

## **SALA CUARTA**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Comedores de empresa
2. Contrato de trabajo
  - 2.1. Contrato de trabajo y figuras afines
  - 2.2. Trabajadores autónomos dependientes
3. Contratación temporal
  - 3.1. Contratos para obra o servicio: prevención y extinción de incendios
  - 3.2. Contrato de interinidad
  - 3.3. Regla de conversión de contratos temporales en indefinidos
4. Convenios colectivos y negociación colectiva
  - 4.1. Cláusulas normativas u obligacionales
  - 4.2. Vigencia del convenio. Ultraactividad
  - 4.3. Contenido adicional del derecho a la libertad sindical
  - 4.4. Revocación de representante de los trabajadores
5. Huelga
  - 5.1. Calificación de la huelga
  - 5.2. Desconvocatoria de huelga intermitente: ilegalidad
6. Despidos y extinciones del contrato de trabajo
  - 6.1. Despido disciplinario por uso incorrecto del ordenador
  - 6.2. Despido por faltas muy graves. Prescripción: "dies a quo".
  - 6.3. Despido procedente: crédito horario y prueba de detectives
  - 6.4. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales
  - 6.5. Caducidad de la acción
  - 6.6. Despido objetivo
    - 6.6.1. Retracción empresarial
    - 6.6.2. Puesta a disposición de la indemnización: transferencia bancaria
    - 6.6.3. Contenido del fallo
  - 6.7. Despido y derecho de opción: AENA
  - 6.8. Eficacia del finiquito
  - 6.9. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador
7. Efectos económicos del despido
  - 7.1. Indemnización por despido improcedente
  - 7.2. Depósito de las indemnizaciones del art. 56.1 ET
8. Ejecución de sentencia firme de despido.
  - 8.1. Concreción de la fecha en que alcanza firmeza la sentencia ejecutoriada
  - 8.2. Incidente de no readmisión: prescripción
9. Excedencia y salarios de tramitación
10. Indemnización de daños y perjuicios
  - 10.1. Exclusión de las listas de contratación.
  - 10.2. Daños morales por situación de IT. Indemnización según baremo del automóvil.
11. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
  - 11.1. Cambio de horario por modificación de campaña. Convenio Colectivo de Contact Center.
  - 11.2. Profesores de religión católica: Reducción de jornada y salario.
12. Prescripción de la acción
  - 12.1 Cantidad: reclamación anterior que fue desistida.
13. Relaciones laborales especiales

- 13.1. Alta dirección
- 13.2. Relación laboral de representantes de comercio
- 13.3 Personal al servicio de la Seguridad Social
- 14. Salario y régimen retributivo.
  - 14.1. Complemento de penosidad por ruido.
  - 14.2. Horas extraordinarias: empresas de seguridad privada. Forma de cálculo.
  - 14.3. Reclamación solidaria contra empresa contratista
  - 14.4 Opciones sobre acciones
  - 14.5. Reducción salarial por disposición legal encaminada a contener el déficit público.
  - 14.6. Reposición prestaciones consumidas por desempleo
  - 14.7. Revisión salarial
- 15. Sucesión de empresas.
  - 15.1. Reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento.
- 16. Tiempo de trabajo.
  - 16.1. Permiso por hospitalización.

## II. SEGURIDAD SOCIAL.

- 1. Acción protectora de la seguridad social
- 2. Incapacidad
  - 2.1. Cuestiones generales
  - 2.2. Incapacidad temporal
    - 2.2.1. En el Régimen General de la Seguridad Social
    - 2.2.2. En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
  - 2.3. Lesiones permanentes no invalidantes
  - 2.4.-Incapacidad permanente
    - 2.4.1.-Nivel contributivo
      - 2.4.1.1. Reconocimiento del derecho
      - 2.4.1.2. Incapacidad permanente parcial: no procede su reconocimiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
      - 2.4.1.3. Incapacidad permanente total: determinación de la profesión habitual
    - 2.4.2.-Nivel asistencial
- 3. Jubilación
  - 3.1. Régimen General de la Seguridad Social
    - 3.1.1. Prejubilación
    - 3.1.2. Jubilación parcial
    - 3.1.3. Cálculo de la base reguladora
    - 3.1.4. Integración de lagunas
    - 3.1.5. Complemento a mínimos
  - 3.2. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
    - 3.2.1. Invitación al pago de cuotas adeudadas
    - 3.2.2. Días-cuota
- 4. Prestaciones por muerte y supervivencia

- 4.1. Subsidio por defunción
- 4.2. Viudedad
  - 4.2.1. En supuestos de matrimonio
  - 4.2.2. En supuestos de separación o divorcio: requisito de percepción de pensión compensatoria
  - 4.2.3. En supuestos de parejas de hecho
    - 4.2.3.1. Acreditación de su existencia
    - 4.2.3.2. Falta de impedimento para contraer matrimonio
- 5. Desempleo
  - 5.1. Modalidad de pago único
  - 5.2. Devolución de prestaciones
  - 5.3. Extinción
  - 5.4. Subsidio para mayores de 52 años
- 6. Recargo de prestaciones
- 7. Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI)
  - 7.1. Compatibilidad pensiones
  - 7.2. Cotizaciones ficticias en aplicación de lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

### III. DERECHO PROCESAL LABORAL

- 1. Jurisdicción y competencia por razón de la materia:
  - 1.1. Incompetencia del orden social en lo relativo a adquisición de la condición de TRADE;
  - 1.2. Incompetencia del orden social en relación con decisiones adoptadas por la Administración;
  - 1.3. Incompetencia del orden social respecto de los despidos colectivos –conforme a la LPL-
  - 1.4. Incompetencia del orden social. Cuestiones relativas a la devolución de la cantidad aportada por los socios-trabajadores a las empresas Cooperativas;
  - 1.5. Competencia del orden social en reclamaciones que traen causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional – conforme a la LPL-
  - 1.6. Reducciones salariales de los empleados públicos.
- 2. Actuaciones administrativas previas.
- 3. Cuestiones comunes del proceso:
  - 3.1. Proposición y práctica de prueba;
  - 3.2. Prueba de detectives;
  - 3.3. Vinculación respecto de sentencias previas;
  - 3.4. Reglas para la imposición de la multa de temeridad;
  - 3.5. Caducidad de la acción y ampliación de la demanda.
- 4. Procesos especiales:
  - 4.1. Acumulación de acciones extintivas individuales;
  - 4.2. Imposibilidad de acumular al proceso de conflicto colectivo pretensiones individuales –y alcance del proceso especial-
  - 4.3. Coexistencia procesal de la extinción por voluntad del trabajador y del despido colectivo;
  - 4.4. Cuestiones varias sobre el proceso de despido --carga de la prueba de la existencia del despido, Juzgado competente para la

consignación de la indemnización ex art. 56.2 ET, e imposibilidad de revisar el oficio los efectos de la declaración de nulidad del despido-

- 4.5. Proceso de tutela de la libertad sindical. Legitimación y cuantificación de las indemnizaciones
- 4.6. Legitimación activa en los procesos de Seguridad Social.
5. Incidencia en el orden social de una sentencia firme que anula la sanción impuesta en materia de recargo.
6. Recurso de suplicación:
  - 6.1. Recurribilidad de las sentencias;
  - 6.2. Absolución en suplicación por falta de oposición de la otra parte a la absolución de instancia;
  - 6.3. No consideración como documentos de la prueba de grabación de imagen y sonido.
7. Recurso de casación para unificación de doctrina:
  - 7.1. Alcance de la exigencia de contradicción
  - 7.2. Cita y fundamentación de la infracción legal.
8. Recurso de revisión:
  - 8.1. Maquinación fraudulenta;
  - 8.2. Existencia de sentencia penal.

La presente Crónica de la Jurisprudencia de la Sala IV, correspondiente al año judicial 2011-2012, comprende la actividad jurisdiccional de este periodo, que se ha caracterizado por la resolución de un número importante de sentencias dictadas en casación ordinaria, así como por la resolución de relevantes cuestiones en casación unificadora.<sup>1</sup>

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.

En el concreto terreno del Derecho del Trabajo, y en materia de negociación colectiva y libertad sindical, con independencia de algunos aspectos novedosos, los temas que predominan son los habituales, normalmente vinculados a la interpretación de concretos pactos colectivos respecto a cuestiones diversas, y otros más especiales como el ámbito de aplicación de los convenios, o la sucesión de convenios colectivos, o la vigencia y ultraactividad de los convenios o la distinción ente cláusulas normativas y obligacionales.

Por lo que se refiere al contrato de trabajo, son de destacar las sentencias que abordan las fronteras de la relación laboral, en particular sobre la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), o aquéllas otras que ha afrontado la utilización de nuevas tecnologías para el control del trabajador. Son de destacar también la sentencia que ha perfilado la retractación empresarial en particular en los despidos objetivos, o la sentencia que, abandonando doctrina tradicional de la Sala, ha fijado el derecho a los salarios de tramitación del excedente voluntario despedido, o las que han abordado las fórmulas de cuantificación de las indemnizaciones por daños y perjuicios, o finalmente la numerosas sentencia dictadas en materia de horas extras en el sector de la seguridad privada.

En materia de Seguridad Social, en el presente año judicial, el análisis de cuestiones pertenecientes al ámbito de la Seguridad Social ha tenido un menor protagonismo que en años anteriores. Así, en un amplio número de sentencias se ha reiterado doctrina tradicional sobre aspectos como reintegro

---

<sup>1</sup> La Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por los letrados del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D<sup>a</sup> Dolores Redondo Valdeón, D<sup>a</sup> María Silva Goti, D<sup>a</sup> Paz Menéndez Sebastián, y D<sup>a</sup> Yolanda Cano Galán bajo la coordinación de los Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal, Ilmos. Sres. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva y D. Manuel Fernández-Lomana y García, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

de gastos médicos, determinación de la contingencia en supuestos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, compatibilidad de prestaciones, etc.

Sin embargo, destacan, por numerosas, las sentencias que han tenido que resolver cuestiones relativas a dos grandes bloques de materias: prestaciones por muerte y supervivencia, y en especial derecho a percibir pensión de viudedad al amparo de las exigencias legales incorporadas por la 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales de Estado para el año 2010; y desempleo en su vertiente del subsidio para mayores de 52 años.

Ello sin embargo, no obsta para que la Sala IV haya tenido que pronunciarse sobre otras muchas cuestiones, como el no reconocimiento de quienes han cotizado al RETA en situación de incapacidad permanente parcial, devolución de prestaciones de jubilación parcial cuando no se ha cumplido con las exigencias previstas en la normativa que desde una perspectiva laboral regula el contrato de relevo, o cómo y cuándo debe acudir a la invitación al pago de cuotas en el RETA, y los efectos que esto tiene respecto de las posibles prestaciones a percibir

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 problemática sobre la adquisición de la condición de TRADE, o a la potencial lesión de la libertad sindical con conductas omisivas de la Administración, pasando por la determinación de las competencias que corresponden al orden social conforme a la normativa precedente en materia de despidos colectivos o de reclamaciones que traen causa en una contingencia profesional, o por la competencia para decidir sobre devolución de la cantidad aportada por los socios-trabajadores a las empresas Cooperativas. Igualmente se ha pronunciado la Sala sobre otras cuestiones como el efecto de cosa juzgada o sobre la imposición de multa de temeridad.

De otra parte, se repasa y actualiza doctrina en materias como la acumulación de acciones, y se resuelven cuestiones atinentes al proceso de despido, como la carga de la prueba de su existencia o el Juzgado competente para la consignación de la indemnización ex art. 56.2 ET, o a la legitimación en el proceso de tutela de la libertad sindical (y la cuantificación de la indemnización por daños) y en el de Seguridad Social. También se pronuncia la Sala sobre otras problemáticas de interés, tales como la incidencia en el orden social de sentencia firme del orden contencioso-administrativo anulatoria de la sanción impuesta en materia de recargo, o la posibilidad de admitir la prueba de detectives para controlar el uso que un representante de los trabajadores hace del crédito horario.

Y, por último, se facilitan nuevos y clásicos parámetros para la correcta configuración del recurso de suplicación -resolviendo por ejemplo sobre la consideración de las grabaciones de imagen y sonido como prueba a efectos revisorios-, del recurso de casación unificadora, y del recurso de revisión.

## I. DERECHO DEL TRABAJO.

### 1. Comedores de empresa.

La **STS 26-12-2011 (Rc 1490/11)** declara que existe obligación empresarial de habilitar para los trabajadores *“un local-comedor que les permita efectuar sus comidas a cubierto de los riesgos del tiempo, y provisto de las correspondientes mesas, asientos y agua”*, pues a pesar de la existencia de la interrupción horaria para tal menester, dadas las circunstancias concurrentes, en particular los desplazamientos, implican un tiempo sustancial respecto de las dos horas que los trabajadores disponen para el almuerzo. Con carácter previo se estima que continua vigente la normativa sobre comedores de empresa integrada por el Decreto de 8-junio-1938 y por su norma de desarrollo, la Orden Ministerial de 30-junio-1938. La aplicación de dicha legislación, implica que la empresa no se exonera de su obligación de habilitar un local-comedor por el hecho de que exista una parada o descanso de dos horas si resulta que, a tenor de las circunstancias existentes -aislamiento del centro de trabajo u otras- los trabajadores no pueden emplear sustancialmente tal periodo temporal en la realización de su almuerzo o comida. Y ello porque la finalidad de la normativa citada es que el trabajador disponga de dichas dos horas como mínimo para la comida y que otras actividades necesarias para poder llegar a realizar tal comida no le resten un tiempo relevante con tal fin.

### 2. Contrato de trabajo

#### 2.1. Contrato de trabajo y figuras afines

El trazado de las fronteras entre los distintos regímenes jurídicos aplicables a las diversas formas de prestación de servicios ha afectado, sobre todo, en el período de referencia, al **ámbito administrativo**, a propósito del contrato concertado por el Ministerio de Defensa con unos trabajadores en cuya prestación de servicios concurren las notas definidoras básicas del contrato de trabajo: ajenidad y dependencia, no obstante, calificarse su contrato como “contrato administrativo de consultoría y asistencia”, al amparo del RDL 2/2000, de 16 de junio y, el siguiente, calificado como “de servicios”, al haber desaparecido la figura de consultoría y asistencia en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que sustituyó al mencionado Texto Refundido. Las **SSTS 21-07-2011 (Rc 2883/10)**, **22-12-2011 (Rc 3796/10)**, declaran el carácter laboral de esta relación, abundando en las razones de las limitadas posibilidades que la Administración tiene para contratar en régimen administrativo la prestación personal de servicios, máxime al haber desaparecido la figura del “contrato para la realización de trabajos específicos y concretos y no habituales”, modalidad que planteaba mayores problemas de delimitación respecto del contrato laboral por obra o servicio de duración determinada. En consecuencia, los contratos celebrados fueron desde el principio laborales, al tratarse de profesionales que se insertaron en el ámbito organizativo de la Administración contratante.

Junto con la contratación administrativa, también el contrato de **arrendamiento de servicios** es otra de las figuras contractuales más próximas

al contrato de trabajo en todos los sentidos. La **STS 03-05-2011 (Rc 2228/10)** señala que la diferencia entre ambas figuras contractuales ha de encontrarse en las circunstancias concurrentes en la relación que une a las partes y en el desarrollo y contenido de la misma, con independencia de la denominación que los interesados hubieren dado a su contrato. Y en el caso se rechaza el carácter laboral de la prestación de servicios de una **maquilladora** para Televisión Española S.A., al quebrar el carácter personalísimo de la relación, no disfrutar de vacaciones retribuidas, ni requerir de permisos o licencias por parte de la empresa, ni recibir otra instrucción que la de designar a las personas que habían de ser maquilladas para su intervención en los programas que se transmitirían, viniendo la retribución establecida en función de las sesiones de maquillaje realizadas.

Reitera la **STS 21-06-2011 (Rc 2355/10)** la dificultad que existe a la hora de discernir cuando nos hallamos en presencia de un **contrato de agencia** y cuando ante una relación laboral al tratarse de figuras jurídicas con intensas analogías. En el caso, la actora y la entidad aseguradora pese a suscribir un documento denominado "**contrato de agente afecto**", del contenido de la prestación infiere la sentencia la inexistencia de una actividad de mediación de seguros y sí de una actividad fundamental de cobro que se completa con otras labores secundarias, entre las que ocasionalmente puede darse la suscripción de algún producto en el círculo de los afectados por el cobro y otras personas relacionadas con ellos. Por otro lado, las condiciones en las que se prestó efectivamente el trabajo eran las propias de una actividad por cuenta ajena ex ET art. 1.1, de ahí que concluya declarando el carácter laboral y no mercantil de la relación.

## *2.2. Trabajadores autónomos dependientes*

Numerosas sentencias en el periodo acotado por la presente crónica analizan el régimen jurídico aplicable a los trabajadores autónomos que, no habiendo comunicado su condición de **TRADE** a su cliente principal, y no habiendo formalizado el correspondiente contrato con los mismos, reclaman la aplicación del régimen previsto para esta figura en el LETA. Se trata, en general, de trabajadores, transportistas, que vienen desarrollando su actividad en condiciones similares, coincidentes con las fijadas en la LETA art. 11, si bien, en ninguno de los supuestos se comunicó por parte del actor a la empresa que concurrían las circunstancias para ser **TRADE**. Así, entre otras, en las **SSTS 11-07-2011 (Rc 3956/10)**, **12-07-2011 (Rc 3258/10 y 3706/10)**, **24-11-2011 (Rc 1007/11)**, **17-01-2012 (Rc 400/11)** y **04-04-2012 (Rc 1481/11)** se afirma que en estos casos el vínculo entre el actor y la empresa cliente no puede ser calificado como vínculo propio del trabajo autónomo dependiente, pues la conversión en **TRADE** debe hacerse en la forma y los plazos previstos en las transitorias de la L 20/2007 y el RD 197/2009, siendo el conocimiento por el "cliente" de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente requisito esencial para la existencia del contrato.

## **3. Contratación temporal**

### *3.1. Contratos para obra o servicio: contratación sucesiva para prevención y extinción de incendios*

En el período de referencia, las **SSTS 22-09-2011 (Rc 12/11), 27-09-2011 (Rc 3985/10 y 4095/10), 12-03-2012 (Rc 2152/11) y 24-04-2012 (Rc 2260/2011)** analizan la legalidad de la **contratación temporal** llevada a cabo por parte de la Empresa Pública de Servicios Galegos, S.A. (SEAGA), que suscribe con los actores sucesivos contratos temporales para obra o servicio determinados, en los que se hace constar, como causa “encomienda: dispositivo de prevención, vigilancia y defensa contra incendios año 2007” y “encomienda de gestión para el servicio de brigadas de prevención, vigilancia y defensa contra incendios forestales para el año 2008”, respectivamente, siendo extinguidos los contratos como consecuencia de la finalización de los trabajos propios de sus categorías especialidades dentro de la obra para la que fueron contratados. A la vista de ello, la Sala concluye estimando el recurso de los trabajadores demandantes, en la línea obrante en SSTS 19-01-2010 (Rc 1526/09), 03-02-2010 (Rc 1719/09), 25-03-2010 (Rc 862/09), 23-11-2010 (Rc 1104/10), en relación con los trabajos de extinción de incendios, vigilancia y detección de incendios forestales de los montes de la Comunidad de Madrid, al ser una actividad excluida de la temporalidad al tratarse de una necesidad sometida a una reiteración temporal con fuertes notas de homogeneidad. Y ello no obstante referirse a una empresa pública que opera bajo la forma de sociedad anónima, al tratarse de una empresa creada por la Administración Autonómica.

### *3.2. Contrato de interinidad*

En la **STS 03-11-2011 (Rc 666/11)** se considera lícito el cese de un trabajadora interina por vacante “hasta que la plaza sea provista reglamentariamente ... o cuando sea suprimida por la amortización derivada de razones presupuestarias, técnicas y organizativas”, y la relación se extingue cuando su plaza fue cubierta por atribución a un trabajador por movilidad funcional obligatoria al amparo de lo dispuesto en el art. 15.5 del VI Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Generalitat de Catalunya. De conformidad con dicha norma convencional la Sala, como hemos dicho, considera válido el cese por la obligación que impone a la empresa de reincorporar o recolocar a un trabajador fijo, lo que lleva consigo, de modo necesario, que aquélla haya de acudir a las plazas que se encuentran vacantes. La Sala se remite a la doctrina unificada contenida en las SSTS 26-7-2006 (Rc 3160/05), 28-11-2005 (Rc 3102/05) y 30-10-2007 (Rc 3848/06), y considera que el interés de la trabajadora interina debe ceder ante el derecho de esos trabajadores fijos destinados, con carácter provisional y por motivos de salud, a puestos de trabajo ocupados por trabajadores interinos “por vacante”. Por lo tanto, no cabe exigir que la única vía de cobertura de la vacante, para admitir la extinción del contrato de interinidad, sea la superación de las pruebas específicas de cobertura inicial de la misma.

A propósito de un contrato de interinidad por sustitución en el ámbito de una Administración Autonómica se pronuncia la **SSTS 22-12-2011 (Rc 734/11)**, dirimiéndose si se convierte en indefinido el contrato de tal naturaleza para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de su puesto de trabajo, cuando

el sustituto continuó prestando servicios una vez incorporado el titular sustituido, optando la sentencia por una respuesta positiva. Reincorporada la trabajadora sustituida, por mor de lo dispuesto en art. 4.2.b) y art. 8.1-c) del RD 2720/1998 debió extinguirse el contrato de trabajo, como no fue así, pues el contrato de trabajo pervivió unos meses más, este periodo de tiempo dejó de estar amparado en alguna modalidad contractual temporal prevista en el art. 15.1 ET, lo cual significa que la relación laboral con la Administración demandada se ha convertido en indefinida, de conformidad con el art. 49.1.c). ET. Finalmente, recuerda la sentencia que los criterios de mayor flexibilidad fijados, entre otras, en la STS 20-06-2000 (Rc 4282/99), no son de aplicación al caso, al hallarnos en presencia de un contrato de interinidad por sustitución –no vacante-.

Pero, con toda probabilidad, el pronunciamiento de mayor trascendencia en este apartado es el obrante en la **STS, de Sala General, de 27-02-2012 (Rc 3264/10)**, en el que se aborda una extinción contractual acordada por la Administración por alegada amortización de las plazas y cese de los trabajadores que venían ocupándolas interinamente, aportándose de la doctrina obrante en las SSTS 14-04-2011 (Rc 3450/10), 03-05-2011 (Rc 3293/10). En el caso, los actores prestaban sus servicios para la Comunidad Autónoma de Madrid –Instituto Madrileño del Deporte, el Esparcimiento y la Recreación – IMDER-, como socorristas, fijos discontinuos, mediante contratos de interinidad vinculados a la oferta pública de empleo, al amparo del arts. 15.1.c) ET y art. 4 RD 2720/1998, solándose producir los llamamientos entre el día 20 de abril y el 16 de cada año. El 13 de mayo de 2009 se comunica a los demandantes la extinción de sus contratos laborales por alegada amortización de las vacantes que venían ocupando acordada por Orden de 30 de abril de 2009 del Consejo de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid. El día anterior se había adjudicado por parte de la Administración demandada a una empresa privada la prestación de la actividad de socorrismo <<previsto por la legislación vigente>> durante la temporada de apertura pública de piscinas en el verano de 2009 en las instalaciones deportivas del IMDER, entre las que se encontraban aquéllas plazas en las que habían venido prestando servicios los demandantes. Tanto la sentencia de instancia como la dictada en suplicación calificaron los despidos como improcedentes con sustento en que la amortización de las plazas señaladas había tenido lugar porque la Administración encargó ese cometido a una empresa privada, por haberse actuado en fraude de ley, destacando que no hay amortización sino desplazamiento de la actividad a otra empresa.

Y este criterio se comparte por el TS en la sentencia anotada, pues, en el caso, la amortización es seguida de una externalización, y manteniendo la demandada la gestión de las piscinas debe tener socorristas, por lo que, pese a la externalización del servicio de socorrismo, la necesidad de empleo subsiste y no cabe amortizar plazas que son necesarias, pues sólo se pueden suprimir los empleos innecesarios. En definitiva, no ha existido una amortización de plazas real, sino ficticia, porque la necesidad de contratar personal que cubra las plazas amortizadas subsiste, ya que continúa la actividad, aunque se haya externalizado, procedimiento de amortización y externalización en el que la Administración Pública ha obrado en fraude de ley con el fin de burlar los

derechos de los trabajadores afectados, cuyos derechos deben respetarse, lo que lleva a considerar nula la amortización controvertida por ficticia y a confirmar el fallo combatido. Esta sentencia cuenta con dos Votos particulares a cuya lectura nos remitimos y en los que se discrepa de la valoración jurídica de los hechos efectuada en la sentencia de la mayoría.

### *3.3. Regla de conversión de contratos temporales en indefinidos*

Sobre la interpretación del art. 15.5 ET en la redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y que restringe la conversión en indefinida a la concatenación de contratos temporales en los que el trabajador hubiese desempeñado el mismo puesto de trabajo, se pronuncian las **SSTS 24-05-2011 (Rc 2524/10), 13-09-2011 (Rc 3335/10)**, en las que se reitera doctrina anterior y se afirma el carácter indefinido de la relación laboral al concurrir los requisitos que el ET exige para adquirir tal condición, a saber, prestación de servicios en el mismo puesto de trabajo y en virtud de contratos temporales en un plazo superior a 24 meses y en período de cómputo de 30.

A análoga solución se llega en la **STS 22-06-2011 (Rc 4556/10)**, si bien el interés de esta sentencia radica en que aclara lo que ha de entenderse como "**mismo puesto de trabajo**", señalando que en el caso concurre igualmente dicho requisito toda vez que la trabajadora ha prestado servicios en el mismo puesto de trabajo, tanto en su **aspecto locativo**, porque se desarrollaba en el mismo lugar, como en su **aspecto funcional**, porque siempre ha realizado labores propias de una titulada superior, en virtud de varios contratos temporales, los dos últimos vigentes ya la Ley 43/2006, en los términos previstos en el art. 15.5 ET, de ahí que aquélla debe adquirir la condición de indefinida.

Solución negativa alcanzan sin embargo las **SSTS 25-05-2011 (Rc 1907/10), 19-07-2011 (Rc 1961/10), y 08-02-2012 (Rc 2839/11)**, pues aun cuando consta que los trabajadores ostentaron la misma categoría, las obras han sido diferentes y su localización también. Señala asimismo la Sala que la legislación posterior a la Ley 35/2010 y antes el RD 10/2010, amplió la transformación a los supuestos en los que el trabajador ocupe el mismo u otro puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, añadiéndose asimismo que las previsiones contenidas en el citado precepto legal son también de aplicación cuando se produzca en supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Y el art. 5 del RDL 10/2011 (en la redacción dada por el RDL 3/2012), contempla una moratoria en la aplicación.

## **4. Convenios colectivos y negociación colectiva**

### *4. 1. Cláusulas normativas u obligacionales.*

La **STS 28-9-2011 (Rc 25/11)**, se pronuncia sobre una demanda de conflicto colectivo, en la que se solicita se declare la nulidad de la decisión del Principado de eliminar los fondos de acción social de sus empleados convocando, en consecuencia, las ayudas de acción social contempladas en el

artículo 59 del Convenio Colectivo de Personal Laboral de Administración del Principado de Asturias. Con carácter previo la sentencia debe decidir si el citado precepto tiene carácter normativo –en cuyo caso gozará del efecto de ultraactividad-, o es de naturaleza obligacional y ha dejado de tener efecto, al haber finalizado el Convenio el período de vigencia pactado. Tras recordar la jurisprudencia sobre la materia, la sentencia concluye con el carácter normativo del precepto analizado que crea un fondo de “acción social”, lo dota y crea una Comisión para gestionarlo y en consecuencia se estima prorrogado pese a haber expirado la vigencia del convenio. Añade que tampoco existe vulneración del artículo 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que si bien permite la desvinculación de lo pactado por causas excepcionales derivadas de la situación económica, estima que dicho precepto no resulta de aplicación al personal laboral de las Administraciones, por lo que el art 38.10 EBEP no es idóneo para dejar sin efecto el señalado precepto convencional.

#### *4.2. Vigencia del convenio. Ultraactividad*

La **STS 24-4-2012 (Rc 141/11)** declara en relación con la interrelación entre un convenio colectivo estatal y un convenio colectivo autonómico, que las partes negociadoras de un convenio colectivo tienen capacidad para, entre sus cláusulas lícitas, establecer los términos en los que, en su caso, quede o no vigente el contenido normativo del propio convenio una vez concluida la duración pactada (Arts 86.1 y 3 ET). Esto es, el régimen de ultraactividad en relación con la eficacia de la prohibición de concurrencia de convenios es disponible en la negociación colectiva y, además, la prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia, ex art. 84 ET, ha de relacionarse con la posibilidad de cambio de la unidad de negociación que ampara el art. 83.1 ET. Y esto es lo acontecido en el caso analizado, pues en el convenio colectivo autonómico se establece un régimen especial de ultraactividad diferente del regulado con carácter general en el art. 86.3 ET. Asimismo, se estima que durante la situación de ultraactividad se mantiene como norma base el convenio colectivo de ámbito autonómico. Y ello porque el convenio autonómico contiene normas específicas sobre el régimen de ultraactividad, que “*impermeabilizan*” la unidad de negociación frente a posibles convenios colectivos de ámbito estatal posteriores y, en concreto, respecto del “V Convenio Marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal”. Esto unido a que ambas partes denunciaron oportunamente la vigencia del citado Convenio autonómico y que el abandono de la negociación, tras múltiples sesiones e intentos mediadores, no se ha debido a maniobras torticeras para evitar el acuerdo, obliga a entender inaplicable globalmente el citado Convenio colectivo estatal

#### *4.3. Contenido adicional del derecho a la libertad sindical.*

La **STS 15-2-2012 (Rc 67/11)**, estima la demanda y declara la vulneración del derecho a la libertad sindical y en la que se trata de determinar si la disponibilidad de un local -ex art. 8.2 c) LOLS- implica el derecho de la sección sindical a una prestación de obligado cumplimiento para el empresario. La Sala IV declara que este derecho, en empresa de más de 250 trabajadores,

es un derecho incondicionado. Se trata de una facultad instrumental del ejercicio mismo de la libertad sindical, en tanto que permite la reunión de la sección sindical y también la organización de la misma, por lo que implica la correlativa obligación de la empresa de puesta a disposición del uso del local y que éste resulte adecuado para la función que se le atribuye. Además, constituye un derecho real de uso, que delimita las facultades posesorias del empresario y que debe ejecutarse *in natura*. Asimismo, aunque la ley no limita el derecho en atención al volumen de la plantilla, si lo condiciona de modo indeterminado a la posibilidad real, de forma que se establece la imperatividad de la dotación de local, salvo que resulte del todo imposible. Por otra parte, en ningún caso el derecho de la sección sindical vendría condicionado por el del comité de empresa, como tampoco lo estaría por el ejercicio efectivo del derecho por parte de éste. Por lo que se refiere a la indemnización y ante la falta de alegación y concreción de daños materiales, se estima, a fin de considerar los perjuicios de índole inmaterial, que es posible la utilización referencial de las cuantías de la LISOS, y cuya utilidad como elemento de delimitación de la pretensión indemnizatoria, fue admitida por la STC 247/2006.

Por el contrario, la **STS 20-5-2011 (Rc 169/10)** desestima la demanda de vulneración del derecho a la libertad sindical, y en la que se solicitaba, en aplicación del art 8 LOLS, el facilitar al sindicato una dirección de correo electrónico en la red interna de la empresa así como a facilitarle la utilización de un local adecuado para desarrollar sus actividades. Se rechaza la demanda al considerar que el sindicato demandante no ostenta la condición de sindicato más representativo, que pretende por irradiación de la mayor representatividad que se le reconoció a la Confederación. No puede admitirse que por la mera adhesión posterior a la Confederación se pase a ostentar, a título particular, unos derechos que únicamente le corresponden como partícipe de la Confederación en la que se integra. Otra interpretación supondría, hacer de peor condición a "otros sindicatos que, aun con mayor ámbito de implantación en la empresa, al no estar unidos a otros, carecen del carácter de mayor representatividad". Esto es, los derechos reconocidos en el art. 8.2 LOLS se habrán de disfrutar a través de las Secciones Sindicales de las Confederaciones y no acumularse para cada uno de los Sindicatos que las constituyen.

#### **4.4. Revocación de representante de los trabajadores.**

La **STS 27-12-2011 (Rc 1253/11)**, estima que la revocación de los representantes de los trabajadores ha de efectuarse, en la pertinente asamblea, únicamente por los trabajadores pertenecientes al mismo colegio electoral que el representante cuya revocación se pretende y no por la totalidad de la plantilla. Tal conclusión se alcanza atendiendo a las siguientes circunstancias: 1) Conforme a una interpretación literal del art 67.3 ET que dispone que antes de la conclusión de su mandato solamente podrán ser revocados los miembros del Comité de Empresa "por decisión de los trabajadores que los hayan elegido" y, los trabajadores que los han elegido son los pertenecientes a su colegio electoral, ex ET art 71.1. 2) Acudiendo al canon teleológico de interpretación resulta que la distribución de electores y elegibles en dos colegios obedece a la finalidad de mantener una proporcionalidad entre

los electores y los que puedan resultar elegidos de tal manera que resulten representados los trabajadores pertenecientes a las distintas categorías profesionales. 3) Además, el contexto normativo refuerza la anterior interpretación.

## **5. Huelga**

### *5.1. Calificación de la huelga.*

La **STS 5-6-2011 (Rc 158/10)** declara que no es ilegal la huelga cuando la misma se dirige contra un proceso negociador abierto y llevado a cabo por una llamada «Comisión de Seguimiento» que tiene funciones negociadoras y de cuya composición se excluye a los Sindicatos –entre ellos al convocante de la huelga– que no había suscrito el acuerdo que había creado aquélla. Esto es, la composición restringida –«cerrada»– de la Comisión de Seguimiento, de un lado afectaba al legítimo derecho del sindicato a negociar en el seno de ella y de otro justifica la legalidad de la huelga convocada, puesto que la misma no se planteó contra un Convenio Colectivo vigente y concluso, sino con el legítimo propósito de incidir en unas negociaciones abiertas [las llevadas a cabo por la Comisión de Seguimiento] y de las que –de manera indebida– se había excluido a los Sindicatos que no habían suscrito un determinado Acuerdo. Por tanto, la exclusión de un Sindicato de una determinada Comisión Negociadora supone un atentado al derecho de libertad sindical, cuando la decisión es contraria a la Ley o claramente arbitraria e injustificada y la no suscripción de un Convenio Colectivo no puede suponer para el Sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas no conectadas directamente con dicho Acuerdo.

### *5.2. Desconvocatoria de huelga intermitente: Ilegalidad.*

Por su parte, la **STS 11-10-2011 (Rc 200/10)** califica de ilegal, por abusiva, la desconvocatoria de una huelga intermitente, porque la misma tenía como fin el que quedaran sin efecto los servicios mínimos establecidos, lo que agravaría las consecuencias dañosas de la huelga convocada más de lo previsto. La secuencia de los hechos acredita que la suspensión o desconvocatoria parcial, se efectúa de forma sorpresiva; se hace sólo para dos horas, y coincide con otros paros convocados dentro y fuera de la empresa. Dado que los servicios mínimos estaban ya fijados para todo el mes, y que la desconvocatoria se puso en conocimiento de la empleadora pocas horas antes, ésta no pudo pedir la fijación de servicios mínimos para ese día, lo que provocó diversas disfunciones. Este proceder causó importantes trastornos (cancelaciones, suspensiones y retrasos en salidas de trenes) que eran fácilmente previsibles. La actuación se ha calificado como fraudulenta, al tener por fin, exclusivamente, sorprender a la empresa con la suspensión de la huelga de dos horas de un día, sin que la misma tuviese tiempo de organizar su actividad normal o la prestación de otros servicios mínimos.

## **6. Despidos y extinciones del contrato de trabajo**

### *6.1. Despido disciplinario por uso incorrecto del ordenador*

La Sala IV del TS ya tuvo ocasión de plantearse la cuestión relativa a la utilización por los trabajadores, para fines particulares, de los ordenadores puestos a disposición de la plantilla como útiles de trabajo –SSTS 26-09-2007 (Rc 966/06), 08-03-2011 (Rc 1826/10)-, y en las que se había mantenido que para llevar a cabo el control del uso del ordenador la empresa tenía que establecer con carácter previo las reglas de uso de los mismos, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales de utilización para fines personales; siendo necesario, además, informar a los trabajadores que va a existir un control sobre el uso correcto de tales medios y las medidas que a tal fin se van a adoptar.

En la **STS, de Sala General, 06-10-2011 (Rc 4053/10)**, se aborda nuevamente un despido disciplinario por uso incorrecto del ordenador, pero, a diferencia de los supuestos precedentes, se aborda abiertamente el tema de la licitud o ilicitud de la prueba consistente en el examen de los contenidos que revela el programa espía y la alegación de que se han incumplido las garantías del art. 18 ET. En el caso que comentamos, la empresa entregó a todos los trabajadores una carta que la actora recibió y firmó en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc) para fines propios tanto dentro como fuera del horario de trabajo. La empresa procede a instalar un sistema “pasivo” poco agresivo que no permitía acceder a los archivos del ordenador que están protegidos por contraseñas de cada uno de los usuarios, y en la visualización del proceso de monitorización del ordenador de la demandante, se constatan visitas a internet y las pantallas capturadas por el sistema instalado. La sentencia admite la facultad de control por parte del empresario y la licitud de una prohibición absoluta del uso del ordenador para fines personales, sosteniendo que si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque al no existir una situación de tolerancia del uso personal tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo. Y sentada la validez de prohibición tan terminante, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático, puesto a su disposición. La sentencia que cuenta con un Voto Particular, efectúa otra serie de consideraciones sobre el hecho de que la doctrina aquí recogida no contradice la obrante en las sentencias anteriores de la Sala anteriormente señaladas.

#### *6.2. Despido por faltas muy graves. Prescripción: “dies a quo”.*

La **STS 19-09-2011 (Rc 4572/10)**, interpreta de nuevo el mandato que hoy contiene el art. 60.2 ET, a propósito de la determinación del dies a quo para el cómputo de la prescripción de las faltas muy graves que establece el precepto estatutario. En el caso, se trata de un trabajador que ocupaba un puesto directivo en una sucursal bancaria, funciones de las que se prevalió en beneficio propio, mediante operaciones bancarias que ocultó gracias al puesto

directivo ocupado. La sentencia dictada constituye un inestimable compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en supuestos de despido de empleados de banca, y afirma que el actor cometió una falta continuada de deslealtad cuya ocultación no finalizó al cesar en el puesto de trabajo, sino cuando se produjo la denuncia del tercero perjudicado y, más concretamente, cuando concluye la auditoría, iniciada a raíz de la denuncia, porque es cuando la empresa tiene conocimiento real y cierto de los hechos. Por lo tanto, la prescripción corta o de 60 días se computa a partir del día en que la empresa tiene conocimiento cabal y exacto de los hechos, esto es cuando finaliza la auditoría. La larga o de seis meses se computa desde que la empresa tiene noticia de la posible comisión de los hechos, hasta entonces ocultos, por la denuncia de un tercero supuestamente perjudicado.

### *6.3. Despido procedente: crédito horario y prueba de detectives*

A propósito de la admisibilidad de la prueba de detectives se pronuncia la **STS 13-03-2012 (Rc 1498/11)**. En el caso, el trabajador, representante de los trabajadores, es despedido por motivos disciplinarios imputándosele uso indebido del crédito horario, extremo acreditado tras encargar la empresa una investigación de a qué destinaba su tiempo el trabajador durante sus ausencias a un detective, concluyéndose que había realizado actividades en un negocio particular conectado con la actividad de la empresa. El TS recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial que mantiene que los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones «sin ser sometidos a vigilancia singular» en los términos que señala la STS 29-09-1989, que proscribía tal tipo de vigilancia, en tanto que «supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo». Ahora bien, en el supuesto examinado, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, la sentencia concluye que ninguna vigilancia singular se llevo a cabo; sólo una vigilancia ordinaria para constatar que el trabajador, dueño de un negocio similar al del empresa solo cuando recibía un pedido, solicitaba el crédito sindical para poder atenderlo. Por lo tanto, sólo en el contexto concreto señalado puede entenderse válida la vigilancia del trabajador, prueba admisible mientras sea proporcionada y no atente a los derechos fundamentales del representante de los trabajadores.

### *6.4. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales*

La **STS 16-04-12 (Rc 1467/11)**, versa sobre la posibilidad de que, en la sentencia que declara nulo un despido por acoso laboral, el órgano jurisdiccional -de oficio- atribuya a la trabajadora demandada el derecho a optar entre la readmisión o la indemnización sustitutoria. La sentencia dictada en la instancia entendió que atendiendo a las circunstancias del caso, era preciso sustituir la obligación natural de restitución en el puesto de trabajo -en línea con lo que prevé la LPL art. 284 cuando la readmisión es imposible por cierre de la empresa- por la extinción del contrato de trabajo, fijando la indemnización prevista en el art. 284 que se remite a su vez a la LPL art. 279. Sin embargo la Sala IV declara que esta solución no es correcta, pues un acción de despido declarado nulo por responder a una situación de acoso laboral, debe aplicar estrictamente los efectos de readmisión inmediata que la ley anuda a tal

declaración -art. 55.6 ET y art. 113 LPL- sin que en el momento del fallo, el Juez de oficio, pueda variar el efecto que la ley establece para la declaración de despido nulo.

#### 6.5. Caducidad de la acción

Las **SSTS 07-10-2011 (Rc 530/11)**, **28-11-2011 (Rc 846/11)**, abordan de nuevo las consecuencias que necesariamente se derivan del error de la Administración en la fijación del cómputo de plazo de caducidad en la resolución administrativa, concluyendo que dicho error en ningún caso puede perjudicar al actor, siguiendo al efecto la doctrina del TCo -TCo 193 y 194/1994 y 214/2002-.

#### 6.6. Despido objetivo

##### 6.6.1. Retracción empresarial

La **STS 08-11-2011 (Rc 767/11)** reitera y extiende a los despidos objetivos la doctrina unificada respecto a la ineficacia de la retractación en los despidos disciplinarios, obrante, entre otras, en las SSTS 12-02-2007 (Rc 99/06) y 30-03-2010 (Rc 2660/09), de tal suerte que comunicada al trabajador carta de despido durante la tramitación de la reclamación por despido anterior por causa equiparable, no se restablece el contrato ya extinguido por el primer despido y el trabajador dispone de acción para impugnarlo.

##### 6.6.2. Puesta a disposición de la indemnización: transferencia bancaria

En la **STS 05-12-2011 (Rc 1667/11)** se declara la validez como medio de pago, de una transferencia bancaria efectuada el día antes del cese, a los efectos de considerar cumplido el requisito exigido por el art. 53.1.b) ET.

##### 6.6.3. Contenido del fallo

La cuestión que se plantea en la **STS 07-02-2012 (Rc 649/11)**, es la relativa a determinar si la sentencia que declara la procedencia de la extinción contractual determinada por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo ex art. 52.c) ET, debe incluir o no pronunciamiento alguno sobre la indemnización y preaviso excluidos en la comunicación de cese con el alegato de falta de liquidez. El TS da a tal cuestión una respuesta positiva, pues de una lectura coordinada del art. 53.1.b) y art. 53.5.a) ET, se infiere que cuando la autoridad judicial califique como procedente la extinción, «el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista (...), consolidándola de haberla percibido», con lo que resulta razonable colegir que de no haberla percibido, la declaración de «consolidación» habrá de ser sustituida por la condena de su abono. Por lo tanto, la sentencia que declare la procedencia de la extinción por la concurrencia de la causa legal, ha de pronunciarse sobre la condena al abono de los conceptos (indemnizatorio por cese; y resarcimiento por el preaviso incumplido) no satisfechos, sin que se incurra en indebida acumulación de

acciones, al tratarse de una consecuencia legalmente prevista para la procedencia del despido por causas objetivas.

También sobre el alcance del fallo de una sentencia que declara la procedencia y no la nulidad del despido objetivo y las exigencias formales del despido, se pronuncia la **STS 13-03-2012 (Rc 743/11)**. En el caso, la empresa adujo en la comunicación escrita del despido que no podía poner a disposición del trabajador la indemnización allí cuantificada, por falta de liquidez suficiente. El despido se calificó como procedente, no obstante apreciarse una diferencia entre la indemnización reconocida en la carta de despido y la fijada por la sentencia. La Sala recuerda los requisitos formales del despido por causas objetivas, señalando que la cuestión de las diferencias en la indemnización incide sobre la comunicación escrita, y no en los restantes –puesta a disposición de la indemnización y preaviso--, de ahí que considere intrascendente el error en la cuantificación inicial en los supuestos de falta de puesta a disposición dispensable por falta de liquidez, porque se trata de una obligación inexistente.

#### *6.7. Despido y derecho de opción: AENA*

Cabe recordar a este respecto que, frente a la inequívoca previsión del ET art. 56.1 (“el empresario... podrá optar”) y de la LPL art. 110 (“se condenará al empresario ... a elección de aquél”), la negociación colectiva puede atribuir al trabajador esta opción. Y esto es lo que sucede en el Convenio aplicable en el asunto que decide la **STS 03-10-2011 (Rc 4649/10)**, con ocasión del V Convenio Colectivo de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y navegación Aérea (BOE 16-1-2010) cuyo núm. 102, primer párrafo dispone que *«en los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de Aena por causas de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo de cinco días hábiles (...)*».

En el caso, se trata de un trabajador temporal de AENA, a la que se condena a soportar las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido, sin motivación disciplinaria real, al tratarse de la extinción de un contrato temporal de interinidad válidamente celebrado pero carente de cobertura legal, dirimiéndose, como hemos dicho, a quién corresponde ejercitar la opción entre readmisión o indemnización. La Sala declara que la opción corresponde a AENA. Se funda esta decisión en que el precepto arriba transcrito se encuentra ubicado en el Capítulo -el XIII- del Convenio que regula el “Código de conducta y régimen disciplinario”, lo que pone claramente de relieve la intención de los negociadores colectivos, y de ahí que esa localización sistemática, era la de otorgar la opción a los trabajadores únicamente en el caso de que, por habérseles imputado la comisión de alguna falta “muy grave” merecedora del despido, tal como prevé el art. 97.1.c) del propio Convenio, resultara aplicable el régimen disciplinario al que alude todo el capítulo.

## *6.8. Eficacia del finiquito*

Recuerda **STS 23-12-201 (Rc 931/11)** la doctrina previa en la que, como norma general, se viene reconociendo eficacia liberatoria a los finiquitos, como manifestación libre de la voluntad de las partes y en función del contenido de esa declaración de voluntad. Por lo tanto, el valor liberatorio del finiquito, sólo comprende los conceptos salariales indicados en él y no otros, de ahí que en el caso, como sólo se habla de conceptos salariales, la renuncia general no comprende el derecho a reclamar por despido.

## *6.9. Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*

La **STS 05-03-2012 (Rc 1311/11)** aborda la extinción del contrato por voluntad del trabajador ex ET art. 50.1.b), girando el debate sobre la determinación de si los diferentes retrasos en el pago de salarios en que incurrió la empresa son o no constitutivos de un incumplimiento contractual grave que justifique el éxito de la acción. Recuerda al efecto, que tras la STS 22-12-2008 (Rc 294/2008), la jurisprudencia sigue la línea objetiva en la valoración de la culpa lo que la lleva a concluir que la culpabilidad del moroso no es requisito necesario para acordar la extinción contractual, lo que exige en el caso despejar si el incumpliendo empresarial es grave y trascendente, siendo la respuesta negativa. En el caso, las demoras en el pago durante siete meses, consistieron en el impago de un mes y el cobro fraccionado de los seis restantes, lo que no puede calificarse de relevantes y graves en una situación económica como la actual en la que existen fuertes restricciones crediticias.

## **7. Efectos económicos del despido**

### *7.1. Indemnización por despido improcedente*

La **STS 11-10-2011 (Rc 4622/10)** afirma que la indemnización que tasa legalmente el art. 56.1.a) ET debe reconocerse de forma automática siempre que el empresario opte por la rescisión indemnizada del contrato y sin necesidad de que el trabajador despedido la reclame. Esta solución viene avalada por los arts. 103 a 114 LPL que regulan el proceso por despido, ya que en ninguno de ellos se establece que en la demanda deba concretar el trabajador la indemnización que reclama. En conclusión, la sentencia por despido improcedente, aunque nada se haya dicho en el suplico de la demanda, debe concretar la indemnización a pagar por el patrono si opta por la rescisión indemnizada del contrato, concreción que debe efectuar con arreglo a las normas legales o convencionales.

### *7.2. Depósito de las indemnizaciones del art. 56.1 ET*

En las **SSTS 30-06-2011 (Rc. 4336/10), 06-02-2012 (Rc 4067/10), 22-03-2012 (Rc 1242/11)** se suscita la validez a efectos de evitar la obligación de pagar salarios de tramitación por un despido reconocido como improcedente, el depósito de la indemnización a que se refiere el art. 56.2 ET en el Juzgado de la localidad en la que tiene su domicilio la empresa en un supuesto en que el trabajador presenta posteriormente demanda por despido en el lugar de su

domicilio, que era además de una de las localidades en que prestaba servicios. El TS, reiterando doctrina anterior, afirma 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 demandado) y por ello el depósito efectuado en cualquiera de esos lugares, debe tener la eficacia que le otorga el art. 56.2 ET. A esta conclusión conduce asimismo el RD 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones en metálico, que tampoco aclara la cuestión, siendo necesario acudir a la LPL.

## **8. Ejecución de sentencia firme de despido**

### *8.2. Concreción de la fecha en que alcanza firmeza la sentencia ejecutoriada*

La **STS 5-7-2011, (Rc 2603/10)**, declara que el parámetro de medición para determinar el momento en el que se produce la firmeza de la sentencia a los efectos del “dies a quo” para el cómputo del plazo de tres meses, establecido en el art 277.2 LPL, para la ejecución de las sentencias firmes declarando el despido improcedente, se halla en el plazo de recurribilidad de la resolución. Transcurrido el mismo y, por tanto, siendo imposible para las partes atacar ya la resolución en cuestión, la misma deviene firme y a dicha firmeza se anuda el efecto de cosa juzgada formal. Por tanto, la firmeza se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el plazo sin interponerlos, con independencia de cuándo sea declarada la firmeza y cuando sea notificada. Por tanto, no cabe demorar el inicio del cómputo del plazo para instar la ejecución a la fecha de la providencia o auto que declare la firmeza de la sentencia, ni, en menor medida, a la de notificación de esta interlocutoria.

### *8.3. Incidente de no readmisión: prescripción*

De notable trascendencia es el pronunciamiento obrante en **STS 24-01-2012 (Rc 1413/11)**, en el que se hubo de determinar si la solicitud de ejecución de la sentencia de despido improcedente presentada más allá de los tres meses que se establecen en el art 277 LPL para instar el incidente de no readmisión, supone la prescripción de cualquier cantidad referida a la sentencia de despido -incluidos los salarios de tramitación contenidos en la propia sentencia- o, por el contrario, los efectos prescriptivos se han de proyectar únicamente sobre los que se refieran al propio incidente de no readmisión, aplicándose la prescripción de un año a que se refiere LPL art. 241 para la ejecución de la sentencia de despido en lo que se refiere a tales salarios de tramitación fijados en la sentencia de despido. La sentencia entiende que solo a la obligación de hacer obrante en la sentencia de despido si se entiende incumplida, se aplica el plazo de prescripción de 3 meses previsto en la LPL, pero los salarios de tramitación correspondientes al despido, esto es, los contenidos en el fallo de la sentencia y que comprenden los habidos desde la fecha del despido hasta los de la notificación de la sentencia, constituyen una cantidad concreta, susceptible de ejecución independiente, por lo que habrá de estarse con carácter general a lo que dispone la LPL art. 241, es decir, un año. Por lo tanto, instado el incidente de

no readmisión más allá de los tres meses previsto en la LPL art. 277.2, la acción ejecutiva se entiende prescrita, pero la ejecución de la deuda dineraria de salarios de tramitación que se contiene en la sentencia en la que se condena al pago de los mismos como consecuencia de la declaración de improcedencia del despido, prescribe al año, tal y como dispone LPL art. 241.

### **9. Excedencia y salarios de tramitación**

En **STS, sala general 19-12-2011 (Rc 218/11)**, se modifica la doctrina obrante, entre otras, en STS 26-06-1998 (Rc 3044/97), 14-10-2005 (Rc 4006/04), 12-07-2010 (Rc 3282/09), 03-05-2011 (Rc. 3453/10). La cuestión debatida viene referida a determinar si la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva o no el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido, cuestión a la que la sentencia da una respuesta positiva. Se funda esta decisión en que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con la obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria). En consecuencia, la declaración judicial de improcedencia de despido de trabajador en situación de excedencia voluntaria conlleva el pago de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido.

### **10. Indemnización de daños y perjuicios**

#### **10.1. Exclusión de las listas de contratación.**

La **STS 28-11-2011 (Rc 18/11)**, declara que el importe de la indemnización de daños y perjuicios por la vulneración de la garantía de indemnidad de unos trabajadores temporales que fueron excluidos de las listas de contratación por haber formulado una reclamación previa de despido, ha de ser la cantidad correspondiente al salario dejado de percibir durante el tiempo en que no estuvieron contratados, sin que proceda detraer las cantidades percibidas durante dicho periodo en concepto de prestación por desempleo. Y ello porque los trabajadores que percibieron la prestación o el subsidio de desempleo lo cobraron a causa de una conducta de la empresa que no estuvo ajustada a derecho, ya que durante el tiempo al que las aludidas percepciones por desempleo se refieren aquéllos debieron haber estado trabajando, de tal manera que, al privárseles de la ocupación durante ese tiempo, se han visto obligados a solicitar una prestación que de otra forma no habrían tenido que pedir, y han consumido tiempo de tal prestación.

#### **10.2. Daños morales por situación de IT. Indemnización según baremo del automóvil.**

En la **STS 27-12-2011 (Rc 1136/1)**, se debate cual es la cuantía en la que pueden ser indemnizados, durante los períodos en los que permaneció en

incapacidad temporal (IT), los daños y perjuicios morales causados al trabajador que padece la vulneración de derechos fundamentales y la misma ha sido la razón de aquella incapacidad, sin que tal relación causal, sea ahora objeto de discusión. Dado que el trabajador durante la IT no tuvo ingreso hospitalario alguno, y que no se discute la aplicación del baremo de circulación (Resolución de 31-1-2010 de la Dirección General de Seguros: BOE 5-2-2010) para el computo de la indemnización, la cuestión se circunscribe a si los días de IT se consideran, a esos efectos indemnizatorios por daño moral, como “impeditivos” o “no impeditivos”, siendo así que la situación de IT determinó la imposibilidad real y efectiva de desarrollar la actividad profesional propia y habitual. La Sala IV, aplica la solución dada a los daños morales derivados de accidentes de trabajo, al entender que no existen elementos de cambio en la doctrina establecida. Cuantifica el resarcimiento del daño moral correspondiente a los días de IT durante los que el actor, aún sin ingreso hospitalario, permaneció real y efectivamente incapacitado para su ocupación habitual, no con la cantidad fijada para los días “no impeditivos”, sino con la suma establecida en el Baremo para los días impeditivos sin estancia hospitalaria.

## **11. Modificación sustancial de condiciones de trabajo**

### *11.1. Cambio de horario por modificación de campaña. Convenio Colectivo de Contact Center.*

Las **SSTS 3-11-2011 (Rc 534/11)**, **8-11-2011 (Rc 885/11, 3865/10)**, **9-12-2011, (Rc 944/11)**, estiman, en interpretación del Convenio Colectivo de Contact Center art 21, que las modificaciones horarias efectuadas como consecuencia de destinar a los trabajadores a las labores de otra campaña [cambio de campaña] y la consiguiente merma económica en el abono de determinados pluses tienen encaje en dicho precepto. Por tanto, no se trata de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que deben adoptarse con los tramites previstos en el ET art 41. El convenio analizado contempla el cambio de horario, *en una misma campaña* siempre que se produzca dentro del turno y con la misma banda horaria, y que la empresa cumpla con los requisitos de preaviso e información a la representación legal de los trabajadores. Acudiendo a las reglas de interpretación del Código Civil arts. 1282 y ss, se estima que el cambio de campaña no puede quedar al margen de esa posibilidad, pues pudiera darse el caso que tal cambio viniera motivado por la finalización de la misma o la pérdida del cliente, debiendo, lógicamente, destinarse al trabajador al servicio de una nueva campaña con la consiguiente acomodación horaria dentro de su turno. En consecuencia, tratándose de una variación permitida por la propia norma convencional, el cambio de horario por modificación de campaña, en el sector del Contact Center, comprendida en las bandas horarias previstas en el convenio, no es modificación sustancial de condiciones, aunque ello comporte una minoración en los complementos.

### *11.2. Profesores de religión católica: Reducción de jornada y salario.*

En el periodo al que abarca esta crónica se ha dado respuesta a una cuestión que ha suscitado una importante conflictividad cual es la relativa a las

demandas del colectivo de profesores de religión católica en centros públicos, que sufrieron una reducción de la jornada y del salario. Las **SSTS 19-7- 2011 (Rc 116/10 y 135/10)**, dictadas en casación ordinaria en procedimiento de conflicto colectivo y las de **9-12-2011, (Rc 2997/10), 21-12-2011,( Rc 3429/09), 23-12-2011, (Rc 259/11)** entre otras, en procesos individuales de modificación sustancial de condiciones de trabajo, estiman que la reducción unilateral efectuada por la Administración demandada de la jornada y proporcionalmente el salario, no se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ni se ha de aplicar el art. 41 ET. Al efecto se recuerda que la relación laboral de los profesores de religión católica, sin alcanzar a constituir una relación especial del ET art 2.1.j), se configura de modo “objetivamente especial” como “un contrato temporal al margen de los supuestos que autoriza el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores”. Partiendo de la Disposición Adicional Tercera de la LO 2/2006, resulta que las Administraciones competentes determinan la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar. Ello supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas del art. 41 del ET, puesto que se trata del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida, que, es de oferta obligatoria para los centros escolares pero de carácter voluntaria para los alumnos, lo que implica que ese tipo peculiar de cambios y modificaciones se pueda producir por razón de la propia planificación educativa. Por tanto, las modificaciones anuales de jornada y horario, en función de la cambiante demanda de esa asignatura voluntaria para los alumnos no están sometidas al régimen jurídico del ET.

## **12. Prescripción de la acción**

### *12.1. Cantidad: reclamación anterior que fue desistida.*

La **STS 27-12-2011 (Rc 1113/11)**, declara que la prescripción de la acción en reclamación de cantidad se interrumpe por una reclamación previa en vía administrativa o una papeleta de conciliación -una reclamación extrajudicial en suma- en petición de idénticos conceptos retributivos que, después de interpuesta la acción judicial fue desistida, siendo irrelevante que el desistimiento se realice o no con expresa reserva de acciones o incluso que se deba a la incomparecencia del actor al acto de la vista oral. Dicha interrupción permanece y sigue surtiendo efectos durante el tiempo en que la acción está sub iudic y se inicia de nuevo el cómputo de la prescripción, en líneas generales, tras el desistimiento. Al efecto, recordando doctrina propia se señala que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales y por cualquier reclamación extrajudicial del acreedor (CC art. 1973) cuando exista identidad sustancial tanto en el aspecto objetivo como subjetivo y que la formulación de la papeleta de conciliación y la reclamación previa, interrumpe la prescripción “desde el momento de su presentación”. Por otra parte, ese efecto interruptivo, cuando la interpelación extrajudicial haya sido seguida de la oportuna demanda antes de que transcurra el plazo prescriptivo de la acción, se mantiene durante todo el tiempo en que la pretensión esté pendiente de resolución judicial; y el plazo de la prescripción extintiva previsto

en el ET art. 59 inicia de nuevo su cómputo una vez transcurra un año desde que se formuló la interpelación extrajudicial o desde que, si ésta es adecuadamente seguida por la reclamación judicial, la pretensión resultara desistida por el demandante, ya sea de forma expresa o tácitamente, sin que, haya límite a las plurales y sucesivas interrupciones.

#### *12.2. Cantidades devengadas durante la tramitación de un procedimiento de despido.*

Por otra parte, la **STS 20-10-2010 (Rc 252/11)** estima que no posee virtualidad interruptiva de la prescripción de las posibles cantidades devengadas la tramitación de un litigio anterior, en el que se ejercita una acción por despido pero que incluye la reclamación acerca de la categoría y el salario, por discrepancia entre las partes acerca de los que sirvieron de base para establecer la indemnización satisfecha por la empresa. De la aplicación del art 59 ET y del art 1973 CC resulta como "dies a quo" las fechas sucesivas de devengo de las diferentes mensualidades objeto de reclamación. Esto es, el "dies a quo" no debe computarse a la fecha de firmeza de la sentencia dictada en el proceso de despido pues la reclamación salarial era independiente del resultado del proceso por despido y de su calificación. En consecuencia, el inicio de otro proceso ni podía actuar como causa de interrupción, ni creaba ninguna situación de litispendencia respecto al segundo, porque entre los mismos no concurren las identidades legalmente exigidas y no hay una deuda declarada o concretada por sentencia firme, sino que la obligación preexistía a la alegada sentencia y tenía su propia causa. Esto es, estaba abierta la vía para la reclamación judicial o extrajudicial desde la fecha en la que finalizó la relación laboral, se mantiene la declaración de caducidad de la acción para reclamar diferencias salariales.

### **13. Relaciones laborales especiales**

#### *13.1. Alta dirección*

De notable complejidad es el problema que resuelve la **STS 27-09-2011 (Rc 4146/10)**, relativa a determinar si el despido de un trabajador que ostenta la cualidad de personal de dirección por parte de la empresa sucesora, comporta la indemnización prevista en el RD 1382/1985 art. 11.2 (veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades) o la misma ha de ser la pactada por la empresa sucedida por absorción (60 días por año trabajado, con un mínimo de 36 mensualidades) o, en otras palabras, si el efecto subrogatorio del ET art. 44 es de imposible aplicación a los altos cargos, al menos que se pacte expresamente, a la vista de que el RD 1382/1985 art. 10.3 únicamente regula la sucesión empresarial en un solo aspecto, el de atribuir al directivo la facultad de extinguir el contrato con la indemnización pactada, pero sólo concurriendo determinadas circunstancias y en el corto plazo de tres meses desde la sucesión de empresa. Y la sentencia tras una profusa tarea argumental da a tal cuestión una respuesta positiva, porque si el directivo puede durante los tres meses siguientes a la sucesión extinguir su "contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas por la norma", resulta

totalmente arbitrario pretender que si no es ejercida esa facultad por el trabajador su contrato pasa a regirse por las normas del RD 1328/85 y no por las del contrato, careciendo de sentido que la novación subjetiva en la persona del empleador sea seguida por la novación objetiva del contrato. En consecuencia, el despido improcedente del trabajador subrogado conlleva la indemnización pactada y no la legal.

### *13.2. Relación laboral de representantes de comercio*

De interés es la cuestión que despeja la **STS 03-10-2011 (Rc 3823/10)** relativa a determinar si el contrato temporal de los representantes de comercio, se rige por el RD 1435/1985 art. 3, o por el ET art. 15 y RD 2720/1998. En materia de duración de los contratos de los representantes de comercio, la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas se rige de acuerdo con la habilitación de la L 8/1980 disp.adic.2ª, por el RD 1438/85 cuyo art. 3.1 establece que la duración del contrato en esta relación laboral especial será la que se prevea en éste; sólo si no se fija una duración determinada, se entenderá que el contrato se pacta por tiempo indefinido. No rige, por tanto, para la relación de los representantes de comercio la limitación causal del art. 15.1 ET, ni el fraude a que se refiere el número 3 de este artículo puede relacionarse con alguna de las causas típicas de la temporalidad que allí se establecen, limitando la autonomía de la voluntad en este campo. La única limitación aplicable es que el vínculo laboral no exceda de tres años, previéndose que si el contrato se concierta por un plazo inferior al máximo establecido podrán prorrogarse antes de su término por acuerdo entre las partes.

### *13.3. Personal al servicio de la Seguridad Social*

El problema debatido en la **STS 14-02-2012, (Rc 4431/10)** consiste en determinar si la relación de un Director Gerente de un Hospital Psiquiátrico constituye una relación laboral común o una relación laboral especial de alta Dirección, optando la sentencia ahora examinada por esta última solución. Se funda esta decisión en el hecho de que aunque en el momento de la contratación como personal de alta dirección existiese un vacío legal para autorizar tal calificación de acuerdo con el RD 1384/1985, debe entenderse aplicable el régimen del personal de alta dirección, al menos a partir de la entrada en vigor de la L 7/2007 de 12 de abril sobre el EBEP (art. 13.4), que somete a la relación especial de alta dirección al personal directivo que tenga la condición de personal laboral, por aplicación de la llamada retroactividad débil. Consecuentemente su cese unilateral por la empresa no es despido sino desistimiento.

## **14. Salario y régimen retributivo.**

### *14.1. Complemento de penosidad por ruido.*

Especial relevancia presenta la **STS 30-11-2011 (Rc 2743/10)**, dictada en Sala General, con voto particular, seguida por la de **28-3-2012 (Rc**

**3204/11**), en las que la cuestión que se suscita consiste en determinar cómo ha de establecerse la existencia de penosidad en relación con el nivel de ruido a efectos del abono del complemento de esta clase regulado en las normas convencionales de aplicación, y los posible efectos en la doctrina de la Sala IV de **la sentencia de 19 de mayo de 2011 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea** en los asuntos C-256/10 y C.261/10. Esta doctrina tiene dicho que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando “*el ruido que llega al oído*” del trabajador alcanza los 80 decibelios de media, y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado cascos de protección y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad y 2º) de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 1299/2006, debe considerarse excepcionalmente penoso todo nivel de ruido que sea igual o superior a 80 decibelios, en cuanto nivel susceptible de producir una enfermedad profesional, pero también para ello ha de tenerse en cuenta la protección auditiva. Esta jurisprudencia se estima que no precisa ser modificada ni alterada por lo resuelto en la citada sentencia de 19/5/2011 del TJCE y ello porque en el caso de autos, y a diferencia de lo acontecido en aquella, no se está discutiendo si la empresa cumplió o no con las exigencias de prevención para evitar el ruido a las que se refiere la Directiva y el TJUE sostiene que hay que aplicar. Esto es, la sentencia dictada por el TJCE no solo no resolvió la cuestión ahora planteada “*sino que de forma expresa mantuvo que por el solo hecho de estar sujeto un trabajador a un determinado nivel de ruido no tiene derecho a percibir un complemento salarial por ello, sin perjuicio de las posibles acciones que quepa actuar para evitar que el ruido se produzca, y que son las adecuadas para evitarlo,..*”

#### *14.2. Horas extraordinarias: empresas de seguridad privada. Forma de cálculo.*

También presentan un notable interés las **SSTS 7-2-2012 (Rc 2395/11); 29-2-2012 (Rc 941/11 y 2663/11), 1-3-2012 (Rc 1881/11 y 4478/10); 2-3-2012 (Rc 4477/10, 4480/10 y 1190/11), 20-3-2012 (Rc 3221/11), 22-3-2012 (Rec 3395/11), 4/4/2012 (Rc 2107/11), 30-4-2012 ( Rc 3819/11, 2723/11 y 3677/11), 16-5-2012 (Rc 3687/11) y 17-5-2012 (Rc 3513/11)** entre otras, que versan sobre el modo de cálculo de las indiscutidas horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, vigilantes de seguridad en empresas en las que resulta de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005/2008. Solicitan los demandantes, mediante el ejercicio de una acción de reclamación de cantidad, que se les abonen las diferencias en las horas extraordinarias consecuencia de incluir en las mismas los complementos salariales – entre los que se incluyen conceptos tales como los de “plus de peligrosidad”, “plus de escolta”, “plus de radioscopia”, “plus festivos”, o “plus de trabajo nocturno”-, que vienen establecidos en el art 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan en las circunstancias y condiciones que el propio precepto establece. Pues bien, se concreta y clarifica la doctrina de la Sala IV contenida en las STS de 21-2- 2007, Rc. 33/2006 y 10-11-2009, Rc 42/2008, en las que se declaró la nulidad del Convenio Colectivo Estatal de la empresas de Seguridad art 42, que fija el valor de las horas extraordinarias laborales y festivas para los vigilantes de seguridad y del punto que fija un valor de la hora ordinaria, a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente. Los

complementos reclamados vienen calificados en el Convenio como "complementos de puesto de trabajo", de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones, y solo procederán en el supuesto de que el trabajo -sea en horas ordinarias o extraordinarias- se realice, en las condiciones que se señalan, pero no es aceptable, que se soliciten cuando no se preste el trabajo en tales situaciones particulares. Esto es, la hora extraordinaria tendrá exactamente la misma retribución que la hora ordinaria, si se realiza en las mismas condiciones que ésta, por lo que para poder obtener la diferencia que se reclama por el pago de las horas extraordinarias, hay que realizar las que solicita en las circunstancias que postula (escolta, radioscopia, festivo, tc.) y que el Convenio contempla. Dado que la empresa no ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, y no existiendo pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo correcto de lo debido por la empresa por este concepto, se estima parcialmente la demanda, con condena a la empresa a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia.

#### *14.3. Reclamación solidaria contra la empresa contratista.*

Es de destacar la **STS 5-12-2011 (Rc 4197/10)**, en la que se plantea una reclamación salarial solidaria contra la empresa contratista del servicio de atención a personas mayores en centros de día del Ayuntamiento de Santurce (Bizkaia) y contra éste, por vía del ET art 42.2. El problema consiste en determinar si dicho servicio contratado por el Ayuntamiento se corresponde con la expresión legal de "propia actividad", a la que el art 42.1 y 2 ET vincula la responsabilidad solidaria del empresario principal por determinadas obligaciones salariales cuando contrate o subcontrate con otros la realización de obras o servicios correspondientes a "la propia actividad" de aquéllos. Resulta que el servicio de atención social es competencia del Ayuntamiento y que la Ley Vasca de Servicios Sociales 5/1996 que ha sido derogada por la Ley 12/2.008, de Servicios Sociales en el País Vasco, organiza el sistema, desde la consideración de los servicios sociales contemplados en la Ley como una verdadera red articulada de atención al ciudadano que necesite esos servicios, asumiendo la responsabilidad pública de su ejecución, estructurada en diversos niveles. Desde esa perspectiva la norma conceptúa los Centros de Día entre los de atención secundaria. Se estima que lo que determina si el servicio contratado es realmente "propia actividad" es que se trate de una materia socialmente sensible, próxima a la ciudadanía y a sus municipios, encuadrada en lo que la Ley Vasca denomina "Servicios Sociales de responsabilidad pública". Pues bien, el Ayuntamiento ha ejercido esa actividad municipal para la que no solo es competente, sino que forma parte del núcleo de las competencias características de la Administración Municipal. Además, aunque las mismas no le fueran exigibles al Ayuntamiento desde la mera literalidad de la norma, los Servicios Sociales de atención a personas mayores en Centros de Día constituyen lo que el Estatuto de los Trabajadores denomina "propia actividad" desde el momento en que el Ayuntamiento asumió esa particular función social, íntimamente vinculada con lo que constituye la esencia de la actuación de la administración local para con sus ciudadanos. En consecuencia se acuerda la condena solidaria del Ayuntamiento demandado.

#### 14.4. Opciones sobre acciones

Los problemas ocasionados por las más comúnmente conocidas como *stock options* no van a dejar de suscitarse. En el período del que aquí se da cuenta, **la STS 03-05-2012 (Rc 2204/11)** ha vuelto a analizar el problema de si el trabajador tiene derecho a materializar el plan de opción para la adquisición de acciones de la empresa, cuando cesó en la misma por despido reconocido como improcedente, y la fecha de ejercitar esa posibilidad de compra se perfecciona dos años y casi cinco meses después de cese, existiendo una cláusula en el referido plan con arreglo a la que no conservan el derecho los empleados que, entre otros supuestos, hubieren visto extinguido su contrato de trabajo en la empresa.

La Sala tiene declarado que no es posible dar un tratamiento único y una respuesta general a los planes de opciones sobre acciones desde un punto de vista jurídico laboral, por cuanto que las características de los mismos pueden ser muy distintas, de ahí que resulte necesario examinar encada caso concreto el plan o planes objeto de litigio. Así las cosas, y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, la sentencia llega a la convicción de que el trabajador carecía del derecho a materializar la opción concedida en su día, porque el despido se produce solo unos meses después de la firma de la opción de compra de acción. o, lo que es lo mismo, casi dos años y medio antes del momento de ejercicio posible de la opción, razón por la que desaparece la voluntad empresarial de impedir el ejercicio del derecho del trabajador, resultando aplicable la cláusula del plan que excluía el derecho pretendido por el actor, al ajustarse plenamente a lo pactado.

En definitiva, en este particular supuesto, la situación de despido improcedente, excluye la existencia del derecho a ejercer la opción de compra de acciones de la compañía, lo que justifica que se alcance solución diversa a la contemplada en las SSTS 24-10-2001 (Rc 4851/00 y 3295/00).

#### 14.5. Reducción salarial por disposición legal encaminada a contener el déficit público.

Una cuestión de especial relevancia y trascendencia práctica ha sido la planteada por diversos sindicatos y en el ámbito de distintas comunidades autónomas, a través de demandas de conflicto colectivo, con el fin de que se declarasen nulos los actos de Gobierno de las CCAA, por los que se había acordado reducir en el 5% el salario de los empleados públicos con relación laboral, así como el de los empleados de sus entidades autónomas y entes de derecho público. Reducción que se ha efectuado en virtud de los Decretos Leyes Autonómicos que transponen al ámbito de la Comunidad Autónoma lo dispuesto en el R.D. Ley 8/2010, de 25 de mayo, a nivel nacional y encaminada a contener el déficit público. Se declara, siguiendo el criterio sentado por el TC en Pleno, en su auto 85/2011, de 7 de junio, que ha resuelto las cuestiones ahora planteadas inadmitiendo las pretensiones de inconstitucionalidad, la inexistencia de vulneración del derecho de igualdad ni de la libertad sindical. Las demandas se desestiman en base a las siguientes

razones: En primer lugar, no existe infracción del art. 86-1 CE, motivo en el que se denunciaba la inexistencia de “extraordinaria y urgente necesidad” en el dictado del RD Ley 8/2010, pues ha quedado acreditado la urgencia de las medidas, debidas a una situación de crisis económica-financiera cuya realidad a nivel mundial es notoria. Tampoco existe infracción del art 14 CE porque el decreto autonómico impugnado no discrimina entre los empleados de la Comunidad, ni lo puede hacer respecto a otro colectivo que no dependen de esa Comunidad. Asimismo, se rechaza la infracción de los artículos 81-1 y 28-1 CE que establecen el principio de jerarquía normativa y el derecho a la negociación colectiva como incardinado en el derecho a la libertad sindical. Y ello porque los salarios reducidos no se fijaron por la negociación colectiva, ni son el fruto de ella, sino de la ley que anualmente los regula y que puede ser cambiada por otra ley posterior. Además, es el Convenio Colectivo el que debe someterse a las leyes y normas de mayor rango jerárquico y no al revés, porque así lo impone el principio de jerarquía normativa. Y por lo que se refiere a la fuerza vinculante de los convenios colectivos se señala que lo acordado en el convenio colectivo puede ser modificado por una Ley posterior, que puede especialmente disponer una reducción salarial. Por otra parte se deniega la pretensión de plantear, ante el Tribunal Constitucional, cuestión de constitucionalidad. Se han pronunciado en esta materia las **SSTS 19-12-2011 (Rc 64/11)**, **10-2-2012 (Rc 107/11)** y **18-4-2012 (Rc 192/11)** procedentes del País Vasco; **14-3-2012 (Rc 112/11)** y **24-2-2012 (Rc 60/11)** procedente de Galicia; **30-4-12 (Rc 187/11)**: de la Comunidad Valenciana y **30-4-2012 (Rc 180/12)**, procedente de Andalucía

#### *14.6. Reposición prestaciones consumidas por desempleo*

Las **SSTS 30-6-2011 (Rc 3136/10 y 3536/10)**, **5-7-2011 (Rc 3247/10)** y **28-11-2011 (Rc 4742/10)**, tienen por objeto la interpretación que deba darse a lo convenido en el ERE aprobado en virtud de Acuerdo sobre ingresos garantizados y, más concretamente, a la obligación empresarial de reponer las prestaciones por desempleo consumidas durante las suspensiones contractuales acordadas en los expedientes de regulación de empleo pactados en la empresa Poliseda S.L. Se estima que la interpretación de la cláusula controvertida efectuada por el órgano a quo se ajusta a la literalidad de la misma y a la intención de los contratantes, principales normas hermenéuticas ex Código Civil art 1281. La literalidad de esos acuerdos muestra que la intención de las partes fue que las suspensiones contractuales no afectaran a la duración de las prestaciones por desempleo que se pudieran reconocer en el futuro, caso de que en un nuevo ERE se acordara la extinción de los contratos entonces suspendidos, no siendo su objeto mejorar la indemnización a cobrar por los afectados. Por tanto, la obligación empresarial de reponer las prestaciones por desempleo consumidas en anteriores expedientes sólo es exigible en el caso de trabajadores en situación de desempleo que no cobran la prestación durante más tiempo porque la consumieron en anteriores expedientes de suspensión de empleo.

#### *14.7. Revisión salarial*

En el periodo que abarca esta crónica la Sala IV consolida la doctrina a propósito de la revisión salarial y la posibilidad de reducir lo percibido por IPC en función de un IPC real. Para que se produjera el efecto de revisión a la baja, es preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, exige que así se establezca de manera expresa. En aplicación de la anterior doctrina, se pronuncian las **SSTS 5-12-2011 (Rc 486/11)**, **TS 22-12-2011 (Rc 565/11)** y **21-2-2012 (Rc 855/11)**, entre otras, en relación con diferentes previsiones convencionales.

## **15. Sucesión de empresas.**

### *15.1. Reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento.*

Especial relevancia presenta la **STS 30-5-2011 (Rc 2192/10)**, que declara que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal, no excluye la aplicación del ET art. 44, si va acompañada de transmisión de medios materiales. Y si la sociedad municipal adjudicataria cede –sin título- el servicio a empresa privada, responde solidariamente de las deudas anteriores, aunque no haya llegado a gestionar directamente aquel servicio que le había sido adjudicado, por concurrir fraude en su cesión. La doctrina general que afirma que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial, resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, o cuando, la transmisión vaya referida a cualquier “*entidad económica que mantenga su identidad*” después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal “*un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio*”. En el caso se estima que el Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento, resolviendo que el servicio habría de ser llevado de forma directa por la Corporación a través de la empresa municipal, con todos los medios materiales que en su día habían sido incautados a la anterior adjudicataria y que al personal de la empresa concesionaria caducada “le sería de aplicación la legislación vigente”, configura la transmisión de empresa, al tratarse del traspaso en los términos anteriormente indicados. Se descarta que se trate de una simple reversión de medios puesto que los bienes no son una propiedad municipal originaria, al haber sido previamente incautados y su utilización pasó sin solución de continuidad a las nuevas concesionarias. Además, la estimación de la responsabilidad solidaria, se sustenta, también, en razones de derecho

administrativo que son examinadas con carácter prejudicial. Y sobre la base de esta actuación, defraudatoria de intereses públicos y privados, por quien eludió el ejercicio de la cualidad empresarial que válidamente se le había adjudicado, se declara la responsabilidad solidaria de la empresa municipal, originariamente adjudicataria. En el mismo sentido se pronuncia la **STS 19-1-2012 (Rc 917/11)**.

## **16. Tiempo de trabajo.**

### *16.1. Permiso por hospitalización.*

La **STS 5-3-2012 (Rc 57/11)**, en interpretación del Convenio Colectivo de CEPESA y del art 37.3 b ET, estima que el permiso por hospitalización de parientes, cuya duración según lo previsto en el convenio es de 2/3 días en función del grado de parentesco, no se extingue con la posible alta hospitalaria, aunque si cuando la misma concurre con el alta médica. Resulta que si bien el accidente y la enfermedad han de tener la suficiente entidad como para poder ser calificadas de “graves”, en principio, la hospitalización no parece necesitar tal cualidad. Siendo un principio general de derecho que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete, y puesto que la normativa de aplicación sólo habla de “hospitalización”, sin diferenciar entre las causas que la motivan, ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito concluye que basta con la hospitalización para que se genere el derecho a la licencia cuestionada, sin que sea precisa la enfermedad más o menos grave. Además, se concede la licencia sin necesidad de hospitalización, cuando por intervención quirúrgica se precise reposo domiciliario. Una interpretación finalística lleva a considerar que la solución está en la necesidad de atención y cuidados del paciente, por lo que «el permiso por hospitalización de pariente ha de ser concedido, cuando concurren el resto de los elementos que configuran tal derecho, “con independencia de que dicho familiar siga o no hospitalizado”. Por tanto, el simple parte de alta hospitalaria no conlleva de forma automática la extinción o finalización del permiso.

## **II. SEGURIDAD SOCIAL**

### **1. Acción protectora de la seguridad social**

En relación con el marco de acción protectora del Sistema de Seguridad Social, durante este año judicial se ha determinado que no pueden beneficiarse de la gratuidad -o exención de abono- de prestaciones por especialidades farmacéuticas, las personas con discapacidad -en el supuesto enjuiciado menores de edad con discapacidad superior al 33% y que aparecen como beneficiarios en la cartilla de la Seguridad Social de sus padres- que figuran como beneficiarios del sistema de Seguridad Social en condición de familiares del asegurado que no son pensionistas, y ello por cuanto en la **STS 17-05-2011 (Rec. 833/2010)** se interpreta el art. 12.1 de la Ley 13/1982, y el reglamento que la desarrolla -RD 383/1984- en el sentido de que dicho beneficio está reconocido para quienes no están incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, y los menores están incluidos al figurar como beneficiarios de la asistencia sanitaria y farmacéutica de sus progenitores.

## **2. Incapacidad**

### *2.1. Cuestiones generales*

Ante la situación de quien solicitó incapacidad permanente absoluta en el RGSS y le fue denegada por no hallarse al corriente en el pago de cotizaciones en la Seguridad Social durante un periodo en que estuvo de alta en el RETA hasta que no efectuara las mismas, siendo invitado al pago, si bien tenía cotizaciones suficientes en el RGSS para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente solicitada en dicho régimen, por **STS 26-07-2011 (Rec. 2088/2010)**, se otorga el derecho en el RGSS, por considerar la Sala IV del Tribunal Supremo que las prestaciones se causan en el régimen en que el trabajador se encuentre de alta al tiempo de causarse la prestación siempre que reúna todos los requisitos necesarios para causarla, acudiéndose al cómputo de otras cotizaciones en regímenes distintos cuando sea preciso para cubrir el periodo de carencia e incrementar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la prestación en cuyo caso se exige estar al corriente de pago, y como el trabajador no precisa del cómputo recíproco de prestaciones al reunir todos los requisitos para causar el derecho en el RGSS, hay que reconocer el derecho a la incapacidad permanente absoluta en dicho Régimen.

### *2.2. Incapacidad temporal*

La Sala IV del Tribunal Supremo ha tenido que resolver numerosas cuestiones relativas a la percepción de la prestación por incapacidad temporal, y ello coordinando unos pronunciamientos con otros, para una aplicación integradora de la normativa aplicable

#### **2.2.1. En el Régimen General de la Seguridad Social**

En **STS 19-07-2011 (Rec. 2868/2010)**, se reconoce el derecho a la prestación de incapacidad temporal -que se abonaba por la Mutua por derivarse de contingencia profesional- a quien ve extinguido su contrato de trabajo estando en situación de IT y posteriormente entra en prisión en cumplimiento de condena firme, y ello por cuanto entiende la Sala IV que se cumplen todos los requisitos para seguir percibiendo ésta según el art. 128 LGSS: 1) Estar impedido para el trabajo, por cuanto los internos en establecimientos penitenciarios que se encuentren cumpliendo condena tienen el derecho y el deber de trabajar –por cuenta ajena o mediante relación laboral de carácter especial del RD 782/2001, de 6 de julio-, si bien no pueden hacerlo precisamente por estar enfermos, y 2) Recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y ello por cuanto la misma se presta por la Administración Penitenciaria que es una Administración Pública, teniendo control la Seguridad Social de la situación de IT, duración y extinción.

En **SSTS 30-01-2012 (Rec. 111/2011)**, y **07-02-2012 (Rec. 1456/2011)** la Sala IV del Tribunal Supremo otorga el derecho a percibir prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por una determinada

patología, a los trabajadores que habiendo sido dados de alta por la Inspección médica, son dados de baja nuevamente por una enfermedad común por patología distinta por los Servicios Médicos correspondientes, ya que no es preciso que la baja se expida nuevamente por la Inspección Médica a diferencia de si la nueva baja fuera por la misma patología por la que fue dado de alta, en cuyo caso sí tendría que expedir la nueva baja la Inspección Médica. Argumenta la Sala IV que la Orden de 21-03-1974 (que determina que en los supuestos de incapacidad temporal en los que el asegurado es dado de alta por la Inspección Médica, es ésta únicamente quien pueden cursar nueva baja médica), formaba parte del sistema de control de situaciones de incapacidad temporal prevista en el art. 17 Orden 13-10-1967, precepto derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Única de la Orden 19-06-1997, que desarrolla el RD 575/1997, de 1 de abril, sin que sin embargo se haya derogado expresamente la Orden de 21-03-1974 que tiene que ser aplicada teniendo en cuenta la normativa promulgada posteriormente y que incide en la cuestión, en particular, la Disposición Adicional Primera RD 1117/1998, de 5 de junio, que completando lo dispuesto en el RD 575/1997, de 18 de abril, determina que habiendo sido de alta el beneficiario por los servicios médicos adscritos al INSS, si se inicia nueva baja por el mismo proceso patológico que originó el alta, ésta sólo puede ser expedida por la Inspección Sanitaria del correspondiente Servicio Público de Salud, y *a sensu contrario* determina que si la nueva baja deriva de proceso patológico distinto no tiene que ser expedida por la Inspección Sanitaria.

Además, procede abonar el subsidio por incapacidad temporal entre la fecha de la resolución de la Entidad Gestora en la que se declaró agotada la duración máxima de la percepción del subsidio y se declaró el alta médica (27-02-2008) y la de la incorporación del beneficiario a la empresa (07-03-2008, día siguiente a la notificación de la resolución). Así se ha establecido en **STS 18-01-2012 (Rec. 715/2011)**, en la que la Sala IV señala que la demora en la notificación del alta por la Entidad Gestora no puede perjudicar a la parte actora, de forma que procede abonar la IT hasta el momento de notificación de la resolución administrativa por ser cuando debe el beneficiario reincorporarse al puesto de trabajo. Justifica esta decisión la Sala IV del Tribunal Supremo en que: 1.-El art. 131.2 LGSS establece la obligación de pago del subsidio mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal; 2.- El art. 131 bis 3 LGSS prevé la prórroga de la IT hasta la calificación de la IP; 3.-Cuando se ha agotado el periodo de duración máxima y se declara el alta, el art. 128.1 LGSS prevé que el INSS es el competente para optar entre la prórroga de la IT, la calificación como incapacitado permanente o el alta médica por curación; 4.- El art. 128.1 a) LGSS según modificación incorporada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, otorga, en los supuestos de alta médica, un plazo de cuatro días al interesado para mostrar su disconformidad ante la Inspección médica, adquiriendo el alta médica plenos efectos si en el plazo de 7 días se confirma por la Inspección la decisión del INSS o transcurren 11 días sin pronunciamiento alguno, debiendo iniciarse dichos plazos desde la fecha en que se notifica la resolución, entendiéndose prorrogada la IT durante este tiempo la IT; y 5.- No puede entenderse que los efectos del alta médica queden fijados en la fecha de la resolución por cuanto todavía cabe impugnación. Añade la Sala por último la Sala IV, que además el art. 131 bis 3 LGSS prevé la

prórroga de la IT hasta la calificación de la IP, lo que obliga a abonar el subsidio de IT hasta el momento de la notificación de la resolución administrativa, por ser el momento en que debe reincorporarse a su puesto de trabajo.

Por otro lado ante el supuesto de trabajador que inició situación de incapacidad temporal e incoó expediente de invalidez permanente que concluyó en el sentido de que no estaba afecto de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, emitiendo el SERMAS partes de incapacidad con posterioridad, solicitando el trabajador el pago de la incapacidad temporal no a la Mutua -que había suspendido la prestación- sino al INSS, en **STS 21-07-2011 (Rec. 3692/2010)**, reiterando lo establecido en STS 22-11-2005 (Rec. 4415/2004), y por lo tanto **creando jurisprudencia**, la Sala reconoce el derecho a percibir la incapacidad temporal por entender que la prestación de IT se extingue por las causas que prevé el art. 131 bis LGSS, es decir, cuando se produce el alta médica con propuesta de incapacidad permanente o cuando se ha agotado la duración máxima, pero no cuando se deniega la incapacidad permanente sin haber concurrido alguna de las circunstancias anteriores.

#### 2.2.2. En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La **STS 27-02-2012 (Rec. 1563/2011)**, rechaza la posibilidad de que se incrementen voluntariamente las bases de cotización realizadas en el RETA mientras se está en proceso de IT, con la finalidad de que esas nuevas y superiores bases sean tenidas en cuenta para calcular la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente que sigue a dicha incapacidad temporal, y en atención a ello, sin embargo, reconoce el derecho de quien estando en el RETA, incrementa dicha base de cotización antes de iniciar la IT. Argumenta la Sala IV que: 1.-La base reguladora de la incapacidad permanente, se integra en función de las cotizaciones efectuadas en un periodo de tiempo, cotizaciones que son elegidas por trabajadores autónomos afiliados al RETA; 2.-Si bien en el Régimen General de la Seguridad Social la base reguladora de la incapacidad temporal se determina por la base de cotización inmediatamente anterior a la baja, no siendo susceptible de modificación durante todo el proceso que dure dicha incapacidad temporal, no existe base legal alguna que impida que los trabajadores afiliados al RETA puedan modificar su base de cotización durante dicho periodo, es decir, en el RETA se pueden novar las cotizaciones en todo momento; 3.- Como consecuencia de ello, pueden surgir "*estrategias*" para en atención a la cotización efectuada, incrementar prestaciones futuras, lo que iría en contra del principio contributivo que informa el sistema de Seguridad Social y garantiza su viabilidad y eficacia; 4.-En atención a dicho principio, el mantenimiento de la base de cotización durante la incapacidad temporal prevista para el Régimen General de la Seguridad Social en el art. 6 Orden TAS/76/2008 y Orden TIN/41/2009, debe aplicarse analógicamente en el RETA por cuanto se cumplen con las exigencias del art. 41 CC de que exista "*laguna legal*", "*semejanza*" e "*identidad de razón*"; 6.-Dicha analogía sólo sirve para las prestaciones futuras conexas con la IT: incapacidad permanente, muerte y supervivencia generadas por la misma patología y surgidas a continuación de éstas, de forma que si se solicita la modificación voluntaria de la base de

cotización antes de iniciarse la IT, ésta surte efectos en las prestaciones futuras (no así cuando se solicita estando en situación de IT), excepto cuando se pueda probar por la entidad gestora (puesto que no se puede presumir), la existencia de fraude.

### *2.3. Lesiones permanentes no invalidantes*

La Sala IV, en **STS 13-07-2011 (Rec. 2994/2010)**, otorga el derecho a quien teniendo reconocida una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, solicita el reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, por cuanto entiende la Sala IV que si bien en supuestos de accidente de trabajo el hecho causante debe determinarse en la fecha del acontecimiento dañoso que motivó la declaración de incapacidad, en el supuesto de enfermedad profesional no puede establecerse una fecha inicial, rigiendo la presunción de alta pleno derecho con arreglo al art. 125.3 LGSS, aún cuando las consecuencias de la actividad laboral, no se puedan apreciar hasta transcurrido un tiempo entre la finalización de la actividad y la concreción de las secuelas.

### *2.4. Incapacidad permanente*

#### *2.4.1. Nivel contributivo*

##### *2.4.1.1. Reconocimiento del derecho*

Procede reconocer el derecho a una prestación de incapacidad permanente a quien desde una situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el que acredita el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para causar derecho a dicha prestación, sin embargo tiene periodos de descubierto en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y ello por cuanto así se ha fallado en **STS 24-01-2012 (Rec. 895/2011)**, en la que la Sala considera que no es de aplicación en este supuesto la exigencia prevista en DA 39ª GSS de hallarse al corriente en el pago de cuotas, por cuanto no es necesario para el reconocimiento de la prestación el cómputo recíproco de cotizaciones (en el RGSS y en el RETA), ni han de tenerse en cuenta periodos en que no se cotizó al RETA.

##### *2.4.1.2. Incapacidad permanente parcial: no procede su reconocimiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.*

Siguiendo lo establecido en STS 28-02-2007 (Rec. 3219/2005), en **STS 23-12-2011 (Rec. 1018/2011)**, la Sala IV vuelve a incidir en que no cabe el reconocimiento del grado de incapacidad permanente parcial por contingencias comunes en el RETA, ya que dicha situación no se contempla en los arts. 27.1 a) y 36.1 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y 56.1 a) y 74.1 OM 24-09-1970, sin que ello haya sido modificado por la DA 34 LGSS añadida por el art. 40.4 Ley 53/2002, de 30 de diciembre, ni por los arts. 4 y ss RD 1273/2003, de 10 de octubre, además de que el art. 137 LGSS (según redacción dada por Ley 24/1997, de 15 de julio), que incluye la incapacidad permanente parcial, no está

incluido en la DA 8.1 LGSS, que establece los preceptos que serán de aplicación en todos los regímenes de Seguridad Social

#### 2.4.1.3. Incapacidad permanente total: determinación de la profesión habitual

Siguiendo lo establecido en las SSTS 12-02-203 (Rec. 861/2002), 28-02-2005 (Rec. 159/2004), 27-04-2005 (Rec. 998/2004, 10-06-2008 (Rec. 256/2007, 23-02-2006 (Rec. 5135/2004 y 25-03-2009 (Rec. 3402/2007), en relación con policías locales, en **STS 10-10-2011 (Rec. 4611/2010)**, se considera que por profesión habitual 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 las segunda actividad que son las desempeñadas por el actor tras el reconocimiento en situación de IPT, de forma que persistiendo las lesiones por las que fue declarado en tal situación, si bien puede ejercer funciones de segunda actividad, deber mantenerse el reconocimiento en situación de IPT -el INSS que inicialmente había reconocido al actor en IPT atendiendo a las funciones ejercidas en segunda actividad, revisa dicha incapacidad y le reconoce en situación de incapacidad permanente parcial-. 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”.

Además, señala la Sala IV que la profesión habitual a tener en cuenta a efectos de reconocimiento en situación de incapacidad permanente total es aquélla que se ejerce más prolongadamente en el tiempo, pudiendo ser ésta de naturaleza política o político-representativa (alcalde, concejal, etc.), así se determinó en STS 15-03-2011 (Rec. 1048/2010), y se reitera en **STS 26-03-2012 (Rec. 2322/2011)**

#### 2.4.2. Nivel asistencial

En **STS 15-06-2011 (Rec. 921/2010)**, la Sala IV, ante la pretensión de reconocimiento de una pensión de invalidez no contributiva que fue denegada por no cumplir el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes previsto en el art. 144 LGSS, por computarse entre los ingresos de la unidad económica de convivencia los correspondientes al marido de la solicitante, del que estaba separado de hecho, con lo que se superaba el límite de acumulación de recursos de la referida unidad económica de convivencia, la Sala IV admite que la denegación es ajustada a derecho. Argumenta la Sala IV que la interdependencia económica se presume cuando el solicitante de la prestación y su cónyuge, aunque no convivan de forma real y efectiva, sigan participando en una comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales y siguen conservando el derecho a los alimentos, lo que ocurre cuando los cónyuges están separados de hecho y no han regularizado jurídicamente su situación, aunque no tengan una efectiva comunicación de ganancias

### **3. Jubilación**

### 3.1.-Régimen General de la Seguridad Social

No son pocas las ocasiones en las que ha tenido que pronunciarse la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo en relación con aspectos derivados de la salida del trabajador del mercado de trabajo por jubilación, y ello tanto en relación con los requisitos exigidos para acceder a cada uno de los supuestos, como en materia de cálculo de las prestaciones o reintegro de las mismas si se han percibido indebidamente.

#### 3.1.1.-Prejubilación

En **STS 21-12-2011 (Rec. 3709/2010)**, y ante el supuesto de prejubilación de un trabajador del BBVA, la Sala IV del Tribunal Supremo falla en el sentido de que debe aplicarse el porcentaje de reducción previsto para supuestos de jubilación anticipada del 6% por cada año o fracción que falte para cumplir los 65 años prevista en el art. 161 bis 2. 4 LGSS y no el del 8%, cuando: 1) el trabajador se prejubiliza constando en el acuerdo de prejubilación que el contrato quedará suspendido, no evidenciando dicha suspensión, la voluntad de temporalidad; 2) la empresa abona “una cantidad que, en cómputo global, representa un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social” y 3) se establece la obligación del trabajador de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. La razón es que dicha suspensión tiene más bien encaje en un supuesto de extinción del art. 49.1 a) ET, sin que puedan ser exigibles los requisitos del art. 161 bis 2 b) y d) LGSS.

#### 3.1.2. Jubilación parcial

Los aspectos relativos al acceso a la jubilación parcial han tenido un mayor protagonismo en la labor jurisdiccional de la Sala IV del Tribunal Supremo durante el presente año judicial. Así, cuando se concierta un contrato de relevo con una trabajadora, transformándose el contrato de temporal en indefinido, solicitando la relevista la reducción de jornada por guarda legal, en **STS 23-06-2011 (Rec. 3884/2010)** la Sala IV del Tribunal Supremo determina que no procede reintegrar por la empresa el importe de la prestación percibida por el jubilado parcial durante el periodo de tiempo en que la trabajadora relevista prestó servicios con jornada reducida por guarda legal, y ello por cuanto las suspensiones o reducciones de jornada no pueden considerarse equivalentes a la extinción del contrato a que refiere la Disposición Adicional segunda cuatro del RD 1131/2002, de 31 de octubre, ya que el contrato de relevo permanece idéntico en su naturaleza -indefinido a tiempo completo aunque externamente se comporte como un contrato a tiempo parcial- y no se he producido una vacante que desvirtuaría la finalidad de dicho contrato de relevo.

Por otra parte, en materia de cálculo de la base reguladora de una pensión de jubilación y ante la cuestión de si la excedencia del trabajador

relevista coincidente con la jubilación parcial afecta al beneficio del incremento al 100% de la cuantía de las bases de cotización prevista en el art. 18.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre durante todo el tiempo de disfrute del periodo de jubilación parcial (incluido el periodo de excedencia voluntaria del trabajador relevista en que no ha habido cotizaciones), o no procede en aplicación del art. 18.4 de dicha norma por no haberse simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo, la Sala IV del TS, falló en STS 15-07-2010 (Rec. 2784/09), a favor de la primera de las opciones (que se aplique el beneficio a todo el periodo de jubilación parcial), por cuanto en atención al principio de suficiencia financiera de la Seguridad Social, y dado que el empresario ha procedido al abono de la pensión de jubilación parcial (prevista para los supuestos de cese), no procede penalizar al trabajador jubilado parcialmente. Añade la Sala que la exigencia prevista en el art. 18 RD 1131/2002, de 31 de octubre, de que para que se pueda disfrutar de dicho incremento es condición necesaria que la jubilación parcial se hubiese simultaneado con un contrato de relevo, no puede interpretarse en el sentido de que se haga recaer en el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario. Pues bien, siguiendo dicha doctrina, por **STS 18-01-2012 (Rec. 1264/2011)**, la Sala IV **crea jurisprudencia** cuando determina, igualmente, que una vez reconocida la pensión de jubilación parcial, las posibles irregularidades en la contratación del relevista no deben afectar a los derechos del jubilado.

Por **STS 06-10-2011 (Rec. 4410/2010)**, cuya doctrina se reitera en **SSTS 26-12-2011 (Rec. 4268/2010)** y **STS 26-12-2011 (Rec. 4268/2010)** se deniega el derecho a la jubilación parcial al trabajador que concertó un contrato a tiempo parcial, suscribiendo la empresa un contrato de relevo con un trabajador que había prestado servicios con un contrato por tiempo indefinido en los 24 meses anteriores a la contratación, y ello por cuanto considera la Sala que no existe un derecho automático e incondicional a la jubilación parcial cuando se concierta un contrato a tiempo parcial con el trabajador que pretende jubilarse parcialmente, de forma que si la empresa comete fraude o irregularidades en la contratación del relevista, se podrá impedir la concesión de la jubilación parcial, sin perjuicio de que el trabajador pueda formular contra la empresa demanda por los perjuicios que le haya podido ocasionar la imposibilidad de acceso a la jubilación parcial. Y siguiendo dicha doctrina, en la **STS 10-10-2011 (Rec. 4320/2010)**, se deniega el derecho a que el jubilado parcial percibiera la pensión en atención a una mayor base reguladora, por cuanto no habiéndose simultaneado la prestación de jubilación parcial con un contrato de relevo, no cabe aplicar el beneficio previsto en el art. 18.4 RD 1131/2002, de 31 de octubre, consistente en incrementar las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial hasta el 100% de la cuantía que le correspondería de no haber pasado a la situación de jubilación parcial.

Si bien en STS 13-04-2010 (Rec. 2590/2009), se resolvió cómo debía interpretarse el apartado 1 de la Disposición Adicional segunda del RD 1131/2002, en relación con el cese por despido del trabajador relevista sin contratar a un nuevo relevista, en la **STS 06-10-2011 (Rec. 4582/2010)**, se interpreta el apartado 2 de dicha Disposición Adicional segunda RD 1131/2002, como consecuencia de la cuestión planteada relativa a si existe la obligación de la empresa de concertar un contrato de relevo con un segundo relevista cuando

el contrato del jubilado parcial se ha extinguido por despido procedente sin readmisión y ya se había concertado por la empresa un primer contrato de relevo a tiempo completo. La Sala IV del Tribunal Supremo resuelve en el sentido de que no existe dicha obligación, y por lo tanto no puede obligarse al empresario a abonar el importe de la pensión de jubilación parcial devengado desde el momento de la extinción del contrato de trabajo hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada, por cuanto se había contratado a un relevista a jornada completa. Añade la Sala IV, que una vez que se ha establecido dicha interpretación teleológica del apartado 2, el apartado 3 sólo será aplicable cuando exista obligación de contratar a un nuevo relevista, lo que no es el caso.

Creando jurisprudencia al reiterar lo dispuesto en **STS 06-10-2011 (Rec. 4410/2010)**, en la **STS 10-10-2011 (Rec. 4320/2010)** se deniega el derecho a que el jubilado parcial percibiera la pensión en atención a una mayor base reguladora, por cuanto no habiéndose simultaneado la prestación de jubilación parcial con un contrato de relevo, no cabe aplicar el beneficio previsto en el art. 18.4 RD 1131/2002, de 31 de octubre, consistente en incrementar las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial hasta el 100% de la cuantía que le correspondería de no haber pasado a la situación de jubilación parcial.

Por otra parte, ante la cuestión de si es posible acceder a la jubilación parcial a partir de los 61 años (o 60 en caso de antiguos mutualistas), cuando se cumplen todos los requisitos exigidos por el art. 166.2 LGSS –incluido el haber celebrado un contrato de relevo- no ocupando el relevista un puesto de trabajo igual o similar al del jubilado parcial, pero siendo su base de cotización igual o superior al 65% de la base por la que venía cotizando el jubilado parcial, la Sala IV del Tribunal Supremo, en **STS 23-11-2011 (Rec. 3988/2010)**, falla en el sentido de que procede acceder a dicha jubilación parcial, y ello por cuanto el legislador ha pretendido dos objetivos al regular la jubilación parcial: 1.-El primero coherente con la política de empleo y consistente en que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo; y 2.-El segundo, que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados, lo que se podía conseguir, a partir de la reforma incorporada por la Ley 40/2007, por dos vías: a.-Una vía “indirecta”, consistente en que se realizara un trabajo igual o similar, y b.-Una vía “directa” consistente en que existiera correspondencia de cotización –si bien parcial- de al menos el 65%, pudiendo cumplirse este segundo objetivo por esta vía directa. Es preciso añadir, que de este modo la Sala está dando una solución coherente con la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que no es de aplicación al caso, y que elimina la vía “indirecta” al desterrar del art. 166.2 LGSS toda referencia a trabajo igual o similar o a los “requerimientos específicos” que impidan esa igualdad o similitud, exigiendo únicamente correspondencia en las bases de cotización de al menos el 65%.

Por último, e igualmente en relación con la jubilación parcial, en **STS 29-11-2011 (Rec. 841/2011)** la Sala IV del Tribunal Supremo falla en el sentido de que procede que la empresa reintegre el importe de la prestación de jubilación parcial, cuando el relevista cesa por despido improcedente, cesando a

continuación el jubilado parcialmente por despido no impugnado, sin contratar la empresa a ningún relevista. Y ello por cuanto si bien la empresa puede extinguir el contrato del trabajador jubilado anticipadamente, también tiene la obligación de conservar el contrato del relevista o contratar uno nuevo por cese del anterior hasta que el jubilado parcial deje de percibir prestaciones por jubilación anticipada. Argumenta la Sala que los términos de la Disposición Adicional Segunda apartado 1, RD 1131/2002, de 31 de octubre, son claros, en el supuesto despido procedente, cese voluntario o despido no impugnado -supuestos todos ellos de “cese”- el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador.

### 3.1.3. Cálculo de la base reguladora

Siguiendo lo establecido en STS 04-12-2010 (Rec. 121/2010), con la **STS 26-09-2011 (Rec. 733/2010)**, se crea jurisprudencia en relación a que cabe incrementar la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida, y no se puede imputar responsabilidad en el pago de la prestación a la empresa –Autoridad Portuaria de Bilbao- cuando el trabajador fue encuadrado en el RGSS y no en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar por causa imputable al Instituto Social de la Marina que rechazó en diversas ocasiones la posibilidad de encuadramiento en dicho régimen

### 3.1.4. Integración de lagunas

En **STS 18-10-2011 (Rec. 4444/2010)**, se resuelve que las lagunas de cotización, cuando éstas se sitúan a continuación de un periodo en que el sujeto había trabajado a tiempo parcial, se tienen que integrar con las bases de cotización mínimas correspondientes a la fecha de dicha laguna sin reducción proporcional alguna -aplicando la regla general y no la especial de contratados a tiempo parcial según la cual la base se minora en atención a las horas realmente trabajadas contemplada en la DA 7ª b) LGSS y art. 7.2 RD 1131/2002, de 31 de octubre-, por cuanto el trabajador ha prestado servicios a lo largo de su continuada vida laboral a tiempo completo, y sólo de forma esporádica lo ha hecho a tiempo parcial

### 3.1.5. Complemento a mínimos

Además, ante la cuestión de si una pensión concedida por la Seguridad Social de un país extranjero –Andorra- con aplicación exclusiva de su legislación, es decir, sin cómputo de cotizaciones españolas ni aplicación del convenio bilateral de Seguridad Social, concurrente con una pensión de jubilación concedida de acuerdo con el Convenio Hispano-Suizo de Seguridad Social con una prorrata temporis a cargo de la Seguridad Española del 36,68%, computa a los efectos de reducir el complemento a mínimos por residencia, la **STS 03-11-2011 (Rec. 4615/2010)**, resuelve en el sentido de que la pensión percibida con cargo a la Seguridad Social andorrana es computable sólo como rendimiento de trabajo y no como pensión concurrente para la aplicación del complemento a mínimos por residencia del art. 14.3 RD 1611/2005, de 30 de diciembre sobre revalorización de pensiones del sistema de Seguridad Social, y

ello por cuanto es de aplicación el art. 14.4 y no el art. 14.3 de dicha norma, sin que su importe se sume al de la pensión nacional a efectos del reconocimiento del complemento por residencia.

### 3.2. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

#### 3.2.1. Invitación al pago de cuotas adeudadas

Siguiendo lo establecido en la STS 15-11-2006, en la que se determinó que la prescripción de cuotas con posterioridad al hecho causante no afecta a su exigibilidad para determinar si el causante estaba al corriente de pago, careciendo de relevancia que la prescripción se produjera después, y lo establecido en la STS 25-09-2003, en la que se denegó la pensión de viudedad a quien en el momento del fallecimiento adeudaba cuotas que estaban prescritas cuando se formuló la segunda solicitud de pensión de viudedad, en **STS 18-07-2011 (Rec. 2979/2010)** se deniega la pensión de jubilación a quien en el momento de solicitar por primera vez ésta adeudaba cuotas, que prescribieron en el momento de solicitar por segunda vez dicha pensión, y ello por cuanto entiende la Sala IV del Tribunal Supremo que la invitación al pago de las cuotas adeudadas previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, no queda perjudicado por una eventual prescripción posterior de las cuotas debidas, de forma que para causar derecho a la pensión habrá que abonar las cuotas debidas y no prescritas en el momento del hecho causante, sin que el transcurso del tiempo pueda exonerar del cumplimiento de dicho requisito pues “*bastaría con retrasar el pago para eliminar la exigencia legal de regularización*”, es decir, bastaría con esperar a que las cuotas estuvieran prescritas para solicitar y obtener la pensión.

#### 3.2.2.-Días-cuota

En relación con una trabajadora que solicita prestación en el RGSS habiendo cotizado sucesivamente en dicho RGSS y en el RETA, logrando el periodo de carencia por la suma de cotizaciones en ambos regímenes, pero sin reunir en ninguno de ellos aisladamente el periodo de carencia exigido para acceder a la pensión de jubilación, discutiéndose si para determinar el periodo cotizado en cada uno de los regímenes se han de tener en cuenta los días-cuota, en SSTS 21-09-2006 (Rec. 3506/2005), 24-01-1995 (Rec. 735/1994) y 04-07-1995 (Rec. 959/1994), se resolvió en el sentido de que no podían computarse los días-cuota en el RGSS, ya que a efectos de determinar el cómputo de años cotizados solo se pueden tener en cuenta los días naturales o reales de cotización. Pues bien, en la **STS 17-10-2011 (Rec. 4610/2010)**, se llega a la misma conclusión respecto del RETA, por cuanto en dicho régimen no cabe el cómputo de días-cuota por no existir gratificaciones extraordinarias ni cotizarse por las mismas, por lo que es imposible computarlas. En *obiter dicta* señala la Sala IV que aún admitiéndose dialécticamente que pudieran computarse los días-cuota, éstos no pueden tenerse en cuenta en el RETA para fijar los días cotizados en dicho régimen.

## 4. Prestaciones por muerte y supervivencia

#### 4.1. Subsidio por defunción

La **STS 25-11-2011 (Rec. 634/2011)**, concreta que el subsidio de defunción con cargo al Fondo Especial constituido en el INSS para hacerse cargo de determinadas prestaciones complementarias causadas por antiguos integrantes de la Mutualidad de Previsión del extinguido Instituto Nacional de Previsión y de la Mutualidad de Previsión de funcionarios del Mutualismo Laboral, debe calcularse sobre la base de cotización correspondiente al 01-07-1986 sin incluir el incremento de 2/12 (dos doceavas) partes como consecuencia de la prorrata correspondiente a pagas extraordinarias. La argumentación dada por la Sala IV del Tribunal Supremo, es que la Disposición Transitoria de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, disponía que se garantizarían por parte de la Administración de la Seguridad Social –a través del Fondo Especial- las prestaciones previstas en los Reglamentos de las correspondientes Mutualidades, remisión al Reglamento de la Mutualidad correspondiente- que también realiza art. 4 del RD 126/1988, de 22 de febrero, por lo que debe estarse a la normativa aplicable en la Mutualidad de Funcionarios del Mutualismo laboral, en particular, al art. 22.1 de su Reglamento aprobado por Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad de 01-04-1977, que es claro al determinar que *“para las prestaciones cuya cuantía venga determinada en función de una base reguladora, ésta quedará constituida por la base mensual de cotización a la Mutualidad que elija el interesado entre las comprendidas dentro de los últimos siete años, con exclusión de las bases correspondientes a las pagas extraordinarias y a retribuciones de periodos anteriores que hubieran estado incluidas en el mes elegido”*.

#### 4.2. Viudedad

Como consecuencia de las modificaciones incorporadas en el régimen de la prestación de viudedad por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales de Estado para el año 2010, el tratamiento de dicha cuestión ha tenido un notable protagonismo durante el año judicial 2011, y ello fundamentalmente desde la perspectiva del derecho al acceso a la prestación de viudedad, respecto de la que la Sala IV del Tribunal Supremo ha perfilado los requisitos exigibles.

##### 4.2.1. En supuestos de matrimonio

En el supuesto de fallecimiento del cónyuge de la solicitante de la pensión viudedad, acontecido por enfermedad común antes del transcurso de un año desde que se celebró el matrimonio, en **STS 21-06-2011 (Rec. 2781/2010)**, la Sala IV del Tribunal Supremo falla en el sentido de que tiene derecho a la pensión de viudedad y no a la prestación temporal de viudedad contemplada en el art. 174 bis LGSS, cuando acredite convivencia con el causante superior a los dos años -sumado el tiempo de matrimonio al de la situación anterior de pareja de hecho- sin que sea necesario acreditar la existencia de pareja de hecho, y ello por cuanto se accede a la pensión desde el matrimonio (art. 174.1 LGSS) y no desde un supuesto de convivencia *more*

*uxorio* (art. 174.3 LGSS), de ahí que no sea exigible la documentación de la existencia de pareja de hecho sino sólo de la convivencia, que se acredita por empadronamiento o por cualquier otro medio admitido en derecho.

Por otra parte, en **STS 21-09-2011 (Rec. 3971/2010)**, no se reconoce a la actora la pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo -por lo que el abono correspondería a la Mutua y no al INSS- como consecuencia del fallecimiento de su marido por una enfermedad distinta a aquella por la que fue declarado en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional -hipoacusia-. Entiende la Sala IV del Tribunal Supremo que debe probarse que la causa del fallecimiento pudo ser por la misma dolencia determinante de la incapacidad, ya que no rige la presunción de que la muerte trae causa de contingencia profesional como así sucede en los casos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez -art. 172.2 LGSS- y ello por cuanto es de aplicación preeminente el art. 172.2 LGSS frente a la Orden de 9 de mayo de 1962, norma que en relación con las concretas prestaciones de muerte y supervivencia está implícitamente derogada por otra posterior – Orden de 13 de febrero de 1967-. Las razones esgrimidas por la Sala IV es que en virtud del principio de jerarquía normativa, no puede aplicarse dicha norma – Orden de 9 de mayo de 1962, que implícitamente se deroga por la aprobación de la Orden de 13 de febrero de 1967- con preferencia respecto de la vigente LGSS, cuyo art.174.2 limita la presunción de laboralidad de la contingencia a quienes hayan sido declarados en situación de IPA y GI, sin mencionar a la IPT. Y en idéntico sentido se pronuncia la **STS 14-02-2012 (Rec. 2159/2011)**, **creando jurisprudencia**, respecto del causante declarado en situación de incapacidad permanente total por *“eczema de contacto al cemento”*, falleciendo por *“insuficiencia respiratoria por neoplasia pulmonar con metástasis”*.

4.2.2. En supuestos de separación o divorcio: Requisito de percepción de pensión compensatoria

En **SSTS 18-01-2012 (Rec. 1609/2011)**, **08/02/2012 (Rec. 2439/2011)**, y **15-02-2012 (Rec. 4262/2010)**, se sigue lo establecido en SSTS 21-12-2010 (Rec. 1245/10) 26-01-2011 (Rc. 4587/09) y 13-07-2011 (Rec. 3040/2010) y se reconoce el derecho a la pensión de viudedad en aplicación de lo establecido en la disposición transitoria 18ª LGSS [incorporada por la Disposición final 3.º Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010 con vigencia a partir del 01-01-2010] que excluye de la obligación de que la solicitante de la pensión de viudedad (divorciada) sea acreedora de pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento en supuestos de separación o divorcio anteriores al 0-01-2008, 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.

Por otra parte, en **SSTS 14-02-2012 (Rec. 1114/2011)**, **21-02-2012 (Rec. 2095/2011)**, **21-03-2012 (Rec. 2441/2011)** y **17-04-2011 (Rec. 1520/2011)**, -siguiendo la jurisprudencia en relación a la aplicación de lo establecido en la DT 18 LGSS incorporada por la DF 3ª Ley 26/2009, de 23 de diciembre- en supuestos en que no es de aplicación la DT 18 LGSS por haber

transcurrido más de 10 años entre la separación del matrimonio y el fallecimiento del causante, la Sala IV del Tribunal Supremo deniega el derecho a la pensión de viudedad a quien estando separada de su cónyuge no percibe pensión compensatoria, y ello acogiendo el informe del Ministerio Fiscal en el que se señalaba que el *“tenor literal de la Ley es contundente”* al exigir para el percibo de la pensión de viudedad que el/la beneficiario/a sea perceptor/a de pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento del causante, ya que el legislador podría haberla condicionado a que fueran perceptores de pensión alimenticia, o cualquier otro supuesto.

#### 4.2.3. En supuestos de parejas de hecho

##### 4.2.3.1. Acreditación de su existencia

En **SSTS 03-05-2011 (Rec. 2170/2010)**, **15-06-2011 (Rec. 3447/2010)** y **04-10-2011 (Rec. 4105/2010)** -que siguen lo ya establecido en SSTS (Rec.3715/2009), 03-05-2011 (Rec. 2170/2010), 15-06-2011 (Rec. 3447/2010), 04-10-2011 (Rec. 4105/2010), y 23-01-2012 (Rec. 1929/2011), entre otras- la Sala IV del Tribunal Supremo falla en el sentido de que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho exigida en el art. 174.3 LGSS a efectos del derecho a la pensión de viudedad, no constando inscripción en el registro de parejas de hecho de la comunidad autónoma, no puede realizarse a través del libro de familia, ya que éste no es un documento público que acredite la existencia de la pareja de hecho, sino que sólo sirve para acreditar el matrimonio (lo que no ocurría en el supuesto enjuiciado), o la filiación (ya que se expide a nombre de los dos progenitores cuando existe descendencia). Aclara la Sala IV que una cosa es la acreditación de la convivencia estable e ininterrumpida durante cinco años, que puede realizarse por el empadronamiento o por cualquier otro medio de prueba con especial poder de convicción, y otra cosa distinta la publicidad de la convivencia *more uxorio*, es decir, la acreditación de la existencia de pareja de hecho con una antelación mínima de dos años antes del fallecimiento, en cuyo caso se exige la inscripción en los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o la constancia de su constitución en documento público, no sirviendo en este último supuesto como documento público acreditativo el libro de familia.

Siguiendo dicha reiterada jurisprudencia:

1. En **STS 26-01-2012 (Rec. 2093/2011)** se deniega la pensión de viudedad por no acreditarse la existencia de pareja de hecho mediante inscripción en el registro o documento público, a quien pretende acreditar su existencia por el padrón municipal y el nacimiento de una hija en común.

2. En **STS 12-03-2012 (Rec. 2385/2011)**, a quien intenta acreditar su existencia por certificado del Ayuntamiento, y

3. En **STS 04-10-2011 (Rec. 4105/2010)** por la escritura de compra del piso y declaración de la renta.

Pues bien, la Sala IV perfila la jurisprudencia anterior en relación a que los requisitos previstos en el art. 174.3 LGSS de “*existencia de pareja de hecho*”, y “*convivencia estable y notoria*” son distintos, debiendo acreditarse de manera diferente, de forma que la existencia de la pareja de hecho sólo puede acreditarse mediante inscripción en el registro específico de parejas de hecho o documento público, mientras que la convivencia puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, en **STS 22-12-2011 (Rec. 886/2011)**, en la que la Sala IV considera que si para acreditar la existencia de pareja de hecho sólo sirve la inscripción o el documento público iguales requisitos debe exigirse para acreditar que dicha pareja existe con una antelación mínima de 2 años.

#### 4.2.3.2. Falta de impedimento para contraer matrimonio

En la **SSTS 14-07-2011 (Rec. 3857/2010)**, **21-07-2011 (Rec. 2773/2010)**, **26-07-2011 (Rec. 2921/2010)**, **09-11-2011 (Rec. 796/2011)**, **13-03-2012 (Rec. 4620/2010)**, **STS 21-07-2011 (Rec. 2773/2010)**, **26-07-2011 (Rec. 2921/2010)**, y **STS 09-11-2011 (Rec. 796/2011)** la Sala resuelve que tiene derecho a la pensión de viudedad por el fallecimiento de su pareja de hecho acontecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, quien cumple con los requisitos previstos en su Disposición Adicional tercera -solicitud en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la norma, haber tenido hijos comunes, que el causante reuniera los requisitos de alta y cotización exigidos por el art. 174.1 LGSS y que la beneficiaria no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social-. La entidad gestora había denegado la prestación por considerar que no se cumplía el requisito exigido en el apartado b) de dicha Disposición Adicional tercera -convivencia ininterrumpida con el causante en los términos establecidos en el art. 174.3 LGSS durante los 6 años anteriores al fallecimiento- en relación con lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS al que remite, y que considera pareja de hecho a quienes “*no hallándose impedidos para contraer matrimonio no tengan vínculo matrimonial con otra persona*”, y ello por cuanto el fallecido se divorció de su anterior matrimonio tan sólo cuatro años de fallecer, por lo que a juicio de la entidad gestora no podía reconocerse la pensión de viudedad por cuanto dicho requisito –no tener vínculo matrimonial con otra persona previsto en el art. 174.3 LGSS- debía exigirse durante todo el tiempo de acreditación de la convivencia -6 años por mor de la Disposición Adicional Tercera Ley 40/2007-. La Sala IV rechaza dicha argumentación por considerar que los dos requisitos: el de no tener impedimento para contraer matrimonio, y el que denomina “*antibigamia*”, es decir, no tener vínculo matrimonial con otra persona, deben cumplirse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, siendo éste el momento inmediatamente anterior al fallecimiento por ser el último en el que tal constitución de la pareja de hecho pudo haberse producido, sin que de la norma se deduzca que deba exigirse durante los 6 años de acreditación de convivencia como pareja de hecho.

Dicha doctrina se reitera en **STS 13-03-2012 (Rec. 4620/2010)** –que a su vez sigue lo ya dispuesto en **SSTS 21-07-2011 (Rec. 2773/2010)**, **26-07-2011 (Rec. 2921/2010)** y **09-11-2011 (Rec. 796/2011)**- en la que ante la

cuestión de si el requisito de haber convivido interrumpidamente los 5 años anteriores al hecho causante previsto en el art.174.3 LGSS precisa además que durante ese tiempo los convivientes hubieran podido contraer matrimonio por no tener vínculo matrimonial con otra persona, o basta con que dicho impedimento no exista en el momento del hecho causante, se falla en el sentido de que basta con que no exista dicho impedimento en el momento del fallecimiento sin que además deba de acreditarse durante los 5 años (174.3 LGSS) o 6 años (por mor de la Disposición Adicional Tercera Ley 40/2007) exigidos de convivencia.

## **5. Desempleo**

### *5.1. Modalidad de pago único*

Con cita de abundante jurisprudencia en relación con la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, por **STS 27-09-2011 (Rec. 4293/2010)**, se reconoce el derecho de la actora a la misma cuando la solicitud es posterior a la fecha de inicio de la actividad como trabajadora autónoma, y ello a pesar de que habían transcurrido dos años desde el inicio de la actividad hasta que se solicita la prestación en su modalidad de pago único -como consecuencia de que la prestación se reconoció por sentencia- solicitando la prestación dos meses después de que se notificara la sentencia por la que se reconoció el derecho a la prestación de desempleo. Entiende la Sala IV del Tribunal Supremo que es irrelevante que el alta en el RETA y el inicio de la actividad se hubiese producido con antelación a la solicitud, pues hay que interpretar de forma flexible los arts. 1.1 y 3.1 RD 1044/1985, de 19 de junio, cuando se cumple con la finalidad de la norma, que es que los trabajadores desempleados dejen de serlo, pudiendo solicitar por lo tanto la prestación en su modalidad de pago único con posterioridad al inicio de la actividad como trabajadora autónoma.

Por otro lado, por **STS 29-09-2011 (Rec. 4213/2010)**, se reconoce el derecho a solicitar y que le sea concedida la subvención de la cuota de Seguridad Social con posterioridad al inicio de su actividad como trabajador autónomo, a quien le fuera reconocida la prestación de desempleo en su modalidad de pago único, y ello por cuanto entiende la Sala IV que antes de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, la subvención de cuotas era automática cuando se obtenía la capitalización de la prestación por desempleo- limitando dicha norma la capitalización a la necesaria para cubrir determinados gastos e inversiones para acceder al autoempleo-, sin embargo, con posterioridad a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, la subvención de cuotas a la Seguridad Social se condiciona a que no se hubiera agotado el importe de la prestación capitalizada, por lo que no puede exigirse que se soliciten simultáneamente la capitalización de la prestación y la subvención de las cuotas -pues la segunda dependerá de que no se haya agotado la primera- pudiendo realizarse por lo tanto la solicitud de la subvención con posterioridad al inicio de la actividad laboral y de la capitalización de la prestación. Es interesante lo que la sentencia contempla en *obiter dicta* en relación a lo que considera prestación "*principal*" -capitalización de la prestación- que se justifica por las "*inversiones y gastos de instalación para poder desarrollar la actividad como trabajador autónomo*" y la

“*complementaria*” -subvención de cotizaciones- que depende de que se haya conseguido establecer como trabajador autónomo y pague sus cuotas, entiende la Sala IV que ambas no son más que partes integrantes de la prestación contributiva de desempleo, por lo que nunca la suma de lo percibido por ambos conceptos podrá superar el total de la prestación por desempleo causada.

### 5.2. Devolución de prestaciones

Ante un supuesto del apartado b) del art. 209.5 LGSS, y en relación a quien corresponde devolver lo percibido por desempleo cuando el trabajador fue despedido improcedente, se abonaron salarios de tramitación y la empresa opta por la readmisión, si a la empresa o al trabajador, la Sala IV, siguiendo la jurisprudencia anteriormente mencionada en relación con el art. 209.5 a) LGSS (supuestos de despidos improcedentes en los que se opta por la indemnización en los que corresponde al trabajador devolver las prestaciones coincidentes con los salarios de tramitación ya que le corresponde a él comunicar dicha situación al SPEE), declara en **STS 14-02-2012 (Rec. 765/2011)**, que corresponde la devolución a la empresa y no al trabajador cuando las prestaciones percibidas por el trabajador no superen el importe de los salarios de tramitación.

Por otra parte, en **STS 27-09-2011 (Rec. 4499/2010)**, la Sala IV del Tribunal Supremo considera que procede 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 a las referidas a la diferencia entre lo percibido por prestación por desempleo y las que hubiera correspondido por pensión de jubilación, y ello por cuanto ha quedado sin efecto toda la jurisprudencia flexibilizadora anterior a la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que añadió un nuevo párrafo tercero al art. 45 LGSS –obligando al reintegro de las 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*”-, por siendo la nueva normativa clara cuando cierra el paso a cualquier excepción de equidad.

### 5.3. Extinción

Es causa de extinción de la prestación por desempleo la permanencia en el extranjero más de 15 días naturales dentro del año natural -art. 213 g) LGSS- sin haber comunicado ni obtenido autorización por parte de la entidad gestora, por motivos de enfermedad del padre -que residía en Bolivia-, habiendo permanecido un mes después del fallecimiento en dicho país. Así lo ha afirmado la **STS 22-11-2011 (Rec. 4065/2010)**, en la que, en aplicación de lo establecido en el art. 231.1 LGSS -anterior a la reforma incorporada por el art. 16 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre- en conjunción con lo dispuesto en el art. 213 g) LGSS, y art.6.3 RD 625/1985, de 2 de abril en redacción dada por el RD 200/2006, de 17 de febrero, señala que la prestación por desempleo puede quedar: 1.-Suspendida cuando se traslada la residencia al extranjero para la búsqueda o realización de trabajo de perfeccionamiento profesional o

cooperación internacional, siempre que sea por un periodo inferior a 12 meses; 2.-Mantenido, cuando se sale al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez; y 3.-Extinguido, en supuestos de salida al extranjero por tiempo superior a 15 días que no cumpla con los requisitos enunciados en el punto 1.

Dicha doctrina se reitera y completa con lo establecido en **STS 17-01-2012 (Rec. 2446/2011)**, en la que la Sala IV del Tribunal Supremo considera: 1.-Que la regulación del derecho a la prestación por desempleo contemplada en el art. 213.1 g) LGSS y art. 6.3 RD 625/1985, es clara, admitiendo la extinción de la prestación cuando se reside en el extranjero más de 15 días sin que concorra alguno de los requisitos que permiten la suspensión y no la extinción de la prestación (búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, cooperación internacional o aplicación de norma de coordinación internacional que establezca un efecto distinto), 2.-Dicha claridad impide la aplicación analógica de lo establecido en el art. 31 de la Ley Orgánica de Extranjería, ya que no existe ningún vacío de regulación al contemplarse claramente en el art. 6.3 RD 625/1985, que a efectos de la prestación por desempleo la residencia en el extranjero es la estancia en éste superior a 15 días; 3.-Dicha regulación cumple con una finalidad de control de la situación de desempleo que sólo es posible si se reside en territorio nacional o existen normas internacionales de cooperación en el supuesto de que se resida fuera; y 3.-La regulación reglamentaria se ajusta a la noción común de residencia (lugar en que la persona se encuentra sin que exteriorice voluntad de constituir un domicilio).

#### *5.4. Subsidio para mayores de 52 años*

La Sala IV, en **STS 22-12-2011 (Rec. 192/2011)**, -que se reitera en **SSTS 07-02-2012 (Rec. 1781/2011)**, y **13-02-2012 (Rec. 1231/2011)**- aplica la jurisprudencia sobre el reconocimiento del subsidio por desempleo para mayores de 52 años a quienes han completado una carrera de seguro en un país de la UE o asimilado y regresan posteriormente a España, para denegar el reconocimiento de dicho derecho a quien habiendo cotizado en Alemania, suscribe convenio especial de la Seguridad Social para emigrantes retornados. La elaborada argumentación de la Sala IV para denegar la prestación, se construye sobre los siguientes extremos: 1) Si el emigrante retornado procede de un país de la UE o asimilado, la normativa a aplicar es la comunitaria por cuanto así lo dispone la DA 33 LGSS añadida por Ley 45/2002, de 12 de diciembre; 2) Dicha normativa comunitaria es el Reglamento 1408/1971, cuyo art. 67.3 determina que la cotización efectuada en un país de la UE distinto de aquél en que se solicita la prestación no sirve a efectos de cumplimiento de las exigencias para el percibo de prestaciones del país en que se solicitan, es decir, en supuestos de emigrantes retornados a España, las cotizaciones efectuadas en Alemania no sirven a efectos del cumplimiento de la exigencia de cotización prevista en la legislación española (art. 215.3 LGSS); 3) siguiendo la doctrina de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 20-02-1997 (Asunto Martínez Losada y otros), 25-02-1999 (Asunto Ferreiro Alvite), y 04-03-2002 (Asunto Marie-Josée Verwayen), para obtener una prestación de desempleo hay que cumplir con el considerado como

“*requisito comunitario*” (cotización en el lugar en que se solicita la prestación), y además con los “*requisitos nacionales*” que se exijan para acceder a la prestación, no cumpliéndose dicho requisito comunitario cuando no constan cotizaciones a desempleo en el lugar en que se solicita la prestación (España) cuando éstas son exigidas por la legislación española para acceder al subsidio para mayores de 52 años.

En dicho sentido, las **SSTS 24-01-2012 (Rec. 1054/2011)**, y **16-03-2012 (Rec. 1213/2011)** siguen la doctrina de las SSTS 22-12-2011 (Rec. 192/2011), 07-02-2012 (Rec. 1781/2011), y 13-02-2012 (Rec. 1231/2011) -relativas a supuestos de cotización en un estado miembro de la UE- y en los supuestos en que la cotización no se produce en un estado miembro de la UE sino en Suiza, se deniega el derecho al subsidio para mayores de 52 años a quien suscribe en España convenio especial de la Seguridad Social para emigrantes retornados, ya que igualmente las cotizaciones efectuadas a través del convenio especial prevista en los arts. 1, 15 y 16 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, no incluyen las correspondientes al desempleo exigidas por la normativa española para reconocer el derecho al subsidio.

Por otro lado, aplicando analógicamente la doctrina de la STS (Pleno), de 17-07-2007 (Rec. 3650/2005), en **STS 16-09-2011 (Rec. 58/2011)** se reconoce el derecho 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 RGSS español, y ello por cuanto entiende la Sala IV, 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.

Ante la situación de un trabajador que en el marco de un ERE se acoge a un proceso de prejubilación en virtud del cual se le reconoce el derecho a una indemnización por despido y el abono de una cantidad destinada a pagar las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social exigido por el art. 51.5 ET en relación con la DA 31 LGSS que se percibe en pagos mensuales y no como cantidad a tanto alzado, la Sala IV, en **STS 07-03-2012 (Rec. 4391/2010)**, reconoce que se debe percibir el subsidio asistencial para mayores de 52 años por no superar la renta computable el 75% del salario mínimo interprofesional, si descontando la suma de los importes de la indemnización por despido abonada mensualmente y de las cuotas también abonadas mensualmente para el pago del convenio especial, a las rentas mensuales percibidas por el trabajador, dicha renta mensual no supera el 75%. Añade la Sala que si hasta una determinada fecha y realizando dichos descuentos, las rentas mensuales no superaban dicho porcentaje, debía percibirse el subsidio hasta el momento en que se superara el mismo.

## **6. Recargo de prestaciones**

Por STS (Pleno), de 30-06-2010 (Rec. 4123/2008), se estableció que puesto que el empresario es deudor de seguridad, para enervar su posible responsabilidad en relación con riesgos profesionales tiene que acreditar haber agotado toda diligencia exigible para evitar dicho riesgo. Pues bien, constatándose que existía normativa en relación con la exposición de los trabajadores a riesgos específicos, particularmente amianto, si bien la empresa incumplió dicha normativa de prevención de riesgos laborales vigente en el periodo temporal en el que el trabajador prestaba servicios sometido a dicho riesgo, la Sala IV del Tribunal Supremo, en **STS 18-05-2011 (Rec. 2621/2010)**, falla en el sentido de que existe nexo causal entre la falta de medidas de seguridad -el centro de trabajo carecía de dispositivos de precaución reglamentarios, no se habían observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad- y el fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional por exposición a amianto durante largos años, por lo que procede imponer a la empresa el recargo de prestaciones.

Acogiendo dicha doctrina, la **STS 16-01-2012 (Rec. 4142/2010)**, en relación con un trabajador que prestó servicios en la década de los setenta del siglo pasado expuesto a amianto, considera que procede imponer dicho recargo (en este supuesto a la empresa Alstom Transporte S.A.), cuando se constata que el fallecimiento del trabajador se produjo como consecuencia de su exposición al amianto y la empresa no adoptó medidas de seguridad contempladas en normativa ya existente desde la década de los sesenta del siglo pasado, no pudiendo imponerse la carga de probar las circunstancias del riesgo ni la manera en que se llevaba a cabo a actividad, a la viuda. Añade la Sala que basta con que se constatare la existencia de la enfermedad profesional y la ausencia de prueba de que se adoptasen medidas especiales de seguridad, para que quepa la imposición del recargo de prestaciones.

Por idénticas razones, en **STS 24-01-2012 (Rec. 813/2011)**, se impone el recargo de prestaciones a la empresa Uralita S.A. por no haberse probado que se adoptasen medidas especiales de seguridad.

Atendiendo a lo establecido en STC 21/2011, de 14 de marzo, que mantiene el principio general de que una sentencia firme del orden contencioso-administrativo vincula al orden jurisdiccional social, de forma que sólo podrán existir pronunciamientos distintos si en la ulterior sentencia se motivan suficientemente las razones por las que se ha llegado a una solución diferenciada, la Sala IV, en **STS 13-03-2012 (Rec. 3779/2010)**, señala que es posible que exista una sentencia del orden social que imponga el recargo de prestaciones aún cuando existía una sentencia del orden contencioso-administrativo que anula la sanción impuesta a la empresa por la autoridad laboral por infracción de las medidas de seguridad, cuando en la sentencia del orden social se han motivado más que suficientemente las razones por las que se adopta una solución diferente.

Por último, señala la Sala IV del Tribunal Supremo, que procede imponer solidariamente a la empresa principal y a la contratista el recargo de

prestaciones por el accidente de trabajo sufrido por un trabajador que conducía una carretilla no disponiendo de permiso de conducción, por cuanto dedicándose ambas empresas a la misma actividad, la empresa principal debe asumir unos deberes de prevención con alcance análogo a los deberes que se imponen a la empleadora directa del trabajador en aplicación del art. 24 LPRL y 11.1 c) RD 1627/1991, y ello porque así lo ha determinado la Sala IV en **STS 20-03-2012 (Rec. 1470/2011)**.

## **7. Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI)**

### *7.1. Compatibilidad pensiones*

El art. 1 de la Orden de 10 de agosto de 1957 establecía que las pensiones de vejez, invalidez y viudedad del Seguro de Vejez e Invalidez (SOVI), son incompatibles entre sí. Por su parte la Disposición Transitoria 7ª LGSS, determinaba que quienes tuvieran cubierto el periodo de cotización en el mismo, conservarán el derecho a causar prestaciones de dicho seguro siempre que no tuvieran derecho a ninguna pensión del sistema de Seguridad Social. La Ley 9/2005 de 6 de junio, incorporó modificaciones en la Disposición Transitoria 7ª LGSS, en particular, contempló “*con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios*”. La Sala IV en **STS 18-07-2011 (Rec. 3970/2010)**, resuelve que dicha modificación afecta a quienes habiendo obtenido una pensión de viudedad de los actuales regímenes de Seguridad Social podrán causar derecho a una pensión SOVI compatibilizando ambas -con los límites en cuanto a su cuantía previstos en dicha Disposición Transitoria 7ª según modificación incorporada por la Ley 9/2005- lo que no ampara, según la Sala IV, es que dicha modificación permita que se compatibilicen dos pensiones del SOVI -en el supuesto enjuiciado una pensión de viudedad y de jubilación SOVI-.

### *7.2. Cotizaciones ficticias en aplicación de lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.*

Las **SSTS 21-12-2009 (Rec. 201/2009)**, y **21-12-2009 (Rec. 426/2009)**, dictadas en Pleno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –doctrina que posteriormente se siguió por las **SSTS 18-02-2010 (Rec. 2217/2009)**, **02-03-2010 (Rc 945/09)**; **26-03-2010 (Rc 2783/09)** y **19-01-2010 (Rc 2035/09)**-determinaron que los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional 44 de LGSS -incluida por la disposición adicional 18, epígrafe 23 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres-, sirven para completar el periodo mínimo de carencia que se exigía en el SOVI para adquirir el derecho a pensión, y ello por cuanto con la entrada en vigor de la Ley Orgánica, se debe seguir un criterio interpretativo que permita la consecución de su objetivo básico -conseguir la igualdad efectiva combatiendo el efecto negativo del embarazo y la maternidad-, de forma que no habiéndose podido cotizar como consecuencia precisamente de la maternidad, debe aplicarse la Ley Orgánica a las prestaciones que se causen a partir de su entrada en vigor, e independientemente de la legislación por la que se rijan.

Pues bien, dicha doctrina, referida a hijos habidos antes del 01-01-1967, se completa con la **STS 12-12-2011 (Rec. 589/2011)**, cuya doctrina se reitera en **SSTS 14-12-2011 (Rec. 1640/2011)**, **23-01-2012 (Rec. 1722/2011)**, **14-12-2011 (Rec. 1640/2011)**, y **23-01-2012 (Rec. 1722/2011)** en el sentido de que dicho beneficio -112 días de cotizaciones ficticias previstas en la Disposición Adicional 44ª LGSS- no puede aplicarse respecto de quien solicita una pensión del SOVI y pretende que se computen las cotizaciones ficticias por el nacimiento de sus hijos con posterioridad al 01-01-1967, y ello por cuanto en este supuesto a diferencia de los anteriores -en que los hijos nacieron antes del 01-01-1967- no podía completarse el periodo de cotización SOVI -por inexistente- cuando nacieron los hijos, si bien sí podrían ser efectivas en el RGSS.

### III. DERECHO PROCESAL LABORAL

#### ***1. Jurisdicción y competencia por razón de la materia***

##### *1.1. Incompetencia del orden social en lo relativo a adquisición de la condición de TRADE*

Aunque se aluda a estas sentencias en el apartado correspondiente, también conviene llamar la atención sobre ellas respecto de la cuestión de competencia que resuelven. En particular, nos referimos las **SSTS 11-7-2011 (Rc 3956/2010)**, **6-10-2011 (Rc 3992/2010)**, **12-7-2011 (Rcs 3258/2010 y 3706/2910)**, **6-10-2011 (Rc 3992/2010)**, **24-11-2011 (Rc 1007/2011)**, **28-11-2011 (Rc 4281/2010)**, **28-11-11 (Rc 857/2011)**, **17-1-12 (Rc 400/2011)**, **4-4-2012 (Rc 1481/2011)**. En todas ellas, por las circunstancias concurrentes, la Sala llega a la conclusión de que no hay contrato de trabajo autónomo económicamente dependiente, por lo que tampoco corresponde al orden social conocer de la reclamación correspondiente. No hay que olvidar, como recuerda esta jurisprudencia que a los contratos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2007 se les aplica el régimen previsto en la misma -disposición transitoria 1ª.3º y disposición transitoria 2ª.2º del Real Decreto 197/2009-, pero para los contratos suscritos con anterioridad se mantiene el régimen anterior -civil o mercantil puros sin incorporación de las garantías sociales- durante los plazos que específicamente se establecen en las disposiciones mencionadas, salvo que se produzca su adaptación a la Ley, momento a partir del cual se aplicarán los preceptos de ésta, lo que sucederá también cuando hayan transcurrido los plazos, siempre que se reúnan las exigencias del art. 11 Ley 20/2007 y se cumpla la exigencia del art. 12.2 Ley 20/2007. Y esta aplicación normativa determina, como es lógico, la competencia de los tribunales del orden social.

Las cuestiones concretas planteadas en estas sentencias son diversas, así, a mero título de ejemplo, la primera de ellas se refería a la impugnación de un cese instada por un trabajador autónomo que desde el año 2000 prestaba servicios para una empresa en la situación de dependencia económica exigida por la Ley, pero respecto del cual no se había producido la adaptación contractual en los términos previstos en la disposición transitoria 3ª de la Ley 20/2007, no habiendo acontecido tampoco la comunicación a la empresa

cliente de la situación de dependencia en la prestación del servicios. La segunda **STS 6-10-2011 (Rc 3992/2010)**, por su parte, declara la incompetencia del orden social para el conocimiento de la reclamación de indemnización por extinción contractual, porque si bien si se había producido la comunicación antes indicada a la empresa cliente, tanto ésta como el cese se habían producido con anterioridad a la vigencia del Reglamento de desarrollo de la Ley 20/2007.

### *1.2. Incompetencia del orden social en relación con decisiones adoptadas por la Administración*

La **STS 6-10-2011 (Rc 21/2011)** reitera doctrina de la Sala sobre la incompetencia del orden social cuando están en juego procedimientos relativos a la negociación colectiva en los que se pactan mecanismos de representación sindical que afectan al colectivo de funcionarios y personal laboral de las Administraciones Públicas. En particular, en este caso el sindicato alegaba que se había lesionado su libertad sindical con la decisión del INSS de no convocarle a las reuniones de la Comisión Provincial de Formación, que afectaba tanto al personal laboral como al funcionario, y que era un órgano técnico delegado de la Mesa Delegada de la Seguridad Social de la que no formaba parte el sindicato accionante. Como advierte la sentencia, es doctrina de esta Sala que la negociación colectiva en la Función Pública, incluida la composición de las “mesas de negociación”, queda excluida de la jurisdicción social, aunque no se impugne el acuerdo o pacto concreto -TS 21-2-08 (Rc 137/06), 6-10-01 (Rc 49/01) y 28-1-04 (Rc 51/03) y ATS, Sala de Conflictos de Competencia 10-7-06 (Conflicto nº 3/06)-.

Por su parte, la **STS 11-10-2011 (Rc 102/2011)** se declara incompetente para conocer de la pretensión del sindicato demandante de que se declare la existencia de lesión de la libertad sindical por la falta de publicación de la anual Orden de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid, que hasta ese momento había venido fijando las subvenciones para las entidades sin finalidad de lucro que habían suscrito convenios con la Administración en el ámbito de formación del profesorado -entre otros el sindicato reclamante-. Para llegar a una conclusión al respecto, la Sala comienza por analizar la naturaleza jurídica del derecho supuestamente infringido, llegando a la convicción de que la formación subvencionada puede integrarse en el contenido del derecho de libertad sindical, pero aclarando, a renglón seguido, que ello no significa que pueda atribuirse competencia al orden social, pues si bien hubiera sido deseable que el legislador hubiese «posibilitado que el orden jurisdiccional social conociera de todo tipo de lesiones al derecho de libertad sindical» (TS 3-2-09 Rc 101/06), no ha sido ésta la opción elegida, habiendo quedado fuera del radio de acción de la jurisdicción social las «pretensiones que versen sobre impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral» [salvo –tras la DF Decimoquinta de la Ley 22/2003– aquellas «cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso»]. Y en este caso la pretensión ejercitada, formalmente dirigida a la protección del derecho fundamental de libertad sindical, en el fondo no suponía sino la impugnación de actos [u omisión de ellos], dictados [o debidos dictar] en

aplicación de la normativa reguladora de las subvenciones en materia de formación educativa.

Conclusión a la que no obsta el argumento sindical de que «no solicita unas subvenciones que, parece ser no fueron presupuestadas, por lo que mal se puede impugnar un acto de aplicación de una norma de la Administración inexistente... sino que concreta que se ha vulnerado su acción y actividad sindical con el comportamiento antisindical de la Administración respecto a los medios instrumentales...». Y ello porque, como entiende la sentencia, se trata de un mero juego de palabras, porque si bien formalmente no se impugnaba decisión administrativa alguna, lo cierto es que se combatían las «consecuencias» de la misma, y éstas son absolutamente inescindibles del «instrumento» de la pretendida lesión: las disposiciones generales y actos administrativos que las materializan y que a la postre son las combatidas.

### *1.3. Incompetencia del orden social respecto de los despidos colectivos - conforme a la LPL-*

En la crónica del año anterior aludimos a una serie de sentencias en las que la Sala se había declarado competente para conocer de la demanda por despido presentada por unos trabajadores afectados por el ERE **-STS 7-2-2011 (Recs 815/2010, 840/2010, 1191/2010, 818/2010), y 14-2-2011 (Rc 1191/2010)-**. Pero, como ya se dijo entonces, esta atribución competencial era excepcional, y traía su causa en que la pretensión de la demanda se basaba en la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre la empresa formal de los actores -IPELSA- y la efectiva destinataria de los servicios -Diputación Provincial de León- sobre la que no se había pronunciado la autoridad laboral. Pues bien, la **STS 9-2-2012 (Rc 874/2011)**, para el mismo supuesto, insiste en esta excepcionalidad para concluir con una declaración de incompetencia porque no corresponde con carácter general a este orden de la jurisdicción pronunciarse en estos casos sobre la identidad del empresario, cuestión que ha de plantearse en el procedimiento administrativo de autorización del despido colectivo, y que ha de resolverse en la resolución del mismo acordada por la autoridad laboral. Como advierte la Sala, en este caso, al contrario que en los precedentes, la responsabilidad laboral de la Diputación de León no se impuso por la existencia de una sucesión de empresa o de una cesión ilegal, sino que la Sala de suplicación atribuyó directamente a la Diputación de León "la condición de empleadora", en aplicación de la jurisprudencia del grupo de empresas. Y, al resolver de esta manera, se adentra en una cuestión resuelta en sentido distinto por la autoridad laboral en el procedimiento de despido colectivo, que al autorizar la extinción de los contratos valoró expresamente la condición de la persona autorizada para despedir.

### *1.4. Incompetencia del orden social. Cuestiones relativas a la devolución de la cantidad aportada por los socios-trabajadores a las empresas Cooperativas*

Cabe plantearse si corresponde al orden social el conocimiento de los pleitos relativos a la devolución de la cantidad aportada por los socios-trabajadores a las empresas cooperativas. A esta cuestión da respuesta de

forma negativa la **STS 21-11-2011 (Rc 4419/2010)**. Como advierte la sentencia, a efectos competenciales hay que distinguir la doble condición que el trabajador tiene en la Cooperativa, que genera una relación societaria y al mismo tiempo una relación de servicios -TS 20-11-06 (Rc 4176/05)-. Y en estos casos el litigio no trae causa en la prestación de trabajo o en sus efectos, sino en la mera condición de socio del trabajador, por lo que corresponde al orden civil su conocimiento. En efecto, las cuestiones relativas al reintegro y reembolso del capital social no se suscitan por la «condición de trabajador» del asociado, ni guardan relación alguna con la prestación de trabajo, que constituye el fundamento de la atribución de competencia al orden jurisdiccional social, sino que atienden a los aspectos societarios de la relación, que son los que priman a la hora de determinar la naturaleza jurídica del vínculo existente entre el socio trabajador y la Cooperativa. Argumento al que se añade el que la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, atribuye competencia a este orden para «las cuestiones litigiosas que se promuevan... c) Entre las... cooperativas de trabajado asociado, y sus socios trabajadores, *exclusivamente* por la prestación de sus servicios»; y aunque esta norma no era aplicable por razones temporales al caso de autos, sí puede «influir» el pronunciamiento de la Sala.

#### *1.5. Competencia del orden social en reclamaciones que traen causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional -conforme a la LPL-*

La producción de una contingencia profesión genera, o puede generar, multitud de responsabilidades, no siendo siempre sencillo delimitar la competencia del orden social para su conocimiento. Esta es la cuestión que se plantea en la **STS 21-9-2011 (Rc 3821/2010)** y en la **STS 13-10-2011 (Rc 4302/2010)**. En la primera se discute la competencia del orden social porque la trabajadora accidentada plantea su reclamación indemnizatoria frente a la entidad empleadora (Renfe), y también frente al conductor involucrado en el evento dañoso. Pues bien, pese a la posible responsabilidad extracontractual demandada la Sala se declara competente, en primer lugar, con base en la imposibilidad de dividir la causa de pedir en los procesos con una pluralidad de litisconsortes, y, en segundo lugar, por el alcance del deber de seguridad del empresario respecto de los trabajadores a su servicio, extensible “a toda la esfera de influencia del contrato de trabajo”. En otras palabras, la responsabilidad contractual del empresario ha de ser enjuiciada en todo caso por el orden social, sin que a ello sea obstáculo el que pueda acompañarla una responsabilidad extracontractual del tercero, que queda “englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo” (TS 22-6-2005). Argumentos a los que suma el hecho de que la regulación laboral de los litisconsortes pasivos -el art. 2 a) LPL- no excluye “a las acciones que unos trabajadores puedan dirigir contra otros con base y a causa de sus respectivos contratos de trabajo” [TS 30-1-08 (Rc 2543/08)].

La segunda de las sentencias señaladas, de **STS 13-10-2011 (Rc 4302/2010)**, atribuye igualmente al orden social la competencia de la reclamación de indemnización por daños promovida por la viuda e hijos de un trabajador de la empresa URALITA, fallecido por enfermedad profesional. En suplicación se había declarado de oficio la incompetencia del orden social con

base en una sentencia de 2006 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en la que se atribuye a los causahabientes la condición de perjudicados por responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y 1903 C.C. La Sala IV del TS en esta sentencia, y en consonancia con lo mantenido en la anteriormente comentada, destaca que la competencia del orden social en materia de accidente de trabajo va más allá del reconocimiento de las prestaciones y del recargo por falta de medidas de seguridad [TS 1-12-03 (Rc 239/03)], porque el empleador asume la obligación en el contrato de "garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo" y esta obligación debe implicar que la no observancia de las normas de seguridad constituye un incumplimiento del "contrato de trabajo", parámetro esencial para determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral (LOPJ art. 9.2 y LPL art. 2). Atribución de competencia que, por lo demás, casa a la perfección con la más reciente jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo [TS 5-1-08 (Rc 4633/00), 15-1-08 (Rc 2374/00)], y con la novedosa asignación competencial llevada a cabo por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, que concentra en el orden social de la jurisdicción la competencia para enjuiciar todas las cuestiones relativas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

#### *1.6. Reducciones salariales de los empleados públicos*

Las **SSTS 14-10-2011 (Rc 192/2010), 5-12-2011 (Rc 65/2011), 19-12-2011 (Rc 64/2011), 22-12-2011 (Rc 41/2011), 31-1-2012 (Rc 184/2010), 18-4-2012 (Rc 192/2011), 30-4-2012 (Rc 180/2011)**, mantienen que corresponde al orden social el conocimiento de las demandas en las que se reclama el mantenimiento de las cantidades salariales previstas en el Convenio Colectivo, frente a la reducción del 5% efectuada con base en la normativa estatal que previó la reducción salarial a los empleados públicos por la coyuntura económica.

Además, en estas sentencias se recuerda que la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de instancia no es un derecho de los accionantes a cuya estimación esté obligado el órgano judicial cuando se lo pida una parte, sino una potestad de dicho órgano. Por ello, no resulta controlable jurisdiccionalmente, por vía de recurso de casación, la negativa al planteamiento de la misma.

## **2. Actuaciones administrativas previas**

Cabe preguntarse qué efecto debe atribuirse a las actuaciones administrativas no comprendidas entre las que dan lugar a reclamación previa, en particular desde la perspectiva de la caducidad de la acción. La cuestión se resuelve en la **STS 29-11-2011 (Rc 1463/2011)** a propósito de la acción del art. 145.1 LPL, manteniendo la Sala que en la medida en que resulta innecesaria la apertura de un expediente previo en estos casos, el despliegue del mismo y su correspondiente notificación no puede producir efectos -favorables o desfavorables-, al no crear una vía previa, de modo que sólo la sentencia que, en su caso, ponga fin a la vía judicial puede crear una situación jurídica trascendente a los intereses del beneficiario. La consecuencia lógica es que la

apertura de dicho expediente no puede producir efecto alguno en el plazo de caducidad correspondiente.

### **3. Cuestiones comunes del proceso**

#### *3.1. Proposición y práctica de prueba*

Se discute en el recurso que resuelve la **STS 20-7-2011 (Rc 848/2010)** si puede considerarse una renuncia a la práctica de la prueba -de interrogatorio sobre la realización de horas extraordinarias- la falta de reiteración de su proposición una vez concluida la fase de alegaciones, cuando había sido solicitada con anterioridad al acto del juicio. La Sala comienza recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva sólo faculta para exigir la recepción y práctica de las que pruebas pertinentes, y que las pruebas deben proponerse en el momento procesal oportuno, para concluir que la exigencia de la proposición previa se considere cumplida cuando: a) la prueba de interrogatorio de parte se está practicando a instancia de la otra parte y se trata de que las demás partes puedan hacer uso de la facultad el art. 306 LECv, y b) lo que se pretendía acreditar a través del medio de prueba denegado tenía plena relevancia en el pleito.

#### *3.2. Pruebas de detectives*

La **STS 13-3-2012 (Rc 1498/2011)** se pronuncia sobre la admisibilidad de la prueba de detectives para el control del objeto de dedicación del crédito horario un representante de los trabajadores, recordando, en primer término, la doctrina de la Sala sobre el derecho de los representantes a desempeñar sus funciones “sin ser sometidos a vigilancia singular”, debiendo presumirse el correcto uso del crédito horario, lo que obliga a una interpretación estricta de la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario sea manifiesto y habitual. Dicho esto la sentencia considera que la aceptación en el caso de autos de la prueba de detectives es conforme a derecho, por darse la singularidad de que la contratación de los detectives para vigilar al trabajador no se produjo por solicitar éste el crédito horario, sino porque la comercial había constatado que el trabajador, dueño de un negocio similar al del empresario, sólo solicitaba el crédito sindical cuando recibía un pedido de uno de sus cliente, sospechando que dicho crédito se empleaba, precisamente, para la atención del pedido. En otras palabras, la empresa ya conocía el indebido uso y sólo necesitaba acreditarlo, por lo que entiende la sentencia que «sólo en el contexto del supuesto concreto puede entenderse la vigilancia del trabajador». Se trata, pues, no de una doctrina general, aplicable a todos los casos de control del crédito horario, sino de un pronunciamiento excepcional, en atención a las particulares circunstancias concurrentes en el caso de autos.

#### *3.3 Vinculación respecto de sentencias previas*

Como se sabe, el efecto positivo de la cosa juzgada supone una especial vinculación entre dos sentencias, de tal modo que lo decidido por la

resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en el segundo cuando la primera actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda. Siempre, como es lógico, que concorra identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos y la conexión entre los pronunciamientos. Requisitos que considera la Sala concurrentes en el caso de la **STS 2-11-2011 (Rc 85/2011)**, en el que el trabajador reclamaba al abono de las diferencias por el trabajo de categoría superior, correspondientes a cierto periodo, existiendo sentencia previa sobre un periodo diferente. Como destaca la sentencia, las partes del proceso son las mismas y no han cambiado las funciones ejercitadas, siendo la única diferencia los periodos reclamados, divergencia irrelevante a estos efectos, pues el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad.

### *3.4. Reglas para la imposición de la multa de temeridad*

Aunque referida a la cuantificación de la indemnización en los supuestos de lesión de derechos fundamentales, la **STS 15-2-2012 (Rc 67/2011)** merece también una mención especial en cuanto a la doctrina que contiene a propósito de la imposición de multas de temeridad. En el caso dicha multa se había impuesto al sindicato demandante por sostener que había sido objeto de una lesión del derecho de libertad sindical sin efectuar actuación probatoria sobre el trato desigual que alegaba respecto del resto de secciones sindicales. Pues bien, la sentencia, tras recordar que la ley atribuye a los tribunales de instancia la posibilidad de imponer la multa a los litigantes que hubiera obrado de mala fe o con notoria temeridad (art. 97.3 LPL), y advertir que tal posibilidad tiene un innegable margen de discrecionalidad, pero que su imposición requiere indefectiblemente del ejercicio de pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia [TS 4-10-01 (Rc 4477/00) y 27-6-05 (Rc 168/04)]; llega a la convicción de que no procedía en el caso de autos.

### *3.5. Caducidad de la acción y ampliación de la demanda*

La **STS 6-3-2012 (Rc 1870/2011)** -con voto particular- considera no caducada la acción de despido pese a procederse a la ampliación de la demanda fuera del plazo de veinte días, porque en este caso la demanda inicialmente se había presentado sólo contra quien aparecía formalmente como empleador y había efectuado la extinción, y la ampliación de la misma frente al tercero que podía ser el verdadero empresario superado el plazo indicado se había producido sin acreditar que el trabajador conociese en el momento del despido, siquiera de forma mínima pero suficiente para justificar su pretensión, los vínculos reales o las ilegalidades jurídicas de las relaciones entre las partes. Supuesto no comparable al de TS 15-11-06 (Rc 2764/05), en la que se había llegado a la solución contraria porque constaba que el despido tenía datos suficientes en la fecha del despido para poder dirigir la demanda contra la otra empresa.

## *4. Procesos especiales*

### *4.1. Acumulación de acciones extintivas individuales*

La **STS 9-5-2011 (Rc 4280/2010)** admite la posibilidad de ejercitar la acción de tutela de un derecho fundamental por la modalidad procesal específica de la LPL -alegando acoso moral- después de haberse tramitado, también por acoso, un proceso de extinción de la relación laboral a instancias del trabajador que finalizó con acuerdo en conciliación preprocesal de reconocimiento de la indemnización del art. 50 ET pero “con reserva por parte de la trabajadora de acciones de tutela de derechos fundamentales...”. Como señala la sentencia, aunque por razones de economía procesal se permita legalmente el ejercicio conjunto de ambas acciones, ello no significa que tengan que ejercitarse ambas “inexcusablemente” por la vía del proceso de extinción -TS 3-4-97 (Rc 3455/96), 11-3-04 (Rc 3994/02), 25-11-04 (Rc 6139/03)-. Dándose en este caso una ausencia de transacción respecto de la concreta acción de tutela del derecho fundamental por la señalada reserva de acciones.

Lo mismo acontece cuando se trata del ejercicio de la acción de tutela indemnizatoria de los derechos fundamentales y de un despido. Como se advierte en la **STS 13-6-2011 (Rc 2590/2010)**, la decisión empresarial extintiva no ejerce fuerza atractiva sobre «las restantes manifestaciones de la conducta hostigadora», hasta el punto de vincular la denuncia de ésta a un necesario proceso por despido y someterla igualmente al plazo de caducidad previsto para esta modalidad procesal. La acumulación de acciones queda en manos del actor en estos casos, pues el objeto de ambas pretensiones es completamente diferente -pérdida del empleo en el despido con derecho a la indemnización legalmente tasada, y daño moral producido por la conculcación del derecho fundamental en la extinción del art. 50 ET, con derecho a la indemnización prevista en el CC-. Además la fórmula legal del art. 182 LPL -«se tramitarán inexcusablemente»- sólo ordena la modalidad procesal cuando se pretenda la nulidad de un despido por lesión de un derecho fundamental, sin que pueda entenderse en el sentido de que mediando despido la indemnización atribuible a la lesión del derecho fundamental necesariamente haya de pretenderse en el proceso por despido.

En la otra cara de la moneda, la **STS 27-2-2012 (Rc 2211/2011)** admite que se reconozca una indemnización ex artículo 50 ET cuando la acción se acumula a la de despido, habiendo quedado acreditado que concurren las causas para la extinción a instancias del trabajador con anterioridad a las conductas sancionadas precedentemente con el despido. Como recuerda la sentencia la acumulación de ambas acciones (art. 32 LPL) permite evitar que el trabajador eluda a través del ejercicio de la acción resolutoria las consecuencias de un despido que prevé inminente y que el empresario enerve la posible acción resolutoria mediante un despido rápido -TS 23-12-96 (Rc 2205/96), 25-1-07 (Rc 2851/05), 10-7-07 (Rc 604/06)-. Y en cuanto al orden en que deben conocerse ambas acciones, la cuestión depende de que las dos acciones respondan a la misma causa o, por el contrario, sean independientes, en el bien entendido que el incumplimiento empresarial alegado para fundar la voluntad resolutoria del trabajador nada tenga que ver con la falta que se impute a éste en la carta de despido. En el primer caso deben solventarse ambas cuestiones, sin excluir las garantías procesales establecidas para el proceso de despido (art. 106.1 LPL), dando repuesta en primer lugar a la

acción que se considere que está en la base de la situación del conflicto -TS 23-12-96 (Rc 2205/96)-. En el segundo caso es posible el análisis autónomo de una y otra conducta y la fijación del orden a seguir en la respuesta, pero dando prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma -TS 27-11-08 (Rc 3399/07)-, si bien su éxito no impedirá el examen, y decisión, en su caso, de la otra acción -también TS 10-7-07 (Rc 604/2006)-. Doctrina que permite a la Sala concluir en el caso de autos con el reconocimiento de indemnización indicado, pues cuando se produjeron los hechos justificantes del despido ya existían los incumplimientos empresariales que permitían al trabajador instar la resolución indemnizada, y este derecho no desaparece por la circunstancia de que se produzca un despido posterior.

#### 4.2. Imposibilidad de acumular al proceso de conflicto colectivo pretensiones individuales -y alcance del proceso especial-.

Es doctrina consolidada de la Sala -por todas, TS 6-3-98 (Rc 1535/97), 31-10-00 (Rc 4547/99)-, que se recuerda ahora en **STS 11-10-2011 (Rc 200/2010)**, que no resulta posible acumular al proceso de conflicto colectivo pretensiones individuales. Imposibilidad que se mantiene en esta sentencia respecto de la pretensión de interés colectivo y general de declarar ilegal la desconvocatoria de una huelga y la de vocación individual de que se condene a determinado sindicato y a ciertas personas por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la conducta ilegal descrita. Como advierte la sentencia, una cosa es calificar la legalidad o ilegalidad de una huelga, tras la que se esconde un interés general de todos los trabajadores llamados a ella o que la secundaron, y otra distinta la reparación del daño causado con la misma, que se produce a personas físicas o jurídicas determinadas, y respecto de la que no se puede predicar la concurrencia de un interés general, lo que impide su incardinación en el proceso de conflicto colectivo, conforme al art. 151.1 LPL. No en vano, el fallo de la sentencia que resuelve un conflicto colectivo es declarativo y no constituye "un título suficiente" para la satisfacción del derecho reconocido, sino que constituye una "actio rei indicatae" para el planteamiento de las correspondientes demandas individuales encaminadas a la satisfacción de derechos concretos -doctrina que también se recuerda en **STS 15-3-2011 (Rc 142/2010)**-.

Argumentos a los que se suma la regla del art. 27.1 LPL que prohíbe la acumulación de acciones cuando el Tribunal ante el que se ejercitan no es competente para tramitar y resolver todas, lo que acontecía en este caso, pues la Audiencia Nacional, que había conocido del conflicto colectivo, no era competente (art. 8 LPL) para conocer de la pretensión individual de resarcimiento de daños causados en el ejercicio del derecho de huelga [TS 27-12-06 (Rc 64/05)]. Así las cosas, cuando, como en el caso de autos, la demanda acumula ambas pretensiones y se plantea por el cauce procesal del conflicto colectivo, hay que entender que por economía procesal debe conocerse exclusivamente de la pretensión principal de la demanda -ilegalidad de la desconvocatoria-, dejando imprejuzgada la subsidiaria de reparación de daños.

En otro orden de cosas, la **STS 18-4-2012 (Rc 116/2011)** considera que debe encauzarse por este procedimiento especial la pretensión de cumplimiento de disposiciones de convenio colectivo relativas a la actualización de tablas salariales y sobre la procedencia o no de revisar un determinado complemento salarial llamado "plus de equiparación". Como mantiene la sentencia, la negativa al pago de los conceptos salariales en litigio puede ser impugnada por esta vía cuando, como ocurre en el caso, al menos respecto del plus litigioso tal negativa se sostiene con argumentos jurídicos.

#### 4.3. Coexistencia procesal de la extinción por voluntad del trabajador y del despido colectivo

Las **SSTS 13-4-2011 (Rcs 471/2010 y 2149/2010)**, **11-7-2011 (Rc 3334/2010)** descartan la posibilidad de ejercitar la acción de extinción del contrato por impago de salarios ex art.50.1.b) ET, cuando en el momento en que se dicta la sentencia de instancia el contrato ha sido extinguido en virtud de un auto del Juzgado de lo Mercantil que, en el marco de un procedimiento concursal, declara con carácter colectivo la extinción de los contratos (imposibilidad a la que ya se aludía en TS 26-10-10, con voto particular). No en vano, para el ejercicio de la acción individual señalada es preciso que el contrato esté vivo al dictarse la sentencia y la resolución de efectos colectivos tiene carácter constitutivo y en ella se declara extinguida la relación en la fecha que indica.

#### 4.4. Cuestiones varias sobre el proceso de despido -carga de la prueba de la existencia del despido, Juzgado competente para la consignación de la indemnización ex art. 56.2 ET, e imposibilidad de revisar el oficio los efectos de la declaración de nulidad del despido-

La legislación laboral no aclara sobre qué parte pesa la carga de probar la existencia de un despido cuando el trabajador afirma su existencia y el empresario la niega. Pero, como advierte la **STS 19-12-2011 (Rc 882/2011)**, debe jugar también en este caso la regla general de que la carga pese sobre quien alega la existencia del despido -art. 217.2 LECv-, sin que pueda moderarse dicha carga por una mayor facilidad probatoria para el empresario, porque el trabajador puede dirigirse al empleador, dejando constancia de ello, requiriéndole para que le admita al trabajo, mientras que para el empresario, en tanto no oponga un abandono del trabajador, tal prueba constituiría un hecho negativo.

En otro orden de cosas, la **STS 6-2-2012 (Rc 4067/2010)** recuerda la doctrina de la Sala sobre el juzgado competente para recibir la consignación de la indemnización por despido, a efectos de limitar el pago de los salarios de tramitación -**SSTS 4-11-2008 y 30-6-2011 (Rcs 3932/07 y 4336/10)**-. Como señala esta sentencia debe aplicarse el art. 10.1 LPL -por el silencio del art. 56.2 ET-, que alude a dos fueros alternativos para conocer de la demanda -lugar de prestación de los servicios y domicilio del demandado-, siendo, por tanto, válido y liberador de los salarios de trámite el depósito efectuado en cualquiera de esos dos lugares. Conclusión que resulta coherente con la ausencia de concreción en el RD 467/2006, de 21 de abril, regulador de los

depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores, que en esta materia remite simplemente al Juzgado de lo Social territorialmente competente, sin aclarar cuál es éste cuando son distintos los lugares del domicilio de la empresa y el de la prestación de los servicios. Esta doctrina se reitera en **STS 22-3-2012 (Rc 1242/2011)**.

Por último, la **STS 16-4-2012 (Rc 1467/2011)** rechaza la posibilidad de que el juez de oficio varíe los efectos de la declaración de despido nulo, dando opción al trabajador para extinguir el contrato con las indemnizaciones correspondientes. Como advierte la sentencia la protección del derecho fundamental cercenado no ha de conllevar siempre la extinción del contrato, pues dependerá de las condiciones en que se produzca la readmisión, siendo el trabajador quien debe valorarlas, sin que pueda aceptarse que el juez en el momento del fallo, varié de oficio el efecto que la ley establece para la declaración de despido nulo. Debe ser el trabajador, quien tras valorar los términos de la readmisión solicite, en su caso, en ejecución de sentencia la indemnización correspondiente. Conclusión a la que contribuye la nueva LRJS, que prevé de modo expreso (art. 286) que en los casos en los que resulte imposible la readmisión del trabajador se le dé la posibilidad de optar por la extinción indemnizada, pero a su solicitud y en el trámite de ejecución de sentencia.

#### 4.5. Proceso de tutela de la libertad sindical. Legitimación y cuantificación de las indemnizaciones

Como se sabe, la libertad sindical no ampara la actuación de los órganos unitarios (TC 118/1983, 98/1985 y 165/1986). Ahora bien, esta doctrina consolidada no ha impedido que la Sala en **STS 30-6-2011 (Rc 3511/2010)** reconozca legitimación para el proceso de tutela de la libertad sindical a un miembro sindical de un comité de empresa, que a título individual había impugnado ciertas decisiones empresariales que obstaculizaban el uso del crédito horario. El argumento para tal reconocimiento se centra, a entender de la Sala, en el hecho de que la restricción en cuanto al derecho fundamental se refiere a la vertiente colectiva de la libertad sindical, sin alcanzar a la posibilidad de ejercicio del derecho en la vertiente individual a través de personas físicas (STC 134/1994). De modo que como en el caso de autos se impugnaba una negativa empresarial dirigida a la demandante de manera individual negándole la posibilidad de disfrute del crédito horario sindical, puede entenderse que se cercena el art. 28.1 CE en orden al ejercicio de la acción sindical. Como destaca la sentencia, en la demanda no se instaba el reconocimiento del derecho al desempeño de la labores de representación de los trabajadores del art. 68. e) ET, sino que se fundaba en la propia LOLS, lo que permita la posibilidad de encauzar la demanda por el proceso especial de tutela de la libertad sindical. Doctrina que en el mismo sentido se recoge en **STS 30-6-2011 (Rc 2933/2010)**.

Por su parte, es sobradamente conocido que el derecho a indemnización por lesión de un derecho fundamental no resulta automáticamente de la acreditación de la lesión, siendo imprescindible que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la

indemnización que reclama, de la justificación de su procedencia -dando las razones que avalen y respaldan su pretensión-, acreditando al menos indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena [por todas, TS 24-6-09 (Rc 3412/08)]. Ahora bien, una vez cubiertas las exigencias descritas pasa a la parte demandada la carga de acreditar los elementos que justifiquen la denegación de la indemnización [TS 19-7-10 (Rc 540/2009)].

Ésta es la doctrina mantenida hasta el momento, no obstante, la **STS 15-2-2012 (Rc 67/2011)** -a propósito del de libertad sindical por la falta de puesta a disposición de un local ex art. 8.2 c) LOLS- da un paso más, al entender que como no se habían alegado y concretado los daños materiales resultantes de la lesión, la cuestión queda limitada a los perjuicios inmateriales derivados de la propia lesión del derecho fundamental, para cuya cuantificación resulta oportuno, y aquí está lo interesante de la sentencia, acudir a parámetros prestados del régimen jurídico de otras instituciones, como los elementos para la cuantificación de las sanciones de la LISOS (empleo aceptado por la STC 247/2006). Aplicación que no se llevará acabo de forma sistemática y directa, sino mediante el uso racional de algunas de sus cifras, atendiendo a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental.

#### *4.6. Legitimación activa en los procesos de Seguridad Social*

La Sala ha tenido ocasión de aclarar, en varias ocasiones, que la legitimación para impugnar decisiones del INSS sobre declaraciones de incapacidad permanente no se limita a los beneficiarios de la prestación o a sus causahabientes, sino que la empresa o la Mutua pueden tener algún interés que justifique el ejercicio de acciones judiciales. Así, la **STS 4-4-2011 (Rc 556/2010)** reconoce a la empresa legitimación activa para solicitar la revisión hacia un grado inferior de la incapacidad permanente reconocida por el INSS. Y ello pese a que en este caso la empresa ya había impugnado sin éxito otra resolución de la entidad gestora que la declaraba responsable en el accidente determinante de la incapacidad, con imposición en abstracto del recargo de prestaciones. La ausencia de responsabilidad empresarial por defectos en el alta o en la cotización, y el que no se discuta la imposición de un recargo, no empecen para tal atribución de legitimación porque resulta claro el legítimo y efectivo interés empresarial en un pleito que incide directamente en su patrimonio, pues el reconocimiento de la prestación genera una obligación de pago para la comercial, que al reclamar un grado inferior persigue una condena de menor cuantía, sin que el nuevo pleito pueda, eso sí, pronunciarse nuevamente sobre el recargo ya fijado en el anterior proceso.

En la otra cara de la moneda, la **STS 10-5-2011 (Rc 2739/2010)** niega a la Mutua condenada a abonar el capital coste de la pensión legitimación activa para impugnar la resolución del INSS que reconoce una pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional, porque la asunción del coste por la vía de la opción abierta por la disposición adicional 1ª de la Orden de 27-12-2005 no se ajusta a la legalidad vigente y no puede alterar la configuración de la relación de protección. Reconocer legitimación a la entidad colaboradora, acarrearía un perjuicio injustificado al beneficiario de la prestación, al permitir la apertura de un frente artificial de litigiosidad en esta

materia. Además, con ello no se ocasiona indefensión a la Mutua porque el reconocimiento de la pensión no crea de forma automática la obligación de abonar el capital coste; obligación que tendrá que ser declarada por el organismo gestor competente y que podrá ser impugnada por la Mutua alegando la ilegalidad de la opción.

Y la **STS 15-12-2011 (Rc 812/2009)** descarta la posibilidad de que las Mutuas puedan reclamar directamente por vía judicial el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. No puede reconocérseles legitimación activa a estos efectos porque la competencia para exigir el reintegro de dichas cantidades corresponde únicamente a la TGSS en virtud del RD 1993/1995, de 7-12 art. 84. Para llegar a esta conclusión recuerda la Sala, en primer término, que los reintegros de prestaciones indebidas constituyen un recurso del sistema de la Seguridad Social según el art. 1.1.m) del RD 1415/04, y la competencia exclusiva para la gestión de la recaudación de dichos recursos corresponde a la TGSS (art. 2.1 RD 1415/2004). De otro lado, el art. 84 del RD 1993/1995, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas (en la redacción aplicable al caso, pues ha sido reformado por RD 1622/2011), prevé que las Mutuas comunicarán a la TGSS sus acuerdos y las resoluciones judiciales por los que se declare la existencia de cantidades indebidamente percibidas «para que por aquélla se proceda a exigir su reintegro» con arreglo a las normas establecidas en el RD 1637/1995 --Reglamento general de recaudación--, que, a su vez, dispone que cuando no sea posible la aplicación del procedimiento especial de reintegro por descuento, la TGSS recaudará de los sujetos responsables el importe de las prestaciones indebidas. Así las cosas, hay que entender que existe un procedimiento específico que atribuye a la TGSS, con carácter exclusivo, la competencia para exigir al deudor el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (previa comunicación por la Mutua correspondiente del acuerdo o resolución judicial que declara su existencia). Una vez obtenido el ingreso, la Tesorería procederá a transferirlo a la Mutua, «momento en el cual –según la nueva redacción dada al art. 84 del Reglamento de colaboración de las Mutuas-- se imputarán a su presupuestos de gastos, como minoración de las obligaciones del ejercicio corriente».

#### **5. Incidencia en el orden social de una sentencia firme que anula la sanción impuesta en materia de recargo**

Se pronuncia la **STS 13-3-2012 (Rc 3779/2010)** sobre la incidencia que una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, anulatoria de la sanción impuesta a la empresa por infracción de medidas de seguridad, puede tener en la sentencia del orden social en la que se resuelva sobre el recargo de prestaciones ex LGSS art. 123 por infracción de medidas de seguridad. No hay que olvidar, en este sentido, que el art. 42.5 LISOS dispone que «*La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social*». Se trata, por tanto, de decidir si la sentencia firme del orden contencioso-administrativo debe aplicarse

de forma automática y vinculante en el orden social o, si por el contrario, puede la Sala social separarse de ella razonándolo suficientemente.

Para llegar a una conclusión al respecto la sentencia recuerda la doctrina constitucional, contenida entre otras en la TC 21/2011, 14-3, que consiste básicamente en el respeto del principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social, pero posibilitando la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria. Pues bien, la sentencia ahora glosada advierte que la Sala asume, como no podía ser de otro modo, esa doctrina, y resuelve para el caso concreto que la sentencia recurrida, aunque contiene un pronunciamiento distinto al del orden contencioso-administrativo, exterioriza una motivación detallada y suficientemente que le permite llegar a conclusión diversa sobre la procedencia del recargo.

## **6. Recurso de suplicación**

### *6.1. Recurribilidad de las sentencias*

La **STS 13-12-2011 (Rc 702/2011)** abre la puerta al recuso de suplicación a las pretensiones sobre complementos a mínimos cuando el importe concreto de lo reclamado no alcanza el umbral legal -ya se había mantenido así en TS 2-4-07 (Rc 5355/05)-. Como recuerda la sentencia la naturaleza y finalidad esencial de los complementos a mínimos es garantizar al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por lo que pueden considerarse prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, que exigen el cumplimiento de unos específicos requisitos y que se presentan como un derecho segregado (art. 50 LGSS), y el art. 189.1.c) LPL declara expresamente la recurribilidad de los «procesos que versen sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social» con independencia de su cuantía. Además, la Sala también ha dado acceso al recurso al reconocimiento del incremento del 20% en la pensión de incapacidad permanente total por presentar una relativa autonomía (TS 22-5-95 (Rc 2559/94 y 4-5-04 (Rc 982/03); al complemento equivalente al 50% de la pensión en gran invalidez, a las lesiones permanentes no invalidantes denegadas en vía administrativa (TS 10-10-07 (Rc 2280/06), y a la pretensión de otra indemnización con fundamento en apartado distinto del baremo (TS 6-4-09 (Rc 154/08). Argumentos a los que se suma el principio *pro actione*, que impone la interpretación de las normas procesales más favorables al acceso al recurso.

Por su parte, la **STS 24-4-2012 (Rc 3090/2011)** recuerda la doctrina de la Sala sobre la recurribilidad de las cuestiones de conciliación que no tienen perfecto encaje en el art. 138.bis, que tiene por objeto, como se sabe, “la concreción horaria y la determinación del período de disfrute” en los casos de reducción de jornada. La Sala ya había dicho que debía estarse a los términos de lo solicitado en la demanda, de manera que si lo pedido era “la declaración del derecho del trabajador a disfrutar de un nuevo horario de trabajo” en un

supuesto de “no reducción de jornada”, la pretensión, al no considerarse incluida en el art. 37.6 ET, tenía acceso a suplicación -TS 13-6-08 Rec 897/07, 18-6-08 Rec 1625/07-. Regla que aplica la Sala en esta sentencia a un supuesto en el que se deniega a la actora, trabajadora que ya tenía reconocida la reducción de jornada por cuidado de hijo, su pretensión de cambiar de turno también por razones de conciliación familiar.

#### *6.2. Absolución en suplicación por falta de oposición de la otra parte a la absolución de instancia*

La Sala ya había tenido ocasión de mantener que «no es óbice para realizar un pronunciamiento de condena frente a una determinada empresa el hecho de que los trabajadores no recurrieran en su momento la absolución en la sentencia de instancia de dicha empresa» -TS 12-3-96 (Rc 945/95), 6-2-97 (Rc 1886/96), 13-10-99 (Rc 3001/98), 20-12-99 (Rc 5049/98) y 24-3-03 (Rc 3516/01)-. Doctrina de la que se sirve la **STS 14-3-2012 (Rc 2922/2011)** para declarar la incongruencia de la sentencia de suplicación que absuelve a la empresa no recurrente, simplemente porque fue absuelta en la instancia sin que el trabajador demandante impugnase ese pronunciamiento, y ello pese a que en instancia se había declarado indefinida la relación del trabajador pero no se había condenando a la señalada comercial por considerar que se había producido una sucesión empresarial, que determinaba la responsabilidad de la segunda empresa. Según la sentencia comentada, la resolución atacada es incongruente en la medida en que su fallo absolutorio de la segunda empresa se cimienta en la inexistencia de sucesión empresarial, sin variar la consideración de instancia sobre el carácter indefinido de la relación, lo que hubiese obligado a condenar a la primera empresa por las consecuencias del despido improcedente, sin que su absolución pueda sustentarse en el ya indicado argumento de no impugnación por el trabajador de la absolución de instancia. En todo caso, la Sala en lugar de anular actuaciones por incongruencia opta, por economía procesal, por directamente condenar a la primera comercial por despido improcedente.

#### *6.3. No consideración como documentos de la prueba de grabación de imagen y sonido*

El art. 191 b) LPL permite, como se sabe, fundamentar en una prueba documental la revisión de hechos probados. Ahora bien, la norma no aclara si en tal concepto puede considerarse incluida una grabación de imagen y sonido. La cuestión ha sido resuelta en la **STS 16-6-2011 (Rc 3983/2010)** negando tal posibilidad. Como se advierte en la sentencia, la LPL admite de forma expresa este medio de prueba (art. 90), pero no prevé regulación al respecto, lo que obliga a aplicar supletoriamente la LECv, que da un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental, tanto en su regulación, como en su diferente valor probatorio, y en otras muchas cuestiones. Además, en el proceso laboral la forma de práctica de una y otra prueba es diferente –de la documental hay que dar traslado a las partes en el acto del juicio, mientras que la práctica de la prueba de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se realiza en último lugar, una vez se han practicado todas las pruebas--.

Argumentos que excluyen la consideración de estas pruebas como documentos a efectos del recurso de suplicación y a los que se suma el propio carácter extraordinario del recurso de suplicación, que obliga a interpretar restrictivamente la referencia legal -para la revisión de hechos- a la prueba documental.

## **7. Recurso de casación para unificación de doctrina**

### *7.1. Alcance de la exigencia de contradicción*

Es doctrina ya consolidada de la Sala que únicamente en caso de ausencia manifiesta de jurisdicción e incompetencia funcional, puede prescindirse de la contradicción generalmente requerida en el recurso de casación unificadora. Y ello porque la contradicción es un requisito esencial y la verdadera “ratio essendi” del recurso y cumple una función nomofiláctica de depuración del ordenamiento en su aplicación por jueces y tribunales. Pues bien, esta doctrina es llevada a sus máximas consecuencias en la **STS 1-6-2011 (Rc 3069/2006)**, en la que, con amplio voto particular, se hace primar la exigencia de contradicción incluso frente al efecto de cosa juzgada que en los procesos individuales produce una sentencia firme de conflicto colectivo (art. 158.1 LPL). Este efecto, según sostiene la sentencia, conlleva la suspensión de los procesos individuales pendientes de tramitación, pero cuando los procesos individuales ya se han resuelto en instancia y en suplicación, la presentación de un recurso de casación unificadora no obstará para el análisis de la contradicción -la cuestión ha quedado zanjada con la nueva LRJS en sentido contrario-.

En realidad esta doctrina no es más que otra manifestación de la interpretación estricta de la exigencia de contradicción por la que ha venido optando la Sala, que ha llevado incluso a sostener que aunque dos sentencias contemplen la misma realidad, no puede apreciarse contradicción cuando la proyección de esa realidad en el proceso sea diferente. Y ello porque en esa discrepancia entre la verdad material y la procesal debe primar la segunda a efectos de contradicción, pues ésta resulta de la comparación no de los hechos en sí mismos, sino de los hechos tal como aparecen acreditados en las sentencias -doctrina contenida en TS 30-10-07 (Rc 1766/06), 10-5-05 (Rc 6082/03), que se rememora ahora en **STS 15-9-2011 (Rc 2816/2010)**-.

Precisamente por esta dificultad a la hora de apreciar la contradicción, hay determinadas materias que se consideran impropias de este recurso, porque en ellas la valoración individualizada de las circunstancias de hecho resulta determinante. Así acontece especialmente con la valoración de las causas de despido disciplinario. No en vano, como se advierte en **STS 14-7-2011 (Rc 3060/2010)**, este singular instrumento procesal “no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y por ello se resisten a la tarea de unificación doctrinal” y al establecimiento de “criterios generales de interpretación” -recordando TS 19-1-11 (Rc 1207/10)-.

Ahora bien, también ha aclarado la Sala que cuando se trata de litigios complejos no es preciso que concurra contradicción respecto de todas las cuestiones planteadas, sino que es suficiente con que la identidad acontezca respecto de uno de los temas a debate, siempre que pueda tener trascendencia en orden a la revisión del fallo **STS 3-10-2011 (Rc 3823/2010)**.

Por lo demás, la descrita interpretación estricta de la exigencia de contradicción, no ha impedido que en el periodo correspondiente a esta crónica la Sala haya admitido la existencia de la misma en algunas materias que tradicionalmente han tenido muy complicado el acceso a casación, tales como el reintegro de gastos médicos -**STS 13-12-2011 (Rc 4114/2010)**, **30-1-2012 (Rc 4753/2010)**, **31-1-2012 (rc 45/2011)**- o el recargo de prestaciones -**STS 18-5-2011 (Rc 2621/2010)**, **16-1-2012 (Rc 4142/2010)** y **24-1-2012 (Rc 813/2011)**, **30-1-2012 (Rc 1607/2011)**, **1-2-2012 (Rc 1655/2011)**, **14-2-2012 (Rc 2082/2011)**, **26-4-2012 (Rc 3631/2011)**, que resuelven sobre la carga probatoria para la imposición del recargo de prestaciones o para el reconocimiento de indemnizaciones por daños, en caso de exposición al amianto, cuando consta la existencia de la enfermedad profesional, del daño causado y la ausencia de prueba de que se adoptasen medidas especiales de seguridad-.

## *7.2. Cita y fundamentación de la infracción legal*

En relación con este punto merece particular alusión la **STS 3-4-2012 (Rc 3363/2010)** en la que se considera descuidada la exigencia legal de cita y fundamentación de la infracción legal por referirse la parte recurrente al art. 24 CE cuando en realidad lo que atacaba era que el juzgado hubiese recurrido a la citación por edictos cuando ya se había practicado sin éxito la citación de la empresa en el domicilio que constaba en el Registro Mercantil. Como mantiene la sentencia, la atribución de una garantía que excede del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva -el “contra-amparo”: SSTC 21/2000 y 298/2006-, no puede constituir vulneración alguna del derecho a la tutela judicial. Hubiese resultado necesario que el recurrente invocase una norma de la legalidad ordinaria que prohibiese otorgar la tutela dispensada, que tampoco puede ser el art. 59 LPL que, simplemente, condiciona el recurso a la citación por edictos a que se hayan agotado los otros “medios razonables”.

## **8. Recurso de revisión**

### *8.1. Maquinación fraudulenta*

Como sostienen las **TS 15-7-11 (Rc rev 32/09)** y **29-11-11 (Rc rev 8/10)** no puede considerarse maquinación fraudulenta el hecho de que el trabajador señale como domicilio de la empresa el que se hace constar en toda la documentación relativa a la relación laboral, y que figura en el registro mercantil, por mucho que las citaciones resulten fallidas. No en vano, la maquinación fraudulenta supone un artificio que de modo artero conduce al error, por lo que la causa de la vigente art. 510.4 LECv requiere la concurrencia de un elemento subjetivo -que la maquinación haya sido realizada personalmente o con auxilio de un tercero por la parte que ha obtenido un

pronunciamiento favorable-, incumbiendo a la parte actora la carga de la prueba acerca de la veracidad de los hechos que alega como integrantes de la maquinación fraudulenta. Y ello, como se advierte en la segunda sentencia, «aunque el trabajador tuviera conocimiento de que la notificación o citación resultaba fallida, la Ley no le impone ninguna obligación al respecto puesto que no era la parte la encargada de practicar tales citaciones y tampoco podía señalar otro domicilio distinto ya que en ningún momento fue requerido para ello, ni se puede asegurar que tuviese conocimiento de otro domicilio de la empresa».

Por lo demás, como se advierte en la **STS 5-12-2011 (Rc rev 17/2010)**, en la medida en que esta causa de revisión solo cabe respecto de conductas pensadas y dirigidas a *ganar injustamente* la sentencia cuya rescisión se pretende, únicamente pueden merecer tal consideración las conductas previas al momento en que se dicta la sentencia atacada, no las posteriores por muy reprobables que resulten.

## 8.2. Existencia de sentencia penal

Como se sabe el art. 86.3 LPL dispone que “si cualquier cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el Juez o Sala de lo Social la vía del recurso de revisión regulado en la Ley Enjuiciamiento Civil”. Pues bien, como aclara la **STS 27-9-2011 (Rc rev 12/2011)** esta regla no puede ser objeto de una aplicación extensiva. De manera que para que esta causa de revisión funcione no basta con que la sentencia de los órganos judiciales laborales presente divergencias fácticas con una sentencia del orden jurisdiccional penal, sino que además ha de ser absolutoria, por la inexistencia del hecho o la no participación en él del sujeto interesado. Aunque las conclusiones fácticas de esas dos sentencias sean claramente divergentes, si no concurren sendos requisitos no podrá aplicarse el art. 86.3 LPL. Imposibilidad que considera la Sala concurrente en el caso de autos, pues la sentencia penal de apelación no negaba la existencia del hecho que había provocado la resolución del contrato –consistente en una agresión–, sino que absolvía al trabajador por considerar que la actuación penada había venido precedida de una acción previa del agredido, haciéndola calificable de legítima defensa.