

SALA CUARTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	239
I. DERECHO DEL TRABAJO	244
1. ANTIGÜEDAD	244
2. CONTRATO DE TRABAJO Y FIGURAS AFINES	245
3. CONTRATACIÓN TEMPORAL	246
3.1. Cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal	246
3.2. Contratación temporal en la Administración	248
3.3. Contratación temporal y contrata	249
3.4. Contratos por obra o servicio determinado	251
3.5. Encadenamiento de contratos y cómputo de antigüedad	252
4. CONVENIOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	252
4.1. Alcance del deber de negociar	252
4.2. Aprobación del convenio	253
4.3. Convenios extraestatutarios: alcance y validez	253
4.4. Ámbito de aplicación	254
4.5. Negociación del convenio	255
4.6. Cláusula «rebus sic stantibus»	255
4.7. Concurrencia de convenios	256
4.8. Representación de los trabajadores. Comité de empresa europeo	257
5. DESPIDOS Y EXTINIONES DE LA RELACIÓN LABORAL	257
5.1. Despido por vulneración de derechos fundamentales: profesores de religión católica	257
5.2. Despido y embarazo	259
5.3. Despido objetivo	260
5.4. Despido y edades de jubilación fijadas en convenio ...	262

	<i>Página</i>
5.5. Derecho de opción entre readmisión e indemnización atribuida por convenio al trabajador	265
5.6. Efectos económicos del despido: más cuestiones sobre indemnizaciones y salarios de tramitación	267
5.7. Extinción del contrato por causa de fuerza mayor	268
5.8. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. «Doctrina objetiva» del incumplimiento empresarial..	269
6. LIBERTAD SINDICAL.....	270
6.1. Contenido de la libertad sindical: Tutela	270
6.2. Contenido esencial: Igualdad de trato.....	270
6.3. Contenido adicional	271
7. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.....	272
7.1. Movilidad geográfica.....	272
7.2. Modificación sustancial	272
8. PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL	274
9. PERIODO DE PRUEBA	276
10. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL: ALTA DIRECCIÓN	278
11. SALARIO	278
11.1. Absorción y compensación.....	278
11.2. Principio de igualdad retributiva: Doble escala salarial..	279
11.3. Condición más beneficiosa	280
11.4. Complementos salariales	281
11.5. Retribución de diferencias salariales por realizar funciones de superior categoría.....	282
11.6. Alcance de la responsabilidad del FOGASA.....	283
11.7. Diversas cuestiones relacionadas con el salario y la estructura salarial	284
12. TIEMPO DE TRABAJO: MODIFICACIÓN DE HORARIO SIN REDUCCIÓN DE JORNADA	286
II. SEGURIDAD SOCIAL	287
1. DERECHO COMUNITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	287
1.1. Determinación de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Carácter más beneficioso del Convenio bilateral aplicable	287
2. RECARGO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL	288
2.1. Recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en	

	materia de salud y seguridad laboral. Responsabilidad de la empresa principal en caso de contratas que se dedican a la «propia actividad».....	288
3.	DESEMPLEO	289
3.1.	Desempleo en su nivel contributivo. Derecho a una nueva prestación por desempleo cuando la anterior se ha suspendido en diversos períodos, ninguno de los cuales alcanzó los doce meses de duración, pero sí la suma de ellos.....	289
3.2.	Prestación por desempleo reconocida a trabajador que fue readmitido por opción empresarial ante el despido declarado improcedente, pero cuya relación se extingue posteriormente por la vía del incidente de no readmisión. Responsabilidad de la empresa o del trabajador en orden al abono de las prestaciones indebidamente percibidas.....	289
3.3.	Incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo con posterior reconocimiento de incapacidad permanente total. Fecha de inicio de la prestación por desempleo	290
3.4.	Derecho al desempleo asistencial para mayores de 52 años por trabajadores españoles retornados que percibieron prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana pero que no han efectuado cotización alguna en España.....	291
3.5.	Derecho a devengar subsidio por desempleo en el nivel asistencial por parte de quien percibió una indemnización superior a la legal en virtud de ERE afectante a la empresa Telefónica de España, SA.....	291
3.6.	Subsidio por desempleo. Inclusión del nieto como miembro de la unidad familiar.....	292
3.7.	Derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Trabajadora que, tras percibir el subsidio por desempleo para emigrantes retornados, se mantiene siempre inscrita como demandante de empleo. Alcance del concepto de situación asimilada al alta.....	292
3.8.	Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Reconocimiento del derecho a trabajador a tiempo parcial que percibe rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional.....	293

	<i>Página</i>
4. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	294
4.1. Incapacidad temporal por recaída, cuando no se ha agotado el período máximo previsto en la legislación vigente. Determinación del momento relevante para entender cumplidos los requisitos de carencia y alta o situación asimilada al alta	294
5. INCAPACIDAD PERMANENTE E INVALIDEZ	295
5.1. Incapacidad permanente total. Concepto de «profesión habitual». Policía local que realiza sólo funciones administrativas tras sufrir accidente laboral	295
5.2. Determinación de la incapacidad permanente parcial de una funcionaria de policía local. Efectos sobre la declaración del grado de incapacidad permanente del pase a la segunda actividad. Concepto de profesión habitual.....	295
5.3. Derecho a prestación de incapacidad permanente cuando por las mismas lesiones ya se había denegado con anterioridad la misma por falta de carencia, y habiendo cotizado posteriormente en distinto Régimen de Seguridad Social.....	296
5.4. Gran invalidez. Revisión del grado de invalidez por realización de trabajos compatibles con la capacidad residual del perceptor de la prestación. Necesidad de que concurra mejoría.....	297
5.5. Incapacidad permanente. Revisión de grado que confirma el anterior: necesidad de fijar plazo para instar una nueva revisión tras la entrada en vigor de la Ley 52/2003	297
5.6. Derecho a revisar una pensión de incapacidad permanente parcial antes del plazo fijado en la resolución de reconocimiento de la prestación.....	298
5.7. Trabajadores a tiempo parcial. Cómputo de los «días cuota» a los efectos de determinar el cumplimiento del período de carencia requerido para causar una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común.....	298
5.8. Incapacidad permanente por enfermedad profesional. Determinación de la base reguladora. Inclusión de la cuantía anual de las pagas extraordinarias y no la parte proporcional del tiempo trabajado	299
6. JUBILACIÓN	299

6.1.	Expediente de regulación de empleo que afecta a toda la plantilla de una empresa y, en consecuencia, a trabajador jubilado parcialmente y a trabajador relevista. Obligación de la empresa de proceder a abonar la prestación de jubilación parcial hasta su jubilación ordinaria o anticipada.....	299
6.2.	Contrato de relevo con trabajador que se encuentra en situación de desempleo pero que realiza a su vez una prestación a tiempo parcial para otro empleador.....	300
6.3.	Determinación del carácter voluntario de trabajador prejubilado de Telefónica de España, SA que es contratado temporalmente por un período corto de duración antes de cumplir la edad de jubilación. Coeficiente reductor aplicable.....	300
6.4.	Sacerdotes o religiosos que causan una pensión de jubilación parcial con anterioridad a cumplir los sesenta y cinco años de edad. Posibilidad de solicitar que esta se incremente en función de los períodos de actividad religiosa asimilados.....	301
6.5.	Derecho a la jubilación parcial por parte de un trabajador por cuenta ajena que se encuentra de alta en el Régimen General en el momento de solicitar la misma, pero que no alcanza en dicho Régimen cotizaciones suficientes en dicho Régimen, debiendo causar la prestación de jubilación en el RETA.....	302
6.6.	Pensión de jubilación anticipada respecto de trabajador que no tiene la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967 y que ha de causar la pensión en el RETA por no acreditar cotizaciones suficientes en el Régimen General.....	303
6.7.	Pensión de jubilación en su nivel no contributivo. Cómputo a efectos del cumplimiento del límite de ingresos de una indemnización por accidente de circulación.....	303
6.8.	Inclusión como renta de la unidad familiar de una subvención por adquisición de vivienda habitual concedida a favor de la hija de una perceptora de pensión de jubilación no contributiva.....	304
7.	MUERTE Y SUPERVIVENCIA.....	305
7.1.	Cuantía de la pensión de orfandad de hijo extramatrimonial pese a que viva la madre. Inclusión en la mis-	

	<i>Página</i>
ma de la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad.....	305
7.2. Derecho a pensión de viudedad a favor de quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05	306
8. MEJORAS VOLUNTARIAS	306
8.1. Derecho a mejora de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo, y habiéndose declarado con posterioridad que la extinción constituía despedido improcedente.....	306
8.2. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Acuerdo de exteriorización de los compromisos por pensiones de 14 de noviembre de 2000 no se aplica a los trabajadores que estaban en excedencia voluntaria, siempre que no vuelvan a prestar servicios en activo	307
9. RÉGIMENES ESPECIALES.....	307
9.1. Baja por maternidad en el RETA solicitada en el período de noventa días posteriores a cursar la baja en dicho Régimen	307
9.2. Régimen Especial de Trabajadores autónomos. Aplicación del mecanismo de invitación al pago a la incapacidad temporal.....	308
9.3. RETA. Mecanismo de invitación al pago. Imputación del pago de las cantidades debidas a otras cuotas correspondientes al Régimen General	308
9.4. Subsidio por desempleo en el Régimen Especial Agrario. Trabajadora cuyas rentas superan el salario mínimo interprofesional, pero sin que el conjunto de la unidad familiar supere el límite previsto al respecto ...	309
9.5. Minería del Carbón. Incapacidad permanente declarada tras la jubilación. Cálculo de la base reguladora en función de los salarios reales. Determinación de los mismos en función de los fijados para la categoría profesional en el convenio colectivo de aplicación o en función del promedio de los salarios percibidos por los trabajadores de la misma categoría profesional	309
10. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	310
10.1. Cómputo del mes de agosto a los efectos de que la entidad gestora comunique a la autoridad judicial el	

	<i>Página</i>
inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones de desempleo previsto en el art. 145 bis LPL	310
10.2. Prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. Determinación de la entidad gestora responsable del abono de la prestación.....	311
10.3. Reintegro de prestaciones indebidas. Dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de tres meses al que se refiere el art. 3.1 RD 148/96	311
III. DERECHO PROCESAL LABORAL.....	312
1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA	312
1.1. Requisitos preprocesales: Reclamación previa.....	312
1.2. Cuestión prejudicial contencioso-administrativa.....	312
1.3. Competencia del orden social en materia de acuerdos «privados» relacionados con derechos sindicales.....	313
1.4. Competencia del orden social en materia de descuentos compensatorios del IRPF decididos unilateralmente por el empresario.....	313
1.5. Competencia en materia de deportistas profesionales ..	314
1.6. Competencia para la reclamación de un complemento no incluido en la relación de puestos de trabajo	314
1.7. Incompetencia en materia de Expedientes de Regulación de Empleo	314
1.8. Incompetencia para declarar la laboralidad de servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección.....	316
2. PROCESO ORDINARIO.....	316
2.1. Las partes. Litisconsorcio pasivo necesario.....	316
2.2. Adecuación/inadecuación del procedimiento	317
3. MODALIDADES PROCESALES.....	318
3.1. Procesos de Seguridad Social	318
3.2. Tutela de la libertad sindical	318
3.3. Proceso de conflicto colectivo	322
3.4. Impugnación de convenios	327
3.5. Proceso especial de despido.....	329
3.6. Acumulación de acciones	331
4. SENTENCIA Y EJECUCIÓN	332
4.1. Condena en costas.....	332
4.2. Condenas de futuro	332

	<i>Página</i>
4.3. Efecto de cosa juzgada.....	333
4.4. Ejecución de sentencia. Cambio de partes.....	334
4.5. Ejecución de sentencias firmes por despido	335
4.6. Intereses procesales.....	335
5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN.....	335
5.1. Resoluciones recurribles	335
5.2. Afectación general	338
5.3. Consignación para recurrir.....	339
5.4. Imposibilidad de apreciación de oficio de la prescrip- ción en fase de suplicación	340
6. CASACIÓN UNIFICADORA	340
6.1. Falta de contradicción.....	340
6.2. Idoneidad de sentencia de proceso individual como referencial en conflicto colectivo.....	342
6.3. Idoneidad como sentencia de contraste de sentencia dejada sin efectos por una transacción.....	343
6.4. El incumplimiento formal como causa de inadmisión..	343
7. RECURSO DE REVISIÓN. ALCANCE DEL COHECHO, LA VIOLENCIA Y LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTE	343

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica de la Jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al año judicial 2008-2009, comprende la actividad jurisdiccional de este periodo, que se ha caracterizado, por lo que se refiere al Derecho del Trabajo, por la resolución de un número importante de sentencias dictadas en casación ordinaria, así como por la resolución de relevantes cuestiones en casación unificadora.

No debe olvidarse que la finalidad de la presente crónica es proporcionar una visión panorámica de esa labor desarrollada por el Tribunal Supremo en el ámbito del ordenamiento laboral, de ahí que no se trate de un recuento exhaustivo y sí de una selección de aquellos pronunciamientos más relevantes, bien por la materia que abordan, bien porque rectifican el criterio anterior mantenido por la Sala. En todo caso, no está de más señalar que el dinamismo que siempre ha caracterizado a este sector del ordenamiento jurídico que es el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ha dado lugar a una variedad y riqueza de cuestiones litigiosas que es difícil reconducir a una exposición concisa.

Entre los diversos problemas abordados, se hallan aquellos suscitados en torno a la extinción de los contratos temporales de obra o servicio cuya duración queda vinculada a la de un contrata y, con más exactitud, a los efectos que, sobre las relaciones laborales en la contratista, tiene el devenir de la contrata, materia en la que, como es de ver, la Sala se apar-

La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D.^a Dolores REDONDO VALDEÓN, D. Miguel Ángel LIMÓN LUQUE, D.^a María SILVA GOTI y D.^a Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN, 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.

ta de la doctrina anterior y fija nuevos criterios conforme a los cuales han de examinarse las vicisitudes habidas en el discurrir de la relación contractual. Se han producido asimismo pronunciamientos que despejan interrogantes diversos que acaecen en el discurrir de la relación laboral vigente en el periodo de prueba. Tampoco puede desconocerse la importancia creciente de la suscripción de pactos de no competencia postcontractual, con toda probabilidad, fruto de la introducción de nuevas tecnologías y a pesar de los estrechos contornos del recurso de casación unificadora, varios pronunciamientos, de los que se da cuenta en la crónica, contemplan desde ópticas diversas, los problemas que en la práctica están planteado dichos pactos. También el despido objetivo ha merecido la atención de la Sala en este periodo, propiciando pronunciamientos que o bien consolidan doctrina anterior o, la matizan.

Pero, con toda probabilidad, una de las materias que mayor interés ha despertado ha sido nuevamente la calificación que merece el despido de la trabajadora en estado de gravidez, y la Sala con sustento en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, se aparta de la doctrina anterior para concluir señalando que el despido de las mujeres embarazadas es nulo, con independencia de que el empleador conozca o no el estado de gravidez. Asimismo, en el periodo acotado, diversos pronunciamientos abordan la posible nulidad del cese de unos profesores de Religión Católica y, en particular, si existiendo indicios de lesión de derechos fundamentales, el carácter del vínculo excluye el control de la decisión del Obispo y sus consecuencias en la resolución laboral.

Y, sin lugar a duda, uno de los pronunciamientos más destacados y que con toda probabilidad provocará numerosos comentarios doctrinales, es el referido a la extinción forzosa del contrato de trabajo por razón de cumplir la edad de acceso a la jubilación pactada en Convenio Colectivo, en particular el alcance de la disposición transitoria única de la L 14/2005, en relación con la validez de las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios elaborados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, rectificando la doctrina precedente y afirmando la necesidad de que el cese se vincule a objetivos de empleo.

En particular, la Sala ha abordado el derecho al reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos, en interpretación del I Convenio Colectivo de la Sociedad Estatal y ha resuelto también, el tema de la antigüedad en RENFE, del personal procedente de un regimiento militar en prácticas.

En materia de negociación colectiva y materia sindical, han sido diversas las materias tratadas, siendo de destacar las que delimitan el alcance del deber de negociar, establecen el sistema de votación para la negociación de un convenio de empresa o la lícita oposición empresarial a la promoción de elecciones manifiestamente ilegal.

También existen diversos pronunciamientos relacionados con modificaciones de trabajo, a través de los cuales se ha reiterado y concretado la doctrina relativa a la calificación de «sustancial» de la medida. No se pueden omitir, en este breve balance, las cuestiones referidas al salario o régimen retributivo en cuanto algunas de ellas han zanjado conflictos reiterados, como es el caso de cálculo del premio de antigüedad contemplado en el Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, o en relación con TVE SA, la progresión en el salario base en la misma categoría y el derecho de los trabajadores indefinidos al cobro de determinados complementos, previstos exclusivamente para los fijos y sin olvidar las variadas y casuísticas situaciones referidas a la «doble escala salarial».

En materia de Seguridad Social Como todos los años, la Sala ha dictado un buen número de sentencias, algunas particularmente novedosas, si bien la mayoría reiteran o matizan líneas interpretativas ya existentes.

Entre este núcleo de sentencias particularmente novedosas, destacan dos en materia de desempleo con proyección internacional, y que han establecido, de un lado, que en virtud del art. 67.3 del Reglamento CE 1408/71, para causar la prestación por desempleo en un país comunitario, han de haberse efectuado las últimas cotizaciones en dicho país, sin que valga acreditar que se ha cotizado en otro distinto. De otro lado, que una trabajadora emigrante que ha retornado a España y que, inmediatamente después ha percibido el subsidio de desempleo de emigrantes retornados, permaneciendo con posterioridad siempre inscrita como demandante de empleo, tiene derecho a la percepción del subsidio para mayores de 52 años por entenderse que se encontraba en situación asimilada al alta. También en materia de desempleo cabe mencionar, por su interés, la sentencia que ha reconocido al trabajador el derecho a causar un nuevo período de desempleo siempre que haya sumado los doce meses de trabajo previstos en la legislación vigente, con independencia de que estos se lleven a cabo de forma continuada o no.

En materia de incapacidad temporal, destaca la interesante STS 1-4-2009 (Rc 516/08), de Sala General, que rectifica la jurisprudencia

anterior, y en la que la Sala, partiendo de la modificación introducida en el art. 131.bis LGSS por la Ley 30/05, declara que, por exigencia legal, en los supuestos de recidiva, una vez agotado el período máximo de incapacidad temporal, el sujeto causante ha de haber cotizado seis meses para poder generar una nueva prestación de incapacidad temporal. El tenor literal de la norma supone, en primer lugar, una modificación del propio criterio jurisprudencial al respecto — véanse, por todas, las SSTs 10-10-2006 (Rc 1169/05) y 15-1-2008 (Rc 1054/06) —, pero, además, indirectamente, se desprende de esta normativa una solución para los supuestos en que, sin haber agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal, se produce una recaída antes del transcurso de seis meses. Para la Sala, a la hora de apreciar el requisito de la carencia y el cumplimiento del alta, ha de estarse a la fecha de declaración de la primera incapacidad temporal y no a la fecha de la recaída. Todo ello sin perjuicio de que, por razones de flexibilidad, convenga mantener la jurisprudencia contenida en las SSTs 6-11-2000 (Rc 2698/99) y 26/06/2006 (Rc 367/05), entre otras, que permiten acceder a la incapacidad temporal cuando se cumplen los requisitos señalados en el momento de la recaída, pero no en el de inicio de la primera incapacidad temporal.

En materia de pensión de jubilación, la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de reconocer el derecho a acogerse a la jubilación parcial a un trabajador por cuenta ajena que, en el momento de solicitar la pensión, se encontraba afiliado y de alta en el Régimen General, pero que había cubierto sólo un tercio de las cotizaciones acreditadas en dicho Régimen, correspondiendo los dos tercios restantes al RETA, sin que acreditase en el Régimen General cotizaciones suficientes por sí solas para causar la prestación de jubilación en el mismo, aunque sí en el RETA. En cambio, la Sala llega a una solución que podría apreciarse como aparentemente contraria, en un acercamiento superficial, en materia de jubilación anticipada, señalando la en otra sentencia que no cabe causar la pensión de jubilación anticipada en el RETA, pese a que el último trabajo realizado haya sido por cuenta ajena, salvo en el supuesto de que el solicitante hubiera tenido la condición de mutualista con anterioridad al 1 de enero de 1967, al disponerlo así de forma expresa la Ley 47/98.

Asimismo, destacan dos sentencias en materia de prestaciones por muerte y supervivencia. En la STS 9-6-2008 (Rc 963/07), se discute la cuantía de la prestación de orfandad que le ha de corresponder a un hijo extramatrimonial por fallecimiento del padre pese a que viva la madre, teniendo en cuenta que ninguna persona tuvo vínculo matrimonial con el

fallecido. La Sala modifica su doctrina con base en la STC 154/2006 de 22 de mayo, reconociendo al huérfano extramatrimonial el derecho al incremento de la pensión de orfandad en la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad. Por su parte, en la STS 29-4-2009 (Rc 577/08), de Sala General, se analiza si cabe reconocer la pensión de viudedad a quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo, que falleció con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05, que reguló por primera vez en España el matrimonio entre homosexuales. La sentencia, con un importante Voto particular, firmado por cinco magistrados de la Sala, entiende que la Ley 13/05 no ha establecido de forma expresa una disposición transitoria como la contenida en su día en la Ley 30/81, sin que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo venga reconocido expresamente en la Constitución, por lo que no vulnera el derecho a la igualdad el que sólo se pueda acceder a la pensión de viudedad tras la regulación de dichos matrimonios, cumpliendo así con el principio de irretroactividad de la ley previsto en el Código Civil.

Finalmente, conviene recordar que la Sala ha llegado a la conclusión, en materia de invitación al pago en el RETA, que este mecanismo es también de aplicación a la incapacidad temporal, debiéndose modificar el anterior criterio jurisprudencial, en virtud del cambio normativo introducido, ya que la normativa citada ha incorporado el mecanismo de invitación al pago a todas las prestaciones reconocidas en el RETA —a través de la modificación introducida por la Ley 52/2003 en la DA. 39 LGSS— y, de forma expresa, el art. 12 RD 1273/03 reconoce específicamente este mecanismo para la incapacidad temporal.

Por lo que se refiera al Derecho Procesal del Trabajo, también durante este año judicial la Sala Cuarta ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones de relevancia, así como ha consolidado por otra parte criterios tradicionales en esta materia, siendo de destacar las resoluciones que han matizado la competencia de la jurisdicción social en materia de deportistas profesionales, o para reclamar complementos que no aparecen recogidos en la RPT, o en materia de Expedientes de Regulación de Empleo. Igualmente de gran interés son las resoluciones que han analizado el ámbito del proceso de tutela de derechos fundamentales y el principio de cognición limitada que inspira este proceso especial, así como los procesos de conflictos colectivos e impugnación de convenios, y del mismo modo son destacables las resoluciones que han seguido consolidando los requisitos en materia de recursos de suplicación y de casación para la unificación de doctrina, además de resolver cuestiones no

habían sido abordadas todavía sobre los requisitos de la unificación de doctrina, como por ejemplo la sentencia de la Sala que ha considerado idónea a los efectos de la contradicción una sentencia del TSJ que había sido sustituida por una transacción.

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Antigüedad

Esta Sala IV se ha pronunciado en las **STS 21-5-2008 (Rc 3420/06)** —dictada en Sala General— y en la de **12-6-2008 (Rc 2544/07)**, sobre el derecho de los **trabajadores de carácter temporal**, de la Sociedad Estatal **Correos y Telégrafos S.A.**, al percibo del **complemento de antigüedad (trienios)** y que es reconocido a los fijos, *«así como a los eventuales en el ámbito de un mismo contrato de trabajo»* en el art. artículo 60.b).1 del I Convenio Colectivo de la entidad, del año 2003. En aplicación de la doctrina que establece la orientación igualitaria, entre trabajadores fijos y temporales, a efectos de antigüedad y el carácter imperativo del artículo 15.6 del ET, que se superpone al precepto convencional, concluyen que no es necesario que la prestación de servicios se acumule bajo «un mismo contrato» temporal ni por tanto que se completen los tres años de servicios en el ámbito de un único contrato de trabajo. Por otra parte, estima que no es precisa la continuidad no interrumpida por más de veinte días en el trabajo durante el período de tres años, pues la cadena contractual de índole temporal no desdibuja la realidad de un mismo y único contrato y ello en aplicación de lo que se ha venido denominado la «unidad esencial del vínculo», en cuanto con este complemento se compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, circunstancias que no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador Tampoco es necesaria, la subordinación a una ulterior contratación indefinida para poder ostentar el derecho al devengo de trienios por parte del personal temporal.

Asimismo y en aplicación del principio de «normalización igualitaria», se pronuncia la **STS 26-11-2008, (Rc 95/06)**, que declara el derecho del **personal docente e investigador con contrato temporal** con las distintas Universidades públicas madrileñas a que se les reconozcan los servicios prestados, a los efectos del **complemento de antigüedad**, en los mismos términos que los trabajadores indefinidos —art. 24.2 del I

Convenio Colectivo para el personal laboral docente e investigador de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid-. Y ello porque la limitación del beneficio a los docentes con contrato indefinido sería nula, por contraria al ET art 15.6 y la diferencia salarial entre ambos colectivos no resiste un elemental análisis desde la óptica de la doctrina constitucional o de la actual jurisprudencia, al carecer de justificación razonable.

Por otra parte, en las **STS, dictadas en Sala General, de 17-2-09 y 18-2-09 (Rc 734/08, 1030/08 y 197/08)**, se debate a propósito de la **antigüedad en RENFE** — hoy ADIF— del **personal procedente de un regimiento militar en prácticas** [26.^a y 27.^a promoción de zapadores], que prestó servicios en dicho regimiento durante tres años, siendo contratado meses después de su licenciamiento por la empresa demandada. Para la solución del problema hay que partir, en materia de antigüedad de la diferencia entre antigüedad en la Red [art. 20 del X Convenio] y la antigüedad en la categoría [art. 25 a 27 del X Convenio] y dentro de la primera, de la regla especial para los trabajadores provenientes de los regimientos de militares en prácticas. La Sala IV estima que, a efectos retributivos, la antigüedad que tienen derecho a ostentar los trabajadores de aquellas promociones, procedentes de prácticas ferroviarias, es la de **ingreso en el regimiento**. Se argumenta que el contenido del Acuerdo particular entre RENFE y UGT de 30 de junio de 1993 e incluso el resultado de la sentencia de conflicto colectivo de 17-12-1991, autos 194/91, han quedado expresamente sustituidos por la normativa del X Convenio Colectivo, y de forma más beneficiosa, al haberse modificado expresamente el régimen peculiar que pudo ser tenido en cuenta en aquel momento.

2. Contrato de trabajo y figuras afines

De nuevo en el período acotado se dictan algunas resoluciones que recogen la doctrina tradicional sobre delimitación entre contrato de trabajo y el civil de arrendamiento de servicios, en relación con la prestación de servicios de los profesionales liberales. Las **SSTS 27-11-2008 (Rc 3599/06), 18-03-2009 (Rc 1709/07)**, reiteran doctrina anterior en la que ya se calificó como **laboral** la relación de unos **odontólogos** que vienen prestando servicios para unas **clínicas dentales franquiciadas**, considerando que éstas últimas disponen de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios; que el lugar, el horario, los medios materiales y personales han sido predispuestos por la entidad mercantil;

que la retribución es percibida a través de la empresa, la cual gestiona su cobro; y que el odontólogo está obligado a la prestación personal de los servicios, sin perjuicios del régimen de sustituciones que la empresa dispone. Al efecto, recuerda la Sala que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas.

De laboral se califica asimismo en **STS 16-12-08 (Rc 4301/07)**, la relación de un **Licenciado en Ciencias de la Información** que realiza personalmente las **crónicas informativas**, en unas ocasiones por encargo de la demandada y, en otras, por decisión propia, procediendo con posterioridad RNE a determinar las que aceptaba y emitía, sin que en la realización de las mismas pudiera ser sustituido por otra persona. Diversos indicios conducen a la Sala a alcanzar tal solución, así la ajenidad y dependencia se infieren del dato esencial de que el demandante no realiza las crónicas informativas por propia iniciativa, con la finalidad de ofrecerlas posteriormente para su adquisición por un tercero, sino que las efectúa, en unos casos atendiendo al encargo concreto hecho por RNE —que fijaba su duración, lugar y hora—y, en otros, daba cuenta a la demandada de los acontecimientos celebrados, o que se iban a celebrar y RNE elegía los que eran de su interés, emitiendo aquellas crónicas que resultaban seleccionadas, solución que no queda empañada por el hecho de que el trabajador era retribuido por resultado, pues si bien no es la típica del contrato de trabajo, es perfectamente subsumible en el concepto de salario del art. 26 ET.

3. Contratación temporal

3.1. Cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal

Nuevamente se suscita en las **SSTS 3-11-2008 (Rc 1687/07)** y **19-2-2009 (Rc 2740/07)**, la cuestión relativa a decidir si cabe la existencia de una **cesión ilegal** de trabajadores en aquellos casos en los que la prestación de servicios del trabajador se lleva cabo por medio de un contrato de puesta a disposición con la empresa usuaria, en el marco de las previsiones de la L 14/1994, que regula la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal. Y la respuesta es afirmativa, reiterando la solución

contenida en las SSTS 29-9-2006 (Rc 2691/05), 17-10-2006 (Rc 2426/05), en las que se afirma que, resultan de aplicación las reglas de la cesión ilegal de trabajadores aunque la cesión la lleve a cabo una ETT. Tal sucede cuando la empresa de trabajo temporal no respeta las condiciones que establece la Ley de empresas de trabajo temporal art. 7 y 8, o cuando incurre en **fraude de ley** al encadenarse sucesivos contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades que en realidad son permanentes de la empresa usuaria. Dicha doctrina, como hemos señalado, resulta de plena aplicación al caso decidido, donde consta que la ETT cedió a la empresa usuaria a través de los correspondientes contratos de puesta a disposición al trabajador, y ello para llevar a cabo actividades normales, ordinarias y permanentes en el seno de la empresa usuaria, con lo que la temporalidad que aparentemente figuraba en los contratos de trabajo se veía desvirtuada, hasta constituir una verdadera interposición ilícita de mano de obra, incluíble en el ET art. 43.1, con los efectos de solidaridad contemplados en el número 3 del mismo precepto. Por otro lado, la sentencia anotada reitera la doctrina obrante en STS 5-2-2008 (Rc 4713/06), en relación a determinar cuál es el criterio a seguir para armonizar lo dispuesto en el ET art. 43 y 56 respecto a los **efectos de la cesión ilegal y los del despido declarado improcedente**. La solución alcanzada es que mientras que el ET art. 53 atribuye al trabajador ilegalmente cedido la opción por adquirir la condición de fijo en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria, **el derecho de opción entre la readmisión o la extinción indemnizada** del contrato en caso de despido improcedente corresponde a la empresa —y salvo que el trabajador despedido tenga la condición de representante legal de los trabajadores—; de modo que se trata de dos derechos independientes, el primero previo, que determina la integración del actor en una u otra empresa, y el segundo atribuido a la empresa, salvo que concurra circunstancia especial que desplace legalmente el ejercicio de esa opción. En conclusión, verificada la existencia de cesión ilegal, siendo el despido improcedente, una vez haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del ET art. 43, corresponde a la empresa que elija la opción entre readmisión o indemnización en los términos previstos en el ET art. 56.1. Doctrina que reitera la **STS 12-11-2008 (Rc 4961/06)**.

La **STS 3-11-08 (Rc 3883/07)**, recuerda la doctrina obrante en SSTS 4-7-2006 (Rc 1077/07), 8-3-2007 (Rc 175/04), al afirmar que estos casos se genera una **responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria**, y se reconoce al trabajador una **antigüedad** desde la fecha del

primer contrato y no del último, insistiendo en que en aquellos supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. A propósito del alcance de esta responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria cuando el despido se ha calificado como nulo, se pronuncia la **STS 3-11-2008 (Rc 1889/07)**. En el caso, la resolución que se recurre en casación para la unificación de doctrina, resolvió que la declaración de **nulidad del despido** afectaba únicamente a la ETT, aplicando al caso LETT art. 16.3, que parece restringir la responsabilidad solidaria a las obligaciones salariales y de Seguridad Social. La Sala recuerda que cuestión análoga fue resuelta en STS 28-09-2006 (Rc 2691/05), señalando que el incumplimiento de la empresa usuaria de la obligación legal de destinar al trabajador en misión a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición, convierte en ilícita la cesión del trabajador en misión, determinando la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT cedente, incluidos los efectos del despido calificado como nulo.

3.2. Contratación temporal en la Administración

La **STS 6-6-2008 (Rc 5117/06)**, con remisión a pronunciamientos precedentes, SSTS 6-10-2006 (Rc 4243/05), 5-3-2007 (Rc 298/06), 6-3-2007 (Rc 409/06), 3-4-2007 (Rc 293/06) y 21-11-2007 (Rc 4141/06), rechaza que el demandante ostente la condición de **fijo discontinuo** pese a que desde el año 2001 viene suscribiendo contratos por obra o servicio determinado normalmente en los meses previos al verano, mayo, junio o julio con la empresa Transformación Agraria, SA (TRAGSA) para la extinción de incendios, servicio adjudicado a TRAGSA por la Administración Autonómica, y ello porque para dicha mercantil existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida, en cuanto depende de que el órgano competente de la Administración mantenga el encargo de la actividad de prevención y extinción de incendios que ha venido desarrollado.

Y en relación con la calificación que merece una relación contractual de trabajo existente entre una empleada de **RNE, S.A.** y esta entidad pública, se pronuncian, entre otras, las **SSTS 12-5-2008 (Rc 1956/07)**, **3-11-2008 (Rc 4619/06)**, **15-1-2009 (Rc 1066/07)** en las que se afirma que la **contratación irregular** por parte de la Sociedad Estatal RNE no

conduce a que el trabajador adquiera la condición de fijeza, sino que su relación será la de **indefinido**. Para alcanzar tal conclusión, el Tribunal parte del hecho de que la entidad demandada tiene la naturaleza de Sociedad Estatal, rigiéndose por el derecho privado en virtud de lo dispuesto en el art. 19 de la Ley 4/1980 de 10 de enero —aplicable por razones cronológicas al supuesto debatido, si bien se halla derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 17/06, de 5 de junio—, puntualizando que a dichas sociedades no les resulta aplicable en su totalidad el ordenamiento jurídico privado sino que, atendiendo a su características especiales —su capital es titularidad directa de la Administración General de Estado o de sus Organismos Públicos— determinadas materias están excluidas de dicha aplicación. Y tras un exhaustivo examen de la normativa de aplicación afirma que en la selección de su personal se aplican lo mismos criterios que a las Administraciones Públicas, respetando los principios que inspiran el acceso al empleo público, por lo que en aplicación de la doctrina de la Sala plasmada en la TS 20-01-98, Rec 317/98, la contratación irregular por parte del Ente Público no puede conducir a la adquisición de fijeza.

3.3. Contratación temporal y contrata

La vinculación de un contrato de trabajo temporal con la existencia de una contrata o compromiso contractual de colaboración entre empresas, ha dado lugar en el presente periodo a unos pronunciamientos de especial interés. En concreto, en la **STS 10-06-2008 (Rc 1204/07)**, la cuestión a resolver quedó circunscrita a calificar la naturaleza del cese extintivo verificado por la empresa empleadora cuando antes de finalizar la contrata, la mercantil comitente comunica a la contratista que precisaba menos trabajadores. Antes de entrar a conocer el fondo del asunto, la Sala recuerda la doctrina judicial mantenida en relación con los contratos de obra o servicio concertados por empresas adjudicatarias de una contrata y en la que se consagra la licitud de la cláusula que limita el tiempo de duración de la relación laboral con la empresa contratista a la propia duración de la contrata concertada por parte de ésta con la comitente, doctrina que no resulta de plena aplicación al supuesto enjuiciado, puesto que, en el caso, antes de finalizar la contrata, la empleadora da por extinguida la relación laboral con el actor a partir del momento en que la empresa principal comunica la necesidad de reducir el número de trabajadores adscritos a la misma. Ahora bien, atendiendo a que en el contrato

celebrado con el actor, se pactó que su duración se extendería «hasta fin de obra», la Sala estima que no resulta lícito resolver el contrato atendiendo a la mentada circunstancia, pues entender lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato. En todo caso, concluye el Tribunal que tal circunstancia pudo haberse previsto y en consecuencia consignado en una cláusula en el sentido de que la relación terminaría si tal cosa sucediera y, quedando el contrato válidamente extinguido a tenor de lo previsto en el art. 49.1.b) ET, y en último término, pudo acudir a la extinción contractual por causas objetivas contemplada en el art. 52.c) del mismo Cuerpo Legal.

Por otro lado, debemos destacar las **SSTS 17-06-2008 (Rc 4426/06)** y **18-06-2008 (Rc 1669/07)**, en las que **se modifica la doctrina anterior** de la Sala relativa a la fecha de extinción del contrato para obra o servicio determinado, cuando la contrata se adjudica de nuevo a la misma contratista. En ambas sentencias se tratan situaciones de idénticas características. En efecto, las resoluciones anotadas vienen referidas a **supuestos de contratación para obra o servicio determinado vinculados a una contrata pública o concesión** de que la resulta adjudicataria la entidad empleadora y sin solución de continuidad, vuelve a resultar adjudicataria de la realización del mismo servicio público a través de una nueva contrata administrativa. Como es sabido, tal cuestión había sido resuelta por la Sala, entre otras, en las SSTS 26-06-2001 (Rc 3888/00), 22-10-2003 (Rc 107/ 03) y 4-5-2006 (Rc 1155/05), con arreglo a las cuales se había establecido la posibilidad de que la duración de la contrata actuara como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, sin que la causa extintiva quedara alterada por el hecho de que la empresa empleadora hubiera concertado otra contrata con la empresa cliente con la misma finalidad, al tratarse de una contrata diferente. Ahora bien, en las sentencias que hoy nos ocupan, como hemos avanzado, **se modifica el citado criterio, señalando que la extinción de los contratos en tales supuestos originará la existencia de un despido improcedente.** Para alcanzar tal conclusión, la Sala señala que aún no tratándose la situación descrita del supuesto típico de «sucesión en la contrata» o de «sucesión en la plantilla», es lo cierto que la doctrina sobre la «sucesión de plantilla» pone en evidencia la congruencia de la doctrina sobre la extinción del contrato para obra determinada cuando se extingue la contrata, aunque la misma se adjudique de nuevo a la empleadora que continúa dando ocupación a la mayor

parte de la plantilla, pues si en el primer caso se impone al tercero que sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, la obligación de contratar a todas las personas que estaban empleadas en ellas, más razón en favor de la pervivencia de dichos contratos se dan en el supuesto actual. En todo caso, dicha solución viene abonada atendiendo a la propia naturaleza del contrato temporal para obra o servicio determinado, pues tal situación no puede propiciar por sí misma y en buena lógica jurídica, una propia y verdadera conclusión de la obra o servicio determinado por el solo hecho, de innegable repercusión jurídica administrativa, de terminación de una contrata y subsiguiente inicio de otra sin solución de continuidad, pues desde el punto de vista laboral el objeto del contrato no ha concluido. Pronunciamientos que se reiteran en las **SSTS 17-7-2008 (Rc 28552)**, **23-9-2008 (Rc 2126/07)**.

3.4. Contratos por obra o servicio determinado

De especial interés es la **STS 6-3-2009 (Rc 1221/08)**, en la que se perfilan los contornos del contrato por obra o servicio determinado y, con más exactitud, el alcance de lo que ha de entenderse por «**actividad habitual de la empresa**». En el caso, el actor, trabajador del CSIC, ha venido suscribiendo diversos contratos bajo la modalidad de obra o servicio determinado, desarrollando durante los mismos las tareas correspondientes al proyecto para el que había sido contratado en cada caso. La Sala declara la corrección de dicha modalidad contractual, aclarando que puede existir una contratación por obra o servicio determinado siempre y cuando las tareas objeto del contrato tengan esa sustantividad y autonomía, es decir, permitan su individualización dentro de la actividad habitual y sean limitadas y acotadas en el tiempo, aunque no pueda precisarse la fecha de su terminación. Se trata en definitiva de que la propia naturaleza de la actividad concertada permita delimitarla en relación a otras actividades de la empresa, con una duración limitada que depende de la propia actividad, de tal suerte que descendiendo al supuesto singular examinado, es evidente que el actor realizó las tareas propias de cada proyecto de investigación y la naturaleza de cada proyecto permite individualizarlos entre ellos y en relación con lo que puede constituir la actividad permanente y habitual del organismo demandado. Solución diversa supondría que el demandado no tendría posibilidad de concertar este tipo de contratos, en contra de la L 13/86, de 14 de abril, art. 17.º.

3.5. *Encadenamiento de contratos y cómputo de antigüedad*

La cuestión que se suscita en **STS 12-2-2009 (Rc 3256/07)** consiste en determinar la antigüedad computable para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, en el caso de que entre las partes hayan existido contratos temporales sucesivos y, con más exactitud, el problema consiste en determinar si las **interrupciones superiores a veinte días hábiles** rompen el nexo contractual inicial y comportan un nuevo cómputo de antigüedad a estos efectos. La sentencia reitera doctrina precedente —STS 17-1-1996 (Rc 1848/95), 8-3-2007 (Rc 175/04) y 17-12-2007 (Rc 199/04)—, que considera que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe **unidad esencial del vínculo laboral**, para calcular la indemnización por despido improcedente ha de computarse la totalidad de la contratación, señala, en particular, que dicha unidad esencial del vínculo no se rompe con una interrupción de 30 días entre contratos sucesivos, ni tampoco por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie interrumpida de contratos de trabajo sucesivos.

4. Convenios y negociación colectiva

4.1. *Alcance del deber de negociar*

La **STS 5-11-2008 (Rc 130/2007)**, insiste en que el **deber de negociar**, regulado en el ET art 89.1, **existe desde que se denuncia un Convenio** hasta que se concierta el que lo sustituye y que ha de entenderse legalmente satisfecho cuando la parte requerida **ya ha accedido a negociar**. Si existe una unidad de negociación ya creada, la obligación de negociar se limita a la revisión del Convenio vencido, ostentando la legitimación para ello únicamente quien la tuvo inicialmente, y sin que implique el derecho a decidir libremente la **unidad de negociación de manera unilateral** por una sola de las partes. En el caso, el convenio colectivo —de Transportes por Carretera del Principado de Asturias— fue denunciado y las partes contratantes pretendían la negociación de un nuevo Convenio, con el mismo ámbito por parte de los sindicatos, con ámbito distinto por la representación empresarial. Y si bien se desestima la pretensión empresarial, ello no significa, que no pueda modificarse el ámbito de los Convenios futuros, que exige una voluntad coincidente en tal sentido de las partes negociadoras.

4.2. Aprobación del convenio

La **STS de 3-6-2008 (Rc 3490/06)**, establece que el sistema de votación en la **comisión negociadora** de un **Convenio Colectivo de Empresa** es el del voto «por representación o proporcional» al tratarse de una Comisión y un Comité de empresa totalmente sindicalizado, dado que la mayoría absoluta de sus miembros pertenecían a un determinado sindicato, declarando válida la negociación suscrita con dicho sindicato. La Sala IV, en interpretación del art 89.3 ET, extrapola la consolidada doctrina —STS de 23-11-1993 (Rc 1780/91), 22-2-1999 (Rc 4964/97) y 17-1-2006 (Rc 11/2005)—, establecida para la negociación de convenios de ámbito superior a la empresa. Por ello, cuando los que negocian lo hacen en el seno de una instancia representativa de distintas opciones sindicales, la exégesis que más se acomoda a las exigencias de una auténtica Comisión Negociadora es la del **voto proporcional**, en cuanto la legitimación real se tiene en función de la representatividad, y por lo tanto para entender que un Convenio ha sido aprobado en interés y representación de la mayoría de los trabajadores hace falta que los integrantes de la comisión representen esa mayoría.

Por otra parte, la Sala IV, en la **STS 22-12— 2008 (Rec 89/06)**, reitera, que el **momento del computo de la representatividad**, establecida para la aprobación del Convenio —voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones—, debe ser anterior a la firma del Convenio, esto es, al momento de constituirse la Comisión Negociadora. Es el nivel de representatividad existente en ese tiempo el que debe tomarse en cuenta a los efectos indicados y no el que resultase del proceso negociador.

4.3. Convenios extraestatutarios: alcance y validez

En **STS de 24-6-2008 (Rc 128/07)**, se reitera doctrina jurisprudencial, sólidamente establecida, relativa a la licitud y validez de los **convenios extraestatutarios**, siempre que limiten su eficacia al **ámbito de aplicación** de las entidades que los suscriben y a aquellas personas que estén representadas por quienes suscribieron el pacto y en su caso a quienes se adhieran a ellos. En el caso, se declara que los Acuerdos celebrados en el año 2001 entre el Comité de empresa «Fundación Centro de Transfusión de Galicia» y la representación de ésta, no son incompatibles con el Convenio Colectivo de empresa, razonando que aquellos tienen el carácter de convenio colectivo interno, vinculante para todos los

miembros de la plantilla, aun cuando no tengan la naturaleza de convenio estatutario. Tampoco se produce una **conurrencia de convenios**, pues no existe incompatibilidad entre el Convenio Colectivo vigente y los Acuerdos de 2001, al no haber coincidencia objetiva, subjetiva ni temporal entre ambos, ni regulación contradictoria.

En la misma línea, la **STS 9-12-2008 (Rc 62/07)**, declara la **nulidad** del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal al servicio de prevención y defensa contra incendios forestales de la Xunta de Galicia», pacto o acuerdo colectivo extraestatutario, en cuanto excede el límite natural de eficacia al tener un evidente **contenido de generalidad**. Y ello porque la eficacia limitada del pacto implica que no pueda regular condiciones de trabajo o empleo con proyección general y el desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo la nulidad de los pactos o cláusulas afectados por dicha generalidad

4.4. *Ámbito de aplicación*

La Sala IV se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto al **ámbito de aplicación** de concretas normas convencionales, estimando que si bien las partes negociadoras son libres para establecer dicho ámbito de aplicación existen limitaciones, que derivan entre otras, de que el mismo se defina de acuerdo con **criterios objetivos** que permitan establecer con claridad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por la norma y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos. En este sentido, la **STS 6-10-08, Rc 10/07**, concluye que fue intención de los firmantes del Convenio Estatal para el **Sector de Telemarketing**, regular el telemarketing en sentido amplio, entendiéndose que abarca no sólo las actividades de promoción, difusión y venta de productos o servicios por vía telefónica y por medios telemáticos, sino también la realización o emisión de entrevistas personalizadas por teléfono, la recepción de llamadas y contactos con clientes en entorno multimedia y los diferentes servicios de atención a clientes.

Por su parte, la **STS 13-1-2009, (Rc 3737/07)**, resuelve la cuestión relativa a la determinación del convenio colectivo aplicable a una mercantil que desarrolla dos actividades diferenciadas, acudiendo, como en ocasiones precedentes, al **criterio de la actividad principal**, vinculada a una serie de criterios interpretativos cuales son la acción organizativa, productiva y económica de la empresa, entre otros. En el caso, el Tribu-

nal, tras analizar los ámbitos funcionales de los convenios discutidos —Empresas de Ingeniería y Estudios Técnicos y Convenio Colectivo de Construcción— atendiendo a aquellos criterios, exteriorizados en el número de empleados en cada actividad, en la facturación y en la rentabilidad, concluye que la actividad real preponderante es la de ingeniería.

4.5. Negociación del convenio

La **STS 5-11 — 2008 (Rc 74/07)** niega la legitimación de la **empresa principal** para impugnar el **Convenio colectivo de otra mercantil**, con la que había subcontratado el desarrollo de determinada actividad, reiterando la imposibilidad de inmiscuirse en la negociación colectiva de empresa. Y sin que pueda sustentarse la pretendida lesividad, en el perjuicio ocasionado por las nuevas condiciones salariales pactadas entre la empresa contratista y sus trabajadores, pues las mismas únicamente afectan a las partes firmantes; y si a la empresa principal no le interesan las condiciones económicas que se solicitan por la contratista le basta con no acceder y convocar un nuevo concurso, no pudiendo en ningún caso pretender por esta causa la nulidad del convenio de aquella.

En relación con la **negociación de la norma convencional** —convenio colectivo provincial de minas de antracita de la provincia de León— y con la vulneración del derecho a la libertad sindical del **sindicato** accionante y de la **persona por este designada para representarle** en las reuniones negociadoras, se dicta la **STS 27-11-2008 (Rc 184/07)**. Estima, en interpretación del art 87 ET, que el rechazo para formar parte de la Comisión Negociadora del integrante de la parte social perteneciente al Sindicato demandante, supone un atentado a la libertad sindical. Si el sindicato ostenta la condición de más representativo y por ende la legitimación para negociar, nada le impide designar a quien le representa, puesto que no exista precepto alguno que le obligue a designar un representante de los trabajadores en la empresa ó en el Comité de la misma.

4.6. Cláusula «rebus sic stantibus»

Nuevamente se somete a la consideración de la Sala la invocación de la **cláusula «rebus sic stantibus»** como sistema de reequilibrio de lo convenido por la modificación de las circunstancias operadas. En el caso,

se plantea que el contenido del Acuerdo de 1996 —regulación del cupo de días de Garantía Sindical y billetes que Iberia debía otorgar a la presidencia del Seppla— carece de justificación en el año 2006, aduciendo la privatización de la compañía y que el contexto social y económico ha cambiado sustancialmente. El Alto Tribunal, en **STS 14-10-2008 (Rc 129/07)** argumenta que la ineficacia del contrato por **cambio de circunstancias**, exige que la alteración sea **extraordinaria, desorbitada** y fuera de todo calculo, y sobre circunstancias realmente imprevisibles, suscitando dificultades de aplicación en el ámbito laboral, tanto por las específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo, cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho. En el presente caso, se mantiene la vigencia del citado acuerdo pues la recurrente no sólo no ha probado que concurren las excepcionales circunstancias, sino que muy al contrario, se afirma que las razones aducidas no se cohonestan con las pruebas documentales aportadas, pues de ellas, lo que se infiere es que «...Iberia va bien» e incluso va mejor que otros años.

4.7. Concurrencia de convenios

La cuestión que se plantea, en **STS, 12-12— 2008 (Rc 538/08)** consiste en determinar si la empresa puede dejar sin efecto las categorías profesionales reconocidas a los trabajadores, durante la vigencia de un convenio colectivo extraestatutario, como consecuencia de la **entrada en vigor de un convenio de eficacia general posterior**. La Sala IV, estima que la naturaleza contractual del pacto no implica la limitación temporal de las condiciones establecidas en el mismo, puesto que dicha restricción ha sido establecida desde la perspectiva de la sucesión de los convenios y de la viabilidad de las denominadas regulaciones regresivas. Por ello, el **carácter extraestatutario** del convenio no justifica su revocación, ya que al producirse un conflicto aplicativo entre los dos convenios, uno de naturaleza normativa y otro con carácter contractual, el mismo debe resolverse en virtud de las condiciones más favorables para el trabajador, ET art. 3.1.c). En definitiva, dado que no se trata de un problema de sucesión de normas, sino de una regulación contractual sobre la que opera una nueva regulación normativa, ello supone que las condiciones atribuidas por el pacto extraestatutario se mantienen como más beneficiosas [Doctrina seguida en las **STS 23-12-2008 (Rc 3199/07)**, **25-2-2009 (Rc 1880/08)** y **20-3-2009 (Rc 1923/08)**].

4.8. Representación de los trabajadores. Comité de empresa europeo

Un supuesto muy específico es el suscitado en la **STS 22-12-2008 (Rc 143/07)**, cual es el de la composición y competencias del Comité de Empresa Europeo de la empresa demandada —BBVA— y en la que se denuncia por el sindicato actor —CGT— la vulneración del principio de proporcionalidad. La Sala analiza el Acuerdo de 3 de junio de 2004 por el que se creó dicho Comité, fruto de la aplicación en el BBVA de la Ley 10/1997, de 24 de abril, por la que se regulan los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (LIC), transposición de la Directiva 94/45 CE. Concluye que el citado Comité, no es un órgano de representación unitaria y no hay precepto alguno en la normativa española o comunitaria que permita sostener que la composición, en lo que al banco social respecta de aquél órgano, haya de ser proporcional al resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa. La elección por mayoría de los representantes de los trabajadores, no vulnera el ET art 63.3 porque este precepto se refiere a una institución representativa en el seno de la empresa como es el Comité Intercentros, que no es asimilable con el Comité Europeo, ni siquiera por analogía. Además, la composición establecida se adecua a las competencias que se atribuyen a dicho Comité, que en ningún caso tiene facultades de negociación.

5. Despidos y extinciones de la relación laboral

5.1. Despido por vulneración de derechos fundamentales: profesores de religión católica

En este periodo se han suscitado ante la Sala una serie de litigios de los que dan cuenta **las SSTS 14-1-2009 (Rc 996/08), 20-1-2009 (Rc 1927/07), 28-1-2009 (Rc 1274/08), 28-1-2009 (Rc 1576/08)** iniciados por **profesores de religión**, que habían venido prestando servicios en cursos escolares anteriores, no siendo propuestos para el curso siguiente por el Obispado de Canarias. Dichos profesores habían participado de una u otra manera en diversas acciones de conflicto colectivo relativas a su situación laboral, tales como la promoción de una huelga de este grupo profesional llevada a cabo en el primer semestre de 2000, la integración en el comité de la misma, la afiliación a la entidad sindical convocante y, finalmente, la publicación de escritos haciéndose eco de la

conflictividad en los medios de comunicación. Las sentencias dictadas en suplicación calificaron los despidos como nulos, al constatar la vulneración de la libertad sindical y de huelga, condenando a la Administración autonómica a la readmisión con abono de los salarios dejados de percibir, siendo tal parecer compartido por la Sala IV. El núcleo de la cuestión suscitada ante la Sala quedó constreñido a determinar si el carácter del vínculo laboral y la necesidad de propuesta eclesiástica para continuar la relación puede prevalecer frente a la tutela de los derechos fundamentales en el sentido de que, aún existiendo indicios de una lesión de uno de esos derechos, el **carácter del vínculo excluye el control de la decisión del Obispado y sus consecuencias** en la resolución laboral. Para resolver tal cuestión y despejadas diversas cuestiones de índole procesal, las sentencias recuerdan que aún cuando la relación que los profesores de religión católica mantienen con la Administración educativa no es una relación indefinida, sino una relación laboral especial a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual, cuando está en juego, como es el caso, la lesión de derechos fundamentales la justificación de que el cese o la no contratación son ajenos a esa lesión tiene que realizarse con arreglo a la consolidada doctrina constitucional, de ahí que si el demandante de tutela acredita la existencia de indicios que ponen de relieve la posible concurrencia de una lesión de este tipo, no estamos ya ante un problema de legalidad ordinaria —la extinción por el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato—, sino ante un problema de dimensión constitucional de protección de un derecho fundamental, que exige que se produzca esa justificación no en cuanto a la concurrencia de la causa de resolución, sino en cuanto a que la no formulación de la propuesta es una decisión extraña a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental en cuestión; extremo que no queda acreditado en los mentados asuntos, de tal suerte que, ante el panorama indiciario, no se acreditó que tal decisión se hallaba huérfana de móvil vulnerador de los derechos fundamentales.

Por otro lado, la declaración del TCo de que el sistema de selección y contratación de estos profesores no es contrario, por sí mismo, a los preceptos constitucionales sobre igualdad y no discriminación, libertad religiosa, libertad de expresión y derecho de huelga, debe entenderse sin perjuicio del control jurisdiccional de las decisiones que puedan producirse en la aplicación de estas normas, debiendo conciliar en ese control los órganos judiciales la libertad de las confesiones religiosas a la hora de establecer los contenidos de sus enseñanzas con la protección de los dere-

chos fundamentales y laborales de los profesores (TCo 38/2007, 80/2007, 90/2007 y 128/2007). La solución alcanzada no queda empañada por el hecho de que la Administración esté vinculada por la decisión de la autoridad eclesiástica, porque es la Administración la que debe asumir la responsabilidad frente al trabajador por los incumplimientos que se produzcan como consecuencia de las actuaciones de la autoridad eclesiástica.

5.2. *Despido y embarazo*

Se trata de un asunto que ha dado lugar a unas **relevantes SSTS 17-10-2008 (Rc 1957/07), 16-1-2009 (Rc 1758/08)**, acompañada de un Voto particular; y **13-4-2009 (Rc 2351/08)**, conforme a las cuales se configura este supuesto de nulidad como un supuesto singular de despido discriminatorio, con independencia del conocimiento o no por parte del empleador del estado de gestación. Como es sabido, la L 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, dio nueva redacción a las disposiciones sobre nulidad del despido contenidas en la LET y en LPL, respectivamente. La citada Ley, modificó el ET art. 55.5, añadiendo a la regulación que ya existía de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, una serie de supuestos de nulidad relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales. Con posterioridad, la LO 3/2007, de igualdad, ha vuelto a modificar la redacción del precepto en aspectos que, sin embargo, no afectan a la regulación de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas en los términos introducidos por la L 39/1999. Las sentencias señaladas con sustento en la reciente TCo 92/2008, a la que se remiten y reproducen parcialmente, concluyen afirmando que **el despido de las mujeres embarazadas**, salvo que resulte procedente, **es nulo** y, por lo tanto, **al margen de que el empleador conozca o no el estado de gravidez** de la trabajadora. En la misma, el TC recuerda la doctrina elaborada en orden a la protección de la mujer frente a la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, entre la cual, se halla aquella que venía exigiendo para considerar discriminatorio el despido, que la empresa conociera tal extremo. Ahora bien, el iter argumentativo seguido por el Tribunal en el caso que nos ocupa —partiendo de una interpretación de la legalidad ordinaria—, es que nada en el ET art. 55.5 b) permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el embarazo de una trabajadora la acreditación

del previo conocimiento del embarazo por el empresario que la despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado.

En definitiva, se trata de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. En otras palabras, en esta sentencia se establece que el ET art. 55.5 ET fija unas causas de nulidad del despido que no exigen acreditar los requisitos generales del despido discriminatorio, sino que operan de forma directa y automática. Por eso, si el despido se produce mientras la trabajadora está embarazada, será nulo si no es declarado procedente por otras razones, aunque la empresa no conozca el embarazo.

5.3. Despido objetivo

En la **STS 11-6-2008 (Rc 730/05)**, se contempla un supuesto de **despido por causas económicas**, estando acreditadas las pérdidas económicas en los ejercicios económicos anteriores, lo que motivó la reducción a cero del capital social y su ampliación con nuevos fondos. La sentencia objeto del recurso de casación unificadora había declarado la improcedencia del despido, pues no obstante las pérdidas económicas estaban acreditadas, la reducción de los gastos de personal no justificaban la supresión del puesto de trabajo, porque no ayudaba a superar la falta de rentabilidad y de eficiencia de la explotación, ni era suficiente por si sola para superar la problemática existente. Pero la Sala estima que la correcta doctrina se contiene en la sentencia de contraste, doctrina seguida por STS 14-6-1996 (Rc 3099/95), 21-1-1998 (Rc 1735/97), 30-6-2002 (Rc 3828/01), 15-10-2003 (Rc 1205/03), y conforme a la cual no debe demostrarse de forma indubitada que la amortización del puesto de trabajo conlleva necesariamente la superación de la crisis, sino que basta con que contribuya a la superación de la misma, contribución que, salvo supuesto especiales, se dará siempre que conste la existencia de pérdidas, pues en esos casos la supresión de un puesto de trabajo contribuye adecuadamente a superar la situación.

Sobre análoga cuestión y con invocación de la misma sentencia de contraste aportada en la sentencia precedente, se pronuncia asimismo

STS 29-9-2008 (Rc 1659/07), en la que el problema que se decide es **la conexión entre la situación económica negativa y la medida extintiva en orden a la finalidad que ha de perseguir ésta**, es decir lo que se discute es si probada la existencia de una situación económica negativa de cierta entidad, una medida de reducción de personal se justifica si supone una corrección o ajuste de esa situación, aunque no se acredite que con ella se vaya a superar la crisis. En ella se recuerda la doctrina de la Sala conforme a la cual se tiende a considerar que cuando se acreditan pérdidas relevantes los despidos pueden tener un principio de justificación, pues con ellos «se reducen directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa» y si las pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume que la amortización de los puestos de trabajo es una medida que coopera a la situación de situación económica negativa. Ahora bien, dicha doctrina ha de ser **matizada** pues tal conexión no es automática. Por ello, no se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas pueda prescindir libremente de su trabajadores, sin que tampoco se le pueda exigir la prueba de un hecho futuro. Lo que se exige son **indicios y argumentaciones suficientes** para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido.

Otro relevante supuesto de despido objetivo es el que contempla **la STS 2-3-2009 (Rc 1605/08)**. El núcleo de la cuestión allí debatida consistió en determinar si concurrían o no los requisitos de **extinción objetiva** —causas organizativas— del contrato de las demandantes derivado de la necesidad de amortizar sus puestos de trabajo por causa de la subcontratación **o externalización del servicio de lavandería** en la empresa demandada —centro hospitalario—, motivado por la inexistencia de licencia que permitiera a la empresa rehabilitar el patio de manzana donde estaba ubicado el mismo. La sentencia que se recurre en casación unificadora estimó las demandas declarando la improcedencia de los despidos examinados, apoyando su decisión en la inexistencia de actuación administrativa alguna que requiera a la demandada que cese de actuar en las condiciones en las que lo venía haciendo o que se haya procedido a la clausura de la instalación de lavandería, por no reunir los requisitos suficientes para el desempeño de tal actividad. Pero dicho parecer no es compartido por la Sala IV, pues a su entender la sentencia recurrida impuso un requisito que la Ley no impone para la procedencia

de la medida empresarial de externalizar el servicio y prescindir del propio: exigencia de actuaciones administrativas que requieran a la empresa el cese de las actuaciones en la forma que las venía realizando. La sentencia reitera doctrina anterior en la que se ha precisado no sólo el sentido de la expresión «dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa» contenida en ET art. 52 c), sino también el juicio de adecuación y conexión de instrumentalidad o funcionalidad que ha de verificar el juzgador en relación con la causa concurrente, la medida extintiva adoptada y la finalidad empresarial perseguida.

Por lo que respecta al **despido objetivo por absentismo**, la **STS 27-11-2008 (Rc 2861/07)**, reitera doctrina anterior obrante en STS 24-10-2006 (Rc 2247/06) y señala que se deben computar como faltas de asistencia los distintos periodos de baja, aunque se deban a la misma enfermedad, pues únicamente se exceptúan los períodos que tengan una duración de más de 20 días consecutivos. En el caso, se computaron bajas producidas en los meses discontinuos de enero, junio, julio y septiembre prescindiendo de periodos entre dos meses (febrero y marzo) que sumados excedían de veinte días consecutivos, alcanzando los restantes periodos de 9, 9, 3, 4, 1, 2, 1, 4 y 7 días, que superan el límite del 25% de absentismo en cuatro meses discontinuos.

5.4. Despido y edades de jubilación fijadas en convenio

De notable interés en el periodo acotado es la **STS 22-12-2004 (Rc 3460/06)**, en la que se contempla la acción de despido planteada por un trabajador del IMSERSO al que se le comunica la extinción de su relación laboral fundada en la jubilación forzosa prevista en el art. 61 vigente Convenio Colectivo Unico de la Administración General del Estado. Dicho Convenio fue concluido en fecha anterior a la entrada en vigor de la L 14/2005, de ahí la aplicación de la disp.trans.única —que permite convalidar cláusulas inicialmente pactadas sin amparo legal— pero cuya validez no anuda expresamente a la fijación expresa de ningún objetivo de política de empleo. En el caso, dicha cláusula de jubilación forzosa tampoco vinculaba la extinción a ninguno de estos objetivos, toda vez que únicamente exigía el cumplimiento de los 65 años del trabajador afectado que debía además acreditar el período de carencia preciso para tener derecho a pensión de jubilación. La sentencia que se recurre en casación para la unificación de doctrina calificó el cese como despido improcedente y, anticipamos, que dicho parecer es compartido por la

Sala IV tras una elaborada y profusa tarea argumental. Por lo pronto, el primer obstáculo que hubo necesariamente de despejar fue el de la propia existencia de la contradicción, pues, como es sabido, de hallarse el recurso huérfano de la misma, está vedado a la Sala el conocimiento del fondo del asunto, y en el caso, la sentencia aprecia la denominada contradicción a fortiori, refiriendo de manera ejemplar el alcance de dicha contradicción en el supuesto que nos ocupa. Sentado lo anterior, la sentencia efectúa un exhaustivo análisis del discurrir histórico y jurisprudencial sobre la materia —la extinción forzosa del contrato de trabajo por razón de cumplir la edad de acceso a la jubilación— y que parafraseando a la autorizada doctrina científica tilda de «azarosa trayectoria normativa», y cuya regulación actual se halla en la Ley 14/2005, que resucita la Disp. Adic.10.^a, condicionando la extinción automática del contrato por edad, no sólo a que el trabajador cumpla los requisitos legalmente exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva, sino también que el Convenio explicita los objetivos de política de empleo que justifiquen la utilización de la jubilación obligatoria.

Es preciso tener en cuenta, por otro lado, que entre las nuevas exigencias que la Ley prevé no se imponen para dotar de validez las previsiones convencionales anteriores a la misma, toda vez que la L 14/2005 Disp. Trans.única, sostiene que se considerarán válidas las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios elaborados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma siempre que se garantice que el trabajador afectado tiene cubierto el período mínimo de cotización y cumple el resto de requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación. Y es en ese contexto y panorama normativo es en el que la sentencia aborda la solución del asunto, señalando que la redacción de la mentada disposición plantea el interrogante de si conforme a la misma es válida la cláusula colectiva —inicialmente pactada sin amparo legal— sobre la extinción automática del contrato de trabajo al cumplir el trabajador determinada edad; o si, por el contrario, también es necesaria la vinculación del cese obligatorio a «objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», tal y como impone la previa disp.adici.10.^a para la validez de los convenios suscritos con posterioridad a su entrada en vigor. Y, la Sala, opta por esta última solución. Para alcanzar tal conclusión, estima la Sala que la literalidad de la disposición en liza, no impide exigir —de acuerdo con criterios históricos, sistemáticos y finalísticos— su acomodo a los principios constitucionales de igualdad, sin que tal solución quede empeñada

por el hecho de que la STCE de 16 de octubre de 2006, asunto Palacios de la Villa, diera respaldo comunitario a la indicada previsión legal, pues, como es sabido, el Tribunal Comunitario sólo se ha de pronunciar sobre la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones de Derecho Comunitario, permitiendo así que se aplique uniformemente, no pudiendo impedir tal doctrina la exigencia de requerimientos constitucionales en su aplicación e interpretación netamente interna.

Así las cosas, concluye, con lógica, que sólo si el cese se vincula a objetivos de empleo supera el juicio de constitucionalidad, por mucho que la L 14/2005 no haya condicionado expresamente a esta circunstancia la convalidación de las cláusulas convencionales previas a su promulgación. Y ello porque toda interpretación ha de ser acorde a los principios de la Constitución, tal como dispone LOPJ art. 5.1, lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales», cuyos criterios, a entender de la Sala, son precisamente los representados por las afirmaciones del TCo 280/2006 y 341/2006, relativas a la necesidad —constitucional, para evitar discriminación— de que el cese automático por razón de edad venga justificado porque «la empresa... ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador». Conclusión que refuerza la sentencia advirtiendo, que sería un contrasentido otorgar un mejor trato a previsiones convencionales que nacieron viciadas de nulidad [por carecer de amparo legal y pactarse en un periodo en el que el TS reiteradamente había mantenido su radical ineficacia por discriminatorias] que a las posteriores convenciones colectivas que gozan desde su nacimiento de plena validez jurídica [por respetar escrupulosamente la legalidad vigente].

En todo caso, debe tenerse en cuenta, también, que la sentencia aporta otro dato de innegable relevancia —por mucho que en ellas se estudie únicamente la jubilación forzosa a la luz de la disposición transitoria única de la L 14/2005—, a saber: cómo deben incorporarse las compensaciones de política de empleo que alimentan la legalidad de la extinción forzosa por edad. Lo que el Tribunal identifica con el «qué», el «cómo», y el «dónde» de los objetivos convencionales de política de empleo. Finalmente, concluye que no se debe exceptuar de la exigencia mencionada —de fijar objetivos de empleo en las cláusulas de jubilación forzosa— a las Administraciones Públicas o entidades públicas empresariales, al no establecer la Ley ninguna distinción al respecto. Y en relación a esta última cuestión se manifiesta el voto particular —que aunque acepta la aplicación de los objetivos de empleo en el marco de la disp.adici.10.^a— se

aliena con la doctrina mantenida previamente respecto a la aplicación de dichas exigencias en el sector público — STS 14-5-08, Rec 56/07 —, estimando que los Entes de Derecho Público no pueden concretar su política de empleo en un Convenio Colectivo. En el mismo sentido **STS 22-12-2008 (Rc 856/07)** referida a AENA.

5.5. Derecho de opción entre readmisión e indemnización atribuida por convenio al trabajador

Como es sabido, la negociación colectiva puede atribuir al trabajador el derecho de opción en caso de despido improcedente, frente a la inequívoca previsión del ET art. 56.1 (el empresario... podrá optar) y de la LPL art. 110 (se condenará al empresario... A elección de aquél), suscitándose nuevamente en este periodo diversas cuestiones anudadas a dicha previsión convencional. En **STS 27-1-09 (Rc 2407/07)**, se interpreta el alcance del art. 8 del Convenio Colectivo de la empresa Macro Autoservicio Mayorista SA, con arreglo al cual «Declarado improcedente por la Jurisdicción Social el despido de un trabajador será éste el que opte entre readmisión o indemnización, excepto en los casos en que *el despido se efectúe a consecuencia de* ofensas verbales o físicas a personas que trabajan en la empresa, deslealtad, abuso de confianza o fraude en las funciones desempeñadas, embriaguez o uso de drogas durante el servicio, siempre que sean habituales, o por originar frecuentes riñas con los compañeros de trabajo». Y la Sala en sintonía con lo decidido por el Tribunal de origen, afirma que una interpretación literal y finalística de la norma en liza, determina que no basta con la formal imputación de cualquiera de las causas de despido excluyentes del beneficio —ofensas, transgresión de la buena fe contractual y riñas—, sino que lo que la norma convencional contempla es que la causa imputada esté básicamente acreditada aunque no tenga entidad suficiente para justificar la decisión extintiva, siendo inviable para tal desplazamiento de la opción una causa que judicialmente se declara «inexistente».

Por su parte, en las **SSTS 21-11-2008 (Rc 1554/07)**, **24-2-2009 (Rc 1365/08)**, **24-3-2009 (Rc 1364/08)**, la cuestión a dilucidar quedó constreñida a determinar si un precepto de convenio colectivo que establezca en beneficio de los trabajadores improcedentemente despedidos la opción entre readmisión o indemnización puede aplicarse también en los supuestos de trabajadores que, por no haberse sometido a las reglas imperativas que garantizan la selección en el empleo público (igualdad,

mérito y capacidad, y publicidad), en virtud de la jurisprudencia al respecto ostentan la cualidad de indefinidos pero no fijos. Esto es lo que sucede en el Convenio aplicable al asunto, cuyo apartado 15 de la disp. final del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Marbella (BOP 7-10-04) establece bajo el título de «Garantía de Empleo» que «en caso de ser declarado un despido improcedente, el trabajador tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión». Y la Sala concluye que los términos del precepto no ofrecen duda de que la opción se atribuye a todo trabajador cuyo despido sea calificado como improcedente, máxime si se repara en que la norma convencional en cuestión no alude expresa o exclusivamente a los trabajadores fijos ni tampoco la aplicación de la previsión convencional en liza, transforma en fija una relación de carácter o naturaleza simplemente indefinida, pues la única consecuencia es que su relación continúe siendo indefinida con derecho a la permanencia en el puesto de trabajo hasta su cobertura por los cauces legales o hasta la amortización del mismo. La sentencia razona asimismo ampliamente sobre la licitud de este tipo de previsiones afirmando que están comprendidas dentro del ámbito de regulación que es propio de la negociación colectiva, y se ajusta a las relaciones que entre la Ley y el Convenio Colectivo establece el ET art. 3.3. pues se trata de una norma más favorable para el trabajador que respeta los mínimos de Derecho necesario contenidos en la Ley.

Y, finalmente, en relación con el Ayuntamiento de Galdar, se pronuncia la **STS 2-2-2009 (Rc 78/08)**, cuyo convenio colectivo —art. 71— señala que la opción, en caso de despido declarado improcedente, corresponde al trabajador con contrato indefinido, fijo laboral o fijo discontinuo y la controversia deriva de la interpretación del precepto que lo establece, en particular, si es aplicable sólo a los despidos disciplinarios o también a aquellos derivados de una contratación fraudulenta. La sentencia dictada en suplicación decidió que la opción correspondía al Ayuntamiento al no tratarse de un despido disciplinario, pero tal parecer no es compartido por la Sala IV. Razona al respecto que pretender la aplicación del mentado precepto sólo a los trabajadores fijos deja sin sentido la alusión a los que tengan un contrato indefinido categoría de creación jurisprudencial para los servidores de las Administraciones Públicas cuyos despidos sean declarados improcedentes. Tal interpretación no se opone al mandato del art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la L 7/2007, de 12 de abril. Ese precepto, en su último párrafo, dispone que *«procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando*

sea declarado improcedente el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario», pues tal regla, de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa Ley a la legislación laboral en general.

5.6. Efectos económicos del despido: más cuestiones sobre indemnizaciones y salarios de tramitación

Por lo que atañe a la interpretación del alcance del ET art. 56.2 que permite al empresario contener e incluso eliminar el devengo de los salarios de tramitación cuando se reconoce la improcedencia del despido se pronuncia la **STS 12-12-08 (Rc 11/08)**, reiterando doctrina procedente obrante en TS 22-1-08, Rc 1689/07 en relación con 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. En suma, y al menos por el momento, lo que la Sala dice es 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.

A la misma conclusión llega la Sala en **la STS 25-3-2009 (Rc 41/08)** respecto al pago mediante **cheque bancario**. La propia Sala alude a lo razonado en su anterior sentencia de 21-3-2006 (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 a un supuesto de pago directo de la indemnización mediante cheque bancario entregado en mano al trabajador, una vez reconocida la improcedencia del despido por el empresario, y habiendo aquél firmado un finiquito. Ese pago directo se considera un medio alternativo al que la ley contempla expresamente.

En relación estricta con el importe o forma de cálculo de la indemnización por despido improcedente, la **STS 11-2-2009 (Rc 450/08)** despeja la duda sobre si los períodos de tiempo de servicios inferiores a un año

se han de prorratear por meses o por días. Esto es, si los restos se computan como un mes completo, o en función estricta del número de días. Cuestión a la que la Sala otorga solución acorde con el propio tenor literal del art. 56.1 ET, que alude al prorrateo por meses. De modo que, sea cual sea el número de días servido a partir del último mes completo, el **prorrateo se hará «por meses»**, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes. La solución alcanzada es la misma que la contenida en la STS 12-11-2007 (Rc 3906/06).

Y, finalmente, en el caso que dirime la **STS 11-2-2009 (Rc 4112/07)**, se debate sobre el alcance de los **salarios de tramitación** a pagar por el empresario, si estos deben fijarse hasta la **fecha de la primera sentencia de instancia** o hasta la fecha de la segunda sentencia de instancia, cuando la sentencia de instancia ha sido anulada por resolución judicial posterior recayendo nuevo pronunciamiento declarando la improcedencia del despido, y en concreto, si dichos salarios quedan suspendidos durante la tramitación del recurso de suplicación tesis de la sentencia recurrida, o bien deben abonarse hasta la fecha de la segunda sentencia del Juzgado tesis de la sentencia de contraste. Y la Sala opta por esta última solución pues ni el art. 111 LPL contempla tal situación, ni del examen del art. 116 LPL se llega a solución diversa, toda vez que dicho precepto se refiere únicamente a la sentencia firme que declare la improcedencia del despido; de ahí que si la opción empresarial es nula, mal puede tomarse su fecha como referencia a los efectos de limitar los salarios de tramitación, de ahí que opere como límite la fecha en que se notifica la segunda sentencia del Juzgado declarando nuevamente la improcedencia del despido. Por lo demás, esta es la solución que alcanzó la Sala al decidir el recurso de casación unificadora en su día articulado frente a la sentencia de contraste.

5.7. Extinción del contrato por causa de fuerza mayor

De interés resulta la **STS 8-7-2008 (Rc 1857/07)**, en la que se examina un despido al amparo del ET art. 52.c), como consecuencia de la resolución del contrato de arrendamiento en el que se desarrollaba la actividad empresarial, habiendo girado el debate judicial sobre si un despido fundado en tal circunstancia puede considerarse como un supuesto de fuerza mayor y, por lo tanto tramitarse por el procedimiento administrativo del ET art. 51, o si debe dar lugar a un despido objetivo regulado en el citado ET art. 52. Y la Sala tras una minuciosa labor argumental opta

por esta última solución. La extinción del contrato de arrendamiento no puede calificarse en las condiciones del caso como un supuesto de fuerza mayor, entendida como «una fuerza superior a todo control y previsión», la fuerza mayor a los efectos de los ET art. 49.h y 51.12, aún entendiéndose como la actuación de un causa extraña al empresario, no implica que se trate de fuerza mayor en los términos del LCE art. 76 —que sigue teniendo un carácter orientador en esta materia—, porque lo relevante no es la voluntariedad en cuanto a la producción de la causa, sino su carácter previsible y evitable, y la extinción del contrato de arrendamiento por denuncia del término es previsible y sus consecuencias sobre la prestación de trabajo evitables mediante la utilización de otro local. En definitiva, la extinción del contrato de arrendamiento puede actuar como causa extintiva del contrato de trabajo al margen de la fuerza mayor, cuando esa extinción va acompañada de la imposibilidad o de dificultades significativas —económicas, comerciales o productivas— para disponer de otro lugar idóneo en orden a la continuidad del negocio.

5.8. Extinción del contrato por voluntad del trabajador. «Doctrina objetiva» del incumplimiento empresarial

La **STS 22-12-2008 (Rc 294/08)**, constituye un inestimable compendio de la evolución de la jurisprudencia de la Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa descrita en la letra b) del número primero del art. 50 ET, exigiendo inicialmente la gravedad y culpabilidad en el incumplimiento contractual hasta el momento en que se inicia una línea objetiva, con arreglo a la cual la extinción del contrato por dicha causa no se activa por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo. Doctrina que resulta de plena aplicación al caso enjuiciado, en el que nos encontramos con una situación en la que objetivamente y con independencia de que **la empresa se encuentra en concurso**, existen unos **retrasos en el pago de los salarios** del trabajador demandante que tienen la gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato postulada, puesto que los retrasos son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días. Con arreglo a esta línea objetiva en el análisis del cumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso constituya un factor que module esa situación de impago constatada,

de tal suerte que prive de gravedad a la conducta empresarial. La situación de concurso como la aquí relatada, hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere la L 22/2003 art. 64, y en el supuesto del número 10 del citado precepto, de la Ley Concursal, en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del ET art. 50.1, de cumplir las previsiones numéricas allí establecidas, las demandas planteadas después de la declaración del concurso, tendrían la declaración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad. La sentencia cuenta con un voto particular.

6. Libertad Sindical

6.1. *Contenido de la libertad sindical: Tutela*

Merece especial mención la **STS de 30-6-2008 (Rc 138/07)**, en cuanto recopila y condensa la doctrina de la Sala IV sobre el contenido de la libertad sindical y su tutela y el cauce procedimental adecuado para su protección. Partiendo de la diferencia entre el **contenido constitucional** y el **adicional** del mentado derecho, se señala que este último queda fuera del ámbito de regulación de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución, no tutelable vía art. 176 LPL, por lo que su **protección** debe obtenerse a través del procedimiento que en cada caso corresponda en función de la acción ejercitada. Y si bien la **inadecuación del procedimiento** debe declararse en la instancia [cuando «prima facie» la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesa ex art 176 LPL] la misma **puede ser soslayada** en los recursos extraordinarios por **razones de economía** y celeridad procesal, cuando el Tribunal cuente con todos los elementos necesarios para dispensar la tutela judicial efectiva sin causar indefensión.

6.2. *Contenido esencial: Igualdad de trato*

La sentencia del **TS 23-7-2008 (Rec 97/07)**, confirma la existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical, y del derecho fundamental de igualdad de trato, —Const art. 28.1 y 14—, declarando la nulidad radical de la conducta seguida por la empresa y consistente en **no permitir el acceso de un determinado sindicato al sistema Internet y**

correo electrónico corporativo en igualdad de condiciones con los demás sindicatos. Y ello al quedar acreditado que estos tienen reconocido el disfrute del servicio desde al menos tres años atrás y de manera habitual, y que es negada al reclamante.

6.3. Contenido adicional

Se suscita en la **STS de 2-6-2008 (Rc 100-07)**, si caso de promoverse la celebración de **elecciones sindicales** puede negarse la empresa a su celebración al faltar los requisitos que condicionan la validez del proceso o bien viene obligada a consentir y facilitar el mismo, sin perjuicio de impugnarlo ante los Tribunales. La Sala IV se inclina por la primera opción, por lo que ante una **promoción de elecciones manifiestamente ilegal**, es lícita la oposición empresarial a la celebración de las mismas, sin que pueda estimarse que esta conducta lesiona la libertad sindical pues el derecho a promover elecciones, aunque forma parte del derecho a la libertad sindical reconocido por el artículo 28 CE, debe ejercerse conforme a las normas que desarrollan el derecho fundamental del que deriva. En el caso, se concluye que la conducta de la Administración demandada estaba justificada objetiva y razonablemente al no darse los presupuestos legales y reglamentarios que condicionan la validez del proceso electoral promovido.

También y en relación con el contenido adicional se pronuncia la **STS 18-11-2008 (Rec 24/08)**, que aborda el **derecho de información** de la sección sindical de un sindicato a que se le facilite **copia de las Actas de una concreta Subcomisión Delegada**, pues queda acreditado que el sindicato reclamante, recibe en el Comité — en el que tiene representación — la información que postula. Se estima cumplida la finalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical art 10.3, cual es la de permitir que las secciones sindicales accedan a la misma información que los miembros de los comités de empresa, sin que exista precepto alguno que imponga al empleador la obligación de reiterar la información de la que ya dispone el sindicato. También y en relación con el derecho a la información, se pronuncia la **STS 30-9-2008 (Rc 90/07)**, rechazando la pretensión del Comité de Empresa de un centro de trabajo consistente en la entrega de determinada **información relativa a otros centros laborales**. Y ello porque cada comité o, en su caso, delegado personal, representa y defiende los intereses del centro en el que ha sido elegido, no siendo posible extender la representación unitaria de un específico centro de trabajo

a los restantes centros de la empresa. Asimismo, la **STS 19-2-2009 (Rc 6/08)**, estima que la **información relativa al salario** no es un dato de carácter personal ni íntimo, susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad. La retribución es un **elemento esencial** del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato. Considera que, dado que la empresa demandada ha entregado al sindicato demandante la copia básica de los contratos y ha facilitado la información de los salarios por categorías y departamentos, ha cumplido suficientemente con las exigencias que al respecto establece Ley 2/1991, de 7 de enero, reguladora de los derechos de información de los trabajadores en materia de contratación.

7. Modificación de condiciones de trabajo

7.1. Movilidad geográfica

La **STS 02-06-2008 (Rc 2552/07)** se pronuncia a propósito de las consecuencias que habrían de derivarse del cumplimiento de una orden de traslado que impugnada judicialmente se declaró injusta, y en particular, si son indemnizables los gastos, daños y perjuicios ocasionados a consecuencia del traslado. Problema que se suscita ante la falta de previsión expresa, en el art 40. 1 ET, de las consecuencias de la impugnación del traslado, caso de ser favorable la decisión, aparte la lógica de reintegro del trabajador a su puesto originario. Y dado que en el ínterin el trabajador tiene la obligación de seguir acatando la orden empresarial, los gastos que se han producido al trabajador se pueden ventilar en proceso ordinario. La sentencia, concluye que el art. 1101 CC, rector de la culpa contractual establece la responsabilidad del acto ilegal de una de las partes del contrato, sobre los daños ocasionados a la otra.

7.2. Modificación sustancial

La **STS 7-11-2008, Rec 37/08**, declara la nulidad de dos **cláusulas**, calificadas de «estilo», incorporadas por la empresa Eurest Colectividades SL, en la práctica, a la mayoría de los contratos suscritos con su personal y que permite a la empleadora reducir unilateralmente la **jornada**,

según las necesidades del servicio, y el **salario** de las trabajadoras afectadas, evitando el procedimiento establecido en el ET art. 41 para la **modificación** sustancial de condiciones de trabajo. Esta incorporación entraña, por una parte, una renuncia de los derechos de naturaleza indisponible, ET art 3.5, que se derivan del ET art. 41 que prohíbe la modificación sin seguir el procedimiento adecuado, y, por otra, vulnera la norma de derecho común que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos —CC art. 1256 —.

Sobre una **variación** introducida en el pago del denominado «**plus función**», consistente en transformar el sistema de cuantía fija en una escala de importes predeterminados por la que ascender o descender anualmente conforme al grado de cumplimiento de objetivos por cada oficina, se pronuncia la **STS 20-1-2009 (Rc 133/07)**. La medida que se configura como colectiva y de carácter sustancial, tiene su origen en un acto unilateral de la empresa que se extiende a toda la plantilla de manera indiferenciada, afectando al sistema de remuneración. Por otra parte, la omisión del mandato legal impuesto por el art 41.2.º ET, determina la nulidad de la medida adoptada.

Por el contrario, la **STS 19-1-2009 (Rc 40/08)**, niega la existencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de naturaleza colectiva en la aprobación de un **nuevo organigrama** de la demandada —«Puestos de Galicia»—, que no había sido implantado en su totalidad a la fecha de la presentación de la demanda y ni tan siquiera afecta realmente a ninguna de las materias que pudieran considerarse incluidas en el ET art. 41.1 [horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, entre otras].

Por otra parte, la medida empresarial de cambio de horario, adoptada al amparo del ET art 41, consistente en **adelantar en media hora el comienzo de la jornada** habitual y adelantar, también en media hora **la salida**, o en mas de media hora si al finalizar la jornada en la dirección del ultimo cliente se superan determinadas distancias hasta el domicilio del trabajador, no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ello aun cuando implica hacer menos «trabajos programados» o extras con la consiguiente perdida de retribución para los trabajadores. La **STS 6-10-2008 (Rc 177/07)**, estima que no hay modificación de la duración de la jornada y si una **distribución horaria distinta**, manteniéndose el mismo tiempo efectivo de trabajo, reiterando que los trabajos extras, no constituyen un derecho adquirido.

Y finalmente, la **STS 5-12-2008 (Rc 1846/07)**, califica de movilidad geográfica «débil», el traslado dentro del radio de **25 Km**, en el **sector de banca**, negando, por tanto, que suponga una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Añadiendo, que conforme al Convenio Colectivo de la Banca, art 30, existe un deber de colaboración de la empresa en la solución de los problemas de transporte ocasionados por el cambio del lugar de trabajo, que provoca la discrecionalidad del órgano judicial para determinar el alcance de esta obligación.

8. Pacto de no competencia postcontractual

Uno de los pactos típicos del contrato de trabajo regulado en el Estatuto de los Trabajadores es el denominado pacto de no concurrencia, que ha recobrado notable importancia en los últimos tiempos con ocasión, principalmente, de la introducción de nuevas tecnologías, muestra de lo cual son los diversos pronunciamientos recaídos en este periodo con ocasión del mentado pacto. A propósito de la inadmisibilidad de la **renuncia unilateral por parte de la empresa** al pacto de no concurrencia postcontractual, se pronuncia la **STS 15-1-2009 (Rc 3647/07)**. La cuestión que se suscita no es nueva y aparece referida a la validez del desistimiento unilateral verificado por la empresa de una cláusula postcontractual de pacto de no competencia una vez se extingue el contrato laboral entre empresa y trabajador. En efecto, en el pacto de no competencia postcontractual la empresa se reservó la facultad de liberar del mismo a los trabajadores y de no abonar, por tanto, la correspondiente indemnización, siempre que tal facultad se ejerciera antes o en el momento de extinción del contrato, salvo que esta última se produjera por cese voluntario del trabajador en cuyo caso dicho ejercicio podría postergarse hasta los quince días siguientes de haberse producido esa extinción voluntaria del vínculo laboral, como efectivamente aconteció. La Sala reitera doctrina precedente SSTS 2-7-2003 (Rc 3805/02), y 21-1-2004 (Rc 1707/03), declarando que la mentada cláusula contraviene la disciplina jurídica de los negocios jurídicos bilaterales, de ahí que por mor del CC art. 1256 según el cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, por lo que ha de considerarse nula en aplicación de lo previsto en el CC art. 6.3 en relación con los actos contrarios a normas prohibitivas como la del precitado art. 1256.

Por lo que respecta a la suerte que ha de seguir el mentado **pacto de no competencia** postcontractual cuando el contrato de trabajo se extinga por

resolución unilateral del empresario durante el **periodo de prueba**, discutiéndose si tiene derecho a la compensación económica derivada de dicho pacto se pronuncia la **STS 6-2-2009 (Rc 665/08)**. La concreta cuestión que se suscita es si extinguido el contrato durante el periodo de prueba mantiene validez el pacto de no concurrencia postcontractual cuya eficacia sostiene la sentencia que se recurre en casación para la unificación de doctrina. Y la Sala en sintonía con la solución alcanzada por el Tribunal de origen, entiende que la condición resolutoria implícita en el periodo de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho periodo por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el mentado pacto, cesando todos los efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, tanto más cuanto en el caso se pacto la indemnización para el caso de terminación del contrato «cualquiera que sea su causa».

En la **STS 9-2-2009 (Rc 1264/08)** recaída en procedimiento por cantidad, se discute principalmente sobre la **validez del pacto** de no concurrencia suscrito entre las partes contendientes y en el que se estableció una **cláusula penal** en virtud de la cual si el trabajador incumpliese el pacto habría de devolver el doble de la indemnización percibida como compensación en virtud de ese pacto de no competencia, siendo precisamente dicha cantidad la que la por parte de la empleadora se reclama en la demanda rectora de autos. La Sala en sintonía con la tesis defendida en el recurso, rechaza que en la firma de la citada cláusula se advierta **renuncia anticipada de derechos indisponibles**, toda vez que los derechos protegidos por la prohibición establecida en el ET art. 3.5 son los reconocidos al trabajador «por disposiciones legales de derecho necesario»; así como los «reconocidos como indisponibles por convenio colectivo»; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo, apuntando que en todo caso podrá plantearse en determinados supuestos la proporcionalidad de la indemnización prevista, sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de buena fe, lo que permite la nulidad parcial de la misma, cuestión que no se suscita en el caso.

De **especial interés** es la **STS 10-02-2009 (Rc 2973/07)**, en la que la cuestión litigiosa quedó constreñida a determinar si **el trabajador ha de devolver el importe íntegro percibido como compensación** por el pacto de no concurrencia, a pesar de que la sentencia aprecia la nulidad parcial del compromiso ya que se pactó por dos años y no podía exceder de seis

meses. La sentencia dictada en suplicación con sustento en STS 7-11-2005 (Rc 5211/04), entendió que la nulidad del pacto en dicho extremo no afectaba a la obligación de devolver lo entregado como compensación. Pero la sentencia anotada **rectifica la doctrina precedente** por considerar que la prevención contenida en el CC art. 1303 no agota la regulación en la materia. El iter argumentativo parte de la previsión que al efecto refiere el apartado segundo del ET art. 9.1, que confiere a la discrecionalidad judicial fijar el destino de la prestación económica a percibir por el trabajador; destino que necesariamente ha de determinarse en atención a las concretas circunstancias del caso, sin perjuicio de que pueda hacerse una razonable aplicación analógica de las reglas contenidas en el CC art. 1306. Examinado el alcance de este precepto y despejada la pretensión de aplicar de forma directa y exclusiva las prevenciones del mismo, porque en manera alguna es ilícita la «causa» del pacto de no concurrencia, sino que la ilicitud únicamente alcanza al término previsto en lo que excede de la duración legal, entiende no obstante que concurre la identidad de razón que justifica ex art. 4.1 CC la misma solución, de tal suerte que aplicando analógicamente las reglas establecidas en el CC art. 1306, la restitución sólo debe alcanzar la cuarta parte de las cantidades percibidas —la duración del pacto era cuatro veces superior a la que podía establecerse—. Sentado lo anterior, la sentencia efectúa una serie de consideraciones sobre lo injusto del criterio anterior en los supuestos de extinción contractual por consecuencia de un despido que judicialmente sea declarado improcedente, que en definitiva no resultan de aplicación al caso, al evidenciarse que el trabajador con anterioridad al cese había iniciado los trámites para burlar el pacto de no concurrencia.

9. Periodo de prueba

El ET art. 14 establece las condiciones de validez del pacto sobre período de prueba, pero nada dice sobre las consecuencias que sobre el mismo pueden tener ciertas vicisitudes de la relación laboral. La **STS 23-10-2008 (Rc 2423707)**, entra en la controvertida cuestión de si ha de considerarse lícito o implica abuso de derecho, pactar un nuevo período de prueba en el contrato de trabajo que se celebra tras haberse extinguido otro entre las mismas partes, cuando éste finalizó durante el período de prueba por decisión del trabajador sin que este hubiese llegado a acreditar su idoneidad. La sentencia sostiene que cuando el período de prueba no transcurrió por completo por causa imputable al trabajador que desistió del contrato antes de tiempo, puede luego cele-

brarse otro contrato en el que se pacte un nuevo periodo de prueba, ya que el anterior no sirvió para acreditar la idoneidad del empleado. Abunda en tal solución el hecho de que las normas prohibitivas y limitativas de derechos, como son las que limitan la libertad de las partes para establecer los pactos que estimen más convenientes, no pueden ser objeto de una interpretación extensiva, sino restrictiva, como el al caso el ET art. 14.1 párrafo tercero, y cuyo espíritu es evitar que, acreditada la idoneidad del operario, la empresa burle sus derechos o las normas que regulan la contratación temporal, estableciendo un periodo de prueba innecesario.

Por otro lado, la extinción del contrato de trabajo vigente el periodo de prueba sigue provocando situaciones que exigen la adecuada respuesta por parte de la Sala. **La STS 3-10-2008 (Rc 2584/07)**, decide sobre la acción de despido planteada por un trabajador que había suscrito en su contrato de trabajo un periodo de prueba, que al amparo del ET art. 14 y del convenio de aplicación al caso —Convenio colectivo para el sector de la construcción de Bizkaia— se pactó con el carácter de «no interrumpir la IT», siendo cesado durante la vigencia de la cláusula contractual probatoria y cuando se encontraba en situación de incapacidad temporal, como consecuencia de la dolencia sufrida el día inicial de la actividad laboral. La Sala declara la válida extinción del contrato, descartando por un lado, que tal proceder entrañe abuso de derecho, pues la facultad de resolver el contrato vigente tal periodo se hizo de conformidad con las facultades del ET art. 14, en relación con el Convenio Colectivo y pacto suscrito en el contrato de trabajo. Tampoco existe fraude de ley, pues la fijación de un periodo de prueba en el contrato constituye una manifestación del carácter *intuitu personae* característico de la relación laboral, que no puede ser examinada ni tratada en el mismo sentido que las causas de extinción tipificadas en el ET art. 49, sin que la interrupción, durante la vigencia del periodo de prueba, de una enfermedad común del trabajador, deba teñir de fraudulenta la decisión extintiva de éste, producida días antes de la terminación del periodo probatoria. Tampoco tal cese afecta a derecho fundamental alguno, como reiteradamente ha declarado la Sala en STS 12-7-04, Rc 4646/02; 23-9-02, Rc 4492/02.

De **notable importancia** es la cuestión que se contempla en **STS 12-12-2008 (Rc 3925/07)**, y en la que se dirime **un tema novedoso** respecto del que la Sala no había tenido ocasión de pronunciarse. En efecto, la cuestión que se resuelve en la misma viene referida a determinar si durante el **periodo de interrupción del periodo de prueba** cabe o no la

rescisión unilateral del contrato del trabajo por parte de empleadora. En el caso, las partes conforme a lo previsto en el ET art. 14.3 habían celebrado un acuerdo en virtud del cual se decidió que «las situaciones de incapacidad temporal o maternidad que afecten al trabajador interrumpen el cómputo del mismo», y lo que se trata de decidir es si dicho acuerdo entraña además una inhibición de la facultad de desistimiento que viene reconocida como regla general en el ET apartado 2 del art. 14, que sólo volvería a actuarse cuando se reanudara la prestación laboral después del alta en la IT. La Sala de una interpretación literal y sistemática del precepto en liza, así como de la contemplación de otras situaciones de suspensión del contrato de trabajo, resuelve que el pacto de prórroga de la duración del periodo de prueba constituye una garantía para las dos partes en cuanto a que permite su prolongación más allá de los límites legales pero la facultad de desistir del contrato no queda enervada por la existencia de dicho paréntesis, por lo que si se produce el desistimiento durante la interrupción no cabe hablar de despido improcedente, ni puede considerarse, tampoco, discriminatorio ni abusivo.

10. Relación laboral especial: alta dirección

En la **STS 24-2-2009 (Rc 900/08)** la cuestión a resolver consiste en determinar el alcance y las consecuencias jurídicas de una cláusula, pactada en contrato de alta dirección, que establece el pago de una indemnización, en el caso de extinción causal del contrato por voluntad del directivo, en particular se cuestiona la validez y alcance de la determinación **»neta»** de la indemnización pactada. La sentencia declara nula dicha cláusula pues pese a que no resulta de aplicación el ET art. 26.4, ya que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral especial de alta dirección se regulan, con preferencia absoluta, por la voluntad de las partes, y las normas de la legislación laboral común, es lo cierto que los derechos y obligaciones derivados de esa relación han de sujetarse también a las demás normas que «sean de aplicación», entra las que, además del CC art. 1098, se hallan incluidas las de naturaleza fiscal.

11. Salario

11.1. Absorción y compensación

La conocida y reiterada doctrina de la Sala IV relativa a la **compensación y absorción**, art 26.5 ET, es matizada en la **STS 29-9-2008 (Rc**

2255/07), al considerar que procede un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos afectados, y que permite relativizar el requisito de la homogeneidad y, al menos cuando se trate, de remuneraciones complejas, debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas. En el caso declara válida la absorción y compensación de un «complemento por ventas», **pactada en un contrato individual**, con las retribuciones salariales por unidad de tiempo. Y ello a pesar de que pudiera tratarse de **conceptos heterogéneos**, y por tanto, en principio, excluidos del juego de dicha figura, puesto que esta posibilidad fue expresamente acordada entre las partes y sin que ello entrañe disponibilidad prohibida por el art. 3.5 del ET.

11.2. Principio de igualdad retributiva: Doble escala salarial

La Sala IV ha abordado variadas y casuísticas situaciones referidas a la «doble escala salarial». Así, son varias las sentencias que han reconocido la existencia de la discriminación denunciada, entre ellas, la **STS 17-7-2008 (Rc 4321/07)**, seguida por **STS 18-9-08, 22-9-08 25-9-08, 9-10-08, 30-10-08 y 3-11-08 y 12-11-08, Rc 4272/07, 4312/07, 4323/07, 4311/07, 4326/07, 4325/07 y 4273/07**. Estiman que **la regulación del Convenio Colectivo de Manipulado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería del año 2000 y 2003** contempla una **doble escala salarial**, contraria al principio de igualdad, en cuanto que no es aceptable el establecer el **complemento de antigüedad**, en función de la **fecha de ingreso** en la empresa o contratación, con anterioridad o posterioridad al 31-12-1999, de forma que unos trabajadores generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que perciben otros, trabajando el mismo número de años, ni que en aras a unos pretendidos derechos adquiridos [que en ningún caso supone la existencia de una condición más beneficiosa], se establezcan dos regulaciones diferentes, consagrando así un trato claramente diferencial, sin razón ni explicación alguna que lo justifique.

La **STS 22-7-2008, (Rc 69/07)**, declara la nulidad del art 14 y de la D.T. 7.^a del XXI Convenio Colectivo de la empresa Repsol Butano, S.A., por establecer una doble escala salarial o diferencia de tratamiento en el percibo del **complemento de antigüedad** y el mantenimiento de una **desigualdad retributiva** sin causa objetiva y razonable que la justifique. En el caso, dicha normativa mantenía como régimen de abono del complemento el de quinquenios acumulables sin límite, con la salvedad respecto al personal fijo que se hallaba en la plantilla de la empresa el 1 de

enero de 1995 para el que sigue rigiendo el sistema de abono de trienios y quinquenios existentes con anterioridad.

Por el contrario, la **STS de 15-5-2008 (Rc 86/07)**, considera que no existe la discriminación denunciada del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla-León de 20-12-2002 (BOC. y Ley de 27-01-2003), respecto al devengo del **complemento de atención continuada**, reclamada por los Técnicos de Atención al Menor, puesto que la jornada de estos no es asimilable a la del colectivo de comparación. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 24-9-2008 (Rc 31/07)**, pues si bien se da un trato diferente en el reconocimiento de **estadios de promoción docente** al profesorado de centros docentes privados concertados, que imparte niveles concertados al exigir que la dedicación horaria se realice en pago delegado, el mismo no es arbitrario y está justificado. Por otra parte, la **STS 11-11-2008 (Rc 120/07)**, que presenta un indudable interés por su valor dogmático, concluye que las diferencias que se producen en relación con el **premio de permanencia** entre el personal de la empresa demandada Obrascon Huarte Lain (OHL), procedente de la absorción o fusión de los componente, no vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación. Y finalmente, la **STS 3-11-2008 (Rc 102/07)**, considera que el Acuerdo Colectivo de 22-12-1986, firmado por la Caixa Laietana y su Comité de Empresa, y en el que se pactó mantener con carácter «ad personam» dos gratificaciones o **pagas especiales anuales**, que excedían de la retribución del convenio, al personal fijo de plantilla a diciembre de 1986, y que habían venido siendo abonadas ininterrumpidamente desde el año 1977, por decisión unilateral empresarial, no vulnera los principios de igualdad y no discriminación en la retribución. Además, la medida supone, una condición más beneficiosa de carácter plural o colectivo.

11.3. Condición más beneficiosa

Durante el periodo que abarca esta crónica, la Sala IV se ha pronunciado, en diversas ocasiones a propósito de la posible existencia de una condición más beneficiosa, reiterando tanto los requisitos exigibles para apreciar la misma, como los necesarios para su supresión. Así, la **STS 29-9-2008 (Rc 2255/07)**, estima que la mejora consistente en el **abono del 100%** del salario real en las situaciones de **Incapacidad Temporal** constituye una condición más beneficiosa. Se ha venido abonando, al menos, desde el año 2003; ha sido reiteradamente reconocida por la em-

presa e incluso les fue aplicada a los trabajadores durante un año y medio después de haber llegado a un acuerdo colectivo que limitaba el alcance de la medida. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 23-12-2008 (Rc 19/08)**, al considerar que, supone una condición más beneficiosa, el hecho que la empresa haya venido reconociendo y abonando la totalidad de las **pagas extraordinarias** en la **situación de IT o maternidad**, practica que se ha mantenido durante más de 14 años y a pesar de que en los sucesivos convenios nunca se reconoció este derecho. También, la **STS 9-3-2009 (Rc 70/08)**, califica como condición más beneficiosa la medida empresarial de realizar las correspondientes **aportaciones para las actividades sociales** o de tiempo libre comprometidas. Sin embargo, no goza de tal consideración, la forma de gestión de dicho beneficio ni el hecho de que la misma deba efectuarse por una determinada asociación.

Por el contrario, la **STS 28-1-2009 (Rc 60/07)**, rechaza que los Titulados Civiles al servicio de «Santa Bárbara Sistemas, S.A.», que desde el año 1980 no están sujetos al convenio colectivo de la empresa y vienen siendo retribuidos a partir de entonces por un sistema diferente al de los trabajadores comprendidos en el ámbito personal de dicho convenio, tengan derecho a que su retribución se asimile a la de estos últimos, pues no gozan de una condición más beneficiosa. Y ello porque la **modalidad retributiva** discutida tuvo su **origen en un pacto bilateral** y no fue producto de una concesión empresarial.

11.4. Complementos salariales

Varias son las resoluciones que se han pronunciado en relación con la naturaleza de diversos complementos salariales. En particular, y por lo que se refiere al **plus de peligrosidad**, regulado en el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, la **TS 10-12-2008 (Rc 639/08)**, estima que se trata de un complemento vinculado al puesto de trabajo, que habrá de percibirse cuando de manera efectiva se desempeñe la actividad que comporta el riesgo o la peligrosidad que se retribuye, esto es, por días efectivamente trabajados, salvo que se haya dispuesto otra cosa en el contrato individual. Ese mismo carácter de **complemento salarial de puesto de trabajo**, cuya percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable, se reitera en **TS 18-3-2009 (Rc 98/07)**, respecto del **plus de nocturnidad**.

11.5. Retribución de diferencias salariales por realizar funciones de superior categoría

Como es sabido, el ET art. 39 regula lo que denomina «movilidad funcional», precepto que en ocasiones genera dudas interpretativas, como la que despeja la **STS 4-7-2008 (Rc 3132/07)**, en la que la cuestión a dilucidar queda constreñida a determinar si para el percibo de las **diferencias retributivas** ocasionadas como consecuencia de la realización de **funciones de superior categoría** es necesario que las mismas se realicen durante un determinado periodo de tiempo o por el contrario deben ser satisfechas con independencia de la continuidad en el mismo. Y la Sala opta por esta última solución, pues distinto es el derecho al ascenso —cuestión sobre la que no se polemiza— y, el derecho a la retribución por las funciones superiores efectivamente realizadas, debiendo en este caso el trabajador obtener una retribución acorde con la calidad del trabajo que realiza, evitando un enriquecimiento injusto del empleador. De ahí que la previsión ET art. 39.4 en relación a la exigencia específica prevista para promocionar y ascender, no resulta aplicable cuando el debate se contrae exclusivamente a reclamar la retribución correspondiente al desempeño de funciones superiores.

La **STS 20-1-2009 (Rc 1629/ 08)** aborda una cuestión compleja cual es la referida al **derecho a las diferencias salariales** por realizar efectivamente las funciones de superior categoría estando adscrito el trabajador a la inferior, cuando las concretas **labores descritas para una y otra categoría son idénticas formalmente**, diferenciándose exclusivamente por el **título exigido** para su desempeño [especifica titulación en la categoría superior de la que carece el reclamante]. En el concreto supuesto, la trabajadora que forma parte de la plantilla laboral de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, encuadrada en el grupo de clasificación III, ostentando la categoría profesional de perito judicial no diplomada, reclama las diferencias salariales con el perito judicial diplomado del Grupo II. La razón de la denegación, es que no se están realizando funciones de categoría superior sino las propias de la categoría ostentada, de acuerdo con la titulación exigida aunque dichas funciones sean coincidentes con las de la categoría superior. Y esta exigencia de titulación, establecida en el convenio, impide la aplicación de la doctrina que señala, que con carácter general, procede la retribución conforme a las funciones efectivamente realizadas, ET art 39.3. Finalmente, declara que **no existe desigualdad** ni vulneración del princi-

pio de que a trabajo de igual valor corresponde igual retribución, al estar justificada, de forma objetiva y razonable, la diferenciación retributiva por el distinto nivel de titulación.

11.6. Alcance de la responsabilidad del FOGASA

Merece especial atención la **STS 16-7-2008 (Rc 1161/07)**, en relación a los límites que operan en la responsabilidad del FOGASA, en particular, se plantea una única cuestión referida a determinar la cuantía de la prestación que corresponde abonar al FOGASA, en el supuesto previsto en el ET art. 51.12 del ET de extinción de contratos por fuerza mayor autorizada en expediente de regulación de empleo, en concreto, se discute, si a efectos de dicho cálculo opera exclusivamente el límite que prevé el art. 51.8 de «veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades» o debe jugar, además el tope del «duplo del salario mínimo interprofesional» que para el cálculo del salario diario establece el RD 505/1985 art. 19 en sintonía con el ET art. 33.2 (en la redacción anterior a la dada por la L 43/2006, que no es aplicable por razones temporales y que elevó el límite al triple del SMI). Por lo pronto, señala la sentencia que la ausencia de toda referencia al Fondo en el ET art. 51.8 no implica que no sea aplicable al caso el límite relativo al salario diario, no debe olvidarse que tal límite se incluyó en ET art. 33.2 a partir de la L 32/1994, cuyas modificaciones no afectaron, con todo probabilidad por falta de coordinación, al precepto de referencia. Asimismo nada hace pensar que cuando ET art. 51.12 impone al FOGASA una obligación de abono de la indemnización por el solo hecho de que así lo acuerde la autoridad laboral, dicha indemnización debe abonarse por la Entidad Gestora sin deducción alguna, pues al entender de la Sala, si el legislador hubiera querido introducir con el supuesto ET art. 51.12 una responsabilidad del Fondo, específica y distinta de la propia que corresponde como institución de garantía, y sometida solo al límite de la anualidad ET art. 51.8, lo habría dispuesto así expresamente, de ahí que no se dable estimar que ET art. 51.12 establezca una regla atípica que distorsionaría el sistema global de responsabilidad del FOGASA. Por lo tanto, la única finalidad que cabe atribuir al precepto, y que constituye una novedad respecto ET art. 33, es la imponer al Fondo la obligación de anticipar el importe de la indemnización, que con arreglo a las previsiones del ET art. 33, solo le hubiera correspondido abonar en fechas muy posteriores. Pero, la labor de argumentación de la sentencia va más allá, pues aún

admitiendo que el ET art. 33 no contempla el supuesto específico al que alude el ET art. 51.12, de anticipo inmediato por el Fondo de todo o parte de la indemnización por decisión de la autoridad laboral, no quiere decir a su juicio que se produzca un vacío normativo, pues la norma reglamentaria de desarrollo perfila con precisión los parámetros de la responsabilidad del Fondo en los casos de fuerza mayor. Y un examen coordinado del RD 505/1985 art. 17 y 19 avala la solución alcanzada.

Sobre la cuestión referida a determinar si el FOGASA ha de hacerse cargo de una **indemnización por despido** que la empresa reconoció al actor en **conciliación ante el SMAC**, se pronuncia la **STS 13-10-2008 (Rc 3465/07)**, concluyendo con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 2008 (caso *Robledillo*) con la exclusión de la garantía de pago asegurada por el FOGASA. La mencionada sentencia establece que un Estado miembro está facultado para excluir las indemnizaciones reconocidas por despido improcedente en acto de conciliación extrajudicial y que tal exclusión, objetivamente justificada, constituye una medida necesaria con el fin de evitar abusos en el sentido del art. 10, letra a), de la Directiva 80/987 —con posterioridad modificada por la Directiva 2002/74, que no es de aplicación al caso por razones cronológicas—. Dicha decisión la justifica el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas por las diferencias que, en orden a la efectividad del control de la realidad del crédito, se derivan de las dos formas de conciliación y, en concreto, porque en la conciliación administrativa no hay intervención judicial, el conciliador carece de funciones específicas de control y no interviene el Fondo de Garantía Salarial. Por lo tanto, la exclusión del ámbito de garantía de dichos créditos no resulta contraria ni al art. 14 CE ni al Derecho Comunitario. Sentado lo anterior, y atendiendo a que en el supuesto examinado en la cantidad reclamada también se incluían salarios de tramitación, la sentencia recurrida sólo se revoca parcialmente.

11.7. Diversas cuestiones relacionadas con el salario y la estructura salarial

Especial relevancia presentan las **SSTS de 4-6-2008 (Rc 1963-07)**, seguida por las de **30-6-08, Rc 1128/07; 17-9-08, Rc 4465/07; 24-9-08, Rc 4220/07; 21-10-08, Rc 1040/07, 12-11-08, Rc 4367/07 y 24-3-09 Rc 2178/08, entre otras**, que estiman que la base para el cálculo del premio o **paga extraordinaria de antigüedad**, contemplado en el art 61 del IV

Convenio Colectivo de Empresas de **Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos**, (BOE 17-10-2000), no debe incluir el montante del complemento retributivo autonómico, que se regula en el art 68 del IV convenio y art. 67 del V Convenio.

Son de destacar las **SSTS 23-10-2008 (Rc 2947/07)** y **26-1-2009 (Rc 3872/2007)** que declara que tienen derecho al **Plus de Penosidad** — artículo 50 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía— los **trabajadores sociales** que prestan servicios en **Centros de Acogida**, señalando que a estos efectos lo determinante no son tanto las conductas de los menores anteriores a su ingreso en el Centro que pueden hacer presumir un riesgo potencial, como las que mantienen durante su estancia en él y son generadoras de riesgos reales. En interpretación de la misma norma se pronuncia la **STS 8-4-2009 (Rc 1696/08)**, declarando el derecho de una **Monitora de Educación Especial** al citado complemento de penosidad.

Por otra parte, la **STS 30-6-2008 (Rc 2621/07)**, declara el derecho de los trabajadores demandantes, vueltos a Iberia desde Ineuropa Handling, después de la declaración de la **nulidad de la subrogación**, a los **incrementos retributivos** habidos durante el tiempo en que estuvieron transferidos, por infracción del art 1101 CC, determinando la responsabilidad de Iberia que con su actuación causó a los trabajadores el perjuicio de la minoración salarial reclamada.

No pueden olvidarse las **SSTS 30-6-2008 (Rec 1838/07)** y **9-7-2008 (Rec 2408/07)** dictadas a propósito de la **progresión del salario base** en la misma categoría respecto a trabajadores de TVE SA. Se estima que la norma convencional aplicable sólo prevé la progresión de nivel en el salario base «**en la misma categoría**, desde el nivel de entrada o cualquier otro intermedio, hasta el más alto de ella», de modo que la progresión se realizará «**dentro de los correspondientes (niveles)** a su categoría profesional». Por tanto, la progresión de niveles no se realiza entre categorías diferentes, ni prescindiendo de la categoría por los niveles económicos, y sin que el hecho de haber ostentado un nivel económico igual en la categoría inferior como nivel de ascenso suponga la indicada progresión, pues no cabe prescindir de la progresión dentro de la categoría profesional.

Íntimamente ligada con la cuestión anterior, y también figurando como demandada TVE SA, se plantea si los complementos de **antigüedad** (art. 63), de **progresión en el salario base** (art. 61) y de **permanen-**

cia en el nivel máximo en la categoría (art. 65) que establece el X Convenio Colectivo de RTVE, deben reconocerse o no a los trabajadores «indefinidos temporales» (que no fijos en plantilla), cuando los referidos complementos están exclusivamente previstos en la norma convencional en favor de los trabajadores fijos. La Sala tras una profusa labor argumental, insiste en que el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación, se refiere esencialmente a la extinción del vínculo porque, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos, los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado. Concluye que los citados complementos, ligados a la antigüedad, deben ser los mismos para los «fijos» y para los «indefinidos» que cumplan las previsiones convencionales, ya que su no aplicación a éstos carece de justificación objetiva y razonable. Y sin perjuicio de que sí se puedan establecer diferencias respecto a los trabajadores «temporales». (STS 24-7-2008, Rc 3964/07; 9-10-2008, Rc 4029/07; 13-10-2008, Rc 3170/08; 19-11-2008, Rc 3154/07; 4-12-2008, Rc 4592/07, 29-1-2009, Rc 326/09 y 9-3-2009, Rc 754/08, entre otras).

Una indiscutible trascendencia practica, presentan las SSTS 18-9-2008 (Rc 222/08) y 4-2-2009 (Rc 270/08), en cuanto determinan **la fecha de efectos económicos** de los nuevos complementos, asignados a los puestos de trabajo por la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación (CIVEA) del I Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (C.C.U.) de 1.998. La Sala IV, estima que de conformidad con el apartado 7.º del Acuerdo de 24-9-03, solo se tiene derecho a percibir, con efectos del día 1-1-03, los complementos de puesto de trabajo que fueron fijados en la RPT inicial, pero no los que se atribuyeron con la posterior modificación que aprobó la CIVEA. Tales efectos retroactivos ya no pueden postularse, al amparo de la norma colectiva, respecto de las modificaciones de la RPT inicial que se vayan aprobando con posterioridad, cuyos efectos económicos serán los que en cada caso acuerde la CIVEA en uso de la autonomía colectiva.

12. Tiempo de trabajo: Modificación de horario sin reducción de jornada

A partir de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida laboral y familiar, se ha reconocido a los trabajadores un derecho a reducir su jornada de trabajo para el «cuidado directo» de determinados familiares, entre

ellos el «menor de seis años» respecto del cual el trabajador o trabajadora tenga la guarda legal. El régimen jurídico de este derecho se halla incorporado al art. 37 ET y con apoyo en esta regulación legal, en la **STS 13-06-2008 (Rc 897/07)**, dictada en Sala General y con Voto Particular, se debate el alcance del derecho conferido en dicho precepto y si el mismo permite o no una interpretación extensiva, de manera que se pueda cambiar el horario o el turno de trabajo, sin la correlativa reducción horaria. En el caso, la demandante, madre de un hijo menor de seis años y separada mediante sentencia judicial, interesó como consecuencia de su situación de cuidado de un hijo, la asignación de una jornada completa en turno de mañana de tal suerte que le permitiera conciliar su vida familiar y laboral, en vez del horario partido de mañana y tarde que venía disfrutando. La empresa denegó su petición. El Tribunal Supremo entiende que tal petición carece de amparo legal, ya que el derecho que establece al trabajador el art. 37-6 ET de fijar la concreción horaria, esta vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones; de ahí que no sea admisible la modificación unilateral del sistema de trabajo a turno. A mayor abundamiento señala que análoga conclusión se alcanza si pudiera aplicarse la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de hombre y mujeres, que si bien ha modificado el art. 34 ET, en el sentido de introducir el apartado ocho, lo condiciona no obstante a los términos que se fijen en la negociación colectiva o acuerdo que se llegue con el empleador que no existe en el caso de autos. A la misma conclusión llega la **TS 18-06-2008, Rc. 1625/07**, en relación con el cuidado de un minusválido.

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. Derecho Comunitario de la Seguridad social

1.2. Determinación de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Carácter más beneficioso del Convenio bilateral aplicable

En la **STS 25-3-2009 (Rc 1144/08)** se analiza la forma de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador que acredita parte de su carrera de seguro en Suecia, habiendo cotizado en España con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea. Recuerda la Sala que, tras la STJCE 17-12-1998 (TJE 319/98), dictada en el asunto

«Grajera», cabe acudir al Convenio bilateral firmado entre los dos países con los que el trabajador tiene vínculos siempre que las cotizaciones en el país de reconocimiento se hubieran realizado con anterioridad a la incorporación de España a la Comunidad Europea y el Convenio bilateral establezca una condición más beneficiosa, siendo, en caso contrario, de aplicación obligatoria el Reglamento 1408/71. En el presente caso, el Convenio Hispano-Sueco es potencialmente aplicable al supuesto de hecho, ya que las cotizaciones efectuadas en España fueron anteriores a su fecha de incorporación a la Unión Europea, pero, a juicio de la Sala, no puede desprenderse del mismo norma más beneficiosa de aplicación, ya que el Convenio prevé la aplicación de las bases mínimas de cotización durante el período correspondiente a las cotizaciones efectuadas en Suecia, por lo que ha de aplicarse lo dispuesto en la normativa comunitaria, esto es, los salarios reales cotizados en España en los años inmediatamente anteriores a la interrupción de la cotización en España, una vez convenientemente actualizados y revalorizados.

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

2.1. *Recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de salud y seguridad laboral. Responsabilidad de la empresa principal en caso de contratas que se dedican a la «propia actividad»*

La STS 14-5-2008 (Rc 4016/06) analiza el alcance de la responsabilidad de la empresa principal a la hora de imponer el recargo de prestaciones por accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, cuando la empresa contratista —para la que trabajaba el trabajador accidentado— se dedica a la «propia actividad» de la empresa principal. La Sala, con apoyo en su STS 5-05-1999 (Rc 3656/97), recuerda que en los casos en que ha de determinarse la responsabilidad solidaria de la empresa principal, no es relevante tanto que la empresa contratista se dedique a la propia actividad como el hecho de que **la actividad se realice bajo el control o supervisión de la empresa principal, o en centros o lugares de trabajo, dependencias o instalaciones de esta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercutan en ella**, puesto en este caso es imputable a dicha empresa la omisión del deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores cuyo control o supervisión ejerce.

3. Desempleo

3.1. Desempleo en su nivel contributivo. Derecho a una nueva prestación por desempleo cuando la anterior se ha suspendido en diversos períodos, ninguno de los cuales alcanzó los doce meses de duración, pero sí la suma de ellos

La STS 28-1-2009 (Rc 359/08) plantea un supuesto bastante habitual en el que al actor, perceptor de la prestación por desempleo, le es denegado el acceso a una nueva prestación, por entender el Servicio Público de empleo que no basta con realizar doce meses de trabajos alternos —durante los cuales estuvo interrumpida la prestación—, sino que, para causar derecho a una nueva prestación el trabajo durante el período indicado ha de ser ininterrumpido. La sentencia de la Sala rechaza esta interpretación, basándose para ello en la STS 30-3-2000 (Rc 2105/99), que abordó un supuesto muy próximo en el caso de trabajadores fijos discontinuos, reconociendo el derecho a causar una nueva prestación por desempleo una vez que se acreditaron al menos doce meses de trabajo, a pesar de existir entre medias períodos durante los que no se llevó a cabo actividad laboral alguna. En el presente caso, la Sala reconoce que va aún más allá, ya que no se está ante una actividad de carácter cíclico y, pese a ello, ha de mantenerse que **cabe reconocer al trabajador el derecho a causar un nuevo período de desempleo siempre que haya sumado los doce meses de trabajo previstos en la legislación vigente, con independencia de que estos se lleven a cabo de forma continuada o no.**

3.2. Prestación por desempleo reconocida a trabajador que fue readmitido por opción empresarial ante el despido declarado improcedente, pero cuya relación se extingue posteriormente por la vía del incidente de no readmisión. Responsabilidad de la empresa o del trabajador en orden al abono de las prestaciones indebidamente percibidas

La STS 9-3-2009 (Rc 4429/2007) aborda un complejo supuesto en el que se discute quién es el responsable del abono de la prestación por desempleo indebidamente percibida al Servicio Público de Empleo —en aquel entonces, INEM—. Lo sucedido fue que el despido del trabajador fue declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión. Iniciado incidente de no readmisión, el Juez de lo Social procedió a extinguir el contrato de trabajo por readmisión irregular, fijándose la oportuna

indemnización, sin derecho a salarios de tramitación, porque estos se vinieron abonando hasta la extinción judicial de la relación laboral. Habiendo iniciado el trabajador la percepción de la prestación por desempleo tras el despido —por ser de aplicación al supuesto lo establecido en la Ley 45/02, pero sin que resultase aún aplicable la redacción establecida en la Ley 42/06—, las prestaciones percibidas se convierten automáticamente en indebidamente percibidas al producirse la extinción del contrato por readmisión irregular. La Sala recuerda que, en aquel momento, los supuestos como el presente establecían la obligación de que fuera el empleador quien, de forma directa, procediera a reintegrar al INEM las prestaciones indebidamente percibidas, sin perjuicio del derecho del mismo a la deducción de dichas cantidades de los salarios de tramitación. Ahora bien, dado que, en el presente supuesto la empresa había abonado al trabajador los salarios de tramitación, se plantea si ha de hacerse cargo aquella de las prestaciones indebidamente percibidas o si las mismas han de abonarse directamente por parte del trabajador. La sentencia llega a la conclusión de que **es la empresa quien ha de abonar las prestaciones percibidas por el trabajador, por específica previsión legal, sin que pueda acudir al mecanismo de la compensación o a la liberación de la empresa**, por considerar que la misma había realizado el pago de los salarios de tramitación de buena fe. Pero recuerda la Sala que la empresa tiene la condición de tercero en la relación entre el INEM y el desempleado en el abono de la prestación por desempleo, por lo que ninguno de estos preceptos resulta de aplicación.

3.3. Incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo con posterior reconocimiento de incapacidad permanente total. Fecha de inicio de la prestación por desempleo

La STS 13-4-2009 (Rc 2255/08) se refiere a un tema que ha dado lugar a fallos previos por parte de la Sala en fechas relativamente recientes. Nos referimos al tránsito de la incapacidad temporal —una vez extinguido el contrato de trabajo— a la incapacidad permanente. En este caso, la cuestión planteada se refiere a un trabajador que, encontrándose en situación de incapacidad temporal, ve extinguido su contrato y solicita prestación por desempleo. Con posterioridad, le es reconocida una incapacidad permanente total. El Servicio público de empleo sólo le reconoce la prestación por desempleo a partir del primer día del mes en que se le ha reconocido la incapacidad permanente total. Reclama el trabajador la prestación por desempleo desde la extinción del contrato. La Sala,

se apoya en sentencias precedentes —SSTS 5-7-2007 (Rc 689/06), 4-3-2008 (Rc 571/07) y 19-5-2008 (Rc 1727/07)— que han abordado supuestos próximos, en los que, a efectos de determinar la base reguladora, la Sala ha tenido que determinar si ha de considerarse en situación de desempleo el trabajador en incapacidad temporal que ve extinguido su contrato y que después, sin solución de continuidad, es declarado en incapacidad temporal. Sostiene así la Sala que **la normativa vigente ha querido que el trabajador que ve extinguido su contrato en situación de incapacidad temporal, se mantenga en dicha situación, aunque perciba una prestación en la misma cuantía que la que le correspondería por desempleo**. De la misma forma, el trabajador que, percibiendo la prestación por desempleo, inicia incapacidad temporal, pasa a estar en esta última situación, pasando de nuevo a percibir la prestación por desempleo, una vez obtenida el alta médica.

3.4. Derecho al desempleo asistencial para mayores de 52 años por trabajadores españoles retornados que percibieron prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana pero que no han efectuado cotización alguna en España

La STS 14-10-2008 (Rc 3165/07) aborda el caso de una trabajadora, perceptora del subsidio por desempleo en Alemania y que decide exportar la prestación en España, por el plazo máximo previsto de tres meses. Posteriormente solicita en España el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y este le es denegado porque el último lugar en que cotizó no fue España. En efecto, **la Sala llega a la conclusión de que, en virtud del art. 67.3 del Reglamento CE 1408/71, para causar la prestación por desempleo en un país comunitario, han de haberse efectuado las últimas cotizaciones en dicho país**. Dado que, en el presente caso, consta que estas se realizaron en Alemania, la sentencia desestima la demanda.

3.5. Derecho a devengar subsidio por desempleo en el nivel asistencial por parte de quien percibió una indemnización superior a la legal en virtud de ERE afectante a la empresa Telefónica de España, SA

La STS 3-12-2008 (Rc 99/08) pretende determinar si ha de reconocerse derecho a subsidio asistencial por desempleo a un trabajador afectado por un ERE de Telefónica de España SA según el cual percibió una

indemnización superior a la legal. La sentencia reconoce que está claro que la indemnización legal queda en todo caso excluida, centrándose la cuestión debatida en si el exceso ha de computarse a efectos de determinar si el solicitante cumple los requisitos de carencia de rentas previstos en la LGSS. Para la Sala **la extinción del contrato de trabajo del trabajador afectado no trae causa de «planes en sectores en reestructuración» aprobados antes de 26 de mayo de 2002 «en el ámbito de la Unión Europea», por lo que la indemnización superior a la legalmente fijada, se encuentra sujeta.**

3.6. Subsidio por desempleo. Inclusión del nieto como miembro de la unidad familiar

En la STS 5-12-2008 (Rc 2548/06) se discute, a efectos del cómputo de las rentas, si hay que incluir en la unidad familiar a la nieta que convive en el domicilio del solicitante con su madre, hija del anterior. La Sala recuerda que, **salvo supuestos como los abordados en la STS 13-6-98 (Rc 4718/97) —en los que cabe computar como miembro de la unidad familiar al nieto cuando los padres han fallecido y es el abuelo quien asume la guarda y cuidado de aquellos—, ha de aplicarse el criterio fijado normativamente, por el que sólo cabe computar en la unidad familiar a los hijos del solicitante.**

3.7. Derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Trabajadora que, tras percibir el subsidio por desempleo para emigrantes retornados, se mantiene siempre inscrita como demandante de empleo. Alcance del concepto de situación asimilada al alta

La STS 28-4-2009 (Rc 1813/08) se plantea si una trabajadora emigrante que ha retornado a España y que, inmediatamente después ha percibido el subsidio de desempleo de emigrantes retornados, permaneciendo con posterioridad siempre inscrita como demandante de empleo, tiene derecho a la percepción del subsidio para mayores de 52 años por entenderse que se encontraba en situación asimilada al alta. La cuestión se centra en determinar si el hecho de que retornase a España implica una pérdida voluntaria del empleo, que la incapacitaría para considerar que se encuentra en situación asimilada al alta. Sostiene la sentencia que los trabajadores emigrantes retornados son declarados en situación legal de

desempleo sin exigir que la extinción contractual en el país de emigración se haya producido por causas ajenas a la voluntad del trabajador. Siendo esto así, **ha de considerarse que la trabajadora se mantuvo siempre en situación asimilada al alta, al constar que tras su retorno a España, y posterior percepción del subsidio por desempleo para emigrantes retornados, siempre se mantuvo inscrita como demandante de empleo.**

3.8. Subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Reconocimiento del derecho a trabajador a tiempo parcial que percibe rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional

La STS 13-5-2008 (Rc 901/07) analiza el caso de un trabajador que perdió uno de los dos empleos que realizaba, iniciando el cobro de la prestación por desempleo parcial, manteniendo el anterior empleo, por el que percibía ingresos superiores al 75% del salario mínimo interprofesional. Tras el agotamiento de dicha prestación, solicitó subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que le fue inicialmente concedido, pero respecto del cual, con posterioridad, el Servicio Público de Empleo le reclama las cantidades, a su juicio, indebidamente percibidas. La Sala entiende que, **aunque es cierto que la normativa vigente prevé la posibilidad de compatibilidad la percepción del subsidio de desempleo y un trabajo a tiempo parcial una vez que se ha reconocido el primero —si bien, disminuyendo su cuantía en función del tiempo trabajado—, dicha compatibilidad no puede extenderse al momento de reconocimiento del derecho, en particular, cuando, como sucede en el presente caso, los ingresos del trabajador por el trabajo a tiempo parcial superan el 75% del salario mínimo interprofesional, requisito este respecto del cual no cabe aplicar excepciones.** Según la sentencia, «Desde esta perspectiva, la naturaleza asistencial del subsidio significa que, a falta de previsión normativa específica, no cabe moderar un requisito legal cuya interpretación gramatical es clara. El número 1 del art. 215 LGSS exige que quien pretenda acceder al subsidio carezca de ingresos que superen el límite allí establecido, sin excepción o moderación alguna en función de la naturaleza de la actividad, y por ello no se ajusta al precepto afirmar que en caso de que se presten servicios por cuenta ajena en la modalidad de a tiempo parcial, ese requisito de inexistencia de ingresos ha de moderarse proporcionalmente a la duración o extensión temporal del trabajo realizado» (fundamento jurídico cuarto).

4. Incapacidad Temporal

4.1. Incapacidad temporal por recaída, cuando no se ha agotado el período máximo previsto en la legislación vigente. Determinación del momento relevante para entender cumplidos los requisitos de carencia y alta o situación asimilada al alta

La STS 1-4-2009 (Rc 516/08), de Sala General, rectifica la jurisprudencia contenida en las SSTS 27-6-2006 (Rc 1372/04) y 6-7-2006 (Rc 510/05). En las mismas, la Sala había señalado que, en supuestos de recaída por una enfermedad que generó un previo procedimiento de incapacidad temporal, sin que hayan transcurrido seis meses desde aquel, ha de estarse al momento de la recaída para apreciar la concurrencia de los requisitos que dan derecho a la incapacidad temporal, en concreto, el período de carencia y el cumplimiento del requisito de estar de alta o en situación asimilada al alta. Ahora, la Sala procede, en primer lugar, a distinguir, a efectos de la incapacidad temporal, entre recaída y recidiva. En concreto, para la Sala, la recaída se produciría cuando, por la misma enfermedad, se abre un segundo período de incapacidad temporal en un plazo inferior a los seis meses, siempre que no se hubiera agotado con la primera incapacidad temporal el período máximo de duración de la misma previsto por la legislación vigente. Por su parte, la recidiva se produciría en aquellos casos en que se reclama incapacidad temporal por la misma enfermedad y se ha agotado el período máximo de duración de la prestación referida. En el presente caso, estamos ante una situación que hace referencia al primer concepto enunciado. Ahora bien, para entender el cambio de posición de la Sala, ha de partirse de la modificación introducida en el art. 131.bis LGSS por la Ley 30/05, teniendo en cuenta, por otra parte, que al supuesto no le es de aplicación por razones temporales la reforma introducida por la Ley 40/07. Según la misma, **en los supuestos de recidiva, una vez agotado el período máximo de incapacidad temporal, el sujeto causante ha de haber cotizado seis meses para poder generar una nueva prestación de incapacidad temporal.** El tenor literal de la norma supone, en primer lugar, una modificación del criterio contenido en las SSTS 10-10-2006 (Rc 1169/05) y 15-1-2008 (Rc 1054/06), entre las más recientes. Pero, además, indirectamente, se desprende de esta normativa una solución **para los supuestos como el presente, en los que, sin haber agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal, se produce una recaída antes del transcurso de seis meses.** Para la Sala, **a la hora de apreciar el requisito de la carencia y el cumplimiento del alta, ha de estarse**

a la fecha de declaración de la primera incapacidad temporal y no a la fecha de la recaída. Todo ello sin perjuicio de que, por razones de flexibilidad, convenga mantener la jurisprudencia contenida en las SSTS 6-11-2000 (Rc 2698/99 y 26/06/2006 (Rc 367/05), entre otras, que permiten acceder a la incapacidad temporal cuando se cumplen los requisitos señalados en el momento de la recaída, pero no en el de inicio de la primera incapacidad temporal.

5. Incapacidad permanente e invalidez

5.1. Incapacidad permanente total. Concepto de «profesión habitual». Policía local que realiza sólo funciones administrativas tras sufrir accidente laboral

La STS 1-6-2008 (Rc 256/07) aborda un supuesto respecto del cual existen antecedentes ya en la Sala, como es la determinación del concepto de «profesión habitual» a la hora de determinar los grados de incapacidad permanente total y parcial. En el caso concreto, se discute cuál ha de ser las funciones que han de tomarse en cuenta para determinar la profesión habitual de un policía municipal que, como consecuencia de un accidente laboral sufrido, vio modificadas sus funciones. Antes del accidente el trabajador realizada las funciones propias de patrulla, mantenimiento del orden público —con lo que ello implica de persecución y detención de delincuentes—, labores de regulación de tráfico, etc., pasando a realizar fundamentalmente tareas administrativas acordes con su clasificación profesional. La sentencia entiende, siguiendo la doctrina contenida en SSTS 23-2-2006 (Rc 5135/04), 12-2-2003 (Rc 861/02) o 27-4-2005 (Rc 998/04) que **no sólo han de tenerse en cuenta las funciones que se realizan y que son propias de la profesión que se ejerce, sino también todas aquellas que integran objetivamente su función.**

5.2. Determinación de la incapacidad permanente parcial de una funcionaria de policía local. Efectos sobre la declaración del grado de incapacidad permanente del pase a la segunda actividad. Concepto de profesión habitual

La STS 25-3-2009 (Rc 3402/07) aborda la declaración en incapacidad permanente parcial de la actora, de profesión funcionaria de poli-

cía local. La actora sufrió accidente de trabajo, y debido a las lesiones y secuelas padecidas, fue adscrita a la denominada «segunda actividad», consistente en labores administrativas de atestados de policía. Se plantea si **el pase a la segunda actividad, por sí mismo**, implica el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial, llegando la sentencia comentada a la conclusión de que dicho pase puede tomarse por parte de los órganos competentes de declaración de la incapacidad permanente como un criterio más, pero **en ningún caso puede constituir un elemento por sí sólo determinante del reconocimiento de la incapacidad**. Por otra parte, la sentencia se plantea si, **a la hora de determinar el grado de incapacidad, se ha de estar** a la segunda actividad ejercida o **al conjunto de actividades que configuran la profesión de policía**. La sentencia opta por este segundo criterio, entendiendo que el que la actora haya sido destinada a la segunda actividad no puede implicar que no se tomen en consideración otras funciones que habitualmente se realizan en el marco de la profesión ostentada por la misma.

5.3. Derecho a prestación de incapacidad permanente cuando por las mismas lesiones ya se había denegado con anterioridad la misma por falta de carencia, y habiendo cotizado posteriormente en distinto Régimen de Seguridad Social

La STS 6-11-2008 (Rc 4255/07) plantea si cabe reconocer una prestación de incapacidad permanente a quien solicitó con anterioridad la misma y esta le fue denegada finalmente por sentencia del TS por falta de carencia. La Sala recuerda que, según su doctrina contenida en las SSTS 29-09-2004 (Rc 5363/03), 21-09-05 (Rc 6651/03) y 21-02-08 (Rc 64/07), para denegar el derecho a la prestación, las lesiones han de ser previas a la afiliación, siempre que, con posterioridad, no se haya producido agravación. En este caso, está claro que las lesiones son posteriores a la afiliación al Sistema de Seguridad, sin que se haya probado que la posterior cotización al Régimen Especial Agrario se deba a fraude de ley, tratándose de cotizaciones reales, por lo que la trabajadora tiene derecho a solicitar nuevamente la prestación inicialmente denegada, una vez cumplida la carencia. Por otra parte, ha de recordarse que la afiliación a la Seguridad Social es única y se produce con la primera incorporación a una actividad que suponga encuadramiento en la misma, por lo que el cambio de Régimen de

Seguridad Social no es relevante para conceder o denegar la prestación solicitada.

5.4. Gran invalidez. Revisión del grado de invalidez por realización de trabajos compatibles con la capacidad residual del perceptor de la prestación. Necesidad de que concurra mejoría

Teniendo en cuenta la doctrina contenida en la STS 30-1-2008 (Rc 480/07), y que ha sido reiterada en este año judicial mediante la **STS 10-11-2008 (Rc 56/08)** la Sala, en la **STS 23-4-2009 (Rc 2512/08)** aborda un supuesto en el que el INSS revisa de oficio una gran invalidez típica —esto es, una incapacidad permanente absoluta a la que se le reconoce la prestación correspondiente a la necesidad de ayuda de una tercera persona para las funciones básicas de la vida cotidiana—, reduciéndola a incapacidad permanente total, pero con mantenimiento de la prestación correspondiente a la necesidad de ayuda de una tercera persona, supuesto que, aunque previsto legalmente, es raramente utilizado por la Administración. La Sala entiende que, **para que el INSS pueda revisar de oficio la prestación reconocida en supuestos de trabajo del inválido, ha de apreciarse una mejoría en la situación del trabajador que le permita justificar la modificación del grado reconocido, sin que baste con la mera realización de un trabajo compatible.**

5.5. Incapacidad permanente. Revisión de grado que confirma el anterior: necesidad de fijar plazo para instar una nueva revisión tras la entrada en vigor de la Ley 52/2003

Hasta la entrada en vigor de la Ley 52/2003, que modificó el art. 143.2 LGSS, la Sala venía sosteniendo que la necesidad de fijar plazo para una nueva revisión sólo afectaba a las resoluciones iniciales de declaración de incapacidad permanente y aquellas que reconocen un nuevo grado, pero no a las resoluciones denegatorias de la revisión del grado (así, STS 30-6-2000 (Rc 4226/99)). Ahora bien, tras la entrada en vigor de la nueva norma, **la STS 14-5-2008 (Rc 3063/07) recuerda que dicha obligación de fijar plazo alcanza también a aquellas resoluciones que procedan a confirmar el grado de incapacidad permanente**, es decir, aquellas resoluciones que resuelvan en sentido negativo la revisión del grado de incapacidad permanente.

5.6. *Derecho a revisar una pensión de incapacidad permanente parcial antes del plazo fijado en la resolución de reconocimiento de la prestación*

Para la **STS 18-11-2008 (RC 543/08) un trabajador en incapacidad permanente parcial** —que inicialmente le fue reconocida como incapacidad permanente total, pero que finalmente fue fijada como incapacidad permanente parcial en sentencia firme— **puede solicitar revisión por agravación, si se encuentra trabajando, con anterioridad a la fecha de revisión prevista en la resolución inicial que le reconoció la prestación.** Para la Sala, no cabe limitar la posibilidad de revisar la prestación antes de plazo a los supuestos de reconocimiento de pensiones de incapacidad permanente y, en consecuencia, ha de reconocerse este derecho también a aquellos supuestos en los que se genera una prestación a tanto alzado, cual sucede en el caso juzgado en la sentencia recurrida.

5.7. *Trabajadores a tiempo parcial. Cómputo de los «días cuota» a los efectos de determinar el cumplimiento del período de carencia requerido para causar una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común*

La **STS 25-6-2008 (Rc 2502/07)** analiza el caso de una trabajadora a la que se le denegó incapacidad permanente absoluta por enfermedad común por no haber cumplimentado el período de carencia requerido para causar la prestación. Tanto en la instancia como en suplicación se desestimó su pretensión. Ahora bien, la Sala de suplicación reconoció a la actora un número de días teóricos de cotización superiores, pero consideró que no procedía añadir los 334 días de cotización que el INSS originariamente había computado en función de los «días cuota» que el correspondían a la actora en virtud de sus cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias. Limitado el debate a este último punto en casación para unificación de doctrina, la Sala recuerda que, **en el caso de los trabajadores a tiempo completo, y a salvo de lo previsto expresamente por la legislación vigente en materia de jubilación, a la hora de calcular el período de carencia de las restantes prestaciones, se toman en consideración los días cuota. Siendo esto así, ha de entenderse aplicable a este supuesto el cómputo de los días cuota,** ya que la legislación específica en materia de prestaciones correspondientes a trabajadores a tiempo parcial no se ocupa expresamente de la cuestión, ni es incompatible con

su reconocimiento. Recuerda la Sala que el cómputo de los días teóricos de cotización no toma en cuenta la cotización correspondiente a las pagas extraordinarias, como tampoco la regla que incrementa, a efectos de carencia, por 1,5 los días cotizados por los trabajadores a tiempo parcial. En consecuencia, considera la Sala que de no aplicarse los días cuota a los trabajadores a tiempo parcial y sí a los trabajadores a tiempo completo, se estaría reconociendo una discriminación, todo ello teniendo en cuenta la doctrina contenida en la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

5.8. Incapacidad permanente por enfermedad profesional. Determinación de la base reguladora. Inclusión de la cuantía anual de las pagas extraordinarias y no la parte proporcional del tiempo trabajado

En la **STS 5-5-2009 (Rc 1243/08)** se analiza cómo ha de calcularse la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. En concreto, se discute si ha de incluirse la parte proporcional de las pagas extraordinarias o la totalidad de la cuantía de las mismas en cómputo anual, teniendo en cuenta que el trabajador procedía de una situación de incapacidad temporal. **La Sala**, aplicando lo dispuesto en los arts. 60.2.^a y 63 párrafo 2.º del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, **llega a la conclusión de que la norma establece claramente que han de incluirse las pagas extraordinarias en su cómputo anual**, por lo que no puede limitarse su cómputo a la parte proporcional del período trabajado antes del inicio de la incapacidad temporal.

6. Jubilación

6.1. Expediente de regulación de empleo que afecta a toda la plantilla de una empresa y, en consecuencia, a trabajador jubilado parcialmente y a trabajador relevista. Obligación de la empresa de proceder a abonar la prestación de jubilación parcial hasta su jubilación ordinaria o anticipada

Las **SSTS 29-5-2008 (Rc 1900/07)**, **23-6-2008 (Rc 2335/07)** y **19-9-2008 (Rc 3804/07)** han abordado la cuestión del alcance de la responsabilidad empresarial respecto a la prestación de jubilación parcial de un trabajador sustituido mediante contrato de relevo, cuando tanto el ju-

bilado parcialmente como el relevista se han visto afectados por un expediente de regulación de empleo que ha afectado a la totalidad de la plantilla. **La Sala entiende que al no existir relación laboral con el trabajador jubilado parcialmente, tampoco existe obligación de contratar a un trabajador relevista**, por lo que el supuesto no encaja en lo establecido en el apartado 2 de la DA.2.^a RD 1131/02, al no haberse despedido improcedentemente al trabajador jubilado a tiempo parcial ni, en consecuencia, al apartado 4 de dicha DA, que sólo establece la responsabilidad respecto del abono de la prestación de jubilación parcial hasta la jubilación anticipada u ordinaria del trabajador jubilado parcialmente cuando se haya producido un incumplimiento de lo dispuesto en la citada disposición, lo cual no sucede en el presente caso.

6.2. *Contrato de relevo con trabajador que se encuentra en situación de desempleo pero que realiza a su vez una prestación a tiempo parcial para otro empleador.*

Para la **STS 16-12-2008 (Rc 4254/07)**, en el caso de celebración de un contrato de relevo, es necesario que el trabajador relevista se encuentre en situación de desempleo, aunque no a tiempo completo, de tal forma que puede encontrarse vinculado a otra empresa mediante un contrato a tiempo parcial.

6.3. *Determinación del carácter voluntario de trabajador prejubilado de Telefónica de España, SA que es contratado temporalmente por un período corto de duración antes de cumplir la edad de jubilación. Coeficiente reductor aplicable*

En la **STS 14-5-2008 (Rc 884/07)**, se discute cuál ha de ser el coeficiente reductor aplicable a un trabajador prejubilado de la empresa Telefónica de España, SA, que, tras haber permanecido un largo período de tiempo como desempleado, fue contratado temporalmente durante casi nueve meses, concluyendo dicha relación laboral cuatro meses antes de cumplir la edad de jubilación. La cuestión consiste en determinar si dicho contrato ha de considerarse celebrado en fraude de ley con la finalidad de conseguir que se considere que el trabajador ha perdido involuntariamente el trabajo desarrollado. Ha de recordarse que la Sala ha consolidado una jurisprudencia que ha entendido que la prejubilación

llevada a cabo en el caso de la empresa Telefónica de España, SA no constituye un cese involuntario en el trabajo, ya que los trabajadores podían acogerse libremente a la extinción incentivada ofrecida por parte de la empresa [en este sentido, SSTS 4-7-2006 (Rc 4699/04), 13-10-2006 (Rc 4694/04), 23-10-2006 (Rc 1594/05) y 14-3-2007 (Rc 5441/05), entre otras]. La sentencia ha llegado a la conclusión de que no existen indicios que permitan apreciar la existencia de fraude de ley —el cual, como es sabido, no puede presumirse—, ya que **el trabajador, durante su larga permanencia en el desempleo, no fue sancionado por rechazar ninguna oferta adecuada de empleo, sin que del hecho de desarrollar una actividad temporal unos meses antes de su jubilación sea indicio suficiente para entender que la aceptación de dicho trabajo constituye fraude de ley**. Tras esta sentencia, ha de tenerse en cuenta que la Sala ha dictado varias sentencias sobre el mismo tema apreciando falta de contradicción, y poniendo de manifiesto las indudables dificultades existentes para apreciar la contradicción requerida en supuestos en los que lo discutido es la existencia de fraude. Así, debe citarse la **STS 22-1-2009 (Rc 4610/07)**.

6.4. Sacerdotes o religiosos que causan una pensión de jubilación parcial con anterioridad a cumplir los sesenta y cinco años de edad. Posibilidad de solicitar que esta se incremente en función de los períodos de actividad religiosa asimilados

Para la **STS 13-10-2008 (Rc 3330/07)**, aquellas personas que causen una pensión de jubilación parcial con anterioridad al cumplimiento de la edad de 65 años en función de las cotizaciones realizadas, pueden solicitar que se incremente la base reguladora aplicable computando como asimilados a años cotizados aquellos años durante los que no pudieron cotizar a la Seguridad Social por impedirlo la normativa vigente en aquel momento. La Sala, con apoyo en su doctrina contenida en las SSTS 28-2-2001 (Rc 1506/00 y 1057/00), dictadas ambas en Sala General, que declaró que sólo son computables como asimilados a cotizados aquellos períodos durante los que no se pudo efectivamente cotizar, existiendo Sistema de Seguridad Social establecido para ello, entiende que **la necesidad de esperar hasta tener cumplidos los sesenta y cinco años para reclamar el reconocimiento de la prestación de jubilación en función de los años asimilados a cotizados, no ha de alcanzar a aquellas personas que, en virtud de sus cotizaciones reales, cumplen el período**

de carencia para causar una pensión de jubilación y pretenden computar los años de sacerdocio o de profesión religiosa exclusivamente a los efectos de incrementar la cuantía de la pensión, teniendo en cuenta que la jubilación parcial exige precisamente, para poder causarla, tener cumplidos los sesenta años de edad, sin que el RD 2665/98 establezca una determinada edad para poder acceder al beneficio del incremento de la pensión de jubilación.

6.5. *Derecho a la jubilación parcial por parte de un trabajador por cuenta ajena que se encuentra de alta en el Régimen General en el momento de solicitar la misma, pero que no alcanza en dicho Régimen cotizaciones suficientes en dicho Régimen, debiendo causar la prestación de jubilación en el RETA*

En la importante **STS 20-1-2009 (Rc 4605/05)** se analiza si tiene derecho a acogerse a la jubilación parcial un trabajador por cuenta ajena que, en el momento de solicitar la pensión, se encontraba afiliado y de alta en el Régimen General, pero que había cubierto sólo un tercio de las cotizaciones acreditadas en dicho Régimen, correspondiendo los dos tercios restantes al RETA. Por otra parte, en el Régimen General, no acredita cotizaciones suficientes por sí solas para causar la prestación de jubilación en el mismo, aunque sí en el RETA. Consta asimismo que el trabajador había cotizado también durante su vida laboral al Régimen Especial Agrario, sin que tampoco alcanzara en este Régimen la carencia suficiente para generar el derecho a la prestación de jubilación. La Sala recuerda la jurisprudencia contenida en la STS 4-3-1993 (Rc 1222/93), —pese a no resultar de aplicación al caso, dado que el trabajador acreditaba cotizaciones suficientes en el RETA—, señalando que en aquellos casos en que resulta necesario efectuar el cómputo recíproco de las cotizaciones por no alcanzarse el período de carencia en ninguno de ellos, ha de causarse la misma en aquel en el que el trabajador acredite más cotizaciones que, en el presente caso, también sería el RETA. A partir de este dato, la Sala llega a la conclusión de que, **aun causando la prestación en el RETA, ninguna norma de Seguridad Social impide que al trabajador le sea reconocida la jubilación parcial, teniendo en cuenta que en el momento de causar la prestación se encuentra de alta en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena**. Recuerda por último la Sala que la nueva normativa en la materia, contenida en la Ley 40/07 —que no resulta de aplicación al caso—, establece una antigüedad en la empresa de seis años inmediata-

mente anteriores a solicitar la jubilación parcial, exigiendo asimismo una cotización mínima de treinta años en el Sistema de Seguridad Social. Como puede observarse, la nueva normativa no se opone a que se reconozca el derecho a la jubilación parcial al trabajador por cuenta ajena que cumpla los referidos requisitos, ya que no establece la obligación de que las cotizaciones realizadas durante los treinta años requeridos hayan sido realizadas necesariamente en el Régimen General.

6.6. Pensión de jubilación anticipada respecto de trabajador que no tiene la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967 y que ha de causar la pensión en el RETA por no acreditar cotizaciones suficientes en el Régimen General

Muy relacionada con el caso que acaba de comentarse, ha de reseñarse la **STS 15-1-2009 (Rc 208/08)**, en la que la pretensión no consiste en causar una prestación de jubilación parcial, sino una pensión de jubilación anticipada a los 61 años de edad por parte de quien no tenía la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967. El trabajador había cotizado 6.240 días en el RETA durante el período 1-12-77 a 31-12-94; 2.867 días en el Régimen General, desde 9-2-94 a 30-12-04; y 2.191 días en el REA por cuenta ajena en el período 1-1-73 a 31-12-78. El trabajador no acreditaba cotizaciones suficientes para causar la prestación de jubilación ni en el REA ni en el Régimen General, por lo que resultaba necesario acudir al cómputo recíproco de las cotizaciones, debiendo causar la prestación en el RETA. Pero **la Sala recuerda que no cabe causar la pensión de jubilación anticipada en el RETA, salvo en el supuesto de que el solicitante hubiera tenido la condición de mutualista con anterioridad al 1 de enero de 1967, al disponerlo así de forma expresa la Ley 47/98**. En consecuencia, aun siendo la Sala consciente del diverso tratamiento dado a la jubilación parcial y a la jubilación anticipada, procede a no reconocer el derecho a la jubilación anticipada al trabajador en cuestión.

6.7. Pensión de jubilación en su nivel no contributivo. Cómputo a efectos del cumplimiento del límite de ingresos de una indemnización por accidente de circulación

En la **STS 30-4-2009 (Rc 856/08)** se aborda si se ha de computar como renta, a efectos de causar una pensión de jubilación no contributi-

va, la indemnización percibida por accidente de circulación. La Sala entiende que este concepto indemnizatorio no cabe entenderlo incluido en alguno de los supuestos previstos por la norma de Seguridad Social a tales efectos («cualesquiera bienes o derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional»), por lo que no ha de computarse como renta a los efectos de determinar si el causante supera o no el límite de ingresos establecido a tales efectos. Todo ello teniendo en cuenta, además, tal y como declara la **STS 27-1-2009 (Rc 1354/08)** que la interpretación de los requisitos de acceso a las prestaciones contributivas y no contributivas ha de efectuarse «de forma y manera que su aplicación no frene si dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho».

6.8. *Inclusión como renta de la unidad familiar de una subvención por adquisición de vivienda habitual concedida a favor de la hija de una perceptora de pensión de jubilación no contributiva.*

Por su parte, la **STS 6-4-2009 (Rc 3006/08)** se ocupa de determinar si ha de computarse una subvención concedida por la Junta de Extremadura para la adquisición de la vivienda habitual a los efectos de determinar el cumplimiento de los límites de renta establecidos para causar una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva. La Sala, con apoyo en las SSTS 14-12-2001 (Rc 2544/01) y 19-4-2002 (Rc 2202/01) recuerda que para el cómputo anual de las rentas del solicitante y de los demás miembros de la unidad familiar cabe aplicar dos reglas: la primera, en el caso de presentación del declaración del IRPF se presumirá, salvo prueba en contrario, que la renta está constituida por las rentas anuales declaradas por cada uno de los componentes de la unidad familiar; la segunda, si no se ha presentado declaración del IRPF, se tomarán en consideración las rentas comprendidas en los doce meses anteriores a la solicitud, según las reglas establecidas en el IRPF, estableciéndose expresamente que «en ausencia de rendimientos efectivos de bienes muebles o inmuebles de que disponga el solicitante o la unidad familiar, estos se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto de la Renta de las personas físicas, con excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el solicitante y su familia». Interpretada esta excepción a la luz del art. 47 de la CE y de lo establecido en el art. 3.1 Cc, la Sala llega a la conclusión de que **la subvención concedida por**

adquisición de vivienda habitual no ha de computar a los efectos de determinar si el solicitante o la unidad familiar superan los límites de renta establecidos en la legislación vigente para causar una pensión de jubilación no contributiva.

7. Muerte y supervivencia

7.1. Cuantía de la pensión de orfandad de hijo extramatrimonial pese a que viva la madre. Inclusión en la misma de la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad

En la STS 9-6-2008 (Rc 963/07), se discute la cuantía de la prestación de orfandad que le ha de corresponder a un hijo extramatrimonial por fallecimiento del padre pese a que viva la madre, teniendo en cuenta que ninguna persona tuvo vínculo matrimonial con el fallecido. La Sala modifica su doctrina, que hasta la fecha había venido pronunciándose en el sentido de que la prestación de orfandad del hijo extramatrimonial no se incrementaba con la pensión de viudedad que le hubiera correspondido al cónyuge, porque no puede hablarse de la existencia de un cónyuge sobreviviente en el supuesto de hecho analizado, al no haber contraído nunca matrimonio el causante [por todas, STS 23-2-1994 (Rc 1264/93)]. La razón para modificar la misma se encuentra en la STC 154/2006 de 22 de mayo que, analizando un supuesto próximo al presente, aunque relativo al derecho a una indemnización a tanto alzado por fallecimiento en supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, llegó a la conclusión de que la interpretación realizada implicaba un impacto negativo en los derechos de los hijos extramatrimoniales, sobre todo desde la perspectiva del cumplimiento del principio de igualdad de trato entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En consecuencia, la Sala llega a la conclusión de que la doctrina de la sentencia de suplicación es la correcta, en la medida en que **ha de reconocerse al huérfano extramatrimonial el derecho al incremento de la pensión de orfandad en la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad, todo ello sin perjuicio de lo que quepa interpretar cuando se analice un supuesto en el que ya resulte de aplicación la reforma introducida por la Ley 40/2007 en el art. 174.3 LGSS**, en el que, por vez primera, se regula el derecho a la pensión de viudedad de quienes se hallaren unidos al causante como pareja de hecho en el momento del fallecimiento de este.

7.2. Derecho a pensión de viudedad a favor de quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05

En la STS 29-4-2009 (Rc 577/08), de Sala General, se analiza si cabe reconocer la pensión de viudedad a quien convivía «more uxorio» con otra persona del mismo sexo, que falleció con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/05, que reguló por primera vez en España el matrimonio entre homosexuales. Más en concreto, lo que pretende el actor es que se aplique analógicamente al supuesto de hecho la DT. 10.^a de la Ley 30/1981, que reguló en España por primera vez el divorcio, y que reconoció el derecho a percibir la pensión de viudedad a quienes no pudieron contraer matrimonio con anterioridad a dicha fecha por impedírselo la legislación entonces vigente, siempre que el fallecimiento hubiera tenido lugar, obviamente, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. **La sentencia, con un importante Voto particular, firmado por cinco magistrados de la Sala, entiende que la Ley 13/05 no ha establecido de forma expresa una disposición transitoria como la que se pretende aplicar, sin que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo venga reconocido expresamente en la Constitución, por lo que no vulnera el derecho a la igualdad el que sólo se pueda acceder a la pensión de viudedad tras la regulación de dichos matrimonios, cumpliendo así con el principio de irretroactividad de la ley previsto en el Código Civil.** La Ley no pretende así eliminar una situación discriminatoria preexistente, sino instaurar algo nuevo, eliminando una concepción que estimó anticuada en cuanto a las relaciones de convivencia entre parejas del mismo sexo. El Voto particular discrepa de este fallo, entendiendo que el matrimonio entre personas del mismo sexo merece el mismo tratamiento que el previsto en la Ley 30/1981, so pena de caer en la arbitrariedad, debiendo aplicarse la D.T. 10.^a de dicha Ley por la vía analógica, en virtud del principio de igualdad constitucionalmente reconocido.

8. Mejoras Voluntarias

8.1. Derecho a mejora de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo, y habiéndose declarado con posterioridad que la extinción constituía despido improcedente

La STS 10-2-2009 (Rc 3672/07) analiza un interesante supuesto en el que el trabajador se encontraba ya en situación de incapacidad tempo-

ral cuando su contrato fue extinguido, reclamando por despido improcedente, y estimándose la demanda, sin derecho a salarios de tramitación —al estar el trabajador en incapacidad temporal— optando la empresa por la indemnización. Reclama en el presente procedimiento su derecho a la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo para la incapacidad temporal, desde la decisión extintiva de la empresa hasta la opción empresarial por la indemnización, una vez declarado el despido improcedente. La sentencia considera que el trabajador tiene derecho a la mejora, ya que, aunque el trabajador no tenga derecho a los salarios de tramitación, según se desprende de doctrina ya consolidada [SSTS 28-5-1999 (Rc 2646/98) y 11-2-2003 (Rc 1801/02)], **el empresario está obligado durante el período reclamado al abono de las cotizaciones correspondientes, por lo que el mismo se considerará «período de ocupación cotizada a todos los efectos», incluyendo por tanto, el derecho a lucrar la mejora voluntaria.**

8.2. *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. El Acuerdo de exteriorización de los compromisos por pensiones de 14 de noviembre de 2000 no se aplica a los trabajadores que estaban en excedencia voluntaria, siempre que no vuelvan a prestar servicios en activo*

Según la STS 3-11-2008 (Rc 2879/07), el Acuerdo de 14 noviembre de 2000 por el que se convino entre la empresa BBVA y sus trabajadores exteriorizar los compromisos por pensiones no se aplica, cual se deriva de su tenor literal, a quienes entonces estaban en excedencia voluntaria, pero tampoco a los excedentes voluntarios que «no vuelven a prestar servicios efectivos» al Banco, aunque pidan el reingreso y la empresa **los indemnice por despido improcedente, pues no llegan a adquirir la condición de activos.**

9. Regímenes Especiales

9.1. *Baja por maternidad en el RETA solicitada en el período de noventa días posteriores a cursar la baja en dicho Régimen*

En la STS 5-12-2008 (Rc 2836/07), la Sala aborda un supuesto próximo aunque no idéntico al planteado en la STS 25-6-2008 (Rc 3432/07). Se analiza el acceso a la prestación por maternidad de una trabajadora

que, estando en situación de incapacidad temporal, causa baja en el RETA y, posteriormente, al día siguiente del alta médica —que se produce antes del transcurso de noventa días desde la baja en el RETA—, solicita el subsidio por maternidad, encontrándose ya en vigor el RD 1251/01. La Sala reitera su doctrina contenida en las SSTS 26-1-2005 (Rc 3499/03), y 29-4-2002 (Rc 2078/01) —si bien anteriores a la entrada en vigor de la mencionada norma reglamentaria—, entendiéndose que **el hecho de que en el Régimen General no se regule una situación especial de asimilación al alta durante los 90 días posteriores a la baja en el RETA, no impide aplicar este específico supuesto a la maternidad en el RETA, considerando así en situación asimilada al alta a quienes pretenden causar la maternidad en el plazo de 90 días desde la baja efectiva.**

9.2. Régimen Especial de Trabajadores autónomos. Aplicación del mecanismo de invitación al pago a la incapacidad temporal

La STS 10-2-2009 (Rc 1253/09) estudia la vigencia de la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 24-1-2006 (Rc 3691/04 y 23-5-2006 (Rc 696/05) entre otras, y que habían sostenido que el mecanismo de invitación al pago no resultaba de aplicación a los supuestos de incapacidad temporal. A tal fin, hay que tener en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 52/2003 en la DA. 39 LGSS y el desarrollo de esta en el RD 1273/03, de 10 de octubre. Para la Sala, **está claro que ha de modificarse el criterio mantenido en las sentencias citadas, ya que la normativa citada ha incorporado el mecanismo de invitación al pago a todas las prestaciones reconocidas en el RETA y, de forma expresa, el art. 12 RD 1273/03 lo reconoce específicamente en relación con la incapacidad temporal.**

9.3. RETA. Mecanismo de invitación al pago. Imputación del pago de las cantidades debidas a otras cuotas correspondientes al Régimen General

En la STS 2-12-2008 (Rc 663/08) se estudia un supuesto específico en el que se plantea si, utilizado el mecanismo de invitación al pago y abonadas las cantidades debidas, estas han de causar los efectos de generación de la prestación previstos en la normativa vigente pese a que el deudor tenga pendientes otras deudas con la Seguridad Social —cuotas

correspondientes al Régimen General— a los que aquella ha imputado los pagos. La Sala recuerda que esta prioridad en el pago de las cuantías debidas sólo se establece por parte de la legislación vigente en supuestos procedimientos ejecutivos y, no habiendo sido este el caso de autos, procede sin más imputar el pago a la partida para la que se ha abonado voluntariamente por parte del deudor.

9.4. Subsidio por desempleo en el Régimen Especial Agrario. Trabajadora cuyas rentas superan el salario mínimo interprofesional, pero sin que el conjunto de la unidad familiar supere el límite previsto al respecto

En la **STS 18-6-2008 (Rc 4885/06)** se analiza si tiene derecho a causar el subsidio por desempleo una trabajadora afiliada al Régimen Especial Agrario que ha percibido rentas superiores al salario mínimo interprofesional durante los últimos doce meses, pero que, tomando en cómputo conjunto las rentas de la unidad familiar, no supera los umbrales de renta fijados en el RD 5/1997. La sentencia de la Sala, revisando, al menos parcialmente, la doctrina sentada en la STS 10-11-2005 (Rc 4973/04) —la cual, pese a referirse a un problema distinto al presente caso, termina tomando en consideración las rentas globales de la unidad familiar, pese a que los ingresos de la actora superaban con claridad el límite del salario mínimo interprofesional— llega a la conclusión de que **lo que exige la norma es tanto que no se supere el límite impuesto a la unidad familiar, como que la solicitante de la prestación no perciba ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.**

9.5. Minería del Carbón. Incapacidad permanente declarada tras la jubilación. Cálculo de la base reguladora en función de los salarios reales. Determinación de los mismos en función de los fijados para la categoría profesional en el convenio colectivo de aplicación o en función del promedio de los salarios percibidos por los trabajadores de la misma categoría profesional

La **STS 24-2-2009 (Rc 44/08)** analiza la forma de cálculo de la base reguladora de un perceptor de la pensión de jubilación al que se le reconoce prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional —silicosis— en el Régimen Especial de la Minería del Carbón.

La sentencia comienza señalando que no se discute en el presente caso que la base reguladora ha de calcularse en función de los salarios reales percibidos. Ahora bien, dado que el titular del derecho no se encontraba en activo en el momento de causar la prestación, ha de realizarse algún tipo de cálculo para determinar este. La Sala entiende que el pensionista no realizaba trabajos como destajista en el momento de producirse el hecho causante, por lo que no puede acudir al salario normalizado o salario promedio percibido por los trabajadores sometidos a dicho sistema de prestación de trabajo. Para la Sala, la base reguladora del pensionista podría calcularse en función del salario previsto para su categoría profesional, pero esto plantea innumerables problemas a la hora de determinar los complementos que hubieran resultado de aplicación. En consecuencia, y **teniendo en cuenta que la empresa aún existe y que puede probarse el salario percibido en la empresa por los trabajadores de su misma categoría, a la hora de determinar la base reguladora, ha de estarse a este último valor.**

10. Otras cuestiones relacionadas con el sistema de Seguridad Social

10.1. Cómputo del mes de agosto a los efectos de que la entidad gestora comunique a la autoridad judicial el inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones de desempleo previsto en el art. 145 bis LPL

La **STS de 20 de octubre de 2008 (Rc 142/07)** analiza si ha de computarse el mes de agosto cuando el mismo esté comprendido, en todo o en parte, en el plazo de tres meses previsto en el art. 145 bis LPL para el inicio del procedimiento de reintegro de prestaciones por desempleo al que se refiere el citado precepto. La Sala entiende que no resultan de aplicación ni el art. 43.4 LPL ni el art. 128.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Así, en el caso del primero, porque se refiere al cómputo de los plazos procesales una vez iniciado el proceso y en el caso del segundo, porque se refiere a una jurisdicción que no es la social, en la que **ha de aplicarse supletoriamente las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en este punto —al igual que el art. 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, remite al art. 5.1 del Código Civil, estableciéndose que si los plazos estuvieran fijados por meses o años, se computarán fecha a fecha. En el mismo sentido se pronuncia el art. 133 de la referida Ley de Enjuiciamiento Civil. Re-**

cuerda finalmente la Sala que el supuesto de hecho no exige pronunciarse sobre si ha de computarse agosto cuando el plazo de tres meses expire en dicho mes, en cuyo caso podría resultar de aplicación lo dispuesto en el art. 134 LEC.

10.2. Prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. Determinación de la entidad gestora responsable del abono de la prestación

En la **STS 15-01-2009 (Rc 481/09)** se discute quien es el responsable directo del abono de la prestación de renovación de prótesis por accidente de trabajo. En concreto, la Sala, **partiendo del hecho de que la responsabilidad última corresponde al INSS**, analiza si la responsabilidad directa e inmediata del abono de la prestación ha de recaer sobre la Comunidad Autónoma que ha asumido las transferencias en materia de «prestaciones sanitarias, farmacéuticas y recuperadoras» o sobre el propio INSS. La Sala llega a la conclusión de que **esta última entidad gestora la responsable directa del pago, dado que la prestación de renovación de prótesis no puede considerarse incluida dentro del concepto de prestación sanitaria o farmacéutica, pese a la indudable relación existente con estas.**

10.3. Reintegro de prestaciones indebidas. Dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de tres meses al que se refiere el art. 3.1 RD 148/96

La **STS 14-5-2009 (Rc 2165/08)** analiza si el plazo de tres meses previsto en el art. 3.1 RD 148/96, en relación con el expediente administrativo de reintegro de prestaciones, ha de computarse, bien desde el momento en que la Administración tuvo conocimiento de la existencia de una percepción indebida por parte del administrado, bien desde el inicio del expediente administrativo hasta su finalización. **La sentencia llega a la conclusión de que está claro que la norma se refiere a que se iniciará el cómputo de los tres meses en la fecha en que se dicte el acuerdo de inicio del expediente administrativo**, por lo que procede a revocar la sentencia, entendiendo que en el concreto caso estudiado, no se había producido la caducidad apreciada tanto en la instancia como en suplicación.

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

1. Jurisdicción y competencia por razón de la materia

1.1. Requisitos preprocesales: Reclamación previa

La STS 29-5-08 (Rc 2592/07), modifica doctrina previa, para sostener que las **conciliaciones previas ante el SMAC y judicial pueden sustituir a la reclamación previa** que debe presentarse ante la cooperativa demandada. Y ello por asunción de la doctrina de la Sentencia del TC 172/07), de 23 de Julio, en la que se sostiene que la obligación de la reclamación previa ante el órgano correspondiente de la cooperativa, de la misma manera que sucede con la conciliación previa, y con la reclamación administrativa previa, queda configurada legalmente como una solución extrajudicial del conflicto cuya finalidad es evitar el proceso laboral. Por lo que le es directamente aplicable la misma doctrina jurisprudencial sobre la exigencia constitucional impuesta por el art. 24.1 CE de posibilitar la subsanabilidad de la ausencia de conciliación o reclamación administrativa previa en los casos en que no se aprecia una opuesta voluntad a su realización por la parte procesal obligada a ello.

1.2. Cuestión prejudicial contencioso-administrativa

Siguiendo precedentes de la Sala, la STS 19-1-09 (Rc 40/08), sostiene que, *ex art.* 4.1 LPL, la competencia de la jurisdicción social se extiende a la cuestión prejudicial contencioso-administrativa relativa a **la modificación de la estructura administrativa del Ente Público** «Puertos de Galicia», si se plantea por un sindicato conflicto colectivo en el que se imputa a la empleadora la modificación sustancial de condiciones de trabajo a través del establecimiento de un nuevo organigrama. Así lo había entendido ya la Sala respecto de la amortización de plazas en organismos públicos, a la hora de decidir sobre la procedencia o improcedencia de la extinción del contrato de trabajo [TS 10-7-00 (Rc 4145/98) y 21-4-05 (Rc 1324/04)], a propósito de la integración de Ikastolas privadas en la escuela pública vasca, en tanto que determinante de la responsabilidad salarial correspondiente a los Ayuntamientos y a la Comunidad Autónoma [TS 13-7-98 (Rc 4226/97), 18-9-98 (Rc 3921/97)], y respecto de la modificación de un reglamento de régimen interior, con afectación de los derechos en materia de Seguridad Social complementaria [TS 4-10-91 (Rc 1200/90), y 11-4-91 (Rc 350/90)].

1.3. Competencia del orden social en materia de acuerdos «privados» relacionados con derechos sindicales

Se discute en STS 14-10-08 (Rc 129/07) la competencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación de la decisión empresarial de anular un acuerdo suscrito de una parte por el presidente de Iberia (en esa condición), y de otra parte, por el presidente del sindicato SEPLA y el jefe de la sección sindical de dicho sindicato (también en tales condiciones), para regular el cupo de días de garantía sindical y los billetes que Iberia debían otorgar a la presidencia del sindicato. En concreto, por lo que a este apartado interesa, se pretendía sostener la incompetencia del orden social en que se trataba de un acuerdo «privado» carente de la naturaleza «laboral» precisa para abrir las puertas del orden social. Tesis que la Sala rechaza destacando el carácter de los firmantes del acuerdo —representante empresarial y representantes sindicales— y su objeto —garantías sindicales y cupo de billetes: mejoras en definitiva de las condiciones de empleo—, lo que le permite concluir que se trata de un acuerdo de dimensión colectiva y naturaleza laboral-sindical, correspondiendo por ello el conocimiento de la controversia sobre su anulación al orden jurisdiccional social por el juego de art. 9.5 LOPJ y art. 1 LPL.

1.4. Competencia del orden social en materia de descuentos compensatorios del IRPF decididos unilateralmente por el empresario

Recuerda la Sala en sus SSTs 23-7-08 (Rc 110/07) y 16-3-09 (Rc 170/07) que es competencia del orden social decidir si el empleador está legitimado por su propia autoridad para hacer descuentos en las nóminas de los trabajadores —vía compensación— por supuestas deudas de aquéllos, a consecuencia de previos errores sufridos por la empresa con ocasión de efectuar las retenciones por IRPF o IVA, al tratarse de cuestión entre trabajadores y empresarios incardinable en el art. 2 apartados a) y l) LPL. En los casos de autos no se discutía la **procedencia o cuantía de la exacción del impuesto de IRPF sino, pura y simplemente, la resolución empresarial adoptada de forma unilateral en orden a la corrección de los errores** experimentados en el descuento de ese impuesto durante los ejercicios tributarios correspondientes. Y tal cuestión, entiende la Sala, reviste un claro carácter laboral, por cuanto se orienta a la anulación de una decisión empresarial con la que no están de acuerdo los trabajadores de la empresa demandada sin poner en tela de juicio la obli-

gación del trabajador de abonar las cargas tributarias respecto de las que, ciertamente, se constituye en sujeto pasivo directamente obligado.

Doctrina que no colisiona con la mantenida en **STS 16-3-09 (Rc 170/07)**, en la que recuerda la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de pretensiones que versen sobre procedencia y cuantía de las retenciones por IRPF realizadas por la empresa, al tratarse de una cuestión sujeta a las leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

1.5. Competencia en materia de deportistas profesionales

La **STS 2-4-09 (Rc 4391/07)** resulta de particular interés al ser la primera dictada hasta la fecha en unificación de doctrina sobre esta materia. En concreto, se sostiene en esta sentencia que es competencia del orden social el conocimiento de los litigios entre los Clubes deportivos y sus deportistas **aunque tengan la consideración federativa de amateurs**, siempre que en la prestación de servicios concurren las notas propias de la relación laboral, y ello aunque la retribución sea inferior al salario mínimo profesional.

1.6. Competencia para la reclamación de un complemento no incluido en la relación de puestos de trabajo

Se pronuncian las **SSTS 15-1-09 (Rc 709/08)**, **11-2-09 (Rc 4401/07)**, **17-2-09 (Rc 4253/07)**, **17-2-09 (Rc 4523/07)**, **18-2-09 (Rc 137/08)**, **19-2-09 (Rc 425/08)**, **19-2-09 (Rc 4401/07)**, **9-3-09 (Rc 1750/08)**, **2-4-09 (Rc 1169/08)**, y **7-4-09 (Rc 144/08)**, sobre la competencia del orden social para el conocimiento de una reclamación de un complemento salarial frente a la Xunta de Galicia cuando el convenio prevé que el derecho a la percepción del complemento de singularidad de puesto sólo será efectivo a partir de su inclusión en la relación de puestos correspondiente. Pues bien, la Sala entiende que **aunque no esté el complemento en cuestión contemplado en la relación de puestos de trabajo le corresponde el conocimiento del litigio**, porque la competencia —orden social o contencioso administrativo— viene determinada por el objeto del proceso, definido por la reclamación contenida en la demanda rectora del procedimiento; sin perjuicio de que aquella circunstancia pueda afectar

al sentido del fallo. Y en este caso la cuestión litigiosa era claramente laboral al dirigirse contra la Xunta no en su condición de Administración Pública sino en la de empleadora, y al referirse la pretensión a un elemento esencial de la relación laboral, cual es el salario, del que forma parte el complemento reclamado. No se pretende, insisten las sentencias, la nulidad o modificación de la relación de puestos de trabajo, sino el abono de un complemento salarial previsto en el convenio.

1.7. Incompetencia en materia de Expedientes de Regulación de Empleo

La Sala, en **TS 3-02-09 (Rc 101/06)**, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incompetencia del orden social (por corresponderle al orden contencioso-administrativo), para conocer de un pleito en el que se pretendía el **reconocimiento de la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical por haberse excluido a un sindicato de la mesa de negociación** del ERE correspondiente. La afirmación se hace tras reseñar toda la doctrina dictada al efecto, partiendo de los criterios generales sobre deslinde de competencia, y recordando los supuestos de competencia del orden social, a saber: impugnación de despido efectuado como consecuencia de un ERE que no había designado a los trabajadores afectados [TS 17-3-99 (Rc 2240/98), 5-10-99 (Rc 4140/98)]; y procedimiento de oficio relativo a acuerdos colectivos de suspensión o extinción [TS 15-7-94 (Rc 2321/91)]. La sentencia cita igualmente los supuestos cuyo conocimiento corresponde al orden contencioso-administrativo, esto es: a) discrepancias en orden a la indemnización fijada [TS 23-1-06 (Rc 1453/04), para indemnización discriminatoria y 15-6-06 (Rc 5405/04), para indemnización inferior a la legal]; b) preferencia de los representantes sindicales frente a otros trabajadores para permanecer en la empresa [TS, Sala II, 6-5-03 (Rc 7034/98), 4-5-04 (Rc 3687/01), y 23-10-08 (Rc 667/06)]; c) impugnación por parte de un trabajador de su inclusión en el listado aprobado por la autoridad laboral en un ERE [TS 18-1-99 (Rc 2254/98)]; y d) impugnación directa del acuerdo recaído en el ERE y homologado por la autoridad laboral.

Por lo demás, esta sentencia recuerda también que la determinación de la competencia entre los diferentes órganos jurisdiccionales es cuestión de orden público y es ajena a la disponibilidad de las partes, por lo que en la materia no juega la doctrina de los actos propios, al ser impro-rogable la jurisdicción (arts. 6 y 9.1 LOPJ). A lo que cabría añadir que

es apreciable de oficio por la Sala la determinación del órgano que debe conocer del asunto, de modo que el Tribunal puede y debe indagar, al margen de las alegaciones de las partes su propia competencia [doctrina que se recuerda también en la **STS 6-2-09 (Rc 11/08)**], en materia de conflicto colectivo].

1.8. Incompetencia para declarar la laboralidad de servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección

Las **TS 6-4-09 (Rcs 1611/08 y 1900/08)**, **31-3-09 (Rc 2013/08)** — con voto particular —, **30-3-09 (Rc 1626/08)** — con voto particular —, **31-3-09 (Rc 1610/08)**, **2-4-09 (Rc 2722/08)**, **6-5-09 (Rc 2605/08)**, **12-5-09 (Rc 2342/08)**, sostienen que ni cabe ejercitar acción declarativa respecto de la naturaleza laboral de unos servicios concluidos antes de la presentación de la demanda, para ser utilizada la sentencia en un procedimiento administrativo de selección de veterinarios de la Xunta de Galicia, ni corresponde su conocimiento al orden social de la jurisdicción, al no tratarse de una controversia entre un empresario y un trabajador. El planteamiento no se enerva por el hecho de que se pida que la Administración sea condenada a «acreditar en legal forma la laboralidad de dichos periodos», porque la certificación es un acto de conocimiento y no de voluntad, y la existencia de decisión judicial previa sobre la laboralidad hace artificial la pretensión, pues tal sentencia puede ser utilizada a los efectos de selección pretendidos.

2. Proceso ordinario

2.1. Las partes. Litisconsorcio pasivo necesario

La **STS 3-6-08 (Rc casación ordinaria 98/06)**, descarta la necesidad de llamamiento a la Comunidad Autónoma de Madrid en un proceso de conflicto colectivo sobre retribuciones del personal docente e investigador de las Universidades públicas de Madrid, vinculado a éstas por relación de naturaleza laboral. Al efecto se trae a colación doctrina previa, que entiende que la Comunidad Autónoma de Madrid no es parte, ni sujeto interviniente, en la relación jurídica discutida en el proceso, al centrarse la pretensión en el abono de unas diferencias salariales relativas al complemento específico del personal docente e investigador de estas

Universidades, al que le resultan de aplicación las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores.

También se rechaza el litisconsorcio pasivo necesario en la **STS 4-6-08 (Rc 2810/06)**, esta vez con ocasión de una reclamación de cantidad a ADIF y a RENFE-Operadora formulada por un maquinista jefe de tren. La Sala entiende que ADIF carece de legitimación pasiva *ad causam* porque si bien la deuda correspondía a un periodo anterior a la vigencia de la Ley 39/2003, se había formulado cuando el trabajador estaba al servicio de RENFE-Operadora. En la medida en que a partir de la promulgación de esta norma, ADIF dejó de ser empleadora de aquellos trabajadores de RENFE que estuvieran vinculados al servicio de transporte ferroviario, no contando ya con los elementos patrimoniales precisos para cumplir sus obligaciones pecuniarias respecto de aquéllos, no tiene sentido, a entender de la Sala, llamarla al proceso para que responda de dicha obligación [ya se había entendido así en TS 12-12-06 (Rc 138/05)].

2.2. Adecuación/inadecuación del procedimiento

La **STS 29-9-08 (Rc 3980/05)** aprecia adecuación del procedimiento ordinario para reclamar un reconocimiento de condiciones más beneficiosas previstas en acuerdo colectivo, y reiteradas en un acuerdo logrado en fase de conciliación en un proceso de conflicto colectivo. Rechaza la Sala, en primer lugar, los argumentos empresariales sobre la inadecuación de procedimiento por atacarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo, razonando que la modalidad especial correspondiente sólo es apta para la impugnación de modificaciones adoptadas por la vía del art. 41 ET, lo que no había acaecido en este caso, en el que lo único que se reprochaba a la empresa era que no hubiese cumplido su compromiso de reconocer a los trabajadores ciertas condiciones más beneficiosas. En segundo lugar, descarta el Tribunal la necesidad de reclamar por el cauce de impugnación de convenios colectivos, recordando que sólo las impugnaciones directas de convenios, que pretendan su anulación total o parcial, pueden encauzarse por esta vía procesal específica, el resto, que son simplemente pretensiones de inaplicación de preceptos convencionales (sin pedir su anulación), deben ejercitarse por el proceso correspondiente, en este caso el ordinario.

Por su parte, la **STS 11-12-08 (Rc 86/06)**, con cita de numerosa doctrina constitucional, advierte que el art. 24 CE no comporta derecho fun-

damental a procesos determinados, porque no es un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino el derecho a obtenerla por las vías procesales adecuadas. De ahí que la nulidad sólo pueda acordarse cuando el procedimiento inadecuado implique la ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar el fin del proceso debido o cuando comporte indefensión, no en el resto de los casos.

3. Modalidades procesales

3.1. Procesos de Seguridad Social

Es doctrina consolidada de la Sala que en este proceso especial el actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección, etc.) y la Entidad Gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el juez si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Por su parte, sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Doctrina que se recuerda ahora en **STS 26-12-08 (Rc 1677/08)** y **29-1-09 (Rc 1308/08)**, en dos procesos en los que el demandante, español retornado que había percibido prestaciones por desempleo conforme a la legislación alemana, pretendía lucrar desempleo asistencial para mayores de 52 años, sin acreditar cotización por esta contingencia en último término en España. Advirtiendo, además, la **STS 26-12-08 (Rc 1677/08)**, que no procede plantear la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 Tratado de la CE, porque es un requisito comunitario claro acreditar la última cotización en el país en el que se pretende solicitar la prestación por desempleo.

3.2. Tutela de la libertad sindical

Ofrecen las **SSTS 9-5-08 (Rc de casación ordinaria 164/07)** y **26-1-09 (Rc 28/06)**, una sistematización de la doctrina de la Sala sobre

el ámbito del proceso especial que nos ocupa, contenida entre otras en STS, Sala General, 14-7-06 (Rc 5111/04). Así se advierte en ellas que el art. 176 LPL protege el *contenido constitucional* del derecho, que no sólo está en la CE sino que puede también encontrarse en la Ley Orgánica que la desarrolla, en la medida en que ésta aborda igualmente la configuración del derecho y hace explícito algo que es consustancial al mismo. Ahora bien, dentro del marco de la Ley Orgánica hay que distinguir entre el *contenido esencial (desarrollo necesario del art. 28)* y el *no esencial* (facultades o garantías que ya no tienen relación necesaria de implicación con el art. 28, pues sin ellas el derecho fundamental sería reconocible). Este contenido, que excede ya del esencial, forma parte, sin embargo, del contenido constitucional, porque la Ley Orgánica lo ha considerado como algo que en un determinado momento resulta necesario para un adecuado ejercicio del derecho. De este modo, el contenido esencial se configura como un núcleo permanente e indisponible para el legislador, mientras que ese otro contenido añadido o adicional aparece como una manifestación histórica del derecho, en el que hay una cierta libertad de configuración por parte del legislador, y desempeña un papel relevante pues supone la adaptación del derecho a las exigencias de la realidad social de cada momento. El contenido constitucional comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce la ley orgánica y ambos entran, en principio, dentro del ámbito del proceso de tutela. No obstante, el *contenido adicional* en sentido estricto —que no está ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica— queda fuera de este proceso especial (por ejemplo, el contenido adicional incorporado vía convenio colectivo).

De otra parte, como se recuerda en la **STS 20-5-08 (Rc 22/06)**, dictada en casación ordinaria, el proceso de conflicto colectivo es alternativo y excluyente de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, de modo que si el proceso se encauza por la vía del proceso especial de tutela de derechos fundamentales y no por la de conflicto colectivo, el art. 157 LPL resulta inaplicable. Por lo demás, rememora también esta sentencia la doctrina de la Sala sobre la litispendencia en este concreto cauce procesal, señalando que desempeña esta institución en el proceso una función cautelar o preventiva del instituto de la cosa juzgada negativa o excluyente. Las razones de seguridad jurídica, coherencia jurisdiccional y economía procesal en las que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, se basan los institutos de la cosa juzgada y de la litispendencia, tienen en principio la misma virtualidad en la generalidad

de los procesos, y no quedan por tanto invalidadas en los procesos de tramitación urgente y preferente. De modo que si concurren las identidades de sujetos, de objeto y de causa de pedir exigidas para la suspensión o paralización del proceso por litispendencia, lo normal es que el proceso anterior vinculante o excluyente venga también acompañado de estos atributos de tramitación urgente y preferente, con lo que se neutraliza o amortigua el efecto dilatorio consustancial a la litispendencia.

Por su parte, se pronuncia la **STS 15-12-08 (Rc 14/07)**, sobre la **cognición limitada y la inacumulabilidad de acciones propia de este proceso especial**. En este caso el sindicato accionante había interpuesto demanda de tutela de la libertad sindical, dirigida frente a la empleadora y frente a otros dos sindicatos, pretendiendo, esencialmente, que se declarase la nulidad radical de la conducta empresarial consistente en impedir la proclamación provisional o definitiva de sus candidaturas a las elecciones sindicales celebradas en varios centros de trabajo de la empresa, y en despedir sin causa a sus candidatos y delegados elegidos, por entender que tales actuaciones atentaban contra la imagen de la organización sindical. Además, solicitaba el cese inmediato de la conducta empresarial de incentivación económica, con horas sindicales, únicamente a los delegados de otros dos sindicatos presentes en la empresa, así como la anulación de los procesos electorales celebrados en determinados centros de trabajo (en los que, según decía, las candidaturas del sindicato demandante no había podido ser proclamadas por dimisión de sus candidatos) y el abono de una indemnización por daños y perjuicios.

Pues bien, en cuanto a la alegación empresarial de acumulación indebida, sostiene la Sala que aunque el art. 176 LPL limita el objeto del proceso a la tutela de la lesión sindical e impide la acumulación de acciones de distinta naturaleza, ello no obsta para que se soliciten y decreten determinadas consecuencias en orden a la reparación de la lesión, por virtud del art. 180 LPL. Y ello porque la regla general es la prohibición de acumulación y la obligatoriedad de utilizar la modalidad procesal correspondiente distinta a la de tutela en los supuestos del art. 182 LPL, pero no cabe entender que se ha producido una indebida acumulación de acciones, ni el empleo de un procedimiento inadecuado, cuando se solicita la nulidad de determinados procesos electorales, pero la vulneración que se pretende va más allá del proceso electoral cuya nulidad se persigue, imputándose un comportamiento generalizado de persecución sindical, caso en el que se utiliza legítimamente el cauce sumario y preferente de tutela y no se incurre en indebida acumulación de acciones. Y en

el supuesto de autos, la denuncia era muy amplia y no se refería sólo a unos procesos electorales concretos, por más que, de prosperar la pretensión, las consecuencias pudieran alcanzar a la anulación de alguno de ellos en particular.

También descarta la Sala la tesis empresarial de que **la competencia** para enjuiciar la pretensión corresponde a los Juzgados de lo Social de Madrid y no al Tribunal Superior de Justicia, razonando la sentencia que la petición de tutela extiende sus efectos a un ámbito superior al de la circunscripción de los Juzgados, pues al menos dos de los centros de trabajo cuyos procesos electorales se pretende anular se encuentran situados bajo la jurisdicción de los Juzgados de localidades diferentes.

Igualmente descarta la Sala las alegaciones de **cosa juzgada** realizadas por la empresa, recordando que esta excepción exige identidad de sujetos, objeto y causa de pedir, y en este caso no concurrían en relación a la que pudo servir de fundamento a las impugnaciones electorales que obtuvieron sentencias desestimatorias firmes y definitivas, porque mientras en los procedimientos electorales, en principio, la causa de pedir habría de ceñirse a los estrictos y limitados motivos que contempla el art. 76 ET respecto a las impugnaciones arbitrales, y los arts. 128 o 133.1 LPL en las jurisdiccionales, por el contrario, en el procedimiento de autos, la causa de pedir era el derecho a la libertad sindical que se entendía vulnerado.

No obstante, sí entiende la Sala que la pretensión anulatoria de todos los procesos electorales efectuados en los centros de trabajo que mencionaba la demanda estaba prescrita, al haber transcurrido más de un año desde la celebración de las mismas, y si bien es cierto que los derechos fundamentales son imprescriptibles esta naturaleza resulta compatible con que el ordenamiento limite temporalmente la vida de las acciones concretas que derivan de las lesiones infligidas a tales derechos.

Por último, respecto de la pretensión indemnizatoria, recuerda la sentencia que aunque se haya mantenido que el perjuicio se presume una vez acreditada la vulneración de los derechos fundamentales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, ello no excluye que el demandante aporte al juez indicios o elementos suficientes que justifiquen su concreta petición indemnizatoria. Y ello porque acreditada la violación del derecho, **no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios**, sino que es precisa la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que basar el cálculo, y que los

mismos resulten acreditados. Si bien en este caso se entiende que se ofrecieron criterios o parámetros suficientes para su cuantificación («...equivalente a la sanción administrativa correspondiente a infracciones muy graves...»), que permitieron a la Sala de instancia hacer una «valoración prudencial» del daño a indemnizar.

3.3. *Proceso de conflicto colectivo*

Recuerda la **STS 20-6-08 (Rc 131/07)**, que la aplicación de una norma puede plantear controversias en todo su ámbito de aplicación, en cuyo caso será Órgano competente para resolverlas el que tenga una extensión territorial igual o superior al de la misma, pero también es posible que el conflicto afecte a un área inferior, en cuyo caso será conocido por el Órgano Judicial competente en el ámbito de afectación del conflicto. En este caso el Sindicato Independiente de Baleares había formulado demanda de conflicto colectivo ante el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, a fin de que se declarase que los trabajadores de Baleares de la Caixa d'Estalvis y Pensiones de Barcelona («La Caixa») tenían derecho a no ver suprimido el Complemento de Residencia establecido en el Convenio Colectivo por efecto del abono de las mejoras del pacto de 9 de diciembre de 2004, para no quedar en una situación de discriminación respecto de los trabajadores peninsulares. Pues bien, aplicando la doctrina expuesta, concluye la Sala que el ámbito de actuación del sindicato accionante se limita a la Comunidad Autónoma de Baleares, debiéndosele reconocer el derecho a accionar para la tutela de los intereses de sus representados en ese concreto ámbito ante el órgano judicial al que lo ha hecho. De modo que el hecho de que el mismo conflicto pueda afectar a Canarias, Ceuta y Melilla, no puede impedir la actuación del sindicato en su territorio, dejando la solución al albur de que exista un organismo sindical con un ámbito de actuación y representación nacional que quiera o pueda plantear el conflicto con carácter general para todo el territorio de la nación. Así las cosas, el sindicato demandante solo puede accionar respecto de los trabajadores de la Caixa en Baleares y por tanto el conflicto se residencia ante el juez natural (Tribunal Superior de Justicia de Baleares).

Por lo demás, se advierte en la **STS 5-11-08 (Rc 178/07)**, que resulta inadecuado el procedimiento estudiado en estas líneas cuando se refiere el pleito a pretensiones que afectan a un conjunto de trabajadores, pero la

controversia versa sobre el establecimiento de los hechos [siguiendo lo mantenido en STS 6-3-02 (Rc 437/01)]. Sostiene la Sala, en este sentido, que el **conflicto carece del elemento finalístico porque no goza del imprescindible carácter jurídico** que requiere art. 151.1 LPL —que conecta la «aplicación» a la «interpretación» con una conjunción copulativa «e» («... que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma») — sino que ofrece la simple naturaleza de una controversia fáctica, consistente en la mera aplicación de un precepto del convenio a unos determinados hechos, pero sin compromiso interpretativo alguno. Y al ser el conflicto de orden fáctico tampoco concurre el «interés general» que es esencia del procedimiento especial.

Por su parte, las **SSTS 5-11-08 (Rc 41/07), 23-12-08 (Rc 35/07) y 7-4-09 (Rc 56/08)**, se pronuncian sobre la adecuación de este proceso para la impugnación de los procedimientos de selección de personal o promoción interna para maquinistas de RENFE, al estar implicados de modo especial los intereses de los trabajadores individuales que participan en el concurso. Aclarando que es posible la impugnación de las bases de la convocatoria y del concurso por la vía del conflicto colectivo, pero solamente mientras se encuentre en fases anteriores a su resolución, por lo que concurre la excepción de inadecuación procedimental en la impugnación litigiosa si ya se había publicado la relación nominal de los declarados aptos.

Respecto a los efectos de la interposición de una demanda de conflicto colectivo sobre las acciones individuales, las **SSTS 12-3-09 (Rc 4199/07), 11-3-09 (Rc 4077/07), 17-3-09 (Rc 115/08), 11-3-09 (Rc 4084/07), 12-3-09 (Rc 4092/07), 16-3-09 (Rc 3775/07)** (para reclamaciones salariales individuales frente a IBM), recuerdan que la tramitación de un procedimiento de conflicto colectivo sólo interrumpe la prescripción de las acciones individuales que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse si tienen el mismo objeto. Así, contrariamente a lo resuelto en TS 29-10-07, estas sentencias sostienen que los conflictos colectivos planteados frente a IBM sobre compensación y absorción en 1992 [relativo al plus de antigüedad y concluido por TS 20-9-04 (Rc 1047/93)] y 1995 [mejora voluntaria/complemento personal y concluido por STS 21-11-01 (Rc 3207/99)], no interrumpieron la prescripción sobre diferencias en salario base y complemento salarial relativas al periodo 1991 a 1995, en virtud de demanda presentada en 2002, por no existir interconexión entre los dos conflictos y no impedir nada que mientras se tramitaba cada uno de ellos se reclamase a la empresa el otro.

De otro lado, la **STS 5-5-09 (Rc 2019/08)**, siguiendo doctrina de la sentencia 20-2-02 (Rc 2235/01), advierte que el art. 158.3 LPL significa que lo resuelto en la sentencia de conflicto colectivo se impone sobre lo resuelto en una sentencia individual, a salvo la existencia de otros argumentos de legalidad o constitucionalidad, como igualdad y discriminación, que pudieran hacer reflexionar sobre la posibilidad de una sentencia con contenido diferente y sin aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada. Doctrina que se expone a propósito de un proceso planteado en reclamación de diferencias salariales por un trabajador del INE contratado para obra o servicio determinado consistente en la elaboración del censo demográfico decenal, habiéndose pactado la exclusión del convenio y una retribución inferior a la prevista en el mismo. Pues bien, esta sentencia considera que no procede tal exclusión, debiendo aplicarse el salario previsto en el convenio, declarando la ineficacia del efecto de cosa juzgada respecto de la STS 26-12-02 (Rc. 73/02), por ser diferentes las pretensiones, pese a la innegable existencia de cierta conexión entre ellas, destacando a tal efecto que en el caso de autos se centraba la argumentación de la resolución recurrida en los principios constitucionales a la igualdad y no discriminación, derechos que no habían sido valorados en la STS 26-12-02, para admitir la posibilidad de excluir la aplicación del convenio colectivo del Instituto demandado al personal contratado por obra o servicio para la realización de ciertos censos, y resolver el resto de cuestiones entonces planteadas. Concluye, así, la Sala que una reclamación colectiva cuya pretensión es declarar la nulidad de una contratación en masa fuera de convenio para trabajadores temporales por parte del INE, para la confección del censo demográfico 2001-2002, y que judicialmente no se tuvo acreditada como peyorativa, no tiene efecto positivo de cosa juzgada respecto de reclamación individual de diferencias salariales por parte de trabajadores que solicita la retribución que en Convenio se fija para las mismas funciones.

Por último, respecto a este proceso especial requiere particular atención la **STS 27-6-08 (Rc casación ordinaria 107/06)** que resuelve una demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Comisión Sindical de la Empresa «Altadis; S.A» para que se declarase que determinados complementos de trabajo debían integrarse en el haber regulador del plan de pensiones de la comercial. La empresa discute varias cuestiones, a saber: la legitimación de la actora para interponer este tipo de demanda, y la adecuación del procedimiento, básicamente por dos razones: por entender que la pretensión no afecta a un grupo genérico y homogéneo, al

estar afectados no sólo trabajadores, sino también a terceras personas, no vinculadas laboralmente con la empresa (determinados beneficiarios del plan de pensiones); y por no tener la cuestión debatida carácter jurídico, ni trascendencia colectiva.

Comienza la Sala por pronunciarse sobre la adecuación del procedimiento, señalando que la cuestión sometida a debate afecta a un grupo homogéneo de trabajadores y no a una diversidad heterogénea de empleados, al dilucidarse si la aportación económica al Plan de Pensiones —por parte de la Empresa y de los trabajadores— ha de realizarse computando también las percepciones correspondientes a cometidos laborales generadores de determinados pluses (superior categoría; turnicidad; rotación), correspondientes a todos aquellos trabajadores que se encuentren adheridos al citado Plan y que simultáneamente hayan realizado, desempeñen actualmente o puedan realizar en el futuro las indicadas funciones. Esto es: a un grupo genérico configurado a *priori* y no a una suma de trabajadores individuales cuya defensa singular ofrezca argumentos propios.

De otra parte, la controversia afecta directamente de manera exclusiva a las aportaciones dinerarias que al Plan de Pensiones han de realizar «Altadis, SA.» y sus trabajadores, sin perjuicio de que indirectamente esas controvertidas aportaciones también trasciendan a los beneficiarios del Plan. Pero esa posterior incidencia extralaboral no desvirtúa, a entender de la Sala, el sentido de la cuestión litigiosa, que se limita exclusivamente el alcance de la obligación en orden a las contribuciones de previsión y precisamente en el curso de la misma. Y tiene la pretensión una dimensión jurídica o colectiva, al traer su causa en el art. 42 del Convenio Colectivo de «Tabacalera, S.A.» para los años 1990/1991, que acordó la transformación de la Mutualidad de Tabacalera de Previsión Social en un Plan de Pensiones y dispuso que el texto definitivo de tal Plan se incluyese «como Anexo al presente Texto, remitiéndose a la Dirección General de Trabajo, a efectos de su registro y publicación en el Boletín Oficial del Estado»; lo que le atribuye incuestionable naturaleza normativa.

También niega la Sala la falta de legitimación activa de la Comisión Sindical de Altadis S.A. Si bien recordando que por la naturaleza del recurso, se encuentra constreñido por los términos en los que se plantea por las partes, y en este caso la recurrente niega la legitimación «ad causam» de la Comisión Sindical (que no la legitimación «ad processum»),

por considerar que carece de interés legítimo para demandar la interpretación del Plan de Pensiones que reclama, por cuanto que no se trata de un órgano de representación unitaria, sino sindical, tal como lo califica el art. 42 del Acuerdo Marco de la demandada, porque este precepto no atribuye a la Comisión Sindical la supervisión, interpretación, aplicación o ejecución de los Planes de Pensiones, ni nada que tenga que ver con los Planes de Pensiones, sino a la Comisión de Control del Plan. En otras palabras, admitida de forma expresa la cualidad sindical de la Comisión, está clara su legitimación *ex art.* 152 LPL, teniendo que decidirse sólo sobre si carece de interés legítimo por venir éste atribuido a la Comisión de Control del Plan.

A tal efecto, se advierte que si bien la normativa en juego parece atribuir esta legitimación a la Comisión de Control del Plan, sin que resulte cuestionable la legitimación procesal y *ad causam* de la Comisión de Control para la defensa de los intereses colectivos comprometidos en el Plan de Pensiones, es preciso hacer algunas precisiones: en primer lugar, que esa legitimación procesal por fuerza ha de proyectarse frente a terceros, pues dada la composición de la Comisión resulta inimaginable que los representantes de la empresa promotora y de los trabajadores dirijan una demanda —en inaceptable confusión de intereses— contra sus propios representados; y en segundo término porque esa atribución de representatividad de los intereses colectivos (empresa promotora; partícipes; y beneficiarios) se hace con carácter concurrente y no excluyente, no sólo porque no hay indicio de voluntad diversa del legislador, sino muy decisivamente porque de entenderse lo contrario se limitaría el derecho constitucional —art. 37.2 CE— a la promoción de conflictos colectivos por parte de los sujetos colectivos citados. Y resultaría del todo inimaginable un contexto normativo que impidiese a los empresarios (por sí mismos) y a los trabajadores (a través de sus órganos de representación unitaria o sindical) promover conflictos en materia tan genuinamente colectiva como los planes de pensiones, para dejar la resolución de los intereses contrapuestos —de trabajadores y empresa— a un órgano en mayor o menor medida paritario, que en tales supuestos se encontraría —por su propia composición y exigencia de mayoría cualificada— abocado a una situación de bloqueo o de real inoperatividad a los efectos discutidos de ejercicio de acciones judiciales. Con mayor motivo cuando la intención de la normativa reguladora es la de que los integrantes de la Comisión de Control no sean miembros del propio Plan de Pensiones, sino que puedan ser profesionales que aporten conocimientos especializados.

Lo expuesto permite a la Sala llegar a la conclusión de que la Comisión de Control no tiene atribuida la legitimación que la empresa pretende atribuirle, y que la Comisión Sindical, precisamente por ser un órgano de naturaleza sindical, tiene legitimación para interponer la demanda en cuestión en defensa de los intereses de los trabajadores.

3.4. Impugnación de convenios

Se discute en **STS 14-10-08 (Rc 129/07)**, **la adecuación del procedimiento de impugnación de convenios colectivos para atacar la decisión empresarial de anular un acuerdo suscrito**, como ya se advirtió en su momento, de una parte por el Presidente de Iberia (en esa condición), y de otra parte, por el Presidente del sindicato SEPLA y el jefe de la sección sindical de dicho sindicato (también en tales condiciones), para regular el cupo de días de garantía sindical y billetes que Iberia debían otorgar a la presidencia del sindicato. Pues bien, rechaza la Sala la tesis empresarial según la cual se trata de un acuerdo privado entre partes que no puede considerarse ni convenio ni pacto colectivo cuya anulación deba impugnarse por el cauce procesal previsto en arts. 161-ss LPL. Se razona, al efecto, en la sentencia que en tanto que se trata de un acuerdo o pacto cuyo objeto es mejorar las condiciones de empleo en el ámbito de las relaciones entre la organización representativa de trabajadores y la empresa, no cabe dudar de su naturaleza colectiva y laboral-sindical, por lo que la controversia sobre su validez puede encauzarse por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, especialmente si se tiene en cuenta que es doctrina de la Sala que este cauce procesal es el adecuado también para impugnar otros acuerdos colectivos, como convenios extraestatutarios o pactos de empresa. Por lo demás, sostiene la Sala que aunque también podría pensarse que el cauce adecuado fuera el del conflicto colectivo, ello tampoco conllevaría el éxito del motivo planteado por la empresa, porque las garantías procesales de ambos procedimientos son muy similares, lo que hace innecesario descartar una vía que no ha producido indefensión a ninguna de las partes.

Por su parte, se pronuncia la **STS 5-11-08 (Rc 74/07)** sobre **la legitimación de una empresa para impugnar el Convenio de otra comercial, con la que tenía contratado el desarrollo de cierta actividad, en condición de «tercero perjudicado»**, argumentando que el Convenio era ilegal porque en su negociación había intervenido por parte de los trabajadores únicamente el delegado de personal, que a su entender no tenía legitima-

ción suficiente, y porque dicho Convenio le perjudicaba gravemente. Pues bien, sostiene la Sala, reiterando doctrina —TS 30-5-05 (Rc 70/04)—, que la impugnación si bien se realiza formalmente como tercero perjudicado, constituye realmente una impugnación por ilegalidad, contemplada en art. 163.1.a) LPL, en tanto que se discute la legitimación del banco social, para la que únicamente están legitimadas las representaciones de los trabajadores y de los empresarios a los que la norma convencional afecta, condición que, lógicamente, no tiene la empresa demandante en tanto que no fue parte del Convenio —que regula únicamente las relaciones laborales existentes entre la otra mercantil y sus trabajadores—.

En cuanto a **la legitimación para iniciar el proceso correspondiente**, se advierte en **STS 16-12-08 (Rc 124/07)**, que en tanto que los sindicatos desempeñan una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo, en principio es posible considerarlos legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, pero sin que ello les transforme en guardianes abstractos de la legalidad, debiendo, por ende, existir una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, que ha de medirse en función de la implantación en el ámbito del conflicto, implantación que concurrirá cuando posea un nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto. Doctrina que se recuerda en este caso para reconocer legitimación al sindicato accionante porque tenía delegados de personal en la empresa demandada, pero no legitimación suficiente para recabar su entrada en la comisión negociadora del convenio en cuestión.

De otra parte, se advierte en la **STS 26-1-09 (Rc 28/06)**, respecto del Convenio Colectivo de ADIF y Renfe Operadora, que **no resulta posible acumulación alguna indemnizatoria en impugnación de convenio colectivo**, porque en principio y salvo supuestos excepcionales, el contenido necesario y único de la pretensión ha de ser la nulidad de los preceptos cuya ilegalidad se denuncia, con independencia de la naturaleza de la infracción legal, ordinaria o constitucional, pues las consecuencias anudadas a la vulneración de los derechos de libertad sindical a que se refiere el art. 181 LPL —cese de la conducta, reposición a la situación inmediatamente anterior y, eventualmente indemnización— son contenidos propios y característicos de las acciones nacidas en el ámbito de tales derechos y encauzadas a través de ese proceso de tutela. En efecto, en el proceso especial de impugnación de convenios el único pronunciamiento

posible es el de nulidad del precepto, lo que supone la devolución del problema a los negociadores de la norma pactada, en lugar de llevar a cabo la Sala una regulación ajustada a la legalidad infringida.

Por último, conviene hacer referencia a la jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al periodo comentado, en la que se **delimita el proceso especial que nos ocupa respecto del de conflicto colectivo**, comenzando por señalar la **STS 11-12-08 (Rc 86/06)** [en un supuesto en el que lo reclamado era una pretendida «interpretación» de las tablas salariales del convenio colectivo —RENFE Operadora— para darle valores sustitutivos «legalmente más idóneos», encubriendo en realidad una inequívoca impugnación de lo pactado], que solicitándose la nulidad de determinados preceptos del convenio, la única vía procesal adecuada es la modalidad de impugnación de convenio (arts. 161 a 165 LPL), resultando no idónea cualquier otra vía. Y aunque la norma advierte que la impugnación puede instarse a través «de los trámites del proceso de conflicto colectivo», esta remisión lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma, con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto de juicio y la propia sentencia [**SSTS 11-12-08 (Rc 86/06)** y **22-1-09 (Rc 95/07)**]. Por su parte, el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para declarar cuál de varias opciones interpretativas sobre el sentido de una disposición o cláusula es la más ajustada a derecho, siempre que no se pretenda la invalidación o eliminación de una regla o precepto [**STS 11-12-08 (Rc 86/06)**].

En todo caso, si a pesar de que se hubiese seguido el cauce de impugnación de convenios y el correcto fuese el de conflicto colectivo —o viceversa—, la inadecuación procedimental no conllevará la nulidad de actuaciones si se tiene en cuenta que las garantías procesales de ambos procesos son muy similares, y no parece necesario descartar una vía que no ha producido indefensión a ninguna de las partes, imponiendo así una solución que resulta contraria a la economía procesal a determinadas alturas del proceso (en este caso en fase de casación) [**STS 22-1-09 (Rc 95/07)**].

3.5. Proceso especial de despido

La Sala ha venido sosteniendo que no suspende la caducidad de la acción de despido la presentación defectuosa y no subsanada de la demanda, porque el instituto de la caducidad sirve al principio de seguridad

jurídica (art. 9.3 CE) y por ello la suspensión del plazo correspondiente tiene carácter excepcional, pudiendo sólo actuar en los supuestos taxativamente previstos en la ley, como es la presentación de la preceptiva reclamación previa o solicitud de conciliación extrajudicial, de ahí que los supuestos de interrupción del plazo de caducidad sean de interpretación estricta. Doctrina que se recuerda ahora en **STS 18-12-08 (Rc 838/08)**, para sostener que la interposición de una primera demanda por despido, archivada por no subsanar la falta de firma del actor, no es causa de suspensión del plazo de caducidad a efectos de una segunda demanda por el mismo despido, pese a que se hubiese admitido provisionalmente la primera demanda, porque las primeras actuaciones ni dan lugar a la apertura de un nuevo plazo de caducidad, ni producen efectos suspensivos del cómputo del mismo.

De otra parte, sostiene la **STS 23-7-08 (Rc 3682/07)** que **la fijación empresarial de un plazo inferior al legal de tres días (art. 276 LPL) para la reincorporación del trabajador improcedentemente despedido, no determina la readmisión irregular**, sino únicamente que se tenga por no fijado el plazo y se aplique el mínimo legal. Razona la Sala que la readmisión está legalmente condicionada al cumplimiento de un serie de exigencias, cuyo desconocimiento determina bien que se considere incumplido el mandato de la sentencia o que la readmisión se califique como irregular (cuyo efecto es la extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización legal más los salarios de tramitación, con una posible indemnización adicional de carácter punitivo). La sanción del incumplimiento empresarial se convierte así en una ejecución limitada por equivalente económico, y en sanción imperfecta en la medida en que no impone la nulidad de la conducta empresarial de resistencia a la orden judicial, ni la ejecución forzosa de ésta. Y esta sanción imperfecta queda referida a los supuestos de no readmisión o de readmisión irregular, supuestos que no alcanzan al incumplimiento del plazo de tres días previsto en el art. 276 LPL, de modo que un plazo inferior debe tenerse por no puesto, pudiendo el trabajador incorporarse en el plazo legal.

En otro orden de cosas, se refiere la **STS 3-11-08 (Rc 4057/07)**, a **la posibilidad de que en un proceso de despido en el que la empresa ya ha reconocido la improcedencia de la extinción, la sentencia que resuelve la demanda conceda a la comercial la opción entre readmitir e indemnizar**, cuando ni se entregó al trabajador, ni se consignó en el Juzgado cantidad alguna en concepto de indemnización, incumpliendo así el ciclo secuencial que el art. 56.1 ET establece para entender extinguido el

contrato. Pues bien, sostiene la Sala en cuanto al momento en que se considera extinguido el contrato, que el resultado extintivo se producirá sólo si concurren todas y cada una de las circunstancias previstas en el señalado precepto, de lo contrario se mantiene la pendencia de la situación, subsistiendo la obligación de pago de salarios de tramitación y la posibilidad de reabrir la opción si el despido se califica de improcedente.

3.6. Acumulación de acciones

Se pronuncia la **STS 27-11-08 (Rc 3399/07)** sobre **la acumulación de las acciones de despido y extinción por voluntad del trabajador**, y aunque aprecia la Sala falta de contradicción por ser diversa la modalidad del despido (objetivo en la recurrida; disciplinario en la de contraste) y las propias causas de las acciones de despido y extinción (falta de pago de salarios en la recurrida; vejaciones reiteradas y competencia desleal, en la de contraste), resulta de particular interés a efectos de esta crónica porque **aclara doctrina previa**, formulada en sentencias de 25-1-2007 (Rc. 2851/05, Sala General) y de 10-7-2007 (Rc. 604/06), advirtiendo en primer término que la regla prevista en el art. 32 LPL, referida a la acción de despido y la de extinción del contrato ex art. 50 ET, obliga no sólo a acumular, sino a resolver ambas acciones para evitar tener que reproducir un nuevo pleito que chocaría con la previsión de acumulación del precepto si se resolviera sólo la primera y el signo del recurso fuera contrario a la decisión de instancia. En efecto, cuando las conductas cruzadas de las partes en litigio correspondan a una misma situación de conflicto (en las mismas causas), la sentencia debe analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes; lo que no excluye, como precisa el art. 106.1 LPL, que deban quedar indemnes las garantías que, respecto a alegaciones, prueba y conclusiones, se hallan establecidas para el proceso de despido. Esto no significa que haya de decidirse las dos acciones a la vez, sino que la sentencia debe dar respuesta en primer lugar a la acción que considera que está en la base de la situación del conflicto y luego pronunciarse sobre la segunda acción y en su caso sobre las indemnizaciones que pudieran proceder. Sin embargo, cuando una y otra acción se basan en causas independientes, habría de seguirse un criterio cronológico procesal, no excluyente, lo que normalmente llevará al examen prioritario de la acción resolutoria. Se rectifica la doctrina, afirmando que en tales supuestos de independencia de las causas invocadas en ambas acciones, hay que seguir un criterio cronológico sustantivo que dé prioridad a la acción que

haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma. Con ello se evitan situaciones procesales de la parte demandante tendentes, mediante el simple mecanismo de dilatar breves días la reacción frente al despido, a dar prioridad a la acción de extinción por el mero hecho de ejercitarla antes.

Por lo demás, la indemnización prevista en el ET art. 50 es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental (STS 26-1-09 (Rc 28/06) y 16-1-09 (Rc 251/08)).

4. Sentencia y ejecución

4.1. *Condena en costas*

Se pronuncian las SSTs 13-5-08 (Rc 487/07) y 19-12-08 (Rc 337/08) sobre la procedencia de condenar en costas a la Comunidad de Madrid en procesos en los que se insta el derecho a percibir una pensión no contributiva de invalidez. Entiende la Sala que no procede tal condena porque a la Comunidad le resulta de aplicación en estos casos la doctrina establecida a propósito de los Servicios de Salud autonómicos, toda vez que la actividad desplegada por la entidad demandada —reconocimiento o denegación de pensiones no contributivas— ha venido a sustituir a la que efectuaba una Entidad Gestora de la Seguridad Social. De modo que merece el reconocimiento del carácter de Entidad Gestora, concurriendo las mismas razones para que reciba el mismo trato en cuanto a la condición de beneficio de justicia gratuita, salvadas las excepciones en las que pudiera serles apreciada temeridad o mala fe en sus planteamientos. Doctrina que recuerda la STS 10-7-08 (Rc 3835/07) para eximir al Servicio Canario de Salud de la condena en costas.

Exención que se extiende, igualmente, al SPEE, no sólo por su concepto, naturaleza, régimen jurídico, organización y competencias específicas que le atribuye la Ley de Empleo (Ley 57/2003), que le identifican como sucesora del INEM, sino porque como tal la declara la citada Ley en su Disposición adicional primera [STS 9-2-09 (Rc 1681/08)].

4.2. *Condenas de futuro*

En nuestro ordenamiento jurídico, se proclama la **licitud y validez de las condenas de futuro** en el art. 220 LECv cuando se reclame el

pago de intereses o de prestaciones periódicas. Que es lo que entiende la Sala que acontece en el caso de la **STS 27-5-08 (Rc 1273/07)** en el que los demandantes solicitaban que se condenase a la entidad demandada, Previsión Sanitaria Nacional, al abono de las cantidades adeudas en concepto de pensiones de jubilación y/o viudedad desde el momento en que se cesó en el pago, y que se la condenase a abonarles en adelante las sucesivas anualidades de tales pensiones.

4.3. Efecto de cosa juzgada

Debe llamarse la atención, fundamentalmente, en esta materia sobre dos sentencias. La primera es la **STS 13-6-08 (Rc 809/07)** que se refiere a la existencia de cosa juzgada material (art. 222 LECv) cuando un aspecto determinado de la controversia en el proceso de Seguridad Social para el reconocimiento de pensiones (de incapacidad permanente total en este caso), como es **la fijación de la base reguladora de la prestación, ha sido resuelto en pleito precedente en el que el debate procesal se había centrado en un aspecto litigioso distinto** (el grado de incapacidad). Concluye la Sala, reiterando doctrina, que el grado de incapacidad y la base reguladora de una pensión pública son factores indisolublemente unidos en la pretensión y en la sentencia firme de reconocimiento del derecho. De modo que no puede sostenerse que la base reguladora de una pensión no queda afectada por la sentencia firme que la reconoce por el mero hecho de que en el proceso que resuelve esa sentencia la controversia se centrase en el grado de incapacidad, y ello porque las alegaciones del proceso posterior sobre la misma bien pudieron formularse en el curso del pleito precedente.

La segunda es la **STS 11-11-08 (Rc 207/08)** —reiterada en **STS 3-3-09 (Rc 1319/08, y 5-5-09 (Rc 2019/08)**— sobre el efecto de cosa juzgada en reclamación del complemento de prejubilación a cargo del BSCH correspondientes a distintos periodos, apreciando el efecto positivo producido por sentencia desestimatoria firme, pese al cambio posterior de la jurisprudencia sobre el tema, porque la evolución de la jurisprudencia sobre la materia no afecta a la delimitación de la causa de pedir, que no está en función de la doctrina jurisprudencial, sino de los hechos y su conexión con la norma que los regula; y ninguna norma ha variado con carácter retroactivo el fundamento de la pretensión que opera en los dos procesos, con independencia de que la doctrina jurisprudencial haya podido manifestarse con posterioridad a la firmeza dictada en

el primer proceso. Es cierto que la identidad en el objeto no es completa por variar el periodo reclamado. Pero esa variación no desvirtúa las conclusiones anteriores porque no existen acaecimientos posteriores que introduzcan una variación en la causa de pedir y se discute el efecto positivo de la cosa juzgada, que conforma la decisión del nuevo proceso de acuerdo con la anterior, y no ante el excluyente o negativo, que elimina el nuevo proceso por su identidad con el que ya fue decidido.

Recuerda la Sala, además, en esta sentencia, que a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, en el que es necesaria la concurrencia de las tres identidades (sujetos, objeto y fundamento de la pretensión), el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para este efecto es suficiente que lo decidido y juzgado en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condicione, vinculándolo a lo ya fallado.

Por lo demás, conviene tener presente que si bien la regla general es que la apreciación de oficio de la cosa juzgada no es posible en el recurso de casación para unificación de doctrina, debiendo invocarse expresamente en el mismo, concurriendo los presupuestos de contradicción y siempre que no se trate de una cuestión nueva traída al recurso, esta doctrina se ha matizado en la **STS 5-5-09 (Rc 2019/08)**, para permitir que **se aprecie de oficio en este recurso extraordinario si el Ministerio Fiscal la alega en su informe y su existencia no pudo ser planteada en suplicación por razones cronológicas** [doctrina que tiene precedente en STS 23-7-99 (Rc 4817/98)] y **también cuando se trata de supuesto previamente resuelto por la propia Sala Cuarta** [precedentes de 8-2-00 (Rc 2208/99) y 6-3-02 (Rc 1367/01)].

4.4. Ejecución de sentencia. Cambio de partes

Se sostiene en **STS 25-9-08 (Rc 2362/07)**, reiterando doctrina, que la ejecución de sentencia iniciada frente a una empresa declarada en quiebra **no puede ampliarse a la Sociedad Anónima Laboral constituida por sus trabajadores**, pese a que esta última continúe la actividad de la primera, contrate a la mayor parte de la plantilla, ocupe el mismo inmueble y utilice los medios de producción de la quebrada, que arrienda a los síndicos.

4.5. Ejecución de sentencias firmes por despido

Sostiene la Sala, en **STS 16-12-08 (Rc 4245/07)**, reproduciendo precedente de 23-7-08 (Rc 3682/07), que de los dos plazos establecidos en el art. 276 LPL, de diez días para comunicar la fecha de reincorporación y tres días para la efectiva incorporación, el incumplimiento del primero de ellos es esencial y equivale a readmisión irregular, por desatender el mandato legal, en tanto que el segundo tiene diversa finalidad (conceder tiempo suficiente al trabajador para reincorporarse) y **su incumplimiento empresarial no genera irregular readmisión**, sino que —por ser nulo— el plazo inferior se tenga por no puesto y sea válida la reincorporación efectuada en el plazo legal.

4.6. Intereses procesales

Se plantea en **STS 11-3-09 (Rc 886/08)**, cuáles son los **intereses procesales que se generan cuando en un proceso de despido se ofrece y consigna judicialmente por el empleador una determinada indemnización** y ésta es posteriormente incrementada en la resolución judicial de instancia, apreciando la sentencia que la diferencia entre una y otra cuantía deriva de un error subsanable a los efectos de la reducción del montante de los salarios de tramitación. La sentencia se recurre en suplicación por la comercial, y de lo que se trata es de decidir si los intereses procesales han de jugar sólo respecto de la diferencia reconocida entre la cantidad consignada y la fijada en la sentencia condenatoria o respecto de la totalidad de la indemnización reconocida. Pues bien, la Sala llega a la conclusión de que los intereses procesales deben calcularse sobre el total por entender que aquel ofrecimiento y consignación no pueden considerarse equivalente al pago. Manteniendo, respecto a la fecha final del cálculo, que ésta coincide con el día en que dicha cantidad pudo ser pagada al acreedor.

5. Recurso de suplicación

5.1. Resoluciones recurribles

En el intervalo correspondiente a esta crónica puede resultar de interés la **STS 6-4-09 (Rc 154/08)**, relativa al **acceso al recurso de suplica-**

ción de los pleitos sobre indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes. La Sala considera que éstas son prestaciones económicas de la Seguridad Social, procediendo recurso de suplicación aunque se tenga reconocida una indemnización por un concreto apartado del baremo, si lo que se pretende es otra indemnización con fundamento en apartado distinto del baremo al de la ya reconocida. En concreto, en este caso el actor había iniciado proceso judicial para reclamar que sus lesiones fuesen indemnizadas conforme a **dos baremos de hipoacusia** —el 10: 2.020 € y el 8: 1.010€—, en lugar de conforme a un único baremo como había hecho el INSS —que sólo reconocía la del baremo 10—, pretensión que se estima en instancia, negando la Sala de suplicación el recurso a la entidad gestora alegando que tratándose de una indemnización de este tipo debe estarse a la cuantía de lo reclamado —1.010€—. Tesis que descarta la sentencia comentada, argumentando que se trata en realidad del reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones, por lo que cabe recurso de suplicación con independencia de la cuantía económica que corresponda por aplicación del concreto apartado del baremo pretendido o denegado.

Se abren, así, las puertas al recurso de suplicación a los supuestos de discrepancia sobre el baremo correspondiente a las lesiones permanentes no invalidantes, aclarando o precisando con ello, en cierto modo, la jurisprudencia previa, que en esta materia había atendido a la cuantía de la diferencia reclamada para determinar el derecho o no de la parte al recurso en cuestión cuando se discutía la aplicación de uno u otro baremo [SSTS 22-11-94 (Rc 1950/93) y 19-7-94 (Rc 2508/93)], —salvo afectación general, como había ocurrido para los supuestos de baremo correspondiente a la hipoacusia [SSTS 19-1-04 (Rc 2118/03), 24-1-04 (Rc 1989/03), 8-3-06 (Rc 4084/04), 10-5-06 (Rc 794/05), y 4-10-06 (Rc 80/05)]—. Si bien, es preciso tener en cuenta que la Sala ya había sostenido en STS 10-10-07 (Rc. 2280/06), que en los casos en los que la pretensión hubiese sido desestimada en vía administrativa, negando al trabajador la consideración de afecto de este tipo de lesiones, y en instancia se reconociese tal calificación, al no discutirse la cuantía de la indemnización sino el derecho a la misma, ésta debía tratarse como prestación de Seguridad Social a efectos del recurso. Así las cosas, la sentencia en estas líneas reseñada **aclara la cuestión para los casos en los que reconociéndose en vía administrativa una indemnización conforme a cierto baremo, lo que se discute judicialmente es la procedencia de acumular al reconocido la indemnización resultante de la aplicación de**

otro, concluyendo que tal reclamación merece la consideración de prestación a efectos del recurso, sin valorar su cuantía concreta.

Por lo demás, conviene tener presente que ha aclarado la Sala que a los efectos de la determinación de la cuantía no se computa **la petición genérica de intereses, sino exclusivamente los vencidos** a la fecha de la presentación de la demanda **y cuantificados** (el importe «cierto y líquido»), conforme a las reglas de art. 252 LECv [**STS 30-6-08 (Rc 4504/05)**].

En todo caso, se excluye de la posibilidad de recurso, en la **STS 21-7-08 (Rc 1832/07)**, la impugnación de la sanción de suspensión temporal —por un mes— del abono del subsidio de incapacidad temporal de un trabajador del RETA, por no alcanzar el límite cuantitativo indicado y no estar comprometido el reconocimiento del derecho, ni mediar afectación general. Reitera con ello la Sala su doctrina mayoritaria según la cual en los supuestos en los que se cruza y superpone la existencia de una sanción administrativa y un contenido económico concreto, la recurribilidad de la sentencia depende de este segundo factor (contenido económico concreto). La única excepción admisible serían los supuestos en los que quedase acreditado que inseparablemente unido a la sanción, y además del importe económico reclamado, se discuten otros perjuicios distintos a la propia prestación de concreta cuantía [**STS 26-9-00 (Rc 4725/98)**].

De otra parte, sostiene la **STS 16-1-09 (Rc 3584/07)**, siguiendo precedentes, que procede recurso de suplicación frente a los autos dictados en ejecución de sentencia cuando el título ejecutivo se refiere a «salarios dejados de percibir» «hasta la notificación de la sentencia», en una relación de trabajo fijo-discontinuo, habida cuenta de la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación (con posibilidad de excluirlos en supuestos de otro empleo y suspensión de contrato) y de que la concreción de las cantidades a satisfacer requiere la comprobación del periodo de trabajo efectivo al tratarse de un trabajador fijo-discontinuo, por lo que la oposición a la cantidad fijada en ejecución puede considerarse un «punto sustancial no decidido en el pleito» y por ello susceptible de ser recurrido en suplicación.

Por último, la **STS 28-5-08 (Rc 813/07)** recuerda que **los límites legales de cuantía mínima a efectos del acceso al recurso de suplicación no resultan de aplicación cuando la sentencia se impugna por infracciones procesales** generadoras de indefensión a la parte. En este sentido, no suscita duda interpretativa alguna el claro texto del art. 189.1.d) LPL, al

afirmar que procederá «en todo caso» el recurso de Suplicación «contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial de procedimiento... siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión». Así, el recurso entablado al amparo del art. 189.1.a) LPL —por infracciones procedimentales— «cabe en todo tipo de sentencias a tenor del art. 189 d) pero su objeto se constriñe al examen de la infracción de normas o garantías del proceso, sin que quepa aducir ni conocer otro tipo de motivos» [doctrina expuesta ya en STS 10-7-02 (Rc 230/02)].

5.2. *Afectación general*

En el periodo correspondiente a esta crónica, la Sala ha tenido ocasión de insistir en varias ocasiones, entre ellas en **STS 23-12-08 (Rc 979/07)**, en la actual doctrina sobre la apreciación de generalidad, reiterando que la notoriedad no puede apreciarse por la mera existencia de otros pocos asuntos iguales de la misma empresa pendientes de recurso, sino que es preciso constatar una situación de conflicto generalizado, a apreciar a la vista de las características intrínsecas del litigio, sin que valga el argumento de si resulta o no aplicable un convenio colectivo.

Aplicando esta doctrina, se ha apreciado afectación general, por ejemplo, en el caso de **STS 23-10-08 (Rc 3671/07)** que traía origen en la reclamación de cantidades correspondientes al 20% del salario base en concepto de plus de peligrosidad por nivel de ruido. Razona la Sala que si bien no existían en este caso numerosos pleitos sobre la materia, tal ausencia debía entenderse suplida por la existencia de dos reclamaciones anteriores de las que ya había conocido la Sala (resueltas con resoluciones desestimatorias por falta de contradicción, pero sin discusión sobre la cuantía al superar las reclamaciones litigiosas el umbral legal) y por un conflicto colectivo que ya *per se* acredita la concurrencia de un interés general no pacífico (conflicto que había concluido con sentencia que declaraba que los puestos de trabajo de la empresa demandada con un nivel de ruido superior a cierto límite debían tener la consideración de penosos).

Por su parte, en materia de Seguridad Social, ha sostenido la Sala, en **STS 23-1-09 (Rc 250/08)**, que la afectación generalizada no puede derivarse —por sí sola— de la pretendida interpretación de una norma sobre revalorización de pensiones, porque de lo que se trata es de que existan

«conflictos reales en aplicación de dichas normas y no se desprende de los autos que la cuestión litigiosa haya afectado a gran número de beneficiarios de la Seguridad Social, como pensionistas». Tampoco cuando se trata de determinar el cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal de una trabajadora fija discontinua en el sector de conservas vegetales de Murcia, pese al elevado número de trabajadores de tal condición en la citada Comunidad Autónoma y referido sector laboral [SSTS 10-2-09 (Rc 2832/07), 1-4-09 (Rc 2353/08), reproduciendo lo ya dicho en STS 19-7-05 (Rc 3311/04)].

Por lo demás, la evidencia compartida de las partes sobre la afectación generalizada no sustrae a los órganos jurisdiccionales el control sobre la concurrencia efectiva de tal afectación [STS 21-1-09 (Rc 4446/07)].

5.3. Consignación para recurrir

Sostiene la STS 3-11-08 (Rc 3287/07) que **a los efectos de admisión del recurso de suplicación frente a una sentencia que declara el despido improcedente, es subsanable la falta de consignación de la indemnización, cuando se había optado por la readmisión y se consignaron sólo los salarios de tramitación.** Razona la Sala que, con carácter general, la condena que se impone en una sentencia al pago de diversos conceptos es siempre única y por la cantidad total, y es ese importe total de la «cantidad objeto de la condena», sin necesidad de mas individualización, el que debe ser objeto de una única consignación para cumplir con las exigencias del precepto procesal. Regla general que no se exceptúa en los procesos de despido, en los que también se produce una única condena al pago de cantidad que, junto a la indemnización sustitutiva de la readmisión, «comprenderá también» en expresión de art. 110 LPL, los salarios de tramitación. De modo que las consecuencias del incumplimiento de la obligación que impone el art. 228 LPL vienen reguladas en el art. 193.2 y 3 LPL, siendo distintas para el incumplimiento total de la obligación de consignar la condena, que siempre provoca la inadmisión del recurso, y para el caso de cumplimiento deficiente de la obligación, que da lugar a la apertura de un trámite de subsanación. Y en el caso de autos no se había producido por la empresa un incumplimiento total de la obligación de consignar, sino solo un cumplimiento deficiente, al consignar solo parte de la condena impuesta (solo los salarios de trámite y no la indemnización sustitutiva), defecto que, por lo expuesto, debe considerarse subsanable.

5.4. Imposibilidad de apreciación de oficio de la prescripción en fase de suplicación

Se pronuncia la **STS 24-2-09 (Rc 3654/07)** —reproduciendo la TS 5-10-94 (Rc 402/94—, sobre **la posibilidad de que la Sala de suplicación entre a valorar la excepción de prescripción (art. 59.2 ET) no alegada por la parte hasta la fase de recurso**, esto es: que la aprecie de oficio. Pues bien, sostiene la sentencia que la prescripción, como excepción propia de carácter material, **no entra dentro del ámbito del «iura novit curia», ni puede ser apreciada de oficio** por el juez, porque se funda en un hecho meramente excluyente, que no afecta por sí mismo a la existencia del derecho que se ejercita. Y si esta prohibición se aplica en la instancia, con mayor rigor ha de serlo en un recurso extraordinario como el de suplicación, en el que las facultades de conocimiento del órgano judicial «ad quem» están limitadas por los motivos del recurso.

A lo que se añade que la apreciación de oficio de la prescripción produciría una alteración de los términos del debate con vulneración del principio de contradicción, y del derecho a la defensa de la parte recurrida —que en ningún momento habría podido oponerse a la prescripción—.

6. Casación unificadora

6.1. Falta de contradicción

Es doctrina consolidada de la Sala que en los temas procesales, salvo supuestos excepcionales vinculados con la competencia funcional de la Sala o a la falta de jurisdicción, rige también la exigencia de la contradicción previa que el LPL art. 217 fija como presupuesto de admisión de todo recurso de casación unificadora como signo definidor de su naturaleza especial. Siendo necesario que las irregularidades formales constituyan el núcleo de la argumentación o «ratio decidendi» de las sentencias. De modo que no existe contradicción entre una sentencia que decide sobre una cuestión procesal y otra que sin entrar en ella resuelve sobre el fondo, porque mientras que en un caso el problema procesal es objeto inmediato y directo de enjuiciamiento, en el otro no ha entrado en el ámbito de la decisión. Pues bien, particularmente estricta en la aplicación de estos parámetros resulta la **STS 8-4-09 Rec. 1267/08**), en la que se sos-

tiene, a propósito de una reclamación del complemento de funciones por parte del personal laboral al servicio de la Junta de Galicia, que falta contradicción en el recurso de unificación de doctrina cuando una sentencia declara la falta de jurisdicción y la de referencia decide sobre el fondo sin abordar el problema de la jurisdicción, porque las cuestiones sobre las que deciden las sentencias son distintas, al pronunciarse una sobre la jurisdicción y otra sobre el fondo del asunto. Razonando la sentencia que no puede entenderse que hay una doctrina implícita que sea necesario unificar cuando esa doctrina no se ha manifestado como tal en una sentencia.

La exigencia de igualdad se extiende a la normativa aplicable al caso, de modo que **la contradicción no existe si los hechos suceden bajo la vigencia de normas —o convenios colectivos— que los regulan de diferente modo**. Si bien, como se advierte en la **STS 24-7-08 (Rc 456/07)**, **no es relevante a efectos de admitir la contradicción el hecho de que las sentencias comparadas resuelvan sobre convenios colectivos distintos, siempre que el contenido de los mismos sea idéntico en lo sustancial**, en este caso, en la regulación de las licencias o permisos retribuidos, siendo lo que se discutía la inclusión de la hospitalización por parto entre los supuestos que daban derecho a permiso retribuido, teniendo en cuenta que los dos convenios lo reconocían por la enfermedad grave con hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Pues, como señala la sentencia, lo que se rechaza a efectos de contradicción no es la contraposición de preceptos distintos, sino que éstos regulen la materia controvertida de modo diferente, lo que no acontecía en este caso.

En todo caso, como se sabe ciertas materias se presentan particularmente complejas a la hora de acreditar la contradicción necesaria. En esta línea, se ha sostenido que respecto de **la valoración de la suficiencia de la carta de despido es difícil que se pueda dar la contradicción exigida**, ya que para ello es necesaria una coincidencia de hechos y de redacción de las cartas que difícilmente concurren en la realidad [**STS 16-1-09 (Rc 4165/07)**]. Como se advierte en la sentencia (que tiene voto particular) la determinación de este contenido afecta normalmente a cuestiones de carácter absolutamente particular e individualizado, en las que es casi imposible establecer generalizaciones o pautas válidas para diferentes supuestos, ya que la adopción de cada solución concreta depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en ese caso concreto concurren.

Por la misma causa, las cuestiones relativas a **la valoración del fraude no son materia propia de la unificación de doctrina**. Lo que se recuerda con insistencia a propósito de la apreciación de fraude en la actuación de los prejubilados de Telefónica que antes de solicitar la pensión de jubilación obtienen contrato temporal. Razona la Sala que en estos casos no resultan coincidentes las situaciones de los actores [SSTS **10-2-09 (Rc 600/08)**, para contrato por tres meses, **24-2-09 (Rc 1995/08)**, para contrato por 31 días, **24-3-09 Rec. 1501/08**), para contrato de once días en puesto de inferior categoría profesional, **22-4-09 (Rc 4532/07)** para contrato a tiempo parcial y con duración de mes y medio por amortización de puesto de trabajo, con empresa de la que es titular un familiar, y en la misma línea: SSTS **22-1-09 (Rc 4610/07)**, **10-2-09 (Rc 600/08)**, **2-3-09 (Rc 994/08)**, y **25-3-09 (Rc 1201/08)**, **23-3-09 (Rc 2151/08)**]. Y ello pese a que en supuesto similar de cese voluntario en Telefónica, la **STS 14-5-08 (Rc 884/07)** había apreciado contradicción «a fortiori». Además, las SSTS **2-3-09 (Rc. 994/08)**, **21-5-09 (Rc. 3205/08)** advierten que el recurso en estos casos carece de contenido casacional toda vez que la Sala ha insistido con reiteración en que falta éste cuando se discute la existencia de fraude por fundarse en valoración de intenciones, pues ello requiere una valoración casuística de las circunstancias individualizadas y variables en cada caso.

6.2. *Idoneidad de sentencia de proceso individual como referencial en conflicto colectivo*

La **STS 24-7-08 (Rc 456/07)** se pronuncia sobre la idoneidad de una sentencia referencial dictada en un proceso individual para establecer la contradicción con la recurrida, resultante de un proceso de conflicto colectivo. Razona la Sala, en este sentido, que el carácter colectivo de la recurrida no es obstáculo para la contradicción, por una parte, porque las sentencias de conflicto colectivo no producen efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales ya resueltos por sentencia firme (art. 158.3LPL, *a sensu contrario*), y por otra, porque las sentencias dictadas en unificación de doctrina no proyectan sus efectos sobre las referenciales (art. 226.1 LPL). Razón que llevó en su día, como se recuerda en esta sentencia, a la Sala a modificar su anterior criterio en la sentencia del Pleno de 14-7-00 (Rc 4534/98), y a aceptar la validez de las sentencias firmes de conflicto colectivo, en el caso opuesto, es decir cuando éstas se invocan como referenciales a los efectos de la contradicción.

6.3. *Idoneidad como sentencia de contraste de sentencia dejada sin efectos por una transacción*

En **STS 23-10-08 (Rc 1281/07)** se considera idónea para sustentar la contradicción que este recurso exige, una sentencia de suplicación dejada sin efecto por un auto que aprueba una transacción. Sostiene la sentencia, a tal efecto, que **es conforme a la finalidad de la exigencia de firmeza de la decisión referencial, pues el auto que aprueba la transacción no anula ni revoca la sentencia, sino que la sustituye por la transacción y la priva de efectos**. Por ello la sentencia continúa teniendo un contenido doctrinal aprovechable a estos efectos, que está dotado de la consistencia necesaria para entrar en un juicio de contradicción, al contener un criterio en sí mismo estable en la medida en que la terminación del proceso determina que ya no pueda ser combatido en él.

6.4. *El incumplimiento formal como causa de inadmisión*

Como se recuerda en **TS 7-4-09 (Rc 37/08)**, conforme al art. 483.2.2.º LECiv será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición. Requisitos formales que se incumplen cuando se solicita la revocación de la sentencia «en cuanto al importe de la indemnización y salarios de tramitación consignados en la misma», sin hacer referencia a las cantidades concretas que por uno y otro concepto habrían de corresponder.

7. Recurso de revisión. Alcance del cohecho, la violencia y la maquinación fraudulenta

La mención que el legislador hace a la posibilidad de revisar una sentencia firme ganada «injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta», requiere, a entender de la Sala, una interpretación estricta de estas causas. Así, **la referencia al cohecho, sin más, impide incluir por ejemplo la prevaricación**, a la que sí hace referencia la norma reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 102.1.d). Y la llamada a la **violencia no alcanza a los supuestos de simple intimidación [STS 8-7-08 (Rc de revisión 20/06)]**.

Por su parte, la maquinación fraudulenta consiste en la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida que, mediante el empleo de astucia,

artificio u otro medio semejante, tiende a conseguir una lesión a quien pretende ampararse en este recurso [**SSTS 8-7-08 (Rc de revisión 20/06), 22-4-09 (Rc de revisión 19/08)**]. Y el juego de esta causa requiere la concurrencia de un elemento subjetivo: que la maquinación haya sido realizada personalmente o con auxilio de un tercero por la parte que ha obtenido un pronunciamiento favorable [STS 13-7-00 (Rc 3313/99) y 14-5-02 (Rc 834/01)] [**STS 6-10-08 (Rc de revisión 24/07)**].

En todo caso, debe considerarse siempre tal maquinación como una conducta de la parte que injustamente ganó la sentencia, y en ningún modo atribuible al juzgador que la dictó [**STS 8-7-08 (Rc de revisión 20/06)**]. Pesando sobre la parte actora que la invoca la carga de probar la veracidad de los hechos que alega como integrantes de la maquinación fraudulenta [**STS 22-4-09 (Rc de revisión 19/08)**].

Por último, la **STS 22-4-09 (Rc de revisión 19/08)** recuerda la doctrina de la Sala respecto de esta excepcional vía, con especial mención a la exigencia no sólo de que la sentencia sea firme en los términos previstos en los arts. 207.2 LECv y 245.3 LOPJ, sino también de que se hayan agotado previamente los recursos jurisdiccionales que la Ley prevé para que la sentencia pueda considerarse firme a efectos revisorios; pues sólo de este modo quedará garantizada la subsidiaridad de este recurso, no pudiendo, por ende, emplearse cuando pudo utilizarse otro medio normal de impugnación. Aplicando esta doctrina al caso de autos, razona la Sala que en principio no resultaría posible la admisión del recurso al no haber interpuesto la parte recurso de casación unificadora contra la resolución del Tribunal Superior de Justicia, no obstante, precisa la sentencia que como en este caso la materia litigiosa se refería a un despido disciplinario y la Sala tiene dicho que estas cuestiones carecen de interés casacional, resulta inapropiada la exigencia de interposición de un recurso que estaría, por la propia doctrina de la Sala, llamado al fracaso.