

SALA CUARTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Compensación económica por la supresión del tabaco de "fuma". ALTADIS, S.A.
2. Contratación temporal
3. Convenios colectivos y negociación colectiva:
 - 3.1. Ámbito de aplicación.
 - 3.2. Comisiones negociadoras y comisiones aplicativas.
 - 3.3. Legitimación y deber de negociar.
 - 3.4. Representantes de los trabajadores: Revocación integra -titulares y suplentes-
 - 3.5. Vigencia del convenio. Ultraactividad
4. Derecho de huelga
 - 4.1. Derecho de huelga y libertad de expresión.
 - 4.2. "Esquirolaje tecnológico".
 - 4.3. Exceso en la fijación de los servicios realizada unilateralmente por la empresa.
5. Despido
 - 5.1. Despido disciplinario
 - 5.2. Despido colectivo: problemas de delimitación y extinciones computables
 - 5.3. Concurso de acreedores y despido tácito
 - 5.4. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales
 - 5.5. Despido improcedente: derecho de opción
 - 5.6. Indemnización por despido improcedente y declaración de IPT
 - 5.7. Salarios de tramitación
6. Destino de la cantidad consignada para recurrir en suplicación. Declaración de concurso sobrevenida.
7. Ejecución de sentencia de despido con acción sobre cesión ilegal.
8. Extinción del contrato de trabajo
 - 8.1. Extinción por causas objetivas
 - 8.2. Extinción del contrato por voluntad del trabajador
 - 8.3. Requisitos de validez y eficacia del finiquito
9. Excedencias laborales
10. Igualdad retributiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.
11. Indemnización de daños y perjuicios: Ausencia de los tiempos de descanso.
12. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.
 - 12.1. Daños morales por vulneración de derechos no discriminación, integridad moral y garantía de indemnidad.
 - 12.2. Indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales: Honorarios de letrado.
13. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
 - 13.1. Alcance de la modificación sustancial.
 - 13.2. Movilidad sustancial.
14. Obligación de facilitar a los trabajadores relación de personal.
15. Relación laboral especial de alta dirección
16. Salario y régimen retributivo.
 - 16.1. Complemento de antigüedad. TVE.
 - 16.2. Reducción salarial empresas públicas gallegas.
 - 16.3. Trienios. Profesores de religión católica. CAM.
17. Subrogación y sucesión de empresas

18. Tiempo de trabajo.

18.1. Licencia por nacimiento, fallecimiento, enfermedad grave. Ampliación por "desplazamiento".

18.2. Vacaciones anuales: incapacidad temporal sobrevenida.

II. SEGURIDAD SOCIAL.

1. Incapacidad Temporal.

1.1. Reconocimiento del derecho.

1.2. Competencia para otorgar prórroga o nueva baja médica.

1.3. Posibilidad de extinción de la relación laboral por impago del complemento de mejora de la incapacidad temporal previsto en convenio colectivo.

1.4. Posibilidad de extinción de la relación laboral por impago del complemento de mejora de la incapacidad temporal previsto en convenio colectivo.

1.5. Responsables del abono de la prestación.

1.6. Reintegro de la prestación.

2. Incapacidad Permanente.

2.1. Recurso del Ministerio Fiscal: acreditación del periodo de carencia computando los días-cuota.

2.2. Determinación del grado de incapacidad permanente.

2.3. Incapacidad permanente total.

2.3.1. Determinación de la profesión habitual de bombero.

2.3.2. Derecho de reingreso en la empresa.

2.3.3. Obligación de imputar las cuotas abonadas tras invitación al pago a deudas en el RETA.

2.3.4. Determinación de la base reguladora

2.4. Incapacidad permanente absoluta.

2.4.1. Responsables del abono de la prestación en supuestos de infractotización.

2.4.2. Responsables del abono de la prestación en supuestos de enfermedad profesional (silicosis).

2.4.3. Compatibilidad de la prestación con actividad de administrador y afiliación al RETA.

2.4.4. Requisitos para causar derecho en el RETA.

2.4.5. Nivel no contributivo: determinación de la carencia de rentas.

3. Jubilación.

3.1. Imposibilidad de incremento de la cuantía de la pensión aplicando coeficientes reductores de la edad.

3.2. Nivel no contributivo.

3.3. Jubilación anticipada.

3.4. Jubilación parcial.

3.4.1. Imposibilidad de acceso a la jubilación parcial.

3.4.2. Reconocimiento del derecho computando a efectos de antigüedad el desempeño de funciones en régimen funcional.

3.4.3. Cálculo de la base reguladora.

3.4.4. Periodo de carencia.

3.4.5. Extinción.

3.4.6. Derecho a la percepción de la prestación en supuestos de despido colectivo.

- 3.4.7.-Reintegro de la prestación en supuestos de extinción de la relación laboral por causas objetivas del relevista y del jubilado parcialmente.
- 3.5. Jubilación forzosa.
- 3.6. Prejubilación en RENFE.
- 3.7. Jubilación en el RETA.
- 4.-Planes de Pensiones.
- 5.-SOVI.
- 6.-Viudedad.
 - 6.1. Reconocimiento del derecho.
 - 6.1.1. En supuestos de separación o divorcio.
 - 6.1.2. En supuestos de violencia de género con pensión compensatoria extinguida.
 - 6.2. Determinación de la base reguladora cuando no existía obligación de cotizar.
- 7.-Desempleo.
 - 7.1.-Reconocimiento del derecho.
 - 7.1.1.-Familiares del empresario.
 - 7.1.2.-Presos con responsabilidades familiares.
 - 7.1.3.-Trabajadores del buque Pride of Bilbao.
 - 7.1.4.-Cuando no se perciben salarios de tramitación.
 - 7.1.5.-Socios minoritarios y administradores únicos no retribuidos.
 - 7.2. Cómputo de cotizaciones que sirvieron para lucrar pensión de incapacidad permanente total.
 - 7.3. Suspensión/extinción por salida del territorio sin comunicación a la Entidad Gestora.
 - 7.4. Subsidio para mayores de 52 años.
 - 7.4.1. Reconocimiento del derecho cuando se ha cotizado en Francia.
 - 7.4.2. Determinación de la carencia de rentas.
 - 7.5. Nivel no contributivo: determinación de la carencia de rentas.
- 8. Prestación de riesgo durante la lactancia.
- 9. Prestaciones a favor de familiares.
- 10. Accidente de trabajo

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

- 1. Competencia del orden jurisdiccional social:
 - 1.1. Perito tasador de seguros.
 - 1.2. Cuestiones atinentes a expedientes de regulación de empleo en la LPL.
 - 1.3. Prestaciones de servicios TRADE. Consideración de la exigencia legal de formalización del contrato como no determinante de la competencia del orden social.
 - 1.4. Conflictos surgidos a raíz de un concurso externo para la provisión de plazas en entidades de Derecho público sometidas en su actuación al Derecho privado.
 - 1.5. Reclamación de mayor base reguladora previo encuadramiento por actuación de la Inspección de Trabajo.
- 2. Cuestiones comunes al proceso:
 - 2.1. Acción de cesión ilegal contra la supuesta cedente y cesionaria en fecha posterior a la extinción de la contrata.

- 2.2. Nulidad de actuaciones por falta de incorporación al acta del juicio oral firmada por las partes que sustituye al DVD defectuoso. No procede por no acreditarse indefensión.
- 2.3. Incongruencia omisiva en materia de prestaciones de incapacidad permanente.
- 2.4. Honorarios de Letrado. No inclusión en la indemnización por daños.
- 2.5. Multa de temeridad.
- 2.6. Intereses moratorios.
3. Procesos especiales:
 - 3.1. Proceso de despido: Efectos no anulatorios de la inobservancia de la regla de inversión del orden de intervención en el juicio; Despido y declaración de cesión ilegal; Insuficiente cumplimiento del contenido del relato de hechos ex LPL art. 107. Supuestos en los que procede la nulidad de la sentencia; Alcance del proceso de despido.
 - 3.2. Impugnación de convenio: Interrupción de la prescripción en la reclamación individual.
 - 3.3. Proceso de conflicto colectivo: No es adecuado para reclamar la declaración de un puesto de trabajo como penoso, peligroso o tóxico; Inadecuación de procedimiento en los traslados plurales; Adecuación de procedimiento aunque se trate de un colectivo de dimensiones reducidas.
4. Ejecución de sentencia:
 - 4.1. Plazo de prescripción de la reclamación del Estado por el abono de una prestación en ejecución provisional.
 - 4.2. Sentencias declarativas en materia de Seguridad Social.
 - 4.3. Ejecución de sentencia de despido con acción sobre cesión ilegal.
 - 4.4. Inembargabilidad de las Embajadas.
5. Recurso de suplicación:
 - 5.1. Legitimación para recurrir.
 - 5.2. Irrecurribilidad de las sentencias de instancia dictadas en materia de conciliación.
 - 5.3. Cuantía determinante del acceso al recurso de suplicación.
 - 5.4. Afectación general.
6. Recurso de casación unificadora:
 - 6.1. Alcance de la exigencia de contradicción.
 - 6.2. Obligatoriedad de la jurisprudencia unificada.
 - 6.3. Incorporación de documentos y revisión de hechos probados.
 - 6.4. Legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del recurso de casación.
 - 6.5. Cita y fundamentación de la infracción legal.
7. Casación ordinaria: Inaplicabilidad de la reconvención en el proceso de tutela de derechos fundamentales.

Un año más se presentan en esta crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo los pronunciamientos doctrinales que se han estimado más relevantes en el curso judicial 2012-2013, bien por su novedad u originalidad, bien, en fin, por el alcance rectificador, corrector o matizador de criterios precedentes¹.

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, dinamismo que se ha visto particularmente reflejado en las últimas reformas legislativas que han incidido en la regulación de las relaciones laborales individuales y colectivas, en particular, en la negociación colectiva, en materia de Seguridad social, así como la aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

En este contexto, y particularmente por el cauce por excelencia de elaboración doctrinal de esta Sala, que es el recurso de casación para la unificación de doctrina, se han abordado cuestiones de notable interés en la materia de Derecho del Trabajo tanto en las relaciones individuales como en las colectivas. Pero si hubiera que elegir unas pocas resoluciones dignas de resaltar -tarea que no resulta precisamente fácil--, podría decirse que las sentencias emblemáticas del período serían aquellas destinadas a determinar los límites entre el despido colectivo y el individual, despejando cómo debe computarse el período de noventa días que fija el art. 51 ET, o la que matiza la doctrina anterior de la Sala en relación a la posibilidad de que en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, el vínculo contractual este vigente en el momento de celebrarse el juicio. Destacable es asimismo la sentencia que decide las consecuencias que se derivan de la calificación del despido como nulo de un alto directivo, en la que se está admitiendo, aún implícitamente, la posibilidad de que dichos trabajadores ejerciten el derecho de huelga.

Por otro lado, diversas series de recursos han ocupado el que hacer jurisdiccional de la Sala, siendo destacable las numerosas reclamaciones individuales relativas a la compensación económica por la supresión del

¹ La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D^a. Dolores Redondo Valdeón, D^a. María Silva Goti, D^a. Paz Menéndez Sebastián, y D^a Yolanda Cano Galán, bajo la coordinación del Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Ilmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

“Tabaco de Fuma” en Altadis, o las que despejaron la inexistencia de sucesión de empresa en aquellos supuestos en que una entidad financiera en procedimiento hipotecario se adjudica los inmuebles en los que los trabajadores habían venido desempeñando su actividad laboral; así como aquellas otras en las que se contempla la reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento.

No puede olvidarse que la Sala IV, en aplicación de la sentencia del TJUE de 21-6-2012 declara que la IT interrumpe el periodo de vacaciones tanto en los casos en los que dicho proceso se inicia antes del comienzo de las vacaciones como en aquellos otros en los que las vacaciones ya se han iniciado cuando aparece la situación de IT.

Finalmente, merecen especial mención las sentencias, dictadas en casación ordinaria, relativas al derecho de huelga y su posible vulneración por la utilización de los medios tecnológicos propios, en particular en el sector de radiodifusión.

En materia de Seguridad Social, es destacable en el periodo examinado, que la Sala IV haya tenido que pronunciarse sobre los recursos de casación para la unificación de doctrina presentados por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 219.3 LRJS, y ello en relación con la cuestión de si los días-cuota debían servir para incrementar la pensión de incapacidad permanente reconocida o para acreditar el periodo de carencia (opción que acoge la Sala).

Ello no obstante, los pronunciamientos de la Sala IV han discurrido por diversas materias, debiendo resolver cuestiones en relación con prácticamente todas las prestaciones reconocidas por el Sistema de Seguridad Social. Así, en relación con la incapacidad temporal, ha abordado cuestiones relativas al reconocimiento del derecho, quién es competente para otorgar una prórroga de la misma o nueva baja médica, quiénes son responsables del abono de la prestación o cómo debe producirse el reintegro en supuesto de que la prestación se haya percibido indebidamente, además de otras vinculadas con el derecho del trabajo, como la relativa a si puede extinguirse la relación laboral ex art. 50 ET por impago del complemento de mejora de la incapacidad temporal previsto en convenio colectivo.

Igualmente, no han sido pocas las cuestiones resueltas por la Sala en relación con la incapacidad permanente, desde cuáles son las funciones a tener en cuenta para el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total por quien ejerce funciones de bombero y se encuentra en segunda actividad, la determinación de la base reguladora de la prestación, o la compatibilidad del percibo de la misma con la indemnización por despido. En relación con la incapacidad permanente absoluta, las sentencias se centran en dos ejes: responsables del abono de la prestación -tanto en supuestos de infracotización como en supuestos en que la contingencia es profesional- y aspectos vinculados con la realización de actividades en el RETA - administrador de sociedad- o los requisitos para causar el derecho en dicho régimen.

En materia de jubilación, la Sala IV se ha pronunciado respecto de prácticamente todos los supuestos de jubilación, tanto en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que se han examinado cuestiones tanto de acceso a la prestación del nivel no contributivo como relativas a la posibilidad de jubilación anticipada, parcial o forzosa, como en otros regímenes, especialmente el RETA.

Junto a ello, las cuestiones relacionadas con el desempleo han sufrido un incremento exponencial en el periodo examinado respecto del periodo anterior más centrado en aspectos vinculados con la viudedad –respecto de las que la Sala resuelve en el periodo examinado sobre del derecho a la pensión en supuestos de separación o divorcio al amparo de la DT 18ª LGSS, o en supuestos de violencia de género-. Así, se han abordado cuestiones relacionadas con la posibilidad de reconocimiento del derecho en situaciones particulares –familiares del empresario, presos con responsabilidades familiares, trabajadores que prestaban servicios en buques, socios minoritarios y administradores únicos con retribuidos o no perceptores de salarios de tramitación-, o relativas a la determinación de cuándo se carece de rentas para causar derecho en el nivel asistencial, adquiriendo especial relevancia el análisis sobre cuándo se mantiene, se suspende o se extingue el derecho por salida del territorio sin comunicación a la Entidad Gestora.

Por lo que se refiere al Derecho Procesal laboral la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre temáticas de particular interés, que van desde cuestiones competenciales, relativas, por ejemplo, a la delimitación entre el orden social y el civil respecto de litigios planteados por peritos tasadores de seguros, o entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de expedientes de regulación de empleo (LPL), en lo referente a la provisión de plazas en entidades de Derecho público sometidas en su actuación al Derecho privado o en lo atinente a reclamaciones de Seguridad Social que traen causa en un previo encuadramiento por actuación de la Inspección de Trabajo. También ha podido aclarar la Sala otros puntos que determinan su competencia, como el referido a la exigencia legal de formalización del contrato respecto de los TRADE (en la medida en que no se considera determinante, su ausencia no imposibilita al orden social el conocimiento del pleito).

De otra parte, los recursos presentados han posibilitado a la Sala recordar o actualizar doctrina sobre problemáticas diversas, como son las relativas a la acción de cesión ilegal contra la supuesta cedente y cesionaria en fecha posterior a la extinción de la contrata, la incongruencia omisiva en materia de prestaciones de incapacidad permanente, el alcance de la multa de temeridad, el abono de los intereses moratorios o el efecto de cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo. Y pronunciarse sobre otras cuestiones no resueltas con anterioridad, tales como la relativa a en qué casos puede decretarse la nulidad de actuaciones por falta de incorporación al acta del juicio oral firmada por las partes que sustituye al DVD defectuoso o si resulta viable la inclusión de los honorarios de Letrado en la indemnización por daños.

También a propósito de los procesos especiales ha podido la Sala pronunciarse sobre cuestiones varias de innegable interés, por ejemplo, en lo

que se refiere al proceso de despido pueden encontrarse sentencias que resuelven sobre los efectos no anulatorios de la inobservancia de la regla de inversión del orden de intervención en el juicio, el contenido debe tener la sentencia de suplicación cuando declara la inexistencia del despido, pero hay un pronunciamiento en la instancia sobre la existencia de cesión ilegal, que ocurre cuando la sentencia de despido no contiene en el relato fáctico los hechos exige el art. 107 LPL, etc.. También merece especial mención lo dicho por la Sala respecto de la interrupción de la prescripción en la reclamación individual cuando se ha interpuesto demanda de impugnación de convenio, de la inadecuación del proceso de conflicto colectivo para reclamar la declaración de un puesto de trabajo como penoso, peligroso o tóxico o para la impugnación de una decisión colectiva de traslado, así como su adecuación cuando se observan las exigencias legales aunque se trate de un colectivo de dimensiones reducidas.

Asimismo han sido objeto de tratamiento diversas cuestiones relativas a la ejecución de sentencia, tales como el plazo de prescripción de la reclamación del Estado por el abono de una prestación en ejecución provisional, los términos de ejecutabilidad de las sentencias declarativas en materia de Seguridad Social, la ejecutabilidad de una sentencia firme condenatoria de la empresa cedente y cesionaria en la que se declaraba, por cesión ilegal, el derecho del actor a integrarse en la plantilla de una u otra, o el alcance de la inembargabilidad de las cuentas corrientes de las Embajadas.

De otro lado, se recuerda doctrina ya consolidada respecto del recurso de suplicación, referida, por ejemplo, a la legitimación para recurrir, a la cuantía determinante del acceso al recurso de suplicación o a la afectación general, se rectifica doctrina previa -aunque reciente- relativa a la irrecorribilidad de las sentencias de instancia dictadas en materia de conciliación, y se matiza jurisprudencia respecto del acceso al recurso de suplicación aunque se fundamente en conflicto colectivo previo.

Igualmente pueden encontrarse en el lapso temporal que se analiza en esta crónica, resoluciones relevantes sobre el recurso de casación unificadora, algunas aclaratorias del alcance de sus requisitos (contradicción, cita y fundamentación de la infracción legal, obligatoriedad de la jurisprudencia, incorporación de documentos, etc.), y otras novedosas, como las relativas a la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del recurso de casación.

I. DERECHO DEL TRABAJO.

1. Compensación económica por la supresión del tabaco de "fuma". ALTADIS, S.A.

Especial relevancia presenta la **STS 15-01-2013 (Rc 1250/2012)**, con voto particular que inicia la serie de sentencias dictadas a propósito de la compensación reclamada por los trabajadores de Altadis SA por la supresión del tabaco de "fuma" -consistente en la puesta a disposición, en los centros de trabajo y para su utilización en la jornada laboral por los trabajadores en activo, de cigarrillos- y en las que la cuestión planteada consiste en determinar el

alcance subjetivo y cuantitativo que tiene dicho derecho. A partir del 1/1/06, la demandada decidió unilateralmente, en aplicación de la Ley 28/2005, suprimir la entrega de tabaco a los trabajadores lo que suscitó el planteamiento de demandas colectivas. En las reclamaciones individuales se interpreta el alcance de la STS 5/3/2008 (RC 100/06), que declaró el derecho de todos los trabajadores al abono mensual de una compensación en metálico por la supresión equivalente al importe del coste de fabricación más el correspondiente impuesto. La Sala IV, en aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada, declara que el derecho a la compensación se refiere a los trabajadores en activo, y dentro de éstos "a todos los trabajadores", no solo a los fumadores, además, existen otros argumentos complementarios que refuerzan esta conclusión, Por lo que se refiere a la carga de la prueba en lo que afecta al número de cigarrillos que se tiene en cuenta para fijar la compensación, y que gravita sobre Altadis, se declara que no hay infracción del art 217 LEC pues la determinación del número de cigarrillos que se deben computar a estos efectos, se funda en "la ponderada valoración de los datos y circunstancias" que se ha realizado en la instancia, que ha tenido en cuenta "el resultado de la prueba practicada", En definitiva, se confirma la obligación de compensar económicamente a los trabajadores, en activo, con independencia de que fueran o no fumadores, cuantificando la misma en el equivalente a 10 cigarrillos al día por 220 días laborables del año. Se trata de un derecho de naturaleza colectiva, y la compensación corresponde todos los trabajadores en activo, sean o no fumadores, por lo que no es necesario que en el proceso individual el trabajador acredite que era fumador ni el número de cigarrillos que consumía. (STS 25-01-2013 Rc 1224/2012, 04-02-2013 Rc 1211/2012, 26-02-2013 Rc 1240/2012, 06-03-2013 Rc 1221/2012, 19-03-2013 Rc 1860/2012, 25-03-2013 Rc 1706/2012, 04-02-2013 Rc 1211/2012, 08-04-2013 Rc 1708/2012, 25-03-2013 Rc 1817/2012, 15-04-2013 Rc 1223/2012, 15-04-2013 Rc 1823/2012, 21-03-2013 Rc 1828/2012, 22-04-2013 Rc 1702/2012, 27-03-2013 Rc 1911/2012, 22-04-2013, Rc 1702/2012, entre otras).

2. Contratación temporal

El problema concreto sobre la extinción de los contratos de interinidad por vacante que se suscita en **SSTS 24-09-2012 (Rc 4350/2011); 27-09-2012 (Rc 3885/2011)** es el de determinar si la supresión del puesto de trabajo "interinado" o desempeñado en régimen de interinidad determina automáticamente dicha extinción, o si por el contrario el acuerdo de la empresa de suprimir la plaza ha de ser comunicado individualmente a cada uno de los trabajadores interinos afectados. Las sentencias anotadas optan por calificar dichos ceses como despidos improcedentes, porque tanto el art. 49.1.c) ET como el RD 2720/1998 exigen para la extinción de dichos contratos la denuncia de los mismos, lo que significa en la teoría general de las obligaciones y contratos, el acto de comunicación o puesta en conocimiento por una parte contratante a la otra la existencia de una causa de extinción de la situación contractual.

Es un efecto conocido que cuando la Administración Pública suscribe un contrato de interinidad por vacante hasta la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario el contrato del interino se extingue en el momento

en que se proceda a proveer la plaza vacante. Más difícil es determinar qué ocurre cuando en el concurso o proceso de selección esa plaza se declara vacante. Lo que se dirime en **STS 21-01-2013 (Rc 301/2012)** es precisamente la conformidad a derecho de la extinción de un contrato de interinidad respecto de una plaza vacante en la Administración, vinculada a oferta de Empleo Público, cuando finalizado el proceso de selección la misma queda desierta. La Sala tras recordar la jurisprudencia sobre que el contrato de interinidad para cubrir una plaza pendiente de cobertura reglamentaria dura todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza, produciéndose la extinción -salvo que la plaza se amortice- sólo con la cobertura real de la vacante, llega a la conclusión de que no podía extinguirse el contrato en este caso por la mera razón de la finalización del proceso selectivo, y ello porque la plaza no ha sido realmente cubierta.

Por lo que atañe a los trabajos de colaboración social para una Administración Pública, las **SSTS 19-04-2012 (Rc 2039/2011); 18-09-2012 (Rc 3597/2011); 15-10-2012 (Rc 291/2012); 22-10-2012 (Rc 4113/2011); 14-11-2012 (Rc 3710/2011), 19-12-2012 (Rc 554/2012); 17-01-2013 (Rc 78/2012); 04-02-2013 (Rc 4057/2011); 12-03-2013 (Rc 1060/2012) y 26-03-2013 (Rc 1955/2012)**, entre otras, reiteran doctrina anterior que declaró la posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración destinataria de dichos trabajos y el desempleado que preste dichos servicios, siempre y cuando los trabajos a realizar sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad; tengan carácter temporal y duración máxima -RD 1445/82, reformado por RD 1809/86, de 28 de junio- hasta el periodo que le falte al trabajador por percibir la prestación o subsidio por el desempleo reconocido; coincidan con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado, y no supongan un cambio de residencia habitual del trabajador.

Recuerda asimismo **STS 26-03-2013 (Rc 1415/2012)**, la posibilidad de que la Administración concierte contratos temporales de carácter eventual para cubrir déficits o insuficiencias de plantilla, y la consiguiente acumulación de tareas. Dicho déficit puede deberse a que exista un número de puestos de trabajo no cubiertos reglamentariamente o a la circunstancia de que los titulares no acudan a prestar servicio por distintas causas, entre ellas, durante el disfrute de vacaciones. Ahora bien, en el caso examinado en la sentencia anotada, la extinción se produjo sin relación alguna con el agotamiento de los periodos de descanso de los trabajadores en cuestión, lo que impide conocer en qué medida había necesidades productivas de la empresa, y determina que el cese de califique como despido improcedente.

3. Convenios colectivos y negociación colectiva

3.1.Ámbito de aplicación

La **STS 13-06-2012, (Rc 1337/2011)**, se pronuncia sobre el convenio colectivo aplicable, en el marco del sector de hostelería, a la empleada que presta servicios en un centro de trabajo distinto del de la sede de la sociedad titular de la empresa, cuestionándose la conexión determinante -centro de trabajo/sede social de la empresa- para la aplicación de uno u otro convenio

provincial. La Sala IV, parte de que la determinación del ámbito de aplicación del convenio forma parte de las facultades de las partes negociadoras, ex ET art 83.1, y tras un estudio del tenor de las disposiciones convencionales se llega a la conclusión que no existe conflicto o incompatibilidad entre las mismas, puesto que ambas limitan su ámbito de aplicación territorial a los centros de trabajo radicados en la Comunidad Autónoma, esto es, a los hoteles situados en las circunscripciones territoriales de las respectivas autonomías, siendo equivalentes las expresiones “hoteles” y “establecimientos” hoteleros. Por tanto, son válidas las cláusulas convencionales que seleccionan como criterio o punto de conexión el centro de trabajo o lugar de la prestación de trabajo (*lex loci laboris*), rechazando que la conexión pueda establecerse en atención al domicilio social de la mercantil. Por todo ello, en el caso es el centro de trabajo el factor decisivo para fijar la aplicabilidad de la norma paccionada.

3.2 Comisiones negociadoras y comisiones aplicativas.

La **STS 12-2-2013 (Rc 37/12)** estima que no existe lesión del derecho a la libertad sindical por la decisión del Comité de empresa de excluir al sindicato demandante de las comisiones de trabajo del mismo comité. En el caso, el Comité se autorregula a través de un reglamento, en el que se establece la composición de las comisiones de trabajo y el modo de elección de sus miembros y que el sindicato accionante no ha impugnado. Por otra parte, dichas comisiones son de naturaleza meramente aplicadora, y no negociadora y su composición no es paralela a la del comité. Fue el propio sindicato quien decidió no participar en el proceso de constitución de las citadas comisiones, lo que supone una clara autoexclusión en el proceso decisorio, con consecuencias activas y también pasivas; la merma en el campo de acción sindical del demandante solo a él pueda serle imputable; de otro lado la constitución de las comisiones se efectuó dentro del proceso de debate y participación de los miembros del comité, excepto, lógicamente, los autoexcluidos-, y sin que conste que hubiera oposición alguna por parte de tales miembros reunidos.

Asimismo, la **STS 8-4-2013 (Rc 282/119)** declara que no lesiona el derecho a la libertad sindical la no participación en la Comisión de Empleo creada por el convenio colectivo de la Cía Transmediterránea de un sindicato que, aunque participó en la negociación del convenio, no firmó el mismo. Tras analizar la norma convencional se concluye que la comisión controvertida es una comisión de administración, sin competencias reguladoras de las condiciones de trabajo a través de una negociación colectiva, por lo que no se priva al sindicato recurrente de su derecho a participar en la negociación colectiva. Por otra parte, la mera intervención en la negociación del convenio colectivo no equivale a su firma, puesto que la participación relevante en orden a la inclusión o exclusión en las comisiones de interpretación o aplicación no es la mera participación en el proceso negociador, sino la participación cualificada que consiste en la firma del convenio colectivo.

3.3. Legitimación y deber de negociar.

La **STS 13-06-2012, (Rc 213/2011)** desestima la pretensión consistente en que se declare el derecho del sindicato a convocar a la empresa y demás sujetos legitimados para constituir la comisión negociadora del Convenio Colectivo de Empresa e iniciar el proceso de negociación, imponiendo a todos ellos la obligación de acudir a dicha convocatoria y constituir formalmente la comisión, así como la obligación de negociar. Y ello porque no hay obligación de la empresa y demás interlocutores de negociar porque prevalece la negociación iniciada por el Comité Intercentros. En el caso resulta que se había puesto en marcha un procedimiento negociador entre la empresa y la representación unitaria, frente a la cual no puede prevalecer el interés negocial de una sección sindical. Partiendo de que la legitimación para negociar convenios de empresa corresponde tanto a los representantes unitarios, delegados y Comités de Empresa, como a las representaciones sindicales esto es, a las secciones sindicales constituidas en la empresa, sin embargo no autoriza a ambas representaciones a negociar al mismo tiempo. Esto es, no cabe una negociación acumulativa por lo que si cuando se formuló la propuesta de negociación se estaban desarrollando ya las negociaciones para renovar el convenio en la unidad general de la empresa, la negativa de la empresa a negociar un convenio que afectaría al que ya se está negociando es completamente justificada. En definitiva, rige el orden cronológico para resolver los problemas de legitimación acumulativa.

3.4. Representantes de los trabajadores: Revocación íntegra -titulares y suplentes-

La **STS 02-10-2012, Rec 3046/2011**, interpreta el alcance del art 67.3 ET y del art 1.1.c) Reglamento de Elecciones Sindicales, art 1.1.c), en relación con la licitud de la revocación íntegra -titulares y suplentes- de los miembros del comité de empresa, acordada en asamblea de trabajadores. Se debate la supuesta ineficacia de la revocación de los suplentes o sustitutos que habían sido elegidos en el proceso electoral al entender que los mismos al no ser en realidad miembros del comité de empresa, no pueden ser afectados por las causas de destitución en que hubieran podido incurrir los titulares de dicho organismo representativo. Se estima que cabe la revocación "total", máxime cuando en la convocatoria a la junta se incluyeron a los titulares y a los suplentes. Por otra parte, la censura de la asamblea en los supuestos de revocación no está configurada como una decisión causal, sino que se trata más bien de una pérdida de confianza o desacuerdo con la actuación de los representantes que no requiere otra justificación que la propia voluntad revocatoria y esta pérdida de confianza puede alcanzar no sólo a los titulares sino también a los suplentes de las mismas candidaturas, ya que se puede presumir que tales sustitutos se han solidarizado o han colaborado en mayor o menor medida en la actividad representativa de la candidatura en la que fueron presentados.

3.5. Vigencia del convenio. Ultraactividad

Se suscita en la **STS 20-06-2012 (Rc 31/2011)** el alcance temporal de aplicabilidad del V Convenio Marco Estatal del Sector (BOE 1-4-2008) a las

residencias privadas de la tercera edad de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, al haber sido denunciado el Convenio autonómico, que venía siendo aplicado en ellas y sin que se hubiera alcanzado acuerdo en las negociaciones iniciadas para sustituir a este último en ese mismo ámbito sectorial y territorial autonómico. Lo que realmente se debate es el grado de retroactividad de la norma convencional estatal o, lo que es lo mismo, la fecha a partir de la cual se ha de considerar incluido al sector autonómico de las residencias privadas de la tercera edad en el ámbito regulado por el Convenio Marco Estatal. Ponderando las diversas circunstancias concurrentes y a falta de disposición legal o convencional que resuelva expresamente el dilema, la Sala IV estima que la aplicación del convenio estatal, tiene efectos desde que se rompieron definitivamente las negociaciones del futuro convenio autonómico -hasta entonces operó la ultraactividad del anterior-. Y ello por ser esta solución la que mejor se compadece con la previsión legal de ultraactividad contemplada por el art. 86.3 ET, vigente en el momento de los hechos, es decir, antes de la reforma operada por el RD-ley 3/2012. Por tanto, la ultraactividad se mantiene durante el período en el que, denunciado el convenio se desarrollan las negociaciones y, sólo a partir de la ruptura definitiva de las negociaciones entabladas para lograr el nuevo convenio autonómico puede tener efectos la aplicación del convenio estatal. En todo caso, aquél efecto - la ultraactividad del primitivo convenio autonómico- no pierde su eficacia y virtualidad de manera retroactiva, haciendo resurgir también retroactivamente el convenio estatal, sino que se mantiene hasta entonces.

4. Derecho de huelga

4.1 *Derecho de huelga y libertad de expresión.*

La **STS 12-02-2013 (Rc 254/2011)** confirma que la empresa demandada vulneró el derecho de huelga de sus trabajadores a través del comunicado remitido por su consejero delegado a todos los trabajadores en horas previas a la huelga, haciendo referencia a que las consecuencias de un día de huelga serían gravísimas, al suponer la cancelación de algún contrato y el correspondiente despido de las personas involucradas. La cuestión debatida giró sobre si el citado correo electrónico debía entenderse incluido dentro del derecho a la libertad de expresión y de comunicación de información veraz. La sentencia argumenta que la libertad de expresión no es ilimitada, debe respetar derechos de los demás, ejercitarse conforme a exigencias de la buena fe y matizada con condicionamientos mutuos impuestos por la relación de trabajo, lo que afecta tanto a trabajadores como a empresa. Por otra parte, el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, puede comportar la exigencia de una publicidad especial dirigida a las propias partes del conflicto o a terceros afectados, pero debe ajustarse a los estrictos términos de los derechos e intereses que se debaten, y aunque encajen en ella actos de crítica en sentido amplio, no pueden ampararse los contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa; y sin que, a la inversa, quepa justificar actos empresariales desproporcionados que puedan limitar el ejercicio de los derechos de huelga o el de libertad sindical bajo el pretendido amparo del ejercicio de las facultades organizativas del empleador o de la libertad de expresión. Y en el caso, el citado correo fue totalmente desproporcionado en lo

que atañe a la compatibilidad entre el derecho de libertad sindical y huelga y la libertad de expresión.

4.2 “Esquirolaje tecnológico”.

Mención especial merece la **STS 05-12-2012 (Rc 265/2011)**, con voto particular, en cuanto modifica expresamente la doctrina contenida en sentencias anteriores y en particular en la **STS 11-06-2012 (Rc 110/2011)** en relación con el derecho de huelga. La sentencia conoce, en un proceso de tutela de derechos fundamentales, de la calificación de la actuación de la Televisión Vasca (ETB) de incluir en la programación de la jornada de huelga dos concretos programas y de la emisión de publicidad. Esta última se emitió de forma automática, sin intervención de ningún trabajador, y utilizando exclusivamente los medios técnicos de que habitualmente dispone ETB y que le permiten programar dicha publicidad. La Sala IV tras una profusa labor argumental en relación con la problemática de la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga y al denominado "esquirolaje tecnológico" -sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos- declara que no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino también cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, mecánicos o tecnológicos, en el caso de que dicha actividad empresarial, prive materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. No cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho. Ahora bien, en el caso no se ha producido la vulneración del derecho de huelga porque no consta alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la descrita actividad empresarial, en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga. Sin embargo, y en relación con los otros dos programas consistentes en la emisión de una entrevista y de una tertulia que integran de forma habitual el esquema del programa de servicios informativos, podría considerarse dentro de la garantía si se hubiera acreditado el interés informativo de su emisión, lo que no es el caso, por lo que si incurre en vulneración la emisión de reportajes sin contenido informativo.

4.3. Exceso en la fijación de los servicios realizada unilateralmente por la empresa.

También sobre la posible vulneración del derecho de huelga, ahora **por exceso** en la fijación de los servicios realizada unilateralmente por la empresa, en el ámbito del sector de seguridad y mantenimiento de ascensores se pronuncia la **STS 14-11-2012 (Rc 283/2011)**. Al efecto, la Sala IV diferencia entre los "servicios esenciales" y los "servicios mínimos", aun cuando se trata, en ambos casos de una limitación al derecho de huelga. Así, en empresas prestatarias de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad cuando, además, concurren circunstancias de especial gravedad, hay que establecer los servicios esenciales, ex art 10 RDL 17/77. Por otra parte, con

independencia de la esencialidad del servicio, en cualquier huelga han de ofrecerse las garantías del art. 6.7 RDL 17/77, lo que puede suponer la designación de trabajadores para ser adscritos a salvaguardas de seguridad y mantenimiento. La distinción es trascendente, pues mediante la fijación de los servicios esenciales se pretende que la actividad continúe limitadamente durante la huelga, y que los destinatarios del servicio no se vean privados del mismo con motivo del ejercicio del derecho de huelga; la regulación de los servicios mínimos, tiende a posibilitar, además de la seguridad de las personas, que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga. En el supuesto analizado, las empresas demandadas no han aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas de mantenimiento adoptadas durante el periodo de huelga y de su proporcionalidad. En definitiva, se amplió injustificadamente el límite legal del derecho de huelga, expandiéndolo en términos no previstos por el legislador al servicio de fines no atendidos por éste, lesionando el mismo.

Por otra parte, la **STS 5-6-2012 (Rc 62/2011)**, dictada en un proceso de tutela de derechos fundamentales, confirma la desestimación de la demanda en la que se instaba la declaración de vulneración de los derechos de huelga y de libertad sindical originada por la conducta empresarial. Al efecto se alegaba que una vez fijados los servicios mínimos por la Autoridad gubernativa, la empresa no puede modificarlos unilateralmente ni designar servicios no contemplados en la resolución. La Sala tras declarar que el elemento intencional es irrelevante para determinar la existencia de vulneración de derechos fundamentales, afirma que no existe base fáctica para concluir que la decisión unilateral de la empresa, sea o no por error, haya producido una consecuencia lesiva del derecho de libertad sindical, cual es minimizar los efectos de la huelga, al encomendar actividades no incluidas en los citados servicios esenciales e imponer a los trabajadores que estaban en huelga la realización de su trabajo, dándoles las pertinentes órdenes indicando que se trataba de servicios esenciales.

5. Despido

5.1. Despido disciplinario

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

Sin embargo, no todos los aspectos del régimen jurídico del despido disciplinario tienen la misma dificultad de acceso a la casación unificadora, y ello hace posible que la Sala siga avanzando en la conformación o consolidación de doctrina en relación con esta institución. Muestra de ello son,

por un lado, la **STS 27-03-2013 (Rc 121/2012)**, en la que se considera despido improcedente aquél en cuya carta no consta la fecha de efectos del acto o decisión extintiva, contraviniendo con ello una de las más relevantes exigencias de forma y contenido de la carta aludida en el ET art.55. En el caso, la Sala, reiterando doctrina previa, concluye afirmando que el tenor literal del art. 55.4 ET y art. 108.1 LPL (hoy art. 108.1 LRJS) no dejan lugar a dudas sobre los efectos de la omisión de los requisitos legales exigidos por el art. 55.1 ET para el despido, entre los que se halla la omisión de la fecha de efectos: es la declaración de improcedencia del despido. Por lo tanto, la omisión en la carta de despido de la fecha de efectos, conduce indefectiblemente a calificar aquél como despido improcedente.

Y la **STS 12-03-2013 (Rc 58/2012)** en la que se examina la suficiencia o no del contenido de la carta de despido disciplinario. Recuerda al efecto que la exigencia del art. 55 ET si bien no impone una pormenorizada descripción de aquéllos -los incumplimientos que motivan el despido-, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa; finalidad que no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan contra el principio de igualdad de partes al constituir esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador.

Por lo que atañe a las **causas específicas de despido disciplinario**, aborda **STS 27-03-2013 (Rc 1291/2012)**, el despido de una trabajadora que encontrándose en situación de incapacidad temporal, recibe resolución del INSS, notificándole que se había resuelto denegarle la prestación por incapacidad permanente porque las lesiones que padecía no disminuían en grado suficiente su capacidad laboral. La trabajadora no se reincorpora al trabajo hasta pasados unos días y la empresa no la admite y procede a su despido por carta en la que le imputa las faltas de asistencia al trabajo. Ante la Sala Cuarta la cuestión planteada consistió en analizar si las ausencias estaban justificadas por la ignorancia de la actora de su deber de reincorporarse al trabajo, así como si el desconocimiento de su deber y de la normativa aplicable era causa que atemperaba la culpa y la gravedad de la falta, descartando el examen de aquellas alegaciones relativas a la teoría gradualista y a la necesidad de que la sanción sea proporcional a la importancia de la falta cometida, pues, como hemos señalado, el TS tiene declarado reiteradamente que la calificación de las conductas a efectos de un inclusión en el ET art. 54 no es materia propia de la unificación de doctrina. Con este planteamiento y tras una cuidada tarea argumental, se declara la procedencia del despido porque el trabajador tiene el deber de incorporarse tras la notificación del INSS declarando la inexistencia de incapacidad permanente.

5.2. Despido colectivo: problemas de delimitación y extinciones computables

Sin lugar a dudas los pronunciamientos estrella en el periodo de referencia, vienen referidos a sendas resoluciones recaídas en materia de despido colectivo. Así, de notable interés es la **STS 23-04-2012 (Rc 2724/2011)**, en la que la Sala aborda por vez primera una de las cuestiones más espinosas en lo que atañe a la delimitación entre el despido objetivo y el despido colectivo, a saber, el ámbito temporal del periodo del cómputo, toda vez que el art. 51.1 ET se limita a referir “un periodo de 90 días”, sin indicar la forma de efectuar el cómputo: ni la fecha de inicio –a partir de qué momento-- o del final del periodo computable --hasta cuándo--. Los problemas de cómputo surgen al tratar de precisar si dicha operación debe realizarse desde esa extinción tomada en consideración “hacia el pasado” o “hacia el futuro” o, realizar el cómputo de tales umbrales temporales y numéricos totalizando los despidos objetivos y demás extinciones no voluntarias llevadas a cabo por la empresa (a partir de 5), en dos periodos diferenciados de 90 días, teniendo como eje el cese litigioso, uno que correría hacia atrás y otro hacia delante, es decir un cómputo bidireccional o simultaneo hacia el pasado y hacia el futuro.

El TS tras efectuar una interpretación lógico sistemática del art. 51.1 ET, afirma que el día del despido va a ser el día final del plazo (el “dies ad quem”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (“dies a quo”) para el cómputo del periodo de los 90 días siguientes, siendo ésta una interpretación que mejora los límites establecidos al respecto por el art. 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas. Esta doctrina se reitera en **STS 23-1-2013 (Rc 1362/12)**.

También sobre este tipo de problemas versan las **SSTS 03-07-2012 (Rc 1657/2011 y 1744/2011)**, y **08-07-2012 (Rc 2341/2011)**, que resuelven la cuestión relativa a determinar si han de calificarse como nulos los despidos de unos trabajadores por no seguirse los trámites del art. 51 ET para los despidos colectivos, cuando sus ceses, sumados a los de otros trabajadores de la empresa (SEAGA) y acordados en las mismas fechas por una pretendida terminación del servicio para el que fueron contratados, superan los umbrales numéricos previstos en aquel precepto y son declaradas fraudulentas esas contrataciones al haberse dedicado los trabajadores a tareas distintas a las pactadas y no haber concluido el servicio contratado, alcanzando dichas sentencias una respuesta positiva. Lo que la Sala viene a decir es que al no ser real la causa alegada para justificar los ceses –no fue la supuesta conclusión de la obra o servicio, sino el sustrato productivo/organizativo derivado de la reducción del servicio--, y concurrir junto al elemento causal, el numérico y temporal para aplicar el art. 51 ET, los despidos han de calificarse como nulos.

Mención especial merece la **STS 20-03-2013 (Rc 81/2012)**, recaída en casación ordinaria, y que tiene un interés inusitado al tratarse de la primera que decide un despido colectivo acaecido tras la entrada en vigor del RDL 3/12, de 10 de febrero, pero anterior a la L 3/12, de 6 de julio y bajo la parcial vigencia del Reglamento de Procedimientos de Regulación de Empleo aprobado por el RD 801/2011 -posteriormente derogado por el RD 1483/12, de

29 de octubre-. En la misma, se confirma la declarada nulidad del despido por defectos de forma al no dar cumplimiento la empresa a las exigencias formales que para los despidos colectivos por causas económicas, organizativas o de producción, exige el art. 51.2 ET.

5.3 Concurso de acreedores y despido tácito

En relación a la posibilidad de ejercitar acción por despido colectivo tácito declarado el concurso de acreedores, con sustento en la falta de ocupación efectiva e impago de salarios, se ha pronunciado la trascendente **STS 03-07-2012 (Rc 3885/2012)** rechazando tal posibilidad. Argumenta, en síntesis, que solicitado judicialmente el concurso –con mayor motivo dictado el correspondiente Auto— es inactuable la figura del <<despido tácito>> colectivo por hechos posteriores a aquella solicitud, y la única reacción que al respecto cabe a los trabajadores –a través de sus representantes legales-- es la prevista en el art.64 LC, a saber, la de solicitar la extinción colectiva de sus contratos. En otras palabras, a los efectos de la acción ejercitada en la sentencia comentada –despido ex art. 54 ET— es irrelevante que con posterioridad al Auto que declaraba el concurso pudiera –efectivamente— haber concurrido la figura que en el ámbito laboral pudiera calificarse como despido tácito y que la jurisprudencia social únicamente admite cuando medien <<hechos o conductas concluyentes>> a partir de las cuales pueda establecerse la inequívoca voluntad empresarial de resolver en contrato. En situación de concurso, la única extinción colectiva de las relaciones laborales que procede es la que acuerde el Juez del concurso y precisamente de conformidad a los trámites establecidos en normativa concursal –Ley 22/2003, de 9 de Julio; reformada por la Ley 38/2011, de 10 de Octubre--.

5.4. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales

No obstante el tenor del art. 55.5.c) ET, la cuestión que la Sala tuvo que despejar en **STS 06-07-2012 (Rc 2719/11)** fue la relativa a determinar la calificación –improcedente o nulo-- que merece el despido de una trabajadora que una vez finalizado el permiso de maternidad y personada en la empresa para reanudar su actividad, se le comunica el cese, cuando aun no había transcurrido el lapso de nueve meses desde su incorporación. La sentencia declara que estos despidos nunca pueden ser declarados improcedentes, sólo procedentes o, como es el caso, nulo.

De nulo se califica asimismo en **STS 25-01-2013 (Rc 1144/2012)** el despido de una trabajadora que disfruta de una reducción de jornada por razones de guarda legal ex art. 37.5 ET señalando que la garantía que establece el art. 55.5 ET para estos supuestos es objetiva y automática, al margen de cualquier móvil discriminatorio. Se reitera la doctrina de SSTS 30-4-2009 (Rc 2428/08), y 6-5-2009 (Rc 2063/08) dictadas para el caso de las trabajadoras en estado de gravidez.

Con invocación de la consolidada doctrina constitucional y de la propia Sala, **las SSTS 13-11-2012 (Rc 3781/2011); 29-01-2013 (Rc 349/2012); 04-03-1203 (Rc 918/2012); y 06-03-2013 (Rc 616/2012)**, declaran la nulidad de

los despidos examinados por vulnerar la garantía de indemnidad, sin que el hecho de la temporalidad de la contratación suponga exclusión del control de la eventual lesión de derechos fundamentales. Se trataba de trabajadores de diversas Administraciones y que tras haber reclamado ante la Administración la relación laboral indefinida o, cesión ilegal, y sin constar la finalización de la actividad objeto formal del contrato, ven extinguidos sus contratos por expiración del tiempo convenido. La Sala entiende que dichas decisiones constituyen una reacción ilícita frente a una actuación de las trabajadoras tendente al reconocimiento de sus derechos laborales básicos, e incardinable en el art. 55.5 ET.

5.5. Despido improcedente: derecho de opción

Recuerda **STS 25-06-2012 (Rc 2370/2011)** que el derecho que confiere el art. 56.4 ET -de optar entre la readmisión y la indemnización en el concreto supuesto de despido declarado judicialmente improcedente- no solamente corresponde a quien en el momento de despido fuera «un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical», sino que igualmente ha de atribuirse al presentado o proclamado como candidato a la elección de representante de los trabajadores, pues una interpretación acorde con la realidad social (art. 3 CC) de la expresión «representante legales de los trabajadores» impone que deba comprender también a los candidatos proclamados que hayan resultado electos, siendo así que «una interpretación restrictiva pudiera llevar a un fraude de ley tendente a evitar acceso a la condición de representantes de quienes fueron elegidos en elecciones regularmente celebradas». Ahora bien, la garantía de opción en el caso de despido improcedente no alcanza a quien presenta su candidatura a elecciones sindicales horas después de ser despedido y sin que la empresa conociese su intención de presentarse.

No es infrecuente, como hemos tenido ocasión de señalar en crónicas anteriores, que los Convenios Colectivos contemplen, como excepción que se aparta de la regulación estatutaria art. 56.1 ET, la posibilidad de que el derecho de opción en caso de despido declarado improcedente se confiera al trabajador y no a la empleadora. Uno de estos supuestos es el que refiere la **STS 22-03-2013 (Rc 841/2012)** en relación con el Convenio Colectivo para el personal Laboral del Ayuntamiento de Adeje que contiene una específica previsión (art. 59.2), que se aparta de la regulación estatutaria. La Sala Cuarta atendiendo al Título del Convenio en el que está ubicada la norma convencional cuestionada y del propio tenor literal de la misma, afirma que dicha previsión solo es aplicable a los despidos disciplinarios, lo que no es el caso, porque la improcedencia del despido pivotó sobre la existencia de contratación fraudulenta. En estos términos se ha venido pronunciando el TS en aplicación de normas convencionales análogas contenidas en diversos convenios colectivos, entre otras, en sus SSTs 21-4-2010 (Rc 1075/09) - Ayuntamiento de Gáldar, 11-5-2010 (Rc 1614/09) -Ayuntamiento de Gáldar-, 4-11-2010 (Rc 88/10) –Diputación Provincial Soria-, 3-10-2011 (Rc 4649/10) – AENA-, 23-4-2012 (Rc 3533/11) –Ayuntamiento de Camas-, 11-7-2012 (Rc 4157/11) –AENA-, y **25-09-2012 (Rc 3298/2011) -Ayuntamiento de Camas-**

que rectificaban doctrina precedente de SSTS 2-9-2009 (Rc 78/08) y 18-9-2009 (Rc 4001/08).

Pero, con toda probabilidad, una de las sentencias más relevantes en esta materia en el periodo que no ocupa es la **STS 28-01-2013 (Rc 149/2012)**, a cuya detallada lectura nos remitimos, y en la que se decide un supuesto singular, en el que desaparece un término de la obligación alternativa establecida en el art. 56 ET, por no ser posible la readmisión del trabajador. En síntesis, se analiza el despido de un trabajador que se hallaba en situación de IT, siendo posteriormente -pero antes de la sentencia- declarado en IPT ordinaria ex art. 143.2 LGSS, sujeta a revisión. Dictada sentencia que califica el cese como despido improcedente, se dirime si el único término admisible de condena no es ya la opción que con carácter general contempla el art. 56.1 ET, sino que ha de imponerse al empresario la obligación de indemnizar en los términos legales al empleado despedido. La Sala declara que es esta última la solución correcta, pues tratándose de una obligación que tiene naturaleza alternativa (readmitir/indemnizar), ante la imposibilidad de readmitir al trabajador, el único término admisible de condena que ha de imponerse al empresario es el de indemnizar en los términos legales.

5.6. Indemnización por despido improcedente y declaración de IPT

La cuestión que se suscita en **STS 20-09-2012 (Rc 3705/2011)** es la relativa a determinar si es o no compatible la indemnización por despido improcedente y la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual. La Sala recuerda doctrina previa -SSTS 4-5-2005 (Rc. 1899/04); 28-6-2006 (Rc 428/05)- conforma a la cual, con carácter general, media compatibilidad entre dichas percepciones, porque las indemnizaciones no reparan el mismo daño: la indemnización por despido cubre el daño producido por privación injusta del empleo, que tenía ese carácter en el momento que se acordó, mientras que los efectos económicos de la declarada incapacidad permanente total resarcan los daños que han limitado de forma permanente la capacidad de trabajo no sólo en lo que afecta a su empleo en la empresa, sino respecto a todos los empleos de su profesión de habitual, de ahí que nos sea dable apreciar enriquecimiento injusto.

5.7. Salarios de tramitación

Afirma la **STS 10-12-2012 (Rc. 70/2012)** que los salarios de tramitación que son consecuencia legal de la declaración de improcedencia del despido, deben comprender la retribución correspondiente al tiempo de suspensión del procedimiento acordado por el órgano judicial para subsanar defectos – aparentes o reales— de la demanda. La Sala entiende que si bien la LPL/LRJS en su art. 81 no contiene prescripción alguna relativa a que el tiempo empleado en el trámite subsanatorio haya –o no— de repercutir en el derecho del trabajador a los salarios de trámite, tal extremo está específicamente resuelto en la LPL/LRJS art. 119.2, por lo que impera la regla general de que el trabajador no pierde su derecho a la íntegra percepción de los salarios de trámite, desde la presentación de la demanda y hasta la notificación de la sentencia declaratoria de improcedencia del despido.

En el mismo sentido se pronuncia **STS 05-12-2013 (Rc 1314/2012)**, en un caso en el que los trabajadores no aceptaron la oferta de readmisión que el empresario formula en el acto de conciliación administrativa. En ella se considera que producido el rechazo de esa oferta, los salarios de trámite han de extenderse hasta el día en el que se notificó la sentencia de instancia que confirmó la improcedencia de los despidos.

A efectos delimitar el devengo de salarios de trámite, la **STS 09-04-2013 (Rc 1191/2012)**, reitera doctrina anterior de la Sala, declarando la validez del depósito efectuado en el domicilio de la empresa cuando es distinto del de prestación de servicios. Argumenta, en síntesis, que el art. 10.1 LPL establece dos fueros alternativos para conocer de las demandas por despido, a elección del demandante (el lugar de la prestación de los servicios o el del domicilio del demandante). A esta conclusión conduce asimismo el RD 467/2006, por el que se regulan los depósitos y consignaciones en metálico, que tampoco aclara la cuestión, siendo necesario acudir a la LPL.

6. Destino de la cantidad consignada para recurrir en suplicación. Declaración de concurso sobrevenida.

Especial relevancia presentan las **STS 11-12-2012, (RRcc 440/2012 y 782/2012)**, [con voto particular] en las que se debate el destino de la cantidad consignada para recurrir en suplicación, en garantía de las indemnizaciones de despido -ex arts LPL 228 y LRJS art 230-, cuando se produce la declaración de concurso sobrevenida, de la empresa demandada después de la condena en sentencia de instancia. Se trata, en síntesis, de un supuesto de condena de despido y consignación del importe de su objeto mediante sentencia de instancia anterior a la declaración de concurso, y sentencia posterior de suplicación confirmatoria de la de instancia, habiendo adquirido firmeza esta última cuando el empresario se encontraba ya en dicha situación de concursado. La cuestión está íntimamente unida a la competencia jurisdiccional del Juez de lo Social o del Juez del concurso, lo que a su vez está vinculado con la naturaleza de la consignación de la cantidad objeto de condena, como requisito para recurrir. La Sala IV reitera que dicha consignación cumple una finalidad de garantía de percepción, por parte del trabajador o del beneficiario de prestaciones de SS, de la deuda contraída por las condenadas, por lo que la *ratio legis* de la consignación es la protección del litigante que debe esperar a la resolución del recurso de suplicación o de casación entablado. Por otra parte, se estima que el término “ejecución” – Ley Concursal arts 8.3 y 55– debe ser entendido en el sentido técnico de proceso o procedimiento ejecutivo. Lo que tales preceptos imponen - declinando la competencia del orden social -, es “iniciar” “ejecuciones singulares”, pero no entregar una cantidad que había salido del patrimonio del concursado antes de la declaración del concurso. Por todo ello, se reconoce la competencia del orden social para la entrega al trabajador de las indemnizaciones de despido adquiridas por sentencia antes de la declaración del concurso, indemnizaciones respecto de las que ostenta un derecho expectante generado por resolución judicial, cuya plena efectividad futura no debe depender de la contingencia de una vía judicial de recurso que finalmente no ha prosperado.

7. Ejecución de sentencia de despido con acción sobre cesión ilegal.

La **STS 3-10-12 (Rc 4286/11)**, - de especial relevancia en cuanto resuelve una cuestión inédita -, niega el carácter inejecutable a una sentencia firme condenatoria de la empresa cedente y cesionaria en la que se declaraba, por cesión ilegal, el derecho del actor a integrarse, a su opción, en la plantilla de la empresa real o de la empresa formal con las consecuencias a ello inherentes. Con anterioridad a que adquiriera firmeza dicha sentencia, el trabajador había sido despedido por la empresa formal alegando fin de obra, habiendo sido desestimada la demanda de despido. Es sabido que no siempre resulta sencillo determinar la preferencia, a la hora de decretar la ejecución de distintas sentencias firmes recaídas en sucesivos períodos temporales, especialmente en temas de despido. Pues bien, la Sala IV, ante la alegación del recurrente de la denominada "inejecutividad indirecta", insiste en que el derecho a la ejecución constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, declarando lo excepcional de la inejecución. Ésta solo es posible en los casos en que medie imposibilidad física o jurídica de ejecución, o se dificulte por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, por incorrecta determinación del fallo, o por razones similares. Excepcionalidad que hace suya la LRJS art. 239.5, y que se estima no concurre en el caso de autos. Por ello niega el carácter inejecutable de la sentencia firme condenatoria en la que se declaraba, por cesión ilegal, el derecho del actor a integrarse, en la plantilla de la empresa real. Y si bien existe una sentencia -calificando la procedencia del despido- que adquirió firmeza con anterioridad a la sentencia- declarando cesión ilegal- cuya ejecución se solicita, no es menos cierto que tal despido se efectuó por el empresario formal fundamentándolo en la finalización de la contrata suscrita con la empresa principal, habiendo razonado la sentencia sobre cesión ilegal que es en la realización de la contrata desde donde se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. Siendo estas las circunstancias concurrentes, entiende la Sala que la no ejecución de la sentencia sobre cesión ilegal la dejaría sin contenido, posibilitando supuestos de fraude procesal. Criterio seguido en la **STS 11-12-2012 (Rc 271/12)**.

8. Extinción del contrato de trabajo

8.1. Extinción por causas objetivas

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

Deciden las **SSTS 17-09-2012 (Rc 578/2012 y 596/2012)**, unos despidos objetivos por causas económicas acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio, en un supuesto singular o al menos inusitado al quedar acreditada la situación económica negativa en los ejercicios económicos anteriores al despido -2006 a 2009- y la amortización del puesto de trabajo de los actores tiene lugar el 31-5-2010, momento en el que

las perspectivas económicas de la empresa ofrecían unas expectativas de balance positivo que se concretó en un pequeño beneficio. Con este panorama fáctico, la Sala considera que cabe amortizar la plaza pese a que cuando se produce ya hay una perspectiva de beneficios netos y ello atiende aun elaborado plan de viabilidad y los beneficios son escasos en relación a las pérdidas.

Entre las causas de despido objetivo, las organizativas, vienen referidas a la gestión y empleo de la propia fuerza de trabajo o de la combinación de los factores productivos en general, y son las relativas a la coordinación racional de los elementos y de los recursos de que dispone la empresa, siempre que no requieran inversión en los bienes productivos o de capital. A uno de estos supuestos se refiere **STS 31-01-2013 (Rc 709/2012)**, en la que se valora la justificación y amortización de un puesto de trabajo, al haberse disminuido el volumen de la contrata y el precio de la misma. Por lo tanto, la cuestión que se suscita ante la Sala Cuarta es la de determinar si la finalización de una contrata, seguida de otra con la misma empresa en la que el encargo es menor, justifica la amortización de los puestos de trabajo sobrantes, y la respuesta es afirmativa. Razona al respecto, una vez verificada la circunstancia organizativa, que la medida supera el parámetro de la proporcionalidad en aras a la eficacia de la organización productiva.

En este mismo sentido se pronuncia **STS 21-12-2012 (Rc 199/2012)**, afirmando, en aplicación de la doctrina tradicional de la Sala, que concurre la causa organizativa invocada por la empresa al venir el cierre del centro de trabajo provocado por el cierre del centro comercial en el que se encuentra ubicado por encontrarse la arrendadora en concurso y haber acordado el juez de lo mercantil el cese de la actividad empresarial de la arrendadora.

En cuanto a la calificación del despido objetivo, diversas sentencias dictadas en los meses que abarca la actual crónica, entre ellas, **SSTS 28-01-2013 (Rc 986/2012)**; **29-01-2013 (Rc 981/2012)**; **29-01-2013 (Rc 982/2013)**; **29-01-2013 (Rc 1422/2012)**; y **26-3-2013 (Rc 2151/2012)**, abordan las consecuencias en las relaciones de trabajo afectadas por la anulación de un concurso de acceso al empleo público. La Sala en ocasiones precedentes - **SSTS 10-03-1999 (Rc 138/1998)**; **18-12-2007 (Rc 4998/2006)**; **21-01-2008 (Rc 545/2007)**; **28-05-2008 (Rc 136/2007)**; y **28-04-2009 (Rc 4335/2007)**- se habían pronunciado sobre el tratamiento de las extinciones contractuales derivadas de la anulación, en virtud de sentencia recaída en procedimiento contencioso-administrativo, del concurso para la provisión de plazas vacantes en organismos públicos, señalando que la declaración de nulidad de un concurso de empleo público justifica en principio la extinción de los contratos de trabajado celebrados de conformidad con sus bases, extinción que se ha de efectuar según los casos bien por la vía del despido colectivo ET art. 51, bien por la vía del despido objetivo contemplado en el ET art. 52.c) y regulado en el ET art 53.

Ahora bien, en estas resoluciones, el TS considera que, por no haberse extinguido la relación laboral, no cabe calificar de despido objetivo improcedente (ET art. 52.c) el cese de dichos trabajadores, toda vez que sin

solución de continuidad, tomaron posesión en otro puesto de trabajo, aunque alguna de las condiciones pudieran ser distintas, tras haber superado mientras tanto un concurso para el acceso a análoga plaza convocado para que pudiera mantenerse la permanencia de los trabajadores afectados por la anulación y en el que no se le exigía titulación específica.

En las **SSTS 04-03-2013 (Rc 958/2012)**; **13-03-2013 (Rc 1725/2012)**; y **27-03-2013 (Rc 2234/2012)**, la cuestión que se suscita consiste en determinar, a efectos de la calificación del despido objetivo económico, si el abono por parte de la empresa del 60% de la indemnización prevista en el art. 53 apartado b) ET, remitiendo al FOGASA para el cobro del 40% restante, cumple la exigencia establecida en el precepto citado o debe determinar la calificación del despido como improcedente ET art. 53.4 ET. La Sala considera correcta la actuación de la empresa, porque de conformidad con el art 33.8 ET, el FOGASA es el responsable directo del pago de esa parte de la indemnización, de ahí que la obligación de puesta a disposición se refiere únicamente al importe que corresponde a cargo del empresario, sin que el empresario tenga el deber de anticipar el importe que debe abonar el Fondo.

8.2. Extinción del contrato por voluntad del trabajador

Lectura detenida merece la **STS 20-07-2012 (Rc. 1601/2011)**, a propósito de la resolución del contrato por voluntad del trabajador ex art. 50 ET y en la que se revisa la doctrina de la Sala sobre la necesidad, salvo excepciones cualificadas, de la vigencia del vínculo contractual en el momento de celebrarse el juicio y dictarse sentencia. En el caso, en síntesis, queda constancia de que el trabajador ejercita una acción por resolución del contrato y el trabajador cesa por decisión propia antes de dictarse la sentencia. La Sala declara extinguido el contrato. La solución alcanzada pivota sobre la aplicación del art. 50.1 ET en relación con el art. 49. j) ET y la doctrina de la Sala Primera en aplicación del art. 1124 CC, en el sentido de que el trabajador puede, mediando las causas descritas en el art. 50.1 ET, poner fin indemnizado al contrato de trabajo por su exclusiva voluntad y sin necesidad de resolución judicial asumiendo como contrapartida el correspondiente riesgo de que—finalmente—su decisión no tenga confirmación judicial, es decir, que su acción resolutoria sea desestima y en ese caso estaríamos ante la extinción por desistimiento.

Recuerda **STS 03-12-2012 (Rc 612/2012)** que la doctrina mantenida por la Sala Cuarta en numerosas sentencias, entre ellas, **STS 26-07-2012 (Rc 4115/2011)**, ha experimentado una tendencia marcada hacia la objetividad de los incumplimientos, hasta el punto de que aun cuando la empresa se encontrara en una situación de concurso de acreedores que en última instancia pudiera ser la causa de los retrasos salariales, ello no ha de ser obstáculo para que prospere la acción resolutoria cuando concurra la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado, con la matización de que el retraso continuado reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando no se superan los tres meses.

Se discute en **STS 25-02-2013 (Rc 380/2012)** cuál es la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o a los abonos salariales para computar los impagos empresariales a efectos de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador con sustento en el art. 50.1.b) ET, si hasta el momento de presentación de la demandada o hasta la propia fecha del juicio, a efectos de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial. La sentencia recuerda que la Sala ha venido tomando en cuenta incumplimientos acreditados acaecidos tras la fecha de presentación de la demanda, y que ha mantenido la doctrina objetiva del incumplimiento empresarial -gravedad del incumplimiento, sin necesidad de culpabilidad-, para concluir que la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o abonos salariales, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio, tanto a efectos de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial, y, en su caso, como de posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada.

8.3. Requisitos de validez y eficacia del finiquito

Como es sabido, el denominado recibo de finiquito despliega su virtualidad a dos distintos efectos, los liberatorios de la deuda que el empresario tenga pendiente de liquidar con el trabajador, y el extintivo de la relación laboral. Para delimitar el alcance del documento que haya podido suscribir el trabajador a cada uno de dichos efectos ha de estarse, como tiene reiterada la jurisprudencia y doctrina judicial a los concretos términos en que se haya redactado dicho documento, así como a las circunstancias concomitantes que concurran en cada caso.

Por lo que atañe a los efectos extintivos, la **STS 22-01-2013 (Rc 1643/2012)** señala que dicho documento debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario. De ahí que niegue tal efecto al finiquito cuando, como en el caso examinado, ya se ha producido un acto empresarial unilateral de poner fin a la relación, al no responder a ninguna función transaccional, que solvete una eventual discrepancia ulterior a la decisión empresarial extintiva ya adoptada, resultando relevante que la cantidad a la que se refiere el recibo fuera única, sin desglose ni particular mención de los conceptos a los que obedecía.

Niega asimismo la **STS 26-02-2013 (Rc 4347/2011)**, eficacia extintiva al finiquito suscrito por el trabajador tras su despido por motivos disciplinarios, porque no hay concesiones mutuas entre las partes para evitar el pleito, pues el empresario no ha efectuado ningún abono en concepto de indemnización por despido, limitándose a abonar los conceptos retributivos adeudados por el trabajo ya realizado; ni hay mutuo acuerdo, ya que el efecto extintivo es anterior a la eventual aceptación del trabajador del despido en el finiquito.

También rechaza la **STS 17-03-2013 (Rc 1325/2012)** el valor liberatorio del finiquito suscrito por el trabajador, al no haber percibido aquél ninguna cantidad como supuesta contraprestación a la extinción del vínculo laboral.

9. Excedencias laborales

La excedencia voluntaria no siempre concluye con el reingreso del trabajador una vez finalizado el periodo acordado, o el máximo fijado legal o convencionalmente. En determinados supuestos la excedencia se agota como consecuencia de la extinción del propio contrato de trabajo al que afecta.

A uno de estos eventuales supuestos se refiere **la STS 15-03-2013 (Rc 1693/2012)**, en relación a determinar si se ha producido un despido o extinción contractual, y si tienen o no derecho a la indemnización correspondiente los trabajadores cuyos puestos de trabajo han sido objeto de externalización junto con el de otros trabajadores del mismo servicio o departamento, cuando aquellos se encontraban en situación de excedencia voluntaria. Y, reiterando doctrina, la Sala concluye que la plaza ocupada por el trabajador excedente fue válidamente amortizada y, por lo tanto, ningún derecho ostenta al reingreso.

A diferencia de la excedencia voluntaria, la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, de ahí que no se trate de un derecho potencial o expectante que dependa de la existencia de vacantes en la empresa, sino de un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido un año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como despido. En la **STS 21-02-2013 (Rc 740/2012)** se concluye que la oposición de la empresa al reingreso de una trabajadora en excedencia por cuidado de un hijo, tras superar el primer año de excedencia, deba calificarse como despido nulo.

10. Igualdad retributiva en el ámbito de las Administraciones Públicas.

La **STS 14-2-2013 (Rc 4264/2011)**, con voto particular, se pronuncia sobre el principio de igualdad retributiva, ex art 14 CE, argumentando que es exigible la igualdad de trato como una manifestación del principio general de igualdad, independientemente de que exista o no una discriminación en sentido estricto. Y ello es así, especialmente, en los supuestos de desigualdad de trato salarial sin justificación alguna, habida cuenta de ese otro principio general que se formula “a igual trabajo, igual salario” o, más precisamente, “a trabajo de valor equivalente, igual salario”. Pues bien, en el supuesto analizado, se demanda, por una trabajadora laboral de una Administración el derecho a cobrar un complemento de puesto de trabajo, en la misma cuantía que otros trabajadores del mismo centro que, con la misma categoría profesional y desempeñando idénticas funciones, sí lo cobran. La única diferencia entre unos y otros trabajadores, radica en el código de identificación de la plaza en la RPT que es distinto, y del que se deduce la diferencia retributiva. Sin embargo la empresa demandada no ha dado ninguna

explicación sobre dicha diferencia en el número asignado en la R.P.T., de la cual la entidad demandada no ha suministrado ninguna explicación. En el presente caso, partiendo de la existencia de indicios de vulneración del derecho a la igualdad resulta que la Administración pública empleadora, a la que incumbía la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación, no ha acreditado que las diferencias de trato efectuadas entre uno y otro colectivo con trabajo de igual valor, tengan una justificación objetiva y razonable, por lo que se estima la demanda.

11. Indemnización de daños y perjuicios: Ausencia de los tiempos de descanso.

De gran interés son las **STS 13-07-2012, (Rc 3800/2011,- con voto particular-), 13-07-2012, (Rc 3096/2011, Rc 3097/2011) y 17-07-2012, Rc 3352/2011**, en las que se dilucida el derecho individual de los trabajadores demandantes de la empresa MAKRO AUTO SERVICIO MAYORISTA, S.A a la indemnización de daños y perjuicios, que reclaman al amparo del CC art 1101, como consecuencia del solapamiento del descanso diario y del semanal sufrido después de la publicación de la sentencia colectiva -STS 23-10-2008- que reconoció el derecho de los trabajadores a que tal solapamiento no se produjese y antes de que por Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, de 13-6-2009, se estableciese en ejecución de aquella sentencia una distribución de jornada respetuosa con el derecho declarado en la misma. La Sala IV, sostiene que la obligación que debe cumplirse no es la de negociación con la representación de los trabajadores ni tampoco la de ejecutar una sentencia colectiva sino de la obligación de conceder a los trabajadores el descanso -en sus dos vertientes diaria y semanal- que les corresponde según las normas laborales y que no estaba condicionado al reconocimiento expreso de la sentencia de conflicto colectivo. En suma, la obligación debía satisfacerse con independencia de que hubiera conflicto colectivo previo y, asimismo, dejando aparte cualquier negociación tendente a organizar colectivamente los calendarios. Por otra parte, si la empresa no cumple voluntariamente la sentencia colectiva y ésta no es ejecutable, el trabajador podrá ejercitar la correspondiente acción de condena, exigiendo el cumplimiento concreto, y en tal caso, la sentencia firme colectiva producirá efectos de cosa juzgada en los procesos individuales en lo que afecta a la declaración contenida en aquella sentencia. En definitiva, es el incumplimiento de la obligación de conceder el descanso, que ya no puede cumplirse de forma específica lo que determina la obligación de indemnizar según el CC art. 1.101.

12. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

12.1. Daños morales por vulneración de derechos no discriminación, integridad moral y garantía de indemnidad.

La **STS 05-02-2013 (Rc 89/2012)**, reitera doctrina en relación con el cálculo de la indemnización por daños morales por vulneración de derechos fundamentales -no discriminación, integridad moral y garantía de indemnidad de la demandante-. Se insiste en el carácter no automático de la indemnización, y en la exigencia de alegar adecuadamente las bases y

elementos clave de la indemnización reclamada, así como la necesidad de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria. Por otra parte, la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental se debe basar en las propias características - gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes- de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso. En el supuesto, se acredita la gravedad de la conducta vulneradora de derechos fundamentales - la empresa da órdenes de traslado ilegales, se niega a cumplir las resoluciones judiciales que las declaran nulas, cuando la trabajadora acepta finalmente un traslado, tras sufrir una baja médica por ansiedad de más de cinco meses, no se le da ocupación efectiva y, finalmente se la despide por unas inexistentes causas objetivas, siendo declarado tal despido nulo con violación de derechos fundamentales-. Todo eso consta en la demanda, con invocación de los derechos fundamentales que se estiman infringidos y de las consecuencias dañosas sobre la demandante y con justificación de la indemnización solicitada sobre la base de lo dispuesto en la LISOS. Todo lo cual es objeto de prueba y es aceptado íntegramente por la sentencia. Se estima que existían en el caso las pautas necesarias para cuantificar el daño dimanante de dicha conducta infractora dados los hechos probados.

12.2. Indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales: Honorarios de letrado.

Especial trascendencia presenta la **STS 11/05/2012 (Rc 1554/2011)**, que rechaza incluir en la indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales, los honorarios del letrado que intervino en el proceso en defensa de la parte que sufrió la declarada vulneración. Para ello examina la normativa relativa a la asistencia jurídica gratuita, la procesal civil y la procesal laboral. Como regla para determinar la indemnización de daños y perjuicios debe partirse de que la misma deberá tener un importe adecuado *“para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*. Ahora bien, hay que estar a las específicas reglas procesales sociales reguladoras de la materia que están configuradas de una manera singular y con principios propios. Entre estos cabe citar el principio general de que la defensa por Abogado tendrá carácter facultativo en la instancia; es característica la gratuidad en la instancia, puesto que en tal fase la posible condena en costas –incluyendo los honorarios de Letrado– se limita a los exclusivos supuestos de mala fe o notoria temeridad [LPL art. 97.3]. Por otra parte, se rechaza calificar de *“indemnización”* al importe de los honorarios satisfechos al Abogado por procedimiento en tutela de derechos fundamentales, sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales a todos los procesos sobre la buena fe e incumplimiento de obligaciones procesales. Se estima que lo contrario supondría un fraude de Ley al principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia, aparte de que admitir el mecanismo de reclamación de honorarios vía indemnizatoria privaría a la parte demandada de su derecho a impugnar los honorarios como excesivos. En conclusión, no procede incluir en la indemnización de daños y

perjuicios por vulneración de derechos fundamentales los honorarios de letrado del perjudicado en aplicación preferente de la normativa procesal social.

13. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.

13.1. Alcance de la modificación sustancial.

La **STS 05-06-2012 (Rc 95/2011)** supone un cambio en la doctrina de la Sala respecto al alcance de lo que debe entenderse por modificación sustancial de condiciones de trabajo. En el caso se declara la nulidad de la medida empresarial consistente en la reducción del salario a los trabajadores del 10% y su sustitución por una aleatoria paga de beneficios que dependerá de que la empresa tenga un “resultado contable cero” y que, incluso en el caso de que se dé tal resultado, no se garantiza el cobro de ese 10% si ello implica la alteración del mismo. No se trata de una simple modificación del sistema consistente en cambiar la consideración de fijo a variable de una parte del sueldo, y si de una verdadera reducción del salario, lo cual es una de las bases esenciales del contrato de trabajo por lo que su alteración supone una auténtica novación que exige el pacto o consentimiento de los interesados, no pudiendo llevarse a cabo a través de la vía modificativa abierta por el art 41 ET. Tal cambio supone transformar cualitativamente una parte –no pequeña: el 10%- de la prestación salarial debida de manera incondicionada en una obligación sometida a una condición que ni siquiera depende del esfuerzo de los trabajadores sino de una serie de circunstancias completamente ajenas a los mismos y que forman parte del ámbito del riesgo empresarial al que, por las características definitorias del contrato de trabajo, debe ser ajeno el trabajador. Nótese que no es de aplicación la reforma operada por el RD Ley 3/2012, que permite la modificación salarial vía art 41 ET.

13.2. Movilidad funcional

La **STS 24-05-2012 (Rc 157/2011)**, dictada en un proceso de conflicto colectivo, estima que las medidas adoptadas por la empresa y que afectan a las funciones que tienen que desempeñar los conductores-perceptores son simples medidas de movilidad funcional amparadas por el art. 39 ET, desestimando las demanda en la que se mantenía que exceden de ese marco y deberían haberse adoptado siguiendo el procedimiento establecido por el art 41 ET para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Los nuevos cometidos asignados a los afectados consisten en repostar los vehículos que conducen “en la propia estación de gasolina de la empresa”, haciendo exactamente lo mismo que antes, “salvo introducir la manguera y llenar el depósito de gas-oil, puesto que dicha función la realizaba antes el empleado de la gasolinera”. Y, en segundo lugar, en “lavar los coches”, “probándose que los conductores perceptores hacen exactamente lo mismo que hacían antes de la implementación de las medidas, salvo extender el jabón en el parabrisas delantero y apretar el botón del túnel de autolavado”. Cada una de esas dos operaciones no superan los cinco minutos dentro de la jornada laboral, y para su desempeño tienen establecida la política preventiva correspondiente a través del servicio de prevención de riesgos laborales.

14. Obligación de facilitar a los trabajadores relación de personal.

La **STS 18-03-2013 (Rc 253/2011)** rechaza la pretensión actora de declarar la obligación empresarial de facilitar periódicamente, y en todo caso cuando se solicite, a los trabajadores los escalafones o la relación ordenada de personal en atención a la antigüedad reconocida, por grupo profesional y por sector de actividad, o en cualquier caso su orden personal en dicha relación. El motivo se rechaza porque dicho derecho no corresponde a los trabajadores individualmente considerados, sino al Comité Intercentros, según el Convenio de Iberia. Se ha probado que dicho órgano unitario ha exigido a la empresa el cumplimiento del derecho, aunque lo delegara en la Comisión de Seguimiento de Empleo y se ha probado también que dicha Comisión lo ha hecho llegar a las secciones sindicales de la empresa, por lo que existe un control efectivo por parte de los órganos unitarios así como por las secciones sindicales, de los procesos de subrogación que afectan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo.

15. Relación laboral especial de alta dirección

De interés es el pronunciamiento obrante en **STS 18-06-2012 (Rc 2604/2011)** que contempla el despido de un trabajador que ostenta la categoría de capitán, considerada de alta dirección y sometida a la regulación RD 1382/85. La empresa desiste de la relación y pone a disposición la indemnización correspondiente a 7 días de salario y año de servicio, no obstante lo cual el despido es declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales por participar en una huelga. Y la cuestión que se trae a consideración de la Sala es la relativa a determinar las consecuencias jurídicas que de tal declaración han de derivarse, a saber, la readmisión obligatoria – efecto general previsto para la declaración de nulidad del despido--, con abono de los salarios de tramitación, o bien ha de estarse al eventual acuerdo entre las partes sobre readmisión o indemnización que prevé la norma específica del RD 1382/85 art. 11.3. A juicio de la sentencia anotada, para dirimir la controversia es de todo punto necesario recurrir a la doctrina del TC –STC 14/1983 y 120/2006-- sobre la nulidad de radical, lo que necesariamente obliga a cuestionarse la licitud de la previsión del RD 1382/85 en orden a los efectos del despido nulo. Así las cosas, en el caso examinado la única manera de reparar la vulneración de derechos fundamentales es condenar a la readmisión del trabajador y abono de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica del empleador.

En **STS 11-3-2013 (Rc. 712/2012)** la cuestión planteada consistió en determinar si, cuando por decisión empresarial la relación laboral de un alto cargo se extingue, la indemnización por falta de preaviso se adeuda sólo en los casos de desistimiento o también en los de despido improcedente. Y la respuesta a tal interrogante es para la sentencia anotada positiva. Se funda esta decisión en pronunciamientos previos en los que se estableció que con independencia de la calificación del cese como desistimiento o como despido improcedente, la indemnización por preaviso se debe siempre que el cese del alto cargo se considere improcedente y la empresa opte por la rescisión indemnizada del contrato y se oponga a la readmisión.

16. Salario y régimen retributivo.

16.1. Complemento de antigüedad. TVE.

La **STS 18-4-2013, (Rc 2864/12)** puntualiza la doctrina de la Sala que establecía que la antigüedad -a los efectos del complemento de antigüedad- de los trabajadores de TVE que adquirieron la condición de fijos por virtud del Acuerdo de 27/7/2006, no es la reconocida en tal pacto, sino la que corresponde en función de los servicios prestados, por aplicación del convenio colectivo. Por tanto el cómputo de la antigüedad en litigio ha de incluir “los períodos de tiempo efectivamente trabajados”, sumando, “todos los períodos de prestación de servicios efectivos”. Ahora bien, se matiza esta doctrina en el sentido de que el reconocimiento de antigüedad a efectos de trienios ha de fijarse desde la fecha del primer contrato suscrito entre el trabajador y la entidad RTVE, y que para el concreto cómputo del complemento de antigüedad que el convenio establece, deben sumarse todos los períodos de prestación de servicios, desde dicha fecha y hasta el reconocimiento de fijeza en la plantilla, con la exclusión de los períodos de interrupción de la prestación de servicios entre contratos.

16.2. Reducción salarial empresas públicas gallegas.

La **STS 15-11-2012 (Rc 251/2011)** estima que la reducción salarial del 5% prevista en el Real Decreto-Ley 8/2010 y en la Ley 3/2010 del Parlamento de Galicia no es aplicable al personal de las empresas públicas autonómicas demandadas si no hay acuerdo colectivo en este sentido. La disposición adicional 6ª de la Ley 3/2010 del Parlamento de Galicia contiene dos proposiciones contradictorias. Por una parte, dispone que la reducción salarial del 5% no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas y, por otra, indica que la Consejería de Hacienda fijará los costes de ese personal con una reducción del 5% para que a través de la negociación colectiva se llegue al criterio de progresividad y homogeneidad de la reducción del conjunto del sector público de la CA. En estas condiciones hay que acudir a la disposición adicional 9ª RDL 8/2010 -de la que deriva la adicional 6ª de la ley gallega- que establece que la reducción salarial “no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles” (...), “salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación”. La reducción queda así excluida, como regla general, con la única excepción de que la negociación colectiva disponga su aplicación. Además, no basta simplemente que se intente una negociación o que ésta se desarrolle, es necesario que la negociación lleve a un acuerdo con contenido decisorio que establezca la reducción. En caso analizado este acuerdo no se ha producido y tampoco ha existido negociación, pues la parte empresarial se negó a negociar sobre la reducción del 5% y la parte social hizo lo mismo con los criterios de distribución. Esta doctrina fue aplicada en la **STS 13-6-2012, Rc 179/11**, que declaró la inaplicabilidad sin previa negociación de la reducción salarial del 5% al personal laboral de la empresa TURGALICIA, S.A.

16.3. Trienios. Profesores de religión católica. CAM.

Especial relevancia presenta la **STS 07-07-2012 (Rec 138/2011)**, dictada en Sala General, en un proceso colectivo, con voto particular, que declara que los profesores de religión en centros públicos de la Comunidad de Madrid (CAM) tienen derecho al reconocimiento de la "antigüedad a efectos de trienios", de conformidad con lo percibido por los funcionarios interinos docentes de su mismo nivel educativo, desde el inicio de la prestación de servicios en los diferentes centros educativos. Y ello porque la situación en que dicho colectivo se encuentra en la CAM tiene una connotación específica consistente en que su régimen jurídico retributivo, a pesar de la nueva regulación general como trabajadores por cuenta ajena, viene establecido por una norma administrativa que les reconoce unas retribuciones equiparables a las de los funcionarios docentes de carácter interino, por lo que no existe razón alguna por la que negarles el derecho que reclaman. Solución que, en principio, no es extrapolable a otros territorios en los que el desarrollo del régimen jurídico de los profesores de religión es otro. Asimismo, y en aplicación de los efectos de cosa juzgada por tratarse de sentencia colectiva - art 158.3 LPL – se han dictado diversas sentencias en respuesta a las reclamaciones individuales efectuados por los profesores de religión católica en la CAM, y en las que se reitera el derecho a percibir los trienios en las mismas condiciones que a los profesores interinos, dada la específica situación en la que se encuentran. (**STS 9-10-2102, Rc 2954/11 y 2720/11; 18-12-2012, Rc 37/12; 19-12-2012, Rc 4191/11**).

17. Subrogación y sucesión de empresas

En el periodo acotado por la presente crónica, diversos pronunciamientos de la Sala han decidido la cuestión de determinar si existe o no subrogación empresarial en unos supuestos derivados de la adjudicación a una entidad financiera, en procedimiento hipotecario, del inmueble ocupado por el establecimiento hotelero en el que los demandantes habían venido desempeñando su actividad laboral, se trata, entre otras, de **SSTS 24-09-2012 (Rc 3252/2011); 25-09-2012 (Rc 3023/2011); 26-09-2012 (Rc 4150/2011); 26-09-2011 (Rc 3666/2011); 06-11-2012 (Rc 3669/2011); 05-11-2012 (Rc 3946/2011) y 14-11-2012 (Rc 3939/2011)**. Afirma la Sala que para la aplicación del ET art. 44 se exige la concurrencia de dos elementos o requisitos, uno de carácter subjetivo y otro objetivo, consistentes, respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo de los elementos patrimoniales necesarios que permitan continuar la actividad empresarial, de ahí que como en los supuestos enjuiciados la entidad financiera tan sólo se adjudicó el inmueble sobre el que se asentaba la explotación hotelera, sin ninguno de los enseres o elementos necesarios para su continuidad, dicho inmueble por sí solo no integra el concepto de entidad económica organizada en la forma expresada, de lo que es dable inferir que lo transmitido no es una empresa en sentido técnico jurídico y, en consecuencia, el TS considera que no se ha producido una sucesión empresarial con base en lo establecido en el art. 44 ET.

Sobre la existencia o no de una subrogación empresarial en el marco del Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción y tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, se pronuncian diversas sentencias en este periodo, entre ellas, **SSTS 18-12-2012 (Rc. 3299/2011)**, **19-9-2012 (Rc. 3056/2011)**, **2-10-2012 (Rc. 2698/2011)**, **26-11-2012 (Rc. 4054/2011)**. Dichas sentencias parten de una relación de hechos compleja y a cuya lectura nos remitimos, pero que, síntesis refieren la reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, en los casos, gestión de residuos sólidos en determinados Ayuntamientos. La Sala recuerda que el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en art. 44 ET, porque lo que se trasmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, de modo que debe estarse a lo que disponga el convenio colectivo de aplicación, que suele establecer una garantía de estabilidad en el empleo a favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio. Y concluye que producido el cambio de adjudicataria en la concesión de la gestión de los residuos, para que exista subrogación es preciso que la empresa saliente proporcione a la entrante la documentación convencionalmente exigida, lo que no acontece en dichos casos.

18. Tiempo de trabajo.

18.1. Licencia por nacimiento, fallecimiento, enfermedad grave. Ampliación por “desplazamiento”.

La **STS 04-06-2012 (Rc 201/2011)**, interpreta el alcance del término “desplazamiento”, ex art 37.3 b) ET, en cuanto amplía la licencia retribuida por nacimiento de hijo, fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, de dos a cuatro días. A la hora de fijar la duración de la licencia, el legislador la establece, con carácter general, en dos días y la amplía a cuatro días en los casos en los que el trabajador, para atender esos problemas privados, necesite realizar un desplazamiento. Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad de la licencia -atender situaciones familiares-, la duración de la misma debe depender de las circunstancias de todo tipo del desplazamiento. Por tanto, cualquier viaje a otra localidad no genera el derecho a una licencia de cuatro días, sino que para la concesión de esta habrá de tenerse en cuenta la distancia entre los municipios, los medios de transporte existentes entre ellos, el tiempo que se tarda de un lugar a otro y otras circunstancias que permiten discriminar positivamente a quien tiene que realizar una travesía más larga y complicada. La ley trata de beneficiar a quienes por motivos familiares deben realizar largos, en tiempo y distancia, recorridos que no es frecuente hacer a diario, ni semanalmente, para atender a un familiar. En definitiva, no cualquier desplazamiento, o cualquier viaje a otra plaza da derecho a la ampliación de la licencia retribuida, con independencia de cuales sean las circunstancias del trayecto.

18.2. Vacaciones anuales: incapacidad temporal sobrevenida

Las **SSTS 17-01-2013, Rec 1744-2010 y 19-03-2013, Rec 528-2012**, declaran que la incapacidad temporal sobrevenida del trabajador una vez iniciado el

período de vacaciones anuales pagadas interrumpe su cómputo, atribuyendo al trabajador afectado el derecho a disfrutar en otras fechas los días de suspensión del contrato de trabajo [ET art 45.1.c] debidos a la incapacidad temporal declarada. La Sala IV resuelve con arreglo a lo dispuesto en la sentencia del TJUE de 21-6-2012 [que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la propia Sala] que establece que no procede tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e IT, dependiendo del momento en que se inicia ésta última, pues dicho tratamiento diferenciado no está justificado, de ahí que la IT interrumpe el periodo de vacaciones tanto en los casos en los que dicho proceso se inicia antes del comienzo de las vacaciones como en aquellos otros en los que las vacaciones ya se han iniciado cuando aparece la situación de IT.

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. Incapacidad Temporal

1.1. Reconocimiento del derecho

Ante un supuesto en que por sentencia de instancia se declaró incorrecta el alta médica emitida a la trabajadora, y se condenó al abono del subsidio por incapacidad temporal hasta la concurrencia de “causa legal de extinción” del mismo, procediendo el INSS a abonar dicha prestación hasta los 18 meses, pero no con posterioridad por entender que se había extinguido el subsidio por agotamiento de su duración máxima, aunque no había cumplido con la obligación impuesta por los arts. 131 y 131 bis LGSS -en redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre- de reconocimiento de la actora previo a la extinción del proceso de incapacidad temporal, la Sala IV, en SSTs 23-11-2011 (Rc 1422/2011) y 07-12-2011 (Rc 1499/2011) cuya jurisprudencia se reitera con la **SSTS 23-05-2012 (Rc 2405/2011)** considera que el INSS, cuando no reconoce a la actora previamente a la extinción de la incapacidad temporal, ha incumplido lo dispuesto en el art. 131 bis) 3 tercer párrafo LGSS -en redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 diciembre-, que determina que los efectos de la incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente. Ello implica que cuando en la sentencia se contempla que se abonará el subsidio hasta que concurra “causa legal de extinción”, debe entenderse que dicha causa concurre cuando se haya procedido a examinar el estado del trabajador en incapacidad temporal a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, aun cuando en el momento en que ello se realice no se reconozca la incapacidad permanente en grado alguno. Fundamenta su decisión la Sala IV en lo dispuesto en la STS 01-12-2003 (Rc 3569/2002), que interpretando el precepto en redacción anterior a la modificación incorporada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, determinó que cuando se agota el plazo máximo y no se ha producido el reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente, de las tres posibilidades existentes, consistentes en: 1.-Extinguir la incapacidad temporal aunque el trabajador quede sin protección, 2.-Otorgar la protección por incapacidad permanente desde que termina el plazo de incapacidad temporal aunque no exista calificación administrativa, y 3.-Mantener la prórroga de la incapacidad temporal y continuar abonando el subsidio hasta que se produzca la calificación, momento en que se extinguirá

efectivamente la IT con reconocimiento o no de una incapacidad permanente, esta última es la más acorde con la finalidad de la norma, ya que la primera sería contraria a los fundamentos del sistema de proteger situaciones de necesidad, y la segunda sería inviable, porque no puede reconocerse automáticamente una incapacidad permanente que exige una calificación previa.

Además, la Sala IV, siguiendo la jurisprudencia de las SSTS 01-04-2009 (Rc 516/2008) y 24-11-2009 (Rc 1031/2009) -que rectificaban la doctrina anterior según la cual era necesario que el trabajador se encontrara en situación de alta o asimilada al alta en el momento de sobrevenir la situación protegida para poder percibir prestaciones de incapacidad temporal- en **STS 16-07-2012 (Rc 3027/2011)**, se vuelve a reconocer el derecho al subsidio de incapacidad temporal a quien estando afiliada al RETA, tras iniciar dicho proceso es dada de alta con propuesta de incapacidad permanente que se le deniega, causando baja al día siguiente con el mismo diagnóstico, por lo que se inició un proceso administrativo que terminó con la declaración en situación de incapacidad permanente total. Reitera la Sala que en los supuestos de recaída se conservan los requisitos exigidos en el momento de la baja inicial al tratarse de un periodo único, por lo que cumpliéndose éstos, se tiene derecho al subsidio reclamado.

Por otro lado, reiterando lo establecido en SSTS 08-07-2009 (Rc 3536/2008), 15-07-2009 (Rc 3420/2008), 11-11-2009 (Rc 3082/2008), 23-07-2010 (Rc 3808/2009), 08-11-2011 (Rc 3140/2010), entre otras, en **STS 10-12-2012 (Rc 3429/2011)**, se reconoce el derecho a la prestación de incapacidad temporal a un trabajador que tras haber agotado previamente el periodo máximo de 18 meses que terminó con declaración de inexistencia de incapacidad permanente, inició, antes de transcurridos 6 meses desde el alta, una nueva baja, habiéndosele denegado la prestación por deberse ésta a la misma o similar patología. Insiste la Sala IV en que no procede denegar la prestación por el simple hecho de que la nueva baja emitida antes del periodo de 6 meses tras agotarse los 18 previos es por similar patología, cuando no se basa la resolución denegatoria en otros datos objetivos que acrediten que no existía realmente una patología incapacitante.

1.2. Competencia para otorgar prórroga o nueva baja médica

Ante la situación de quien tras iniciar incapacidad temporal fue dado de alta por los servicios médicos de la Mutua tras transcurrir el periodo máximo no prorrogado, la Sala IV, en **STS 19-03-2013 (Rc 1179/2012)**, considera que la competencia exclusiva para determinar la prórroga o nueva baja médica, corresponde al INSS pudiendo impugnarse por el interesado por los cauces previstos en el art. 128.1 a) LGSS, y no por la vía del art. 128.1 c) LGSS, que está prevista para la obtención de la prórroga cuya competencia exclusiva es del INSS.

1.3. Posibilidad de desistimiento durante el periodo de prueba tras incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo

La Sala IV, en **STS 12-07-2012 (Rc 2789/2011)** -que contiene Voto particular discrepante de una Magistrado- considera que el desistimiento del empresario durante el periodo de prueba del contrato de trabajo, como consecuencia de que el trabajador cae en situación de incapacidad temporal tras haber sufrido un accidente de trabajo en dicho periodo, es válida por no ser discriminatoria ni lesiva de derechos fundamentales del trabajador. Entiende la Sala IV que durante el periodo de prueba no rigen las reglas comunes del despido o dimisión del trabajador, no exigiéndose carta de despido, ni que el empresario acredite las causas que motivan su decisión, sin que el trabajador tampoco se encuentre vinculado por un deber de preaviso, aunque es preciso que el desistimiento se produzca cuando se hayan comprobado *“las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”* (art. 14.1 ET), y que la decisión no suponga discriminación o lesión de derechos fundamentales, sin que la enfermedad figure entre los factores de discriminación enunciados en el art. 14 CE, ni siquiera cuando la dolencia tiene su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo que han dado lugar a una situación de incapacidad temporal. Añade la Sala IV que el control judicial de la facultad de desistimiento durante el periodo de prueba, sólo se puede ceñir a estos aspectos, es decir, si se han respetado los derechos fundamentales y *“la lógica de economía de costes de transacción que inspira a este instituto jurídico”*.

1.4. Posibilidad de extinción de la relación laboral por impago del complemento de mejora de la incapacidad temporal previsto en convenio colectivo

Reiterando lo ya dispuesto en la antigua STS 02-11-1996 (Rc 1776/1996), con la **STS 18-02-2013 (Rc 886/2012)**, la Sala IV crea jurisprudencia al fallar en el sentido de que cabe solicitar la extinción de la relación laboral ex art. 50.1 ET, por quien no percibe el complemento de mejora del subsidio de incapacidad temporal pactado en convenio, y ello por cuanto entiende la Sala IV que cuando el precepto autoriza a solicitar la extinción por incumplimiento de *“obligaciones contractuales”* éstas no son sólo las pactadas en el contrato de trabajo, sino cualquiera asumida por el empresario, incluyendo las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

1.5. Responsables del abono de la prestación

Es responsable del abono de prestación de incapacidad temporal por recaída de un proceso anterior -incapacidad que se produce habiéndose extinguido la relación laboral en el momento de la solicitud de la nueva prestación- la entidad gestora que percibió las cotizaciones en el periodo previo a la primera baja y no el INSS. Entiende la Sala IV en **STS 25-06-2012 (Rc 3977/2011)**, cuya doctrina se reitera en **STS 13-11-2012 (Rc 4367/2011)** -creando jurisprudencia- que se está en presencia de un derecho generado en la primera etapa (primera baja), perteneciendo la recaída a un fenómeno único que trae causa de la incapacidad anterior y que no precisa de carencia posterior a fin de obtener los requisitos que generan la protección, debiendo proseguir el régimen de responsabilidad definido al tiempo de la primera baja durante el tiempo de la recaída. Añade la Sala IV que las cotizaciones satisfechas durante el periodo de desempleo sirven para futuras prestaciones,

no produciéndose un enriquecimiento injusto a favor del INSS por el hecho de que no se utilicen las cotizaciones que actualmente percibe para el pago de la incapacidad temporal por recaída, ya que las mismas surtirán efectos cuando sea necesario en el futuro.

Por otra parte, reiterando lo ya expuesto en SSTS 02-10-2007 (Rc 1310/2006), 04-02-2003 (Rc 2134/2002) y 27-02-2011 (Rc 1225/2000), en **STS 17-07-2012 (Rc 2516/2011)**, se vuelve a considerar responsable del pago de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, en un supuesto en que en el momento de que el trabajador inicia el proceso de incapacidad temporal cubría el riesgo una Mutua, sucediéndola otra mientras dura el proceso de incapacidad temporal, a la Mutua que sucedió a la anterior.

Además, la Mutua debe abonar la prestación de incapacidad temporal hasta el momento en que se resuelva sobre la existencia o no de incapacidad permanente -y no sólo hasta el plazo máximo de 18 meses- en aquellos supuestos en que se supera dicho plazo si bien la contingencia por la que el trabajador cayó en situación de incapacidad temporal era profesional (accidente de trabajo). Así lo considera la Sala IV en **STS 22-10-2012 (Rc 4382/2011)**, en la que se concreta que conforme a lo dispuesto en la DA 4ª RD 1300/1995 y DA 3ª Orden de 18-01-1996, en relación con los arts. 4 a 13 de la Orden de 25-11-1966, en supuestos de contingencia profesional, se residencia el pago en la entidad aseguradora de dicha contingencia, cesando la “colaboración obligatoria” de las empresas cuando se extingue la incapacidad temporal, lo que no implica que cese la obligación de pagar el subsidio en supuestos de “colaboración voluntaria” -autoaseguramiento de las contingencias por accidente de trabajo-.

1.6. Reintegro de la prestación

Siguiendo lo dispuesto en STS 27-09-2011 (Rc 4499/2010), que determinó que procedía devolver íntegramente las prestaciones por desempleo percibidas por quien cumplía con todos los requisitos para causar derecho a la prestación contributiva de jubilación (y no las relativas a la diferencia entre lo percibido por prestación por desempleo y las que hubiera correspondido por pensión de jubilación), en **STS 14-12-2012 (Rc 588/2012)** la Sala IV vuelve a insistir, esta vez en relación a si corresponde al trabajador devolver lo percibido indebidamente por prestaciones por incapacidad temporal, en que debe devolverlas, y ello por cuanto el art. 45 LGSS obliga al reintegro de prestaciones *indebidas “con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora”*, norma que es clara y cierra el paso a cualquier excepción de equidad.

2. Incapacidad Permanente

2.1. Recurso del Ministerio Fiscal: acreditación del periodo de carencia computando los días-cuota

Como consecuencia de que el art. 219.3 LRJS abre la posibilidad de que el Ministerio Fiscal presente recurso de casación para la unificación de doctrina en los supuestos que explicita el precepto, en **SSTS (Sala General) 28-01-2013 (Rc 812/2012)**, **(Sala General) 28-01-2013 (Rc 814/2012)**, **(Sala General), 28-01-2013 (Rc 815/2012)** y **17-04-2013 (Rc 2357/2012)** se resuelven, por primera vez, los recursos presentados por el Ministerio Fiscal (a instancias del INSS), que pretendía una resolución que se pronunciara sobre si los días-cuota debían servir para incrementar la pensión de incapacidad permanente reconocida, o por el contrario sólo para acreditar el periodo de carencia. Justifica el recurso el Ministerio Fiscal, y se acoge por la Sala IV, en la dificultad de encontrar sentencias contradictorias (de hecho se habían desestimado por falta de contradicción hasta 11 recursos de casación para la unificación de doctrina), y en que además dicha dificultad se corrobora por el hecho de que se discute la interpretación del art. 140.1 LGSS según redacción dada por ley 40/2007, de 4 de diciembre, habiendo transcurrido menos de cinco años desde la entrada en vigor de dicha nueva redacción.

La cuestión se suscita como consecuencia de que el demandante obtuvo el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente total con cargo al Régimen Especial Agrario por cuenta ajena, que impugnó en vía administrativa y judicial para obtener un grado superior de invalidez e incrementar la base reguladora, acogiéndose por la Sala de suplicación (en todos los supuestos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Granada), la pretensión de incremento de dicha base reguladora al incluirse en el cálculo los denominados días-cuota, ya que si se cotiza por la totalidad de las percepciones, incluida la parte proporcional de las pagas extra, éstas deberán tenerse en cuenta cuando el art. 140.1 b) LGSS guarda silencio (lo que no hace en relación con la jubilación), respecto de las prestaciones de incapacidad permanente.

El art. 161.1 b) LGSS según reforma operada por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, determina, en relación con el periodo mínimo de cotización para la pensión de jubilación, que *“a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extra”*, lo que sirvió a la Sala de suplicación para argumentar que al referirse la exclusión a la jubilación y no a la incapacidad permanente, dicho silencio tiene que interpretarse en el sentido pretendido (tener en cuenta los días-cuotas a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente).

Tras examinar la jurisprudencia en relación con los días-cuota iniciada por STS 10-06-1974 (dictada en recurso en interés de ley), la Sala IV falla en las sentencias anteriormente mencionadas: 1) que se tienen que tener en cuenta los días-cuota a efectos de cumplir la exigencia del periodo de carencia para acceder a prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común 2) que tras la entrada en vigor el 01-01-2008 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, a efectos del percibo de pensión de jubilación no pueden tenerse en cuenta los días cuotas ni siquiera para acreditar el periodo de carencia, y 3) que no se pueden tener en cuenta los días-cuota a efectos del cálculo de la base reguladora o porcentaje aplicable a ella por años de

cotización en ningún supuesto (y por lo tanto tampoco en el supuesto examinado en que se pretendía el incremento de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente teniendo en cuenta dichos días-cuota).

2.2. Determinación del grado de incapacidad permanente

Para determinar el grado de incapacidad permanente deben tenerse en cuenta las dolencias que tiene el trabajador hasta el momento de celebración del juicio oral cuando éstas se hayan agravado respecto de las que existían en el momento de resolución administrativa, y ello por cuanto así lo ha determinado la **STS 05-03-2013 (Rc 1453/2012)**.

2.3.-Incapacidad permanente total

2.3.1. Determinación de la profesión habitual de bombero

Siguiendo lo establecido en las SSTS 12-02-2003 (Rc 861/2002), 28-02-2005 (Rc 159/2004), 27-04-2005 (Rc 998/2004), 10-06-2008 (Rc 256/2007), 23-02-2006 (Rc 5135/2004 y 25-03-2009 (Rc 3402/2007), en relación con policías locales, en STS 10-10-2011 (Rc 4611/2010), cuya doctrina se reitera en **STS 03-05-2012 (Rc 1809/2011)** creando jurisprudencia, que a su vez se sigue en **SSTS 22-05-2012 (Rc 2111/2011)**, **07-06-2012 (Rc 1939/2011)**, **02-07-2012 (Rc 3256/2011)**, **04-07-2012 (Rc 1923/2011)**, **10-07-2012 (Rc 2900/2011)**, **24-07-2012 (Rc 3240/2011)**, **16-10-2012 (Rc 3907/2011)**, **02-11-2012 (Rc 4074/2011)** y **04-12-2012 (Rc 258/2012)** se considera que a efectos del reconocimiento en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de bombero al servicio de la Generalidad de Cataluña, deben considerarse todas las funciones de dicha profesión, es decir, tanto las correspondientes a la primera actividad, como las de la segunda actividad que son las desempeñadas por los actores tras el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total. Ello implica que persistiendo las lesiones por las que fueron declarados en tal situación, si bien pueden ejercer funciones de segunda actividad, debe mantenerse el reconocimiento en dicho grado incapacitante, sin que sea posible revisar la incapacidad para determinar que el grado es permanente parcial en atención a las funciones efectivamente ejercidas en la segunda actividad. Entiende la Sala IV que la profesión habitual no se define en función de un concreto puesto de trabajo, sino en atención a la delimitación formal del grupo profesional, es decir, deben tenerse en cuenta a efectos de calificación de la incapacidad permanente todas las funciones que integran objetivamente la “profesión”.

2.3.2. Derecho de reingreso en la empresa

En aplicación de lo establecido en el art. 115 de la Normativa Laboral de Renfe Operadora sobre “Reingreso de personal postincapacidad permanente total”, la Sala IV, en **STS 26-11-2012 (Rc 3169/2011)**, considera que el trabajador declarado en tal situación con la que no estaba de acuerdo pues entendía que debía ser reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta, tiene derecho a la indemnización sustitutiva del derecho al reingreso en la empresa en puesto de trabajo compatible con la incapacidad, y ello por

cuanto entiende la Sala que lo que se exige al trabajador es que sea declarado en situación de incapacidad permanente total mediante expediente no iniciado a su voluntad, y en el supuesto enjuiciado el trabajador manifestó en vía administrativa su oposición a la declaración en tal situación por cuanto entendía que debía ser reconocido en situación de incapacidad permanente absoluta, lo que en ningún caso implica instar el reconocimiento en situación de incapacidad permanente total para evitar el trabajo.

2.3.3. Obligación de imputar las cuotas abonadas tras invitación al pago a deudas en el RETA.

En atención a lo fallado en STS 02-12-2008 (Rc 663/2008), en **STS 11-03-2013 (Rc 1756/2012)** se reitera, creando jurisprudencia, que no pueden imputarse las cuotas abonadas por la trabajador tras ser invitada al pago por la Entidad Gestora, a otras deudas distintas de las derivadas del impago de cuotas en el RETA. La cuestión resuelta en esta última sentencia refiere a una trabajadora que se le denegó la prestación de incapacidad permanente total solicitada en el RETA por no encontrarse al corriente de pago de cuotas, siendo invitada al pago cuyo requerimiento cumplimentó abonando las cuotas adeudadas, si bien el ingreso se imputó a deudas anteriores con otro régimen de Seguridad Social. Entiende la Sala IV que se trata de un pago voluntario tras realizarse una invitación al pago por la Entidad Gestora, que debe quedar al margen de otros requerimientos ejecutivos por deudas distintas con la Seguridad Social.

2.3.4. Determinación de la base reguladora

La **STS 12-03-2013 (Rc 2440/2011)**, resuelve el problema de cuál debe ser la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, que fue precedida de una incapacidad permanente parcial derivada de contingencia profesional. Señala la Sala IV reiterando lo expuesto en la STS 23-09-2003 (Rc 1971/2002) -que por otro lado se invocaba como sentencia de contraste-, que ha de tomarse la base reguladora primeramente reconocida a no ser que existan razones que impongan un cambio de tal importe -por ejemplo porque se ha realizado un trabajo posterior con una base reguladora superior o porque la segunda contingencia es de carácter profesional y no común por lo que la base reguladora sería superior-. Añade que la base reguladora no puede ser en ningún caso inferior, y ello porque existe una vinculación entre la situación de incapacidad anterior y la nueva por revisión, de forma que si la primera fue derivada de contingencia profesional y la segunda de contingencia común, la primera tiene incidencia en el grado revisado de la segunda, y no puede perjudicarse al interesado reconociéndole una base reguladora inferior.

2.4. Incapacidad permanente absoluta

En **STS 22-01-2013 (Rc 1008/2012)**, la Sala IV expande la jurisprudencia que reconocía en situación asimilada al alta a los pensionistas de invalidez no contributiva a efectos de prestaciones por muerte y supervivencia (recogida entre otras en SSTS 20-12-2005 (Rc 2398/2004) y 06-

06-2007 (Rc 834/2006)- a efectos del reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta del nivel contributivo. Argumenta la Sala IV que cuando se cumplen todas las exigencias legales para el reconocimiento en situación de incapacidad permanente del nivel contributivo, excepto la relativa a reunir el requisito de alta o situación asimilada al alta, si el solicitante es preceptor de pensión de invalidez permanente no contributiva, debe entenderse que cumple igualmente con dicha exigencia legal, al equipararse dicha situación con estar en situación asimilada al alta.

2.4.1. Responsables del abono de la prestación en supuestos de infracotización

Siguiendo lo establecido en STS 04-10-2006 (Rec. 1798/2005), la Sala IV, en **STS 26-11-2012 (Rec. 3614/2011)**, condena solidariamente a las dos empresas en las que prestó servicios el trabajador que fue reconocido en situación de incapacidad permanente total cuando existió infracotización, ya que existe responsabilidad directa del empresario que ha incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social, sin perjuicio del anticipo por parte de la Entidad Gestora correspondiente.

2.4.2. Responsables del abono de la prestación en supuestos de enfermedad profesional (silicosis)

La responsabilidad en el pago de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional (silicosis), corresponde al INSS cuando el hecho causante se produce cuando todavía no estaba vigente el art. 68.3 LGSS según redacción dada por la Disposición Final Octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que introduce la responsabilidad de las Mutuas por la contingencia de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional –el precepto determina que en “*la colaboración en la gestión de las contingencias de (...) enfermedades profesionales (...) las operaciones que lleven a cabo las Mutuas se reducirán a repartir entre sus asociados (...) el coste de las prestaciones por causa de (...) enfermedad profesional*”. Entiende la Sala IV en **SSTS 15-01-2013 (Rc 1152/2012)**, **18-02-2013 (Rc 1376/2012)**, **12-03-2013 (Rc 1959/2012)** **19-03-2013 (Rc 769/2012)**, **25-03-2013 (Rc 1514/2012)** y **26-03-2013 (Rc 1207/2012)** que es de aplicación a partir del 01-01-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre), la misma jurisprudencia que determinó la responsabilidad del INSS en supuestos de accidente de trabajo -SSTS (Pleno), 01-02-2000 (Rc 200/1999), 19-01-2009 (Rc 1172/2008), y 14-04-2010 (Rc 1813/2009), entre otras- ya que la responsabilidad corresponde a quien aseguraba la contingencia en la fecha del hecho causante puesto que la cobertura se establece en función del riesgo asegurado.

2.4.3. Compatibilidad de la prestación con actividad de administrador y afiliación al RETA

Reiterando lo expuesto en SSTS 30-01-2008 (Rc 480/2007), y 14-07-2010 (Rc 3531/2009), en **STS 19-03-2013 (Rc 2022/2012)**, se vuelve a declarar la compatibilidad del percibo de prestación por incapacidad permanente total (para la profesión de dependiente) y posteriormente absoluta, con la actividad

de administrador de una sociedad mercantil por la que figuraba afiliado al RETA, por cuanto no puede negarse –por vulnerar el art. 35 CE- el derecho al trabajo a quien está en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, ya que ello supondría un efecto desmotivador de la reinserción social o laboral de quienes tienen reconocido dicho grado incapacitante.

2.4.4. Requisitos para causar derecho en el RETA

No es preciso encontrarse en alta o situación asimilada al alta para causar derecho a pensión de incapacidad permanente absoluta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, cuando el beneficiario reúne el periodo exigible de cotización previsto en el art. 138.3 LGSS, y ello por cuanto la **STS 12-03-2013 (Rc 1627/2012)** señala que la Disposición Adicional Octava LGSS, desde la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, extiende la aplicación del art. 138 LGSS a todos los regímenes especiales, incluido el RETA, por lo que no puede ser de aplicación el art. 28 del Decreto 2539/1970, de 24 de julio.

2.4.5. Nivel no contributivo: determinación de la carencia de rentas

En STS 27-01-2005 (Rc 2192/2004), se concretó que a efectos de acreditar la carencia de rentas exigible para causar la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, computa como renta la diferencia entre el valor de las acciones vendidas y el precio de adquisición de las mismas y no el valor total de las acciones vendidas. Pues bien, siguiendo lo en ella dispuesto aunque aplicado a un supuesto diferente en el que lo que se plantea es si a efectos de dicha carencia de rentas debe computarse el valor de tasación de las fincas rústicas heredadas o el importe de los frutos o de las rentas que producen, en **STS 28-09-2012 (Rc 3321/2011)**, se concreta que deben computarse únicamente los rendimientos obtenidos efectivamente (en el supuesto enjuiciado el importe del arrendamiento por cuanto las fincas heredadas estaban arrendadas). Argumenta la Sala IV: 1.-Que ello se deduce del art. 144.5 LGSS, que determina que serán computables las rentas del capital y no el capital en sí mismo, de forma que no existiendo rendimientos efectivos se calcularán éstos conforme a las normas del IRPF, que grava las rentas pero no la adquisición de patrimonios por herencia, cobro de indemnizaciones o premios de lotería, etc. sin que se grave la adquisición de bienes sino las rentas que produce, 2.-Que ello se corrobora también por lo dispuesto en los arts. 21 y 22 Ley 35/2006, donde se gravan los rendimientos del capital inmobiliario (entre las que se incluyen las rentas que cobra el arrendador), y 3.-Que idéntica conclusión puede alcanzarse en atención a lo dispuesto en el art. 215.3. 2 LGSS –que a efectos de determinar el requisito de carencia de rentas que condiciona el derecho al subsidio de desempleo, considera rentas a los rendimientos de capital y de otros derechos o actividades económicas, así como a las plusvalías obtenidas, y a falta de datos, el porcentaje resultante de aplicar al valor del patrimonio un interés de la mitad del interés legal vigente-. En definitiva, para el cálculo de las rentas del beneficiario de una prestación no contributiva, no puede computarse el valor del patrimonio heredado, sino la renta que produce.

3. Jubilación

3.1. Imposibilidad de incremento de la cuantía de la pensión aplicando coeficientes reductores de la edad

No tienen derecho a que los incrementos porcentuales de la cuantía de la pensión de jubilación previstos en el art. 163.2 LGSS -que son de aplicación cuando se accede a la misma con 65 años de edad-, se tengan en cuenta cuando el trabajador se jubila con anterioridad al acogerse a los coeficientes reductores de la edad de jubilación, si bien con posterioridad a la fecha en que podría haberse jubilado en atención a dichos coeficientes reductores. Así falla la Sala IV en **STS 27-03-2013 (Rc. 2379/2012)**, en la que en atención a un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores del Mar que se jubiló antes de cumplir 65 años en aplicación de los coeficientes reductores y que pretende que se le apliquen los porcentajes de incremento previstos para jubilaciones a partir de los 65 años, deniega dicha solicitud por entender que existe una prohibición legal expresa en el art. 163.2 LGSS (según redacción dada por Ley 40/2007), de que los coeficientes reductores de la edad de jubilación previstos en determinadas actividades laborales, puedan incidir en los incrementos en la cuantía de la pensión de jubilación.

3.2. Nivel no contributivo

La **STS 28-06-2012 (Rc. 2467/2011)** reitera lo dispuesto en la STS 17-03-1997 (Rc 3570/1996) -creando jurisprudencia- y falla en el sentido de que tiene derecho a la pensión de jubilación no contributiva quien no supera el umbral de carencia de recursos legalmente establecido, computándose en la unidad económica de convivencia a su nieto menor de edad, que tiene una madre con independencia económica y que sigue ostentando la patria potestad. Entiende la Sala IV que como regla debe partirse de que en la unidad económica de convivencia deben computarse todas las personas que convivan con el solicitante de la prestación no contributiva cualquiera que sea la causa de tal convivencia y estén unidas al beneficiario por lazos de parentesco hasta el segundo grado, y si bien debe existir un cierto grado de dependencia económica, en el presente supuesto no se establece como requisito para el percibo de la prestación que no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos para poder computarle como integrante de la unidad económica de convivencia.

3.3. Jubilación anticipada

En **STS 22-11-2012 (Rc 176/2012)** y al tratarse de una divergencia jurídica sobre la naturaleza de un determinado periodo de prestación de servicios, lo que es una cuestión de calificación jurídica y no de simples errores, señala la Sala IV que deben retrotraerse los efectos de la revisión del porcentaje de base reguladora de una pensión de jubilación anticipada, a los tres meses anteriores a la solicitud y no a la fecha de reconocimiento de la misma.

3.4. Jubilación parcial

3.4.1. Imposibilidad de acceso a la jubilación parcial

No pueden acceder a la jubilación parcial los trabajadores menores de 65 años que prestan servicios con contrato fijo-discontinuo cuando la actividad se repite en fechas ciertas, ni siquiera aunque la empresa acepte la contratación de otra persona por la jornada restante en virtud de contrato de relevo. Así lo ha determinado la Sala IV en STS 12-04-2011 (Rec. 1872/2010), cuya doctrina se reitera (creando jurisprudencia) en **SSTS 25-06-2012 (Rc 2881/2011) y 06-03-2013 (Rc. 1066/2012)**. Entiende la Sala IV que el contrato fijo-discontinuo que se repite en fechas ciertas es un contrato a tiempo parcial (art. 15.8 ET), excluido de las previsiones legales de jubilación parcial para personas con menos de 65 años (art. 166.2 LGSS).

Además, la expresión “*convenio y acuerdos colectivos de empresa*” contenida en la Disposición Transitoria 2ª RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, tiene que interpretarse en sentido literal, de forma que sólo podrán acogerse a la jubilación parcial los trabajadores cuando dicha posibilidad se contemple en dicho ámbito (empresa), que es más reducido que el previsto con anterioridad en la Disposición Transitoria 17ª. 5 LGSS, en la que se aludía a “*convenios y acuerdos colectivos*”. Así ha fallado la Sala IV en **STS 25-02-2013 (Rc 560/2012)**, en la que fundamenta dicha decisión en que el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, lo que hace es adoptar medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, por lo que la nueva regulación –restrictiva y reducida al ámbito empresarial- se ampara en dicha finalidad al restringir la posibilidad de jubilación parcial.

3.4.2. Reconocimiento del derecho computando a efectos de antigüedad el desempeño de funciones en régimen funcional

Puede acceder a la jubilación parcial prevista en el art. 166.2 LGSS, y acredita la antigüedad de 6 años requerida para acceder a la misma, quien ha prestado servicios por un periodo inferior a dichos 6 años para una Administración Pública en régimen laboral, tras renunciar del régimen funcional, en el que, computado con el periodo de tiempo de prestación de servicios en régimen laboral, superaba los 6 años, y ello por cuanto entiende la Sala IV en **STS 25-03-2013 (Rc 1775/2012)**, que el término “*antigüedad en la empresa*” no puede entenderse referida únicamente a la actividad en régimen laboral, sino como “*vinculación*” o prestación de servicios ininterrumpida durante 6 años. Argumenta además la Sala IV que no existe ningún criterio interpretativo que permita concluir que la vinculación tiene que ser únicamente laboral excluyendo la funcional.

3.4.3. Cálculo de la base reguladora

Ante la cuestión de cómo tiene que realizarse el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de un trabajador que tras prestar servicios a tiempo completo pasa a desempeñar una jornada de trabajo reducida al 15% como consecuencia de su acceso a la jubilación parcial -con la consecuente suscripción de un contrato de relevo-, la Sala IV, en **SSTS 23-05-**

2012 (Rc 3704/2011) y 30-01-2013 (Rc 1017/2012) -que crea jurisprudencia- considera que no deben computarse las bases de cotización del trabajador al tiempo de su jubilación parcial con las actualizaciones anuales posteriores, sino que deben computarse las cotizaciones efectuadas por el jubilado parcial durante ese periodo con arreglo al salario que le habría correspondido si hubiese trabajado a tiempo completo, y mientras permaneció en dicha situación.

3.4.4. Periodo de carencia

No es posible, para acreditar el periodo de carencia necesaria para causar derecho a la prestación de jubilación parcial, el computar las cotizaciones efectuadas al Régimen de Clases Pasivas cuando son insuficientes las correspondientes al Régimen General. Justifica su decisión la Sala IV en **SSTS 31-05-2012 (Rc 104/2011) y 11-03-2013 (Rc 1572/2012)** -con la que se crea jurisprudencia- en que el RD 691/1991, de 12 de abril, que supone desarrollo de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y que regula el cómputo recíproco de cotizaciones entre el Régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos y los distintos regímenes integrados en el Sistema de Seguridad Social, excluye expresamente en su art. 2.2 a la pensión de jubilación parcial. Añade la Sala que la entrada en vigor del EBEP no ha alterado el marco normativo anterior en la materia, ya que no existe regulación en el Régimen de Clases Pasivas que permita solicitar una jubilación parcial (por cuanto no se ha desarrollado la previsión contemplada en la de posibilidad de que los funcionarios públicos accedan a esta modalidad de jubilación).

3.4.5. Extinción

No es causa de extinción de la jubilación parcial el hecho de que el jubilado parcialmente cese en la empresa con la que suscribió el contrato a tiempo parcial y que suscribió un contrato de relevo, cuando dicho jubilado parcial suscribe otro contrato a tiempo parcial con la misma jornada si bien en otra empresa. Se argumenta en la **SSTS 05-11-2012 (Rc 411/2012) y 27-03-2013 (Rc 2297/2012)** -creando jurisprudencia- que la suscripción de otro contrato a tiempo parcial con empresa distinta no está prevista como causa de extinción en los arts. 12, 14 y 16 RD 1131/2002, y además la concertación de un nuevo contrato en otra empresa no desvirtúa ni la naturaleza ni las condiciones legalmente exigibles para continuar percibiendo la pensión, cuales son que se reduzca la jornada y se suscriba el contrato de relevo.

3.4.6. Derecho a la percepción de la prestación en supuestos de despido colectivo

Tiene derecho a continuar en situación de jubilación parcial y por lo tanto percibir la prestación correspondiente (que el INSS había extinguido desde la fecha de finalización de la percepción de prestación por desempleo en el supuesto enjuiciado), desde la fecha de la extinción contractual o desde la fecha de la finalización de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, el trabajador

que ve extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de un despido colectivo. El Tribunal Supremo, en **SSTS 22-01-2013 (Rc 1998/2012)**, **29-01-2013 (Rc 1571/2012)** y **30-01-2013 (Rc 1575/2012)**, argumenta para adoptar tal resolución, que a efectos del art. 16. 2 RD 1131/2002, de 31 de octubre, la extinción del contrato por despido colectivo debe ser considerada improcedente (por resultar ajena a la voluntad del trabajador), cumpliéndose con la finalidad de la norma de que el jubilado parcial no extinga voluntariamente el contrato de trabajo para beneficiarse de la jubilación parcial.

3.4.7. Reintegro de la prestación en supuestos de extinción de la relación laboral por causas objetivas del relevista y del jubilado parcialmente

Cuando se extingue la relación laboral al mismo tiempo del relevista y del jubilado parcialmente por causas objetivas (necesidad de amortización del puesto de trabajo), sin que el empresario sustituya a dicho trabajador relevista, existe responsabilidad empresarial de la devolución de la pensión de jubilación parcial durante el periodo comprendido entre la extinción del contrato del jubilado parcial y el tiempo en que no se sustituyó a dicho trabajador, y ello por cuanto así lo determina el Tribunal Supremo en **STS 22-04-2013 (Rc 2303/2012)**, que siguiendo lo dispuesto en la STS 22-09-2010 (Rc 4166/2009) y creando jurisprudencia, determina que así se deduce de la Disposición Adicional 1ª segunda en relación con la Disposición Adicional 2ª RD 1131/2002, que obliga al empresario a contratar a un nuevo trabajador relevista hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada.

3.5. Jubilación forzosa

Es improcedente el cese del actor por jubilación forzosa previsto en el art. 30.3 del Convenio Colectivo de Centros de Educación Universitaria e Investigación, por cuanto no cumple con los objetivos de política de empleo que se concretan en la Disposición Adicional décima a) ET. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo en **STS 20-11-2012 (Rec. 4229/2011)**, en la que tras analizar la norma convencional, considera que el único compromiso que adquiere la empresa vinculado con la jubilación obligatoria del trabajador a los 65 años es *“dentro del marco actual de una política global de empleo que favorezca la sustitución del personal en edad de jubilación con las medidas de fomento del empleo promovidas por el Ministerio de Trabajo”*, lo que en ningún caso implica medida de empleo alguna puesto que no se exige que la plaza dejada vacante por el trabajador jubilado se cubra por otro trabajador.

Además, corrigiendo la doctrina de la STS 11-07-2012 (Rec. 4157/2012) -en relación a un convenio anterior-, la **SSTS (Sala General) 21-12-2012 (Rc 3439/2011)** y **(Sala General) 21-12-2012 (Rc 3925/2011)** -que contiene voto particular que suscriben 6 Magistrados-, determina que no es despido sino válida extinción de la relación laboral, la jubilación forzosa del trabajador que prestaba servicios para AENA al amparo de lo establecido en el art. 152 del V Convenio Colectivo de AENA. Entiende la Sala IV que el convenio colectivo debe tratarse como un “todo”, por lo para determinar que se cumplen las exigencias de la Disposición Adicional 10ª ET, deben examinarse las medidas

de política de empleo que se contemplen en la totalidad del convenio, y como en el presente supuesto éstas existen, debe entenderse cumplida la exigencia legal, en atención a preceptos tales como el art. 34 –mejora de la formación y el reciclaje-, artículos 45 y 47 -planes de formación para mejora de la empleabilidad- artículo 35 -adaptación de condiciones de trabajo por motivos de enfermedad- artículo 42 -traslados voluntarios en determinados supuestos- Anexo III -que obliga a celebrar contratos de relevo en supuestos de jubilación parcial-, y Anexo IV -que garantiza estabilidad y continuidad en el trabajo de trabajadores fijos-discontinuos.

3.6. Prejubilación en RENFE

Ante la cuestión de si cabe acogerse al Plan de prejubilaciones de RENFE Operadora que fue denegada por una causa injustificada consistente en que la antigüedad debía ser anterior a 01-01-1967, y la de la actora era de 01-1-1967, la Sala IV, en **STS 24-10-2012 (Rc. 3720/2012)**, considera que sí en atención a las particulares circunstancias del caso, y en concreto, en atención a que el requisito de antigüedad exigido por la Disposición Transitoria Segunda del RD 2621/1986 para acceder a la jubilación anticipada era haber ingresado en RENFE antes del 14-07-1967, y la actora realizó todas las actuaciones necesarias para solicitar acogerse al mismo.

3.7. Jubilación en el RETA

Ante el supuesto de un trabajador que solicita pensión de jubilación en el RETA, que le fue reconocida por hallarse al corriente de pago de las cuotas ya que tenía concedido un aplazamiento, si bien no abonó los pagos en plazo, lo que llevó a que se anulara el aplazamiento y se suspendiera el pago de la pensión de jubilación reconocida hasta que saldó su deuda, la Sala IV, en STS 10-03-2011 (Rec. 2656/10) (que contiene voto particular que suscribe una Magistrada), cuya doctrina se reitera creando jurisprudencia en **STS 04-10-2012 (Rc 4073/2011)** -en la que se invocó la anterior sentencia como sentencia de contraste-, se reconoce su derecho al percibo de la pensión de jubilación (que no percibió), respecto del periodo en que le fue suspendida, por entender que dado que en la fecha del hecho causante se consideró que el actor cumplía los requisitos de estar al corriente de las cuotas para acceder a la pensión, luego no puede suspenderse ésta por falta de cumplimiento de los plazos concedidos para el abono, ya que esta causa de suspensión no está prevista en la ley. Añade la Sala que hay que distinguir entre los supuestos: 1) En que el aplazamiento se ha concedido antes de causarse la prestación, en cuyo caso el solicitante está al corriente del pago de las cuotas y 2) En que el aplazamiento se ha concedido con posterioridad, con lo que no cumple el requisito de hallarse al corriente de pago y para acceder a la prestación deberá cumplir con la invitación al pago. De ello se deduce que la relación entre el efecto del aplazamiento y la acción protectora, se vincula al momento del hecho causante de las prestaciones, de forma que el incumplimiento del aplazamiento determina que a partir del mismo ya no se esté al corriente, reanudándose el procedimiento de apremio y la ejecución de garantías, pero no la suspensión o extinción de prestaciones reconocidas cuando se estaba al

corriente de las cuotas, ya que la norma no autoriza a la aplicación de un efecto retroactivo.

4. Planes de pensiones

El dies ad quem para la actualización del capital objeto de rescate de las aportaciones al plan de pensiones, debe hacerse hasta el día en que se reconoce y concreta el derecho por primera vez en sentencia, adeudándose a partir de entonces los intereses por mora procesal, y no hasta el día en que se hace efectivo el rescate de los derechos consolidados en el plan de pensiones, así se ha determinado en **STS 05-11-2012 (Rc 390/2012)**, en la que además se aclara que es la sentencia la que cuantifica el derecho consolidado, por lo que a partir de ella se deberán los intereses de mora procesal del art. 576.1 LEC, intereses con los que se actualiza el importe de la condena a partir de la sentencia.

5. SOVI

Ante la cuestión de si cabe tener en cuenta para acreditar el periodo de carencia para lucrar pensión de vejez SOVI los días de bonificación por edad establecidos en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18-01-1967, la Sala IV, en **STS 07-12-2012 (Rc 852/2012)**, considera que la Orden establece normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, de forma que las cotizaciones efectuadas en los anteriores regímenes se computan para causar pensión en el sistema de Seguridad Social vigente a partir de 1967 y por lo tanto distinta del SOVI, sirviendo para determinar el número de años de cotización, pero no para completar la carencia. En definitiva, entiende la Sala IV que se tendrá derecho a la pensión de vejez SOVI, si a 01-01-1967 se reunían 1.800 días efectivos de cotización o acreditación de haber figurado afiliado al retiro obrero, pero no pueden adicionarse cotizaciones ficticias en razón de la edad según la escala de la Disposición Transitoria Segunda de la Orden 18-01-1967, que sólo es de aplicación en el actual sistema de Seguridad Social y para mejorar la cuantía de la pensión, no el periodo de carencia.

6. Viudedad

6.1. Reconocimiento del derecho

6.1.1. En supuestos de separación o divorcio

Por SSTS 21-12-2010 (Rc 1245/10), 26-01-2011 (Rc 4587/09), 13-07-2011 (Rc 3040/2010), 18-01-2012 (Rc 1609/2011), 08/02/2012 (Rc 2439/2011) y STS 15-02-2012 (Rec. 4262/2010), se reconoce el derecho a la pensión de viudedad en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria 18ª LGSS [incorporada por la Disposición final 3ª. 3 Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010 con vigencia a partir del 01-01-2010] que excluye la obligación de que la solicitante de la pensión de viudedad sea acreedora de pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento en supuestos de separación o divorcio anteriores al 01-01-2008, a quien cumple

todos los requisitos para acceder a la pensión de viudedad excepto que en la sentencia de divorcio se fijara pensión compensatoria, aun cuando en el momento de dictarse la sentencia de instancia dicha norma no había entrado en vigor. Pues bien, en SSTS 15-09-2011 (Rc 441/2011) cuya doctrina se reitera en **SSTS 11-06-2012 (Rc 2822/2011)**, **19-07-2012 (Rc 3671/2011)** y **24-07-2012 (Rc 1573/2011)**, creando jurisprudencia, se llega a idéntica conclusión -derecho al percibo de pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio sin que se haya previsto pensión compensatoria- si bien respecto de los asuntos en trámite a dicha fecha (01-01-2008) respecto de los que la Sala IV considera que es igualmente de aplicación lo establecido en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre.

Ahora bien, la **STS 13-06-2012 (Rc 3558/2011)**, cuya doctrina se reitera en **STS 27-03-2013 (Rc 2348/2012)** -creando jurisprudencia-, exige, en aquellos supuestos en que se solicita pensión de viudedad al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (que reconoce el derecho a las parejas de hecho cuando el fallecimiento del causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, es decir, el 01-01-2008), que la solicitud se haya realizado no habiendo transcurrido los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de la misma, ya que sólo así se podrán retrotraer sus efectos al 01-01-2008.

Además, en supuestos en que el hecho causante de la prestación de viudedad se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (01-01-2008), respecto de los que su DA 3ª obliga al cumplimiento de una serie de exigencias entre otras *“convivencia ininterrumpida como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso párrafo cuarto del art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social”*, debe reconocerse la pensión de viudedad cuando no se cumplen con los requisitos formales de inscripción en el registro de parejas de hecho o acreditación de su existencia mediante documento público, ya que no se puede exigir el cumplimiento de unos requisitos formales que no podían conocerse hasta que fueron implantados por una ley posterior al hecho causante, ya que así se ha decidido en **STS 06-11-2012 (Rc 920/2012)**.

6.1.2. En supuestos de violencia de género con pensión compensatoria extinguida

Tiene derecho a la pensión de viudedad a quien se separó del causante por razones de violencia de género y a su vez tiene extinguida la pensión compensatoria que inicialmente le fue reconocida. Entiende la Sala IV en **STS 05-02-2013 (Rc 929/2012)**, que el art. 174.2 LGSS (según redacción dada por Disposición Final 3ª, 10, Ley 26/2009, de 23 de diciembre), cuando determina que *“en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio”* no puede llevar a una conclusión denegatoria del derecho a la pensión de viudedad puesto que las víctimas de violencia de género percibieron una pensión compensatoria temporal que no se extinguió como consecuencia del fallecimiento del causante, al contrario, considera que el término *“en todo caso”*

a que refiere el precepto, debe ser interpretado en sentido literal, y de forma que la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre a favor de las víctimas de violencia de género, por lo que el hecho de haber percibido pensión compensatoria de modo temporal o que se haya extinguido antes del fallecimiento del causante, no impide su percepción.

6.2. Determinación de la base reguladora cuando no existía obligación de cotizar

Como consecuencia del reconocimiento de la pensión de viudedad si bien sin determinación de cuantía alguna por cuanto el causante estaba percibiendo subsidio por desempleo para mayores de 52 años sin cotizaciones durante los últimos 15 años, se plantea como cuestión ante la Sala IV si tiene derecho a la pensión de viudedad en cuantía fija y cómo se determina la base reguladora. En una primera **STS 21-03-2012 (Rc 1677/2011)**, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad a la solicitante, calculando la base reguladora teniendo en cuenta las bases de cotización de los dos años inmediatamente anteriores a la fecha en que se extinguió la obligación de cotizar con las correspondientes actualizaciones, es decir, inmediatamente anteriores al momento en que el fallecido comenzó a percibir subsidio por desempleo para mayores de 52 años, aplicando de forma analógica lo establecido en Anexo VI.D.4 Reglamento 1408/1971, de 14 de junio y 7.2 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por cuanto se cumplen todas las exigencias previstas en el art. 4.1 CC: 1.-Existe una laguna jurídica pues el supuesto de falta de cotización por muerte y supervivencia en los 15 años anteriores al hecho causante, no está regulado en la LGSS ni en sus disposiciones de desarrollo; 2.-Para aplicar analógicamente una norma no se exige identidad sino semejanza entre los supuestos cuya aplicación analógica se propone, existiendo semejanza entre el supuesto examinado y los regulados en el Anexo VI.D.4 Reglamento 1408/1971 y 7.2 Decreto 1646/1972, pues en todos ellos el solicitante de la prestación cumple con los requisitos de acceso a la misma y no hay bases computables para su cálculo, y 3.-Existe identidad de razón, consistente en solucionar un problema derivado de la falta de cotización en el periodo de cómputo cuando no se puede acudir a la integración de lagunas prevista en el art. 140.4 y 162.1.2 LGSS.

A ello se añade por la **STS 13-12-2012 (Rc 3640/2011)**, que reconocer el derecho a una prestación sin establecer su contenido económico es un contrasentido, sin que exista el derecho a una prestación económica de contenido cero, debiendo establecerse siempre el contenido patrimonial de un derecho económico reconocido, y en supuestos como el analizado, en el que no existió obligación de cotizar, debe realizarse el cálculo de la base reguladora no aplicando la técnica del paréntesis propiamente dicha, sino sobre un periodo de cómputo diferido como consecuencia de la extinción de la obligación de cotizar.

Además, la **STS 13-12-2012 (Rc 3640/2011)**, reitera y matiza lo ya fallado en la **STS 21-03-2012 (Rc 1677/2011)**, apartándose sin embargo de lo establecido en la **STS 16-05-2012 (Rc 1904/2011)**, en la que se consideró correcta la aplicación de la base cero y que según manifiesta expresamente, no

constituye más que una “*divergencia interpretativa aislada*”. En dicha sentencia **-STS 16-05-2012 (Rc 1904/2011)**, y ante idéntica cuestión relativa a cómo debía calcularse la pensión de viudedad cuando el causante no acreditó cotizaciones en los últimos 15 años anteriores al hecho causante (por invalidez no contributiva o desempleo subsidiado), se advirtió que existían dos opciones posibles: 1) Que la base reguladora fuera la que resultara de elegir los 24 meses ininterrumpidos más favorables dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión (en aplicación de lo dispuesto en el art. 7.2 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio en redacción dada por RD 1795/2003, de 26 de diciembre), aunque el resultado de dicha operación fuera cero por no acreditarse ninguna cotización en dichos 15 años, en cuyo caso se deberían aplicar los complementos por mínimos que correspondieran, que es la opción por la que se decanta la **STS 16-05-2012 (Rc 1904/2011)** y que rechazan las **SSTS 13-12-2012 (Rc 3640/2011)** y **21-03-2012 (Rc 1677/2011)**, o 2) Aplicando la teoría del paréntesis y calculando la base reguladora tomando las 24 cotizaciones inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar con su correspondiente actualización (es decir, aplicando un paréntesis respecto del periodo en que no existió obligación de cotizar), que igualmente se rechaza por la **STS 13-12-2012 (Rc 3640/2011)**, al entender que no se está calculando la base reguladora aplicando la teoría del paréntesis -a la que refiere la **STS 16-05-2012 (Rc 1904/2011)** con cita de las SSTS (Pleno) 01-10-2002 (Rc 3666/2001) 16-09-2004 (Rc 2465/2003) y 20-03-2007 (Rc 5522/2005), en las que se concretó que la doctrina del paréntesis a efectos de determinación de la base reguladora queda referida exclusivamente a la situación de invalidez provisional y sus prórrogas- sino que el cálculo se realiza en atención a un periodo de cómputo diferido en función de la extinción de la obligación de cotizar.

7. Desempleo

7.1. Reconocimiento del derecho

7.1.1. Familiares del empresario

Siguiendo lo establecido en SSTS 05-11-2008 (Rc 1433/2007) y 25-11-1997 (Rc 771/1997), en **STS 13-06-2012 (Rc 1628/2011)**, se reitera el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo de un trabajador que era familiar del empresario hasta el 2º grado, convivía con él y estaba a su cargo, que fue despedido por causas objetivas. Insiste la Sala IV en que cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de ser reconocido como trabajador por cuenta ajena, ya que tanto el art. 1.3 e) ET, como el art. 7.2 LGSS, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las prestaciones de servicios entre los parientes que enumera, que en este supuesto se ha desvirtuado al tener el familiar la condición de asalariado.

7.1.2. Presos con responsabilidades familiares

Tiene derecho a percibir el subsidio por desempleo por responsabilidades familiares quien en el momento de la solicitud se encontraba cumpliendo condena en un centro penitenciario. Se argumenta en la **STS 10-**

12-2012 (Rc 4389/2011), que si el ingreso en prisión del beneficiario de prestaciones o subsidio por desempleo comporta la suspensión del derecho salvo que tenga responsabilidades familiares (en cuyo caso se mantiene la percepción por razones de protección de las necesidades económicas de la familia a cargo del beneficiario que está en prisión), igual situación de necesidad concurre en la fecha de solicitud de reconocimiento, por lo que no puede denegarse ésta ya que ello supondría que se tendría derecho o no al subsidio en atención al “azar jurídico”, es decir, en atención a la fecha de la sentencia condenatoria o de la efectividad de la condena, que sería la que determinase la existencia o no de medios para atender sus más elementales necesidades.

7.1.3. Trabajadores del buque Pride of Bilbao

Tiene derecho a una prestación por desempleo una trabajadora que prestó servicios en un buque bandera de las Bahamas (Pride of Bilbao), que hacía el trayecto Bilbao-Portsmouth, servicio que dejó de prestarse por lo que solicitó prestación por desempleo, que le fue denegada por no cumplir las exigencias del art. 215.1.1. c) LGSS, pues entendía la entidad gestora (Instituto Social de la Marina), que no podían computarse los periodos de vacaciones y de espera existentes entre los sucesivos contratos de embarque a efectos de acreditación de haber prestado servicios 12 meses durante los últimos 6 años en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo. El art. 215.1.1 c) LGSS, exige para ser perceptor de prestación por desempleo “*Ser trabajador español emigrante que habiendo retornado de países no pertenecientes al espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo*”. En **STS 17-12-2012 (Rc 38/2012)** –que contiene voto particular que suscribe un Magistrado en el que discrepa del fallo- cuya doctrina se reitera en **STS 18-12-2012 (Rc 731/2012)** creando jurisprudencia, y se sigue en **SSTS 21-201-2013 (Rc 735/2012)**, **31-01-2013 (Rc 1277/2012)** y **19-02-2013 (Rc 1269/2012)**, la Sala IV argumenta que la prestación de servicios de los actores constituye una única relación laboral aunque hayan existido entre los diversos contratos de embarque breves espacios de tiempo durante los cuales permanecían en su domicilio en España, ya que los mismos se derivan de las particularidades de este tipo de contratos, por lo que cada finalización de contrato seguido de vacaciones y tiempo de espera hasta un nuevo embarque, no constituye un retorno/nueva salida, sino que constituye un único retorno que se produce cuando cesan en su trabajo como consecuencia del cierre de la línea en la que prestaban servicios embarcados en el buque, cumpliendo por lo tanto las exigencias legales para la prestación por desempleo.

7.1.4. Cuando no se perciben salarios de tramitación

No puede reclamarse, por no haberse percibido indebidamente por el trabajador, la prestación por desempleo que le fue reconocida en periodo coincidente con el de salarios de tramitación (que la empresa fue condenada a abonar por sentencia pero no hizo por insolvencia). En **SSTS 23-01-2013 (Rc**

1446/2012) y **05-02-2013 (Rc 1450/2012)** -que crea jurisprudencia- se resuelve que no puede producirse percepción indebida de prestaciones por desempleo cuando no se ha producido doble abono de dicha prestación y salarios de tramitación a que refiere el art. 209.5 c) LGSS, por lo que no procede reclamar la prestación al trabajador, máxime cuando éste llevó a cabo toda la actividad procesal a su alcance para la ejecución de la sentencia que le había reconocido el derecho a tales salarios, puesto que incluso acudió al FOGASA a reclamarlos cuando la empresa fue declarada insolvente.

7.1.5. Socios minoritarios y administradores únicos no retribuidos

Aplicando lo dispuesto en SSTs 17-05-1999 (Rec. 3046/1998), y 17-02-2009 (Rec. 739/2008), en relación con miembros del Consejo de Administración y Consejeros Delegados que no percibían retribución por la realización de tales funciones, y además desempeñaban trabajos por cuenta ajena en la empresa, y a los que se les reconoció el derecho a la prestación por desempleo teniendo en cuenta el tiempo de prestación de servicios en dichos puestos, en **STS 05-03-2013 (Rc 932/2012)**, se reconoce igualmente el derecho a la prestación por desempleo a quien siendo socio en porcentaje inferior al 33% y además administrador único de la sociedad, no percibía retribución por dicho nombramiento y desempeñaba un trabajo profesional específico y con sustantividad propia, teniendo en cuenta el tiempo que prestó servicios reuniendo ambas condiciones, y ello por iguales fundamentos: prima la existencia de relación laboral sobre las funciones de dirección y gerencia que no tienen entidad suficiente para absorber la actividad laboral del socio-trabajador, y negar el carácter de ajenidad puesto que las actividades desarrolladas no fueron retribuidas.

7.2. Cómputo de cotizaciones que sirvieron para lucrar pensión de incapacidad permanente total

En **STS 11-04-2013 (Rc 1342/2012)**, -que consta con voto particular que suscribe una Magistrado- la Sala IV resuelve que deben tenerse en cuenta las cotizaciones que sirvieron para lucrar pensión de incapacidad permanente total, que se dejó de percibir tras proceso de revisión, pasando a prestar servicios la actora y a solicitar, tras la extinción de la relación laboral, prestación por desempleo que le fue denegada por cuanto no acreditaba 360 días de cotización dentro de los 6 años anteriores. Argumenta la Sala IV que la anterior pensión de incapacidad permanente no incide en el periodo de prestación por desempleo, de forma que teniendo en cuenta dichas cotizaciones y el periodo en que se benefició de la prestación de incapacidad permanente, no puede incidir dicho periodo en el que le correspondería de prestación por desempleo.

7.3. Suspensión/extinción por salida del territorio sin comunicación a la Entidad Gestora

La salida del territorio nacional del perceptor de prestaciones por desempleo por periodo inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora pero existiendo causa para dicha ausencia, no comporta la extinción del derecho a la prestación sino la suspensión del mismo según la **STS 18-10-2012**

(**Rc 4325/2011**), cuya doctrina se reitera, creando jurisprudencia, en **SSTS 23-10-2012 (Rc 3229/2011)**, **24-10-2012 (Rc 4478/2011)** y **30-10-2012 (Rc 4373/2011)**. En la misma se aclara: 1) En relación con el concepto de traslado de residencia al extranjero que como causa de extinción de la prestación se contempla en el art. 213.1 g) LGSS, que si bien no se ha establecido una línea divisoria por el legislador de Seguridad Social entre estancia y residencia, de una interpretación sistemática del art. 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y art. 64.1 c) Reglamento Comunitario 883/2004 que determina que la residencia temporal se distingue de la estancia empezando a partir de los 90 días de permanencia, a ello habrá de estarse –de este modo en realidad se está rectificando las STS 22-11-2011 y 17-01-2012-; 2) En relación con la obligación de comunicación de las ausencias del territorio español, ésta debe realizarse ex ante (para salida programada) o ex post (en caso de circunstancias sobrevenidas), produciéndose una suspensión o pérdida temporal del derecho a la prestación de desempleo correspondiente a los días de estancia en el extranjero no comunicada; 3) En relación a la posibilidad de mantener la prestación por desempleo durante el periodo de 15 días de estancia en el extranjero previsto en el art. 6.3 RD 625/1985, si ésta ha sido puntualmente comunicada a la Administración española, no supone ni suspensión ni extinción de la prestación por desempleo, ya que se trata de un supuesto equiparable a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado que permite la conciliación de la vida personal y profesional del beneficiario de la prestación. En definitiva, entiende la Sala IV que se mantendrá la prestación por desempleo en supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días al año, por una sola vez, y cuando el desplazamiento se haya comunicado en tiempo oportuno, por el contrario, se extinguirá en supuestos de desplazamiento al extranjero por más de 90 días que según la legislación de extranjería supone el paso de la estancia a la residencia temporal, y por último, la prestación se suspenderá en los supuestos previstos en el art. 6.3 RD 625/1985 o cuando se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a 90 días sin comunicación a la entidad gestora pero con causa.

7.4. Subsidio para mayores de 52 años

7.4.1. Reconocimiento del derecho cuando se ha cotizado en Francia

Aplicando analógicamente la doctrina de la STS (Pleno), de 17-07-2007 (Rec. 3650/2005), en STS 16-09-2011 (Rec. 58/2011), se reconoció el derecho de la trabajadora al subsidio para mayores de 52 años solicitado por quien había cotizado en Francia, país que le reconoció una “mejora de hijos a justificar” por ser madre de familia, percibiendo en España subsidio para emigrantes retornados, cotizando posteriormente durante un corto espacio de tiempo -2 meses- en el Régimen General de la Seguridad Social español, y ello por cuanto entiende la Sala, en contra de la argumentación del INSS que sostenía que no reunía el periodo genérico ni específico para acceder a pensión contributiva de jubilación ni tener 6 años cotizados a desempleo a lo largo de su vida laboral, que dicha cotización ficticia y no real en Francia tiene que ser tenida en cuenta por cuanto en dicho país se reconoce con efecto de mejorar o posibilitar la pensión de jubilación. Pues bien, siguiendo lo dispuesto en dicha sentencia, en la **STS 20-06-2012 (Rc 1209/2011)**, la Sala reconoce el

derecho igualmente al subsidio por desempleo, a quien había cotizado en Francia, país en el que además se le reconocieron 16 trimestres como asimilados por cuidado de hijos.

7.4.2. Determinación de la carencia de rentas

Sobre si cabe detraer a efectos de determinar el umbral de ingresos para la percepción de un subsidio por desempleo para mayores de 52 años las cuotas satisfechas para la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social, la Sala IV se ha pronunciado en **STS 26-03-2013 (Rc 922/2012)** en el sentido de considerar la interpretación que hay que dar al art. 152.2 LGSS, es que es preciso que el importe de las cuotas para suscribir el convenio especial hayan sido previamente recibidas por el trabajador con el propósito de un posterior ingreso en el marco del convenio especial para que puedan ser consideradas rentas a computar a efectos de determinar el umbral del 75% del salario mínimo interprofesional, y como en el supuesto examinado así ocurrió, el trabajador no tiene derecho a la prestación solicitada.

7.5. Nivel no contributivo: determinación de la carencia de rentas

Siguiendo lo dispuesto en laS SSTS (Sala General) 19-05-2004 (Rc 1176/2003), y 26-04-2007 (Rc 5148/2005), en **STS 26-04-2013 (Rc 1651/2012)**, se reitera que a efectos de determinar el límite de acumulación de recursos de una unidad económica familiar –en el supuesto examinado compuesto por la actora y su cónyuge casados en régimen de gananciales, la madre de la actora y dos hijos-, a efectos de la percepción de una prestación no contributiva, no puede computarse los ingresos –derivados en el supuesto enjuiciado de rendimientos de capital mobiliario-, por mitad para cada uno de los cónyuges (regla de ganancialidad que aplica el 50% de los ingresos a cada cónyuge), puesto que existen hijos en común, debiéndose dividir los ingresos del grupo familiar concurrente en la unidad de convivencia por el número de sus miembros y detraer del cómputo los recursos asignados al miembro o miembros.

8. Prestación de riesgo durante la lactancia

En **STS 01-10-2012 (Rc 2373/2011)**, se deniega la prestación de riesgo durante la lactancia a ATS-DUE del Servicio Murciano de Salud, por cuanto siguiendo con la jurisprudencia en relación con el reconocimiento del derecho a dicha prestación, no se han valorado ni acreditado los riesgos vinculados a la lactancia, sino sólo los genéricos que afectan a todo el personal sanitario, ni se ha acreditado la imposibilidad de adaptación de las condiciones en que se realizaba el trabajo.

9. Prestaciones a favor de familiares

En atención a lo expuesto en la STS (Sala General) 28-10-2009 (Rc 3354/2008) -que modificó la anterior doctrina en relación a que tienen que tenerse en cuenta los ingresos netos y no brutos a efectos de determinar la carencia de rentas para el percibo de subsidio por desempleo-, en **STS 18-12-**

2012 (Rc 4547/2010), se reconoce el derecho a la prestación a favor de familiares a quien se le denegó por falta de dedicación prolongada al cuidado del causante –que la Sala rechazó al constar probado que el solicitante convivía con quien no podía valerse por sí mismo- y por no carecer de medios propios de vida puesto que existían ingresos provenientes de actividades agrícolas y forestales y capital mobiliario. Entiende la Sala IV que puesto que el fundamento de la prestación es asistencial, el requisito de “carencia de rentas” tiene que entenderse como una “situación de necesidad” y no como una “situación de pobreza”, por lo que se tendrán en cuenta los ingresos netos y no brutos –correspondiendo al solicitante probar dicha situación-, entendiendo por tales no el resultante de aplicar la normativa fiscal, sino el que se derive de deducir los gastos necesarios para la obtención del beneficio del importe de éste.

10. Accidente de trabajo

En **STS 04-10-2012 (Rec. 3402/2011)**, la Sala IV resuelve que debe considerarse accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por un trabajador –a resultas del cual falleció- mientras se encontraba en el vestuario para ponerse la ropa de trabajo y los equipos de protección individual, en un particular supuesto en el que el trabajador había acudido al trabajo en el autobús de ruta de la propia empresa, ya había fichado antes de producirse el infarto, requiriéndose cierto tiempo -que no se consideraba de descanso- para poder fichar, cambiarse de ropa, recorrer el trayecto hasta su puesto de trabajo e incorporarse al mismo puntualmente, ya que estaba previsto un plus de puntualidad que no se percibía cuando se entraba al trabajo después de la hora señalada, matizando de este modo la doctrina de la Sala IV en relación a los infartos de miocardio sufridos por un trabajador en el vestuario antes de comenzar su jornada de trabajo –respecto de los que generalmente se excluye la aplicación de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS-, cuando concurren circunstancias relevantes como las que acontecen en el supuesto enjuiciado.

III. DERECHO PROCESAL LABORAL

1. Competencia del orden jurisdiccional social

1.1. Perito tasador de seguros

Aunque la delimitación entre el trabajo asalariado y el autónomo, en la prestación de servicios de valoración de daños de los peritos tasadores de seguros, no siempre resulta sencilla, la **STS 17-05-2012 (Rc 871/2011)** -rememorando lo ya dicho por la Sala en TS 10-7-10 (Rc 4121/99)-, aclara que si los servicios del perito tasador de seguros se prestan en régimen de dependencia, con independencia del "nomen iuris" por el que hayan optado las partes, la prestación será laboral, y corresponderá al orden social el conocimiento de los pleitos correspondientes, y si, por el contrario, la actividad se realiza en régimen de autonomía, fuera del círculo rector o ámbito de dirección de la compañía aseguradora, se tratará de un contrato de

arrendamiento de servicios, de cuyos litigios conocerá el orden civil de la jurisdicción.

1.2. Cuestiones atinentes a expedientes de regulación de empleo en la LPL

Recordando lo dicho en resoluciones precedentes, la **STS 17-10-2012 (Rc 4216/2011)** enumera los casos en los que la jurisdicción social es competente para conocer de pretensiones relacionadas con decisiones empresariales adoptadas en el marco de un ERE con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas reglas competenciales establecidas en la Ley 36/2011. Como advierte la sentencia -evocando TS 3-2-09, (Rc 101/06, 7-2-11, (Rc 815/10), 7-2-11 (Rc 818/10), 7-2-11 (Rc 840/10), 14-2-11 (Rc 1191/10) y 9-5-11 (Rc 2489/10)-, la distribución de competencias entre los órdenes jurisdiccionales en materia de despidos colectivos se establece en función del contenido del acto administrativo, de manera que cuando lo que se impugna directa o indirectamente es el contenido de la propia autorización en la que se basan los ceses, la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo, mientras que las consecuencias que se derivan de esa autorización y, en concreto, las controversias que puedan surgir en relación con el abono de las indemnizaciones por cese quedan sometidas al orden social - art. 14.2 RD 43/1996-. Orden jurisdiccional al que también compete el conocimiento de aquellos supuestos en los que, por no venir determinada en la resolución administrativa la relación de los trabajadores afectados, se impugna la selección realizada por el empresario como acto posterior y separado de la autorización administrativa habilitante. Esta doctrina sirve a la Sala para declararse competente en el pleito de autos, en el que se debatía sobre la antigüedad que había de reconocerse a determinados trabajadores a efectos de su inclusión en la lista de cesados elaborada por el empresario -doctrina que también se recuerda en **STS 18-02-2013 (Rc 1766/2012)**-.

También se trae a colación esta doctrina en **STS 22-03-2013 (Rc 3537/2010)** para proclamar la competencia del orden social para el conocimiento de la pretensión ejercitada como consecuencia de la no readmisión por la empresa del trabajador tras la nulidad de ERE. Como aclara la sentencia, la decisión contencioso-administrativa declarando la nulidad de la resolución administrativa previa que había habilitado a la empresa para extinguir la relación laboral que le unía a todos sus trabajadores, no solo afectó al trabajador que la recurrió, sino obviamente a todos los trabajadores que estaban incluidos en aquella autorización extintiva, y el hecho de que la sentencia tenga la fuerza expansiva que le atribuye el art. 72.2 LJCA, les legitimaba para pedir el reingreso en la empresa y para demandar por despido al empleador ante la falta de readmisión. No se trata de una pretensión que implique impugnación de la resolución administrativa, sino que se desenvuelve al margen de ella, por lo que se rige por la regla general de atribución de competencias a los tribunales del orden social, en cuanto a pretensión promovida dentro de la rama social del Derecho.

1.3. Prestaciones de servicios TRADE. Consideración de la exigencia legal de formalización del contrato como no determinante de la competencia del orden social

Se pronuncia la **STS 12-06-2012 (Rc 2060/2011)** sobre la relevancia que desde la perspectiva competencial puede tener la ausencia de formalización del contrato de TRADE al que se refiere la normativa reguladora. Pues bien, entiende la Sala que el art. 12.1 LETA se limita a establecer la forma escrita y el registro en una fórmula similar a la del art. 1280 C.C.. De ahí que no pueda considerarse el carácter solemne de la forma. Además, en el preámbulo de la Ley se advierte que con ella se persigue "dar cobertura legal" -es decir, una protección mínima de los derechos sociales- al trabajador autónomo dependiente, finalidad que se frustraría si con la mera omisión de la firma de un contrato escrito se pudieran eludir las garantías que la ley establece. Así las cosas, la falta de formalización por escrito del contrato correspondiente no obstará la competencia del orden social para conocer de las demandas relativas a trabajadores autónomos económicamente dependientes. Al contrario de lo que sucede con la exigencia de comunicación que establece el art. 12.2 LETA, cuya ausencia sí imposibilita la entrada de la jurisdicción social.

1.4. Conflictos surgidos a raíz de un concurso externo para la provisión de plazas en entidades de Derecho público sometidas en su actuación al Derecho privado

La **STS 11-07-2012 (Rc 3128/2011)** recuerda doctrina previa sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de los conflictos surgidos a raíz de los concursos externos para la provisión de plazas en entidades de Derecho público sometidas en su actuación al Derecho privado (en este caso, Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, en adelante FGV). Como advierte la sentencia -recordando lo dicho en la juicio de contraste: TS 29-9-06 (Rc 1779/05-, con carácter general la regulación administrativa prevalece, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección, lo que determina la incompetencia de la jurisdicción social. No obstante, esta regla general se excepciona para las empresas "con participación mayoritaria del capital público y las entidades de derecho público que por Ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado". Grupo al que pertenecen las "sociedades estatales", y las "entidades públicas empresariales", que se rigen, de acuerdo con el art. 53 Ley 6/1997, en su apartado dos, "por el Derecho Privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria". En la medida en que Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana (FGV) es una entidad de Derecho público, que por ley ha de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, entiende la Sala que los actos de desarrollo del proceso de selección que se impugnan son actos realizados como empresa empleadora, y por ello sujetos al Derecho laboral, lo que coloca la cuestión en el orden jurisdiccional social ex art. 9.5 LOPJ -también aplica

esta doctrina la **STS 05-11-2012 (Rc 93/2011)**, respecto de las ayudas a la formación fuera de la red propia y ayudas para cursar estudios de enseñanza en régimen especial y para la matriculación en centros públicos de enseñanza no universitaria y universitaria, de los profesores de religión de la Comunidad de Madrid, que igualmente mantiene que en la medida en que la Administración Pública actúa en este caso como empleadora y se trata de una controversia entre empresa y trabajadores es competente el orden social--.

1.5. Reclamación de mayor base reguladora previo encuadramiento por actuación de la Inspección de Trabajo

Como se sabe, los actos y resoluciones dictados en materia de gestión recaudatoria quedan fuera del radio de acción del orden social, lo que excluye no sólo las controversias sobre recaudación en sentido estricto, sino todas aquellas que tengan por objeto la declaración de la existencia de la obligación de cotizar o la determinación del importe y alcance de las cotizaciones -SSTS 29-04-2002 (Rc 1184/2001), 18-10-2004 (Rc 269/2003, 09-12-2010 Rc 201/2009)-. No obstante, como aclara la **STS 10-07-2012 (Rc 2828/2011)**, esta exclusión no alcanza al caso de autos, en el que se trataba de un pleito por prestaciones de Seguridad Social en el que resultaba preciso determinar si la empresa había cotizado adecuadamente por el trabajador en atención a las circunstancias concurrentes en la prestación de sus servicios, lo que requería valoración de la prueba practicada, siendo por ello competente el orden social de la jurisdicción. No en vano, la determinación de la concurrencia de los requisitos de acceso a las prestaciones de Seguridad Social es una cuestión de la competencia directa y exclusiva del orden jurisdiccional social, competencia que alcanza a cuantas cuestiones se puedan plantear y tengan incidencia directa sobre el derecho a prestaciones, condición predicable de la pretensión de variar la base reguladora [TS 10-7-01 (Rc 1801/00)].

2. Cuestiones comunes al proceso

2.1. Acción de cesión ilegal contra la supuesta cedente y cesionaria en fecha posterior a la extinción de la contrata

La **STS 29-10-2012 (Rc 4005/2011)** recuerda lo dicho en STS 07-05-2010 (Rc 3347/2009) a propósito de en qué fecha deben subsistir los servicios para la supuesta empresa cesionaria respecto de la incoación de actuaciones encaminadas a la declaración en la vía judicial de cesión ilegal. Como ya había dicho la Sala, ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el art. 43.2 ET, la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues es en ese momento cuando se producen los efectos de la litispendencia. De modo que fijados los términos de la litis en el momento de la demanda, ha de analizarse si en ese instante concurren los elementos de hecho que conducirían a la declaración de la existencia de tal cesión ilegal, de la que habrá de desprenderse también la pretensión de fijeza -doctrina que también formula la **STS 11-12-2012 (Rc 271/2012)**-.

2.2. Nulidad de actuaciones por falta de incorporación al acta del juicio oral firmada por las partes que sustituye al DVD defectuoso. No procede por no acreditarse indefensión

El art. 89 LPL regulaba el modo de documentar las sesiones del juicio oral, regulación que, como se advierte en **STS 31-10-2012 (Rc 3760/2011)**, supone que de manera escalonada es norma esencial del procedimiento, en primer lugar, el registro en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y sonido y de no existir posibilidad de lo anterior, el Acta por escrito levantada por el Secretario. Dicha sentencia se opone a la anulación de actuaciones del acto del juicio pretendida por ambas partes en casación unificadora, en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, por falta de incorporación a las actuaciones del acta levantada por el Secretario siendo inaudible el DVD utilizado para la grabación. Como bien advierte la Sala, la nulidad de actuaciones requiere un quebranto de las normas esenciales del procedimiento –que según parece deducirse de la sentencia, supondría la ausencia de alguna de las exigencias antes indicadas, a saber: grabación y subsidiariamente acta escrita levantada por el secretario; pero no la simple falta de incorporación a los autos del acta- y la acreditación de que se ha producido la indefensión alegada. Y en este caso la indefensión no ha quedado acreditada, pues fue, precisamente, una las partes recurrentes la que se opuso a la iniciativa del Juzgado de acometer el incidente de nulidad de actuaciones, procediéndose por acuerdo de todas las partes a levantar el acta escrita por el Secretario, firmándola los asistentes al acto. Y, además, no se acredita un perjuicio real como consecuencia de tal ausencia, pues la misma no ha afectado al desarrollo de la prueba o al planteamiento de la misma en la restringida fase de suplicación.

2.3. Incongruencia omisiva en materia de prestaciones de incapacidad permanente

La **STS 23-4-2013 (Rc 729/2012)** recuerda doctrina previa de la Sala sobre la apreciación de incongruencia omisiva cuando la sentencia no resuelve sobre la pretensión subsidiaria. En este caso, se cuestionaba en suplicación la declaración de un concreto grado de incapacidad permanente concedido en instancia, y la Sala desestima íntegramente la demanda entendiendo que no existe incapacidad permanente en el grado superior ya reconocido sin resolverse sobre el grado de incapacidad inferior solicitado subsidiariamente. Como bien advierte la sentencia, este tipo de incongruencia genera una cercenación del derecho a la tutela judicial efectiva por indefensión -ya se había mantenido así en SSTS 23-07-2001 (Rc 4554/2000), 29-04-2005 (Rc 3177/2004), 30-6-2008 (Rc 158/2007), 27-9-2008 (Rc 37/2006), 03-12-2009 (Rc 30/2009) y 16-12-2009 (Rc 72/2009)-, por la indefensión que causa, a excepción de los casos en los que sea posible interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental señalado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes

que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales (TC 124/00, 16-5, 186/02, 14-10 y 6/03, 20-1).

2.4. Honorarios de Letrado. No inclusión en la indemnización por daños

Se pronuncia la **STS 11-5-2012 (Rc 1554/2011)** sobre sí en la indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales deben o no incluirse los honorarios del letrado que intervino en el proceso en defensa de la parte que sufrió la declarada vulneración del derecho. La Sala da respuesta negativa a la pretensión, previo análisis de la normativa procesal civil y de la relativa a la asistencia jurídica gratuita, que no contienen norma especial alguna sobre la cuestión suscitada. Para concluir que en el proceso social, la regulación de las costas y honorarios difiere de la civil, excepto en el proceso de ejecución (en el que se alude expresamente a la posibilidad de incluir los honorarios o derechos de abogados, procuradores y graduados sociales colegiados, en la tasación de costas: arts. 267.3 LPL y 269.3 LRJS). Así en la fase declarativa y en la de recursos –teniendo en cuenta que la LRJS mantiene idénticos criterios y principios sobre costas y honorarios que los que se contenían en la LPL--, los honorarios de abogados y graduados sociales se imponen judicialmente por temeridad, mala fe, incumplimiento de determinadas obligaciones procesales o preprocesales o por el principio de vencimiento, y tienen un importe tasado. Y como para la determinación de la parte procesal que deba hacerse cargo de los honorarios profesionales debe estarse a las específicas reglas procesales sociales que están configuradas de una manera singular y con principios propios, procede desestimar la pretensión de calificar de «indemnización» el importe de los honorarios satisfechos al Abogado por procedimiento en tutela de derechos fundamentales.

2.5. Multa de temeridad

La **STS 10-12-2012 (Rc 70/2012)**, impone a la empresa recurrente multa de temeridad al entender que la rotundidad del precepto aplicable y las argumentaciones complementarias hechas evidencian tanto un propósito dilatorio en el recurso cuanto una temeridad en su planteamiento. Nótese que al recurso se aplica la anterior LPL, no siendo posible conforme a la nueva LRJS su imposición sin audiencia a las partes en fase de recurso.

2.6. Intereses moratorios

La **STS 23-01-2013 (Rc 1119/2012)** recuerda lo dicho por la Sala en STS 30-1-2008 (Rc 414/2007) y 10-11-2010 (Rc 3693/2009), rectificando doctrina previa, en el sentido de que con carácter general las deudas a favor del trabajador generan intereses a favor de estos desde la interpelación judicial, pues para la debida protección del acreedor es preciso reconocerle no sólo lo que se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar la suma con los intereses correspondientes, ya que no sería lógico que siendo la cantidad dineraria en cuestión susceptible de producir frutos, éstos beneficien a quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño -el acreedor-. Regla general que recibe particular refuerzo en

el ámbito laboral por el juego de los principios sociales que inspiran esta rama del ordenamiento, imponiéndose una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil. Singularidades de esta rama del Derecho que justifican sin duda que la interpretación de los arts. 1.100 y 1.108 CC atienda –incluso– a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser –supuestos exorbitantes aparte– la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial o extrajudicial [TS 30-1-08 (Rc 414/07) y 8-6-09 (Rc 2873/08)].

3. Procesos especiales

3.1 Proceso de despido. Efectos no anulatorios de la inobservancia de la regla de inversión del orden de intervención en el juicio. . Despido y declaración de cesión ilegal. Insuficiente cumplimiento del contenido del relato de hechos ex LPL art. 107. Supuestos en los que procede la nulidad de la sentencia. Alcance del proceso de despido

Como se sabe, la Ley prevé una regla de inversión del orden de intervención de las partes en el juicio de despido, regla cuya inobservancia por el juez, según declara la **STS 24-09-2012 (Rc 2328/2011)**, no constituye una infracción del orden público procesal cuyo efecto deba ser la declaración de nulidad de actuaciones. No puede perderse de vista, a tal efecto, que el hecho de que sea el empresario demandado el primero en exponer sus posiciones, no constituye una inversión de la carga de la prueba, ni le exonera de la carga de probar la veracidad de los hechos que imputa al trabajador en el caso del despido disciplinario, o de las causas que alega en el caso de la extinción objetiva del contrato, pudiendo limitarse el trabajador a afirmar o negar los hechos contenidos en la comunicación empresarial (TC 130/1998). Precisamente por ello, el que no se invierta el orden de las intervenciones no siempre impide la adecuada defensa de las partes. Con esta inversión se pretende contribuir a que el trabajador pueda articular mejor su derecho a la defensa, pero su inobservancia no la impide necesariamente. Así las cosas, el incumplimiento de la señalada regla únicamente derivará en nulidad de actuaciones cuando se acredite que con ello se ha producido indefensión a la parte que la invoca.

La **STS 19-10-2012 (Rc 4409/2011)** se pronuncia sobre qué contenido debe tener la sentencia de suplicación cuando declara la inexistencia del despido, pero hay un pronunciamiento en la instancia sobre la existencia de cesión ilegal. En particular, se trataba de un proceso por despido en el que la demandante solicitaba un pronunciamiento sobre la existencia de despido tácito nulo, planteándose como cuestión conexa la existencia de una cesión ilegal, punto litigioso este último que sólo devendría relevante para el contenido del fallo de estimarse la existencia de despido. Aunque la sentencia admite –en aplicación de doctrina previa: STS 08-07-2003 (Rc 2885/2002), 12-02-2008 (Rc 61/2007) y 14-10-2009 (Rc 217/2009) que puede en el proceso de despido plantearse cuestiones relativas a la posible existencia de cesión ilegal, mereciendo éstas la consideración de cuestiones previas o prejudiciales internas, destaca que la única acción ejercitada es la del despido. Por lo que si

no se declara la existencia del despido no puede efectuarse un pronunciamiento sobre la cesión ilegal, porque esta acción no se ha ejercitado acumulada a la del despido. En la medida en que lo relativo a la cesión ilegal es la resolución de una cuestión previa o prejudicial interna, sólo adquiere relevancia para el contenido del pronunciamiento condenatorio inherente a la declaración de la improcedencia o nulidad del despido, sin que tenga sentido su mantenimiento -cuando a ello se alude en instancia- cuando el fallo de suplicación descarta la existencia del despido pretendido por la parte.

Cabe preguntarse qué ocurre cuando la sentencia de despido no contiene en el relato fáctico los hechos que exige el art. 107 LPL -fecha de despido; salario del trabajador; lugar de trabajo; categoría profesional; antigüedad, concretando los períodos en que sean prestados los servicios; características particulares, si las hubiere, y el trabajo que realizaba el demandante antes de producirse el despido; y si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical--. La duda es despejada por la **STS 18-9-2012 (Rc 4184/2011)**, respecto de un supuesto en el que se omitían los datos relativos al lugar de trabajo, las características particulares y el trabajo que realizaba el demandante antes del despido. La Sala recuerda que la exigencia legal se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que, también, el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico -TS 11-12-97 (Rc 1442/97)--. De este modo, sólo procederá la nulidad cuando se omitan datos esenciales, que puedan considerarse necesarios para fundamentar la sentencia de suplicación o casación, o cuando la sentencia contiene declaraciones fácticas oscuras, incompletas o contradictorias --TS 10-7-00 (Rc 4315/99)--. Lo que no acontecía en el caso de autos, en el que sí aparecían los elementos esenciales para poder resolver con el debido conocimiento la cuestión controvertida.

La **STS 16-07-2012 (Rc 2005/2011)** resuelve un particular supuesto en el que se discute si la acción a ejercitar es la de despido. En concreto, el trabajador había prestado servicios para Air Europa Líneas Aéreas como comandante piloto hasta su declaración de incapacidad permanente total, habiendo recibido, en aplicación del art. 30 del Convenio, destinos en tierra. Tras el transcurso de los cinco años a que se refería el convenio el actor solicitó continuar prestando servicios como inspector de vuelo o en cualquier otra función de las recogidas en el convenio. La empresa le requirió para que presentase su dimisión en atención a lo previsto en el convenio colectivo, procediéndose en otro caso al cese definitivo en la empresa. La Sala -tras aclarar que la falta de acción no tiene un estatuto procesal definido, por lo que su uso, en general bastante impreciso, recoge en algunos casos apreciaciones de falta de jurisdicción, normalmente por falta de un conflicto real y actual, mientras que en otras se asocia con situaciones de falta de legitimación activa o, como en este caso, con declaraciones de inadecuación de procedimiento-, concluye que, efectivamente, la acción a ejercitar en este caso era la de despido, por ser doctrina de la Sala que la expresión despido, a estos efectos, comprende por lo general cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun cuando estuviera fundado en causa ajena a su

incumplimiento contractual –se cita el Convenio 58 de la OIT y la Directiva 75/129, reformada por la 92/56--.

3.2. Impugnación de convenio: Interrupción de la prescripción en la reclamación individual

Como se sabe, la tramitación de un proceso de conflicto colectivo interrumpe la prescripción en las reclamaciones individuales. Pues bien, la **STS 20-6-2012 (Rc 96/2011)** extiende este efecto también a los procesos de impugnación de convenio. Como se advierte en la sentencia, tanto el proceso de conflicto colectivo como el de impugnación de convenio son procedimientos colectivos en los que la legitimación procesal corresponde sólo a sujetos colectivos, por lo que las acciones por ellos ejercitadas tienen efectos procesales y sustantivos superiores a los que les da su propia representatividad a la hora de valorar posibles identidades a las que se refiere el art. 1973 CC. Además, el proceso de impugnación de convenio va dirigido a la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma colectiva, con lo que va bastante más allá de lo que con el conflicto colectivo se pretende, por lo que resultaría ilógico negar los efectos de una sentencia que declara la nulidad de un convenio o de una norma de convenio sobre las acciones individuales.

Cuando se ejercita una acción de impugnación de convenio, se puede entender que lo que se está pretendiendo es la aplicación de la norma válida subyacente, de manera que se está efectuando una reclamación de cuya aceptación va a depender el ejercicio de la que realmente se quiere ejercitar, en cuyo sentido es “la misma” a los efectos del art. 1973 CC, y ello tanto cuando es colectiva propiamente dicha como cuando es colectiva por impugnatoria. Especialmente respecto de las normas sobre prescripción de acciones que, por la limitación de derechos que suponen, deben interpretarse siempre de forma restrictiva. Además, la propia economía procesal avala esta conclusión, pues no tendría sentido obligar a los trabajadores singularmente considerados a ejercitar sus acciones individuales cuando el éxito de las mismas depende de lo que acontezca en el proceso colectivo, que, por lo demás, tiene entre sus finalidades, precisamente, evitar la iniciación de procesos individuales con la misma cuestión objeto de debate.

3.3. Proceso de conflicto colectivo. No es adecuado para reclamar la declaración de un puesto de trabajo como penoso, peligroso o tóxico. Alcance del efecto de cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo. Inadecuación de procedimiento en los traslados plurales. Adecuación de procedimiento aunque se trate de un colectivo de dimensiones reducidas

La **STS 11-12-2012 (Rc 2956/2011)** recuerda lo ya dicho en STS 20-01-2004 (Rc 191/2003), para declarar el carácter inapropiado del proceso de conflicto colectivo para reclamar la declaración de un puesto de trabajo como penoso, peligroso o tóxico. Como ya había aclarado la Sala, este tipo de pretensiones no son normalmente propias de este proceso especial, pues el mismo exige que su objeto tenga una configuración general que puede extenderse a todo el grupo de trabajadores afectados; generalidad que no puede apreciarse en una declaración de este tipo, pues la misma «ha de

realizarse no con carácter general, sino de forma individualizada para cada puesto de trabajo, con lo que sería posible, en principio, llegar a conclusiones distintas para los distintos puestos en función de las factores de peligrosidad concurrentes en cada uno de ellos». De ahí que en estos casos no hay propiamente «un elemento común de decisión, sino tantas decisiones como puestos de trabajo para los que se pide singularmente el reconocimiento de la peligrosidad» y «esto excluye de forma patente el elemento de generalidad» propio del conflicto colectivo.

De otra parte, es preciso tener en cuenta que el proceso de conflicto colectivo, cuando afecta a intereses divisibles, es un conflicto sobre la interpretación del alcance de una norma, que se sitúa, por tanto, en la primera premisa del razonamiento jurídico, y en una reclamación como la aquí examinada habría que partir del establecimiento de determinados hechos -si existe o no peligrosidad en los puestos de trabajo relacionados-, lo que exige una prueba y un juicio de hecho para cada uno de los puestos en cuestión, requerimientos incompatibles con este proceso especial, como ya dijera la TS 19-5-97 (Rc 2173/96), en la que se advierte que la indefinición del convenio respecto de lo qué haya de entenderse por trabajo excepcionalmente penoso, tóxico o peligroso, comporta una obligada individualización de las situaciones a las que puedan ser atribuidas o de las que puedan ser predicadas las notas de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad.

Sobre el efecto de cosa juzgada de la sentencia de conflicto colectivo, la **STS 13-07-2012 (Rc 3800/2011)** -tiene voto particular-, se pronuncia respecto del particular supuesto en el que los trabajadores reclaman una indemnización por daños como consecuencia del solapamiento del descanso diario y del semanal acaecido después de la publicación de la sentencia colectiva que reconoció el derecho de los trabajadores a que no se produjese dicho solapamiento y antes de que al empresa y los representantes de los trabajadores acordase una distribución de jornada respetuosa con el derecho reconocido en la sentencia colectiva.

En cuanto al alcance del art. 158.3 LPL, que es lo que aquí interesa, mantiene la Sala que el incumplimiento de la empresa no lo es de la obligación de ejecutar una sentencia colectiva, antes o después de su firmeza, sino de la obligación de conceder a los trabajadores el descanso que les corresponde según las normas laborales. La sentencia colectiva reconoce esta obligación, pero no la crea, por lo que el incumplimiento empresarial se produjo con independencia de la existencia de una sentencia colectiva. Como aclara la sentencia, el precepto señalado no establece que para ejecutar una sentencia colectiva meramente declarativa sea necesario instar un proceso individual, sino que si la empresa no cumple voluntariamente la sentencia colectiva y ésta no es ejecutable el trabajador podrá ejercitar la correspondiente acción de condena, exigiendo el cumplimiento concreto, y en tal caso, la sentencia firme colectiva producirá efectos de cosa juzgada en los procesos individuales en lo que afecta a la declaración contenida en aquella sentencia. Por otra parte, al ejercitar la acción en este proceso el trabajador está siguiendo la vía del art. 158.3 LPL a través del procedimiento ordinario de reclamación de cantidad.

La **STS 28-09-2012 (Rc 171/2011)**, aprecia inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para la impugnación de una decisión colectiva de traslado. Considera la sentencia que no concurre en este caso la presencia de un interés general necesitado de protección que afecte a un grupo genérico de trabajadores, en tanto que resultan afectados determinados trabajadores, en particular, los efectivamente trasladados, cuya identidad se conoce, lo que convierte el conflicto en plural en lugar de en colectivo. Regla de la que solo se excepcionan los traslados colectivos de trabajadores por decisión empresarial ex art. 40.2 ET, que se encauzan por este proceso especial aunque sea conocido el nombre y número de los trabajadores afectados, siendo lo determinante averiguar si efectivamente es colectiva la decisión empresarial -no se puede analizar por cuestiones formales en el caso de autos-.

Por su parte, la **STS 09-10-2012 (Rc 224/2011)** considera ajustado a derecho el encauzamiento por la vía del proceso especial de conflicto colectivo de la reclamación sindical de que se conviertan en indefinidos los contratos temporales de doce trabajadores. La pretensión se ejercita en el marco de una empresa pequeña pero con convenio propio, en el que se prevé tal conversión. Y la Sala entiende que el conflicto afecta a un grupo genérico de trabajadores, aunque de dimensiones reducidas, siendo el interés en el mismo colectivo y afectante a un grupo homogéneo de empleados, sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho pueda después concretarse en derechos esgrimibles por específicos trabajadores individuales.

4. Ejecución de sentencia

4.1. Plazo de prescripción de la reclamación del Estado por el abono de una prestación en ejecución provisional

En un supuesto en el Estado había adelantado en ejecución provisional parte de la prestación de incapacidad permanente parcial reconocida al trabajador, la **STS 17-12-2012 (Rc 298/2012)** concreta en qué momento comienza el cómputo del plazo de un año para recuperar dicho adelanto, recordando en primer término que con carácter general la prescripción no puede comenzar a correr hasta que la acción ha nacido, lo que obliga a un estudio caso por caso de cada proceso. En el caso de autos el Estado había intervenido en la ejecución provisional ex arts. 288.3 y 289.2 LPL, siendo cuando la sentencia de instancia que condenaba al INSS adquirió firmeza cuando en ese mismo proceso -no en otro distinto- el Estado pretende el resarcimiento, ya en fase de ejecución ordinaria, no provisional. La Sala considera que debe estarse al art. 241.3 LPL -una vez iniciada la ejecución no opera la prescripción mientras no esté cumplida íntegramente la obligación que se ejecute-, y llega a la convicción de que la prescripción comienza a computar desde que el Estado, que no fue parte en el proceso, tiene conocimiento de la firmeza de la sentencia que obliga al INSS al abono de la totalidad de la prestación reconocida.

4.2. Sentencias declarativas en materia de Seguridad Social

Se refiere la **STS 04-12-2012 (Rc 2366/2011)** a un trabajador despedido en 1995 de una Caja de Ahorros, la cual tenía «el compromiso de completar las pensiones públicas de jubilación de los empleados hasta alcanzar el 100 por 100 de sus retribuciones de activo», y que a tal efecto había creado una Institución de Previsión encargada de gestionar el correspondiente fondo interno. El actor, ante la respuesta negativa de la empresa frente a las reclamaciones de otros trabajadores también cesados, presenta demanda y en 2004 obtiene sentencia –que adquiere firmeza– en la que se reconoce que «cuando se produzcan los hechos causantes de las prestaciones complementarias previas en el convenio colectivo del sector, el demandante o sus beneficiarios tendrán derecho a las mismas en las condiciones previstas por dicha norma». Años más tarde, cuando alcanza la edad de jubilación el actor pretende la ejecución de esa sentencia, que se le deniega por ser declarativa. Por lo que ahora interesa, la sentencia comentada aclara que para saber si una sentencia es declarativa o de condena hay que atender no sólo al fallo de la resolución, sino a lo pretendido por la parte, que era de naturaleza claramente declarativa en este caso al pretenderse «despejar la incertidumbre relativa a si el actor tenía o no derecho a la prestación complementaria cuando se produjeran los hechos causantes [prestación de jubilación de la Seguridad Social al cumplir los 65 años de edad] en las condiciones previstas por dicha norma, eliminando la duda introducida por la entidad empresarial al negar el derecho a aquellos trabajadores». Ratifica con ello la Sala la doctrina de que las sentencias declarativas «no pueden ser ejecutadas en cuanto a sus efectos económicos sino a través de una nueva sentencia que condene al cumplimiento de lo declarado en la primera, ya que ésta, por su propia naturaleza, se limita a la declaración de la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica controvertida, conteniendo como fin autónomo una declaración de la certeza de la protección de la ley y cuyos efectos quedan reducidos a la certidumbre del derecho declarado» –TS 13-2-92 (Rc 1187/91) y 31-10-00 (Rc 4547/99)--.

4.3. Ejecución de sentencia de despido con acción sobre cesión ilegal

La **STS 03-10-2012 (Rc 4286/2011)** declara ejecutable una sentencia firme condenatoria de la empresa cedente y cesionaria en la que se declaraba, por cesión ilegal, el derecho del actor a integrarse en la plantilla de una u otra, rechazando con ello la tesis empresarial de que en tanto que con anterioridad a que adquiriera firmeza dicha sentencia, el trabajador había sido despedido por la empresa formal alegando fin de obra, debía desestimarse la acción de despido ejercitada contra las dos empresas por apreciación de la caducidad en el ejercicio de la acción de despido. Como advierte la sentencia, en especial en materia de despido no es fácil determinar la preferencia en la ejecución respecto de distintas sentencias firmes recaídas en sucesivos períodos temporales. Pero como el derecho a la tutela judicial efectiva, incluye, según la doctrina constitucional, el derecho a la ejecución de sentencias firmes (TC 22/2009), la inejecutabilidad debe ser algo excepcional (TC 37/2007, 41/1993 y 18/2004 y art. 239.5 LRJS).

Excepcionalidad que no entiende la Sala concurrente en este caso, pues aunque existe una sentencia firme que comporta la declaración de extinción de la relación laboral con carácter previo a que adquiriera firmeza la sentencia cuya ejecución se pretende en el pleito de autos, la referida extinción contractual, derivada de una decisión unilateral del empresario calificable de despido, no se fundamenta en hechos ajenos a los debatidos en el proceso en el que por cesión ilegal se le confería al trabajador demandante la posibilidad de integrarse en la plantilla de la entidad cedente o de la cesionaria, y, además resulta que es el empresario formal el que efectúa el despido y no el empresario real, intentando aquél basarlo en el cumplimiento de la obra objeto de contratación, en la que conforme a la segunda sentencia se produjeron las ilegalidades en la conducta de ambos empresarios. Por todo lo cual, llega la Sala a la conclusión de que aceptar la inejecución dejaría sin contenido la segunda sentencia, posibilitaría supuestos de fraude procesal, y vaciaría de contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva.

4.4. Inembargabilidad de las Embajadas

La **STS 25-06-2012 (Rc 2568/2011)** recuerda, respecto de la inembargabilidad de las cuentas corrientes de las Embajadas, que para que la misma ceda es preciso acreditar de forma inequívoca que el capital contenido en las cuentas se destina en exclusiva al desenvolvimiento de actividades económicas en el que no está empeñada la potestad soberana. Sin dicha acreditación no es posible la traba, que es lo que acontece en el caso de autos de esta sentencia, pues sólo se probó que además de para atender al funcionamiento de la actividad diplomática, las cantidades depositadas se utilizaban eventualmente para fines comerciales, lo que impide, a entender de la Sala, su calificación como bienes embargables conforme a la interpretación que la práctica internacional contemporánea hace del art. 22.3 de la Convención de Viena.

5. Recurso de suplicación

5.1. Legitimación para recurrir

La Sala IV del TS ya había tenido ocasión de atribuir legitimación para recurrir en suplicación a una empresa que ha sido absuelta de la pretensión contra ella ejercitada, pero que resultaba perjudicada con las conclusiones de la sentencia. Pues bien, esta doctrina se confirma ahora en la **STS 19-07-2012 (Rc 2454/2011)**, en un caso en el que el gravamen resultaba de la afirmación contenida en la sentencia de instancia de que la empresa era sucesora de la anterior y por ello quedaba subrogada en todos los derechos y obligaciones laborales frente al trabajador. Como advierte la Sala, aunque conforme al art. 448.1 LECv el absuelto no tiene en principio razón para recurrir la sentencia correspondiente –TS 26-4-99 (Rc 3313/95, 20-11-01 (Rc 2991/99, 5-7-07 (Rc 104/06--), esta regla general se excepciona cuando la sentencia ocasiona un perjuicio a la parte absuelta, bien porque no se le admitió un medio de oposición o una excepción o porque en la misma se hayan recogido afirmaciones fácticas de las que pueda derivarse un efecto perjudicial directo o reflejo para el absuelto [TS 28-5-92 (Rc 3551/89), 10-5-00 (Rc 2646/99), 22-7-

93 (Rc 1596/92), 10-11-04 (Rc 4531/03), 26-10-06 (Rc 3483/05) y 10-10-11 (Rc 4312/10).

El «gravamen existe respecto de cualquier diferencia perjudicial entre lo pedido por la parte y lo concedido en la resolución judicial, pudiendo ser muy variado y afectar a aspectos accesorios de la pretensión principal...». Gravamen al que alude ahora el art. 17.5 LRJS cuando acepta legitimación para recurrir a las partes «contra resoluciones que les afecten desfavorablemente... por haber visto desestimadas cualesquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores».

5.2. Irrecurribilidad de las sentencias de instancia dictadas en materia de conciliación

La importante **STS 25-03-2013 (Rc 957/2012)** rectifica doctrina contenida en **TS 24-4-12 (Rc 3090/11)**, para concluir que no cabe recurso de suplicación respecto de la pretensión de solicitud de cambio de turno de trabajo, sin reducción de jornada, para el cuidado de un hijo menor -la sentencia tiene voto particular-. La Sala considera que hay que replantearse la cuestión a la luz de la LO 3/07, aplicable al caso, y por el juego de la DA 17ª ET -*“Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”*-. Pues bien, entiende la Sala que como la LO 3/2007 introdujo la señalada disposición, que remitía cualquier discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al procedimiento establecido en el art. 138 bis LPL, hay que colegir superada la doctrina anterior de la Sala, y negar a estos procesos el acceso al recurso -recuérdese que con anterioridad se entendía que había que estar a lo que se pedía en la demanda, y si en ella no se pretendía una reducción de jornada, sino un cambio del turno de trabajo por razones de cuidado de menor, el procedimiento ordinario era el que debía seguirse, teniendo la cuestión acceso a suplicación (TS 24-4-12 Rc 3090/11)-.

Aunque por razones temporales no resultan de aplicación al caso, la sentencia advierte que la descrita es la interpretación por la que también ha optado el legislador, pues la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (art. 10º, nº 78), modificó la rúbrica de la Sección 5ª -que sólo incluye el art. 138 bis-, Capítulo V, Título II, Libro II, de la LPL, para mencionar de modo expreso, no ya los “permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares”, como antes decía, sino los “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente” (también art. 138 bis LPL, en la redacción dada por la Ley 13/2009); y lo mismo ha hecho la LRJS en su art. 139.2º.

También previene la sentencia que la conclusión indicada no queda oscurecida porque la pretensión se fundamentase en el art. 34.8 ET, porque este precepto regula igualmente cuestiones de conciliación, ni por la posible incidencia de la pretensión ejercitada en hipotéticos derechos fundamentales del demandante porque no se optó por el proceso de tutela sino por la modalidad procesal especial, y «no puede sostenerse que el recurso sea una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que lo excluye, precisamente, para lograr así las garantías de una solución rápida y eficaz respecto a las reclamaciones de conciliación, cuando, además, la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado quedaría garantizada, en su caso, a través del recurso de amparo».

5.3. Cuantía determinante del acceso al recurso de suplicación

La importantísima **STS 11-02-2013 (Rc 376/2012)** matiza doctrina previa aclarando que la reclamación de cantidad inferior a 1800 € -3000 en la LRJS- no tiene acceso al recurso de suplicación aunque se fundamente en conflicto colectivo previo sobre el extremo al que la demanda se refiere, si excepcionalmente se acredita que tal reclamación es la única producida.

Con carácter general, la Sala había acudido a la afectación general por notoriedad para conocer de los pleitos en los que la reclamación tenía «como fundamento y precedente inmediato una sentencia dictada en conflicto colectivo» -STS 23-12-1997 (Rc 4148/1996)-, pues «estos pleitos precedentes, unidos al actual pueden acreditar la afectación generalizada del conflicto, en tanto que las reclamaciones tienen su origen en un procedimiento de conflicto colectivo» -STS 23-10-2008 (Rc 3671/2007)-, de forma que «la previa existencia del conflicto colectivo del que traen causa las demandas, acredita por sí misma la concurrencia de un interés general no pacífico... lo cual es conforme... con la finalidad, que trata de conseguir la ley procesal laboral, de evitar que queden fuera del recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, al multiplicarse o extenderse a nuevos supuestos de hecho idéntico y requerir, por tanto, una actividad uniformadora de los órganos jurisdiccionales de rango superior» [TS 17-11-09 (Rc 309/09); 25-11-09 (Rc 267/09); y 10-12-09 (Rc 305/09)].

La sentencia ahora glosada no niega la validez general de esta doctrina, sino que simplemente la matiza en el sentido de que esa presunción de afectación general queda destruida en supuestos en los que las circunstancias concurrentes evidencien que la reclamación carece de esa proyección general notoria que da acceso al recurso, como sucede cuando se trata de una reclamación única.

Igualmente debe llamarse la atención respecto de la **STS 11-02-2013 (Rc 1151/2012)**, que si bien reitera la clásica doctrina de la Sala sobre el acceso a suplicación en materia de prestaciones de Seguridad Social, lo hace aclarando que la misma resulta igualmente aplicable, con las precisiones pertinentes, a los pleitos regidos por la LRJS. Aunque con carácter general la LRJS mantiene, en esencia, las líneas básicas de la regulación precedente en

cuanto a la procedencia del recurso en supuestos de afectación general -art. 191.3.b) LRJS-, y reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social -art. 191.3.c) LRJS-, incorpora algunas singularidades -exclusión del acceso al recurso contra las sentencias recaídas en impugnación de altas médicas; y elevación de la cuantía de acceso a 3.000 €, esencialmente-. Y, sobre todo fija expresamente una regla de determinación de cuantía acorde con la fijada por la jurisprudencia social, corrigiendo con ello la omisión de la LPL en lo relativo a la determinación de la cuantía litigiosa a efectos del recurso de suplicación cuando se trata de prestaciones periódicas.

La nueva regulación dispone, en cuanto afecta a materia de prestaciones de Seguridad Social, que *«En materia de prestaciones de Seguridad Social igualmente valorables económicamente, se estará a la regla del apartado 3 de este mismo artículo, computándose exclusivamente a estos fines las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa»* (art. 192.4 último párrafo) y, en consecuencia, que *«Cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. La misma regla se aplicará a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica»* (art. 192.3 LRJS).

De este modo, para determinar si la sentencia tiene acceso a recurso habrá que precisar con anterioridad si se está ante un supuesto de acceso necesario por tratarse del reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social o si se aplica la regla general de exigencia de 3.000 € como cuantía litigiosa –como en el caso de autos, en el que se discutía sobre la obligación de un jubilado parcial de devolver por percepción indebida 2.007,16 €--.

5.4. Afectación general

La **STS 26-03-2013 (Rc 1358/2012)** da acceso al recurso de suplicación a una reclamación salarial situada por debajo del límite legal pero en la que se suscitaba la cuestión de si para calcular el importe del plus de nocturnidad habían de aplicarse las previsiones del convenio colectivo del sector o un determinado pacto de empresa anterior. Considera la Sala que la temática afecta a numerosos trabajadores de la amplia plantilla de la empresa, dedicada al catering aeroportuario [se trata de una empresa con más de 250 trabajadores y la actividad laboral en horas nocturnas ha de ser habitual en la elaboración de catering para aeronaves], y que la afectación general fue afirmada en juicio por una de las partes y no cuestionada por la otra.

6. Recurso de casación unificadora

6.1. Alcance de la exigencia de contradicción

Resulta de particular interés la **STS 29-04-13 (Rc 2045/2012)** porque en materia de despido aprecia falta de contradicción, pese a tratarse de sentencias relativas a la misma extinción de la contrata, porque las resoluciones sometidas a comparación son opuestas en su declaración fáctica sobre la existencia de «sucesión de plantilla». Como advierte la sentencia, el art. 219 LRJS exige que la discordancia entre las resoluciones comparadas se manifieste en la parte dispositiva, no habiendo lugar a la unificación cuando concurren diferencias entre los supuestos de hecho que puedan justificar los fallos diversos. Y en este caso aunque las dos sentencias contemplaban una misma realidad, la proyección de la misma en el proceso era diferente y «en esa discrepancia entre la verdad material y la procesal debe primar esta última a efectos de la contradicción, ya que no se comparan los hechos en sí mismos, sino los hechos tal como aparecen acreditados en las sentencias, y si éstas deciden sobre apreciaciones fácticas distintas, no habrá contradicción a efectos doctrinales, que es la que interesa en este recurso, aunque puede haberla respecto a la versión de los hechos, que quedan fuera de la finalidad unificadora» (TS 10-5-05 (Rc 6082/03, 30-10-07 (Rc 1766/06 y 4-12-12 (Rc 3711/11). Y, tiene dicho la Sala que cuando se trata de determinar cuáles son los hechos a tomar en consideración «... habrá que acudir [...] a los hechos aceptados en las respectivas sentencias de suplicación y no a otra realidad distinta que pueda afirmarse como existente al margen del proceso» (TS 15-10-12 (Rc 603/12).

De otro lado, quizá convenga referirse a la **STS 16-07-2012 (Rc 2005/2011)** que aprecia contradicción entre las resoluciones comparadas, y ello pese a que el recurso se refiere a una cuestión procesal -falta de acción- y la sentencia de contraste se trata de un cese por cumplimiento de la edad de jubilación forzosa en RENFE, mientras que en el caso de la sentencia recurrida el cese se produce en atención a las previsiones del convenio sobre la pérdida de capacidad. Diferencias que pudieran ser relevantes respecto a una decisión de fondo, pero que, a entender de la Sala, no lo son cuando lo que se debate es un problema procesal, en concreto, si han de sustanciarse por la modalidad de despido las impugnaciones de las decisiones extintivas del empresario que no se encuadran ni en los despidos disciplinarios (sección 1ª, Capítulo II, Título II, Libro II de la LPL), ni en los despidos objetivos y colectivos (capítulo IV del mismo Título y Libro).

6.2. Obligatoriedad de la jurisprudencia unificada

Especial consideración merece la **STS 05-07-2012 (Rc 3604/2011)**, que casa y anula una sentencia dictada en suplicación sobre la calificación de los trabajos de colaboración social por apartarse conscientemente de la jurisprudencia ordinaria (también de la jurisprudencia constitucional) sin aportar razones suficientes que pudieran justificar tal conducta. Como deja claro la sentencia, la independencia judicial supone que los jueces y tribunales pueden y deben enjuiciar con arreglo a su propio criterio, aportando su propio punto de vista a la formación de la jurisprudencia cuando ésta no lo ha podido tener en cuenta -STC 91/2012 y 37/2012-. «Pero, una vez que la doctrina jurisprudencial ha sido establecida por el órgano al que el ordenamiento atribuye la función unificadora de la interpretación en los distintos órdenes jurisdiccionales (artículo

123 CE, artículo 1.6 Código Civil, artículos 207 y 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) el apartamiento de la jurisprudencia comporta un deber especial de argumentación razonable y novedosa por parte del órgano judicial que lo lleva a cabo». Sin que la mera reproducción de un voto particular contenido en una sentencia de casación unificadora sirva para cumplir las exigencias de tal deber de argumentación judicial, y ello porque las razones de la opinión jurisdiccional contenidas en el voto particular ya han tenido que ser ponderadas en la sentencia de la mayoría en el momento de la deliberación. Lo mismo puede decirse de la referencia a la doctrina de la propia Sala de suplicación, porque la propia existencia de un recurso de unificación de doctrina significa la atribución a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de competencia funcional para fijar la “unidad de doctrina” (art. 228.2 LRJS), que, en principio, salvo que concurran y se indiquen razones suficientes, debe ser atendida y no “quebrantada” por los tribunales de suplicación.

No obstante, la Sala no anula la sentencia por falta de motivación, pues una cosa es la infracción de jurisprudencia, y otra cosa distinta la inexistencia de motivación jurídica, porque el sometimiento incondicional de los jueces y magistrados “independientes” está limitado en la Constitución “únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1 CE), mientras que la obligada atención a la jurisprudencia, y en particular a la jurisprudencia de unificación de doctrina, no genera un deber incondicional sino un deber de exposición razonada del por qué de la exclusión de la misma en el caso concreto.

6.3. Incorporación de documentos y revisión de hechos probados

Como se sabe, la imposibilidad de revisar hechos probados o modificar la valoración de la prueba en fase de casación unificadora, admite una excepción, pudiendo aportarse al recurso documentos que incorporen hechos desconocidos al debate, a consecuencia de lo cual pueda apreciarse una identidad fáctica sustancial entre las sentencias comparadas (ya se advierta así en TS 5-12-07 (Rc 1928/04). Incorporación a la que se accede en la **STS 21-12-2012 (Rc 1165/2011)**, para unir la sentencia penal firme condenatoria dictada con posterioridad a que recayera sentencia en el recurso de suplicación, dimanante de la demanda por despido en la que se discutía su procedencia, siendo los hechos imputados los mismos que dieron lugar a la sentencia condenatoria penal. La Sala declara nulidad de actuaciones, reponiendo los autos al momento anterior a dictarse sentencia por el juzgador de instancia para que complete el relato fáctico, a la vista del contenido de la sentencia penal. No en vano, la Sala tiene vedada la revisión del relato de hechos probados, por lo que no podría incorporar sin más este nuevo hecho sin con ello cercenar la tutela judicial efectiva y producir indefensión.

6.4. Legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del recurso de casación

La **STS 28-01-2013 (Rc 814/2012)** resuelve el primer recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público al amparo del art. 219.3 LRJS -sobre el importe de la base reguladora de una prestación de incapacidad permanente atendiendo a los días-cuota acreditados-, a la que han seguido los

idénticos **28-01-2013 (Rc 812/2012)**, **28-01-2013 (Rc 815/2012)**, **17-04-2013 (Rc 2357/2012)**, **18-04-2013 (Rc 1340/2012)**. El recurso se formaliza por iniciativa del INSS que alega la inexistencia de otras resoluciones que puedan entrar en contradicción con la recurrida, y la falta de resolución del particular por la Sala IV del Tribunal Supremo -alude a que hasta la fecha y desde el 26-5-11 la Sala de lo Social ha dictado once sentencias desestimatorias sobre debate idéntico al actual, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto al apreciar falta de contradicción-.

La Sala entiende que la justificación indicada basta para atribuir legitimación al Ministerio Fiscal para el planteamiento del recurso -art. 219.3 LRS-, ya que actúa a instancia de una entidad pública que por la competencia que le viene atribuida ostenta interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa, no existe doctrina unificada en la materia, se ha dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, como lo prueba los diferentes recursos inadmitidos por la Sala Cuarta por falta de contradicción y si bien no es una cuestión necesariamente derivada de la aplicación de una nueva norma, la razón esgrimida para estimar la pretensión se pretende conectar a la reforma operada en el art. 140.1 LGSS por la Ley 49/2007, de 4-12, habiéndose interpuesto la demanda el 14-6-2010, por lo que han transcurrido menos de cinco años desde la entrada en vigor de la nueva redacción a la que intenta anudar la pretensión, no existiendo resoluciones suficientes e idóneas sobre la cuestión debatida que cumplan los requisitos del art. 219 apartado 1 LRJS.

Nótese, por lo demás, que la sentencia ordena que el fallo se publique en el BOE, con indicación de que, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes del Tribunal Supremo.

6.5. Cita y fundamentación de la infracción legal

La **STS 22-04-2013 (Rc 1048/2012)** contiene un interesante repaso de lo que debe entenderse por infracción de una norma del ordenamiento jurídico – sea ésta un precepto constitucional, una disposición legal o reglamentaria, un convenio colectivo estatutario– o una doctrina jurisprudencial. Aclarando que no merece tal consideración la alegación relativa a: cláusulas de pactos o acuerdos entre partes [TS 8-5-06 (Rc 179/04) y 16-6-10 (Rc 68/09)]; Acuerdos Marco [TS 10-5-04 (Rc 4686/03); Acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores [TS 5-4-06 (Rc 73/05)]; Acuerdos empresa-sindicatos [STS 10-4-06 (Rc 198/04)]; pactos que no tiene naturaleza de convenio colectivo [STS 19-2-01 (Rc 2964/00)], resoluciones, circulares o instrucciones de un organismo público o entidad privada [aparte de otras anteriores, TS 13-12-01 (Rc 4255/00), 11-6-08 (Rc 17/08) y 30-4-12 (Rc 49/11)]; normas internas de los Sindicatos [TS 25-6-07 (Rc 58/06), 8-2-10 (Rc 107/09), y 16-12-10 (Rc 45/10)]; convenios colectivos extraestatutario, aunque con la posible salvedad de que hubieran sido publicados en un periódico oficial [TS 14-1-08 (Rc 91/06)]; Pactos de Fusión suscritos durante la agrupación de dos entidades bancarias [TS 24-5-10 (Rc 143/09)]; convenios colectivos declarados nulos por sentencia firme [TS 18-10-07 (Rc 110/06)]; la llamada

«normativa laboral» de grandes empresas [TS 7-5-92 (Rc 1755/91), 24-6-92 (Rc 2010/91), y 17-7-93 (Rc 171/92), para Telefónica, y TS 8-5-06 (Rc 179/04), 25-5-10 (Rc 69/09), 16-6-10 (Rc 68/09) y 30-9-10 (Rc 186/09), para «La Caixa»]. En el caso de autos se rechaza la fundamentación de la infracción normativa en el incumplimiento del Manual de Normas de Empresa [Norma 760/16].

Dicha doctrina, como recuerda la sentencia, debe ponerse en relación con el hecho de que el recurso de casación es un recurso extraordinario y como tal la Sala está vinculada por los motivos legales expresados en el mismo y sólo puede conocer de posibles infracciones en la medida en que hayan sido propuestos por la parte recurrente, de forma que –a diferencia de lo que ocurre en la instancia, donde rige el principio «iura novit curia»– no es posible estimar el recurso por infracciones distintas de las invocadas en aquél a través de los correspondientes motivos, y tales infracciones han de determinarse y fundamentarse en el correspondiente escrito de interposición [arts. 477 y 481 LECiv], de forma que la Sala ha de limitarse única y exclusivamente a examinar las vulneraciones normativas que expresamente hayan sido denunciadas por la recurrente [TS 29-4-02 (Rc 1184/01), 25-7-07 (Rc 12/07), y 23-12-08 (Rc 3199/07)].

7. Casación ordinaria: Inaplicabilidad de la reconvencción en el proceso de tutela de derechos fundamentales

Resulta de interés la **STS 05-06-2012 (Rc 62/2010)** -comentada en el apartado correspondiente-, en lo relativo a la aclaración que hace respecto de la imposibilidad de plantear en el acto del juicio reconvencción en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. Como advierte la sentencia, el proceso social se rige por los principios básicos de "inmediación, oralidad, concentración y celeridad" que deben orientar "la interpretación y aplicación de las normas procesales" tanto las relativas al proceso ordinario como las afectantes a las modalidades procesales (arg. ex art. 74 LPL) y en dichas normas se contiene una regulación que cabe configurar como cerrada y detallada de la reconvencción para que, sin merma de los referidos principios, no pueda vulnerarse en ningún caso el derechos de defensa (art. 24 CE). Y como disponía también el entonces vigente arts. 27.4 LPL «... no podrán acumularse a otras en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción, las acciones de despido, ... y las de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales». Hay que entender que resulta inaplicable al proceso social la previsión contenida en el invocado art. 438.1 LEC, por regular las normas procesales sociales la reconvencción de un modo completo y, además, excluyente de la misma, entre otras, en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y ser contraria tal previsión procesal civil a los principios del proceso social. Principios inspiradores de la regla expuesta que se mantiene en la actual regulación contenida en la LRJS.