05)**. La **STS de 27 de febrero de 2005 (Rc 3969/05)**, ha señalado que, tal vez la solución sería distinta si al supuesto hubiese resultado de aplicación el art. 61 del RD 428/04, pero hay que tener en cuenta en todo caso que dicha norma fue nuevamente modificada por RD 1041/05, volviéndose a adoptar un criterio acorde con el jurisprudencial referido. Véase, asimismo, recogiendo esta matización, la **STS de 18 de abril de 2007 (Rc 5478/05)**.

***6.8. Determinación del importe de la prestación de incapacidad temporal para quienes estaban percibiendo la prestación con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/01 pero ven extinguido su contrato con posterioridad la misma***

La **STS de 18 de octubre de 2006 (Rc 2408/05)** se plantea si la nueva regulación del art. 222.1 LGSS establecida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre sobre el importe de la **prestación de incapacidad temporal** para los supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando se está percibiendo dicha prestación, es aplicable a las situaciones de incapacidad temporal surgidas antes de su vigencia, o si, por el contrario, esa regulación sólo puede aplicarse a las situaciones de incapacidad temporal posteriores a la fecha en que la reforma entró en vigor. La sentencia, entendiendo aplicable al supuesto la doctrina contenida en las SSTS de 5 de junio de 1992 (Rc 2148/91), 30 de noviembre de 1992 (Rc 783/92), 10 de abril de 1996 (Rc 3409/95), 28 de febrero de 1997 (Rc 2424/96), 18 de marzo de 1997 (Rc 3527/96), 20 de marzo de 1997 (Rc 3027/96 y 3366/96), 22 de abril de 1997 (Rc 2669/96), 5 de mayo de 1997 (Rc 3977/96), 7 de julio de 1997 (Rc 2805/96), 17 de diciembre de 1997 (Rc 1232/97), 22 de julio de 1998 (Rc 3559/97), 3

de noviembre de 1999 (Rc 1006/99), 16 de octubre de 2003 (Rc 901/03) y 10 de febrero de 2004 (Rc 2880/03), según las cuales ante la ausencia de una regulación transitoria específica, hay que estar a la regla general contenida en la DT 1ª LGSS, que ha de interpretarse en el sentido de que establece, como relevante, a efectos de determinar la norma aplicable en casos de sucesión normativa, el propio hecho causante de la prestación. **Teniendo en cuenta que en el presente caso, el hecho causante había surgido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/01, la prestación ha de regirse por la regulación anterior.**

### ***6.9. Acceso al subsidio de incapacidad temporal por quien en el momento de producirse el hecho causante ha sido suspendido por sanción de la percepción de la prestación por desempleo***

En el caso analizado por la STS de 18 de abril de 2007, R. 1769/06, se plantea si **ha de considerarse de alta o en situación asimilada al alta, a efectos de causar la prestación de incapacidad temporal, al trabajador que se encuentra suspendido de la prestación por desempleo en cumplimiento de una sanción leve.** La Sala entiende que ha de procederse a una interpretación flexibilizadora de los preceptos en cuestión, ya que considerar que el trabajador se encuentra en situación de no alta genera un efecto desproporcionado, multiplicando los efectos de la sanción impuesta. Por ello, la Sala considera que ha de considerarse al trabajador en situación de alta o asimilada al alta, pero no comenzará a percibir la prestación de incapacidad temporal sino una vez que haya cumplido la sanción de suspensión de un mes que se le impuso en el ámbito de la prestación por desempleo.

## **7. Maternidad**

### ***7.1. Determinación de la base reguladora. Cómputo de un bonus discrecional que se percibe de forma no periódica***

En cuanto a la prestación de maternidad, la **STS de 16 de noviembre de 2006 (Rc 1471/05)**, en un caso de determinación de la base reguladora correspondiente a la prestación de maternidad, llega a la conclu-

sión de que **un bonus discrecional** tiene la condición de complemento no periódico, por lo que **ha de considerarse como una percepción anual a efectos de su cómputo en el base reguladora.**

### ***7.2. Solicitud de prestación por maternidad al día siguiente de finalizar incapacidad temporal cuando la trabajadora se dio de baja en el RETA meses antes de la solicitud. La solicitante no se encuentra en situación asimilada al alta***

La **STS de 25 de enero de 2007 (Rc 5139/05)** establece que no está en **situación asimilada al alta** la trabajadora del RETA que inicia incapacidad temporal el 17/6/2003, dándose de baja en el RETA el 30/6/2003, y obteniendo el alta médica el 2/10/2003, inicia el descanso maternal el 3/10/2003. Es cierto que, según las SSTS de 20 de enero de 1995 (Rc 962/94 y 1281/94), en jurisprudencia que ha sido reiterada en multitud de ocasiones, se ha establecido el flexible criterio de que **a efectos de protección por la contingencia de maternidad, debe considerarse en situación asimilada al alta la trabajadora que causa baja por maternidad al día siguiente al de haber sido dada de alta médica en ILT —actual incapacidad temporal— por enfermedad común, en la modalidad de pago directo por el INSS por haberse extinguido su contrato de trabajo.** Pero en el presente caso no consta la involuntariedad de la trabajadora en el apartamiento de una situación activa, puesto que la misma se dio de baja de forma voluntaria en el RETA antes de finalizar el período de incapacidad temporal.

### ***7.3. Cómputo del período de carencia en supuestos de contratos a tiempo parcial***

Por su parte, la **STS de 29 de enero de 2007 (Rc 4667/05)** establece que el **período de carencia de la prestación de maternidad**, que es, como es sabido, de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores, debe calcularse en el caso **de una trabajadora que ha sido contratada a tiempo parcial, incrementando dicho período en la misma proporción en la que se haya reducido la jornada efectivamente realizada respecto de la jornada habitual en la actividad correspondiente y no en proporción a los días efectivamente cotizados.**

## 8. Incapacidad permanente e invalidez

### 8.1. *El momento en que ha de cumplirse el requisito de encontrarse de alta o asimilada al alta es el del accidente no laboral y no el día de solicitud de la prestación*

La STS de 1 de junio de 2006 (Rc 904/05) analiza un supuesto en el que la solicitante de la prestación de incapacidad permanente había sufrido varios accidentes no laborales, no encontrándose de alta cuando estos se produjeron, aunque sí con posterioridad, en el momento de solicitud de la prestación. La Sala entiende que **el requisito de afiliación y alta o situación asimilada al alta se debe cumplir cuando se produce la contingencia causante**, a saber, el accidente no laboral, sin que sean relevantes otros momentos, como el de solicitud de la prestación.

### 8.2. *El cuadro de lesiones y secuelas que se padecen ha de analizarse en el momento en que se inicia el expediente de invalidez, incluso en el supuesto de que se trate de agravación de lesiones preexistentes*

La STS 28 de noviembre de 2006 (Rc 4126/05) analiza el momento en que han de tomarse en consideración las lesiones y secuelas que se padecen a efectos de declaración de una incapacidad permanente, en este caso, de total. La Sala reitera su doctrina de que hay que estar al momento en que se inicia el expediente de invalidez, incluso en el supuesto de que se trate de agravación de lesiones preexistentes a la afiliación y alta. Por otra parte, reconoce el grado de incapacidad permanente total sin derecho al complemento del 20%, por no haber alcanzado aún el causante los 55 años de edad.

### 8.3. *Determinación de la profesión habitual de un trabajador diagnosticado de enfermedad profesional (asbestosis) tras un prolongado período de tiempo desde que se produjo la exposición al polvo de amianto*

En cuanto al concepto de profesión habitual en la incapacidad permanente, la STS de 18 de enero de 2007 (Rc 2827/05) ha abordado un interesante supuesto en el que debía determinarse la profesión habitual del trabajador cuando la enfermedad profesional ha estado latente durante

mucho tiempo. En concreto, se trata de un supuesto de asbestosis, enfermedad que el trabajador adquirió como consecuencia de su exposición al amianto hasta el año 1969. En la actualidad, el trabajador se encontraba de alta en el RETA y solicita la prestación de incapacidad permanente en el Régimen General y por la enfermedad profesional citada. Si se atiende a la profesión habitual ejercida durante el último año anterior a la solicitud de la incapacidad permanente (trabajo agrario) o a la profesión habitual que efectivamente causó la enfermedad profesional que ha generado en última instancia la incapacidad que se reclama. La Sala entiende que, al igual que se regula de forma expresa en ciertos Regímenes Especiales para enfermedades profesionales de larga evolución, como la silicosis, ha de llegarse a la conclusión de que la LGSS no permite llegar a una solución que escinda la profesión habitual ejercida de la enfermedad profesional causante, por lo que ha de moralizarse lo dispuesto en el art. 11.2 de la OM de 15 de abril de 1969 y entender que, en este caso, la profesión habitual del trabajador era la de oficial de la industria química.

#### ***8.4. No cabe computar para el cumplimiento del período de carencia el período de tiempo en que se permaneció de baja médica pero sin subsidio, por carecer del período mínimo de cotización exigible***

La STS de 13 de marzo de 2007 (Rc 4843/04) aborda un supuesto en el que la Sala entiende que no cabe computar para el cálculo del período mínimo de cotización exigible el tiempo de duración máxima o de prórroga de la incapacidad temporal cuando únicamente se estaba en situación de baja médica, sin percibir el subsidio por no tener carencia para ello. La Sala modifica el criterio jurisprudencial contenido en las SSTS de 2 de febrero de 2004 (Rc 4806/02), 3 de febrero de 2004 (Rc 1525/03) y en la propia de contraste, de 10 de marzo de 2004 (Rc 2429/03) debido a la nueva redacción del art. 4.4.º del RD 1799/1985, de 2 de octubre, en la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional Séptima del RD 4/1998.

#### ***8.5. Determinación de la base reguladora en supuestos de incapacidad permanente absoluta derivados de accidente no laboral***

Siguiendo la doctrina de la Sala contenida en las SSTS de 10 de abril de 2001 (Rc 3999/00), 15 de octubre de 2002 (Rc 832/02), 4 de octubre de

2004 (Rc 3604/03), 21 de marzo de 2005 (Rc 878/04) y 27/02/2006 (Rc 88/05), la STS de 4 de abril de 2007 (Rc 5571/05) ha señalado que la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta por accidente no laboral se determina en función del art. 7 del D 1646/72 y no en función del art. 140 LGSS, salvo cuando el trabajador no se encuentra de alta o en situación asimilada al alta [STS de 15 de octubre de 2002 (Rc 832/03)]. La razón, según la sentencia, se debe a que «la previsión del art. 7 del Decreto 1646/1972 de factores de la base reguladora más cortos —veinticuatro meses de cotización divididos por veintiocho— se ajusta a las características peculiares de la situación de invalidez permanente total del accidente no laboral, la cual puede afectar obviamente a trabajadores que llevan escaso tiempo en la vida profesional, y no determina necesariamente su exclusión de la población activa. De ahí que la falta de previsión expresa de este supuesto en el art. 140 de la LGSS-94 deba ser entendida en este caso como mandato de exclusión (inclusio unius, exclusio alterius), y como aceptación de la vigencia de la referida norma reglamentaria anterior».

#### ***8.6. Cabe que el INSS fije un plazo de revisión para las incapacidades permanentes declaradas judicialmente tras resolución administrativa denegatoria que no fija plazo para la misma***

En la STS de 17 de mayo de 2007 (Rc 3440/06), se establece que el INSS puede fijar el plazo de revisión tras sentencia judicial que declara el derecho a la incapacidad permanente, en el caso de una originaria resolución administrativa denegatoria que no fija plazo de revisión y que ha sido impugnada judicialmente.

#### ***8.7. La falta de audiencia de la empresa responsable del pago de la incapacidad permanente durante la tramitación del expediente administrativo no determina nulidad de las actuaciones***

La STS de 30 de abril de 2007 (Rc 330/06), establece que **la falta de audiencia de la empresa responsable en el procedimiento de declaración de incapacidad permanente no determina la nulidad de las actuaciones**, ya que la misma no pudo haber provocado indefensión de la parte, cuando pudo hacer alegaciones en la fase de reclamación administrativa previa y en el posterior proceso judicial habido.

**8.8. Invalidez no contributiva. Concepto de unidad económica familiar. No alcanza a los familiares hasta el segundo grado por afinidad**

La STS de 30 de enero de 2007 (Rc 4447/05) reitera la doctrina contenida en la STS de 19 de mayo de 2004 (Rc 1176/03), recordando que, si bien en un primer momento la Sala entendió que debía incluirse en la unidad económica familiar a efectos de determinar el límite de acumulación de recursos a los familiares por afinidad hasta el segundo grado, la sentencia citada, de Sala General, modificó tal doctrina, debiendo entenderse incluidos sólo a los familiares hasta el segundo grado por consanguinidad. Siendo esto así, el cónyuge del hijo no forma parte de la unidad económica de convivencia y, además, presumiendo que se encuentran en régimen de gananciales, procede dividir los ingresos acreditados por ambos por la mitad, de cara a determinar los ingresos del hijo conviviente que, como ya se ha dicho, pertenece a la unidad económica familiar a estos efectos. En el mismo sentido se ha pronunciado también, aunque respecto a un supuesto de jubilación no contributiva, la STS de 26 de abril de 2007 (Rc 5148/05).

**8.9. Invalidez no contributiva. Complemento por necesidad de ayuda de tercera persona. No puede causarse si no se alcanza el grado del 75% de minusvalía**

En el caso analizado por la **STS de 2 de febrero de 2007 (Rc 3517/05)** la Sala recuerda que para acceder al **complemento por necesidad de ayuda de tercera persona en la prestación de invalidez no contributiva**, se requiere en todo caso alcanzar un grado de minusvalía del 75%, sin que baste que se hayan obtenido los puntos del baremo fijado en el RD 1971/1999 para determinar la necesidad de asistencia de una tercera persona.

**8.10. Prestación no contributiva de mayores de dieciocho años con minusvalía igual o superior al 65%. El causante es el minusválido y no sus progenitores**

La STS de 4 de octubre de 2006 (Rc 247/05) interpreta la normativa reguladora de la prestación no contributiva de mayores de dieciocho años, huérfanos absolutos, que presenten un grado de minusvalía igual o superior

al 65%. La Sala llega a la conclusión de que el causante de la prestación es el minusválido y no los padres del mismo, si bien estos son en principio quienes perciben la prestación, salvo en el caso de orfandad absoluta, en cuyo caso coinciden causante y beneficiario. Siendo esto así, es irrelevante que la minusvalía se produzca o se reconozca antes o después del fallecimiento de los padres, puesto que, en todo caso, lo que esta cubriendo es la situación de necesidad generada por el minusválido supérstite.

## 9. Jubilación

### *9.1. Ha de considerarse involuntaria la jubilación anticipada que se produce en el marco de un expediente de regulación de empleo en el que se ha producido aceptación individual de las condiciones de extinción del contrato*

En la STS de 24 de octubre de 2006 (Rc 4453/04), de Sala General, se modifica la doctrina de las SSTS de 30 de enero de 2006 (Rc 5320/04) y 6 de febrero de 2006 (Rc 1111/05), en el sentido de que ha de considerarse involuntaria la jubilación anticipada que se produce como consecuencia directa de una extinción llevada a cabo en el seno de un expediente de regulación de empleo y respecto de trabajador que ha accedido a la prestación por desempleo tras dicha extinción, pese a que los trabajadores afectados por el ERE se hayan determinado mediante aceptación individual. La Sala entiende que esta doctrina no se opone a la mantenida en el caso de Telefónica, puesto que en aquel, se trataba de acuerdos individuales celebrados entre empresario y trabajador, no autorizados por la autoridad laboral a través del procedimiento de despido colectivo. La Sala, en una segunda sentencia dictada en Sala General, la STS de 25 de octubre de 2006 (Rc 2318/05), reitera la misma doctrina que la sentencia anterior.

### *9.2. Jubilación a tiempo parcial y contrato de relevo. Las irregularidades que se cometan con el sustituto no afectan al trabajador jubilado, salvo que se alegue y pruebe que no ha sido ajeno a dichas irregularidades*

La STS de 22 de septiembre de 2006 (Rc 1289/05) se ocupa del caso de una trabajadora jubilada a tiempo parcial, sustituida parcialmente

mediante relevista, causando esta última baja voluntaria en la empresa y, más tarde, vuelta a contratar en prácticas por un año, con la finalidad de que la trabajadora jubilada parcialmente pudiera acceder a la jubilación anticipada a los 64 años. La Sala entiende que **las posibles irregularidades de la contratación del sustituto no se proyectan al derecho del jubilado anticipadamente, salvo que se alegue y pruebe que no ha sido ajeno a dichas irregularidades.** Dado que la jubilación anticipada a los 64 años permite la contratación por un año realizada, no se ve afectada por las irregularidades que pudieran haber precedido a dicha situación en la relación existente entre la trabajadora contratada en prácticas y la empresa.

***9.3. Montepío Nacional del Servicio Doméstico: cómputo de las cotizaciones realizadas a dicha institución a la hora de calcular la base reguladora e imposibilidad de acceder a la jubilación anticipada por parte de sus afiliados***

La STS de 27 de marzo de 2007 (Rc 4833/05) establece que **las cotizaciones efectuadas en su día al Montepío Nacional del Servicio Doméstico se computan a efectos de incrementar el porcentaje de la base reguladora** y no sólo de cara a completar el período de carencia. De la misma forma, y en relación asimismo con las afiliadas al antiguo Montepío Nacional del Servicio Doméstico, la STS de 29 de marzo de 2007 (Rc 173/06) ha establecido que este colectivo no tenía reconocido el derecho a la jubilación anticipada en su normativa específica, por lo que **no es admisible la jubilación antes de cumplir los 65 años por quienes estuvieron afiliados antes de 1967 al citado Montepío.**

***9.4. Régimen Especial de Trabajadores del Mar: sólo es aplicable el coeficiente reductor por edad previsto para la jubilación en el caso de trabajadores por cuenta ajena en buques de menos de 10 toneladas***

Según la STS de 11 de diciembre de 2006 (Rc 5312/05), en el **Régimen Especial de Trabajadores del Mar**, a efectos de aplicar el **coeficiente reductor por edad previsto para la jubilación**, sólo es aplicable el tiempo desempeñado como trabajo por cuenta ajena en buques de menos de 10 toneladas y no así el desempeñado como trabajador por cuenta propia o autónomo.

**9.5. *Cómputo de períodos trabajados para la Administración pero no cotizados con anterioridad a 1952. Trabajos forestales sin cotización ni alta***

En la **STS de 27 de febrero de 2007 (Rc 4689/05)** se procede, siguiendo la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 1992 (Rc 203/92), a aplicar la Ley de 26 de octubre de 1958 a un supuesto en el que hubo **trabajos forestales para la Administración sin cotización ni alta**, computándose los períodos trabajados hasta abril de 1952 a efectos el cumplimiento de la carencia necesaria.

**9.6. *Acceso a la jubilación anticipada de los trabajadores con 60 años de edad que fueron mutualistas antes de 1 de enero de 1967. Determinación del porcentaje reductor aplicable en casos de prejubilación a cargo de la empresa en los dos años anteriores a la jubilación***

La **STS de 29 de mayo de 2007 (Rc 1291/06)**, ha abordado si constituye vulneración del principio de igualdad el que **a los trabajadores que hayan cotizado al mutualismo laboral antes de 1-1-67 no se les permita acceder a la jubilación anticipada a los 60 años cuando se ha producido una prejubilación a cargo de la empresa en los dos años anteriores a la jubilación**. La cuestión surge porque este supuesto específico no está regulado en la DT.3.2.º LGSS, pero sí en el art. 161.3 para los trabajadores que no fueran mutualistas antes de 1-1-67, si bien exigiendo para el acceso a la jubilación anticipada 61 años de edad. La Sala entiende que el origen de ambas normas y supuestos es completamente diverso, por lo que, teniendo en cuenta que la diferenciación se justifica en razones de carga financiera de la Seguridad Social, no cabe entender que se ha producido vulneración del principio de igualdad.

## **10. Muerte y supervivencia**

**10.1. *Fecha de efectos económicos de pensión de orfandad solicitada más de cuatro años después del fallecimiento del causante pero tras la inscripción en el Registro Civil de la sentencia que declaró la paternidad***

La **STS de 7 de junio de 2006 (Rc 265/05)** analiza la fecha de efectos económicos de una pensión de orfandad solicitada más de cuatro

**años después del fallecimiento del causante pero antes de que transcurrieran tres meses desde la inscripción en el Registro Civil de la sentencia que declaró la paternidad.** En este sentido, la Sala llega a la conclusión de que la pensión se retrotrae al momento de la admisión a trámite de la demanda que pide el reconocimiento de la filiación, puesto que no tiene sentido obligar a solicitar previamente una pensión de orfandad a quien no ha obtenido aún el reconocimiento de la filiación. Ahora bien, dichos efectos retroactivos se producirán siempre que no hayan transcurrido más de tres meses desde la inscripción en el Registro Civil de la resolución judicial que declaró la paternidad.

## **11. Prestaciones en favor de familiares**

### ***11.1. Forma de determinación de los ingresos a efectos de acceder a una prestación a favor de familiares cuando la hija de la actora debe cumplir la obligación de alimentos que pesa sobre ella***

En el caso de la STS de 8 de noviembre de 2006 (Rc 4915/05), se declara que la actora carece del derecho a lucrar una prestación en favor de familiares, ya que sus ingresos, sumados a los de su hija, con la que no convive, pero respecto de la que recae obligación de alimentos, alcanzan el salario mínimo interprofesional tanto para la actora como para su hija, una vez que esta haya procedido a cumplir con la obligación de alimentos que pesa sobre ella.

### ***11.2. Requisitos necesarios para acceder a la prestación a favor de familiares por parte de la nieta del causante***

Según la STS de 9 de noviembre de 2006 (Rc 2972/05), no tiene derecho a prestaciones en favor de familiares la nieta que convivía con su abuelo fallecido, pese a haber sido acogida desde los quince años, dado que vive la madre, y no consta que la misma carezca de recursos económicos.

### ***11.3. Prestación por adopción múltiple antes de la entrada en vigor del RD 1251/01 y de la Ley 52/03: no procede su reconocimiento***

La STS de 27 de febrero de 2007 (Rc 4750/05) ha establecido que, encontrándose vigente en el momento del hecho causante la Ley 39/99

y el RD-Ley 1/2000, pero no el RD 1251/2001 y la Ley 52/2003, que llevan a cabo una equiparación real de la protección del parto y la adopción, no cabe reconocer al actor el derecho a una prestación por adopción múltiple de tres niñas, ya que en el momento de producirse el hecho causante, el supuesto sólo se encontraba regulado para parto múltiple.

## **12. Régimen especial de trabajadores autónomos**

### ***12.1. Encuadramiento en el RETA: cabe acudir a determinar si el trabajador percibe ingresos superiores al SMI para entender cumplido el requisito de «habitualidad» de la actividad que la norma exige***

Por su parte, la STS de 20 de marzo de 2007 (Rc 5006/05), apoyándose en la doctrina contenida en la STS de 29 de octubre de 1997 (Rc 406/97) ha establecido que, para determinar la concurrencia del requisito de la «habitualidad» para determinar la exigencia de hallarse de alta en el RETA, cabe utilizar como parámetro la retribución percibida, en particular, si esta fuera inferior al salario mínimo interprofesional. Teniendo en cuenta que, en el caso analizado, el actor no percibía rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional vigente, ha de llegarse a la conclusión de que la baja en RETA solicitada en su día era procedente.

### ***12.2. La incapacidad permanente parcial no está cubierta en el RETA***

Por su parte, la STS de 28 de febrero de 2007 (Rc 3219/05) reitera la jurisprudencia contenida ya en la STS de 15 de enero de 2005 (Rc 1137/04), en el sentido de que un trabajador afiliado al RETA carece de protección en el caso de incapacidad permanente parcial por contingencias comunes, porque dicha prestación no se encuentra cubierta en el citado Régimen Especial.

### ***12.3. Para poder causar la pensión de viudedad desde una situación de no alta, el causante ha de estar al corriente de pago***

La STS de 20 de febrero de 2007 (Rc 3417/05), siguiendo la doctrina contenida en la STS de 25 de septiembre de 2003 (Rc 4778/02) ha

establecido que, para causar la pensión de viudedad desde una situación de no alta del causante, este ha de estar al corriente del pago de las cuotas mínimas necesarias, sin que el hecho de que las cuotas hayan prescrito en el momento de la solicitud, aunque no en el momento del hecho causante, afecten al cumplimiento del citado requisito. De la misma forma, el mecanismo de invitación al pago puede jugar para las «restantes cuotas exigibles» pero no para aquellas necesarias para cubrir el período mínimo de carencia. En un sentido similar se ha pronunciado la STS de 4 de abril de 2007 (Rc 5476/05).

***12.4. Para causar la prestación de incapacidad temporal, el trabajador afiliado al RETA ha de estar de alta en el momento de producirse el hecho causante***

La STS de 30 de abril de 2007 (Rc 4985/05) ha establecido que, para causar la prestación de incapacidad temporal en el RETA ha de estarse de alta en el momento de producirse el hecho causante, sin que pueda aceptarse la presentación de la solicitud de alta en el plazo de 30 días desde el inicio de la actividad. En este sentido, la legislación de trabajadores autónomos, al no establecer regla específica sobre la materia, ha de entenderse que remite a la legislación aplicable al Régimen General, que sí exige el cumplimiento del alta para causar la prestación de incapacidad temporal.

***12.5. Para acceder a la pensión SOVI no es óbice tener derecho a prestación por incapacidad permanente en el RETA condicionada al pago de cotizaciones pendientes***

Es conocido que, con carácter general, para acceder a una pensión SOVI no ha de tenerse derecho a ninguna pensión del Sistema de Seguridad Social. En el caso analizado por la STS de 7 de febrero de 2007, R 5251/05 se matiza esta doctrina, permitiendo el acceso a la pensión correspondiente al SOVI cuando el causante tenía también derecho a una pensión de incapacidad permanente en el RETA, si bien condicionada al pago de ciertas cotizaciones pendientes. La Sala llega a la conclusión de que la normativa de Seguridad Social lo que prevé es la incompatibilidad en la percepción de ambas pensiones, pero no la concurrencia de dos posibles derechos. Recuerda la Sala que esta interpre-

tación es la más acorde con el art. 41 CE, puesto que, de lo contrario, podría provocarse una situación en la que se produjera un estado de necesidad no deseado por el mero hecho de no proceder a abonar las cotizaciones necesarias para causar la prestación en el RETA.

### 13. Otras cuestiones relacionadas con la Seguridad Social

#### *13.1. Encuadramiento en el Régimen General de funcionaria del cuerpo estatal de enseñanza secundaria transferida a la Comunidad Autónoma correspondiente cuando pertenecía al cuerpo estatal de profesores de enseñanza primaria*

En la STS de 30 de noviembre de 2006 (Rc 3760/04) se plantea la procedencia del alta de oficio en la Seguridad Social de una **funcionaria del cuerpo estatal de profesores de enseñanza primaria que fue transferida a la Comunidad Autónoma correspondiente y que obtuvo resolución judicial en el año 2000 que la declaró incorporada al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria con efectos desde 1991, en reclamación que inició en 1990**. La Sala considera que, dado que no se produjo la transferencia de funcionarios de enseñanza secundaria a la Comunidad Autónoma correspondiente hasta 1973, en 1991 sólo existía el cuerpo estatal, lo que implica la inclusión de la actora en el mismo y no en el cuerpo de ámbito de Comunidad Autónoma, creado con posterioridad. Ello supone que **no procede el alta de oficio en el Régimen General llevada a cabo por la TGSS**, sin que la Sala se pronuncie por falta de competencia sobre el Régimen de Seguridad que le corresponde a la actora, pese a que señale que en procedimiento contencioso-administrativo ya se ha reconocido que este es el de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado.

#### *13.2. Flexibilización del requisito de alta o situación asimilada al alta a efectos de causar las prestaciones en caso de no mantener de forma ininterrumpida la inscripción como demandante de empleo*

La STS de 4 de abril de 2007 (Rc 4698/05) ha recordado en primer lugar la doctrina contenida en la STS de 21 de marzo de 2006 (Rc 2003/04), según la cual **cabe flexibilizar en ciertos supuestos el cum-**

**plimiento del requisito de alta o situación asimilada al alta para causar las prestaciones.** En concreto, y en relación con el **mantenimiento de la inscripción como demandante de empleo** a estos efectos, «esta última exigencia legal ha sido flexibilizada por la jurisprudencia en aquellos supuestos en los que la inscripción en la oficina de empleo carecía de todo sentido al ser evidente que el trabajador no podía prestar servicios laborales (STS de 26 de enero de 1998 (Rc 2460/97), 17 de septiembre 2004 (Rc 4551/03), resoluciones que exponían la doctrina ya unificada, en los siguientes términos: «la jurisprudencia de esta Sala ha atenuado la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, en la relación especialmente con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección». Esta línea jurisprudencial, iniciada ya con anterioridad a la casación unificadora —entre otras, SSTs de 4 abril 1974, 2 julio 1974, 6 marzo 1978, 27 octubre 1979, 14 abril 1980, 24 junio 1982, 11 diciembre 1986, 15 diciembre 1986, 2 febrero 1987, 21 marzo 1988, 12 julio 1988, y 13 septiembre 1988)—, ha tenido fiel reflejo en ésta, así, sobre la incapacidad permanente, entre otras muchas, en la Sentencia de 26 de enero de 1998 (Rc 1385/97), y en lo relativo a las prestaciones por muerte y supervivencia, entre otras, en las de 19 de diciembre 1996 (Rc 1159/96) —con doctrina seguida en las de 19 de noviembre de 1997 (Rc 1194/97) y 12 marzo 1998 (Rc 2307/97)—, estimándose, en general, que sí concurría la situación de alta, cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, entonces el requisito ha de entenderse por cumplido». Ahora bien, en el presente caso no se daba ninguna de estas circunstancias que pudieran explicar que el solicitante de la prestación incumpliese la obligación de permanecer inscrito de forma continuada como demandante de empleo durante un plazo aproximado de cuatro años.

### ***13.3. Aseguramiento empresarial a través de una Mutua de Accidentes de Trabajo***

La STS de 12 de diciembre de 2006 (Rc 931/05) establece expresamente que el **cambio de Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales** realizado por un empleador no causa efectos

con la mera firma del nuevo convenio de asociación, sino que es **necesario cumplir con los trámites administrativos impuestos por la normativa vigente sobre comunicación de dicho cambio a la TGSS** (arts. 11 a 16 y 17 del RD 84/1996).

### *13.4. Prescripción de las prestaciones*

La Sala reitera doctrina en su **STS de 22 de noviembre de 2006 (Rc 3372/05)**, en el sentido de que **los efectos de una pensión de jubilación que fue calculada de forma incorrecta en el momento de su concesión, han de retrotraerse al momento de reconocimiento del derecho, sin perjuicio del juego del plazo de prescripción de cinco años**, el cual, sin embargo, la sentencia no entra a analizar por no haberse planteado específicamente en el Rc. En este sentido se habían pronunciado ya con anterioridad las SSTS de 25 de marzo de 1993 (Rc 690/92), 7 de julio de 1993 (Rc 1193/92), 22 de noviembre de 1996 (Rc 3348/95), 11 de octubre de 2001 (Rc 115/01) y 26 de diciembre de 2005 (Rc 874/05). Por otra parte, la Sala recuerda asimismo que **no es relevante a estos efectos que la diferencia de cálculo se derive de un cambio jurisprudencial**, en este caso, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puesto que dichos cambios no alteran en esencia los derechos, que nacen de las normas y no de las resoluciones judiciales. Por último, la Sala entiende que, habiendo analizado el fondo de uno de los motivos de impugnación, y habiendo procedido a estimar el mismo, debe entrar a corregir un error material producido en la sentencia de suplicación, que confundió la base reguladora con la cuantía de la pensión que le correspondía a la parte actora. En el caso abordado por la **STS de 9 de noviembre de 2006 (Rc 3235/05)** se aplica la misma doctrina que en el caso anterior, si bien en el presente caso se trataba de una incapacidad permanente, el cambio jurisprudencial se produjo por parte del Tribunal Supremo, entendiéndose que los efectos relativos a que la pensión fue erróneamente calculada han de retrotraerse a la fecha de reconocimiento de la prestación, sin perjuicio del juego de la regla de la prescripción.

La **STS de 26 de abril de 2007 (Rc 1373/06)**, nos recuerda que **el plazo de prescripción de los derechos consistentes en mejoras voluntarias de la Seguridad Social es de cinco años**, y no de uno, al resultar de aplicación el art. 43.1 LGSS y no el art. 59 ET.

### ***13.5. Responsabilidad empresarial respecto de prestaciones por falta de cotización o infracotización***

La STS de 3 de abril de 2007 (Rc 920/06), se enfrenta una vez más al alcance de la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de cotizar respecto de prestaciones por contingencias comunes, en concreto, en el caso de una incapacidad permanente. Para la Sala, «se aplica el módulo de proporcionalidad en la responsabilidad tanto en los supuestos de descubiertos de cotización temporales como en los que traen causa en cotización inferior a la debida [STS de 17 de enero de 1998 (Rc 3083/92)], de forma que la responsabilidad empresarial por defectos de cotización ha de ser proporcional a su incidencia sobre las prestaciones [SSTS 28 de septiembre de 1994 (Rc 2552/93); 16 de enero de 2001 (Rc 4043/99); 03 de julio de 2002 (Rc 2901/01); 22 de julio de 2002 (Rc 4499/01); 19 de marzo de 2004 (Rc 2287/03); 2 de junio de 2004 (Rc 1268/03); y 18 de noviembre de 2005 (Rc 5352/04)], incluso en el supuesto de incumplimientos que impiden al trabajador cubrir el periodo de carencia [SSTS 25 de enero de 1999 (Rc 500/98); y 16 de mayo de 2006 (Rc 3995/04)], atendiendo a «la parte proporcional correspondiente al periodo no cotizado» sobre el total de la prestación [SSTS 20 de julio de 1995 (Rc 3795/94), para Jubilación; 1 de junio de 1998 (Rc 223/97), para Jubilación; 20 de diciembre de 1998; 25 de enero de 1999 (Rc 500/98), para Jubilación; 3 de julio de 2002 (Rc 2901/01); 2 de junio de 2004 (Rc 1268/03), para Jubilación; 14 de diciembre de 2004 (Rc 5291/03), para subsidio por desempleo para mayores de 52 años] [SSTS 25 de mayo de 2006 (Rc 5458/04); 1 de junio de 2006 (Rc 5458/04); y 16 de mayo de 2006 (Rc 3995/04), para Vejez SOVI]. Por lo tanto, la responsabilidad ha de ser proporcional al efecto que el descubierto ha tenido sobre el reconocimiento o la cuantía de prestación causada [en particular, las SSTS 28 de septiembre de 1994 (Rc 2552/93); 20 de julio de 1995 (Rc 3795/94); 27 de febrero de 1996 (Rc 1896/95); 31 de enero de 1997 (Rc 820/96), 25 de mayo de 2006 (Rc 5458/04); y 1 de junio de 2006 (Rc 5458/04). En el presente caso, la responsabilidad se ha de limitar en proporción al corto período de tiempo de descubier-to que ha impedido que se cumpla la carencia. En relación con la misma doctrina, en este caso en relación con responsabilidad por infracotización, véase la STS de 9 de abril de 2007 (Rc 143/06).

La STS de 20 de febrero de 2007 (Rc 4145/05), haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS de 26 de enero de 2004

(Rc 45335/02), 16 de febrero y 12 de marzo de 2005 (Rc 136/04 y 2434/04), llega a la conclusión de que en un supuesto de incapacidad temporal por contingencias comunes asegurado por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y **ante incumplimiento empresarial de las obligaciones de cotización, responde en primer lugar el empresario, sin perjuicio del anticipo de la prestación por parte de la Mutua, respondiendo el INSS exclusivamente de forma subsidiaria a la Mutua aseguradora**, garantizándose así la completa cobertura de las diversas prestaciones del Sistema de Seguridad Social. Recuerda la Sala que en caso de incumplimiento de las obligaciones de alta por parte del empresario, en este caso no hay obligación de anticipo por parte de la Mutua ni responsabilidad subsidiaria del INSS, al no operar el principio de automaticidad de las prestaciones.

### ***13.6. Responsabilidad empresarial en supuestos de mejoras voluntarias***

En la STS de 31 de enero de 2007 (Rc 4713/05) se debate sobre la **responsabilidad empresarial** o de la entidad aseguradora de una **mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo**. En concreto, se debate el derecho del trabajador a una indemnización por incapacidad permanente total que estaba prevista en el convenio colectivo y que, sin embargo, ha sido excluida de la póliza. La sentencia llega a la conclusión de que cuando la dicción literal de la cláusula de la póliza es suficientemente clara, no es necesario acudir a criterios interpretativos adicionales. En este sentido, no se trata de un supuesto de «discordancia léxica» o de falta de claridad, sino de consciente exclusión de la póliza. En consecuencia, el abono de la citada mejora voluntaria ha de corresponder a la empresa, con absolución de la entidad aseguradora.

### ***13.7. Requisitos para proceder a la revisión del grado de minusvalía: mejoría o error en el diagnóstico***

En la STS de 25 de octubre de 2006 (Rc 3167/05) se aborda un supuesto en el que la minusvalía del actor fue declarada inicialmente por homologación con la incapacidad permanente parcial reconocida. Realizada la revisión de la minusvalía, y como consecuencia de la modificación de la normativa de la baremación de la minusvalía, el actor pasa de

un 33% a un 7%, pese a que las lesiones y secuelas padecidas no han sufrido variaciones. La Sala recuerda que para que se proceda a la revisión del grado de minusvalía, es necesario que se haya producido una mejoría o un error de diagnóstico, lo cual no se ha acreditado en el presente caso. En un sentido similar se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2007 (Rc 357/06).

### ***13.8. Reconocimiento del grado de minusvalía en porcentaje igual o superior al 33% en supuestos de reconocimiento previo de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez contributiva: no es automática***

Reiterando la doctrina contenida en la STS de 6 de abril de 2006 (Rc 771/05), las SSTS de 13 de febrero de 2007 (Rc 1162/05) y de 22 de marzo de 2007 (Rc 5317/05) han establecido que la declaración en sede judicial de una incapacidad permanente absoluta no ha de comportar automáticamente la concesión del grado de minusvalía del 65%, salvo para el supuesto excepcional previsto en la DA 3.<sup>a</sup> del RD 357/1991, en el que se reconoce dicho grado de minusvalía para el acceso a la prestación de invalidez no contributiva a quien, padeciendo secuelas o dolencias determinantes de incapacidad absoluta, se le ha denegado la pensión contributiva por falta de alguno de los requisitos exigidos para su atribución. Esta doctrina entronca con la contenida en las SSTS de 21 de marzo de 2007 (Rc 3872/05) y 20 de marzo de 2007 (Rc 3902/05) —las dos últimas, dictadas en Sala General— y 17 de abril de 2007 (Rc 382/06), que ha establecido que la equiparación que lleva a cabo la Ley 51/2003 en su art. 2.1 entre el reconocimiento de un grado de minusvalía del 33% a quienes hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, ha de entenderse referido exclusivamente a los efectos de dicha Ley, pero no implica el reconocimiento automático de dicho grado de minusvalía, cuya competencia para valorarlo sigue residiendo en los equipos de valoración previstos en el art. 10 de la LISMI.

### ***13.9. Reintegro de gastos médicos***

Se discute en la **STS de 5 de junio de 2006 (Rc 1447/05)** si han de reintegrarse al beneficiario de la Seguridad Social los **gastos derivados de la adquisición de una bomba de infusión continua de insulina** que,

según criterio del Hospital, era requerida por la hija de este. La Sala llega a la conclusión de que no se trata de una prestación farmacéutica, sino de un accesorio de la misma, sin que el mismo se encuentre expresamente comprendido en la normativa que regula la cobertura de productos que tienen la condición de efectos y accesorios. Es cierto que, por Orden de 12-3-2004 (BOE19-3), se autorizó la financiación de determinados efectos y accesorios con fondos públicos a pacientes no hospitalizados, como es el caso de la actora, entre ellos la bomba de insulina, pero **la norma no entró en vigor hasta seis meses después de la fecha de su publicación en el BOE, razón por la cual no es de aplicación a los gastos reclamados originados en fecha anterior**, cuando no estaba prevista dicha financiación. En un sentido similar se ha pronunciado la STS de 27 de febrero de 2007 (Rc 5179/05).

La STS de 22 de noviembre de 2006 (Rc 2094/05) analiza la procedencia de **reintegro de gastos médicos** en el caso de un paciente diagnosticado con trastorno bipolar al que se le denegó el acceso a un centro rehabilitador dependiente del IMSALUD por no cumplir las condiciones del programa. Se hizo una **remisión genérica a otros centros rehabilitadores existentes**, y **se acudió de nuevo al IMSALUD** para que se indicaran otros posibles centros rehabilitadores, **por lo que no se denegó la asistencia**, ni tampoco existía urgencia vital que justificase acudir a un centro privado.

## 14. Personal al servicio de la Seguridad Social

Pese a que la Sala de lo Social sólo es competente para conocer de las cuestiones relativas a este personal planteadas en el orden social de la jurisdicción con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 55/03, lo cual ha reducido considerablemente el número de recursos relacionados con este personal respecto de los que la Sala conoce, aún cabe reseñar algunas matizaciones que se han llevado a cabo por la Sala en aquellos casos en que resulta competente.

### *14.1. Acceso al complemento de turnicidad por parte de personal de urgencias*

En la STS de 23-5-2006 (Rc 1430/05), se analiza la pretensión de percibir el **complemento de turnicidad** por parte de un ATS/DUE que

trabaja en el servicio normal de urgencias del Servicio Andaluz de la Salud con nombramiento como personal estatutario, realizando un horario de 18 a 9 horas con descanso de dos días intermedios y horario en domingos y festivos desde las 9 horas a las 9 del siguiente día. Dado que **el citado complemento está previsto para el personal que presta servicios en turno rotatorio, que tiene una jornada de trabajo más penosa (en cuanto a su duración) que el personal de urgencias**, la Sala no reconoce en el presente caso el derecho al citado complemento.

#### *14.2. Servicio Canario de Salud. Revalorización del «complemento de productividad factor fijo» por aplicación de las subidas salariales previstas en las Leyes de Presupuestos*

En el caso analizado por la STS de 25 de julio de 2006 (Rc 2865/05), se aborda el derecho a que un complemento específico correspondiente a la categoría de ATS-DUE, cual es el **«complemento de productividad factor fijo»** previsto en el ámbito del Servicio Canario de Salud, se revalorice en función de las subidas salariales previstas en las sucesivas Leyes de Presupuestos. La Sala interpreta que la voluntad de las partes fue precisamente que las cuantías fijadas para el citado complemento fueran actualizadas por las sucesivas Leyes de Presupuestos, como se desprende del Acuerdo entre la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las Organizaciones Sindicales de 24 de enero de 1995, del que traen causa las Resoluciones que ahora se discuten.

#### *14.3. Funciones de las matronas en los partos*

La STS de 12 de enero de 2007 (Rc 3945/05), interpreta el art. 67 del Estatuto del Personal auxiliar sanitario no facultativo, estableciendo las funciones que han de asumir las matronas en los partos: «las matronas deben auxiliar al médico y seguir sus instrucciones (art. 67-1); deben controlar la normal evolución clínica de las parturientas y avisar al médico de cualquier anomalía (art. 67-2); deben aplicar los tratamientos que el médico ordene, incluida la medicación parenteral (art. 67-5) y deben poner en conocimiento de sus superiores las anomalías que observen (art. 67-9). Consecuentemente, vienen obligadas a, tras la administración de la anestesia epidural por el anestesista, a quien auxi-

liaran en esa labor, a controlar la evolución posterior de la paciente, el normal funcionamiento de la bomba, el control de la tensión arterial y de la diuresis, siguiendo las instrucciones recibidas. También, deberán quitar el catéter, labor propia de los diplomados en enfermería, especialistas o no».

### III. PROCESO SOCIAL

#### 1. Competencia jurisdiccional

##### *1.1. Personal estatutario y competencia jurisdiccional*

Nuevamente, durante este último periodo, la Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de los límites de la jurisdicción social, para reiterar la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de las reclamaciones judiciales formuladas por Personal Estatutario de la Seguridad Social, por presentarse con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprobó el Estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud. La Sala reitera lo acordado en anteriores sentencias que resolvieron la misma problemática y llega a la conclusión que el art. 45 del Decreto 2065/1974 debe estimarse tácitamente derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 55/2003, y como quiera que en aquel precepto era donde se establecía la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las pretensiones relacionadas con los derechos y obligaciones del personal estatutario, es claro que tras la entrada en vigor de la referida Ley 55/2003 se deduce la competencia para el conocimiento de estos litigios a los Juzgados y Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ, en relación con el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Solución coincidente con la doctrina establecida en el auto de la Sala de Conflictos del TS de 20 de junio de 2005. En este sentido se manifiestan, entre otras, las SSTS 18-9-2006 (Rc 2084/05), 16-1-07 (Rcs 3300/05, 3940/05 y 4823/05); 23-1-07 (Rc 5404/05); 25-1-07 (Rc 4517/05); 29-1-07 (Rc 2574/059; 30-1-07 (Rc 2113/05); 31-1-07 (Rc 4057/059; 27-2-07 (Rc 3553/05); 1-3-07 (Rc 3785/05), 7-3-07 (Rc 3084/05); 9-4-07 (Rc 5439/05); 17-4-07 (Rc 3113/05 y 3590/05); 23-4-07 (Rc 308/06); 25-4-07 (Rc 3291/05); y 30-4-07 (Rc 5256/05).

### ***1.2. Acuerdo Regulator de Condiciones de Trabajo del Personal del Servicio Vasco de Salud***

Por su parte, las **SSTS 22-1-07 (Rc 105/05)**, y **05-12-06 (Rc 74/05)**, declaran la falta de competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de unas demandas de conflicto colectivo en las que se solicitaba la interpretación del **Acuerdo Regulator de Condiciones de Trabajo del Personal del Servicio Vasco de Salud**: en primer lugar, porque la norma cuya aplicación se pretende no es laboral, sino administrativa, en la medida en que se trata de un acuerdo de regulación de condiciones de trabajo de personal que tiene la condición de funcionario; y en segundo lugar, porque dicha norma no incluye al personal laboral, y aunque pudiera ser de aplicación a este último por la vía indirecta a que se refiere la STS 13-7-06 (es decir, por remisión del contrato de trabajo a una norma estatutaria), tampoco el conflicto colectivo sería el procedimiento adecuado, al no resultar viable la interpretación con carácter general una norma cuyos destinatarios principales —los funcionarios— quedaran fuera del conflicto (con cita de TS 24-1-95). Sentado lo anterior, las sentencias dejan expedita la vía de que si hubiera personal laboral al que pudiera resultar aplicable de forma indirecta el Acuerdo al que se ha hecho referencia, los eventuales conflictos individuales o plurales se substancien por la vía del proceso ordinario ante la jurisdicción social.

### ***1.3. Incumplimiento por parte de las Administraciones Públicas de las listas de espera para proveer puestos de trabajo***

La **STS 30-5-2006 (Rc 642/05)**, reitera que resulta incuestionable la incompetencia del Orden Social para impugnar la contratación laboral de carácter temporal llevada a cabo por la **Administración Pública**, alegando tener derecho preferente con arreglo a las **listas de espera**. La sentencia recuerda que ya existe doctrina unificada al respecto iniciada en la STS 14-10-2000 (Rc 3647/98), decidida y aprobada por el Pleno de dicha Sala, habiendo sido su doctrina seguida por varias sentencias posteriores, entre otras, por SSTS 19-11-2001 (Rc 533/01) y 05-10-2005 (Rc 3288/04). De acuerdo con dicha doctrina, corresponde al Orden Contencioso Administrativo conocer de los conflictos suscitados por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos, cuando se trate de contratación externa o de nuevo ingreso —y no de una promoción interna en donde la Administración actúa claramente como empre-

sario dentro del marco de un contrato de trabajo existente, y aplicando normas de indiscutible carácter laboral respecto de una persona que ya tiene la condición de trabajador—; y ello aunque estemos ante una contratación laboral, porque en estos casos la contratación administrativa es siempre prevalente, al ser la actuación de la Administración previa al vínculo laboral y predominar en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados por la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección.

#### ***1.4. Impugnación de acuerdos del tribunal selección en sociedades estatales***

Sin embargo, las SSTS 25-7-2006 (Rc 2969/05), y 7-2-2007 (Rc 309/05), declaran por el contrario la competencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda de **impugnación de acuerdos de un tribunal de selección** para la contratación de periodistas en la televisión autonómica (Televisión Autonómica Valenciana, SA). Se debate en este procedimiento si el orden jurisdiccional social es o no competente para resolver la impugnación, por contraria a derecho, del acuerdo de un tribunal de selección de periodistas que habrían de prestar sus servicios en una televisión autonómica, tratándose de un concurso de selección para el acceso a dichos puestos de trabajo entre personas que no habían tenido antes relación directa con dicha entidad. La Sala IV de lo Social no comparte el parecer de las instancias judiciales precedentes y declara la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del fondo del asunto. Mantiene el TS que la televisión autonómica se trata de una sociedad anónima de carácter público, siéndole de aplicación la condición y régimen jurídico propio de las empresas privadas, añadiéndose que a tenor de lo establecido en el art. 6 la LGP «*las sociedades estatales se registrarán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, salvo las materias en que les sea de aplicación la presente ley*», en la cual sólo se hace referencia al control financiero de tales sociedades. De lo que concluye afirmando que aun cuando los sistemas de selección de personal aunque hayan de ajustarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, la competencia judicial para conocer de las cuestiones laborales, incluso el acceso a las mismas, ha de entenderse que corresponde al orden jurisdiccional social.

A la misma solución –con matices— llega la **STS 29-9-2006 (Rc 1778/05)**, que declara la competencia asimismo de la jurisdicción social para conocer de la **impugnación de un proceso de selección de personal laboral** llevado a cabo por una **empresa pública** (Turismo Andaluz, S.A.) por pretendida vulneración del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los puestos de trabajo convocados, pues aunque los demandantes no sean trabajadores de la empresa, al aplicarse a ésta el régimen de derecho laboral común, los actos próximos, preparatorios de la relación de trabajo caen en la órbita de dicha competencia social.

### *1.5. Litigios intrasindicales*

La **STS 19-09-2006 (Rc 115/2005)** declara la **competencia de la Jurisdicción Social** para conocer de una demanda de un órgano sindical pidiendo la nulidad de una reunión de la dirección estatal de dicho sindicato y de sus acuerdos, por tratarse de un **litigio intrasindical** incardinable en el art. 2.h de la LPL, cualquiera que sea la condición laboral o funcional de los afiliados al Sindicato (en el caso se trataba del Sindicato Profesional de Policías Municipales de España), básicamente porque el citado precepto no distingue entre sindicatos de trabajadores y de funcionarios, por lo que hay que entender que el precepto legal señalado, legitima al orden social para conocer de los litigios que surjan en el seno de ambas clases de sindicatos, excepción hecha de lo dispuesto en el art. 3 c) de la LPL.

### *1.6. Incompetencia del orden jurisdiccional social. La póliza de seguro por accidentes del mar en favor de los tripulantes gallegos suscrita por la Conselleria de Pesca de la Xunta de Galicia*

La **STS 10-07-2006 (Rc 2235/05)**, descarta la competencia del Orden Social de la Jurisdicción para conocer de la demanda planteada por la viuda de un capitán de pesca en reclamación de una **indemnización por fallecimiento** de su esposo en accidente, en virtud de una **póliza de seguro concertada por la la Xunta** –y no por la empresa que contrató sus servicios—, porque esta protección social complementaria no deriva de un contrato de trabajo de un Convenio Colectivo, y no constituye tampoco una mejora voluntaria de la Seguridad Social, precisamente porque la

Junta no intervino como tomadora del seguro a título de empresario, sino en su condición de poder público de la Comunidad Autónoma.

### ***1.7. Acreditación mediante una sentencia laboral de un mérito a efectos de puntuación en un concurso administrativo***

Tampoco es competente la jurisdicción social para la **calificación de una relación** que terminó hace años en orden a acreditar **determinada puntuación en un concurso** para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración autonómica, porque como indica la **STS 21-3-07 (Rc 1795/06)**, el conflicto actual ya no se produce entre un empresario y un trabajador, como establece LPL art. 2.a), ni tampoco tiene por objeto el cumplimiento de alguna obligación derivada del vínculo que existió entre las partes y que pudiese ahora ser justiciable, sino obtener una declaración que ha de surtir efectos fuera del vínculo laboral y en el marco de una actuación administrativa de selección de personal, lo que no entra en la competencia del orden social de la jurisdicción y podrá constituir, en su caso, cuestión prejudicial laboral en el eventual proceso contencioso-administrativo, de acuerdo con LJCA art. 4.

### ***1.8. Reclamación de un socio trabajador de una cooperativa***

Por su parte la STS 20-11-2006 (Rc 4176/05), declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de una reclamación formulada por un socio trabajador de una cooperativa, que pretendía el reembolso de las aportaciones realizadas una vez producida su baja en la cooperativa. En el caso, el actor reclamaba el reembolso de las aportaciones al capital social de la cooperativa, incluyendo el fondo de retorno y de reserva voluntaria. La Sala recuerda que en su STS 29-05-1990 abordó la misma cuestión, si bien en aplicación de la normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/1999, analizando el art. 125 de la Ley de Cooperativas de 1987, declarando la competencia del orden social de la jurisdicción para resolver las cuestiones contenciosas entre la cooperativa y sus socios. Ahora bien, el cambio normativo operado en la redacción del art. 87.2 de la mentada ley –Ley 27/1999—limita la competencia del orden social a la cuestiones derivadas de la prestación de trabajo por el socio trabajador, de forma que cuando lo que se suscita en el proceso deriva no de su condición de trabajador sino de su condición

de socio, la competencia corresponde a la jurisdicción civil, en aplicación de lo establecido en el citado precepto.

### ***1.9. Impugnación de resoluciones administrativas de regulación de empleo***

En lo tocante a la impugnación de las resoluciones administrativas de regulación de empleo (ERE), la STS 15-6-2006 (Rc 5405), dictada en Sala General, declara la incompetencia del Orden Social en un caso muy próximo al resuelto por las SSTS 23-1-2006 (Rcs 195/03 y 1453704), también de Sala General, cuya doctrina reitera, pues también este caso se impugnaba la resolución administrativa que puso fin al ERE, y que asignaba al demandante una indemnización de cuantía inferior a la que determina el art. 51.8 ET, pretendiendo el demandante una indemnización calculada conforme a lo que el precepto dispone.

### ***1.10. Competencia objetiva o funcional***

De acuerdo con la **STS 15-09-2006 (Rc 136/05)**, la competencia para conocer de la **demanda de tutela de derechos fundamentales de libertad sindical** promovida por 13 trabajadores de la empresa, a título individual, corresponde al **Juzgado de lo Social** —en este caso, de Barcelona— y no a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia —de Cataluña—, aunque la huelga que motivó dicha demanda se extendiera a toda la Comunidad Autónoma de Cataluña, más allá, por lo tanto de la provincia de Barcelona, pues esa circunstancia no hace que la acción ejercitada por dichos trabajadores, que en modo alguno actuaron como representantes del conjunto de ellos, adquiera carácter colectivo.

En el mismo sentido, la **STS 27-12-2006 (Rc 64/2005)** señala que la competencia para conocer de la **demanda de tutela del derecho a la intimidad** por 37 controladores de AENA, corresponde a los **Juzgados de lo Social**, de conformidad con lo previsto en el art. 6 de la LPL, y no a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al no existir interés colectivo alguno que se superponga a esas acciones individuales, y cuyos efectos en modo alguno puede afirmarse que rebasen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

Y, en relación con la materia que ahora nos ocupa, se pronuncia también la **STS 08-0-2007 (Rc 149/05)**, en la que y de acuerdo con la juris-

prudencia que en ella se cita, el órgano competente para conocer de la demanda de **conflicto colectivo que afecta a todo el personal de flota de la Compañía Transmediterránea, SA**, compuesta de diecinueve o veinte barcos, con una plantilla de más de mil tripulantes en su conjunto, y que tiene puertos de base en varias Comunidades Autónomas, es la Sala de lo Social de la **Audiencia Nacional**, de acuerdo con LPL art. 8.

### *1.11. Competencia territorial y facultades judiciales*

Nuevamente en este periodo y con ocasión de demandadas presentadas frente a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA se despejan dudas surgidas en la interpretación y aplicación de las reglas ordenadoras de la competencia territorial de los órganos de la jurisdicción social, contenidas en los arts. 10 y 11 de la LPL. En efecto, la **STS 18-10-2006 (Rc 1890/05)** señala que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos puede ser demandada en el lugar de prestación de servicios, o en la sede de su domicilio social, en Madrid, descartando la aplicación a la citada sociedad de la regla especial prevista únicamente para las Administraciones Públicas del párrafo 4.º del citado precepto —art. 10—, habida cuenta de que a partir de la L 14/2000 dejó de ser una entidad pública empresarial para convertirse en una sociedad mercantil. Doctrina reiterada en la **STS 12-3-07 (Rc 3598/05)**.

## **2. Proceso ordinario**

### *2.1. Procedimiento común*

En la **STS 22-01-2007 (Rec 3011/2005)** se afirma **sin fisuras que el proceso ordinario es cauce adecuado para reclamar la indemnización por despido cuando la empresa ha reconocido en la propia carta de despido la improcedencia y el derecho del trabajador al cobro de la cantidad legalmente prevista**. En la misma se suscitó la cuestión relativa a precisar cual haya de ser el procedimiento adecuado para reclamar la indemnización por despido, en el que las partes se aquietaron al reconocimiento empresarial de improcedencia del cese, de tal suerte que al no haber acudido el trabajador al procedimiento por despido, comportaría para éste la pérdida de la indemnización, habida cuenta de que habría caducado el plazo para el ejercicio de la acción. La Sala

en atención a lo que constituye el objeto principal de la acción por despido y atendiendo exclusivamente al carácter finalista de la acción ejercitada, que no es otro que reclamar una cantidad que deriva automáticamente del reconocimiento de la improcedencia del despido, concluye que es el proceso ordinario el que debe seguirse en estos casos.

## ***2.2. Las partes. Apreciación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo necesario***

La STS 02-03-2007 (Rc 4602/05), afirma con rotundidad que el órgano jurisdiccional, puede y debe, examinar de oficio si en cada caso concreto se ha constituido correctamente la relación jurídico-procesal o si es de apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, no sólo porque así se deduce de la LEC art. 12.2, sino porque como indica la STS 16-07-04 (Rc 4165/03), *«es una cuestión que, por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte»*.

## ***2.3. Acumulación de autos***

La STS 25-1-07 (Rc 2851/05), dictada en Sala General, aborda la importante cuestión de determinar el orden a seguir por el órgano judicial para el examen de las demandas acumuladas conforme al art. 32 LPL, y el contenido del fallo resultante de la tramitación conjunta de las mismas, matizando la doctrina anterior de la Sala, con referencia fundamentalmente a la STS 23-12-1996 (Rc 2205/96). Esta última sentencia establecía que para el caso —no contemplado en la misma— de que la resolución del contrato y el despido se produjeran por **causas independientes**, debía aplicarse un criterio «cronológico procesal» no excluyente, que daba preferencia al examen judicial de la acción primeramente ejercitada. La sentencia que ahora se analiza, matiza dicha doctrina para aplicar en esos casos un **criterio «cronológico sustantivo» que de prioridad al examen de la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma**, sin que su éxito impida el examen de la otra acción ejercitada. En este caso, la demanda resolutoria —que fue además la primeramente presentada— se justificaba en la falta de pago

de salarios desde agosto de 2003 y la falta de ocupación efectiva desde septiembre de 2003, mientras que los despidos disciplinarios se efectuaron el 18-12-03 y se basaban en la conducta mantenida por los trabajadores durante la sustanciación del ERE presentado por la empresa demandada el 8-10-2003. Tratándose, pues, de causas independientes, el criterio a aplicar debe ser el «cronológico sustantivo» —con independencia de que en este caso coincida también con el «cronológico procesal»— pues la causa resolutoria del contrato se produjo con anterioridad a la que motivó el despido, lo que determina que siendo estimada la resolución del contrato (con efectos *ex nunc* desde la fecha de la sentencia) y declarada la improcedencia del despido, los trabajadores tengan derecho al percibo de la indemnización y de los salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la de la sentencia de instancia que declaró dicha improcedencia. Esta doctrina resulta más acorde con la configuración sustantiva de las pretensiones ejercitadas, y en concreto, con la obligación que se impone al trabajador de mantener la vigencia del contrato durante la tramitación del procedimiento, y la imposibilidad de su cumplimiento cuando —como sucede en este caso— se ve interferido por la concurrencia de un despido y sus efectos inmediatos.

#### 2.4. *Juicio y excepción de litispendencia*

Son varios los pronunciamientos que nos recuerdan en este periodo la íntima conexión habida entre las excepciones de **litispendencia** y **cosa juzgada**, pero como señala la **STS 05-07-2006 (Rc 1681/2005)** son institutos diferentes pues la apreciación de la litispendencia requiere la identidad en todos los elementos esenciales de ambos procesos, y no la parcial propia del efecto positivo de la cosa juzgada, que únicamente exige la identidad subjetiva y la actuación del pronunciamiento de una sentencia como un antecedente propio de la otra. Y es por esta razón, por la que la sentencia rechaza la excepción de litispendencia alegada en **un proceso de incapacidad permanente** por hallarse en trámite un **proceso de incapacidad temporal** entre las mismas partes, ya que si bien es cierto que entre los supuestos que se comparan existe identidad en cuanto a los litigantes y la causa de pedir, no la hay en cuanto al objeto de a pretensión que es distinto (incapacidad temporal e invalidez permanente).

A la misma solución adversa llega la **STS 20-11-2006 (Rc 885/5)**, en la que se afirma la imposibilidad de apreciar tal excepción de litispen-

dencia en un procedimiento sobre, reconocimiento de pensión de jubilación, por estar en tramitación otro procedimiento en el que se debate si el salario que la actora ha venido percibiendo como profesora de religión católica debe equipararse al resto de los profesores interinos, pues aunque concurre la identidad en cuanto a los litigantes y la causa de pedir, el objeto de la pretensión en cada caso articulada es distinto. Tampoco concurre litispendencia entre pleito de reconocimiento de relación laboral indefinida, antigüedad y reclamación de cantidad, en relación con otro proceso judicial por despido seguido entre las mismas partes, en el que aún no había recaído resolución firme cuando se dictó la sentencia que se impugna, tal y como recuerda la STS 17-04-2007 (Rc 722/06).

### **2.5. Sentencia. Cosa Juzgada**

En relación con la excepción material de cosa juzgada son varios los pronunciamientos en el período de referencia la mentada excepción. Por un lado, la **STS 06-06-2006 (Rc 1234/05)**, señala que sólo respecto de las resoluciones de fondo adquieren pleno sentido las funciones —negativa y positiva—propias de la institución, pues únicamente puede haber cosa juzgada si se ha juzgado. En relación con las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, y se pronuncian sobre la falta de un presupuesto procesal, la cosa juzgada se limita a tal extremo, de suerte que, si el defecto ha sido corregido, nada impide la entrada en el fondo de asunto en el segundo proceso. En el caso concreto, se descarta la existencia de cosa juzgada respecto de la sentencia que absuelve en la instancia por falta de legitimación activa, en reclamación declarativa sobre existencia de accidente de trabajo, respecto de posterior reclamación de daños y perjuicios por el accidente sufrido.

Por otro, está la **STS 20-12-2006 (Rc 151/06)**, de capital importancia. En la misma, dictada en Sala General, se discute asimismo una cuestión relacionada con la apreciación de cosa juzgada. Es conocido que esta Sala ha venido manteniendo en SSTS 19-5-1992 (Rec. 1471/91), 9-12-1993 (Rc. 4228/1992), 27-1-1997 (Rc 1687/1996), 21-7-2000 (Rc 2484/1999) y 7-10-2003 (Rc 4044/02), que, una vez discutida en un procedimiento judicial la procedencia de la incapacidad permanente, y habiéndose fijado en sentencia la base reguladora de la misma, la cosa juzgada recae no sólo sobre el reconocimiento de la incapacidad, sino también sobre la determinación de la base reguladora. La sentencia, pese

a hacer referencia a esta doctrina, entiende que es posible revisar el reconocimiento de una pensión de viudedad cuya cuantía ha sido discutida en sentencia firme, cuando es el INSS quien demanda sosteniendo que hubo un error en el reconocimiento de la pensión —y no en la cuantía específica fijada—. La razón para admitir esta posibilidad es, a juicio de la sentencia, que el INSS no pudo alegar el error en el primer procedimiento por varias razones, pero, entre ellas, porque desconocía en aquel momento el error. La sentencia cuenta con un importante voto particular, en el que se mantiene, entre otros aspectos, la necesidad de revisar la doctrina más arriba señalada en relación con la apreciación de cosa juzgada en supuestos en que la base reguladora ha sido fijada en sentencia que reconoce el derecho a la incapacidad permanente.

### 3. Modalidades procesales

#### 3.1. *Proceso de despido*

Las SSTS 10-10-2006 (Rc 1754/05); 26-10-2006 (Rc 4000/05); 21-11-2006 (Rc 4228/05) y STS 25-1-2007 (Rc 5027/05), reiteran el carácter inhábil de los sábados que medien entre la fecha del despido y la presentación de la papeleta de conciliación, más los transcurridos desde la celebración del acto conciliatorio y la presentación de la demanda, a efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, de acuerdo con el art. 182 LOPJ en su redacción dada por la LO 19/2003, y con la doctrina de la sala establecida a partir de la STS 23-01-2006 (Rc 1604/05).

Regla que, por cierto, también aplica la STS 16-10-2006 (Rc 3583/05), para el cómputo de las 48 horas establecido en el art. 56.2 del ET, a efectos de la paralización de los salarios de tramitación, básicamente porque las oficinas judiciales permanecen los sábados cerradas, y no puede llevarse a cabo el depósito que la Ley exige.

Asimismo, resulta evidente que, a tenor de lo dispuesto en el art. 73 de la LPL, el tiempo anterior y el posterior al de la tramitación de la reclamación previa, debe computarse a efectos de la caducidad de la acción de despido, tal y como indica la STS 22-09-2006 (Rc 27/05).

Y siguiendo con la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, la única cuestión sobre la

que se pronuncia la **STS 15-11-2006 (Rc 2764/05)** es, precisamente, la que se refiere a la caducidad y a la ampliación de la demanda frente a una empresa sucesora de la anterior. En el caso el trabajador demanda a la empresa sucesora mediante una ampliación de demanda y fuera del plazo de caducidad a contar desde el despido. La Sala niega que resulte de aplicación al supuesto decidido el art. 103.2 LPL, que señala un dies a quo especial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido, vinculado al desconocimiento por el trabajador de quién sea el verdadero empresario, regla que se justifica tanto por la complejidad de ciertas estructuras empresariales como por la eventual puesta en práctica de una actividad abiertamente defraudatoria, tendente a encubrir al verdadero empresario. Y tal solución viene cobijada porque la propia narración histórica de la sentencia que se combate dentro del recurso, avala tal solución, es decir, el conocimiento por parte del trabajador de la transmisión desde la misma fecha en que la misma se materializó, destacando que más bien el actor padeció el error jurídico de no haber considerado desde el principio que frente al cese respondiese el nuevo adquirente del puesto de venta.

Por otra parte, la **STS 10-10-2006 (Rc 5065/05)**, se refiere al reparto de la carga probatoria en los procedimientos de despido indicando que, si bien es el trabajador demandante quien debe demostrar la existencia de una relación laboral, así como la finalización de la misma, es a la empresa demandada que sostiene la existencia de una dimisión voluntaria a la que corresponde acreditar el deliberado propósito del trabajador de extinguir la relación laboral.

Y, en lo que atañe a la acumulación inicial objetiva en la modalidad procesal examinada, la **STS 12-07-2006 (Rc 2048/05)**, afirma que **no existe acumulación indebida de acciones de despido y de clasificación profesional prohibida por el art. 27.2 de la LPL**, cuando lo que se pide en demanda es que las indemnizaciones por despido se calculen sobre el salario que, en virtud de las normas aplicables, correspondía a las funciones que efectivamente venía desempeñando la trabajadora, pues no se trata de decidir sobre la categoría de la trabajadora, sino de determinar si los trabajos realizados son los propios de la categoría reconocida o corresponden a otra categoría con retribución superior, a efectos de calcular el importe de la indemnización y de los salarios de tramitación.

Solución distinta se alcanza en la **STS 18-09-2006 (Rec. 5339/04)**, que afirma la imposibilidad de que en el proceso de despido pueda plan-

tearse una reclamación del complemento de incapacidad temporal, aunque esta situación transcurra durante la tramitación de aquél proceso, por estar prohibida tal configuración en el art. 27.2 LPL.

### *3.2. Materia electoral. No lo es la impugnación del preaviso*

La STS 04-05-2006 (Rc 2782/04) resuelve una cuestión de notable interés, cual es la relativa al **procedimiento de impugnación de preaviso electoral**. El supuesto de hecho viene referido a la promoción de elecciones llevada a cabo de forma conjunta en varios centros de trabajo de una empresa, frente a la cual reacciona un determinado sindicato que impugna los preavisos ante la Oficina Pública Registral de Elecciones Sindicales, concluyendo los procedimientos por laudos arbitrales de desistimiento expreso y tácito por incomparecencia. Simultáneamente a la impugnación de los laudos por el procedimiento arbitral, el sindicato demanda ante el Juzgado de lo Social que declara la nulidad del preaviso de elecciones, siendo dicho pronunciamiento revocado por la Sala de suplicación al estimar la inadecuación de procedimiento. En unificación de doctrina, la cuestión jurídica que hubo de resolverse, fue la relativa a precisar si la impugnación del preaviso de elecciones ha de seguir los cauces del procedimiento arbitral previsto en el ET, frente a cuyo laudo podrá presentarse demanda a tramitar conforme a la previsiones de la modalidad procesal especial, o si por el contrario la promoción de elecciones únicamente puede combatirse por la vía judicial directa, al no tratarse de materia electoral. La Sala se pronuncia a favor de la segunda alternativa propuesta, pues así se deduce de la literalidad de las normas, y de su interpretación histórica y sistemática, así como desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, sin olvidar las dificultades de legitimación y competencia que ofrecería la impugnación arbitral de una promoción generalizada de elecciones, tal y como se razona en su fundamento jurídico tercero.

### *3.3. Clasificación profesional*

La STS 20-09-2006 (Rc 2205/05), reitera doctrina anterior y declara la adecuación de procedimiento y, por ende, la irrecurribilidad en suplicación de la sentencia de instancia, por tratarse de un proceso de clasificación profesional, de acuerdo don el art. 137.3 y 189.1 LPL, ya

que los actores que habían sido encuadrados en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, reclamaban el reconocimiento de la superior categoría con arreglo a las funciones que desde siempre habían desempeñado. Dicho criterio se reproduce en las **SSTS 18-1-07(Rc 4166/05)**, y **27-3-07(Rc 4103/05)**.

Sin embargo cuando se trata de determinar **la correcta incardinación de las antiguas categorías profesionales** del convenio colectivo específico en los grupos profesionales del Convenio Único vigente, el procedimiento adecuado es el ordinario, como indica la STS 26-09-2006 (Rc 4642/05), pues lo que se discute no es la acomodación meramente fáctica entre «funciones realizadas» y «categoría, reconocida o reconocible», sino que a ello hay que unir la más compleja función consistente en interpretar lo que se dispone en los preceptos correspondientes del Convenio Único citado, para determinar si los trabajos realizados se corresponden o no con el grupo y área en el que ha sido encuadrado.

A la misma conclusión llega la **STS 13-10-2006 (Rc 287/05)**, en un caso de integración en otra empresa y aplicación de nuevo convenio colectivo, si las funciones se mantienen y lo que se pretende es una categoría profesional que no es la establecida en acuerdo colectivo de homologación.

En el mismo sentido, la **STS 13-11-2006 (Rc 1600/05)** declara la **inadecuación de procedimiento de clasificación profesional** porque éste sólo debe utilizarse cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior, en la que son determinantes los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado y su comparación con la definición de la categoría en la norma profesional aplicable, pero no cuando haya que considerar otros elementos, es especial, las reglas sobre la homologación de titulaciones o pertenencia a Colegios Profesionales, en relación con la actividad de educadores sociales en Cataluña, como sucedía en el caso examinado.

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

En lo tocante a esta modalidad procesal, resulta de interés la **STS 25-05-2006 (Rc. 86/05)**, dictada en casación ordinaria, que reitera doctrina de esta Sala, de la que es exponente la STS 17-06-2004 (Rc 149/03),

según la cual el procedimiento de conflicto colectivo del art. 151 y ss LPL, no es adecuado para impugnar decisiones adoptadas una vez que se ha publicado la lista de adjudicatarios, aunque se trate de una lista provisional, porque dichos adjudicatarios son portadores de un interés jurídico individual que no se puede defender por el cauce del conflicto colectivo, restringido en el art. 152 LPL a sujetos dotados de tal condición colectiva; por lo que en esos casos el procedimiento adecuado es el proceso ordinario.

En sentido adverso se pronuncia la **STS 26-09-2006 (Rc 137/04)**, al señalar en cambio que tal modalidad procesal es adecuada para resolver controversias relativas a la forma en la que se ejecutó o desarrollo el contenido de un pacto colectivo por el que se creó la «Comisión Técnica de Endesa Red», aunque se pida también la nulidad de los acuerdos adoptados por ésta Comisión, pues al margen de que sean problemas independientes que han de separarse, en esta caso esa Comisión únicamente tiene facultades de propuesta, no de decisión, que eleva a la «Comisión Negociadora» sobre materias concretas, que es la que toma el acuerdo correspondiente.

Por su parte, las **SSTS 25-09-2006 (Rc 125/05)** y **21-12-2006 (Rc 2/06)**, se pronuncian asimismo sobre el ámbito y alcance del procedimiento de conflicto colectivo, para la tramitación de las demandas planteadas por unos determinadas Organizaciones Sindicales que accionan a favor de un grupo homogéneo de trabajadores, los del Ministerio de Defensa que ostentan las categorías de Auxiliar de Mantenimiento y Oficios y de Oficial Administrativo, respectivamente, y que pretenden su encuadramiento en grupo superior al que tienen reconocido. La Sala con remisión a doctrina precedente, convalida la modalidad procesal seguida y por ende, desestima la alegada inadecuación de procedimiento, con base en que la cuestión planteada afecta al interés general de un grupo genérico de trabajadores, y que versa sobre una cuestión jurídica, que ha de resolverse mediante la interpretación de los preceptos de los convenios afectados, de origen y vigente. Sentado lo anterior, y en lo que atañe al fondo del asunto, la Sala se pronuncia en sentido adverso al interesado en las correspondientes demandadas.

Por el contrario, la **STS 14-12-2006 (Rc 124/05)**, que resuelve un recurso de casación ordinaria interpuesto por una organización sindical frente a la sentencia dictada en instancia por la Audiencia Nacional, desestimando la pretensión deducida en demanda de conflicto colectivo

contra la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, y que tenía por objeto la declaración como horas extraordinarias de las horas de exceso de jornada realizadas durante la campaña del euro, debiendo por lo tanto ser compensadas o retribuidas como tales. La Sala confirma el fallo combatido que acogió de oficio la excepción de falta de acción. Razona al respecto y una vez despejados los motivos dirigidos a denunciar la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y el error en la apreciación de la prueba, que en atención a que el objeto del pleito quedó concretado, como hemos dicho, en la conceptualización como extraordinarias de aquellas horas realizadas durante la campaña de euro, cuando tal exceso de jornada no resulta probado y es negado por la demandada, determina que haya de acogerse la citada excepción, puesto que concretar si en el caso hubo o no ese exceso no es objeto de un proceso de conflicto colectivo.

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

Según la **STS 19-09-2006 (Rc 6/2006)**, **la impugnación de un convenio colectivo por un Sindicato puede efectuarse durante todo el período de vigencia** del mismo, pues la ley (art. 161 y ss LPL) no sujeta el ejercicio de dicha acción, a plazo ninguno, sin que quepa la aplicación analógica del art. 59.1 ET, al no derivar dicha acción impugnatoria de un contrato de trabajo, ni asemejarse a ninguna de las previstas en dicho precepto, lo que además puede ser una garantía de su obligado y permanente respeto a las leyes (arts. 3 y 85.1 ET). En este caso se pedía por un Sindicato la declaración de nulidad de un precepto del convenio colectivo cuya vigencia era de cuatro años. Dicha doctrina se reitera en las **SSTS 21-12-06 (Rcs 7/06) y 6-3-07 (Rec 5/06)**.

Por su parte, la **STS 18-10-2006 (Rc 2149/05)** se centra en decidir si **la cualidad interruptiva de la prescripción que se atribuye a los procesos de conflicto colectivo puede ser igualmente predicable respecto de los procesos de impugnación de convenios colectivos**, llegando a una conclusión afirmativa, pues, a los efectos de valorar las posibles identidades del art. 1973 CC, se trata en ambos casos de procedimientos colectivos, cuya legitimación procesal se reconoce exclusivamente a los sujetos colectivos, los sindicatos, entre ellos, cuya representación institucional permite que las acciones que ejerciten extiendan sus efectos procesales y sustantivos más allá de sus representados. Por otro lado, si

el proceso de conflicto colectivo tiene por objeto la «aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo... o práctica de empresa», el objeto del proceso de impugnación va dirigido a la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma colectiva, por lo que resulta innegable que la sentencia que declara la nulidad de un convenio colectivo produce efectos sobre las acciones individuales, aunque no exista norma que específicamente lo diga, pues se trata de un efecto inherente a la propia naturaleza y finalidad de tal proceso, aparte de que resultaría contrario a la economía procesal que se obligara a los trabajadores a ejercitar sus acciones individuales cuando el éxito de las mismas iba a depender del éxito de la acción colectiva. En ese caso concreto, la sentencia firme dictada en procedimiento de impugnación colectiva de Convenio declaraba nula, por discriminatoria, la cláusula relativa al complemento de antigüedad, y los trabajadores ejercitaron acción individual, reclamando el pago de dicho complemento en cuanto que la anulación producida les abría la posibilidad de hacerlo.

En otro orden de cosas, la **STS 2-3-07 (Rc 131/05)**, **declara la falta de legitimación activa para impugnar un Convenio colectivo por lesividad de las empresas demandantes** porque, al estar integradas en el ámbito funcional del convenio colectivo impugnado, no merecen el calificativo de terceros exigido en LPL art. 163.1.b), siendo a dichos efectos indiferente que dichas empresas intervinieran o no en su negociación, de forma personal o por representación. Pero reconoce la legitimación de la asociación empresarial recurrente para impugnar el Convenio colectivo de referencia por ilegalidad, aunque dicha Asociación se hubiera constituido después de que éste fuera negociado y se iniciara el proceso judicial que nos ocupa, pues el día del acto del juicio, la asociación empresarial tenía plena capacidad de obrar, adquirida por el transcurso de los 20 días desde el depósito de sus Estatutos en el registro correspondiente (art. 3, LAS), no constando que se haya impugnado judicialmente la licitud de dicha asociación empresarial, ni que haya recaído resolución judicial al respecto.

Finalmente, la STS 10-10-2006 (Rc 126/05), reitera doctrina de la Sala al indicar que, en la impugnación de un convenio colectivo estatutario, corresponde al impugnante acreditar los vicios que alega, pues estos son hechos constitutivos de su pretensión, y debido a su especial naturaleza, dichos convenios gozan de una apariencia de validez sólo desvirtuada por prueba a cargo de quien lo impugna. En este caso, la asociación impugnante no logró acreditar la concurrencia en ella misma

—y su ausencia en las asociaciones demandadas—de los requisitos de representatividad patronal previstos en el art. 87.3 ET.

### **3.6. *Proceso de tutela de derechos fundamentales***

Sobre el objeto del proceso de tutela y el alcance del principio de cognición limitada establecido en LPL art. 176, se pronuncia **la STS 14-7-2006 (Rc 5111/04)**, dictada en **Sala General**, que resulta de enorme interés por cuanto clarifica y precisa la doctrina de la Sala, al tiempo que separa el ámbito de protección judicial del derecho, del ámbito constitucional. En este sentido, la sentencia indica que dicha modalidad procesal establece una protección privilegiada (basada en los principios de preferencia y sumariedad) del contenido constitucional del derecho, que comprende el contenido esencial y su contenido histórico o variable que introduce la Ley Orgánica. El contenido adicional «en sentido estricto», que no está en la Constitución, ni en la Ley Orgánica, es el que queda fuera del proceso de tutela, lo que se justifica plenamente por la protección prioritaria que ha de tener ese contenido propiamente constitucional del derecho de acuerdo con la CE art. 53.2. En el caso concreto, la sentencia consideró adecuada la modalidad procesal de tutela por cuanto el actor invocaba que reunía todos los requisitos para ser reconocido como Delegado sindical por la empresa demandada, y dicha pretensión estaba fundada en la LOLS art. 10.

Por su parte y en relación también a dicha modalidad procesal, **la STS 19-09-2006 (Rc 153705)**, una vez despejada la alegada incompetencia territorial de la Sala de Cataluña, declarada adecuada la modalidad procesal de tutela del art. 175 y siguientes de la LPL para llevar a cabo la impugnación por un sindicato del comportamiento de la empresa consistente en no facilitar los listados de los trabajadores en la provincia de Barcelona con clave de incidencia, detallando causa de la incidencia y fecha de su introducción, pues dicha pretensión se fundamenta en la protección del derecho fundamental de la libertad sindical contenido en la CE art. 28, del que forma parte el derecho a la información, según la LOLS art. 2.2 para el ejercicio de la actividad sindical en la empresa. Sentado lo anterior, y descartada asimismo la falta de legitimación activa de los sindicatos demandantes, la sentencia destina el penúltimo de sus fundamentos de derecho a decidir sobre la legitimación ad causam y cuestión de fondo. Y respecto de estas cuestiones, la sentencia tras una minuciosa tarea argumental concluye desestimando la pretensión rectora de autos.

Razona al respecto que no aparece atribuido a los sindicatos actores el derecho a recibir la concreta información interesada, ni tal obligación puede extraerse de la LOLS, sin que, en todo caso, se hubiera alegado hecho alguno del que inferir la existencia de discriminación por razones sindicales.

Por su parte, **la STS 21-11-2006 (Rc 3137/05)** señala que cuando la modalidad adecuada sea la de proceso ordinario en lugar de la especial tutela del derecho a la libertad sindical, esa anomalía no supone la declaración de inadecuación de procedimiento, si no ha sido lesionado el derecho de defensa, ni ha resultado indefensión para ninguna de las partes, afirmación que tiene cobijo en el propio tenor del art. 177.4 de la LPL, al establecer que... «el Juez o sala podrá dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para una u otra fuese competente y dicha demanda reuniese los requisitos exigidos por la Ley...».

#### **4. Recurso de suplicación**

##### **4.1. Legitimación**

En ausencia de una concreta prescripción en la LPL, **la STS 26-10-2006 (Rc 3484/05)** declara que se encuentra legitimado para recurrir, el demandante que no vio estimada de forma completa su pretensión, aunque hubiera ganado el pleito, pues gravamen no equivale a vencimiento (a pesar de que la TC 4/2006, pueda deducirse lo contrario). En este caso, los actores instaron la condena solidaria del centro de enseñanza y de la Comunidad de Madrid, respecto del 60% de la indemnización que les correspondía por la extinción de sus contratos y la sentencia únicamente condenó al Colegio, absolviendo a la Administración, de lo que resulta la existencia de un interés legítimo en recurrir, pues los términos de la condena indiscutiblemente minoran la garantía de cobro que en el suplico de la demanda interesaban.

##### **4.2. Demandas acumuladas**

Aunque no se trata de un pronunciamiento novedoso, la STS 20-11-2006 (Rc 4153/05) recuerda que, en el caso de acumularse varias demandas, bastará con que una de ellas supere el tope cuantitativo fijado para

recurrir —1803 euros—ex art. 189.1.1.º de la LPL para que el conjunto sea susceptible de recurso.

### ***4.3. Diferencias de prestaciones***

Por otra parte, cuando la cuestión litigiosa versa sobre diferencias en las prestaciones de Seguridad Social que ya se disfrutaban, la doctrina de la Sala tiene establecido, a partir de la STS 29-10-2004 (Rc 5896/03), que: a) si la demanda no determina la cuantía de lo reclamado, debe tener el mismo tratamiento, a efectos del recurso, que una reclamación de cantidad en forma de prestación periódica, y habrá de atenderse al importe anual de las diferencias, b) pero si, por el contrario, se hace constar en la demanda el importe de lo reclamado, o se facilitan los datos que permiten su cálculo mediante una simple operación aritmética, hay que estar a su cuantía, y el acceso al recurso deberá entonces valorarse conforme a la regla general de la LPL art. 189.1. 1.º. Eso último fue lo que sucedió en el caso de la **STS 14-11-2006 (Rc 5395/05)**, pues si bien la prestación contenida en la demanda (presentada en noviembre de 2004) se refería al reconocimiento de una mayor base reguladora, y la pensión resultante de dicha base sólo suponía 96,3 euros de diferencia mensual (es decir, 1348,2 euros computando las 14 pagas anuales), no superando así el umbral cuantitativo fijado para acceder al recurso de suplicación, lo cierto es que también se solicitaba en dicha demanda el abono de las diferencias correspondientes a partir del 01-09-00, y esta última pretensión, perfectamente cuantificable mediante sencillas operaciones aritméticas con los parámetros contenidos en la propia demanda, sí superaba con creces el referido umbral y era, por tanto, recurrible en suplicación.

La misma doctrina se aplica en el caso que aborda la **STS 10-11-2006 (Rc 4428/05)**, afirmando la procedencia del recurso de suplicación, porque lo reclamado por el actor no era sólo la diferencia de pensión —que no alcanzaba el mínimo leal de los 1.803 euros—, sino que además solicitaba el abono de los atrasos correspondientes a cinco años y cuyo montante —calculable mediante una sencilla multiplicación— sí superaba dicha cuantía.

### ***4.4. Reclamación de derecho y cantidad***

De acuerdo con doctrina reiterada, en los casos de reclamación de derecho y cantidad, el elemento que determina la competencia funcional

de la Sala de suplicación —y la propia viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina— es la cuantía que se reclama, y no la previa declaración que se pide, al ser ésta insuficiente por sí misma para tutelar al interés del actor, de suerte que, salvo que concurra afectación general, no cabe recurso de suplicación si lo reclamado no supera el límite cuantitativo exigido en LPL art. 189.1 (1803 €). Así lo establecen las **SSTS 14-12-2006 (Rc 3577/05)**, **19-12-2006 (Rc 3451705)**, **15-01-2007 (Rc 3578/05)**, **16-01-2007 (Rc 3575/05)**, **18-01-2007 (Rc 4439/05)**, **26-01-2007 (Rc 3579/05)**, **29-01-2007 (Rc 4023/05)**, **30-01-2007 (Rcs 3455/05 y 4028/05)**, **31-01-2007 (Rc 3576/05)** y **23-02-2007 (Rc 4044/05)**, todas ellas dictadas en procesos interesando el derecho a perfeccionar un trienio y el abono de la cuantía correspondiente que no alcanza el mínimo legal ya señalado.

El mismo criterio resulta de aplicación cuando se ejercita una acción sin contenido dinerario directo e inmediato, como sucede en las **SSTS 31-1-2007 (Rc 627/06)**; **1-2-2007 (Rc 72/06)**; **29-3-2007 (Rc 1161/06)**; y **6-4-2007 (Rc 1823/06)**, en las que trabajadores de IBERA, que desarrollan una actividad continuada a tiempo parcial, solicitaban el **derecho a cinco días más de vacaciones**, sobre los veinticinco reconocidos o disfrutados, indicando dichas sentencias, en aplicación de la doctrina que citan, que también en ese caso el acceso a la suplicación se encuentra condicionado a que el **valor económico de lo pedido** alcance los 1803 € de LPL art. 189.1, y que dicho valor cuantitativo debe fijarse atendiendo a «los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración, recurriendo, cuando fuera preciso, a la técnica de la *anualización* de ese importe, que es también la que continúa rigiendo en materia de Seguridad Social».

Se aprecia igualmente la improcedencia del recurso de suplicación en la **STS 12-2-2007 (Rc 738/05)**, en la que se discutía la responsabilidad de la Mutua aseguradora y de la empresa en la **diferencia de la base reguladora** de la prestación, al no alcanzar ésta en cómputo anual la cantidad de 1803 €, ni existir tampoco afectación general.

Por otra parte, como señala la **STS 27-2-2007 (Rc 3306/05)**, la imposición de una sanción de pérdida de prestación por desempleo a un perceptor de dicho subsidio como responsable de una falta leve, ha sido discutida y resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de entender que la cuantía era la determinante del recurso, y por lo tanto que éste no era admisible cuando el mes de prestación en que

consistía la sanción no alcanzaba los 1.803 € de LPL art. 189.1 (así, las STS de 21-2-2000 (Rc 3958/98); 22-6-2000 (Rc 559/99) y 10-10-2000 (Rc 2320/99), solución que ha de aplicarse —añade la sentencia— aunque se acepten como posibles otros perjuicios colaterales, que no pueden tenerse en cuenta a efectos del recurso al no haber sido demostrada su concreción efectiva.

#### ***4.5. Afectación general como presupuesto de acceso al recurso***

Como en años anteriores, en gran parte de los recursos examinados por la Sala ha debido abordarse nuevamente el concepto de afectación general, tema por otro lado que sigue suscitando un notable interés, siendo en consecuencia numerosas las sentencias de la Sala que versan sobre la afectación general recogida en la LPL, art. 189.1.b), y que evidentemente han sido dictadas de acuerdo con la doctrina actual de la Sala fijada a partir de las SSTs 03-10-2003 (Rcs 1011/03 y 1422/03). **La STS 18-09-2006 (Rc 1413/05)** no aprecia la existencia de afectación general en el caso de un demandante con cotizaciones en España, Gran Bretaña y Alemania, que le fue reconocida la pensión de jubilación por la Seguridad Social Española, y que reclamaba la diferencia de porcentaje aplicable a cargo de esta última, cuya cuantía en cómputo anual, no alcanzaba el límite legal de 1.803 euros que señala el art. 189.1 de la LPL, al tratarse de una cuestión particular del demandante no generaliza a otros trabajadores. A propósito igualmente de una pensión de jubilación, **la STS 17-10-2006 (Rc 3028/05)**, considera que no existe afectación generalizada respecto de la inclusión o no como período cotizado a la Mutua Textil de un determinado número de días de trabajo de los años 1956 y 1957, por tratarse, de nuevo, de una cuestión muy particular. La misma solución alcanza la **STS 24-10-2006 (Rc 2556/06)**, en la que una beneficiaria de la pensión de jubilación interesaba el incremento de la base reguladora de tal pensión. Tampoco hay afectación general en el caso que aborda la **STS 27-11-2006 (Rc 2285/05)**, en el que se postulaba el incremento de la pensión de invalidez permanente total, que ya había sido reconocida en vía administrativa, en función de cotizaciones no efectuadas por el INEM durante el tiempo en que permaneció en situación de incapacidad temporal. A la misma solución adversa se llega en el supuesto que decide la **STS 27-01-2006 (Rc 444/05)**, pues el problema allí decidido —reconocimiento de antigüedad y pago de cantidades derivadas de ese derecho— sólo afectaba a unos pocos trabajadores de la entidad hospitalaria demandada.

Por el contrario, respecto al tema de si deben computar las cotizaciones correspondientes al período anterior al alta en el RETA para acceder al 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación en el RGSS, la **STS 16-10-2006 (Rc 2486/05)** reconoce una notoria afectación general, al constarle a la Sala la existencia de múltiples litigios con el mismo contenido.

Por otra parte, cuando la Sala se ha pronunciado con anterioridad sobre la existencia de afectación general respecto de un asunto determinado, esa declaración tiene el valor de la doctrina jurisprudencial para los procesos ulteriores en los que se suscite la misma cuestión. Esto sucede en el caso de la **STS 18-10-2006 (Rc 2533/05)** en la que se reclamaban horas extraordinarias por trabajadores de Spanair, SA. Lo mismo sucede en las **SSTS 24-10-2006 (Rc 4543/04)** y **07-11-2006 (Rc 3390/05)**, **STS 6-3-2007 (Rc 1395/05)** en relación con la reclamación del plus de penosidad por ruido ambiental en industrias cerámicas o de azulejos de la Comunidad Valenciana.

La **STS 30-1-2007 (Rc 4980/05)** declara la concurrencia de afectación general prevista en LPL art. 189.1.b), en el caso de reclamación por un trabajador de **RENFE** del pago de la **Prima de Garantía y Circulación**, porque dicha reclamación viene motivada por diferencias interpretativas sobre determinados preceptos del XIII Convenio Colectivo, y en el acto de juicio la empresa alegó afectación general, prescindiendo la parte actora su aquiescencia a aquella manifestación, tal como se afirma —con valor fáctico— en la sentencia de instancia, habiendo sido planteada la misma cuestión de autos por diversos trabajadores de la empresa, cuya amplia dimensión de plantilla es indiscutible, por lo que «se trata de un conflicto que por sus propias características intrínsecas es susceptible de generalización y que la realidad —documentada y procesal— demuestra efectivamente generalizado».

#### ***4.6. Recurribilidad del Auto dictado en ejecución de sentencia que decide sobre el pago de intereses devengados en ejecución***

De acuerdo con la doctrina unificada de la Sala que aplica la **STS 19-3-2007 (Rc 3631/05)**, la **obligación de satisfacer intereses** hasta la total ejecución de la sentencia debe entenderse implícita en el fallo, por imperativo de LEC art. 576 (antiguo art. 921.4 y 5 de la LEC derogada), de modo que la impugnación del auto de ejecución fundada en el

incumplimiento dicha regla se encuentra en principio comprendida en LPL art. 189.2.

## 5. Recurso de casación para la unificación de doctrina

### 5.1. *Falta de idoneidad de la sentencia de contraste: sentencias que no son firmes y sentencias casadas y anuladas*

Es doctrina reiterada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que la exigencia de contradicción del art. 217 LPL, implica que la sentencia de contraste debe tener la condición de firme, y que dicha condición ha de haberse producido **antes de la publicación de la sentencia recurrida**, exigencia que no se cumple en **SSTS 14-2-2007 (Rc 1514/05); 28-2-2007 (Rcs 1515/05 y 1790/05)**. Dicho requisito no concurre aún en el caso de que la sentencia de contraste hubiera adquirido **firmeza al día siguiente de la publicación de la sentencia recurrida**, pues, como indica la **STS 15-2-2007 (Rc 312/05)**, esta última debe nacer en contradicción con la primera.

Tampoco se observa dicho requisito cuando la sentencia aportada ha sido **recurrida en parte**, según la **STS 13-3-2007 (Rc 768/06)**, pues sólo después de alcanzada firmeza será hábil como contradictoria, y únicamente respecto de los pronunciamientos que se mantuvieron inalterados en casación.

Por otra parte, no resulta idónea como término de comparación la sentencia que no es sólo que careciera de firmeza al tiempo de publicarse la recurrida, sino que su contenido quedó eliminado al haber sido **casada y anulada** por prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra ella, como sucede en las **SSTS 29-06-2006 (Rc 3157/04); 17-1-2007 (Rcs 2198/04 y 767/05); y 8-4-2007 (Rc 3196/04)**, acusando esta última, además, el transcurso infructuoso del plazo otorgado por la Sala para que la parte aportara otra sentencia idónea.

### 5.2. *Alcance de la contradicción*

En relación con el presupuesto de la contradicción del art. 217 LPL, las **SSTS 21-06-2006 (Rcs 5366/04) y 5-7-2006 (Rc 976/05)**, reiteran la

doctrina de la Sala en el sentido de que las declaraciones constitutivas de *obiter dicta* carecen de virtualidad a los efectos de la contradicción entre sentencias.

Por otro lado, tal y como recuerda la **STS 25-1-2007 (Rc 55/05)**, la contradicción de la sentencia impugnada con otra sentencia de contraste es un requisito previo e inexcusable para decidir sobre la **competencia material**, salvo supuestos de clara y manifiesta incompetencia, pues si bien es cierto que dicha cuestión afecta al orden público procesal y que en la generalidad de los casos debe ser examinada con carácter previo y con libertad de criterio, incluso de oficio, no sucede lo mismo en el ámbito del extraordinario recurso de casación para la unificación de doctrina, pues la función unificadora que éste tiene atribuida sólo puede cumplirse cuando, ante la existencia de sentencias contradictorias entre sí, respecto de litigantes y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos, salvo en los casos de falta manifiesta de jurisdicción. En el mismo sentido, la **STS 14-2-2007 (Rc 5229/05)**.

Por otra parte, la falta de contradicción resulta incuestionable cuando el motivo se formula como si se tratara de una casación ordinaria, **sin cita de una sentencia de contraste**, lo que sucede en la **STS 22-2-2007 (Rc 4585/05)**, pues se alegó la infracción de CE art. 120.3 y de LEC art. 218, debido a la falta de motivación de la sentencia recurrida, sin aportar sentencia alguna que sirviera como término de comparación a los efectos de acreditar la concurrencia de la contradicción exigida en LPL art. 217.

## 6. Ejecución

### *6.1. Límites personales de la ejecución: no es posible aplicar la doctrina del levantamiento del velo en la ejecución*

En principio, y dada la función delimitadora del ámbito subjetivo de la obligación que documenta el título ejecutivo, las figuras subjetivas directamente implicadas en la ejecución son aquellas designadas en él como ejecutante y ejecutado. Ahora bien, en ocasiones pueden aparecer como partes sujetos distintos no contemplados en el título y uno de estos supuestos es sobre el que decide la **STS 25-01-2007 (Rc 4137/05)**, **impidiendo la ejecución frente a quien no aparecía en la sentencia**

**ejecutada como parte.** En el caso, se examina la posibilidad de extender la eficacia subjetiva de la sentencia frente a la persona del administrador de la sociedad condenada, pese a no haber sido demandado en el pleito en su fase declarativa y, por ende, no haber sido condenado en sentencia. Para resolver tal cuestión, la Sala recuerda doctrina anterior en la que se admitió la posibilidad de declarar la sucesión procesal de parte ejecutada derivada de la sucesión empresarial no discutida a través del procedimiento incidental ex art. 236 LPL, básicamente cuando tal sucesión tenía como sustento hechos acaecidos con posterioridad a la fase de alegaciones del juicio. Ahora bien, tal solución no es predicable cuando la extensión de la condena pretende llevarse, por la vía de la denominada teoría del levantamiento del velo, en supuestos en los que los hechos determinantes de la pretendida responsabilidad del tercero no incluido en la ejecutoria, derivan de actos y conductas que debieron ventilarse en el juicio. Despejada la cuestión procesal suscitada dentro del recurso, la sentencia ya no entra a decidir sobre la responsabilidad o no del administrador social por las obligaciones de la sociedad que administraba.

## ***6.2. Ejecución en materia de Seguridad Social: no cabe introducir en dicha fase descuentos no autorizados en la sentencia***

Por otro lado, es sabido que el proceso de ejecución en sentido estricto queda condicionado a la existencia de un título ejecutivo y a su contenido. Y esto es lo que afirma sin fisuras la **STS 16-05-2007 (RC 989706)**, en la que la Sala hubo de decidir si es adecuado a derecho que, reconocida a favor del actor por sentencia una prestación de IPT, se pretenda en ejecución de la misma por parte de la Entidad Gestora, **deducir del pago de dicha prestación, otras cantidades sobre la base de que en ese mismo tiempo percibió subsidio IT, extremo sobre el que nada se había alegado en el juicio ni constaba la existencia de decisión judicial o administrativa alguna afirmando la incompatibilidad de las mismas.** Y, por aplicación del art. 18.2 LOPJ y 239.1 LPL, concluye que no es dable en ejecución de una sentencia rectificar los posibles errores que se hubieran producido, lo que pugna abiertamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el que se halla integrado la inmutabilidad de las sentencias firmes y que aplicado al caso, obliga al INSS a seguir abonando el importe de la pensión que unilateralmente dejó de satisfacer al ejecutante.

### 6.3. *Intereses*

Por su parte, la **STS 6-06-2007 (Rc 1579/06)**, reitera doctrina anterior y recuerda que es la fecha de notificación del Auto que declara la insolvencia de la responsable principal y declara la responsabilidad subsidiaria del INSS para el reintegro de gastos de asistencia sanitaria, la que hace nacer el cómputo de los intereses, pues si la obligación legal para la Entidad Gestora nace con dicho Auto, a partir de su conocimiento puede y debe abonar la prestación sin necesidad de requerimiento alguno, y ello aún cuando disponga de tres meses para hacer efectivo el pago, y es una vez transcurrido dicho plazo sin haberlo efectuado, cuando se devengarán intereses.

### 6.4. *Costas*

Como recuerda la **STS 18-10-2006 (Rc 396/05)**, **la parte vencida en el recurso a la que alude el art. 233.1 LPL es exclusivamente aquella que hubiera actuado como recurrente y cuya pretensión impugnatoria hubiese sido rechazada**; no, por tanto, la que hubiera asumido en el recurso la posición de recurrida, defendiendo, sin éxito, el pronunciamiento impugnado.

También a propósito de las costas se pronuncia la **STS 14-02-2007 (Rc 1514/05)**, en la que recurrieron por separado en suplicación las dos partes en litigio, los trabajadores y el empresario, y ambos recursos fueron desestimados, por lo que, de acuerdo con el art. 233.1 LPL, **no procede la condena en costas a los trabajadores**, en tanto que gozan del beneficio de justicia gratuita (reconocido por L 1/1996, de 10-1, de Asistencia Jurídica Gratuita); **pero si procede dicha condena a la empresa** que, por el contrario, no goza de tal beneficio, lo que se adecua fielmente a la doctrina reiterada por la Sala, según la cual merece condena en costas la parte vencida que recurre y ve desestimado su recurso, salvo que goce del beneficio de justicia gratuita (por todas la reciente TS 18-10-06, Rec 396/05).

Por otra parte, las **SSTS 14-02-2007 (Rc 45523/05)** y **28-02-2007 (Rc 2859/05)**, aplican la doctrina reiterada de la Sala para insistir en que el **Servicio Canario de la Salud goza del beneficio de justicia gratuita** y no debe ser condenado en costas, aunque no figure como Entidad Gestora de la Seguridad Social en la relación que se contiene en el art. 57 LGSS, pues, por virtud de las transferencias de la gestión de la pres-

tación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han pasado a ocupar, de hecho y de derecho, el mismo lugar que dicho Instituto tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón éste gozaba del beneficio de justicia gratuita establecido en la citada L 1/1996 art. 2 b).

Y, finalmente, **la STS 16-05-2007 (Rc 5323/05)**, reitera que la condena en costas no puede alcanzar a la parte vencida en el recurso que goce del beneficio de justicia gratuita, salvo que la sentencia hubiere motivado dicho pronunciamiento en conducta temeraria de dicha parte.