

## **SALA CUARTA**



## ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN .....	213
I. DERECHO DEL TRABAJO .....	217
1. ANTIGÜEDAD .....	217
2. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS .....	218
2.1. Responsabilidad solidaria. Concepto de «propia actividad».....	218
2.2. Cesión ilegal. Opción de formar parte de la plantilla de la empresa cedente o cesionaria. ....	218
3. CONTRATOS TEMPORALES .....	218
3.1. Contratos temporales y derechos fundamentales.....	218
3.2. Contrato de interinidad por vacante.....	219
3.3. Contrato por obra o servicio determinado .....	220
4. CONVENIOS COLECTIVOS.....	221
4.1. Concurrencia conflictiva de Convenios Colectivos.....	221
4.2. Convenio Colectivo: pervivencia de lo pactado y cláusula «rebus sic stantibus».....	222
4.3. Impugnación de Convenio Colectivo: Asamblea prevista en el mismo .....	224
4.4. Interpretación del art. 75.3 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Actuación de la CIVEA .....	225
5. DESPIDO .....	226
5.1. Despido disciplinario por control del uso del ordenador .....	226
5.2. Despido relacionado con incapacidad temporal del trabajador .....	227
5.3. Indemnización por despido.....	228

	<i>Página</i>
5.4. Efectos del despido improcedente de alto directivo ....	230
6. ELECCIONES SINDICALES.....	230
6.1. Publicidad del censo electoral: Forma y legitimados para su recepción. Elecciones a representantes unitarios. ....	230
7. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	231
7.1. Extinción del contrato durante el periodo de prueba ...	231
7.2. Jubilación forzosa por edad pactada en el Convenio Colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria: Licitud de la cláusula .....	232
8. LIBERTAD SINDICAL.....	233
8.1. Cargo de «liberado» para interlocución con la empresa. Verificación del requisito de idoneidad .....	233
8.2. Derecho a la actividad sindical: Sindicato minoritario al que se le deniega negociar acuerdos extraestatutarios.....	234
8.3. Nulidad de la mesa negociadora: Inexistencia por renuncia expresa del sindicato accionante a formar parte de la misma .....	234
9. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO .....	235
9.1. Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenio colectivo .....	235
9.2. Movilidad funcional.....	236
10. RELACIONES LABORALES ESPECIALES.....	236
10.1. Carácter de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos.....	236
11. SALARIO .....	237
11.1. Bonus o retribución por incentivos: requisitos para su válida concertación .....	237
11.2. Igualdad retributiva: Doble escala salarial.....	238
11.3. Responsabilidad del FOGASA .....	240
12. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL .....	241
12.1. Externalización de los servicios de restauración .....	241
13. TIEMPO DE TRABAJO .....	242
13.1. Vacaciones. Coincidencia con la situación de incapacidad temporal.....	242
II. SEGURIDAD SOCIAL .....	243
1. DERECHO COMUNITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	243
1.1. Pensión de jubilación. Trabajadores migrantes. Para su cálculo se incluyen las cotizaciones correspondien-	

tes a bonificaciones por edad y las ficticias por embarque. Para el cálculo de la prorrata se tiene en cuenta únicamente el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación de jubilación en España .....	243
1.2. Trabajadores migrantes de la Unión Europea. Cálculo de la prorrata temporis correspondiente a la Seguridad Social española en el caso de una pensión SOVI .....	244
2. ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.....	245
2.1. Determinación de la contingencia causante. Accidente de trabajo in itinere: procedencia. Imprudencia Temeraria .....	245
2.2. Accidente de trabajo. Traumatismo cráneo-encefálico tras padecer crisis epiléptica en tiempo y lugar de trabajo. Presunción de laboralidad .....	245
2.3. Concepto de domicilio a efectos de determinar la existencia de accidente in itinere.....	246
2.4. Accidente de trabajo. Indemnización de daños y perjuicios. Cálculo de la misma, conceptos incluidos y excluidos e intereses aplicables .....	246
3. RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL .....	247
3.1. Recargo de prestaciones por accidente de trabajo en supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.....	247
3.2. Recargo de prestaciones por siniestros profesionales en concurrencia con infracción de normas de salud y seguridad en el trabajo. Consecuencias para el beneficiario de la paralización indebida del procedimiento por aplicación en vía administrativa por coincidencia con proceso penal.....	248
4 ASISTENCIA SANITARIA.....	248
4.1. Reintegro de gastos sanitarios indebidamente abonados por la Mutua al modificarse la contingencia causante, de profesional a común. Determinación que quién ha de abonarlos .....	248
4.2. Reintegro de gastos médicos. Delimitación del concepto de asistencia sanitaria urgente .....	249
4.3. Reintegro de gastos sanitarios. Intervención quirúrgica realizada en centro concertado para eliminar listas de espera.....	249

	<i>Página</i>
4.4. Reintegro de gastos sanitarios. Intervención quirúrgica por cambio de sexo.....	250
5. DESEMPLEO .....	251
5.1. Desempleo. Reintegro de prestaciones indebidas por parte de la empresa.....	251
5.2. Subsidio por desempleo de mayores de 52 años. Determinación del requisito de carencia de rentas: cómputo de la cuantía bruta o neta por alquiler de inmueble propiedad del cónyuge del beneficiario .....	251
5.3. Desempleo en su nivel contributivo. Reconocimiento del mismo a ciudadano extranjero que ha trabajado por cuenta ajena sin acreditar autorización de residencia. Derecho a su inscripción como demandante de empleo.....	252
5.4. Prestación de desempleo y modalidad de pago único tras reforma operada por RD-Ley 5/02 y Ley 45/02....	253
5.5. Acceso a la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. Incorporación a cooperativa para la que se prestaba trabajo con anterioridad a la situación legal de desempleo.....	254
6. INCAPACIDAD TEMPORAL .....	254
6.1. Base reguladora de la incapacidad temporal sobrevenida durante las vacaciones concedidas después de cesar en la empresa .....	254
6.2. Determinación de la cuantía de la incapacidad temporal por recaída una vez agotado el desempleo. Concepto jurídico del término «recaída» .....	255
6.3. Incapacidad temporal de trabajadora a tiempo parcial. Determinación del período de carencia.....	256
6.4. Derecho de la Mutua a ser reintegrada por el INSS por las prestaciones abonadas al trabajador cuando se le reconoce a este una incapacidad permanente con efectos retroactivos que afectan al período de incapacidad temporal del que se ha hecho cargo la Mutua.....	256
6.5. Incapacidad temporal. Autónomo que no comunica a la Mutua su baja hasta después de ser dado de alta. Cómputo de los plazos de prescripción previstos en el art. 43 LGSS.....	257
7. INCAPACIDAD PERMANENTE E INVALIDEZ .....	258
7.1. Gran invalidez. Compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria.....	258

7.2.	Incapacidad permanente: determinación de la base reguladora. Cómputo de los períodos de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo ...	258
7.3.	Incapacidad permanente. Determinación de la base reguladora. Integración de lagunas de cotización derivadas de la extinción del contrato en situación de incapacidad temporal. Aplicación al supuesto de la «teoría del paréntesis».	259
7.4.	Trabajador fijo discontinuo. Cálculo de la base reguladora aplicable a una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo .....	260
7.5.	Incapacidad permanente. Determinación de la base reguladora en supuestos de trabajo a tiempo parcial. Eventual integración del tiempo no trabajado con las bases mínimas .....	260
8.	LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES .....	261
8.1.	Lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo. Forma de determinación de la cuantía en caso de existencia de diversas lesiones.....	261
9.	JUBILACIÓN .....	261
9.1.	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. Eventual discriminación respecto de otros colectivos de trabajadores que se jubilan anticipadamente .....	261
10.	MUERTE Y SUPERVIVENCIA .....	262
10.1.	Pensión de viudedad. Fecha de revalorización de la pensión de viudedad reconocida, cuando el causante dejó de cotizar en 1975 y falleció en 1998 .....	262
11.	PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES .....	262
11.1.	Prestaciones por hijo a cargo. Supuesto de orfandad...	262
11.2.	Reconocimiento de prestación no contributiva por hijo a cargo. Vinculación para el INSS del grado de discapacidad en su vertiente de necesidad de asistencia a tercero fijado por el organismo competente de una Comunidad Autónoma.....	263
12.	MEJORAS VOLUNTARIAS .....	264
12.1.	Banco Santander Central Hispano. Reclamación de integración de pagas extraordinarias de beneficios –Convenio Colectivo de Banca Privada 1999– en la cantidad acordada en el Acuerdo de Prejubilación.....	264

	<i>Página</i>
12.2. Derecho a movilizar las aportaciones realizadas a un fondo de pensiones interno. Valor liberatorio del finiquito ...	264
13. REGÍMENES ESPECIALES.....	265
13.1. Incapacidad permanente total causa en el Régimen General. Aplicación de la bonificación por edad prevista en el Régimen especial de la Minería del Carbón a quien fue cotizante a dicho Régimen durante parte de su carrera de seguro.....	265
14. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	265
14.1. Prestaciones de Seguridad Social. Fecha de retroactividad de los efectos económicos del reconocimiento de una prestación que ha sido denegada inicialmente y, con posterioridad, se reconoce la misma en función de los mismos datos fácticos y jurídicos.....	265
14.2. Derecho al reintegro de Mutua que anticipó el pago de pensión de incapacidad permanente total de la que era responsable la empresa, imponiéndose responsabilidad subsidiaria al INSS. El derecho alcanza también a los intereses de capitalización abonados por la Mutua al constituir el capital coste.....	266
14.3. Responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales cuando la póliza estaba vigente en la fecha de la incapacidad y no en la fecha del accidente.....	267
14.4. Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales que aseguran las contingencias comunes. Competencias para suspender o extinguir la prestación de incapacidad temporal .....	267
14.5. 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 .....	268
III. PROCESO SOCIAL.....	268
1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL .....	268
1.1. Acreditación de méritos en concursos administrativos..	268
1.2. Personal de la Administración .....	269
1.3. Incompetencia del orden jurisdiccional social. Prestación de servicios profesionales de un Abogado .....	271

1.4.	Impugnación de actos administrativos de la Seguridad Social basada en infracciones de normas del procedimiento .....	272
1.5.	Incompetencia para la reclamación de sumas descontadas por el empleador en concepto de IRPF y cuotas de Seguridad Social.....	272
1.6.	Responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones por cotización por tarifa inadecuada.....	273
1.7.	Impugnación de acuerdos sobre derechos sindicales en el ámbito de la Administración .....	274
2.	COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE.....	274
3.	PROCESO ORDINARIO.....	277
3.1.	Acumulación de acciones .....	277
3.2.	Partes procesales: Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario .....	277
3.3.	Sentencia: incongruencia .....	278
3.4.	Alcance del auto de aclaración .....	278
4.	MODALIDADES PROCESALES.....	279
4.1.	Proceso de despido.....	279
4.2.	Proceso de conflicto colectivo .....	281
4.3.	Proceso de impugnación de convenio colectivo .....	283
4.4.	Proceso de tutela de derechos fundamentales: litisconsorcio pasivo necesario .....	284
5.	RECURSO DE SUPPLICACIÓN.....	285
5.1.	Reglas para el cálculo de la cuantía mínima.....	285
5.2.	Afectación general .....	287
5.3.	Sentencias recurribles .....	288
6.	RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIA .....	289
6.1.	Acumulación indebida de dos acciones: impugnación del convenio colectivo y conflicto colectivo .....	289
7.	RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA .....	289
7.1.	Admisión de documentos.....	289
8.	EJECUCIÓN.....	291
8.1.	Ejecución en materia de Seguridad Social.....	291
8.2.	Intereses del art. 921 LEC (art. 576 vigente) en relación con el art. 45 de la LGP.....	292
8.3.	Costas .....	293



## INTRODUCCIÓN

La actividad Jurisdiccional de la Sala Cuarta en el presente año judicial 2007/2008 ha mantenido un ritmo semejante al del año anterior, si bien que algo más intenso, y como en aquél ha venido marcada, en materia estricta de Derecho del Trabajo, especialmente por la resolución 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 doctrina de la Sala Cuarta se ha desplegado con profusión en recursos referidos a los distintos avatares del contrato de trabajo, en materia colectiva y sindical, y cómo no, en materia atinente a la tutela de los Derechos Fundamentales.

Así, la Sala ha abordado la forma de cálculo de la antigüedad de los trabajadores de RENFE que habían ingresado en la empresa desde la escuela de aprendices; se ha detenido concienzudamente en el análisis y concreción del concepto de propia actividad en materia de contrata y subcontratas (respecto del servicio de transporte sanitario de urgencia), y al mismo tiempo ha abordado numerosos recursos en materia de contratos temporales.

En relación con la extinción del contrato, se ha tenido oportunidad de despejar algunas dudas que todavía se plantean en torno a la consigna-

---

La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D Enrique REIG ARACIL, D.<sup>a</sup> Dolores REDONDO VALDEÓN, D. Miguel Ángel LIMÓN LUQUE, D.<sup>a</sup> María SILVA GOTI y D.<sup>a</sup> María Magdalena HERNÁNDEZ-GIL, bajo la coordinación de los Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal, Ilmos. Sres. D. Juan Manuel SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA y D. Manuel FERNÁNDEZ-LOMANA Y GARCÍA, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Gonzalo MOLINER TAMBORERO, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

ción del art. 56. 2 del ET en materia de despido reconocido improcedente por el empresario, así por ejemplo, para aclarar que dicha consignación debe efectuarse respecto del salario bruto y no neto, o para destacar que los efectos de la consignación (paralizadores de los salarios de trámite) también se producen cuando en vez de consignar se efectúa el abono en metálico al trabajador, o incluso cuando se le hace entrega de un cheque bancario. Respecto del cálculo de la indemnización de despido la Sala ha podido aclarar la cuestión relativa a si el prorrateo de tiempo por periodos inferiores al mes debe calcularse a razón del salario día o por el contrario debe completarse redondeándose a mes completo. Del mismo modo, esta Sala ha tenido oportunidad de seguir profundizando en la negativa al periodo alternativo de vacaciones para el caso de caer el trabajador en Incapacidad Temporal.

Destacable es también la serie de sentencias que ha rechazado la posibilidad de reclamar los complementos de Convenio Único de la Administración General del Estado sin esperar a que la Civea (Comisión de Interpretación y Vigilancia del convenio) proceda a su asignación concreta por puestos y categorías. Igualmente son de destacar algunas otras sentencias que, como viene siendo habitual todos los años, han tenido que abordar las complejas situaciones —por lo variadas y casuísticas— referidas a la llamada «doble escala salarial».

En materia de negociación colectiva y materia sindical han sido diversos los pronunciamientos destacables que se recogen en la crónica, pero deben reseñarse especialmente las dos sentencias dictadas en el marco de una impugnación de la decisión de dos empresas tabaqueras —decisión motivada por la conocida ley llamada «antitabaco»— de suprimir una ventaja consolidada en el tiempo y recogida en convenio en virtud de la cual la empresa proporcionaba a sus trabajadores tabaco gratuitamente (tabaco de regalía) y para su consumo en la empresa (tabaco de fuma) y que había pasado a ser de cumplimiento imposible ante la contundencia de dicha ley. La Sala termina por reconocer una alteración de la base del negocio y un derecho de los trabajadores a una compensación en metálico por la ventaja suprimida.

Naturalmente la Sala Cuarta ha tenido también la oportunidad de abordar cuestiones directamente vinculadas con la tutela de los derechos fundamentales en el marco de la relación de trabajo, materia en la que es de destacar, por un lado, la serie de sentencias dictadas en torno a la garantía de indemnidad de los trabajadores de Correos y Telégrafos

que por haber sido demandantes por despido y obtener sentencias declarándolos improcedentes eran excluidos de la bolsa de trabajo; por otro lado, es también de destacar la serie de pronunciamientos que la Sala a efectuado al respecto de si los despidos de trabajadores por causa de sus continuadas bajas por IT son vulneradores o no de derechos fundamentales, resolviendo que no se alcanza la nulidad, como ya se había sostenido en casos anteriores, por más que ahora se argumente sobre el derecho a la salud; y finalmente, no puede dejarse de citar la sentencia que ha abordado una materia muy necesitada de clarificación por parte del Tribunal Supremo a la vista de los dispares pronunciamientos que tenían lugar en los diversos Tribunales Superiores de Justicia, relativa a las facultades empresariales de control del ordenador de los empleados, para concluir que dicho instrumento informático no está cubierto por las garantías propias de la taquilla o los efectos personales (art. 18 del ET) y que el alcance de dicho control, por cuanto puede incidir en derechos fundamentales del trabajador (intimidad y/o secreto de las comunicaciones), debe delimitarse en base a la fijación de advertencias previas o códigos de uso previamente establecidos que permitan evitar la quiebra de la confianza legítima del trabajador en la posibilidad de un moderado uso particular.

Por lo que se refiere a la Seguridad Social, la Sala ha tenido oportunidad de matizar interpretaciones ya consolidadas, si bien este año ha llegado incluso, en algunas ocasiones, a modificar explícitamente criterios interpretativos anteriores, pronunciándose así sobre algunas cuestiones de indudable calado.

En primer lugar, destacan los importantes cambios de doctrina incorporados en materia de trabajadores migrantes y de aplicación del Reglamento comunitario 1408/71, en dos vertientes diferenciadas. En primer lugar, la Sala, reunida en Sala General, ha establecido que, para el cálculo de la pensión de jubilación causada en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, ha de tomarse en consideración a efectos del cálculo de la prorrata temporis el derecho a una rebaja de la edad de jubilación en atención a la naturaleza excepcionalmente penosa e insalubre o penosa de determinados trabajos en la marina mercante previsto por la Seguridad Social española. De la misma forma, se reconoce que cuando la determinación de la cuantía de la prestación se calcula en función de los de cotización, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa.

Otro de los aspectos más innovadores de la actuación de la Sala lo ha constituido la fijación de los criterios indemnizatorios derivados de accidente de trabajo. Así, el Pleno de la Sala, ha destacado que lo percibido por prestaciones sociales y mejora de las mismas es compensable con la parte de la indemnización reconocida por lucro cesante, pero no con las cantidades reconocidas por otros conceptos, de tal forma que sólo se compensan conceptos homogéneos.

Destaca asimismo la reciente e importante sentencia del Pleno de la Sala que ha abordado el derecho al desempleo en su nivel contributivo de un ciudadano extranjero a quien le había sido denegada esta prestación por parte de la entidad gestora, teniendo en cuenta que había prestado trabajo para una empresa careciendo de permiso de trabajo y de autorización para residir en España, habiéndose extinguido la relación laboral así trabada mediante despido que fue calificado judicialmente de improcedente, todo ello sin que durante la prestación de trabajo el trabajador hubiera estado de alta y cotizando a la Seguridad Social. Para la Sala, hay que reconocer el derecho al desempleo y a cualquier otra prestación de Seguridad Social al extranjero que, careciendo de autorización para trabajar, es titular de una autorización de residencia. Pero, en el presente caso, dado que el actor carece de ambas autorizaciones, tan sólo tiene derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, entre las que no se encontraría la prestación por desempleo, puesto que el art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes queriendo y pudiendo trabajar, pierden el empleo, y los extranjeros no residentes, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente.

Es también digno de mención el pronunciamiento del Pleno de la Sala que ha establecido la compatibilidad de la pensión de Gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena, así como aquella otra sentencia que ha fijado la fecha de efectos a partir de la cual ha de reconocerse las prestaciones de viudedad y orfandad solicitadas cuando habían sido denegadas antes en las mismas circunstancias que luego han servido para reconocerlas, o finalmente la que ha abordado la cuestión del cómputo de la carencia específica para la prestación de incapacidad temporal en un contrato a tiempo parcial.

En lo que se refiere al Proceso Laboral, puede afirmarse que se trata el presente año judicial de un periodo muy fructífero en cuanto a sentencias que abordan diversas cuestiones atinentes al mismo y así, por ejemplo la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de delimitar de nuevo las fronteras del Derecho del Trabajo que lo separan de otras ramas del derecho, las famo-

sas zonas grises, como por ejemplo las atinentes a la confusión con el arrendamiento de servicios, o aquellas pretensiones referidas a méritos laborales en concursos administrativos, la impugnación de actos administrativos de la Seguridad social, o de acuerdos sindicales en el ámbito de la Administración. La Sala ha tenido también que abordar una compleja cuestión de competencia internacional así como de ley aplicable, y se ha adentrado de nuevo en el estudio de las particularidades de las diversas modalidades procesales, por ejemplo al respecto de la acumulación de acciones en el proceso ordinario, la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, la acumulación de acciones en el proceso de despido, la posibilidad de apreciar de oficio la caducidad de la acción de despido, el ámbito del proceso de conflicto colectivo y la determinación de aquellas pretensiones para el que es proceso adecuado y aquellas otras para las que no lo es. Esta Sala ha abordado igualmente un debate de gran interés y muy necesitado de clarificación al respecto del proceso de Tutela de derechos fundamentales, cual es si existe litisconsorcio pasivo necesario o no con el acosador en los supuestos de acoso moral, y finalmente, es de destacar la sentencia que analiza la relevancia de la aportación de documentos en fase de recurso, concretando los casos que son admisibles, y los efectos que su aportación pudiera tener en orden a la decisión de admisión por ser de utilidad para colmar el requisito de la existencia de contradicción.

## I. DERECHO DEL TRABAJO

### 1. Antigüedad

Destacan dos **STS de 15-02-08 (Rc 1718/07 y 1895/07) que resuelven si a efectos de antigüedad en RENFE —hoy ADIF— resulta computable el tiempo de aprendizaje denominado «periodo de preparación colegiada»** por el que pasaron los demandantes antes de que se les reconociese por la empresa como trabajadores a todos los efectos. Las sentencias deciden acerca de la discrepancia existente entre los términos de la convocatoria —que excluye la laboralidad del «periodo de preparación colegiada»— y la regulación del Reglamento de Régimen Interior y lo hacen a favor de este último al entender que el mencionado periodo contemplado en la convocatoria como tiempo de estancia con la condición de becario de tres meses para quien supera la primera fase de las pruebas, **no está previsto en el Reglamento como tal, por lo que la regulación que de ese tiempo se hace en la convocatoria no puede prevalecer en contra o más allá de lo que el Reglamento establece.**

## 2. Contratas y subcontratas

### 2.1. *Responsabilidad solidaria. Concepto de «propia actividad»*

Una trabajadora de la empresa concesionaria del servicio de transporte sanitario de urgencia formuló reclamación salarial frente a dicha empresa y el Servicio Navarro de Salud. **La STS 23-01-08 (Rc 33/07) declara la responsabilidad solidaria de las codemandadas al entender que el transporte sanitario de urgencia debe ser considerado como «propia actividad» prevista en el art. 42.2 ET** pues constituye un servicio sanitario que —aunque complementario— es estrictamente necesario para que el Instituto Navarro de Salud pueda atender las necesidades de asistencia propias del servicio sanitario que gestiona.

### 2.2. *Cesión ilegal. Opción de formar parte de la plantilla de la empresa cedente o cesionaria*

En un supuesto en el que la empleadora demandada había reconocido improcedente el despido disciplinario del actor que además había sido objeto de una cesión ilegal entre dicha empresa y la codemandada, la Sala de suplicación había concedido al actor la opción entre la readmisión o la resolución mediante indemnización en aquella empresa de la que hubiera elegido ser trabajador. **La STS de 05-02-08 (Rc. 4713/06)** revoca dicho pronunciamiento por cuanto **el art. 43.3 del ET** que concede al trabajador ilegalmente cedido la facultad de optar por cuál de las dos empresas prefiere seguir teniendo como empleadora, **es totalmente independiente del art. 56 del mismo Texto Legal** que en los supuestos de despido improcedente confiere a la empresa la opción entre la readmisión o la resolución indemnizada del contrato, salvo que el despedido fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, lo que no ocurre en el supuesto enjuiciado.

## 3. Contratos temporales

### 3.1. *Contratos temporales y derechos fundamentales*

**La STS de 30-10-07 (Rc 4295/05)** resuelve un supuesto de exclusión de la Bolsa de empleo tras haber ganado una demanda de despido. La

actora era trabajadora temporal en Correos y Telégrafos hasta que fue cesada, dictándose sentencia que declaró el despido improcedente. Desde que reclamó por despido no volvió a ser contratada, habiéndolo sido personas que en la bolsa de trabajo se encontraban en posiciones posteriores a la de la actora respecto a la cual existía anotación indicando que no sería llamada «hasta tanto no se resuelva el despido»; indicación que se entiende persistió tras la sentencia que declaró improcedente el despido y reconoció la correspondiente indemnización. Formulada demanda por vulneración de la garantía de indemnidad, fue estimada por la sentencia de instancia — que condenó a la demandada a reintegrar a la trabajadora a la bolsa y abonarle una indemnización diaria hasta el cese de la conducta vulneradora del derecho fundamental— y dicho pronunciamiento confirmado en suplicación. **La citada sentencia desestimó el recurso de la entidad demandada basándose en la STS de 9-03-2007 (Rc 108/05) dictada en proceso de conflicto colectivo que despliega los efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales con el mismo objeto** y que vino a establecer que los trabajadores que en virtud de sentencia o conciliación hubieran percibido una indemnización por despido improcedente no pueden ser excluidos de la bolsa por dicha circunstancia. Entiende la primera sentencia citada que el efecto vinculante de la sentencia colectiva se aplica al caso enjuiciado, pues la trabajadora no podía ser excluida de la bolsa con independencia de que se aleguen los arts. 24 o 14 de la Constitución. **La sentencia también rechaza las dos vías de justificación empresarial.** La primera relacionada con el abono de la indemnización argumentando que la indemnización por despido si bien cubre la pérdida de un empleo, no está en función del tiempo en que vaya a mantenerse esa pérdida. En cuanto a la segunda, referida a la libertad de contratación del empresario, razona que esa libertad quedó voluntariamente limitada por un acuerdo colectivo por el que la empresa se comprometió a respetar el orden marcado por la posición del solicitante en la bolsa.

### ***3.2. Contrato de interinidad por vacante***

**La STS de 30-10-07 (Rc 3848/06)** resuelve el recurso de una trabajadora interina de la Junta de Galicia que había sido cesada por la adscripción temporal por causa de salud de un trabajador fijo a la plaza que la actora ocupaba; adscripción prevista en el art. 7.4.b) del Convenio

Colectivo Único del personal laboral de la Junta de Galicia. **La sentencia desestima el recurso basándose en las STS de 26-07 y 28-11-2006 (Rc 3160/05 y 3102/05)** que, contemplando la misma norma convencional, admitieron la válida extinción de un contrato de interinidad por la adscripción a la plaza de trabajadores fijos que habían sido removidos como consecuencia de una modificación de relación de puestos de trabajo. Entendían dichas sentencias que no se trata de un problema de jerarquía de fuentes puesto que las leyes o reglamentos pueden delegar en la negociación colectiva determinadas materias que afecten al empleo y a las relaciones de los trabajadores con la empresa, siempre que los contenidos de la negociación sean lícitos y no incluyan condiciones más desfavorables que las previstas en normas de superior rango jerárquico.

### ***3.3. Contrato por obra o servicio determinado***

Dos sentencias de la Sala deciden supuestos en los que el contrato por obra o servicio determinado se vincula con la duración de una contrata, ambos casos referidos al sector de Telemarketing y al artículo 14 del Convenio del sector.

**La STS de 14-06-07 (Rc 2301/06) estima el recurso de la trabajadora demandante porque la contrata no finalizó por causa ajena a la empleadora o por el transcurso de su plazo de duración, sino que ésta concluyó por común acuerdo de las empresas contratantes antes del plazo de finalización, por lo que no cabe invocar el cumplimiento del término como causa de la extinción del contrato.**

En cambio, **la STS de 4-10-07 (Rc 1505/06) desestima el recurso del actor que había suscrito un contrato por obra o servicio determinado cuyo objeto era la realización de servicios de facturación de la empresa principal que dejó sin efecto el contrato suscrito con la empleadora.** Entiende la sentencia que el artículo 14 del Convenio del sector al considerar que tendrán sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones de Telemarketing cuya ejecución en el tiempo sea, en principio, de duración incierta, no desnaturaliza la modalidad contractual que se trata en la configuración que le otorga el art. 15 1.a) del ET.

En un caso en el que el actor había prestado servicios en el Conservatorio de música de una Fundación Municipal como profesor de percusión mediante una serie de contratos por obra o servicio determinado que se

extendían desde el mes de julio de un año hasta el mes de septiembre del año siguiente, **la STS de 30-10-07 (Rec 2585/06) entiende que, aunque tal actividad tiene autonomía y sustantivada propias** dentro del conjunto de actividades de la Fundación, para la válida constitución del contrato por obra o servicio determinado **es necesario que dicha actividad sea, además, de duración temporal y no puede calificarse así la actividad de enseñanza musical que desarrolla la demandada**, pues resulta difícil relacionar la temporalidad del contrato con el número de matrículas de cada curso escolar, al tratarse de un dato que no afecta a la naturaleza de la actividad sino a la conveniencia o no de prestarla. Toma en consideración la sentencia el hecho de que el actor impartió clases durante ocho años consecutivos, lo que no se compagina con la calificación de temporal de la actividad docente.

## 4. Convenios Colectivos

### 4.1. *Concurrencia conflictiva de Convenios Colectivos*

La **STS de 5-3-2008 (Rc 23/07)**, dictada en casación ordinaria analiza la **posible concurrencia** del II Convenio Colectivo de la empresa «**Air Nostrum** Lineas Aereas del Mediterraneo, SA» y su personal de tierra y los técnicos de cabina de pasajeros (BOE 22-11-2005) con el **Convenio del Sector** del Servicio de Asistencia en Tierra de Aeropuertos —*Handling*— (BOE 28-7-2004), en tanto que trabajadores de dicha empresa se dedican a la actividad de *handling* para dicha compañía en tres aeropuertos nacionales.

La pretensión actora denuncia vulneración de los arts. 82.3, 83.2 y 84 ET y de los preceptos convencionales del sector en los que se establecen las **materias no negociables** en ámbitos inferiores, para las que el convenio delimita una competencia exclusiva, entre ellas salario mínimo y jornada máxima, y que son objeto de tratamiento en el convenio de ámbito empresarial.

La Sala analiza los respectivos ámbitos de **aplicación funcional de ambos convenios**: El de empresa impugnado, aplicable al personal de la compañía, con excepción expresa de los tripulantes técnicos pilotos, los técnicos de mantenimiento y el personal directivo. Por su parte, el de sector delimita su ámbito de aplicación por referencia a las empresas, entidades y trabajadores del sector, una de cuyas actividades, aunque

compartida con otras, consista en la prestación de servicios de *handling*, entendiendo por tales los de asistencia en tierra en los aeropuertos a aeronaves, pasajeros, mercancías y correos, también con exclusión del personal directivo. La clave es, pues, si el convenio supuestamente invasor, el de la empresa, comprende en su ámbito de aplicación a los trabajadores del *handling*.

Por otra parte, la Sala estima que la **actividad principal** de la empresa Air Nostrum es la de transporte aéreo nacional e internacional de pasajeros y carga. Y también desarrolla como **actividad complementaria**, que no puede calificarse de autónoma, en los aeropuertos de Valencia, Madrid y Barcelona, algunos de los servicios de *handling* para sus propias aeronaves —aunque no para terceros—, lo que lleva a la Sala a considerar que no le resulta de aplicación a la empresa demandada el convenio sectorial que regula esa particular actividad, como actividad autónoma y también prestada para terceros.

Tampoco estima la concurrencia, prohibida por el art 84.1 ET, porque el sector al que pertenece la empresa no es el mismo que el que regula el convenio sectorial, y al tratarse de sectores de actividad diferentes, este último convenio no puede tener la consideración de **Convenio Marco** respecto al Convenio de empresa.

A ello se suma que, si bien el convenio sectorial es **anterior en el tiempo** —y por ello con prioridad aplicativa respecto de convenios de ámbito inferior posteriores, conforme dispone el art.84 ET—, cuando aquél se publicó y entró en vigor, el Convenio de la empresa, aun denunciado, se encontraba en fase de vigencia prorrogada hasta la negociación de la nueva versión.

#### **4.2. Convenio Colectivo: pervivencia de lo pactado y cláusula «*rebus sic stantibus*»**

La **STS de 14-2-08 (Rc 119/06)** dirime un conflicto de indudable interés, no solo por los antecedentes del mismo sino por el estudio que realiza de una concreta legislación, ajena al mundo laboral, en relación con una normativa convencional y su posible pervivencia y también por la complejidad de sus razonamientos jurídicos.

Esta sentencia resuelve demandas acumuladas de **conflicto colectivo** promovidas frente a la empresa LOGISTA en relación, por un lado, con

la entrega a los empleados activos, prejubilados y pasivos del denominado «*tabaco de regalía o promocional*», que se proporcionaba mensualmente a los trabajadores como retribución en especie, o como prestación social a quienes ya no trabajasen en la empresa; así como con la puesta a disposición de los trabajadores activos del «*tabaco de fuma*», que la empresa disponía en el centro de trabajo para su consumo durante la jornada laboral. Subsidiariamente se solicitaba el abono mensual de una compensación en metálico equivalente al valor del mercado —con las correspondientes actualizaciones— del tabaco cuya entrega quedara suprimida.

En la sentencia de instancia dictada por la Audiencia Nacional quedó acreditado que la empresa dejó de facilitar ambos tipos de labores del tabaco desde el primero de enero de 2006, fecha de entrada en vigor de la *Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*. Dicha sentencia, tras desestimar las peticiones principales, encaminadas a la nulidad de la decisión empresarial de suprimir las entregas, estimó la petición formulada con carácter subsidiario, esto es, la de la entrega en metálico del equivalente al valor de mercado del tabaco.

En casación, se debate sobre el **alcance de la Ley 28/2005** y sus efectos sobre los pactos colectivos de la empresa y posteriormente en torno a la cláusula «*rebus sic stantibus*». Respecto al primer problema, relativo a la **pervivencia de lo pactado** en el convenio al margen de lo dispuesto en la aludida Ley 28/2005, que prohibió el suministro de tabaco salvo en los establecimientos para ello autorizados, la Sala —tras un extenso análisis de la exposición de motivos de la normativa legal de referencia y de las expresiones contenidas en su articulado— opta por la interpretación del término «suministro» en su acepción más amplia, y que abarca cualquier forma de entrega del producto, ya sea onerosa o gratuita, de modo que la práctica estipulada en el convenio queda afectada por la prohibición, debiendo prevalecer sobre lo convenido lo dispuesto en una norma legal de derecho necesario absoluto. Concorre, en definitiva, un supuesto de **ilegalidad sobrevenida** del convenio colectivo en este concreto punto, y por tanto motivo justificado para que la empresa deje de entregar tanto el tabaco «promocional o de regalía» como el de «fuma».

En segundo lugar, se analiza la posible aplicación de la **cláusula «rebus sic stantibus»** como sistema de reequilibrio interno del Convenio

Colectivo, dada la supresión de entrega del tabaco y que implica que la empresa deba cumplir con su obligación de forma alternativa o por equivalencia. La Sala tras desestimar la excepción de **inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo** —al entender que lo planteado se trata de un conflicto jurídico y no de intereses—, con apoyo en la STC 210/1990, concluye que el radical cambio de las circunstancias permite aplicar la cláusula «rebus sic stantibus» puesto que efectivamente, se ha producido un notable desequilibrio como consecuencia de la supresión de una ventaja o beneficio que se venía otorgando a los trabajadores, estimando precedente el reequilibrio a través de la compensación económica.

Finalmente, la Sala estima el recurso de la empresa en punto a la **cuantificación del equivalente económico** del tabaco dejado de proporcionar a los trabajadores, que cifra en el precio de adquisición que abona LOGISTA a ALTADIS —que es quien fabrica el tabaco—, pues tal era la carga económica real que asumía aquélla respecto de los beneficiarios de la entrega del tabaco.

La **STS de 5-3-08 (Rc 100/06)** versa sobre un conflicto colectivo similar suscitado en la empresa ALTADIS. Y que la Sala resuelve en idéntico sentido, con remisión expresa a la sentencia precedente referida a LOGISTA, salvo el matiz que se introduce en la determinación de la carga económica asumida por la empresa, que se cifra en el coste de fabricación más impuesto, como la propia parte recurrente ha especificado en el escrito de formalización del recurso.

### ***4.3. Impugnación de Convenio Colectivo: Asamblea de trabajadores prevista en el mismo***

Dentro de los derechos básicos de los trabajadores se incluye el derecho a reunirse en asamblea, siendo éste un derecho de aquellos en la empresa o centro, por el mero hecho de serlo y que se ejercita en el mismo lugar de trabajo, regulando su régimen los arts. 77 a 80 ET.

La **STS de 20-10-07 (Rc 3179/05)**, analiza la validez y régimen jurídico de una **asamblea prevista en convenio colectivo** y en el que se establecía una cláusula que vinculaba lo pactado a la ratificación de los trabajadores en asamblea. Esta confirmó el mismo por mayoría, pero efectuó la votación a mano alzada, incumpliendo, a juicio de los impugnantes, lo establecido en la legislación laboral. Y la Sala, tras analizar, desde una óptica general el carácter de la asamblea en nuestro sistema,

concluye afirmando que sólo resulta de **aplicación el régimen estricto** que se contiene en el **art. 80 ET** a las asambleas previstas legalmente donde se adopten acuerdos vinculantes, lo que no concurre en ese caso, máxime cuando el derecho de los sujetos negociadores desbordaría el ámbito mismo del de los trabajadores reunidos en asamblea. Por ello, considera que la remisión a la asamblea efectuada por los negociadores del convenio colectivo **es válida** sólo en la medida en que manifiesta una autolimitación de la voluntad de los representantes de los trabajadores, condicionando la aprobación del convenio a su ratificación por vía asamblearia y no estaba en la voluntad de los representantes efectuar una remisión a las estrictas reglas de adopción de acuerdos asamblearios previstas en el Estatuto de los Trabajadores, sino a un tipo de asamblea más informal, en el que cabía, como era habitual en la empresa, la adopción de acuerdos a mano alzada.

#### ***4.4. Interpretación del art. 75.3. del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Actuación de la CIVEA***

La Sala IV, resuelve, finalmente una incógnita que había venido provocando numerosos litigios relativos al alcance de la intervención de la CIVEA prevista en el **Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado** en relación con el derecho de los trabajadores a la percepción de los **complementos** derivados del Acuerdo sobre racionalización de los complementos del puesto de trabajo (BOE 29-12-2003) y en concreto, si el derecho al cobro de los mismos deriva de la concurrencia de los requisitos y condicionamientos establecidos en el art. 75.3.1.1 o bien resulta un requisito constitutivo la fijación de los mismos por la CIVEA.

La cuestión se dirime, partiendo de lo dispuesto en el propio Convenio y de la **autonomía colectiva** de las partes firmantes, que alcanza carácter normativo y esta Sala mantiene la postura favorable, a que la **previa negociación en el seno de la CIVEA** de la reasignación de categorías o de atribución de los complementos, es precisa para poder interponer y dirimir reclamaciones individuales. En definitiva el sistema de asignación de complementos no está definitivamente cerrado, sino que actualmente se está desarrollando por el cauce previsto, sin que sea posible obviar el mismo, puesto que no ha sido alcanzado todavía un pacto en el seno de la CIVEA para la asignación de todas las nuevas modalidades del comple-

mento de puesto, por lo que no pueden los órganos judiciales suplir el sistema establecido, tomando decisiones que vengan en la práctica a sustituir a la autonomía colectiva y ello aun reconociendo que el proceso negociador y su conclusión se está retrasando más de lo debido.

Así se establece a partir de las sentencias, **STS de 12-11— 2007 y 11-12-2007 (Rc 899/07 y 2902/06)**, en relación con el reconocimiento del derecho a un complemento singular de puesto de trabajo, seguidas, entre otras, por las **STS de 20-2-08 (Rc 1064/07)**, **26-2-08 (Rc 1811/07)** y **dos de fecha 27-2-08 (Rc 2180/07 y 2294/07)**, que insisten en que corresponde a la CIVEA la valoración de los factores determinantes para el devengo y reconocimiento del complemento salarial y la asignación del mismo al concreto puesto de trabajo.

## 5. Despido

### *5.1. Despido disciplinario por control del uso del ordenador*

La **STS de 26-9-2007 (Rc 966/06)** resuelve acerca de la forma y condiciones en que la empresa puede controlar el uso del ordenador por parte de un trabajador de la empresa, así como los límites a dicha facultad.

El trabajador ostentaba la categoría de director gerente y disponía de un ordenador proporcionado por la empresa que fue revisado por un técnico informático al haberse detectado fallos en el mismo. La primera comprobación se hizo en la empresa aunque luego fue retirado para su reparación y en ninguno de los casos estuvo presente ni el actor, ni los representantes sindicales ni otro trabajador. En dicha revisión se detectó el acceso a páginas pornográficas de Internet.

El Juzgado de lo Social declaró el despido improcedente, por considerar que la prueba de la infracción del trabajador se había conseguido ilícitamente al haberse vulnerado lo establecido en el artículo 18 del ET. Dicho pronunciamiento que fue confirmado por la Sala de lo Social.

La Sala entiende, en contra del criterio de la sentencia recurrida, en primer lugar, que el ordenador es una herramienta de trabajo por lo que no son aplicables al caso, ni directa ni analógicamente, los requisitos establecidos en el artículo 18 del ET para el registro de la persona, taquilla y efectos personales de los trabajadores por parte de la empresa. Por ello, no es exigible la presencia del trabajador y de los representantes

sindicales en la revisión del ordenador, ni que la misma se realice en el tiempo y lugar de trabajo.

En segundo lugar, se considera que el control del uso del ordenador está regulado por lo establecido en el artículo 20.3 del ET, por lo que *«el control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, una justificación específica caso por caso. Por el contrario, su legitimidad deriva directamente del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores»*.

En conclusión, **al ser considerado el ordenador una herramienta de trabajo, la empresa tiene sobre el mismo facultades de vigilancia y control**. Ahora bien, también se da la circunstancia de que **su uso para fines particulares es tolerado en la empresa, lo que genera una expectativa de confidencialidad, por lo que dichas medidas deberán adoptarse con el debido respeto a la dignidad del trabajador**. En este caso concreto, se concluye que la empresa debió haber advertido al trabajador sobre el uso y el control del ordenador y, al no haberlo hecho, se lesionó su derecho a la intimidad, por lo que se considera correcta la declaración de improcedencia del despido.

## ***5.2. Despido relacionado con incapacidad temporal del trabajador***

En el caso analizado en las SSTS de **11-12-07 (Rc 4355/06)**, **18-12-07 (Rc 4194/06)** y **22-1-08 (Rc 3995/06)** se resuelve acerca de la **calificación que debe darse al despido cuando el motivo real del mismo son las continuas bajas médicas del trabajador**. En todas estas sentencias, la Sala revoca el pronunciamiento de suplicación que había declarado la nulidad del despido para sustituir tal calificación por la de improcedencia. En todas ellas los trabajadores se encontraban en el momento del despido —que en la comunicación se imputa a una disminución del rendimiento— en situación de IT. Pero no sólo eso, pues al mismo tiempo fueron despedidos otros cuarenta trabajadores, de los que más de la mitad estaban en la misma situación. La empresa reconoció, además, la improcedencia de todos los despidos. Estas circunstancias permitieron a la Sala de suplicación entender que existía efectivamente un factor de segregación que contribuía a interpretar la decisión como una discriminación.

Frente a esta solución, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo retoma la línea doctrinal ya superada sobre la calificación del despido fraudulento,

aquél en que el motivo real de la extinción contractual no se corresponde con la causa formalmente alegada, y que —como se recordará— con carácter general merecía la calificación de nulo, aunque no siempre. Línea con la que enlaza directamente el criterio que se viene manteniendo en relación con los despidos por excesiva morbilidad o en caso de enfermedad del trabajador. A ello se suma el hecho de que la enfermedad no se encuentre entre las circunstancias mencionadas en el art.14 CE, que conforme aclara la doctrina constitucional incluye esencialmente «circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas»; y un dato normativo adicional, que los supuestos de nulidad del despido se enumeren de manera tasada en el art. 108.2 LPL y entre ellos no figura el de fraude o falta de conexión entre la causa invocada y el motivo real que provoca la extinción.

En definitiva, el Tribunal se reafirma en el ya asentado criterio doctrinal de que **el despido por bajas reiteradas por enfermedad ha de ser calificado como improcedente y no como nuLO** Salvo en el caso de que las bajas se vinculen al embarazo, o enfermedades relacionadas con el mismo, de la mujer trabajadora, puesto que tal supuesto constituye en realidad un caso singular de discriminación por razón de sexo (STC 17/2007), y encajaría sin fricciones en el art.14 CE. Ni siquiera la invocación del derecho a la salud (art.43.1 CE) —que además no está en el catálogo constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas— permitiría una conclusión distinta. Ni el parangón con la discapacidad, que es una situación netamente distinta de la enfermedad.

En el mismo sentido se ha pronunciado la **STS de 22/11/2007 (Rc 3907/2006)**.

### ***5.3. Indemnización por despido***

La STS de 1-10-2007 (Rc 3794/2006), reiterando la doctrina de la Sala, se pronuncia sobre los efectos del defectuoso cálculo de la indemnización de despido consignada judicialmente en virtud de lo establecido en el artículo 56.2 ET, como consecuencia de haberse tenido en cuenta el **salario neto y no bruto** del trabajador. En este caso se considera que no ha existido **error excusable**, por lo que no procedía la limitación de los salarios de tramitación.

Sin embargo, la **STS de 19-10-2007 (Rc 4128/2006)**, entiende que constituye error excusable el derivado de la **discrepancia en la catego-**

**ría profesional** del trabajador, que implica un incremento en las retribuciones postuladas en demanda y reconocidas judicialmente. Por ello, en este caso se considera que la errónea indemnización consignada si tiene efectos limitativos de los salarios de tramitación.

En relación únicamente a la forma de cálculo de la indemnización por despido improcedente, **la STS de 31-10-2007 (Rc 4181/2006)** establece, interpretando literalmente el artículo 56.1.a del ET, que **«sea cual fuere el número de días servido a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse «por meses», esto es, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes»**.

En el mismo sentido se ha pronunciado **la STS de 12-11-2007 (Rc 3906/2006)**.

También con respecto al alcance de la exclusión o limitación de los salarios de tramitación recogida en el artículo 56.2 ET, se pronuncia **la STS de 22-1-08 (Rc 1689/07)**. En ella, se considera que **el pago directo y en metálico al trabajador, que recibe efectivamente el importe de la indemnización al mismo tiempo que suscribe el recibo de finiquito se considera un medio alternativo al que la ley contempla expresamente**.

La propia Sala alude a lo razonado en su anterior sentencia de 21-3-06 (Rc 2496/05), que a su vez remitía a la de 25-5-05, en la que parecía que se venía a decir que el único mecanismo habilitado para poner la indemnización a disposición del trabajador era el depósito judicial, pues era el que expresamente mencionaba la norma legal. De ahí que **se privara de virtualidad a los efectos previstos en el ya citado art. 56.2 ET a la transferencia bancaria**. Sin embargo, **esta doctrina no se considera ahora de aplicación al supuesto de entrega en metálico de la indemnización**.

En el mismo sentido, se pronuncia **la STS de 28-2-2008 (Rc 4785/2006)**, si bien en este caso el pago de la indemnización se hizo mediante **cheque bancario** entregado al trabajador el mismo día del despido.

En conclusión, la Sala entiende que la transferencia no equivale a la puesta a disposición a los efectos del 56.2 ET, pero que tanto la entrega de cheque bancario como el pago directo de la indemnización por despido improcedente sí exoneran del abono de los salarios de tramitación, al resultar mecanismos alternativos al depósito o consignación judicial, y garantizar suficientemente la efectiva percepción de las cantidades correspondientes por el trabajador despedido.

#### **5.4. Efectos del despido improcedente de alto directivo**

En la **STS de 13-2-2008 (Rc 4348/2006)** se aborda el problema de los **efectos de la extinción de la relación laboral especial de alto cargo sobre la relación laboral común previa**, que se encuentra suspendida. En este caso, declarada la improcedencia del despido judicialmente, la sentencia recurrida en casación unificadora concede al actor la posibilidad de optar por reincorporarse en el puesto en el que inicialmente prestaba servicios como trabajador común o por extinguir dicha relación laboral con el consiguiente abono de la indemnización y, con respecto a la relación laboral especial establece que, son las partes las que pueden acordar la reincorporación del trabajador al puesto de alto directivo y, en defecto de acuerdo, la demandada deberá abonar la correspondiente indemnización.

La Sala, interpretando los artículos 9.3 y 11.2 del RD 1382/1985, que regula la relación laboral de alta dirección, considera que el trabajador **sólo tendrá derecho en este supuesto a que se reanude la relación laboral común, pero en ningún caso podrá optar entre reanudarla o extinguirla con el abono de la correspondiente indemnización.**

### **6. Elecciones sindicales**

#### **6.1. Publicidad del censo electoral: Forma y legitimados para su recepción. Elecciones a representantes unitarios**

El procedimiento electoral — arts. 67 a 76 del Estatuto de los Trabajadores — para la elección de los representantes de los trabajadores, determina la constitución de las mesas y las competencias y funciones de estas, entre las que se incluye resolver cualquier reclamación que se presente y otras en relación con el censo, en tanto se establece que a la empresa le corresponde proporcionar el censo laboral y facilitar los medios para elaborar la lista de electores y a la Mesa Electoral, confeccionar las listas y darles publicidad.

Y es precisamente esta última cuestión la que analiza la sentencia del **TS de 27-9-2007 (Rc 78/06)**, dictada en un recurso de casación ordinaria y que trae causa de dos demandas acumuladas planteadas por la empresa y por un sindicato firmante del «Acuerdo para el desarrollo de Elecciones Sindicales 2005/2006» de 21 de enero de 2005, en una enti-

dad bancaria. La Sala IV, en primer lugar, delimita el **objeto de la controversia**, quedando excluido de la misma, la demanda empresarial que pretendía que únicamente le incumbía la obligación de entregar el censo electoral a los sindicatos con presencia en la empresa, en tanto fue desestimada y no recurrida. Respecto a la pretensión de que se declare que el único sistema de publicidad del censo electoral es el que se produce exclusivamente entre los trabajadores, mediante su publicación en el tablón de anuncios o sistema análogo, sin que sea legalmente exigible su entrega material a terceros ajenos, se confirma la desestimación acordada por la AN. Razona al respecto que el pacto de **entrega de los censos provisional y definitivo a los sindicatos** no implica vulneración del art 74.3 del ET, pues si bien éste contempla como medio de exposición del censo el **tablón de anuncios**, esta norma tiene carácter de derecho necesario y por tanto mejorable, y no puede interpretarse como el único **medio de publicidad** posible, a lo que se añade que esta mejora fue la aludida en el citado Acuerdo. Y precisamente éste adquiere pleno sentido desde el punto de vista del derecho de los sindicatos a presentar candidaturas en las elecciones a representantes unitarios en la empresa, contemplado en el art.2.2 d) LOLS. Finalmente, se considera que esta **forma de publicidad** no vulnera el **derecho a la intimidad personal** del art.18.1 CE ni el derecho a la protección de los datos personales a que se refiere la LO 15/1999, puesto que ya el propio art.74.3 ET permite la publicidad de los datos contenidos en el censo.

## 7. Extinción del contrato de trabajo

### *7.1. Extinción del contrato durante el periodo de prueba*

La sentencia del **TS 12-11-2007 (Rc 4341/06)** analiza la **legalidad de la cláusula de duración de dos años del periodo de prueba** establecida en el X Convenio Colectivo de Telefónica Publicidad e Información, SA de 2004, para la categoría de Promotor de Entrada y si la misma constituye o no un **abuso de derecho**. Tras un análisis de la figura del periodo de prueba, la Sala IV razona que el mismo debe adecuarse a la **finalidad de la institución** que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual y parte de que el art. 14 ET otorga preferencia a la regulación que se establezca en los Convenios Colectivos. Concluye que, en el caso

analizado, no parece razonable que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad consistente en la captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica, que no presenta, ni se describen, circunstancias particulares para su ejercicio, resultando que una formación durante tan prolongado período resulta excesiva, sobre todo si se compara con el personal de ventas, incluidos los que ocupan puestos de mayor categoría y complejidad, a los que se establece un período de prueba de 6 meses. En definitiva, se declarado abusivo y nulo el pacto que fijó al trabajador un período de prueba de 2 años, y el cese constituye despido improcedente.

### ***7.2. Jubilación forzosa por edad pactada en el Convenio Colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria: Licitud de la cláusula***

La STS de 14-5-2008 (Rc 56/2007), se dicta en procedimiento de **impugnación de convenio**, en casación ordinaria, promovido en solicitud de declaración de nulidad del art. 55.1 del Convenio Colectivo del Personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) por entender que la **jubilación forzosa** prevista no se ajusta a las exigencias de la **Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores**, en la redacción dada por la Ley 14/2005, en particular por no expresar la política de empleo a la que se vincula dicha extinción por edad. La Sala IV, con cita de numerosa doctrina constitucional, confirma la resolución desestimatoria, razonando que el Convenio impugnado expresa todas las concreciones posibles en materia de política de empleo que son exigibles a un **Ente de Derecho Público**, puesto que la referencia a tales precisiones tiene una **proyección normativa** externa de obligado cumplimiento para la AEAT demandada, como son las Leyes de Presupuestos o las normas que anualmente ordenan la oferta pública de empleo para toda la Administración. Y precisamente el RD 120/2007, de 2 de febrero, aprobó la oferta de empleo público para ese año, en desarrollo de lo previsto de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 y en dicho RD se contiene un detallado desarrollo de política de empleo a la que necesariamente ha de atenerse la demandada. En conclusión, dicho bloque normativo que se incorpora al desarrollo y aplicación del artículo 55.1 del Convenio de AEAT como política explícita de empleo determina la legalidad del precepto, que de esta forma se ajusta plenamente a las previsiones de

la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y no contiene discriminación alguna por razón de edad.

## 8. Libertad sindical

Una vez más la Sala IV analiza el alcance del derecho a la libertad sindical en su vertiente de actividad negociadora, que conforme a reiterada doctrina constitucional, forma parte de aquel, siendo precisamente esta negociación colectiva el principal cauce por el que discurren las relaciones entre representantes de los trabajadores y empresarios. En el periodo de esta crónica, concurren diversas sentencias que examinan diversos aspectos relacionados con este derecho fundamental y que acreditan las múltiples facetas y aspectos del mismo, complementando y matizando la doctrina anterior.

### *8.1. Cargo de «liberado» para interlocución con la empresa. Verificación del requisito de idoneidad*

La **STS de 27-6-2007 (Rc 102/06)**, dictada en un proceso de tutela de libertad sindical, analiza la imputada conducta antisindical respecto a la pretensión de condena a la empleadora del **reconocimiento del «liberado estatal»** de un determinado sindicato que éste designa. Es sabido que conforme al art. 10.1 LOLS, el **delegado sindical** es quien representa a la sección sindical y que es elegido por y entre los afiliados en la empresa o en el centro de trabajo, siendo necesaria la **concurrencia de los requisitos** establecidos. Ahora bien, en el supuesto analizado, resulta que la implantación del cargo de liberado sindical que ha dado origen al litigio no responde a una **obligación legal** o convencional de la entidad demandada, sino a una **iniciativa «exclusivamente» empresarial**, con el propósito de mantener una relación fluida con los sindicatos implantados en la misma, siendo necesario que el trabajador elegido reúna determinados requisitos —por ejemplo, vivir en Madrid—. Sobre estas premisas, resulta que no existe la lesión de la libertad sindical alegada, al no concurrir en los candidatos las exigencias de idoneidad requeridas, y dado que el cargo no se enmarca en la estricta representación de intereses laborales, se considera razonable que la empresa, que es quien propone y financia una actividad de interlocución para prevención de conflictos, realice el control del cumplimiento de los requisitos de idoneidad de los interlocutores previamente establecidos.

### ***8.2. Derecho a la actividad sindical: Sindicato minoritario al que se le deniega negociar acuerdos extraestatutarios***

La **STS de 18-9-07 (Rc 52/06)** examina la denuncia por parte de un sindicato de la supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical por su no participación en la **negociación de unos pactos extraestatutarios** en una concreta entidad financiera. Estos acuerdos fueron así calificados por una previa sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8-5-06 (Rc 179/04), y es precisamente esta naturaleza de los acuerdos la que integra la «ratio decidendi» de la sentencia ahora analizada. Se estima que rige el principio estricto de la autonomía de la voluntad, únicamente limitada por las normas que prohíben el fraude de ley, el abuso del derecho, la mala fe y la vulneración de las normas imperativas. Por lo tanto, el **derecho a la negociación colectiva** ha de compaginarse con el **principio de autonomía de la voluntad** y con la libertad de empresa, lo que implica una mayor libertad de la entidad patronal para elegir a su interlocutor (STC 121/2001). En definitiva, **la exclusión del sindicato** demandante de una negociación de eficacia limitada en la empresa, donde únicamente cuenta con una representatividad o implantación menor al 3%, no se considera vulnere la libertad sindical de aquél.

### ***8.3. Nulidad de la mesa negociadora: Inexistencia por renuncia expresa del sindicato accionante a formar parte de la misma***

Finalmente, en la **STS de 19-9-2007 (Rc 97/06)**, dictada en un proceso de conflicto colectivo, se suscita la posible **nulidad de la mesa Negociadora** del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de la Comunidad de Madrid. El sindicato demandante fue convocado para integrar la Mesa, pero decidió no incorporarse por considerar que el ámbito de negociación era ilegal. La mesa tenía por objeto negociar el citado convenio, cuyo ámbito funcional sería el de todos los trabajadores y empresas que prestan servicios de transportes de viajeros por carretera en la Comunidad mediante vehículos de tracción mecánica y de más de nueve plazas incluido el conductor, excepto los trabajadores y empresarios excluidos por la legislación vigente. Pues bien, entiende la Sala que no se ha lesionado ni el **derecho de libertad sindical** (art. 9.3 CE) en tanto que ninguna relación existe entre los términos en que fue planteada la denuncia del aludido principio consti-

tucional y el contenido del mismo. Tampoco concurre vulneración del **derecho a la negociación colectiva** (art. 37.1 CE y 4.1. c) y 87.2 ET) porque se le dio la oportunidad de estar presente en la Comisión Negociadora mediante la oportuna convocatoria e incorporarse a la negociación ocupando los puestos en la misma que en base a su representatividad le fueron reconocidos y **renunció expresamente** a su ejercicio. Finalmente señala, conforme a la jurisprudencia de esta Sala (STS de 7-7-02, Rc. 4859/00, 31-10-2003, Rc. 17/02 y 21-12-2005, Rc. 45/05) que la **conurrencia de convenios** es cuestión a plantear una vez que se publica el convenio y por tanto se conozca su ámbito de aplicación, y ello determinará la ineficacia aplicativa del mismo en cuanto pueda afectar al ámbito de otro convenio vigente, pero no antes. En conclusión, el art 84 ET no prohíbe la negociación de un convenio concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior, sino que, lo que hace es establecer una regla de solución de conflictos que otorga preferencia aplicativa al convenio anterior indicando ineficacia aplicativa del invasor.

## **9. Modificación de condiciones de trabajo**

### ***9.1. Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenio colectivo***

**La STS de 15-10-07 (Rc 47/06)** se dicta en un proceso de impugnación de convenio colectivo de la actividad de Handling. La norma paccionada en cuestión facultaba a la empresa para variar —en función de los cambios en la programación de vuelos o incremento o reducción de los mismos o en función de las cargas de trabajo— la jornada y el horario establecidos en el contrato de trabajo a tiempo parcial adaptándolos a las necesidades del servicio sin que ello suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Se exigía el preaviso de una semana del que se podía prescindir si se dieran necesidades imprevistas, en cuyo caso la empresa podía variar la jornada y el horario informando previamente de tales necesidades a los representantes de los trabajadores.

La Sala recuerda la doctrina según la cual a través de la negociación colectiva es posible establecer procedimientos de modificación sustancial de carácter colectivo diferentes de los previstos en el art. 41 del ET. Sin embargo, en el supuesto enjuiciado **declara la nulidad del precepto convencional** que no regula la modificación sustancial de condiciones

colectivas de trabajo sino **que se refiere a las modificaciones individuales de los contratos, con lo que vulnera el art. 41.1 y 3 del ET**. Añade la sentencia que, tratándose de contratos indefinidos a tiempo parcial, si se admite la posibilidad de que la empresa pueda modificar la jornada mas allá del tiempo máximo resultante del contrato — como exige el art 12 del ET — se estaría haciendo irreconocible dicha modalidad contractual.

## *9.2. Movilidad funcional*

El trabajador demandante, **personal laboral de la Administración del Estado**, solicitó por razones de salud y disminución de su capacidad laboral se le trasladase a un puesto de trabajo acorde con su discapacidad, invocando **el artículo 66 del Convenio Colectivo Único**, petición que fue atendida pasando a percibir su salario con arreglo al nuevo puesto. El trabajador pretende se le mantengan las retribuciones básicas de su antiguo puesto de trabajo y **la STS de 24-01-2008 (Rc 1723/06)** confirma los pronunciamientos desestimatorios de instancia y de suplicación al entender que el **art. 65 del Convenio** — que se refiere en exclusiva al trabajador declarado en situación de incapacidad temporal por resolución del INSS que solicita el cambio de puesto de trabajo en cuyo caso se mantiene las retribuciones básicas del antiguo puesto — **contempla un supuesto distinto al del art. 66** que se refiere a una disminución de la capacidad — que no pérdida como el art. 65 — y que no contiene prevención alguna sobre el mantenimiento de las condiciones salariales del puesto anterior. Se trata — concluye la sentencia — de preceptos entre los que no existe la «identidad de razón» que permita la aplicación analógica de normas a que se refiere el art. 4.1 del CC.

## **10. Relaciones laborales especiales**

### *10.1. Carácter de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos*

En la **STS de 15-1-2008 (Rc 3643/06)**, se analiza el carácter de la **relación laboral de una artista** que actuó como bailarina en sucesivos espectáculos de un parque temático y que pretende la declaración del carácter de «**fija discontinua**». La Sala IV, siguiendo el criterio de reso-

luciones precedentes, (STS de 15-7-2004, Rc 4443/03 y 17-5-2005, Rc 2700/04) y completando la doctrina existente, razona que la previsión del art. **5.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral de artistas en espectáculos públicos**, modifica el régimen jurídico de los contratos temporales del art. 15 del ET, en tanto establece como regla general la temporalidad de los mismos y como excepción la contratación fija o indefinida —continua o discontinua—. Concluye que la mera **repetición de un espectáculo** varias temporadas seguidas no convierte el trabajo en fijo discontinuo. Por ello, si la representación se reitera, para adquirir la condición ahora pretendida, sería necesario, concertar el contrato bajo la modalidad del art. 5.1 d), vinculando su duración al «tiempo que la obra se mantenga en cartel», circunstancia que no concurre, en tanto que se pactó «por un tiempo cierto». En definitiva, desestima la petición de la actora.

## 11. Salario

Al igual que en periodos anteriores, los conceptos salariales han suscitado la actividad de la Sala, analizando tanto la composición de la remuneración como otros aspectos vinculados al principio de igualdad o relativos a la problemática surgida en relación con el FOGASA.

### *11.1. Bonus o retribución por incentivos: requisitos para su válida concertación*

La **STS de 14-11-07 (Rc 616/07)**, alcanza la misma solución que la STS de 19-11-2001 (Rc 3083/00) respecto a los términos en que debe establecerse la **retribución por incentivos** y estima el recurso de la trabajadora en relación con una reclamación en concepto de retribución variable o «bonus», que había sido estipulado en el precontrato, en función del cumplimiento de objetivos, incorporada posteriormente al contrato y condicionada a un pacto previo con la empleadora pero que nunca llegó a percibir por **falta de concreción** de la empresa de los **objetivos exigibles**. Se entiende que el contrato implica un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, y por tanto vulnerador el art 1256 CC según el cual el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Además, la falta de claridad del pacto, así como de su desarrollo posterior,

implica que el mismo no surta efecto y por tanto perjudica a quien incluyó la cláusula, esto es, el empresario, en aplicación de los arts. 1.284 y 1.288 CC.

### ***11.2. Igualdad retributiva: Doble escala salarial***

La existencia de especiales condiciones salariales fijadas en convenio colectivo ha provocado la actuación de la Sala IV en múltiples ocasiones, en tanto que las denominadas «**dobles escalas salariales**», en las que se debate el alcance del principio de igualdad y no discriminación en materia retributiva, siguen siendo un problema de compleja e individualizada resolución.

Dos son los pronunciamientos relevantes que contienen doctrina en la materia. La STS de 14-1-08 (Rc 143/06) y la de 20-2-08 (Rc 4560/06) y que constituyen una buena muestra de los criterios interpretativos en la materia.

La **STS de 14-1-2008 (Rc 143/06)**, de indudable trascendencia tanto en el aspecto procesal como sustantivo, resuelve un recurso de casación ordinaria de impugnación de un convenio colectivo, y en el que se cuestiona la regulación contenida en el mismo en relación con un **complemento personal compensatorio**, al entender el sindicato recurrente que vulnera el art. 14 de la CE, en tanto que establece una **discriminación** entre los trabajadores pues se retribuye de manera desigual el trabajo en función de la fecha de comienzo de la prestación de servicios.

Como antecedentes, hay que señalar que en la negociación colectiva se había establecido una gratificación para determinadas categorías y un plus de convenio para toda la plantilla; estos conceptos fueron suprimidos por el convenio colectivo de 2000-2002, que creó un complemento personal compensatorio para mitigar la supresión de otros conceptos retributivos que se percibían con anterioridad, y sólo para los trabajadores fijos de la empresa a la firma del convenio. El artículo 12 del convenio actual, establece que se respetarán con carácter personal, los importes individuales en concepto de complemento personal compensatorio y el artículo 16 establece un complemento de producción para todo el personal de la empresa en las cuantías establecidas.

La Sala IV establece los siguientes criterios: 1) La pretensión que se formula excede de la pura declaración de nulidad de un precepto conven-

cional, en tanto que el sindicato exige, además, la ampliación o generalización del complemento a todos los trabajadores, lo cual constituye una **innovación normativa** respecto de lo establecido en el convenio. 2) Al mismo tiempo, ello significa que se desborda el ámbito del proceso de impugnación de convenios, entrando en el de **conflicto colectivo** al pretenderse no ya la impugnación de una norma, sino la ampliación de su campo de aplicación. 3) Reitera que el problema de las **dobles escalas salariales** ha de abordarse dentro del **principio de igualdad ante la ley** y no en el marco de la tutela antidiscriminatoria. Concluye que la cláusula convencional analizada no establece ninguna diferencia de trato ni vulnera el principio de no discriminación, en tanto que el nuevo convenio no incorpora la exclusión y se limita a establecer una garantía personal para los trabajadores que se menciona y es precisamente esta cláusula de garantía de los derechos adquiridos la que se configura como **elemento de justificación** de la diferencia. En definitiva sigue la línea doctrinal en relación con los conceptos creados para **garantizar derechos adquiridos** y que, lógicamente solo afectan a los trabajadores que se encontraban en la empresa en un determinado momento anterior al de la regulación convencional que establece la diferencia. Y finalmente, el supuesto es distinto al analizado en la STS de 20 de abril de 2005 (rc. 51/04), referido a la misma empresa, pues en ese caso si se trataba de un doble régimen retributivo de la antigüedad en función estrictamente de la fecha de ingreso en la empresa.

Por lo que se refiere a la segunda de las sentencias señaladas, la de **20-2-08 (Rc 4560/06)**, llega a solución distinta versando la cuestión litigiosa, también, sobre un conflicto de «dobles escalas». En ésta se debate la validez de una cláusula convencional que establece una **doble regulación de un plus de antigüedad**, cuantificado en función de la fecha de ingreso en la empresa, de forma que quienes se incorporaron antes de una determinada fecha lo devengan con menos años de servicio y en mayor porcentaje que lo hicieron con posterioridad. La Sala sigue la doctrina contenida en sentencias de 3-10-00 (Rc 4611/99), 14-5-02, 17-6-02, 25-7-02 y 29-9-02 (Rc 1254, 1253, 1281 y 1283 /01), 7-3-03 (Rc 36/02), 21-1-04 (Rc 94/03), 23-3-05 (Rc 2/04), 20-4-05 (Rc 51/04) y 6-11-07 (Rc 2809/06), y califica tal diferencia de trato, fundada exclusivamente en la fecha en que se produjo la contratación, como contraria al principio de igualdad, pues la misma no obedece a la garantía de un derecho adquirido o condición más beneficiosa y carece de cualquier otra justificación objetiva.

### **11.3. Responsabilidad del FOGASA**

La **responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación** durante la vigencia transitoria del RDL 5/2002 ha venido suscitando diversos problemas. La **STS de 24-7-07 (Rc 5184/05)**, aborda una cuestión de transitoriedad de las normas que regulan el ejercicio de la acción contra el Estado para el abono de los salarios de tramitación por insolvencia empresarial y decide que procede el reintegro de estos salarios por parte del FOGASA, en un supuesto en que la declaración de improcedencia del despido se produjo bajo la vigencia del **RDL 5/2002**, y el auto de extinción del contrato, tras el incidente de no readmisión —al no haber realizado la opción el empresario ni haberse procedido a la readmisión—, tuvo lugar ya vigente la **Ley 45/2002**. Se razona que la acción para reclamar directamente del Estado el **reintegro de los salarios de tramitación**, antes del RDL 5/2002, venía regulada en el art. 57.1 del ET y también en el art. 116.1 de la LPL, preceptos ambos de naturaleza material o sustantiva, aun cuando el segundo de ellos esté ubicado en un Texto de carácter procesal. La situación creada a partir del citado RDL 5 /2002, es interpretada conforme al criterio sistemático, racional y finalista, estimando que siguió vigente el art. 116 de la LPL, que no se considera tácitamente derogado, máxime cuando la obligación del pago de los salarios de tramitación no se suprimió en todos los casos de despido improcedente, y cuando la Ley 45/2002 hizo recuperar al art. 57 del ET su anterior redacción; lo que lleva a concluir que la falta de alusión a esta acción de reintegro por parte del RDL obedeció a un olvido involuntario del legislador, que fue muy poco tiempo después subsanado por la Ley 45/2002.

La **STS de 4-12-07 (Rc 3466/06)**, analiza también un supuesto relacionado con la responsabilidad del FOGASA. Como antecedentes relevantes hay que señalar que el trabajador fue **despedido por razones objetivas**, y tras la impugnación se alcanzó en **conciliación extrajudicial** un acuerdo en el que se convalidaba aquel y se reconocía el derecho al percibo del 60% de la indemnización legal mas una serie de diferencias, acordándose que el trabajador solicitaría al FOGASA el **40% del importe de la indemnización** adeudada y prevista para el despido colectivo u objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, en empresas de menos de veinticinco trabajadores. Cuando el trabajador solicitó la correspondiente prestación, el Organismo adoptó resolución denegatoria, aludiendo a que, en todo caso, correspondería al empresario formular la correspondiente reclamación para resarcirse del exceso abo-

nado al trabajador despedido. Dado que se trata de un supuesto de **responsabilidad directa del FOGASA**, de conformidad con el **art. 33.8 ET**, la Sala, con apoyo en doctrina precedente, recuerda que el hecho causante no es la insolvencia empresarial, sino el reconocimiento por resolución administrativa o sentencia judicial de la obligación de pago de dicha indemnización legal; y cuya función no es la de garantía o aseguramiento de salarios o indemnizaciones a cargo del empresario, sino la del alivio o reducción del coste financiero para éste de los despidos económicos en determinadas empresas que cuentan con una **plantilla inferior a 25 trabajadores**. En el caso enjuiciado, y aunque la indemnización abonada por el empresario y percibida por el trabajador superaba el 100 % de la establecida legalmente, en el pacto indemnizatorio se había dejado a salvo el 40% que correspondía pagar al FOGASA, la Sala concluye que el **empresario ha cedido** al trabajador dichas sumas, y tal cesión es perfectamente **válida**, no vulnerando el citado art.33.8 ET, al no existir precepto legal alguno que impida al empresario incrementar el importe de las indemnizaciones legales —que tienen carácter de mínimas—. En definitiva, se estima el **derecho del trabajador** para obtener del Fondo el importe del 40% de la indemnización legalmente procedente, **con independencia del importe abonado** por la empresa, y de que el mismo superase el legal —60% de la indemnización— que a la misma le corresponde pagar.

## 12. Subrogación empresarial

### *12.1. Externalización de los servicios de restauración*

En el conflicto que resuelve **la STS de 12-12-07 (Rc 3994/06)** se plantea si la situación de los trabajadores afectados constituye o no un supuesto de sucesión empresarial. En es caso, la empleadora, dedicada a la atención a personas discapacitadas psíquicas, decidió externalizar los servicios de restauración, suscribiendo contrato de arrendamiento de servicios con la empresa codemandada que asumía la preparación del desayuno, comida, merienda y cena de los residentes en el centro para lo que quedaron a su disposición las instalaciones de cocina con los enseres que se relacionaban en el contrato entre ambas empresas. **La sentencia citada, con referencia a la STS de 12-12-02 (Rc 764/02) y a la jurisprudencia comunitaria, entiende que la externalización llevada a cabo constituye un supuesto lícito de sucesión empresarial del art. 44 del**

**ET** por lo que no es necesaria cláusula alguna que garantice la estabilidad de empleo de los trabajadores porque tal garantía viene establecida en la norma que se acaba de citar.

### 13. Tiempo de trabajo

#### *13.1. Vacaciones. Coincidencia con la situación de incapacidad temporal*

La Sala decide sobre dicha cuestión en **dos supuestos** en los que los trabajadores padecen una situación de incapacidad temporal desencadenada antes del disfrute de periodo vacacional y que se prolonga a lo largo del mismo.

**En el primero consta acreditada la práctica habitual de la empresa** demandada, desde hace mas de 20 años, de conceder un nuevo periodo de vacaciones por los días que no pudieron ser disfrutados al encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal cuando dicha contingencia se producía con anterioridad al disfrute del periodo vacacional, práctica que la empresa continuó observando cuando ya había entrado en vigor el nuevo convenio. **La STS de 05-06-07 (Rc 4812/05) confirma la existencia de una condición mas beneficiosa** y desestima el recurso de la demandada que había sido condenada en la instancia a abonar al trabajador un determinada cantidad en concepto de vacaciones no disfrutadas.

La anterior solución ha sido reiterada en las **STS de 27/06/07 (Rc 1775/06), 28/06/07 (Rc 929/06) 25/07/07 (Rc 3115/06) y 10/10/07 (Rc 2773/06)** sobre la misma cuestión y con la misma empresa demandada.

**Supuesto distinto** —en el que no consta práctica empresarial alguna que pudiera calificarse como condición mas beneficiosa— contempla **la STS de 3-10-07 (Rc 5068/05)** que —con un voto particular discrepante— **rechaza el derecho de los trabajadores demandantes a un periodo de vacaciones distinto al inicialmente acordado y que resultó afectado por una situación de incapacidad temporal.** Se plantea la finalidad y el objeto de las vacaciones anuales pagadas que son la salud del trabajador y la reparación de la fatiga que del trabajo se deriva, y en relación con ello dice que *«no parece que los demandantes necesiten reparar la fatiga acumulada en el trabajo cuando han estado ausentes*

*del mismo varios meses, aunque sea como lo es por causa plenamente justificada»* (fundamento sexto), concluyendo que **la obligación del empresario de respetar el derecho a vacaciones se ciñe a la libranza de las fechas fijadas para su disfrute.**

## II. SEGURIDAD SOCIAL

### 1. Derecho comunitario de la Seguridad Social

*1.1. Pensión de jubilación. Trabajadores migrantes. Para su cálculo se incluyen las cotizaciones correspondientes a bonificaciones por edad, y las ficticias por embarque. Para el cálculo de la prorrata se tiene en cuenta únicamente el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación de jubilación en España*

En la **STS 17-7-2007 (Rc 3650/05)**, dictada en Sala General, el demandante, nacido el 26-9-1937, afiliado al Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social acreditaba 373 meses cotizados en Alemania como trabajador por cuenta ajena con posterioridad al 5-8-1.967 y 1.739 días cotizados en España al referido Régimen entre los años 1.955 y 1.963. El trabajador estuvo embarcado en diferentes fechas desde el 9-5-1953 hasta el 5-11-1.991 en España y en Alemania, admitiéndose como correcta por las partes la cifra computable a estos efectos. En primer lugar, la Sala, modificando la línea establecida por las SSTS de Pleno de 26-6-2001 (Rc 1156/00) y por las posteriores 9-10-2001 (Rc 3629/00), 21-10-2002 (Rc 276/02), 25-6-2003 (Rc 3838/02) y 22-12-2004 (Rc 6079/03), señala que **ha de tomarse en consideración a efectos del cálculo de la prorrata temporis el derecho a una rebaja de la edad de jubilación en atención a la naturaleza excepcionalmente penosa e insalubre o penosa de determinados trabajos en la marina mercante previsto por la Seguridad Social española.** Además, y matizando su doctrina anterior, establece que para el cálculo de la prorrata deben incluirse las denominadas cotizaciones ficticias, cuando los períodos así reconocidos por la legislación nacional aplicable son anteriores al hecho causante. Por otra parte, las cotizaciones ficticias deben calificarse como periodo asimilado a seguro, en aplicación del principio de «primacía» que preside la relación entre el ordenamiento europeo y los nacionales. Finalmente, la sentencia, modificando su doctrina anterior contenida en SSTS de 9-10-2002 (Rc 3269/00), 11-7-2006 (Rc 1991/05) y 31-5-2006 (Rc

3085/05), entre otras), tal y como había anunciado ya, mediante *obiter dicta*, en la STS 30-1-2007 (Rc 4557/05), reconoce que **cuando la determinación de la cuantía de la prestación se calcula en función de los de cotización, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa**. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis. En un sentido similar, y sobre la cuestión de las bonificaciones por razón de edad, se ha pronunciado también la STS 6-11-2007 (Rc 4004/05).

### ***1.2. Trabajadores migrantes de la Unión Europea. Cálculo de la prorrata temporis correspondiente a la Seguridad Social española en el caso de una pensión SOVI***

Como matización de la doctrina reflejada en la sentencia anteriormente comentada, con apoyo en la STS 3-7-2003 (Rc 669/02), y tal y como se había apuntado ya en la STS 12-3-2007 (Rc 4594/05), las SSTS 18-9-2007 (Rc 3557/05) y 28-9-2007 (Rc 1612/06), la STS 29-1-2008 (Rc 5046/06), se plantean la cuestión relativa al porcentaje de pensión SOVI que debe abonar la Seguridad Social española cuando el reconocimiento de la pensión se efectúa totalizando periodos de seguro en España y en otro, u otros, Estados miembros de la UE y, en particular, el método de cálculo para cuantificar la prorrata de la pensión del SOVI a cargo de la SS española de un trabajador migrante. Esto es, si el cálculo de la prorrata a cargo del INSS debe hacerse teniendo en cuenta la duración total de los diferentes periodos de seguro acreditados por el causante, en uno y otro país, o debe hacerse tomando en cuenta, el periodo de carencia mínimo exigido para causar la pensión del SOVI. La Sala precisa que las disposiciones del art. 47 del Reglamento 1408/1971 no son aplicables a las pensiones cuya cuantía no se fija en atención a la duración de los periodos de cotización, cual ocurre con las del SOVI, puesto que el importe de estas prestaciones es fijo para cada caso y no depende del mayor o menor periodo de cotización acreditado. Por ello, estas pensiones se calculan conforme a lo dispuesto en el art. 46.2, atendidos todos los periodos de seguro, en proporción a todos los periodos de cotización cumplidos en cada Estado, si bien tomando en consideración sólo las cotizaciones efectuadas antes de 1-1-1967, puesto que dicho día se produjo el cierre de la carrera de seguro para esta prestación.

## 2. Accidente de trabajo y enfermedad profesional

### 2.1. *Determinación de la contingencia causante. Accidente de trabajo in itinere: procedencia. Imprudencia Temeraria*

La cuestión litigiosa resuelta en la **STS 18-9-2007 (Rc 3750/06)**, se refiere a la consideración como accidente de trabajo de un accidente que se produjo cuando el trabajador, conduciendo una moto de su propiedad, con la que se dirigía al trabajo, llegó a una rotonda, deteniéndose ante un semáforo, pero iniciando la marcha antes de que se encendiese la luz verde, resultando finalmente impactado por un vehículo que circulaba en el cruce. Pues bien, **la Sala aplica el art. 115.4. LGSS considerando esta actuación una imprudencia temeraria**, porque el trabajador, teniendo en cuenta la particular circulación del cruce, conocía el peligro al que se arriesgaba. En consecuencia, se llega a la conclusión de que no puede considerarse que la contingencia causante fuera, en este caso, el accidente de trabajo.

### 2.2. *Accidente de trabajo. Traumatismo craneo encefálico tras padecer crisis epiléptica en tiempo y lugar de trabajo. Presunción de laboralidad*

En la **STS 27-2-2008 (Rc 2716/06)**, se analiza el caso de un trabajador que prestaba servicios como ayudante de jardinero para el Ayuntamiento de Ciudad Real y que cuando se hallaba recogiendo unas ramas del suelo sufrió una crisis epiléptica, cayéndose hacia atrás y padeciendo un traumatismo craneoencefálico (TCE) por el que falleció posteriormente. El TSJ había desestimado la pretensión de la beneficiaria, por entender que la muerte no podía calificarse como derivada de accidente de trabajo. El TS estima su pretensión, debiendo examinarse tanto la epilepsia como el TCE a fin de determinar la relación causal con el resultado. En cuanto a **la crisis epiléptica**, la Sala, basándose en los antecedentes analizados en las SSTS 16-12-2005 (Rc 3344/04), de Sala General, y 03-11-2003 (Rc 4078/02), entiende que **es una dolencia que por su propia naturaleza excluye la etiología laboral, teniendo en cuenta que el trabajador ya había sufrido anteriormente algún episodio epiléptico, por lo que dicha enfermedad no guarda relación con el trabajo. Y en cuanto al TCE, sí se produce «con ocasión» del trabajo, dado que de las máximas de experiencia se deduce que el resultado no se habría producido si la crisis hubiera acaecido en lugar y tiempo diverso al trabajo**, ya que ni el TCE ni la muerte son la consecuencia habitual de las crisis comiciales.

### ***2.3. Concepto de domicilio a efectos de determinar la existencia de accidente in itinere***

En la **STS 26-2-2008 (Rc 1328/07)**, la Sala se enfrenta nuevamente a la delimitación del concepto de domicilio habitual para determinar la existencia de accidente in itinere. En efecto, para la Sala, quien se encuentra aún en el domicilio no se encuentra protegido por el concepto de accidente in itinere, porque no se encuentra desplazándose al lugar de trabajo. En consecuencia, **quien sufre un accidente al descender las escaleras del inmueble en el que se encontraba su vivienda** ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente, que constituye el domicilio, por lo que **ha de considerarse dentro del ámbito de cobertura del concepto de accidente in itinere**.

### ***2.4. Accidente de trabajo. Indemnización de daños y perjuicios. Cálculo de la misma, conceptos incluidos y excluidos e intereses aplicables***

En la **STS 17-7-2007 (Rc 513/06)**, de Sala General, se plantea la cuestión de la determinación de la indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, señalando que con ella se ha de pretender la plena indemnidad del perjudicado, es decir, aplicar el principio de reparación íntegra, guardando proporcionalidad entre el daño y la reparación. De esta forma, se deben calcular los daños de forma vertebral, explicando y motivando cada uno de ellos y el valor que tienen. Esa labor la puede facilitar el sistema de valoración de daños corporales en los accidentes de tráfico, pero si se decide que se sigue dicho sistema hay que razonar los motivos por los que no se respeta en un punto concreto. Por otra parte, si la baremación se hace con arreglo a una norma, su resultado es revisable por el Tribunal Superior. Por otra parte, el derecho a la indemnización constituye una deuda de valor y, por ello, la fecha del accidente determina la norma a aplicar, pero el valor se actualiza a la fecha de la sentencia que cuantifica el daño. Finalmente, **la sentencia destaca que lo percibido por prestaciones sociales y mejora de las mismas es compensable con la parte de la indemnización reconocida por lucro cesante, pero no con las cantidades reconocidas por otros conceptos, de tal forma que sólo se compensan conceptos homogéneos**, modificando así la tradicional doctrina de la Sala, que entendía que siempre había que deducir la cuantía de las prestaciones recibidas del montante indemnizatorio que le correspondía al trabajador [por todas, STS 9-2-05 (Rc 5398/03)], a excep-

ción del recargo de prestaciones por infracción de las normas de seguridad y salud laboral [SSTS 17-02-99 (Rc 2085/98), 02-10-00 (Rc 2393/99), 14-2/01 (Rc 130/00), 9-10-01 Rc 159/01), 21-2-02 (Rc 2239/02), 22-10-02 (Rc 526/02), 09-2-05 (Rc 5298/04) y 01-6-05 (Rc 1613/04). Esta jurisprudencia es reiterada por las **SSTS 17-7-2007 (Rc 4367/05)** y **21-1-2008 (Rc 4017/06)**. **Por su parte, la STS 23-1-2008 (Rc 414/07)**, reiterando esta doctrina, matiza que **procede el abono de intereses de mora**, llegando a la conclusión de que, tratándose de una cantidad liquidable, los intereses moratorios se devengan automáticamente, por imponerlo así la defensa de los intereses legítimos del acreedor.

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

#### ***3.1. Recargo de prestaciones por accidente de trabajo en supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador***

La **STS 12-7-2007 (Rc 938/06)** decide sobre un supuesto de imprudencia no temeraria del trabajador y declara que en ese caso no se rompe el nexo causal entre la infracción y el resultado dañoso, sin perjuicio de su incidencia sobre el porcentaje. Concretamente, se trata de un oficial 1.<sup>a</sup> con quince años de experiencia, que habiendo recibido instrucciones por escrito y con prohibición expresa de meter las manos en la máquina, hace justo lo contrario y resultan atrapados los dedos de la mano derecha. Para la Sala, aunque hay constancia de instrucciones escritas a los trabajadores prohibiendo tal proceder, también consta que en la evaluación de riesgos efectuada anteriormente se identifica ese riesgo y se advierte a la empresa de la necesidad de dotar a la máquina de los pertinentes dispositivos de seguridad al respecto. **De manera que fue la conducta omisiva del empresario la determinante del daño producido al trabajador, reiterándose así el criterio doctrinal de que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.** Siguiendo la doctrina sentada por la STS 8-10-2001 (Rc 4403/00), ello no implica que el mero hecho del accidente suponga una violación de las medidas de seguridad, pero sí que la vulneración de normas reglamentarias comporta el recargo cuando el resultado lesivo tiene su origen en dichas infracciones.

### ***3.2. Recargo de prestaciones por siniestros profesionales en concurrencia con infracción de normas de salud y seguridad en el trabajo. Consecuencias para el beneficiario de la paralización indebida del procedimiento por aplicación en vía administrativa por coincidencia con proceso penal***

La STS 18-10-2007 (Rc 2812/06), con apoyo en las precedentes sentencias de la Sala, SSTs 17-5-2004 (Rc 3259/03) y 25-10-2005 (Rc 3552/04), recuerda que **la suspensión indebida, por coincidencia con otro proceso penal, del proceso de imposición del recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad y salud, no afecta al cómputo de los plazos para resolver el expediente administrativo.** Ahora bien, superado el plazo legalmente establecido al respecto —ya sea este el genérico previsto en el art. 44.1 Ley 30/92, como el específico establecido en el art. 14.3 de la OM 18-1-1993—, **no ha de entenderse que se ha producido caducidad del procedimiento, sino que habrá de entenderse denegado el derecho establecido a favor del beneficiario, abriéndose así la vía judicial oportuna**, sin perjuicio de la obligación que sigue pesando en la Administración en el sentido de resolver de forma expresa el citado expediente.

## **4. Asistencia sanitaria**

### ***4.1. Reintegro de gastos sanitarios indebidamente abonados por la Mutua al modificarse la contingencia causante, de profesional a común. Determinación que quién ha de abonarlos***

La STS 20-7-2007 (Rc 2026/06) versa sobre el reintegro a la Mutua de gastos sanitarios indebidamente abonados por ella, al determinarse después que la contingencia era común y no profesional, cuestionando, también, la responsabilidad del pago. En el caso enjuiciado el trabajador sufrió un fuerte dolor lumbar en tiempo y lugar de trabajo. La empresa emitió el correspondiente parte de accidente, siendo la Mutua la que cubrió la asistencia sanitaria y la prestación por IT, al mismo tiempo que instó expediente de determinación de contingencia. El INSS dictó resolución declarando que la baja era debida a enfermedad común. La Mutua interpuso demanda, que desestimada en la instancia, fue estimada en suplicación, declarándose en este caso la responsabilidad del INSS por el abono de los gastos sanitarios sufridos. El INSS recurre en casación uni-

ficadora sosteniendo su falta de responsabilidad, e imputándola a los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma. La Sala declara que **la asistencia sanitaria que dispensa las Mutuas de ATEP a los trabajadores en ellas encuadrados, es una prestación de la Seguridad Social, por lo que al modificarse la contingencia de profesional a común la responsabilidad de su pago debe imputarse al SERGAS y no al INSS, al haber asumido aquel las competencias del INSALUD.**

#### ***4.2. Reintegro de gastos médicos. Delimitación del concepto de asistencia sanitaria urgente***

La STS 17-7-2007 (Rc 557/06), dictada en Sala General, deniega en este caso el derecho al reintegro de gastos médicos por no apreciar que existiera la necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, dado el tiempo transcurrido entre el abandono del hospital público, donde al beneficiario se le habían detectado seis metástasis del cáncer pulmonar padecido, la personación en una clínica privada (dos días) y la subsiguiente intervención quirúrgica (ocho días). La sentencia destaca, con apoyo en las SSTS 7-10-1996 (Rc 109/96) y 25-10-1999 (Rc 760/99), que **la necesidad de asistencia urgente no se define por la mera urgencia de la atención sino por la imposibilidad de acceso a los servicios de la sanidad pública;** y como en el supuesto enjuiciado el beneficiario venía siendo atendido por los facultativos de la Seguridad Social y el problema es que allí no se disponía de la técnica ofrecida en la medicina privada, la razón para desestimar la solicitud es que **la Seguridad Social no está obligada a prestar esa técnica más moderna y avanzada, porque no consta su aprobación por la Administración estatal ni tampoco su solvencia científica, seguridad y eficacia,** tal y como requiere sensu contrario el art. 2.3 del RD 63/95 y se desprende de las SSTS 13-10-1994 (Rc 1141/94), 20-12-2001 (Rc 1661/01) y 25-3-2004 (Rc 1737/03).

#### ***4.3. Reintegro de gastos sanitarios. Intervención quirúrgica realizada en centro concertado para eliminar listas de espera***

La STS 4-7-2007 (Rc 2215/06), con apoyo en las SSTS 20-10-03 (Rc 3043/02) y 19-12-03 (Rc 62/03), estima la pretensión del demandante y reconoce el derecho al reembolso de los gastos derivados de la

intervención quirúrgica en un centro concertado para eliminar las listas de espera. Se trata de un beneficiario diagnosticado de desprendimiento de retina el 28-8-2005 por el servicio de urgencias de la sanidad pública; al día siguiente el mismo centro médico le prescribe una intervención quirúrgica y lo incluye en la lista de espera, y el 30-8-2005 es intervenido en un órgano concertado por la Gerencia de Atención Especializada para eliminar las listas de espera en el servicio de oftalmología. **La situación descrita evidencia para la Sala que se trata de un caso de urgencia vital, entendida en su acepción de «suma importancia o trascendencia», urgente y mediando buena fe del beneficiario, que no se ha apartado voluntariamente del sistema,** teniendo en cuenta el concierto existente con el centro sanitario privado, y aun cuando las recomendaciones de los facultativos de la Seguridad Social no sean habilitantes al efecto.

#### **4.4. Reintegro de gastos sanitarios. Intervención quirúrgica por cambio de sexo**

En la STS 29-5-2007 (**Sentencia de acceso restringido** al amparo del art. 266 de la LOPJ, por lo que **no se consigna el número de recurso**), la Sala aborda si procede reintegrar los gastos sanitarios reclamados por quien se ha realizado una intervención quirúrgica de cambio de sexo, con diagnóstico de transexualidad, con trastorno de la identidad sexual sin coexistencia de enfermedad intersexual. La Sala entiende, como ya sostuvo en las SSTS 21-12-1995 (Rc 1967/95) y 20-3-2004 (Rc 1737/03), entre otras, que la asistencia sanitaria debida por **la Seguridad Social tiene limitación de medios y, aunque su proyección tiene vocación de cobertura universal, ello no significa que deba cubrir aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad española.** A tales efectos, el Anexo III del RD 63/95, de 20 de enero establece que no son financiados con cargo a la Seguridad Social o a Fondos estatales, entre otras, «la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora en estados intersexuales patológicos». Esta norma no supone un quebranto de ningún derecho constitucional, habiendo establecido la Recomendación núm. 1117/1989 de la Asamblea del Consejo de Europa una invitación a los estados miembros para que reglamenten esta materia. Teniendo en cuenta que no existe normativa específica en la materia, más allá de la señalada, hay que concluir que la prestación no es financiable. Al mismo tiempo, y para garantizar el derecho a la intimidad de la demandante, la

Sala acuerda la ocultación de los datos de la sentencia que permitan su identificación, tales como nombre, apellidos, fecha de nacimiento, número del recurso del TS, o número de recursos de origen.

## 5. Desempleo

### *5.1. Desempleo. Reintegro de prestaciones indebidas por parte de la empresa*

Se discute en la **STS 10-10-2007 (Rc 3782/06)** una reclamación por parte de la entidad gestora de la prestación por desempleo que pretende que la empleadora se haga cargo de las prestaciones percibidas por el trabajador como consecuencia de la celebración formal de varios contratos temporales que, en realidad, se correspondían con un único contrato a tiempo parcial de duración superior al año, existiendo cada año períodos de inactividad. La Sala entiende que **no procede la reclamación mencionada porque, aunque el trabajador percibió la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad por haberse producido formalmente una extinción contractual durante todos los años reclamados, en realidad, le correspondía a aquel la misma prestación si se hubiera efectuado el contrato a tiempo parcial que, en realidad, debía haberse celebrado entre las partes**, el cual da derecho asimismo a percibir la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad referidos. En consecuencia, la Sala llega a la conclusión de que las irregularidades en la contratación que no afectan al derecho a la prestación por desempleo no son causa suficiente que justifique una reclamación a la empleadora de las prestaciones por desempleo abonadas por la entidad gestora. En el mismo sentido se han pronunciado las **SSTS 29-1-2008 (Rc 4488/06)** y **7-2-2008 (Rc 857/07)**.

### *5.2. Subsidio por desempleo de mayores de 52 años. Determinación del requisito de carencia de rentas: cómputo de la cuantía bruta o neta por alquiler de inmueble propiedad del cónyuge del beneficiario*

La **STS 21-11-2007 (Rc 4604/06)** se refiere al modo de computar los ingresos de los solicitantes de subsidios asistenciales de **desempleo para mayores de 52 años** a efectos de determinar el **requisito de carencia de**

**rentas**, en concreto, si debe estarse a la cuantía bruta o neta de una renta por alquiler de inmueble propiedad del cónyuge del beneficiario. Lo que sostiene la Sala, reiterando doctrina contenida en la STS 31-5-1996 (Rc 3844/95), es que **debe estarse a la cuantía íntegra o bruta**. Como señala la Sala, apoyándose para ello en la doctrina sentada en la jurisprudencia aplicable al cumplimiento del requisito de rentas en la jubilación no contributiva —STS 6-3-1998 (Rc 3615/97)— y en la invalidez no contributiva —SSTS 10-12-2002 (Rc 1641/01), 27-1-2005 (Rc 2192/04) y STS 11-10-2005 (Rc 3399/04), la deducción del mínimo personal y familiar prevista en la Ley del Impuesto de la Renta tiene su razón de ser en materia tributaria, como indicador de la capacidad contributiva. Pero esta deducción no es funcional en el cómputo del requisito de carencia de rentas donde se trata no de aquilatar la capacidad del contribuyente, sino de valorar sus medios de vida a efectos del abono de un subsidio de nivel asistencial, establecido con propósito de atender a necesidades de subsistencia.

### ***5.3. Desempleo en su nivel contributivo. Reconocimiento del mismo a ciudadano extranjero que ha trabajado por cuenta ajena sin acreditar autorización de residencia. Derecho a su inscripción como demandante de empleo***

La reciente e importante **STS 18-3-2008 (Sala General) (Rc 800/07)**, ha abordado el derecho al desempleo en su nivel contributivo de un ciudadano extranjero a quien le ha sido denegada esta prestación por parte de la entidad gestora, teniendo en cuenta que había prestado trabajo para una empresa careciendo de permiso de trabajo y de autorización para residir en España, habiéndose extinguido la relación laboral así trabada mediante despido que fue calificado judicialmente de improcedente, todo ello sin que durante la prestación de trabajo el trabajador hubiera estado de alta y cotizando a la Seguridad Social. La Sala llega a la conclusión de que debía confirmar los fallos previos de la instancia y de suplicación en el sentido de desestimar la demanda. Señala la Sala en primer lugar que no se deriva de la normativa internacional ninguna norma que establezca que, en un caso como el presente, haya de reconocerse el derecho al desempleo y el correlativo derecho a figurar inscrito como demandante de empleo. En cuanto a la normativa interna, el art. 36.3 de la Ley 4/2000 establece que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo, «ni será obstáculo para la obtención de

las prestaciones que pudieran corresponderle». Dicha Ley, establece, por otra parte, en el art. 14.3, el derecho de los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, a «los servicios y prestaciones sociales básicas», mientras que los extranjeros residentes, según el apartado 2 de dicho precepto legal, tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. En consecuencia, **hay que reconocer el derecho al desempleo y a cualquier otra prestación de Seguridad Social al extranjero que, careciendo de autorización para trabajar, es titular de una autorización de residencia. Pero, en el presente caso, dado que el actor carece de ambas autorizaciones, tan sólo tiene derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, entre las que no se encontraría la prestación por desempleo**, puesto que el art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes queriendo y pudiendo trabajar, pierden el empleo, y los extranjeros no residentes, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente. En consecuencia, la sentencia resulta coherente con anteriores decisiones de la Sala que reconocieron el derecho de desempleo al extranjero que carecía de autorización para trabajar, pero residía legalmente en España (SSTS 21-12-1994 (Rc 1466/94), 21-9-1995 (Rc 834/95) y 25-9-1995 (Rc 3854/94). Por último, y aunque no resulta de aplicación al caso, el último párrafo del art. 42.2 del RD 84/1996, en la redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, tampoco supone un cambio en esta interpretación, puesto que alude al derecho del extranjero que carece de autorización administrativa para trabajar, a obtener determinadas prestaciones de Seguridad Social como consecuencia de la prestación de trabajo en España, pero no especifica qué prestaciones, por lo que ha de aplicarse a este respecto, asimismo, la LGSS en los términos ya señalados.

#### ***5.4. Prestación de desempleo y modalidad de pago único tras reforma operada por RD-Ley 5/02 y Ley 45/02***

Según la STS 4-10-2007 (Rc 3925/06), en un supuesto de desempleo en su modalidad de prestación de pago único, por incorporación a cooperativa, **el pago no alcanza a la íntegra prestación, sino tan sólo a la necesaria para adquirir la cualidad de socio, aunque con posterioridad hayan de desembolsarse la totalidad de los títulos sucritos. El resto de la prestación será abonable trimestralmente para subvenir la cotización del trabajador a la Seguridad Social.**

### ***5.5. Acceso a la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. Incorporación a cooperativa para la que se prestaba trabajo con anterioridad a la situación legal de desempleo***

La STS 19-2-2008 (Rc 948/07) analiza el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único. La Sala rechaza esta petición porque la actora había celebrado sucesivos contratos laborales con la sociedad cooperativa a la que pretendía incorporarse, habiendo causado el último de ellos la situación legal de desempleo a partir de la cual se pretendía obtener el pago único de la prestación por desempleo. En el momento del hecho causante se encontraba vigente la DT. 4.<sup>a</sup> Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que establecía expresamente **la imposibilidad de percibir la prestación de desempleo bajo la modalidad de pago único cuando el beneficiario pretendía incorporarse a la sociedad cooperativa en la que hubiera cesado previamente como trabajador por cuenta ajena.**

## **6. Incapacidad temporal**

### ***6.1. Base reguladora de la incapacidad temporal sobrevenida durante las vacaciones concedidas después de cesar en la empresa***

La STS 19-6-2007 (Rc 1931/06) se plantea la determinación de la cuantía de **la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal sobrevenida durante el tiempo en que el trabajador, una vez extinguido el contrato de trabajo, se encuentra de vacaciones no disfrutadas antes de dicha extinción.** El supuesto está previsto en el art. 209.3 LGSS y no se considera como situación propia de desempleo porque se asimila a tiempo de trabajo y es retribuido con salario, de ahí que se compute como cotizado y al trabajador en situación asimilada al alta. Ahora bien, pese a ello, la Sala IV considera aplicable, por analogía, la previsión del art. 222.1 LGSS, y en consecuencia **la cuantía de la prestación de incapacidad temporal durante todo el proceso no puede ser la inicial** pues entonces resultaría que el beneficiario, una vez extinguida la relación laboral, llegaría a percibir una prestación superior a la correspondiente al desempleo. **Lo procedente es que siga «percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación de desempleo hasta que se extinga dicha situa-**

**ción, pasando entonces a la situación legal de desempleo».** La sentencia puntualiza que lo dispuesto en el artículo 222.1 LGSS es que el trabajador en situación de incapacidad temporal que continúe de baja médica una vez extinguida la relación laboral, perciba una prestación económica en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que aquella situación se extinga, pero no la que puede calcularse en situación de servicio activo.

## ***6.2. Determinación de la cuantía de la incapacidad temporal por recaída una vez agotado el desempleo. Concepto jurídico del término «recaída»***

En la **STS 14-5-2007 (Rc 2883/06)**, siguiendo en este punto la doctrina de las SSTS 10-12-1995 (Rc 2973/94) y 29-9-2001 (Rc 466/01), se plantea la determinación de la **cuantía de la incapacidad temporal una vez agotada la prestación de desempleo**, cuando el proceso iniciado desde esa situación deriva de la misma enfermedad que el causado hace más de seis meses y vigente el contrato de trabajo, esto es, si la cuantía debe seguir siendo la del desempleo o, por el contrario, el 80% del IPREM. **El problema radica en qué deba entenderse por recaída, a los efectos del art 222.3 LGSS**, y en este particular la Sala IV sigue el criterio derivado del art. 9.1 de la OM de 13/10/1967, interpretado por la doctrina unificada, aunque para determinar su duración, en el sentido de que una misma enfermedad dará lugar a recaída cuando después del alta se produzca una nueva baja, sin seis meses intermedios de actividad; y producirá un nuevo período cuando desde el alta hasta la nueva baja, transcurra un período de actividad superior a seis meses. **De modo que el trabajador, en este caso, seguirá percibiendo la prestación en cuantía del 80% del IPREM, no sólo porque de otro modo quedaría vacío de contenido el segundo párrafo in fine del art. 222.3 LGSS, sino también porque esa es la interpretación conjunta y sistemática que ha venido efectuando la Sala IV sobre otros aspectos de la incapacidad temporal** [por todas, SSTS 8 de mayo y 10-12-1995 (Rc 2973/94 y 2973/94), 10-12-1997 (Rc 1185/97), 7-5-1998 (Rc 3843/97), 23-7-1999 (Rc 4221/98) y 29-9-2001 (Rc 466/01)], corroborada últimamente por el nuevo párrafo segundo del apartado 1 del art. 131 bis LGSS que introduce la Ley 30/05. **Esta misma doctrina se reitera en la STS 22-11-2007 (Rc 467/07)**,

### ***6.3. Incapacidad temporal de trabajadora a tiempo parcial. Determinación del período de carencia***

Se refiere la **STS 16-10-2007 (Rc 127/07)**, en línea similar a la **STS 10-7-2007 (Rc 3743/05)**, al cómputo de la carencia específica para la prestación de incapacidad temporal en un contrato a tiempo parcial. Alude en primer término a la doctrina del TC —STC 253/2004 de 22 de diciembre— que declaró inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 ET en cuanto preveía el cómputo exclusivamente de las horas trabajadas para determinar los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial, derivándose de ello una diferencia de trato con los trabajadores a tiempo completo arbitraria y un resultado desproporcionado y discriminatorio al ser el trabajo a tiempo parcial primordialmente femenino. Por lo que se refiere a la interpretación de la regla contenida en el art. 3.1 del RD 1131/02 en el caso de un contrato a tiempo parcial del 25% de la jornada legal, la sentencia declara correcto el método de cálculo consistente en que, **al estar reducida la jornada en un 75%, el periodo de cómputo para completar los 180 días exigibles, será el de cinco años más el 75% de esos cinco años, lo que da un resultado total de 8,75 años al sumar a los cinco años los 3,75 años que resultan de aplicar dicho porcentaje al periodo de tiempo previsto en la norma.** Es decir el lapso al que alude la Ley es el de cinco años, el cual debe multiplicarse por el porcentaje de reducción, obteniéndose así un número de años que sumados a los cinco años generales da el importe a computar.

### ***6.4. Derecho de la Mutua a ser reintegrada por el INSS por las prestaciones abonadas al trabajador cuando se le reconoce a este una incapacidad permanente con efectos retroactivos que afectan al período de incapacidad temporal del que se ha hecho cargo la Mutua***

La **STS 25-2-2008 (Rc 2077/06)**, en un sentido similar a la **STS 26-12-2007 (Rc 839/07)** se refiere al **derecho de la Mutua a que el INSS le reintegre lo abonado por incapacidad temporal cuando el trabajador es declarado afecto de incapacidad permanente con efectos a fecha anterior a la de inicio de la incapacidad temporal.** Pues bien, la Sala entiende que no ampara a la Mutua este derecho, sosteniendo que no acontecen las infracciones legales aducidas en la peculiar fun-

damentación planteada en el recurso, a las que ha de limitarse el conocimiento de la Sala. En efecto, entiende esta que no cabe amparar la pretensión de la Mutua en el art. 71.1 del RD 1415/04, porque no existió resolución administrativa que impusiera alguna responsabilidad a la Mutua pues el abono del subsidio de incapacidad temporal le viene impuesto legalmente y, durante todo el tiempo de su duración; que tampoco se infringen los arts. 6.4 del RD. 1300/95 de 21 de Julio y 94 de la Ley 30/92 porque no se discute la ejecutividad inmediata de la resolución administrativa que desestimó inicialmente la solicitud de invalidez permanente deducida en su día por la trabajadora; ni el art. 13.2 de la Orden de 18-1-1.996, porque la única resolución administrativa que ha recaído fue denegando la invalidez solicitada.

### ***6.5. Incapacidad temporal. Autónomo que no comunica a la Mutua su baja hasta después de ser dado de alta. Cómputo de los plazos de prescripción previstos en el art. 43 LGSS***

En la **STS 19-6-2007 (Rc 4894/05)**, la actora fue dada de baja médica por enfermedad común por el Servicio Andaluz de Salud el día 20-6-2001, causando alta médica el día 20-12-2002. La actora no cursó a la Mutua ni al INSS los partes de baja y de confirmación, deduciendo su primera solicitud ante el INSS de abono del subsidio el día 25-2-2003, solicitud que fue remitida por el INSS a la Mutua. La demandante no aportó ningún parte de baja ni de confirmación antes de la solicitud, incumpliendo con toda claridad la obligación que en tal sentido les impone el art 5 OM de 19-6-1997. Se discute si es aplicable al supuesto el art 43 LGSS, relativo a la aplicación del plazo de prescripción con retroactividad de los tres meses, para las prestaciones solicitadas fuera de plazo. Para la Sala de lo Social, **los efectos retroactivos de una prestación tardíamente solicitada siguen siendo aplicables al trabajador por cuenta ajena, en virtud del principio de automaticidad y de oficialidad en el reconocimiento de la prestación de incapacidad temporal** [SSTS 2-11-1993 (Rc 3737/92), 21-1-1994 (Rc 3205/92), 17-2-1994 (Rc 105/93), 1-2-1999 (Rc 2019/98) ó 20-12-1999 (Rc 753/99)]. Ahora bien, **cuando se trata de un trabajador autónomo sobre el que pesan obligaciones de comunicación de su situación a la Entidad Gestora** —circunstancia esta que no se da en el caso de los trabajadores incluidos en el Régimen General y que justifica la aplicación de los principios antes vistos—, **ha de aplicarse el art. 43 LGSS a las situaciones de incapa-**

**cidad temporal derivadas de enfermedad común**, y dado que la obligación de comunicación es lo más parecido a una «solicitud», habrá que tomar como fecha de la solicitud aquella en la que presentó el parte de baja, y aplicar a partir de dicho momento el mencionado precepto.

## **7. Incapacidad permanente e invalidez**

### ***7.1. Gran invalidez. Compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria***

La importante **STS 30-1-2008 (Rc 480/07)**, de Sala General, resuelve la cuestión de la compatibilidad de la percepción de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria. En concreto, el actor, que padece paraplejia, realiza un trabajo de 35 horas semanales como oficial de 2.<sup>a</sup> especialista, llevando a cabo dibujos de planos en ordenador. La Sala establece que no procede adoptar una interpretación restrictiva del art. 141.2 LGSS, que sólo permita realizar al gran inválido o incapaz permanente absoluto una actividad laboral marginal o esporádica, sino que **el art. 35 CE apoya una interpretación más amplia, en la medida en que no limita el derecho al trabajo de estas personas. Además, apoya una interpretación de estas características la propia literalidad del precepto, que declara la compatibilidad de cualquier actividad compatible con el estado de discapacidad reconocido.** Por otra parte, una interpretación restrictiva tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de los discapacitados, que ven aplicarse sus posibilidades de colocación con la introducción de las nuevas tecnologías. Asimismo, la sentencia considera que un planteamiento contrario en la normativa reglamentaria existente **no modifica la solución jurídica, sino que ha de entenderse que se trata de preceptos «ultra vires».**

### ***7.2. Incapacidad permanente: determinación de la base reguladora. Cómputo de los períodos de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo***

La **STS 5-7-2007 (Rc 689/06)**, analiza la forma de determinar la base reguladora de un trabajador a quien le fue reconocida, primero, una incapacidad temporal, habiéndose extinguido su contrato de trabajo durante la percepción de la citada prestación, pasando, sin solución de continui-

dad, a reconocérsele una pensión de incapacidad permanente absoluta. La cuestión planteada se refiere a **si, para el cálculo de la base reguladora, ha de completarse el período de incapacidad temporal tras la extinción del contrato con las bases mínimas, por no existir obligación de cotizar, o si, por el contrario, ha de entenderse que el servicio público de empleo ha de cotizar durante el período, como si estuviese percibiendo la prestación por desempleo.** La Sala entiende que, frente a lo que sucede en el caso de que tras la incapacidad temporal se perciba la prestación por desempleo, en un supuesto como el analizado no existe obligación legal de cotizar por parte de los servicios públicos de empleo, porque, en realidad, el trabajador nunca se encontró en situación legal de desempleo. La distinción de ambos supuestos no vulnera el principio de igualdad ante la ley. En un sentido similar se ha pronunciado la STS 5-10-2007 (Rc 3402/06).

### *7.3. Incapacidad permanente. Determinación de la base reguladora. Integración de lagunas de cotización derivadas de la extinción del contrato en situación de incapacidad temporal. Aplicación al supuesto de la «teoría del paréntesis»*

En la STS 26-12-2007 (Rc 4112/06), la cuestión suscitada es la relativa a la determinación de la base de cotización a tener en cuenta para el reconocimiento de una invalidez permanente en el supuesto que, hallándose el trabajador en situación de Incapacidad Temporal, en el transcurso de la misma, se extingue la relación laboral, continuando aquel percibiendo el subsidio correspondiente a la incapacidad, en cuantía correspondiente a la prestación o subsidio de desempleo, pero sin que haya obligación alguna de cotizar por parte del INEM. La Sala IV, realiza un recorrido de la evolución jurisprudencial en relación con la doctrina del paréntesis, para concluir, con apoyo en la STS 1-10-02 (Rc 3661/01), que inicia una interpretación mas estricta, con la exclusión de la aplicación del paréntesis cuando el proceso de invalidez provisional no es el que inmediatamente precede a la incapacidad permanente. En definitiva, **si el contrato se extingue durante el proceso de incapacidad temporal o surge una situación de paro involuntario, la determinación del hecho causante es irrelevante y lo que se plantea es un problema específico de integración de lagunas, en el que ha de estarse a la regla general del art 140.4 LGSS, esto es, con las bases mínimas de cotización, volviendo a la doctrina de la STS 18-9-1991 (Rc 1372/90), sin**

perjuicio de seguir manteniendo el criterio de la STS 7-2-2000 (Rc 109/99) para los supuestos de invalidez provisional y las prorrogas del art 131 bis.2 LGSS.

#### ***7.4. Trabajador fijo discontinuo. Cálculo de la base reguladora aplicable a una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo***

En la **STS 25-2-2008 (Rc 4689/06)**, el INSS había determinado la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta atendiendo a las bases de cotización realmente cotizadas por la empresa en los 134 días anteriores a la fecha del accidente de trabajo. La Mutua impugnó dicha resolución por entender que la base reguladora se debe calcular conforme a la suma de las bases de cotización en el año anterior al accidente de trabajo. El TSJ estimó la pretensión de la Mutua y el TS, con apoyo en la STS 5-10-2000 (Rc 2553/99), desestima la misma por entender que, conforme al art. 7.3 del RD 1131/02 vigente en la fecha del hecho causante, **el salario diario será el que resulte de dividir los días transcurridos desde el comienzo de la campaña laboral del fijo-discontinuo y el día del accidente de trabajo.**

#### ***7.5. Incapacidad permanente. Determinación de la base reguladora en supuestos de trabajo a tiempo parcial. Eventual integración del tiempo no trabajado con las bases mínimas***

La **STS 30-1-2008 (Rc 3677/06)**, siguiendo la doctrina contenida en sentencias precedentes [**STS 23-3-2006 (Rc 1353/05)** y **31-10-2007 (Rc 2928/06)**], analiza la determinación de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, en un supuesto de un trabajador que cotizó a tiempo parcial durante la última parte del periodo tomado en consideración. La Sala IV estima que no cabe admitir que, en el caso enjuiciado, se dé una verdadera situación de laguna de cotización, antes al contrario, se verifica una auténtica cotización, si bien adecuada a la naturaleza del contrato de trabajo mantenido por el demandante, por lo que **no resulta necesario integrar las eventuales lagunas de cotización creadas como consecuencia de la cotización a tiempo parcial, por las bases mínimas prorrateadas en función del tiempo necesario para entender cotizado el período a**

**tiempo completo, creando así la ficción de convertir las cotizaciones efectuadas a tiempo parcial en cotizaciones a tiempo completo.** En definitiva, no pueden computarse los períodos de inactividad durante un contrato a tiempo parcial conforme a las bases mínimas de cotización, puesto que en ese tiempo no hubo retribución ni debió haberla.

## **8. Lesiones permanentes no invalidantes**

### ***8.1. Lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo. Forma de determinación de la cuantía en caso de existencia de diversas lesiones***

La cuestión planteada en la **STS 13-11-2007 (Rc 3606/06)** se centra en la interpretación del baremo que fija el número 110 de la orden de 15-4-1969, en lo relativo a la valoración de las cicatrices permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo, determinando si se deben valorar de forma individualizada las 6 cicatrices que tiene el afectado en su pierna izquierda o si procede una valoración conjunta de todas ellas. La Sala, partiendo del antecedente que supone la **STS 22-3-2002 (Rc 1627/03)**, e interpretando la normativa de aplicación, concluye que **lo procedente es una valoración individualizada para cada una de las cicatrices, cuya cantidad a tanto alzado vendrá determinado por las características de cada una de ellas, dentro de los límites señalados.**

## **9. Jubilación**

### ***9.1. 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 pre-jubilación. Eventual discriminación respecto de otros colectivos de trabajadores que se jubilan anticipadamente***

La **STS 20-11-2007 (Rc 491/07)**, reiterando jurisprudencia contenida en **SSTS 20-7-2007 (Rc 4900/06)**, **25-9-2007 (Rc 991/06)** y **23-10-2007 (Rc 3052/06)**, se plantea la eventual existencia de discriminación en la aplicación de reglas de acreditación de la involuntariedad del cese y de coeficientes reductores distintos a los trabajadores que se jubilan a los 60 años habiendo estado afiliados al Mutualismo Laboral antes del año 1967,

y a quienes lo hacen a los 61. La Sala, partiendo de doctrina previa contenida en la STS 29-5-2007 (Rc 1291/06), advierte que entre uno y otro sistema de jubilación anticipada existían diferencias sustanciales particularmente en dos extremos: el relativo a la edad en la que la pensión puede solicitarse, que es de 60 años en la jubilación histórica y 61 en la ordinaria; y el que se refiere a las prejubilaciones que son consecuencia de acuerdo colectivo, a los que expresamente se les disciplina como los ceses involuntarios en la anticipación regulada por el art. 161.3 LGSS, en tanto que por falta de regulación tienen el tratamiento que deriva de su voluntariedad en el régimen de la disposición transitoria Tercera. Diferencia de tratamiento que no puede ser atribuida a mera omisión del legislador, sino a una voluntad de establecer diferencias en ambos casos.

## 10. Muerte y supervivencia

### *10.1. Pensión de viudedad. Fecha de revalorización de la pensión de viudedad reconocida, cuando el causante dejó de cotizar en 1975 y falleció en 1998*

La cuestión debatida en la **STS 21-11-2007 (Rc 3428/06)** se centra en determinar la fecha inicial a partir de la cual se deben aplicar las revalorizaciones de una pensión de viudedad reconocida. Se aportan dos soluciones: bien aplicar los incrementos por mejoras o revalorizaciones desde que el causante dejó de cotizar, o bien aplicar tales incrementos desde la fecha del hecho causante, es decir desde el fallecimiento del causante. La Sala, en atención a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2 del Decreto 1646/72, de 23 de junio, afirma que **en casos como el enjuiciado en que el causante al tiempo de su fallecimiento no era pensionista, ni había cotizado durante años, la revalorización de la pensión no se produce desde la fecha en que el causante cesó en el trabajo, que estuvo 23 años sin cotizar y no era pensionista, sino desde el fallecimiento del cónyuge causante.**

## 11. Prestaciones en favor de familiares

### *11.1. Prestaciones por hijo a cargo. Supuesto de orfandad*

La cuestión litigiosa resuelta en la **STS 27-11-2007 (Rc 1253/07)** se refiere a si para lucrar la prestación por hijo a cargo a favor de un

**discapacitado, es preciso que el reconocimiento de la discapacidad del huérfano absoluto hubiera tenido lugar antes de la muerte del último de sus progenitores fallecidos, o si también se produce el devengo cuando la minusvalía se reconozca después del señalado óbito. La Sala, reiterando doctrina previa contenida en SSTS 4-10-2006 (Rc 247/05) y 4-7-2007 (Rc 338/06), sostiene que no es preciso que la discapacidad del hijo existiera ya en vida de ambos progenitores, o de uno de ellos, porque la expresión «les hubiera correspondido» utilizada por la legislación vigente permite entender que se devenga el derecho a la asignación tanto si los padres viven en ese momento como si no. En consecuencia, procede el reconocimiento de la prestación solicitada, en caso de fallecimiento de ambos progenitores, tanto si se produce su fallecimiento antes o después de la aparición de la discapacidad. **Ello no obstante, la sentencia entra a continuación a analizar si consta probado, o racionalmente se deduce, que los padecimientos existían ya a la muerte del último de los progenitores que haya fallecido, llegando a la conclusión de que así fue, al tratarse de una enfermedad de carácter insidioso y progresiva de largo tiempo de evolución.****

***11.2. Reconocimiento de prestación no contributiva por hijo a cargo. Vinculación para el INSS del grado de discapacidad en su vertiente de necesidad de asistencia a tercero fijado por el organismo competente de una Comunidad Autónoma***

**En la importante STS 21-2-2008 (Rc 1329/05) se analiza un caso en el que se debate si el INSS puede modificar el grado de discapacidad en su vertiente de necesidad de asistencia a tercero que ha fijado el organismo competente de una Comunidad Autónoma que tiene asumidas competencias al respecto, cuando la entidad gestora pretende determinar si procede el reconocimiento del derecho a una prestación no contributiva por hijo a cargo. La Sala entiende que la decisión de la Comunidad Autónoma vincula al INSS en su decisión como condicionante previo, en la medida en que la legislación vigente le atribuye a aquella la fijación del grado de discapacidad. **Ello hace que, no sólo el INSS no pueda modificar este grado de discapacidad a efectos de determinar el derecho a la prestación, sino que incluso esta vincula al orden jurisdiccional social en su revisión del derecho a la citada prestación, actuando como condición previa y no como cuestión prejudicial.****

## 12. Mejoras voluntarias

### ***12.1. Banco Santander Central Hispano. Reclamación de integración de pagas extraordinarias de beneficios —Convenio Colectivo de Banca Privada 1999— en la cantidad acordada en el Acuerdo de Prejubilación***

La STS 17-7-2007 (Rc 2390/06), de Sala General, analiza el caso de trabajador que celebró un acuerdo de prejubilación con el Banco empleador, y en el que se le garantizaba la percepción del salario bruto anual que venía percibiendo. Como consecuencia de la fusión del Banco empleador con otro, se reconoció a todos los trabajadores el derecho a percibir dos pagas extraordinarias por beneficios, si bien no se incluyó dicha cantidad en las anualidades que les correspondían percibir a los trabajadores prejubilados (Convenio Colectivo del Sector de Banca Privada 1999). Planteada reclamación, **la cuestión litigiosa se centra en interpretar si dentro del acuerdo de prejubilación del actor, están o no comprendidas en el año 1999, las gratificaciones de beneficios, partidas que tienen naturaleza salarial y que son fruto de dicho acontecimiento.** La Sala IV reiterando doctrina contenida en SSTs 21-09-2005 (Rc 3977/04), 12-07-2004 (Rc1853/03), entre otras, pero sobre todo en las SSTs 2-12-2003 (Rc712/03), 11-05-2003 (Rc713/03) y 21-09-2005 (Rc 397/04), y valorando la voluntad de los contratantes, estima que la cantidad fijada en el acuerdo de prejubilación lo estaba en función del salario que percibía en aquel momento, por lo que procede el incremento pedido al tratarse de cantidades no tenidas en cuenta en aquel tiempo, dado que lo realmente querido por las partes era garantizar la percepción del 100% del salario; y ello con independencia de que se trate de acuerdos anteriores o posteriores a la publicación del Convenio de 1999, siendo consciente la Sala de que en las SSTs 4-11-2004 (Rc 1054/03) y 3-11-2003 (Rc 4774/02), se inadmitieron los recursos por falta de contradicción porque las sentencias invocadas de contraste se referían a acuerdos anteriores al Convenio.

### ***12.2. Derecho a movilizar las aportaciones realizadas a un fondo de pensiones interno. Valor liberatorio del finiquito***

**En la STS 9-7-2007 (Rc 512/03) la cuestión litigiosa planteada se refiere al derecho del demandante que había sido despedido a movilizar las aportaciones realizadas al fondo de pensiones interno de Caixa de Estalvis i Pensions de Barcelona. La Sala sólo se pronuncia sobre el efecto liberatorio del finiquito firmado por el trabajador al**

**entender que no concurren los requisitos legales para recurrir respecto de los demás cuestiones planteadas. Recuerda la Sala para atender la pretensión empresarial que los derechos consolidados en este tipo de fondos pueden ser objeto de transacción, y en este caso el documento en cuestión es expresión de una transacción sin violencia, dolo, o intimidación. De modo que debe atribuírsele eficacia liberadora ya que en él se hacía alusión expresa a la baja en el Régimen de Previsión de la Entidad, adquiriendo el compromiso de no pedir ni reclamar nada más, además se había entregado en el mismo acto al trabajador cierta cantidad, y el acuerdo se había formalizado cuando la posibilidad de rescate de los valores consolidados estaba discutida, al no haberse resuelto aún el conflicto colectivo promovido al respecto.**

### **13. Regímenes especiales**

#### ***13.1. Incapacidad permanente total causa en el Régimen General. Aplicación de la bonificación por edad prevista en el Régimen especial de la Minería del Carbón a quien fue cotizante a dicho Régimen durante parte de su carrera de seguro***

En la **STS 18-9-2007 (Rc 3423/06)** el demandante acredita más de 20 años de cotización al RGSS y 2 años, 11 meses y 26 días cotizados al R. E. Minería del Carbón; el 2-9-1998 fue declarado en IPT en el RGSS, para la profesión habitual de albañil, derivada de enfermedad común. El 28-10-2002 solicitó jubilación del RGSS, mediante bonificación de edad de los 2 años, 11 meses y 26 días trabajados en minas de carbón. **Para poder obtener la bonificación del art 22-1 OM de 3-4-1973 se ha de ser pensionista del R. E. Minería del Carbón**, de suerte que («incluso unius, exclusio alterius») habrá de entenderse que no están comprendidos los pensionistas que perciban su prestación con cargo a ningún otro Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social.

### **14. Otras cuestiones relacionadas con el sistema de seguridad social**

#### ***14.1. Prestaciones de Seguridad Social. Fecha de retroactividad de los efectos económicos del reconocimiento de una prestación que ha sido denegada inicialmente y, con posterioridad, se reconoce la misma en función de los mismos datos fácticos y jurídicos***

Se discute en la **STS 28-11-2007 (Rc 5083/06)**, de Sala General, la fecha de efectos a partir de la cual ha de reconocerse a los demandantes

las prestaciones de viudedad y orfandad solicitadas. En concreto, lo sucedido fue que, tras una primera solicitud de las prestaciones, estas fueron denegadas administrativamente sin que los actores iniciaran posterior demanda. Ello no obstante, transcurrido el tiempo, presentan una nueva solicitud reclamando las mismas prestaciones, que es de nuevo denegada en vía administrativa, siendo concedidas finalmente por una resolución judicial, teniendo en cuenta que no se produjo modificación alguna ni en la normativa reguladora de las citadas prestaciones ni en la situación fáctica analizada respecto de ambas solicitudes. La Sala reitera su doctrina contenida en STS 1-2-2000 (Rc 3214/98), **entendiendo que los efectos han de retrotraerse a la fecha en la que hubiera correspondido reconocer el derecho en la primera solicitud planteada, puesto que no puede aplicarse la regla que prevé la retroacción máxima a tres meses cuando el no reconocimiento de la prestación deriva de un error de la propia Administración competente.** Por último, la Sala recuerda que no puede tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 42/06 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que en su Disposición Final Tercera ha adicionado un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 43 de la LGSS, ya que dicha Ley no se encontraba en vigor en el momento en que se planteó la cuestión resuelta por la sentencia.

***14.2. Derecho al reintegro de Mutua que anticipó el pago de pensión de incapacidad permanente total de la que era responsable la empresa, imponiéndose responsabilidad subsidiaria al INSS. El derecho alcanza también a los intereses de capitalización abonados por la Mutua al constituir el capital coste***

La STS 11-7-2007 (Rc 2967/06) se refiere al derecho al reintegro del capital adelantado a favor de la Mutua que anticipó el pago de pensión de incapacidad permanente total de la que era responsable la empresa por no estar el trabajador accidentado dado de alta en la Seguridad Social. También se plantea si procede en este caso imponer al INSS una responsabilidad subsidiaria, así como hasta dónde alcanza este derecho. Pues bien, recuerda en primer término la Sala, basándose para ello en el importante precedente que supone la STS 21-7-2006 (Rc 2031/05), que **el empresario que incumple sus obligaciones de Seguridad Social está obligado a hacerse cargo de las prestaciones correspondientes, debiendo la Mutua anticipar su importe si estas derivan de accidente de trabajo.** Y añade que en la subrogación en la que se sitúa con ello la

**Entidad Colaboradora puede reclamar también los intereses de capitalización que tuvo que abonar a la TGSS al constituir el capital coste de la correspondiente a esa prestación.** Derecho que alcanza también a la responsabilidad subsidiaria que corresponde al INSS en su condición de sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en los casos de insolvencia empresarial. Los intereses no se añaden por un retraso en el ingreso, sino que forman parte del propio capital coste.

#### ***14.3. Responsabilidad de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales cuando la póliza estaba vigente en la fecha de la incapacidad y no en la fecha del accidente***

La STS 13-11-2007 (Rc 4908/06) se refiere a la determinación de la responsabilidad de la Mutua en el pago de la prestación derivada de accidente de trabajo cuando la póliza estaba vigente en la fecha de la incapacidad y no en la fecha del accidente. Pues bien, la Sala estima el recurso de la Mutua, recordando que es doctrina unificada de la Sala que **el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquel en que se produce el accidente y no la fecha en que se manifiesta la situación protegida o se produce el tránsito de una situación protegida a otra** en aquellos supuestos en que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva en el tiempo (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte). La revocación del pronunciamiento que condena a la Mutua, determina la condena de la empresa demandada al abono de la indemnización.

#### ***14.4. Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales que aseguran las contingencias comunes. Competencias para suspender o extinguir la prestación de incapacidad temporal***

La STS 13-12-2007 (Rc 97/07) se refiere a si una **Mutua de Accidentes de Trabajo** que cubre la contingencia de incapacidad temporal por enfermedad común **está facultada para extinguir la prestación reconocida porque el asegurado citado a reconocimiento médico no comparezca al mismo ni justifique su ausencia.** Pues bien, la Sala reconoce esta facultad a la Mutua, siguiendo lo sostenido en sentencias previas [entre otras, véanse SSTs 5 de octubre de 2006 (Rc 2966/05), de 9 de octubre de 2006 (Rec. 2905/2004), de 7 de marzo de 2007 (Rec. 5410/2005)]

y de 23 de abril de 2007 (Rc 900/06)]. Se razona en este sentido que la LGSS dispone la extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Y tal atribución tiene la condición de una facultad de gestión, sin perjuicio de que la conducta del asegurado constituya una falta tipificada en la normativa de infracciones y sanciones. En un sentido similar se ha pronunciado de forma reciente la **STS 7-2-2008 (Rc 278/07)**.

#### ***14.5. 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***

La **STS 29-1-2008 (Rc 921/07)**, de Sala General, reitera la jurisprudencia contenida, entre otras, en las SSTS (Pleno) 27-3-2007 (Rc 3872/05 y 3902/05), así como las SSTS 29-5-2007 (Rc 113/06) y 19-7-2007 (Rc 3080/06). Se declara así que la Ley 51/03 establece el reconocimiento automático de una discapacidad del 33% a quienes tengan reconocida una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. **A los efectos de las previsiones de la Ley 51/2003, con la acreditación de algunas de esas situaciones se accede automáticamente al grado de minusvalía referido. Ahora bien, para los demás efectos, se requiere la aplicación del RD 1971/1999 para fijar el porcentaje**, aunque se tenga alguno de esos grados de incapacidad reconocida. La sentencia contiene un voto particular según el cual en el presente caso no se daría la contradicción requerida. En el mismo sentido que esta sentencia, se han pronunciado asimismo las **SSTS 29-1-1998 (Rc 1603/07)**, también de Sala General y **Rc 1476/07**.

### **III. PROCESO SOCIAL**

#### **1. Competencia jurisdiccional**

##### ***1.1. Acreditación de méritos en concursos administrativos***

Nuevamente, durante este último periodo, la Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones **SSTS 29-5-07 (Rc. 1535/06)**, **24-5-07 (Rc. 161/06)**,

**5-6-07 (Rc. 263/06), 5-6-07 (Rc. 263/06), 26-6-07 (Rc. 856/06), 18-7-07 (Rc. 1798/06), 31-10-07 (Rc. 1978/06); y 13-11-07 (Rc. 1928/06)**, acerca de la incompetencia del orden social de la jurisdicción para la **calificación como laboral de una prestación de servicios para la Administración que finalizó hace años** y se plantea ahora la reclamación con vistas a acreditar méritos en un concurso para el acceso a plazas en interinidad. Entiende la Sala que las demandas en las que traen origen estas sentencias no responden a un conflicto actual entre el empresario —la Administración— y los trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, porque la relación que unía a las partes, ya fuese laboral o administrativa, finalizó mucho antes de presentarse la demanda en la que se pretende la declaración de laboralidad del vínculo, y el conflicto no tiene por objeto el cumplimiento de una obligación derivada del contrato ya extinguido. En la medida en que se pretende la calificación como laboral de la relación para acreditar determinada puntuación en un concurso para el acceso a determinados puestos de trabajo de la Administración autonómica, la cuestión no corresponde al ámbito propio de la jurisdicción social, aunque se trate de concursos para acceder a puestos de carácter laboral, no en vano tal declaración habría de surtir efectos fuera del vínculo laboral, lo que determina la incompetencia de este orden jurisdiccional.

## ***1.2. Personal de la Administración***

Por su parte la **STS 26-9-07 (Rc 88/05)** declara la falta de competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de una demanda de **conflicto colectivo interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios [CSI-CSIF]**, con base en el Decreto —Consell de la Generalitat— 137/2003, aplicable a «todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza de su relación empleo» adscrito a las instituciones sanitarias de la Generalitat, y con la pretensión de que el personal Médico y ATS del SAMU, «cualquiera que sea la naturaleza de su relación de empleo» que realiza una guardia de 24 horas cada 5 días, tenga la consideración de trabajador nocturno y jornada de 1300 horas, asignándoseles la retribución correspondiente al exceso horario. Trae a colación la Sala doctrina previa, contenida en **SSTS 5-12-06 (Rc. 15/05)**, y **22-1-07 (Rc. 105/05)**, referidas a las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, con afectación, como en este caso, de funcionarios, personal estatutario y personal laboral. Como se advertía en aquellas sentencias, y se reitera en ésta, la primera razón para **rechazar la competencia del or-**

**den social** es que la disposición examinada no es una norma laboral, como muestra la heterogeneidad de sus destinatarios —personal funcionario y estatutario—. La segunda razón, porque caen fuera del alcance de esta jurisdicción las controversias entre las diversas Administraciones Públicas y el personal funcionario a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/2003. Y por último porque no podría existir un conflicto colectivo para interpretar con carácter general una norma conjuntamente para **funcionarios, personal estatutario y personal laboral**.

Por su parte, en **STS 5-12-07 (Rc. 149/06)**, dictada en casación ordinaria, se ha declarado la Sala **incompetente** para conocer de la impugnación de un **acuerdo colectivo** suscrito entre el Rectorado de la **Universidad** de Oviedo y los sindicatos sobre transformación contractual de algunas categorías docentes. El sindicato impugnante atacaba en concreto la exigencia del grado de Doctor para la transformación a Profesor Colaborador de los contratos del personal docente e investigador de la Universidad. Destaca la Sala que es doctrina contenida en STS 13-3-03 (Rc. 1899/01), que **la impugnación de normas a aplicar en el seno de la Administración Pública**, aun cuando las mismas se alcancen a través de la negociación colectiva no es materia propia de este Orden Jurisdiccional Social sino que corresponde al Orden Jurisdiccional **Contencioso Administrativo**. Y lo que se impugnaba en este caso era el establecimiento de una normativa universitaria tendente a la transformación de determinadas modalidades de contratación del personal docente. A lo que se añade que el Acuerdo impugnado no es propiamente un Convenio Colectivo Laboral, sino uno de los Acuerdos y Pactos negociados en el ámbito de la Ley 9/1987.

También son abundantes los pronunciamientos en los que la Sala IV de lo Social ha debido pronunciarse sobre su competencia a propósito de prestaciones de servicios concertadas bajo fórmulas de contratación administrativa. En concreto, se declara la **competencia** del orden social en las **SSTS 15-10-07 (Rc. 3200/06)**, **17-10-07 (Rc. 3954/06)**, a propósito de contratos de **consultoría y asistencia** para prestar servicios en el Servicio de Infancia y Familia: Departamento de Centros de Protección de Menores de la Junta de Andalucía. Recuerda la Sala la doctrina evacuada al respecto de este tipo de contratación, conforme a la cual debe considerarse lícitamente empleada la contratación administrativa sólo cuando se contrata un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final, como sucedía en estos casos. Esta doctrina se recuerda también en **STS 25-10-07 (Rc. 3377/06)**, a propósito de la contratación de un arquitecto por el Instituto para la

Vivienda de las Fuerzas Armadas INVIFAS, mediante sucesivos contratos administrativos de asistencia de servicios. Por otro lado, la **STS 26-2-08 (Rc. 1063/07)**, aprecia la competencia del orden social para conocer de la demanda interpuesta por un arquitecto técnico del Ministerio de Defensa que había venido prestando servicios en virtud de un contrato administrativo de asistencia y servicios con sucesivas prórrogas, desde el año 2000 hasta el año 2006. Recuerda la Sala, trayendo a colación doctrina previa, que tras las sucesivas reformas de la normativa de contratos de la Administración, la contratación administrativa ya no puede emplearse para actividades de trabajo en sí mismas consideradas sino sólo en atención a la finalidad o resultado perseguido. Así las cosas, en el caso de autos entiende la Sala que la prestación merece la consideración de laboral —y que, por ende, la competencia corresponde al orden social—, toda vez que los servicios desplegados por el actor se habían convertido en habituales para la Administración contratante, sin que hubiese acreditado ésta su finalización, concurriendo, por lo demás, el resto de notas propias del trabajo asalariado, descritas en el art. 1 ET.

### ***1.3. Incompetencia del orden jurisdiccional social. Prestación de servicios profesionales de un Abogado***

Son numerosas las ocasiones en las que se trae a consideración de la Sala la calificación de la naturaleza de la relación que vincula a las partes contendientes, en concreto, la distinción respecto del ámbito civil se ha planteado en los casos de **arrendamientos de servicios** y la **SSTS 19-11-07 (Rc 5580/05)**, da respuesta a uno de estos supuestos. En el caso, se trató de la extinción del vínculo en virtud del cual un **Abogado** prestaba sus servicios profesionales a una empresa. Dicho profesional tenía un despacho abierto al público, de ahí que su labor profesional no se limitaba a los servicios profesionales prestados a las demandadas, sino que desarrolla su actividad para otros clientes. Sólo acudía a los locales del grupo en función de las necesidades profesionales, no estando sujeto a horario alguno y, tenían una duración manifiestamente reducida, no contaba con despacho propio y desarrollaba su quehacer profesional con gran autonomía, libertad y sin subordinación alguna a las órdenes de la empresa. La retribución consistía en una cantidad fija mensual «igual», más el reintegro de los gastos correspondientes. Sobre estos presupuestos de hecho, concluye la sentencia que tal prestación de servicios constituyó un arrendamiento de servicios, sin concurrir ninguna de las notas que determinan la existencia de una relación laboral.

#### ***1.4. Impugnación de actos administrativos de la Seguridad Social basada en infracciones de normas del procedimiento***

Se ha declarado **competente** la Sala de lo Social en **SSTS 26-9-07 (Rc. 2632/06)**, y **4-1-08 (Rc. 494/06)**, para el conocimiento de los defectos o vicios en la tramitación del expediente administrativo que concluye con una resolución del INSS imponiendo un recargo de prestaciones. Entiende el Tribunal que el orden social es competente para conocer de todas las pretensiones que se formulen en relación con los **actos administrativos de Seguridad Social** que afecten a los actos de encuadramiento y a la acción protectora, extendiéndose esta competencia al control judicial pleno del acto administrativo, tanto en lo relativo a su contenido material, como a sus aspectos formales y, concretamente, a los relativos al procedimiento, porque la exclusión del art. 3.1.a) LPL se refiere sólo a las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de recaudación (STS 16-5-06 (Rc. 5001/04)). No puede aplicarse en estos casos la doctrina de los «**actos separables**» del art. 2.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque este precepto se refiere sólo a «los actos de preparación y adjudicación» de los contratos privados de la Administración, y es un criterio que no cabe generalizar en plano jurisdiccional, porque opera claramente como una excepción al principio general de la jurisdicción plena sobre el mismo acto.

También se pronuncia la Sala en esta sentencia sobre la caducidad del procedimiento administrativo de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad cuando la resolución del INSS recae trascurridos más de 135 días desde el acuerdo de iniciación del indicado expediente. Y lo hace recordando la doctrina de la STS 9-10-06 (Rc. 3279/05), en la que se advierte que el efecto de la superación del plazo es el propio del **silencio administrativo negativo**, esto es: que la solicitud podrá entenderse desestimada, pudiendo el interesado ejercitar las acciones que le confiera la Ley. Doctrina que se reitera en **SSTS 14-11-07 (Rc. 72/07)**; y **30-1-08 (Rc. 4374/06)**.

#### ***1.5. Incompetencia para la reclamación de sumas descontadas por el empleador en concepto de IRPF y cuotas de Seguridad Social***

En **STS 2-10-07 (Rc. 2635/06)**, declara la Sala la **incompetencia** del orden social para conocer de las reclamaciones de cantidad interpuestas contra el empresario por las **sumas descontadas en concepto de IRPF**

**y cuotas de Seguridad Social.** Reitera la Sala su doctrina al respecto, y advierte que en lo relativo a las retenciones del IRPF es un problema sujeto a las leyes de naturaleza fiscal y no laboral, y en cuanto a las deducciones por cuotas de la Seguridad Social, que se trata de un pago que se enmarca en el ámbito propio de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, contenidos en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del sistema de la Seguridad Social, por lo que se trata igualmente de un tema cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

### ***1.6. Responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones por cotización por tarifa inadecuada***

Declara la Sala, en **STS 26-2-08 (Rc. 3383/06)**, la **competencia** del orden jurisdiccional social para conocer de la demanda presentada por una Mutua, con la pretensión de que se declarase a la **empresa responsable** del pago de cierto porcentaje de las prestaciones por accidente de trabajo, al haber cotizado por una tarifa inadecuada, sin perjuicio de su obligación de anticipo y de las responsabilidades subsidiarias del INSSS y de la TGSS. La empresa pretendía sostener la incompetencia del orden jurisdiccional social razonando que lo debatido afectaba a la gestión recaudatoria y no al importe de las prestaciones, argumento que la Sala rechaza al entender que no se trata en realidad de un problema de cotización, sino de si existe o no responsabilidad empresarial en cuanto al importe de las prestaciones reconocidas al trabajador derivadas de un accidente de trabajo, por no haber abonado la prima pactada en el seguro concertado con la Mutua demandante, de acuerdo con la tarifa procedente. Y ello con independencia de que la cotización, al tratarse de un accidente de trabajo, no sea necesaria para generar las prestaciones en cuestión, por aplicación de lo dispuesto en el art. 124.4 LSS.

Como recuerda la Sala, el art. 2.b) LPL atribuye competencia al orden social para resolver las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social, y aunque el actual pleito puede tener consecuencia en aspectos referidos a la relación de cotización, lo debatido se concreta claramente en su aspecto de la relación de protección, a referirse a la responsabilidad empresarial en el pago de más prestación fundada en un supuesto de infracotización, de conformidad con las previsiones legales existentes al respecto. Por lo que, con independencia de la problemática que puede acarrear en su aspecto administrativo aquel defecto

de cotización, hay que entender que el objeto litigioso encaja en el señalado precepto de LPL.

### ***1.7. Impugnación de acuerdos sobre derechos sindicales en el ámbito de la Administración***

La Sala, en **STS 21-2-08 (Rc. 137/06)** —dictada en casación ordinaria—, se ha declarado incompetente para conocer de un proceso de **tutela de la libertad sindical** en el que se solicitaba la nulidad de un pacto alcanzado al amparo de la Ley 9/1987. En concreto, la organización sindical demandante pretendía la nulidad total, y subsidiariamente parcial, del **pacto sobre derechos de representación sindical en el ámbito de la Administración** de la Comunidad de Castilla-León. Pues bien, la Sala confirma la tesis de la incompetencia —y de la competencia del orden contencioso-administrativo— sostenida en la resolución recurrida, recordando la doctrina según la cual el cauce jurisdiccional natural de protección de los derechos de libertad sindical, tanto en su esfera colectiva como individual, es el orden social, aún cuando la conducta lesiva provenga de la Administración Pública. Ahora bien, siendo este orden el único con competencia para tutelar el derecho de libertad sindical de trabajadores y sindicatos, carece de ella para pronunciarse sobre la posible nulidad, cualquiera que sea su causa, de los acuerdos propios de la negociación colectiva en la función pública, que regulan las Leyes 9/1987 y 7/1990, de 19 de julio. Es más, esta incompetencia alcanza también a la pretensión sindical de reconocimiento del derecho a ostentar determinada posición en la negociación objeto del acuerdo impugnado, pues como ya había sostenido la Sala, carece de sentido separar la competencia para conocer de la pretensión puntual de la demanda, que corresponde al orden contencioso— administrativo, de la competencia para entender de las controversias, que aunque puedan afectar a derechos relacionados con la libertad sindical, se refieren a eventuales lesiones de esa libertad que se concretan en actos que se producen en el marco del procedimiento de la negociación colectiva de la función pública.

## **2. Competencia judicial internacional y ley aplicable**

La **STS 20-7-07 (Rc. 76/06)** es de un gran interés, básicamente por las cuestiones procesales que contempla, pues lo que en ella se dirime tiene

especial trascendencia en cuanto atañe al análisis y resolución de las cuestiones relativas a la ley aplicable y a la competencia judicial internacional, dado que se encuentran involucradas dos compañías áreas, una española y otra norteamericana. La Sala tiene que pronunciarse sobre la **competencia de los tribunales españoles** para conocer de una demanda que se interpone contra una empresa nacional y otra americana, con una doble pretensión, que se considere cesión ilegal la práctica de la empresa española de ceder trabajadores para prestar servicios en Norteamérica, y la práctica de la comercial norteamericana de ceder trabajadores para prestar servicios en España. A los efectos de determinar la competencia del foro recuerda la Sala que debe en primer término procurar la aplicación de la normativa internacional sobre competencia judicial, contenida en el **Reglamento 44/2001** del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Si bien, teniendo en cuenta que el art. 4 de esta norma señala que «si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23». Lo que excluyen la aplicación del Reglamento a la demanda contra la empresa RYAN.

Sí resulta aplicable el Reglamento respecto de la demanda interpuesta contra la empresa española, con domicilio en Palma de Mallorca. Esta conclusión sólo podría plantear dudas respecto al cauce procesal empleado. En el bien entendido que el pleito se encauza procesalmente por la vía del conflicto colectivo y de la lectura del Reglamento se desprende que esta norma no contiene previsiones específicas en materia laboral que alcancen a los **pleitos colectivos**. Ahora bien, esta ausencia de una regla competencial específica no supone el desplazamiento de la norma comunitaria. Aunque en realidad la demanda se plantee como una medida colectiva de conflicto esta circunstancia no desvirtúa, a entender de la Sala, la vinculación que los derechos concretos cuyo reconocimiento se pretende tienen con el contrato individual de trabajo, lo que permite mantener la aplicación de las reglas competenciales del Reglamento.

En el caso de la empresa española, el conocimiento del litigio por los tribunales nacionales es predicable tanto para la pretensión que afecta a los trabajadores nacionales desplazados a EE.UU. como para la de los americanos desplazados a territorio nacional. En ambos casos por la aplicación de la regla general del domicilio del demandando, pudiendo serlo también por el juego de las reglas especiales en materia laboral, que sólo

pueden ser alegadas por el trabajador, y conforme a las cuales los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados por el trabajador ante los tribunales del Estado del lugar en el que desempeñare habitualmente su trabajo, del último lugar en que lo hubiese desempeñado, o del lugar en que estuviese o hubiese estado situado el establecimiento que lo empleó si no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (art.19). La aplicación de estas reglas especiales lleva igualmente a la competencia de los tribunales españoles tanto para los trabajadores nacionales como para los americanos.

La solución es distinta para las pretensiones ejercitadas contra la empresa americana, a la que, como se ha dicho, no puede aplicarse el Reglamento por tener su domicilio fuera de la Comunidad Europea. Esta exclusión obliga a acudir al art.25.1.º LOPJ, pero tampoco este precepto permite al Tribunal declararse competente, toda vez que el servicio litigioso se llevará a cabo en territorio extranjero, las partes no estarán obligadas contractualmente (el contrato que tienen los trabajadores nacionales les vincula con la empresa española), y la empresa demandada está domiciliada en EE.UU., sin tener en territorio nacional una sucursal, agencia o delegación. No son, por lo tanto, competentes los tribunales españoles para conocer de la demanda contra la empresa RYAN tanto respecto a los trabajadores nacionales como respecto a los americanos.

También se pronuncia la Sala sobre la **norma aplicable** al pleito, dando entrada a las reglas contenidas en el **Convenio de Roma** sobre ley aplicable a las relaciones contractuales. Como en el presente litigio no consta que las partes hubiesen elegido ley rectora de sus contratos, aplica la Sala la ley objetivamente aplicable por su mayor proximidad al negocio jurídico, esto es: la legislación del lugar de prestación habitual de servicios, aunque temporalmente el trabajador fuese desplazado a un Estado diferente (art. 6.2.º CR).

Así, en cuanto a la pretensión de los trabajadores españoles que prestan servicios en territorio americano como consecuencia de la cesión temporal, aunque la prestación de servicios litigiosa se produce en EE.UU., el trabajo se desarrolla «habitualmente» en España, resultando aplicable al contrato de trabajo y por tanto también a la posible cesión ilegal, la normativa española. Por su parte, en cuanto a los pilotos americanos que prestan servicios en territorio nacional (en lo que afecta a la empresa española porque para la demanda contra la empresa americana la Sala ya se había declarado incompetente), la norma aplicable será también la espa-

ñola con independencia de la fórmula contractual empleada. Si se procede a la contratación de los trabajadores con el único fin de que presten servicios en territorio español, la norma aplicable será la española porque será España el lugar de prestación habitual (en su condición de único lugar de prestación efectiva). Pero es que incluso aunque esto no fuese así, y los pilotos prestasen servicios en territorio americano y ocasionalmente en territorio español, la norma aplicable continuaría siendo la española. No en vano, la actual doctrina del Tribunal Constitucional sobre el efecto de la falta de alegación y prueba del derecho extranjero es la aplicación del derecho nacional, y en este caso el derecho estadounidense no había sido ni alegado ni probado.

### **3. Proceso ordinario**

#### ***3.1. Acumulación de acciones***

Reitera la **STS 10-7-07 (Rc 604/06)** un pronunciamiento anterior que abordó la importante cuestión de determinar el orden a seguir por el órgano judicial para el **examen de las demandas acumuladas conforme el art. 32 LPL**, y el contenido del fallo resultante de la tramitación conjunta de las mismas, matizando la doctrina que hasta dicho momento había sostenido la Sala. La sentencia afirma que en estos casos se ha de aplicar 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. A juicio de la Sala, 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 se ve interferido por la concurrencia de un despido y sus efectos inmediatos.

#### ***3.2. Partes procesales: Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario***

Se discute en las **SSTS 19-6-07 (Rc 543/06 y 4562/05)**, y **30-1-08 (Rc 5015/06)**, si debió ser demandada la empresa en los pleitos seguidos al efecto e iniciados por antiguos empleados del Banco Español de Crédito, en reclamación de que las cuantías de sus pensiones de jubilación anticipada les fueran reconocidas como si hubieran causado baja involuntaria

en la empresa. La Sala, tras recordar que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario puede ser aprecia de oficio, entiende no obstante que, en tales casos, la presencia en el pleito de la entidad de crédito resulta innecesaria, habida cuenta de que la acción ejercitada en demanda se contrae al **reconocimiento de una mayor base reguladora de la pensión de jubilación** anticipada frente al INSS, cuyo porcentaje, varía, en función de que el cese en el trabajo hubiera sido voluntario o involuntario, pero cuya determinación corresponde al órgano judicial y **sin** que, de ello, se derive **responsabilidad alguna para la entidad bancaria**, lo que determina que en los supuestos decididos, la relación jurídico-procesal estuviera perfectamente trabada.

### ***3.3. Sentencia: incongruencia***

Se recuerda en la **STS 14-11-07 (Rc. 36/07)**, recaída en casación ordinaria, que para que la **incongruencia por exceso** adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a sus respectivas pretensiones. En todo caso, ya había admitido la Sala que ambos tipos de incongruencia podían presentarse unidas, dándose la llamada **incongruencia por error**, que es aquella en la que no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta. Sentado lo anterior y atendiendo al concreto supuesto de hecho traído a la consideración de la Sala y tras el profuso y detallado análisis de la cuestión procesal señalada, la sentencia rechaza que la sentencia recurrida haya incurrido en incongruencia por error.

### ***3.4. Alcance del auto de aclaración***

En **STS 10-10-07 (Rc. 312/07)**, decide la Sala **sobre la fecha hasta la que se adeudan los salarios de trámite cuando media auto de acla-**

**ración.** En ella se recuerda que la STS 4-3-02 (Rc. 21/01), acepta que el auto de aclaración integra y completa la sentencia, formando parte de ella, lo que llevaría a estimar que los salarios de trámite se adeudan hasta el día de la notificación del auto de aclaración. Sin embargo, la fecha límite en que concluye la obligación de abonar estos salarios se ha de unir al momento final en que la parte a quien corresponda tiene que optar entre la readmisión o el pago de la indemnización pertinente —lo que ha de producirse a los cinco días de la notificación de la sentencia—, porque sólo cuando ha quedado bien claro cuál es el contenido de la condena por despido improcedente puede considerarse finalizada la obligación de satisfacer los salarios de trámite.

No obstante, para llegar a una conclusión es preciso tener en cuenta que el contenido de los autos de aclaración puede ser de gran diversidad y variedad. Y así es posible que algunos autos de aclaración o de rectificación de errores no afecten en forma alguna a aquellos extremos del fallo de la sentencia que tienen capital importancia a los efectos de ejercitar el referido derecho de opción; y en cambio otros autos modifican sustancialmente alguno de los extremos que sí tienen interés para tal opción. Así las cosas, si esos datos no han resultado alterados por el auto, la opción ejercitada a raíz de la notificación de la sentencia debe conservar su plena validez y eficacia, y no procede la ampliación del período en que se han de satisfacer los salarios de trámite. Por el contrario, si el auto de aclaración o de rectificación de errores cambia de forma trascendente los elementos del fallo que se tienen en cuenta en el ejercicio del derecho de opción, es obligado reabrir de nuevo el plazo para efectuar esa opción, lo que a su vez determina que los salarios de trámite tengan que ser abonados hasta la notificación del auto.

## 4. Modalidades procesales

### 4.1. *Proceso de despido*

A propósito del alcance del procedimiento por despido y la posibilidad de debatir en su seno otras cuestiones inherentes a la condición profesional del trabajador, se pronuncia también la **STS 19-10-2007 (Rc. 4128/06)**. Esta resolución señala que en el **procedimiento sobre despido** cabe debatir sobre la **categoría profesional y el salario** que corresponde al trabajador y que en definitiva sirve de módulo para calcular la

indemnización por despido. En el recurso de casación para la unificación de doctrina, el debate se centró inicialmente en precisar si en esta modalidad procesal es procedente incluir la cuestión relativa a la categoría y salarios que corresponden a la trabajadora en función del trabajo efectivamente realizado, cuestión que es resuelta por la Sala IV conforme a una reiterada doctrina en la que se había venido manteniendo que el debate sobre cual debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al procedimiento por despido, sin que quede desnaturalizada la acción, ni deba entenderse que se ha producido una acumulación inadecuada en aquellos supuestos en los que la parte demandante invoque la realización de trabajos de categoría superior. Resuelta la cuestión anterior, con cita de abundante doctrina judicial sobre el particular, la Sala examinó si en este caso procede apreciar que existe una adecuada consignación de la indemnización, que a su vez genere el derecho a los salarios de tramitación, tal y como había apreciado la Sala de segundo grado y la sentencia afirma que el hecho de estimar la pretensión sobre categoría y salario no afecta a la licitud de la consignación y por lo tanto no se devengan salarios de tramitación.

De gran relevancia en este periodo es la **STS 4-10-2007 (Rc. 5405/05)** y que se aparta de pronunciamientos anteriores sobre el particular. En ella se afirma que en determinados supuestos, aunque no en el del objeto del recurso, cabe apreciar **la excepción de caducidad alegada por primera vez en suplicación**. Mantiene la Sala que es doctrina consolidada la que establece el criterio de que en todo recurso no pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan suscitado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas con base en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial. Sentada la anterior doctrina general sostiene la sentencia que hay determinado tipo de materias respecto a las cuales no es aplicable el principio de justicia rogada, constituyendo verdaderas excepciones al mismo, debiendo el Juez o Tribunal proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad de que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes. Se trata, a juicio del Tribunal, de materias de derecho necesario que afectan de forma especialmente relevante al orden público del proceso, lo que obliga al Juez o Tribunal a velar específicamente por su observancia y cumplimiento, siendo una de estas materias la del instituto de la caducidad. Ahora bien, sentando lo anterior, precisa que para la **apreciación de oficio** es de todo punto obligado que en el proceso hayan **quedado probados con claridad y certeza los he-**

**chos base de la misma**, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para su apreciación. Pero, como en el caso de autos no se declaran probados hechos que justifiquen la existencia de la caducidad, no debió la Sala de lo Social de procedencia apreciar la misma.

De otra parte, la **STS 10-10-07 (Rc. 372/07)**, se pronuncia sobre a quién incumbe la **carga de la prueba** de la percepción de los **salarios de tramitación**, cuando por el empresario se ha acreditado la prestación de servicios del trabajador para otra empresa durante un periodo coincidente con estos salarios, pero sin probar el importe de lo percibido. En concreto, impugnaba en este caso el empresario la sentencia que sostenía que en tales circunstancias se presumía que lo percibido por el trabajador por la prestación coincidente era el salario mínimo interprofesional. La Sala confirma esta solución judicial recordando la doctrina conforme a la cual si se prueba la circunstancia señalada surge la presunción de que al menos se ha percibido el salario mínimo interprofesional y frente a esta presunción, que establece una percepción mínima a efectos de la aplicación del descuento, es el trabajador el que debe probar la existencia de circunstancias que han determinado el abono de una retribución menor, entre otros motivos porque tiene mayor facilidad probatoria de esta cuestión que la que puede tener el empresario. Esta regla probatoria resulta también, a entender de la Sala, de la literalidad del art. 56. 1 b) ET, y de las reglas generales de la LECv. Si bien teniendo en cuenta que el art. 217 LECv permite que el Juez atempere el rigor probatorio en supuestos en que las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, siendo imposible a la otra el ejercicio de los medios probatorios pertinentes.

#### **4.2. Proceso de conflicto colectivo**

Esta modalidad procesal no resulta adecuada, tal como se sostiene en la **STS 24-9-07 (Rc. 135/06)**, recaída en casación ordinaria, para encauzar procesalmente una demanda del comité de empresa del Canal de Isabel II contra esta empresa y contra una trabajadora contratada. Señala la Sala que lo que **se plantea es una cuestión individual** referente a la nulidad del contrato concertado con una trabajadora, que en modo alguno puede ser materia de conflicto colectivo. Al respecto de la **adecuación del proceso de conflicto colectivo para sustanciar una pretensión de declaración de cesión ilegal**, es de destacar la **STS 6-06-07**

(**Rc. 5234/04**), que afirma dicha posibilidad en casos muy especiales como el resuelto por ella.

En otro orden de cosas, en **STS 26-9-07 (Rc. 88/05)**, dictada en casación ordinaria, declara de oficio la incompetencia de jurisdicción, habida cuenta del **ámbito personal afectado por el conflicto colectivo** planteado y de que, en definitiva, se pretende **interpretar una norma que pertenece al ordenamiento jurídico administrativo**. Abundando en que, no puede emplearse el proceso especial de conflicto colectivo laboral cuando se pretende la interpretación de una norma que afecta a personal laboral, funcional y estatutario. Como ya señalara la STS 24-1-1995, no cabe una separación hipotética de pretensiones, pues, por definición, no es posible una interpretación general de una norma cuyos destinatarios principales quedan fuera del conflicto, con lo que si hubiera realmente un personal laboral afectado, el procedimiento seguido sería inadecuado.

Como se recuerda en la **STS 5-3-08 (Rc. 100/06)**, dictada en casación ordinaria, a la hora de concretar el **ámbito del proceso de conflicto colectivo**, es doctrina de la Sala la exigencia de la concurrencia de un triple condicionamiento para la conformación del conflicto colectivo: el objetivo, en cuando a la generalidad del interés debatido, el subjetivo, que se refiere a los sujetos afectados, y el finalista, caracterizado por el fin perseguido con su planteamiento. Y es precisamente esta nota finalista la que marca la frontera entre el **conflicto colectivo jurídico** y el de **reglamentación, económico o de intereses**, y la distinción entre una y otra figura cobra especial interés porque implica la competencia del orden social para conocer solamente de los primeros. Doctrina que aplicada al caso de la sentencia, en el que se pretendía la nulidad de decisión de ALTADIS de dejar de entregar gratuitamente a los trabajadores afectados por el conflicto los llamados «tabaco promocional» y «tabaco de fuma», y subsidiariamente la obtención de una compensación económica por la pérdida de esta ventaja, lleva a la Sala a entender que no se pretende sustituir los pactos colectivos por otros distintos [lo que nos situaría en el marco de un conflicto de reglamentación], sino simplemente reequilibrar lo pactado al perder su eficacia las normas convencionales en este extremo como consecuencia de una posterior norma imperativa de derecho necesario (tras la entrada en vigor de la Ley 28/2005, se prohíbe el suministro de tabaco, en cualquiera de sus formas, ya sea oneroso o gratuito). El contenido de la obligación que ya no puede cumplirse tiene un claro carácter económico, pues en las nóminas la entrega del tabaco constaba como retribución es especie, fácilmente evaluable. Pero lo que

se pretende no es sustituir el pacto colectivo por otro, sino reinterpretarlo a la luz de las nuevas circunstancias. De modo que dado el carácter general de la práctica de la empresa que afecta a todo el colectivo de trabajadores, activos, pensionistas y prejubilados, debe entenderse que se trata de un conflicto jurídico y no de intereses. También se pronuncia sobre este conflicto la **STS 14-2-08 (Rc. 119/2006)**.

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

La **STS 20-2-08 (Rc. 4103/06)**, advierte que la impugnación de un acuerdo de empresa suscrito con los trabajadores que integran la plantilla, no existiendo representación legal, no puede llevarse a efecto mediante el procedimiento de impugnación de convenios colectivos, por tratarse de un **acuerdo plural** y no de naturaleza colectiva, debiendo emplearse al efecto el proceso ordinario. En este caso, la parte actora había interpuesto demanda en procedimiento ordinario interesando la nulidad del señalado acuerdo, habiendo acogido el magistrado de instancia la excepción de inadecuación de procedimiento al entender que se trataba de un convenio colectivo extraestatutario por lo que el proceso a seguir era el especial de impugnación de convenios. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala confirmó la resolución de instancia, señalando que el documento firmado por todos los trabajadores de la plantilla, no existiendo delegado de personal, había de calificarse como pacto o convenio extraestatutario, con fuerza vinculante exclusivamente entre los que lo suscribieron. Tesis contraria a la que sostiene el Tribunal Supremo en esta sentencia, en la que se considera que el cauce procesal oportuno es el proceso ordinario. Solución que viene avalada por la propia regulación del procedimiento especial de impugnación de convenios colectivos, toda vez que el art. 163.1 LPL **no contempla la legitimación activa ni pasiva de los trabajadores sin representación unitaria o sindical firmantes de un acuerdo para acudir a esta modalidad procesal**, de ahí que el cauce procesal para impugnar un convenio plural sea a través del procedimiento ordinario.

La **STS 12-12-07 (Rc. 148/05)**, se pronuncia sobre la procedencia de acordar la inadecuación de procedimiento en un supuesto en el que se impugna un convenio colectivo que tras la realización de una extensa prueba se revela como **extraestatutario** por no acreditar el único sindicato que lo firmó representatividad suficiente. En este caso, la Direc-

ción General de Trabajo había dirigido **comunicación-demanda de oficio** a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional impugnando por ilegalidad el convenio, entre otros motivos porque el sindicato firmante no tenía representatividad suficiente. La Sala matiza en esta sentencia la doctrina sentada en STS 4-12-00 (Rc. 3867/99), que había servido de fundamento a la recurrida para declarar la inadecuación de procedimiento. Y lo hace señalando que si bien es cierto que, como se había dicho con anterioridad, la modalidad procesal de **impugnación de oficio de convenios colectivos** no es la adecuada para combatir acuerdos **extraestatutarios**, quedando reservada para los de eficacia general o «erga omnes», esta regla merece dos precisiones. Primera, que la declaración de inadecuación de procedimiento, con la consecuencia lógica de dejar imprejuizado el fondo de la cuestión, debe limitarse exclusivamente a aquellos casos en los que se pretenda combatir por este cauce procesal especial un convenio que ya ha sido reconocido expresamente como extraestatutario por las partes signatarias, o que pueda ser calificado como tal «prima facie» y sin más averiguaciones. Segunda, que no cabe la declaración de inadecuación cuando el carácter extraestatutario del pacto impugnado no es apreciable a primera vista, y solo se revela a lo largo del procedimiento, bien porque en juicio se reconoce como tal por las partes que lo negociaron, bien porque así queda acreditado con la prueba practicada. En tales casos deberá recaer el pronunciamiento sobre el fondo que corresponda, en atención a la pretensión deducida. La sentencia atiende al dato relevante, de que la impugnación de la Autoridad Laboral se haya producido antes o después del registro y publicado el convenio, de ahí que como en supuesto decidido la comunicación de oficio se la Autoridad Laboral se presentó antes de registrar y publicar el convenio impugnado, el fallo de la sentencia debe limitarse a declararlo extraestatutario, con las consecuencias inherentes a tal declaración, de que no deberá ser ya registrado ni publicado en el BOE como estatutario, lo que no procede ya es declararlo nulo. A la vista de lo razonado entiende la Sala que carece de sentido anular la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

#### ***4.4. Proceso de tutela de derechos fundamentales: litisconsorcio pasivo necesario***

De particular interés resulta **la STS 30-1-08 (Rc. 2543/06)** con Voto Particular, recaída en un procedimiento de tutela de derechos fundamen-

tales derivado de una situación de acoso u hostigamiento laboral, debatiéndose, principalmente, la existencia o no de litis consorcio pasivo necesario con respecto al Encargado de la demandada, que a la postre es a quien realmente se le imputaba la conducta constitutiva de acoso moral que constituía la base esencial de la pretensión de la que derivaban las actuaciones. La Sala tras una minuciosa y profusa tarea argumental, concluye que una interpretación auténtica y literal de los artículos 180 y 181 LPL avalan la solución defendida en el recurso, es decir, la necesidad de traer al proceso no sólo a la empresa de que se trate, sino también a todas las personas o entidades, de cualquier clase que sean, que hayan intervenido de una u otra forma en la vulneración del derecho fundamental, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia que ponga fin al proceso tiene que contener esas declaraciones y condenas que alcanzan a todas las personas y organismos. Por otro lado, esta solución no queda empañada por las previsiones del art. 2-a) LPL, en lo que atañe al alcance de la competencia del orden social de la jurisdicción, como recientemente ha declarado la STC 250/2007, de 17 de diciembre.

## **5. Recurso de suplicación**

### ***5.1. Reglas para el cálculo de la cuantía mínima***

La normativa reguladora del recurso de suplicación establece una regla general de acceso en función de la cuantía litigiosa, que se completa con otras dos especiales referidas a los pleitos excluidos de recurso y a los que acceden con independencia de la cuantía litigiosa. Pero, tal como se recuerda en las **SSTS 30-4-07 (Rcs. 1163/06 y 14-5-07), 5-06-07 (Rcs. 1958/06 y Rec. 1201/06), 28-6-07 (Rc. 1753/06), 16-7-07 (Rc. 1810/06); y 20-12-07 (Rc. 8/06)** no hay referencia en el art. 189 LPL a las pretensiones meramente declarativas o a las de condena no dineraria. Para suplir esta laguna la Sala ha entendido, doctrina que se reitera en estas sentencias, que cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración, recurriendo cuando fuera precisa a la técnica de la anualización de ese importe. La aplicación de esta doctrina al supuesto litigioso de estas resoluciones, que traía su causa en la pretensión de los actores de disfrutar de cinco días más de vacaciones, obliga a la Sala a estar al

valor económico anual de la pretensión ejercitada, esto es: al importe del salario correspondiente a esos cinco días de vacaciones, lo que al no alcanzar la cuantía mínima legalmente exigible impedía el acceso al recurso de suplicación.

Esta misma regla sirve a la Sala para negar el acceso al recurso de suplicación en el supuesto de la **STS 10-7-07 (Rc. 3404/06)**, en un proceso en el que se pretendía el reconocimiento del derecho al percibo del complemento de trabajos tóxicos, peligrosos y excepcionalmente penosos y consiguientemente el derecho a la percepción del 20% del salario base que tales complementos representaban; en el de la **STS 28-6-07 (Rc. 1462/06)**, en el que perseguía el reconocimiento del incentivo de movilidad, que tenía un importe de 1.200 €; y en el de la **STS 31-05-07 (Rc. 4468/05)**, en el que se reclamaba a la empresa determinadas cantidades en concepto de mayor tiempo invertido como consecuencia del traslado del centro de trabajo. El Tribunal rechaza en ambos casos la alegación de los recurrentes de que se trata de una acción declarativa de derecho para obviar el problema de la cuantía litigiosa, y recuerda que **la acción declarativa es insuficiente por sí misma para tutelar al interés del actor**, y de ahí que se ejercite conjuntamente con la de condena. Por ello **el elemento determinante** a efectos de recurso no puede ser la previa declaración que se pide y que constituye fundamento inescindible de la petición de condena, sino **la cuantía efectiva que se reclama**; pues todo pronunciamiento de condena conlleva uno o varios previos, aunque en ocasiones sean implícitos o no se incorporen al fallo, sobre la procedencia del derecho; y ello aun en los casos en que esa previa declaración no sea objeto de una pretensión expresa e independiente de la de cantidad.

Por su parte, en los **procesos de Seguridad Social** que no versan sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones, sino sobre una variación de la base reguladora de la prestación ya reconocida o sobre otra cuestión que incida en el importe de la prestación, el acceso al recurso de suplicación, como se recuerda en **STS 26-6-07 (Rc. 1104/06)**, dependerá de que **en la demanda se determine o no la cuantía de lo reclamado**. Si no se determina, a efectos de recurso se considerará una reclamación de cantidad en forma de prestación periódica, y habrá de atenderse al importe anual de las diferencias. Por el contrario, cuando se reclama un importe determinado o determinable ha que estarse a él y su acceso al recurso deberá valorarse conforme a la regla general del art. 189.1 LPL.

## 5.2. *Afectación general*

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 08-10-07 (Rc. 5090/06)** no aprecia la existencia de afectación general en un proceso en el que la cuestión litigiosa se refería al reconocimiento a los demandantes del derecho al abono de las diferencias que postulan en concepto del complemento de funciones previsto en el art. 25 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Señala la Sala a este respecto que la afectación general no fue ni alegada, ni probada por las partes, aunque expresamente la sentencia de instancia señalase que «por afectar la cuestión debatida a un gran número de trabajadores como ha sido acreditado en autos procede entender que contra la presente resolución cabe recurso de suplicación». Y en la medida en que se trataba de una **reclamación que afectaba a seis trabajadoras** de la demandada, aunque el Convenio Colectivo que regula las relaciones entre las partes tenga un nivel de afectación superior, como **no se acreditó que la problemática suscitada se proyectase o afectase a un colectivo relevante**, no puede apreciarse la concurrencia de ésta, al tener que estar sólo a los términos de la demanda, interpuesta, como se ha dicho, sólo por seis trabajadores, sin que conste el total de la plantilla de la empresa. A la misma solución adversa se llega en los supuestos que deciden las **SSTS 26-02-08 (Rc. 980/07)**, **21-01-08 (Rc. 981/07)** y **21-01-08 (Rc. 987/07)** al tratarse de procedimientos en los que se reclamaba un plus o complemento salarial de toxicidad, penosidad y peligrosidad, pretendiéndose sostener la afectación general en que el reconocimiento del plus demandado dependía de la decisión acerca de si resultaba o no de aplicación un determinado convenio colectivo. La Sala recuerda que **lo que determina la afectación general no es la aplicación de una norma convencional**, sino su proyección no probada es este caso, al no constar la existencia de otras reclamaciones en idéntico sentido.

Por otra parte, se aprecia afectación general cuando el **colectivo afectado por la aplicación de una norma es grande** y consta que tal aplicación está generando **conflictos judiciales actuales y reales**, como el su-

puesto que decide la **STS 16-07-2007 (Rc. 283/06)**, al tratarse de una reclamación interesando el pago del exceso de jornada por parte de trabajador eventual del SERGAS, quedando constreñida la cuestión litigiosa al modo de calcular el importe de la retribución que corresponde a esa demasía, de tal suerte que existe un colectivo laboral numerosos en el que se integra el demandante, que se ve afectado por la interpretación de la norma sobre el modo de retribuir los excesos de jornada que realizan los trabajadores eventuales del SERGAS. La Sala considera que es claro que existe un interés generalizado en la resolución que se dice y, por otro lado, tal cuestión ha dado lugar a numerosas reclamaciones por parte del colectivo afectado, lo que hace lucir la existencia de un interés colectivo y general en la resolución de la mentada cuestión, que está generando conflictos judiciales actuales y reales.

Por su parte, la **STS 8-2-08 (Rc 4398/06)** rescata la tesis de la Sala según la cual en los pleitos sobre **reclamación de cantidad** (1.200 €) frente al **Ministerio de Defensa** en concepto de indemnización por traslado dentro de la misma localidad o área metropolitana, concurre afectación general (doctrina ya sostenida en STS 29-11-07, Rec. 2885/06 y 23-1-08, Rec. 786/07).

### **5.3. Sentencias recurribles**

La **STS 10-10-07 (Rc. 2280/06)**, señala que procede recurso de suplicación contra la **sentencia relativa al reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes**, si las mismas habían sido denegadas en vía administrativa y la cuestión litigiosa no se reduce al importe. En todo caso, recuerda que no es necesaria la existencia de contradicción al tratarse de una cuestión apreciable de oficio.

Asimismo, afirma la **STS 18-12-07 (Rc. 148/06)** que son recurribles en suplicación, aquellas sentencia de instancia que resuelven litigios sobre **movilidad geográfica** cuando no se sigue el procedimiento de modificación regulado en el art. 40.2 ET.

Por el contrario la **STS 24-04-07 ( Rc. 265/06)** establece que en un proceso sustanciado debidamente por la vía del art 138 LPL, contra la sentencia dictada en instancia no cabe recurso en ningún caso, ni siquiera a cuando la demanda hubiera sido interpuesta por toda la plantilla de la empresa, y por ello pese a la aparente o pretendida «afectación general» de la cuestión debatida a la vista de tal circunstancia.

## 6. Recurso de casación ordinaria

### 6.1. *Acumulación indebida de dos acciones: impugnación del convenio colectivo y conflicto colectivo*

Como se advierte en **STS 11-10-07 (Rc. 94/05)**, aunque por economía procesal conviene en general la **acumulación de acciones**, existen excepciones a ese principio, por la importancia cualitativa de las acciones, por incompatibilidad de su contenido con las otras, o por la especificidad de la tramitación de las modalidades procesales que les son propias, que desaconsejan la mezcla de pretensiones en el enjuiciamiento, y hacen predominar la atención exclusiva que merece el objeto del proceso sobre el principio de economía procesal. En este caso se ejercitaban dos acciones: una referida a la **impugnación del convenio colectivo** y otra a la **exclusión de la demandante del ámbito de aplicación del propio convenio colectivo**, la primera de manera principal y la segunda con carácter subsidiario. Produciéndose, por ende, una **acumulación de acciones subsidiaria o eventual**, en contraposición a las otras formas de acumulación, a saber: acumulación simple —se solicita la estimación de todas las acciones ejercitadas—; alternativa —se pide la sola estimación de una de ellas—; y accesoria —se ejercita una de las acciones con carácter principal y otra u otras como complementarias, quedando condicionada la estimación de éstas sólo para el caso de que lo sea la primera—. Pues bien, entiende la Sala que la acumulación descrita supone una irregularidad que contraviene las reglas del art. 73 LECv, y de modo más específico el art. 27.2 LPL, que prohíbe la acumulación a otras en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, de las acciones de impugnación de convenios colectivos.

## 7. Recurso de casación para unificación de doctrina

### 7.1. *Admisión de documentos*

En la relevante **STS 5-12-07 (Rc. 1928/04)**, dictada por el Pleno de la Sala y con Voto Particular, se decide qué valor y eficacia ha de otorgarse a un **documento** —sentencia firme, que incorpora un hecho que deviene esencial para establecer la unidad sustancial de hechos con la sentencia recurrida— **aportado una vez abierto el incidente de inadmisión por falta de contradicción** por la vía del artículo 231 LPL y, la

consecuencia que ese documento puede tener a la hora de resolver sobre el recurso. Pues bien, considera la Sala que, aunque la cuestión no es para nada pacífica, resulta correcto aceptar que una sentencia firme posterior, que tenga por objeto idéntica pretensión que la examinada por la sentencia recurrida, puede modificar los datos fácticos declarados probados por esta última al efecto de considerar si concurre el presupuesto más singular y característico del recurso de unificación doctrinal: la contradicción. Y ello pese a que es doctrina consolidada de la Sala que no procede en el recurso especial y además excepcional de casación unificadora la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida. Principio que se recoge, como regla general, en el art. 231 LPL, si bien, esta regla general admite una excepción, recogida en dicho precepto, que permite al recurrente presentar documentos o escritos que contengan elementos de juicio necesario para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

Ahora bien, admitir la posibilidad de introducir documentos y, consecuentemente los hechos que los mismos incorporan y que pueden servir para modificar los hechos de la sentencia recurrida, al efecto de determinar si concurre identidad sustancial en los hechos de la sentencia impugnada y contraria, no resuelve automáticamente si existe o no el presupuesto de contradicción, sino que, conforme al art. 271.2 in fine LECv habrá de resolverse sobre «el alcance del documento en la misma sentencia» y concretamente, dada la dimensión constitucional del precepto, sobre si el nuevo documento y hecho que incorpora es causante de auténtica indefensión.

En este sentido, entiende la Sala que a estos efectos revisorios, únicamente y con carácter excepcional, cabe aceptar las resoluciones firmes que, atendidas las circunstancias del caso, pudieran ser calificadas como causantes de una indefensión real y no meramente formal y por lo tanto no en aquellos casos en los que esa presunta indefensión pueda ser imputada al que la aduce. Y en el caso de autos, la hipotética indefensión, derivada de la contradicción fáctica entre las dos sentencias comparadas, tuvo su origen en la falta de diligencia de la actora en el ejercicio de su derecho de defensa, al no haber alegado ni en instancia ni en suplicación que existía un procedimiento judicial pendiente, que finalizó con la sentencia firme cuya aportación pretende. Circunstancia que a entender de la Sala determina que no puedan revisarse los hechos a los efectos de apreciar la contradicción que permite la admisión del recurso. Finalmente, y modo de colofón, la sentencia resume la interpretación que efectúa de las previsiones del mentado artículo 231 LPL.

## 8. Ejecución

### 8.1. *Ejecución en materia de Seguridad Social*

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 5-12-07 (Rc. 5073/06)**, en la que la Sala hubo de decidir si es adecuado a derecho que en dicho momento procesal, se pueden **detracer de las cantidades debidas por el INSS**, en concepto de atrasos de una prestación, **las cantidades que el trabajador había percibido como consecuencia del trabajo por cuenta ajena** realizado en parte antes de la presentación de la demanda en solicitud de dicha prestación y en parte después de ésta. Y lo hace reiterando la doctrina contenida en la STS 11-7-1996 (Rc. 4067/1995), que con apoyo en otra sentencia previa, concluyó que si por sentencia se reconoce el derecho del actor a percibir la pensión desde una determinada fecha, la resolución dictada en ejecución está vinculada por dicho pronunciamiento, sin poder variarse en fase ejecutiva para establecer que el abono sólo se produzca desde una fecha posterior a los efectos económicos reconocidos judicialmente, pues ello supondría contravenir lo ejecutoriado para el período decidido por la sentencia.

Por su parte, la **STS 18-12-07 (Rc. 44/07)**, aborda en qué concretos términos **debe ejecutarse una sentencia que revoca la resolución del INSS** que había declarado al trabajador afecto de incapacidad permanente, teniendo en cuenta que éste había percibido de la Mutua el importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial. Recuerda la Sala que el Tribunal Supremo ya había sostenido que debía considerarse vigente la regla del art. 144 LGSS de 1974, según la cual la ejecutividad de las resoluciones administrativas que reconocen el derecho a las prestaciones determinan que si, como consecuencia de su revocación judicial, se anulan derechos reconocidos en vía administrativa, el beneficiario no quede obligado a reintegrar lo percibido, asumiendo esta obligación el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo (STS 14-3-1994). Razonamiento que se completa en la TS de 31-10-2001, en la que se advierte que el régimen vigente no ha variado la situación, pues, de una parte, la ejecutividad de las resoluciones administrativas sigue afirmándose en el art. 6.4 del RD 1300/95 y, de otra, el art. 91.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1637/1995), establece que «cuando una sentencia firme se anulare o se redujere la cuantía de los

derechos reconocidos por resolución administrativa o judicial, la Mutua o, en su caso, la empresa recurrente tendrá derecho a que se le devuelva la totalidad o parte alícuota, respectivamente, del capital que haya ingresado para satisfacer aquellos derechos, sin detracción de la parte correspondiente a las prestaciones satisfechas a los beneficiarios, que quedan exentos de efectuar devolución alguna». Esta doctrina es, a entender de la Sala, aplicable también al caso de autos, aunque se trate de una incapacidad permanente parcial, que había dado lugar al abono por la Mutua de una indemnización.

## ***8.2. Intereses del art. 921 LEC (art. 576 vigente) en relación con el art. 45 de la LGP***

**La STS 24-10-07 (Rc. 5001/06)**, aborda la cuestión relativa a determinar en que momento surge la obligación de abonar, por parte de las Administraciones Públicas, los intereses a que se refiere el art. 576 LEC. La Sala reitera doctrina anterior, en el sentido de establecer que **las Administraciones Públicas vienen obligadas al pago de intereses desde la resolución judicial de instancia** siempre que se atienda la obligación una vez transcurridos tres meses desde tal resolución, de forma que existe un plazo de gracia de tres meses durante los cuales no se abonarían intereses, pero condicionado a que la obligación se atienda en ese periodo, de forma que si no es así y transcurre el plazo en cuestión, los intereses habrán de ser satisfechos a partir del siguiente día a la sentencia de instancia que impone la obligación.

La anterior doctrina, como anticipamos, es ahora nuevamente reiterada por la Sala, al establecer que la fecha inicial del devengo habrá de computarse en estos casos en relación con la fecha de la sentencia de primer grado, sean cuales fueren las vicisitudes que el proceso haya seguido anteriormente, por lo que el tiempo a computar habrá de ser el transcurrido desde la primera resolución y hasta el momento del abono siempre que haya transcurrido ese plazo de gracia de tres meses a que venimos haciendo referencia. En análogo sentido **STS 11-12-07 (RC. 1513/07)**.

En relación con este tema se ha pronunciado también la **STS 7-11-07 (Rc. 3780/06)**, si bien en este caso la cuestión suscitada ha sido la de precisar si **la fecha a tener en cuenta** es la de la resolución judicial de instancia o la de la notificación de esta resolución, decantándose el TS por estimar que es dies a quo es el de la notificación.

Finalmente, señalar que la **STS 6-6-07 (Rc. 1579/06)**, resuelve la cuestión de los intereses que debe abonar la Entidad Gestora de la Seguridad Social en **ejecución de sentencia** respecto de un supuesto en el que se había declarado la responsabilidad subsidiaria de la Entidad para el reintegro de gastos de asistencia sanitaria, cuando la empresa responsable principal había sido declarada en insolvencia. Entiende la Sala que la fecha inicial para el cómputo de intereses es la de la **notificación del auto de insolvencia**, pues si la obligación legal para la Entidad Gestora del pago de la prestación nace con dicho Auto, a partir de su conocimiento puede y debe abonar la prestación sin necesidad de requerimiento alguno, aunque disponga del plazo de tres meses para hacer efectivo el pago, y una vez transcurrido dicho plazo sin haberlo efectuado, se devengarán los intereses.

### 8.3. Costas

Tal como se recuerda en **las SSTS 24-9-07 (Rc. 1943/06) y 25-10-07 (Rc. 2251/06)** no cabe condenar en costas al **Servicio Canario de la Salud**. Aunque dicho Instituto no figura como Entidad Gestora de la Seguridad Social en el art. 57 LGSS, las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria a favor de las distintas Comunidades Autónomas, hace que los diferentes Servicios de Salud autonómicos reciban los bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el INSALUD, con lo que de hecho y de derecho han pasado a ocupar a nivel de cada Comunidad el mismo lugar que aquél tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el art. 2 b) de la Ley 1/1996, el beneficio indicado y por lo tanto la exención del pago de las costas en los recursos de suplicación, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada mala fe o temeridad en sus planteamientos, lo que no es al caso.

