

# **CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. AÑO JUDICIAL. 2018/2019<sup>1</sup>**

## **INDICE SISTEMATICO**

### **Introducción**

#### **I. DERECHO DEL TRABAJO**

##### **1.- Comedores de empresa**

##### **2. - Comité de Empresa Europeo**

##### **3.- Contratación temporal**

3.1.- Contrato para obra o servicio determinado

3. 2.- Contratación laboral temporal y profesorado universitario

3. 3.- Contrato de relevo

3.4.- Fraude en la contratación temporal y descuento de las indemnizaciones percibidas

3. 5.- Inaplicabilidad de la doctrina Diego Porrás a la válida extinción de contrato temporal

##### **4. Convenio colectivo y negociación colectiva**

4.1.- Aplicación de convenio sectorial a Ayuntamiento sin convenio propio.

4.2.- Impugnación de convenio colectivo

4.3.- Principio de correspondencia

4.4.- Ultraactividad.

##### **5.- Derecho a la propia imagen, video llamadas para telemarketing.**

##### **6.- Derecho de huelga.**

6.1.- Huelga abusiva.

---

<sup>1</sup> La Crónica de la Sala Cuarta 2018-2019 ha sido realizada por las letradas del Gabinete Técnico de Tribunal Supremo D<sup>ª</sup>. Dolores Redondo Valdeón, D<sup>ª</sup>. María Silva Goti , Ana de Miguel Lorenzo y D<sup>ª</sup> Yolanda Cano Galán, bajo la coordinación de los Letrados Coordinadores del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, D. José Ángel Folguera Crespo y D. Santiago Marqués Ferrero y con la supervisión del Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y del Letrado Coordinador y Director en funciones del Gabinete Técnico D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva.

6.2.- Derecho de huelga: Neutralización de huelga en empresa contratista del mismo grupo empresarial mediante la encomienda de las tareas a terceros

## **7.- Desigualdad de trato. Discriminación.**

7.1.- Doble escala salarial

7.2.- Personal fijo y temporal de la administración pública. Carrera profesional

7.3.- Exclusión del complemento de doctorado a los profesores sustitutos.

## **8. - Despido disciplinario**

8.1.- Transgresión de la buena fe contractual

8.2.- Audiencia previa al delegado sindical

8.3.-Plazo "largo" de prescripción de las faltas

8.4.- Efectos del despido. Cálculo de indemnización y salario.

8.5.- Alcance de la responsabilidad del Estado por salarios de tramitación

## **9.- Extinción por causas objetivas**

9.1.- Absentismo

9.2.- Causas económicas, técnicas y organizativas. Más cuestiones sobre la puesta a disposición de la indemnización

9.3.- FOGASA. Opción por indemnización en juicio de despido

## **10.- Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador**

## **11.- Despido colectivo**

11. 1.- Caducidad de la acción

11. 2.- Imposibilidad de revisar en los procesos individuales de despido la concurrencia de las causas

11. 3.- Grupo de empresas

11. 4.- Terminación de contrata mercantil y exclusión de los trabajadores temporales por obra o servicio

## **12.- Excedencia voluntaria**

## **13.- Fondo de Garantía Salarial**

13. 1.- Alegación de prescripción de la acción de ejecución de sentencia por primera vez en vía administrativa.

13. 2.- Intereses moratorios.

13.3.- Responsabilidad del FOGASA en el pago de las indemnizaciones por resolución contractual al amparo del art. 41.3 ET

13.4.- Responsabilidad por salarios de tramitación en empresa concursada.

13.5.- Silencio positivo: momento final para el computo del plazo de que dispone el FOGASA para terminar el procedimiento dictando resolución

#### **14.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo: Información documental en el periodo de consultas**

- 14.1.- Calificación.
- 14.2.- Modificación operada en virtud de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos.
- 14.3.- Información documental en el periodo de consultas

#### **15.- Prescripción de acciones**

- 15.1.- Acción de impugnación de convenio colectivo
- 15.2.- Indemnización de daños por vulneración derechos fundamentales.
- 15.3.- Sucesión de empresas
- 15.4.- Reclamación económica que formula la empresa – distribuidora de energía eléctrica- a un trabajador ya jubilado.
- 15.5.- Reclamación de cantidades salariales que se devenguen hasta la fecha de la resolución judicial. Interrupción por la demanda.

#### **16.- Recibo de salarios. Contenido**

#### **17.- Relaciones laborales especiales**

- 17.1.- Alta dirección
- 17.2.- Deportistas profesionales. Indemnización por expiración del tiempo convenido.

#### **18.- Reconocimientos médicos obligatorios**

#### **19.- Salario y régimen retributivo**

- 19.1.- Compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas durante la I.T.
- 19.2.- Complemento de carrera horizontal.
- 19.3.- Dietas consecuencia traslado
- 19.4.- Plus de ruido

#### **20.- Sucesión empresarial**

- 20.1.- En el seno del concurso
- 20.2.- Sucesión de contratados y despido.
- 20.3.- Sucesión de empresas y transmisión de entidad económica.

#### **21.- Tutela de la libertad sindical**

**22.- Valor del saldo y finiquito respecto del crédito empresarial frente al trabajador.**

## **II. SEGURIDAD SOCIAL**

### **1.- Jubilación**

#### 1.1.-Jubilación ordinaria

1.1.1.-Reconocimiento del derecho: liberados de prisión

1.1.2.-Conforme a Reglamentos comunitarios

1.1.2.1.-Cálculo de la pensión

1.1.2.2.-Prorrata temporis

1.1.3.-Responsabilidad en supuestos de infracotización

#### 1.2.-Jubilación anticipada

##### 1.2.1.-Sujetos

1.2.1.1.-Socios-trabajadores de cooperativas de trabajo asociado

1.2.1.2.-Perceptores de subsidio por desempleo para mayores de 52 años

##### 1.2.2.-Aplicación coeficientes reductores

1.2.2.1.-Discapacidad

1.2.2.2.-Conductores de vagonetas

1.2.2.3.-Administrativos de empresas mineras

1.2.3.-Requisitos: necesidad de acreditación percepción indemnización por despido objetivo

1.2.4.-Determinación base reguladora: cambio normativo

#### 1.3.-Jubilación parcial

#### 1.4.-Jubilación no contributiva

### **2.- Incapacidad temporal**

#### 2.1.-Determinación de la contingencia

#### 2.2.-Derecho al abono de la prestación

2.2.1-Reincorporación tras excedencia voluntaria

2.2.2.-Nueva baja médica por las mismas dolencias antes de transcurridos 180 días

#### 2.3.-Complemento de incapacidad temporal

2.3.1.-Derecho a abono partidas retributivas percibidas en el mes anterior a la baja

2.3.2.-Determinación cuantía en meses de 31 días

2.3.3.-Derecho al abono conforme a convenio colectivo en situación de ultraactividad

### **3.-Mejoras voluntarias**

3.1.-Competencia orden jurisdiccional social

3.2.-Responsabilidad abono mejora cuando póliza de aseguramiento no cubre totalidad obligaciones convencionales

### **4.- Asistencia sanitaria. Residentes legales por reagrupación familiar**

## **5.- Incapacidad permanente**

- 5.1.-Incapacidad permanente total
  - 5.1.1.-Dolencias a tener en cuenta: las agravadas
  - 5.1.2.-Cualificada: derecho al incremento aunque se perciba pensión de otro país
  - 5.1.3.-Reclamación por la Mutua de la cantidad constituida en concepto de capital coste
    - 5.1.3.1.-Competencia del orden social
    - 5.1.3.2.-No derecho al reintegro
  - 5.1.4.-Determinación de la responsabilidad
- 5.2.-Incapacidad permanente absoluta
  - 5.2.1.-Trabajadores de la minería del carbón: cálculo de la base reguladora
  - 5.2.2.-Compatibilidad con ejercicio de funciones de programador informático a tiempo parcial
- 5.3.-Gran invalidez
  - 5.3.1.-Deficiencias visuales
  - 5.3.2.-Determinación de la cuantía del complemento
  - 5.3.3.-Necesidad de acudir a la vía jurisdiccional para reclamar complemento indebidamente abonado

## **6.- Grado discapacidad**

- 6.1.-Deficiencias visuales
- 6.2.-No reconocimiento automático del 33% de discapacidad a quienes tienen reconocida una incapacidad permanente

## **7.-Reintegro de gastos médicos**

## **8.-Accidente de trabajo y enfermedad profesional**

- 8.1.-Efectos de sentencia dictada en orden contencioso-administrativo que anula sanción
- 8.2.-Impugnación de sanción por falta de medidas de seguridad y salud cuando se siguen actuaciones penales
- 8.3.-Recargo de prestaciones
  - 8.3.1.-Responsabilidad de la empresa principal
  - 8.3.2.-Fecha de efectos económicos
  - 8.3.3.-Exoneración del recargo en supuestos de cumplimiento de normativa de prevención de riesgos laborales
  - 8.3.4.-Determinación del porcentaje: hábito tabáquico
- 8.4.-Indemnización por daños y perjuicios
  - 8.4.1.-Reconocimiento del derecho
  - 8.4.2.-Necesidad de pronunciamiento sobre el fondo aunque no se desglosen las cantidades reclamadas
  - 8.4.3.-Aplicación de Baremo para accidentes de circulación
    - 8.4.3.1.-Imposibilidad descuento incapacidad temporal de cantidad reconocida por daño moral

8.4.3.2.-Imposibilidad descuento de indemnización por daño moral de las mejoras voluntarias de prestaciones

8.4.3.3.-Descuento de lo abonado por póliza de seguro concertada por obligación convencional con parte correspondiente a lucro cesante

8.4.4.-Legitimación activa para reclamar indemnización por daños y perjuicios

8.4.4.1.-Viuda del trabajador fallecido

8.4.4.2.-Por herederos de la viuda fallecida del trabajador fallecido

## **9.-Desempleo**

9.1.-Nivel contributivo

9.1.1.-Derecho a la prestación

9.1.1.1.-Residentes no comunitarios en formación

9.1.1.2.-Realización actividades agrícolas de poca cuantía económica

9.1.1.3.-Trabajadores en situación de excedencia

9.1.2.-Reposición de prestaciones consumidas

9.1.3.-Extinción

9.2.-Necesidad de realizar aportaciones económicas con empresas con beneficios que realicen despidos colectivo

9.3.-Subsidio por desempleo para mayores de 52 años

9.3.1.-Cumplimiento requisitos para acceso al subsidio cuando se agota Renta Activa de Inserción

9.3.2.-Reintegro de lo percibido en mes en que se abona un seguro de vida

9.4.-Nivel asistencial

9.4.1.-Determinación de la carencia de rentas

9.4.2.-Obligación de comunicación de situaciones que afecten a la suspensión o extinción del derecho: aceptación de herencia

## **10.-Renta activa inserción**

10.1.-No comparecencia a control

10.2.-Compatibilidad con ser propietario de instalación de energía fotovoltaica

## **11.-Viudedad**

11.1.-Ministros de culto de Iglesias Evangélicas

11.2.-En supuestos de separación o divorcio

11.2.1.-Necesidad de percibo de pensión compensatoria

11.2.2.-Cuantía en supuestos de concurrencia de beneficiarios

11.3.-Supresión de incremento de pensión

11.4.-Régimen Especial Agrario

## **12.- Orfandad**

12.1.-Edad y derecho a la prestación

12.2.-Causante liberado de prisión: requisito de asimilación de alta

**13.-Maternidad**

**14.- Menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave**

**15.- Riesgo embarazo**

**16.-Riesgo lactancia natural**

**17.-Procedimiento oficio**

**III. DERECHO PROCESAL LABORAL**

**1. Competencia de la jurisdicción social**

1.1. Competencia material

1.2. Competencia objetiva

1.3. Competencia internacional

**2. Proceso ordinario**

2.1. La demanda

2.1.1. Incomparecencia al acto judicial y desistimiento de la demanda

2.1.2. Variación sustancial de la demanda

2.1.3. Litisconsorcio pasivo necesario

2.2. La sentencia

2.2.1. Exigencia de congruencia

2.2.2. Nulidad de actuaciones por otras infracciones procesales causantes de indefensión

2.2.3. Cosa juzgada negativa o excluyente

2.2.3.1. Primacía del derecho de igualdad

2.2.3.2. Otros supuestos concretos

2.3.2. Cosa juzgada positiva

2.3.2.1. Preferencia de la cosa juzgada colectiva frente a la individual en caso de conflicto

2.3.2.2. Otros supuestos concretos

### 2.3.3. Cosa juzgada y litispendencia

## 3. Modalidades procesales

### 3.1. Proceso de despido

#### 3.1.1. Ámbito de aplicación: adecuación/inadecuación de procedimiento

#### 3.1.2. La sentencia de despido

### 3.2. Impugnación de despido colectivo

#### 3.2.1. Acumulación indebida de acciones de despido y de sucesión de empresa basada en hechos posteriores al despido

#### 3.2.2. Legitimación pasiva de la empresa matriz

### 3.3. Procesos de Seguridad Social. Revisión de actos declarativos de derechos

### 3.4. Procedimiento de oficio. Legitimación activa: la TGSS constituye "autoridad laboral" legitimada para las infracciones de Seguridad Social

### 3.5. Procedimiento de impugnación de actos administrativos. Suspensión del procedimiento administrativo sancionador mientras se tramita el penal (principio non bis in idem)

### 3.6. Proceso de conflicto colectivo

#### 3.6.1. Ámbito de aplicación

##### 3.6.1.1 Doctrina general

##### 3.6.1.2. Conflicto real y actual

##### 3.6.1.3. Conflicto jurídico

##### 3.6.1.4. Adecuación/inadecuación de procedimiento

#### 3.6.2. Legitimación activa

##### 3.6.2.1. Legitimación del sindicato

##### 3.6.2.2. Legitimación de los órganos de representación legal

##### 3.6.2.3. Legitimación de la empresa

#### 3.6.3. La demanda de conflicto colectivo

#### 3.6.4. La sentencia colectiva

##### 3.6.4.1. Efectos retroactivos de la sentencia colectiva

##### 3.6.4.2. Cosa juzgada positiva

##### 3.6.4.2.1. Especialidad de la cosa juzgada de las sentencias colectivas

##### 3.6.4.2.2. Primacía de la sentencia colectiva frente a la individual anterior en caso de conflicto

### 3.7. Impugnación de convenio colectivo

#### 3.7.1. Ámbito de aplicación: Adecuación / inadecuación de procedimiento

#### 3.7.2. Plazo de ejercicio de la acción

#### 3.7.3. Legitimación activa

- 3.7.3.1. Legitimación del sindicato
- 3.7.3.2. Legitimación de las asociaciones empresariales
- 3.7.3.3. Legitimación de la empresa
- 3.8. Tutela de derechos fundamentales

#### **4. Recurso de suplicación**

- 4.1. Sentencias recurribles en todo caso: Vulneración de derecho fundamental
- 4.2. Sentencias recurribles por razón de la materia: Reclamación del derecho al disfrute de vacaciones
- 4.3. Sentencias recurribles por razón de la cuantía
  - 4.3.1. Determinación de la cuantía litigiosa: viene dada por lo que se reclama en la demanda y no en el recurso de suplicación
  - 4.3.2. Supuestos concretos
- 4.4. Sentencias recurribles por afectación general
- 4.5. Autos recurribles en suplicación

#### **5. Recurso de casación**

- 5.1. Requisitos formales del escrito de interposición
  - 5.1.1. Expresión de los motivos del recurso
  - 5.1.2. Cita y fundamentación de la infracción legal
- 5.2. Motivos
  - 5.2.1. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio
  - 5.2.2. No es motivo de casación la descomposición artificial de la controversia

#### **6. Recurso de casación para la unificación de doctrina**

- 6.1. Legitimación del Ministerio Fiscal
- 6.2. Exigencias formales del escrito de preparación
  - 6.2.1. Determinación del núcleo de la contradicción
  - 6.2.2. Cita de la sentencia de contraste también en caso de alegación de infracción procesal
- 6.3. Exigencias formales del escrito de interposición
  - 6.3.1. Idoneidad de la sentencia de contraste
  - 6.3.2. Relación precisa y circunstanciada

- 6.3.3. Cita y fundamentación de la infracción legal
- 6.3.4. Requisito de la contradicción
  - 6.3.4.1. Consideración de las modificaciones fácticas rechazadas por irrelevantes a efectos de contradicción
  - 6.3.4.2. La contradicción en supuestos especiales
    - 6.3.4.2.1. Sentencia de contraste que no resuelve sobre el fondo del asunto
    - 6.3.4.2.2. Sentencias de despido disciplinario
    - 6.3.4.2.3. Alegación de infracciones procesales
  - 6.3.4.3. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción
    - 6.3.4.3.1. Examen de la competencia funcional
    - 6.3.4.3.2. Ejecución de sentencia colectiva
- 6.3.5. Contenido casacional de la pretensión
  - 6.3.5.1. Adecuación de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala Cuarta
  - 6.3.5.2. Solicitud de revisión de los hechos probados

## **7. Aspectos comunes a los recursos de suplicación y de casación**

- 7.1. Motivación del cambio de magistrado/a ponente
- 7.2. Admisión de documentos nuevos
- 7.3. Legitimación para recurrir: No está legitimada la parte no perjudicada por la sentencia impugnada
- 7.4. Plazo para recurrir: Determinación del dies a quo en caso de notificación por LexNet
- 7.5. Revisión de los hechos probados (solo casación ordinaria y suplicación)
- 7.6. Cuestión nueva
- 7.7. El vicio de “petición de principio”
- 7.8. Prevalencia del órgano de instancia en la interpretación de los convenios colectivos y acuerdos y contratos
- 7.9. Consignación de la cantidad objeto de la condena
  - 7.9.1. Aplicación a la consignación del “día de gracia”
  - 7.9.2. Consignación para recurrir sentencias dictadas en proceso de conflicto colectivo
  - 7.9.3. Obligación del sindicato empleador de consignar
- 7.10. Costas
  - 7.10.1. Los Servicios de Salud de las de las Comunidades Autónomas sí pagan costas
  - 7.10.2. El Servicio Público de Empleo no paga costas
  - 7.10.3. Conflicto colectivo: Condena en costas por temeridad o mala fe
  - 7.10.4. La estimación parcial del recurso no da lugar a la condena en costas

7.10.5. Imposición de costas/honorarios letrado en cuantía concreta y en la misma resolución que desestime o inadmita el recurso

## **8. Revisión de sentencias firmes**

- 8.1. Plazo para el ejercicio de la acción
- 8.2. El requisito de subsidiariedad y sus excepciones
  - 8.2.1. Agotamiento de los recursos previstos por la ley
  - 8.2.2. Excepciones
- 8.3. Exigencias formales de la demanda
- 8.4. Motivos de revisión
  - 8.4.1. Documentos recobrados
  - 8.4.2. Maquinación fraudulenta
  - 8.4.3. Falsedad documental
  - 8.4.4. Sentencia penal absolutoria

## **9. Error judicial**

- 9.1. Plazo para el ejercicio de la acción y causas de suspensión
- 9.2. Agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento (subsidiariedad)

## **10. Ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos**

- 10.1. Los laudos arbitrales sustitutivos de convenios colectivos no son susceptibles de ejecución definitiva en el proceso laboral
- 10.2. Ejecución de sentencia firme de despido colectivo y readmisión irregular por jubilación del trabajador
- 10.3. El FOGASA como acreedor ejecutante
- 10.4. Condena en costas en ejecución: Inclusión de los honorarios del letrado

## INTRODUCCION

Las presentes líneas se proponen ofrecer una visión panorámica de lo que ha sido la actividad de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a lo largo del año judicial 2018-2019, ceñida a las cuestiones relativas al Derecho del trabajo y de las relaciones laborales, Seguridad Social, y al proceso social, resaltando sus pronunciamientos más relevantes.

Para llevar a cabo esta selección se han tenido en cuenta, en primer lugar, las sentencias que han podido contribuir en mayor medida a la construcción y asentamiento doctrinal de esta disciplina, y a la integración del sector del ordenamiento al que la misma se corresponde, función institucional que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo lleva a cabo fundamentalmente a través del recurso de casación para la unificación de doctrina. Sin despreciar por ello el papel del recurso de casación ordinario, más apegado a la conflictividad real y a la solución contingente de problemas de interpretación y aplicación mucho más concretos, sin olvidar las decisiones recaídas en procedimientos seguidos por despido colectivo, que en menor número que en años precedentes, no por ello dejan de abordar temas y cuestiones de gran índole práctica. Al tratarse precisamente de hacer un balance y no un recuento exhaustivo, es posible que hayan podido quedar fuera de esta crónica algunas resoluciones del periodo abarcado, no obstante, se ha procurado atener a parámetros de actualidad, novedad o trascendencia e interés de la materia.

Si dirigimos la mirada al Derecho del trabajo -entendido como subsector que se ocupa de la relación laboral y del sistema de relaciones laborales- la actividad de la Sala se caracteriza, cada vez más, por el casuismo, lo que quizá venga impuesto por el propio carácter cambiante de la realidad social a cuya ordenación se dirige este concreto y particular ámbito del ordenamiento. Este interesante dato ha merecido que se incluyan en esta crónica pronunciamientos relativos a cuestiones o asuntos -como la contratación temporal, la negociación colectiva o el despido- para cuya resolución, aunque se cuente con un importante y sólido acervo doctrinal, no ha bastado con una aplicación mecánica de los criterios precedentes, sino que ha sido necesario verificar alguna adaptación o introducir algún matiz.

En efecto, de una observación de la litigiosidad del período es posible deducir que parcelas del Derecho del trabajo y de las relaciones laborales que aparecían suficientemente estables y asentadas, han vuelto a provocar conflictos que han accedido al máximo grado jurisdiccional. Tal es el caso de algunas relaciones laborales especiales, como la del personal de alta dirección o de los deportistas profesionales; o la no aplicabilidad de los convenios sectoriales en el ámbito de las administraciones públicas cuando en el convenio sectorial no ha tenido participación el ente público afectado, entre otras.

Pero, con toda probabilidad, y siempre en lo que se refiere al Derecho de trabajo, de entre las resoluciones de la Sala Cuarta correspondientes a este año judicial que se han esperado con mayor interés, y han provocado más debate, han sido las sentencias que han zanjado el controvertido y mediático problema del régimen indemnizatorio derivado de la lícita extinción del contrato de interinidad por sustitución (SSTJUE De Diego Porras I y II, Montero Mateos y Grupo Norte Facility), doctrina que tuvo un efecto expansivo fuera del ámbito específico en

que nació, de tal suerte que la indemnización allí contemplada alcanzó a otras modalidades de contratación temporal (interinidad por vacante, obra o servicio determinado, relevo ...), que en algún momento se ha planteado con posible proyección incluso en las relaciones temporales de servicio regidas por el derecho administrativo (AATS-3ª 4-5-2018 rec. 326-17, 5-3-18, rec. 5801-17, 2-4-2018, rec. 102-18). Interés tiene la apertura, siquiera muy limitada y ocasional, del recurso de casación unificadora en una materia como el despido disciplinario, pues en este periodo, pese a la dificultad que tal materia entraña a la hora de acceder a la contradicción, la Sala Cuarta ha entrado en el fondo al conocer de dos recursos, debido a que existía total identidad de supuestos comparados, si bien a continuación se ha reafirmado en ulteriores resoluciones la extrema dificultad de acceder al recurso en esta materia.

Por último, hay diversas materias, en las que expresamente se rectifica doctrina previa, estableciendo nueva jurisprudencia relativa, entre otras, a la obligación de las empresas de disponer de servicio de comedor en los centros de trabajo, la interrupción por la demanda en la reclamación de cantidades salariales que se devenguen hasta la fecha de la resolución judicial, o la posibilidad de que la empresa entrante responda de las deudas salariales de la empresa saliente, cuando la subrogación del personal, con base en el convenio colectivo, no lleva consigo la asunción de deudas salariales de la empresa saliente, lo que ha supuesto un detalle análisis de los requisitos exigidos para la sucesión de empresas del art 44 ET.

También se han resuelto cuestiones novedosas como la posibilidad e alegación de prescripción de la acción de ejecución de sentencia por primera vez en vía administrativa por parte del FOGASA, la determinación del día inicial desde el que se devengan intereses moratorios en favor del solicitante de las cantidades que fueron reconocidas, el momento final para el computo del plazo de que dispone el FOGASA para terminar el procedimiento dictando resolución, el devengo del plus de ruido de conformidad con las exigencias convencionales o el valor del saldo y finiquito respecto del crédito empresarial frente al trabajador. Y en el ámbito del despido colectivo, se ha declarado la imposibilidad de revisar en los procesos individuales de despido la concurrencia de las causas.

Asimismo, en relación con el instituto de la prescripción existen diversos pronunciamientos interesantes entre ellos la reclamación económica que formula la empresa-distribuidora de energía eléctrica- a un trabajador jubilado.

En Seguridad Social, durante el período contemplado la Sala abordado casi todas las prestaciones del Sistema de Seguridad Social. A destacar no obstante el cambio jurisprudencial explícito en relación con las pensiones de jubilación no contributivas de residentes extranjeros no comunitarios en España, de modo que la Sala tras una primera resolución en contrario, por Sentencia de Pleno ha establecido que la "residencia legal" necesaria para dicha pensión, no se acreditará por el certificado de empadronamiento únicamente, sino mediante autorización administrativa de residencia.

En materia de incapacidad temporal, se reconoce el derecho a la prestación económica a quien inicia dicho proceso al reincorporarse de una excedencia voluntaria y además se reconoce el derecho a la prestación económica una vez

agotado el periodo máximo de incapacidad temporal, aunque no existiera una actividad intermedia.

Importante también el pronunciamiento que deniega asistencia sanitaria pública a residentes legales en España por reagrupación familiar puesto que el promotor de la reagrupación familiar tiene obligación de atender la asistencia sanitaria privada del reagrupado con tal finalidad.

En lo relativo a incapacidad permanente se ha reconocido el derecho a seguir percibiendo el incremento del 20% de la prestación de incapacidad permanente total (convencionalmente IPT *cualificada*) de quienes por razón de edad tienen problemas para acceder al mercado laboral, aunque estén percibiendo pensiones de vejez procedentes del ámbito comunitario europeo. En similar supuesto de incapacidad permanente total cualificada, seguida de incapacidad absoluta, se deniega a la Mutua la posibilidad de reclamar la parte no consumida del capital coste ingresado en el momento en que se reconoció al trabajador dicho grado incapacitante hasta el reconocimiento de la IPA.

En la incapacidad originada por deficiencias visuales, se deniega el reconocimiento en situación de gran invalidez –por necesidad de ayuda de tercera persona- a quienes padecían ya ceguera antes de la incorporación al mercado laboral, aunque se agravara la incapacidad por padecerse otras; se aclara además cómo tiene que calcularse la cuantía del complemento de gran invalidez, y por último, se ha resuelto que la entidad gestora no puede, sin previa intervención judicial, reclamar el complemento de gran invalidez indebidamente percibida por un beneficiario que ingresó el mismo día en que se le reconoció en situación de gran invalidez en un centro de atención a personas con discapacidad física. Igualmente en relación con las deficiencias visuales, se rectifica criterio de cálculo del porcentaje de discapacidad a reconocer a quien presenta pérdida total de visión de un ojo pero mantiene la visión íntegra del otro, para considerar que la valoración debe ser individual a nivel binocular, pudiendo cuantificarse conjuntamente únicamente cuando la norma indique que hay que acudir a la Tabla de Valores Combinados lo que no es el caso.

Además, el hecho de que un trabajador tenga reconocida una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, no implica necesariamente el reconocimiento *ex lege* de un grado de discapacidad del 33% a pesar de lo que indica el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que en este punto excede de la delegación legislativa.

Sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación con el recargo de prestaciones, se ha aclarado que el hecho de que las tareas encomendadas por una empresa principal a una contrata, sean ajenas a la propia actividad, no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones.

Sobre desempleo, tienen derecho al desempleo de los residentes no comunitarios en formación y los perceptores ocasionales de ingresos de escasa relevancia. Se ha considerado que la Renta Activa de Inserción equivale a una prestación por desempleo a los efectos de devengar a continuación el subsidio.

Aplicando jurisprudencia comunitaria (SSTJUE Otero Ramos y González Castro), la Sala cambia de criterio y resuelve que la falta de precisa evaluación de riesgos específicos para la lactancia natural, no puede, por sí misma, privar a la trabajadora de esa prestación cuando de dicha evaluación se puede deducir

la existencia de riesgos para la lactancia, sino que se invierte la carga de la prueba.

En lo tocante al Derecho Procesal, durante este último curso judicial la Sala IV del Tribunal Supremo ha ido perfilando la interpretación de diversas figuras de gran interés, pudiendo destacar al respecto la legitimación activa en los procesos colectivos, la determinación de la cuantía litigiosa para recurrir en suplicación, la apreciación de afectación general “sobrevenida”, o la preferencia del interés colectivo sobre el individual en la aplicación de la cosa juzgada, así como algunas novedades referidas a la consignación y a las costas (la Sala ha resuelto durante el período contemplado imponer en lo sucesivo las costas/honorarios de Letrado directamente en la sentencia o en el auto que pongan fin al recurso de casación), siendo igualmente apreciable una aplicación más rigurosa de las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos formales para recurrir en casación para la unificación de doctrina en orden a la desestimación del recurso, sin necesidad siquiera de entrar a examinar si existe o no contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste.

## **I. DERECHO DEL TRABAJO**

### **1.- Comedores de empresa**

Las **STS 13-12-2018 (Rc 2262/17 y 1857/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4526 / ECLI:ES:TS:2018:4550, dictadas en Pleno, con voto particular, y seguidas por la de **12-3-2019 (Rc 3228/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1154, modifican, expresamente, doctrina previa contenida en las SSTS de 26-11-2011 (Rc 1490/2011) y de 19-4- 2012 (Rc 2165/11), en relación con la obligación de las empresas de disponer de servicio de comedor en los centros de trabajo. Se cuestiona la vigencia del Decreto de 8 de junio 1938 y la Orden de 30 junio de 1938 sobre el establecimiento de comedores de empresa en los centros de trabajo. Previamente se recuerda que no hay obstáculo legal para que los órganos judiciales puedan examinar la posible contradicción con la Constitución de una norma preconstitucional y declarar su inconstitucionalidad sobrevenida, para estimarla por ese motivo derogada y dejar inaplicado el precepto legal en cuestión. Así las cosas, las citadas normas no se encuentran vigentes, puesto que se incorporaron por la Orden del Ministerio de Trabajo de 3 de mayo de 1940, por la que se aprobó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 3-2-1940) a dicho Reglamento. A su vez, tal Orden y Reglamento quedaron derogados por la Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE 16-3-1971), y esta a su vez por el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril. Esta última disposición legal es vigente en la materia, no impone la obligación de disponer de servicio de comedor de empresa en centros de trabajo como el afectado por el conflicto colectivo. Dicha normativa se refiere exclusivamente a los trabajos al aire libre en los que los empleados no puedan acudir cada día a pernoctar a su lugar de residencia, por lo que no guarda la menor semejanza con lo previsto en aquella normativa del año 1938.

### **2.- Comité de Empresa Europeo**

La **TS 29-11-2018 (Rc 193/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4418, recopila doctrina relativa a la designación de representantes en el Comité de Empresa Europeo (CEE), en

interpretación del alcance de la Ley 10/1997 art 27.1 y concordantes. Es sabido que el CEE no es un Comité para negociar un convenio colectivo europeo, sino un órgano representativo para la participación, información y consulta de los trabajadores; de ahí, que el esquema jurídico del Comité de Empresa previsto en el ET Título II, con capacidad para la negociación colectiva de condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa, no resulta aplicable al CEE. En el caso, se declara la invalidez de las designaciones realizadas por la mitad de representantes unitarios o por sindicato con idéntico respaldo, concluyendo que el sindicato que designa debe hacerlo con respaldo mayoritario, entendiendo la audiencia electoral en los términos de la LOLS - obtención del 10% o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas-, y no como número de votos obtenidos.

### **3. Contratación temporal**

#### **3.1. Contrato para obra o servicio determinado**

La vinculación de un contrato de trabajo temporal con la existencia de una contrata mercantil o administrativa, o compromiso contractual de colaboración entre empresas, ha dado lugar en el presente periodo a unos pronunciamientos de interés. En concreto, en las **SSTS 19-7-2018 (Rc 972/17)** ECLI:ES:TS:2018:3192, **19-7-2018 (Rc 823/17)** ECLI:ES:TS:2018:3243; **19-7-2018 (Rc 824/17)** ECLI:ES:TS:2018:3218; **19-7-2018 (Rc 1037/17)** ECLI:ES:TS:2018:3308; **11-10-2018 (Rc 1295/17)** ECLI:ES:TS:2018:3939; **5-3-2019 (Rc 1128/17)** ECLI:ES:TS:2019:1048; **26-3-2019 (Rc 2432/17)** ECLI:ES:TS:2019:1288, sin desconocer la doctrina de la Sala que ha venido aceptando la licitud de la vinculación del contrato para obra o servicio determinado a la duración de las contratas, **matizan y actualizan** dicha doctrina, afirmando que si bien es cierto que la causa de temporalidad puede pervivir pese a esa modificación, prórroga o nueva adjudicación de la contrata a la misma empresa, ello no excluye la exigibilidad y el mantenimiento de todos los elementos básicos que naturalizan este tipo de contrato de duración determinada. Y en los supuestos enjuiciados, concluye que la novación y/o sucesiva prórroga de la contrata durante muchos años acarrea que su objeto pierda la "autonomía y sustantividad" necesaria requerida para mantener contrato de obra o servicio, desnaturalizando el objeto del mismo. La ilimitada sucesión de renovaciones de la contrata traslada el riesgo empresarial a quienes aportan su actividad asalariada y desdibuja los perfiles típicos de quienes vienen vinculados por ese tipo de contrato. Lo contrario acaba desembocando en un abuso de derecho que deslegitima lo inicialmente válido.

#### **3.2. Contratación laboral temporal y profesorado universitario**

De nuevo sobre la contratación laboral temporal del profesorado de las universidades públicas, en particular, del **profesorado asociado** del art. 53 de la LO 6/2001 [reformada en 2007] se pronuncia la **STS 28-1-2019 (Rc 1193/17)** ECLI:ES:TS:2019:539, que viene a reiterar la doctrina sentada en TS 1-6-2017 (Rc 2890/15); 22-6-2017 (Rc 3047/15); y 15-2-2018 (Rc 1089/16), conforme a la cual la contratación temporal y recurrente [curso académico tras curso académico] del profesorado asociado de las universidades públicas al margen de la finalidad específica de la legislación universitaria [contratación de profesores de reconocido prestigio con actividad profesional distinta de la universitaria a tenor del art. 53 LOU] y para atender necesidades permanentes en materia de contratación de personal

docente, constituye un fraude de ley, que al amparo del art. 15.3 ET conlleva la conversión del contrato en indefinido no fijo de plantilla, mereciendo la extinción o cese del fraudulento contrato temporal al término anual del mismo, o de cualquiera de sus renovaciones anuales, la calificación de despido improcedente. Asimismo, recuerda que la carga de la prueba del cumplimiento de la finalidad específica de la legislación universitaria, así como del desarrollo efectivo de la prestación de servicios, conforme a dicha finalidad, incumbe a la universidad empleadora.

### **3.3. Contrato de relevo**

Como es sabido, el contrato de relevo está previsto legalmente como un tipo contractual específico para sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que simultanea una jubilación parcial anticipada con un contrato a tiempo parcial. La cuestión que se suscita en la **STS 13-2-2019 (Rc 1219/17) ECLI:ES:TS:2019:614**, es la relativa a determinar qué calificación debe recibir un contrato de relevo en el que el trabajador relevista y jubilado parcial no ocupan el mismo puesto de trabajo, ni realizan exactamente las mismas funciones, aunque sí sean parecidas y pertenezcan al mismo grupo profesional, sin que la empresa haya acreditado la correspondencia entre las bases de cotización de ambos trabajadores. En el caso, impugnada la finalización del contrato, el despido se califica como improcedente, pues, aunque ambos trabajadores tenían la misma categoría profesional y se encontraban en el mismo grupo profesional, no se acreditó la ineludible exigencia de la correspondencia de las cotizaciones sociales. El TS comparte tal parecer, señalando que si bien el art. 12 ET al regular el contrato de relevo guarda silencio sobre tal extremo, tal exigencia obra en el art. 166 LGSS tras la modificación operada por la L 27/2011 [redacción que se mantiene en la actual art. 215.2 c) LGSS], al exigir “una correspondencia entre las bases de cotización ... de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”. Por lo tanto, la correspondencia entre las bases de cotización se convierte en requisito principal para la regularidad del contrato de relevo.

### **3.4. Fraude en la contratación temporal y descuento de las indemnizaciones percibidas**

Tras declarar la **TS 20-6-2018 (Rc 3510/16) ECLI:ES:TS:2018:2623**, fraude en la contratación por obra o servicio determinado, y por ende, la improcedencia del despido, entra a decidir sobre una cuestión de indudable proyección práctica atinente a la procedencia o no de deducir de la indemnización por dicho despido improcedente las indemnizaciones ya percibidas por finalización de los contratos temporales suscritos. El TS **revisa doctrina precedente** [TS 9-10-2006 (Rc 1803/05), con arreglo a la cual se descartó dicho descuento rechazando expresamente la posibilidad de compensar las deudas, y declara ahora que la detracción o minoración ha de operar sobre la indemnización abonada por extinción del último contrato temporal, respecto de que la parte actora sí se ha pronunciado y ha sido objeto de la acción de despido con el resultado de la declaración de improcedencia, a fin de evitar la duplicidad denunciada. Por lo tanto, procede la compensación de la última indemnización percibida por finalización de contrato temporal con la indemnización por despido

improcedente. Dicha doctrina se reitera en **SSTS 29-6-2018 (Rc 288916)** ECLI:ES:TS:2018:3064; y **11-7-2018 (Rc 2131/16)** ECLI:ES:TS:2018:3300.

### **3.5. Inaplicabilidad de la doctrina Diego Porras a la válida extinción de contrato temporal**

Como es sabido, penden ante la Sala Cuarta números recursos que traen causa de la STJUE Diego Porras, que consideró contraria a derecho comunitario –por contravenir el derecho a la igualdad-- la norma que no prevé a la extinción del contrato de interinidad la indemnización que se reconoce a los contratos indefinidos en caso de despido objetivo, habiendo procedido la Sala Cuarta en el periodo que ahora nos ocupa, a dictar las primeras resoluciones en la materia, una vez que la STJUE de 21-11-2018, C-619/17, ha resuelto la segunda cuestión prejudicial planteada por este Tribunal en el caso De Diego Porras [ATS 25-10-2017]. A lo anterior debe anudarse el hecho de que el inicial criterio de la STJUE de 14-9-2016 De Diego Porras, había sido ya matizado en las SSTJUE de 5-6-18 C-677/16, Montero Mateos; y C-574/16, Grupo Norte Facility, en las que se concluye que la normativa nacional que no reconoce ninguna indemnización a la extinción del contrato de interinidad, y la que reconoce una indemnización inferior a la del despido objetivo en el caso del contrato de relevo no contravienen el Derecho de la Unión.

Así las cosas, inaugura esta saga la **STS 13-3-2019 (Rc 3970/16)** ECLI:ES:TS:2019:945, que cierra el controvertido dilema del régimen indemnizatorio derivado de la válida extinción de los contratos temporales en general, y en particular, del **contrato de interinidad por sustitución**. Y la sentencia, tras una profusa labor argumental, declara que la lícita extinción del contrato de interinidad por sustitución por reincorporación del trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo no da derecho a indemnización alguna, sin que la ausencia de la indemnización propia de la extinción de determinados contratos temporales [12 días de salario] suponga la vulneración del principio constitucional de igualdad de trato al existir causa justificativa del diferente trato introducido por el art. 49.1.c) ET. Doctrina que se reitera en relación a la extinción del contrato de **interinidad por vacante**, en **STS 9-5-2019 (RC 1154/18)** ECLI:ES:TS:2019:1850.

En relación con la válida extinción de **contratos por obra o servicio determinado**, entre otras, las **SSTS 21-5-2019 (Rc 1164/18) ECLI:ES:TS:2019:1924**; **21-5-2019 (Rc 526/18) ECLI:ES:TS:2019:1936**, siguiendo el criterio fijado en la precedente, declaran que en aplicación de las SSTJUE 5-6-2018 [Montero Mateos]; 21-11-2018 [Diego Porras C/619/2017]; y 11-4-2019 [caso Cobra], lo dispuesto en el art. 49.1.c) ET no resulta contrario a la normativa europea en materia de igualdad de trato entre trabajadores indefinidos y temporales, resultando acorde con la Directiva 1999/70/CE la indemnización que contempla el precepto para la extinción regular de determinados contratos temporales y que resulta inferior a la regulada para la extinción por causas objetivas ex art. 53.1.b) ET. En consecuencia, se considera contraria a derecho la indemnización realizada de 20 días por año trabajado, y se confirma el derecho a la indemnización de 12 días por año de servicio. Análoga doctrina se reitera a propósito de la válida extinción del **contrato de relevo**, en **SSTS 7-5-2019 (Rc 1463/18)** ECLI:ES:TS:2019:1842; **7-5-2019 (Rc 3081/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1623 En relación

con la extinción del contrato **eventual por circunstancias de la producción**, STS 14-5-2019 (Rc 274/17) ECLI:ES:TS:2019:1763.

#### **4.- Convenio colectivo y negociación colectiva**

##### **4.1.- Aplicación de convenio sectorial a Ayuntamiento sin convenio propio.**

Las **STS 6-5-2019 (Rc 4452/17, 608/18, 406/18, 409/18)**, ECLI:ES:TS:2019:1953, ECLI:ES:TS:2019:1954, ECLI:ES:TS:2019:1956, ECLI:ES:TS:2019:1977, dictadas en Pleno y con voto particular, rectifican doctrina previa contenida en sentencia de 7-10-2004 (Rc 2182/03) también del Pleno. Se cuestiona cuál debe ser la fuente reguladora de las condiciones de trabajo, singularmente del salario, de trabajadores dedicados a las labores de construcción, contratados temporalmente por un ayuntamiento, que carece de convenio propio, al amparo del Decreto Ley 6/2014 de 29 de abril de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el programa Empleo@joven y la iniciativa @emprende+. A los efectos salariales discutidos, el ayuntamiento empleador no aplica el correspondiente convenio colectivo sectorial de la construcción, abonando el salario por debajo de las previsiones de aquel. Así las cosas, la Sala IV sin coincidir con las tesis de las sentencias contrastadas, sostiene que el DL 6/2014, ni es fuente de la relación laboral, ni podría serlo, aunque tuviera tal vocación, que no la tiene, dada la reserva que a la legislación estatal confiere el art 149.7 CE. Se estima que una Administración Pública -que no tiene convenio colectivo u otro específicamente aplicable-, no puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio sectorial ni incluida en su ámbito de aplicación porque no ha formado parte del mismo ni en el que tampoco estuvo representado en la negociación. En definitiva, se modifica la doctrina previa y se señala como correcta la que rechaza la aplicabilidad de los convenios sectoriales en el ámbito de las administraciones públicas cuando en el convenio sectorial no ha tenido participación el ente público afectado. Por otra parte, las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que, como ocurre en este caso concreto, los Ayuntamientos están llamados a desempeñar, y por ello las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades. Añade como argumento de refuerzo que las administraciones públicas no concurren en el mercado en el espacio sectorial en el que lo hacen las empresas afectadas por el convenio colectivo, sino que, generalmente, realizan actividades de naturaleza similar, normalmente de carácter instrumental, al servicio del interés público. Finalmente, se ponen de relieve los gravísimos efectos distorsionadores que para el ente municipal y para sus propios trabajadores supondría la gestión y aplicación de diferentes convenios colectivos a cada uno de los empleados en razón de la actividad a la que están adscritos, porque no se trata solo de que eso de lugar a un régimen salarial distinto, sino también a otros sistemas diferentes de jornada, categorías, vacaciones, etc....Por tanto, ante la inexistencia de un convenio colectivo propio en este tipo de entidades públicas que desarrollan varias actividades, el ordenamiento jurídico ofrece otras soluciones principalmente, que las partes (Ayuntamiento y trabajador) pacten –como así lo hicieron en este caso- lo que tuvieran por conveniente dentro del respecto a la ley y a los mínimos de derecho necesario (art 3.1.c ET). Y respecto del salario, pactaron en el contrato de trabajo el abono de la cantidad prevista como subvencionable por tal concepto en las instrucciones de la

Junta de Andalucía, que resultaba ser sensiblemente superior a lo previsto para el Salario Mínimo Interprofesional vigente.

#### **4. 2.- Impugnación de convenio colectivo**

En otro orden de cosas, la **STS de 12-12-2018 (Rc 151/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4502, dictada en Pleno, con voto particular, conoce de la impugnación del art 14 c) del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center y de la solicitud de nulidad respecto del contrato eventual para campañas o servicios nuevos durante los seis primeros meses, dado que, según el parecer de la demandante, el convenio se ha excedido en las facultades que le otorga el artículo 15. 1 b) último párrafo ET. La Sala IV desestima la demanda al entender que el convenio no se ha excedido en las facultades que la norma legal le otorga en orden a “determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales” ni contraviene directamente el art 15.1. b) ET. Es adecuado a la habilitación conferida la concreción en la designación del período máximo de seis meses, la determinación del porcentaje entre trabajadores fijos y los contratados con arreglo a la fórmula negociada y la definición de la actividad "campañas o servicios nuevos en la empresa", que resultaría subsumible en la noción de "circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos". Añade que es posible incardinar la causa del contrato en las necesidades creadas por cada campaña, que a su vez no penden de la mayor o menor aceptación del producto sino de su desenvolvimiento inicial, conocido por experiencia, a cargo de los propios trabajadores. En todo caso, la regulación convencional se sitúa en un período determinado, seis primeros meses, único en el que cabe utilizar la fórmula eventual, por nueva que sea la campaña, condicionando así no solo la duración del contrato sino el ámbito o circunstancias de validez del mismo.

#### **4. 3.- Principio de correspondencia**

La **STS 22-2-2019 (Rc 226/17)**, ECLI:ES:TS:2019:693, tras despejar diversas cuestiones procesales, declara la nulidad del Convenio de la Empresa Sinergias de Vigilancia y Seguridad, S.A por vulneración del principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio. Se establece un ámbito de aplicación del convenio a nivel nacional y para todos los trabajadores que presten servicios en la empresa, cuando quienes han intervenido en la mesa negociadora son los delegados de personal de los centros de trabajo que tiene la empresa, incluyendo una regla de imposición futura respecto de ulteriores trabajadores que se pudieran incorporar a centros de trabajo distintos. En consecuencia, no se respeta el principio de correspondencia si a esos trabajadores se les aplicará el citado convenio de forma que la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos impide a las partes negociadoras incluir una regla de imposición futura de un convenio en cuya negociación no pudieron haber intervenido dichos trabajadores. La circunstancia de que no existan en ese momento otros centros de trabajo no impide declarar que el convenio colectivo en que se dispone un ámbito geográfico estatal excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, por producirse una falta de correspondencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio.

#### **4. 4.- Ultraactividad.**

En las **STS 25-7-2018 (Rc 3584/16)**, ECLI:ES:TS:2018:3212, y **14-2-2019, (Rc 3253/17)**, ECLI:ES:TS:2019:779, se reclama por un trabajador que presta servicios para RTV Asturias el complemento de antigüedad, cuatrienio, previsto en el convenio de empresa, que fue denunciado el 30/12/10 y en el que se incluye una cláusula de prórroga automática en caso de denuncia. La cuestión que se suscita se centra en determinar si, tras la denuncia del convenio colectivo, el demandante tiene o no derecho a lucrar el complemento de antigüedad reclamado. La Sala IV, parte de que no consta si existe convenio de ámbito superior al empresarial denunciado, optando, en interpretación del art. 86.3 ET, en la redacción dada por las leyes 3/12 y 20/12- y de la DT 4ª de la Ley 3/12, por la tesis conservacionista frente a la rupturista, por entender que los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que acaba la ultraactividad de un convenio no desaparecen cuando pierde su vigencia, por tratarse de condiciones ya contractualizadas. Ahora bien, el mantenimiento del complemento de antigüedad previsto en el convenio denunciado no va más allá de la fecha de pérdida de su vigencia, manteniéndose la cuantía percibida en tal fecha, pero sin incrementos posteriores por devengo de nuevos cuatrienios, en tanto que las partes no negocien una nueva norma paccionada.

##### ***5.- Derecho a la propia imagen, videollamadas para telemarketing.***

Especial relevancia presenta la **STS 10-4-2019 (Rc 227/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1436, en la que se cuestiona la validez de la cláusula contractual que la demandada – Unisono Soluciones de Negocio SA- incorpora a los contratos que firma con sus empleados al inicio de la relación laboral y que dice: «El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de Protección de Datos de carácter personal y Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, a la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente». En particular se plantea si es nula por violar el derecho a la propia imagen del empleado y si el consentimiento se debe pedir expresamente cuando el afectado vaya a ser empleado en trabajos de video-llamada ajustándolo a las circunstancias del caso concreto, sin que quepa la utilización de cláusulas genéricas. La Sala IV desestima la demanda declarando lícita la cláusula que en los contratos advierte de aquella función, consintiendo el trabajador del uso de su imagen con ese objeto. Dicha actividad – video llamadas para telemarketing - está incluida en el ámbito funcional del convenio, cuando ello sea necesario para la prestación de un mejor servicio o por exigencias del cliente. Consiguientemente, si se trata de la realización de funciones propias del objeto del contrato, aunque no sean las habituales, resulta que la cláusula controvertida se limita a advertir al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe y, a la par que el mismo queda advertido de ello, presta, expresamente, su consentimiento a la cesión de su imagen, pero con una salvaguarda: "siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato", de forma que la cesión de la imagen venga condicionada a que su fin sea cumplir con el objeto del contrato. Por tanto, la cláusula controvertida es más bien, informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir. Los art 6, y 11, 2 de la antigua LOPD, de 13 de diciembre de 1999, y al art. 10-3-b) del RD 1720/2007 interpretados a la luz de los artículos 6-1-b) 7 y 9-2-b) del Reglamento UE 2016/679, muestran que el consentimiento no es necesario prestarlo cuando los datos, la

imagen, se ceden en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo cuyo objeto lo requiere. En conclusión, la cláusula analizada no es abusiva, ni se puede calificar de nula, porque es lícita, dado que es manifestación de un consentimiento expreso que el trabajador da a la cesión de su imagen, cuando la actividad propia del telemarketing, la del convenio colectivo, la desarrolle por video-llamada y que está implícito en el objeto del contrato. Por otro lado, no se trata de un supuesto de videovigilancia, sino de video llamadas en las que quien llama, gracias a una cámara webcam que instala la empresa, ve a quien le atiende y conversa con su interlocutor. Ese es el dato que se le cede y facilita, pero que luego no puede tratar haciendo una grabación y otras operaciones.

## **6.- Derecho de huelga.**

### **6.1.- Huelga abusiva.**

La **STS 25-4-2015 (Rc 236/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1626, dictada en Pleno, estima la demanda de conflicto presentada Ferrovial Servicios SA en solicitud de declaración de ilegalidad de la huelga convocada, por abusiva, por cinco sindicatos diferentes con el mismo objeto para tener lugar los mismos días. La empresa argumentó que dicha convocatoria dificultaba la negociación con cinco comités de huelga en lugar de con uno cual pretendía con base en el art. 8-2 RDL 17/1977. Es sabido que el derecho de los sindicatos a la huelga, ex art. 2-2-d) LOLS, tiene carácter constitucional y no puede ser limitado en función de la mayor o menor representatividad del sindicato convocante y no pueden ser obligados a una acción conjunta con otros sindicatos, aunque tengan objetivos comunes, pues la política de cada uno es diferente. Ahora bien, en lo que se refiere al comité de huelga, el ejercicio del derecho de huelga admite ciertas limitaciones que no afecten a lo esencial del derecho, como puede ser en materias de regulación de los requisitos de forma de las convocatorias y constitución del comité de huelga, entre otras. No se estima esencial el derecho de los convocantes de la huelga a formar un comité de huelga con cuarenta y tres miembros, so pretexto de que se han hecho cinco convocatorias de huelga distintas, ni a obligar a la empresa a negociar con todos ellos simultáneamente. El Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981 ya dijo "La limitación numérica es un criterio sensato en la medida que los comités demasiado amplios dificultan los acuerdos", considerando razonable 12 miembros. En conclusión, la postura adoptada por los cinco comités de huelga nombrados por las centrales sindicales convocantes de la huelga, consistente en negociar los 43 miembros de los diferentes comités de empresa y la negativa de los sindicatos a constituir un comité de huelga con menos miembros resulta ilícita por abusiva y contraria a la letra y el espíritu del RDL 17/1977. Sin que a ello sea oponible las argumentaciones relativas al pluralismo sindical, pues la negociación separada no es fácilmente articulable en la práctica.

### **6. 2.- Derecho de huelga: Neutralización de huelga en empresa contratista del mismo grupo empresarial mediante la encomienda de las tareas a terceros**

En la **STS 3-10-2018 (Rc 1147/17)**, ECLI:ES:TS:2018:3659, se discute la calificación de la conducta empresarial (editor de periódicos) consistente en derivar las tareas comúnmente desempeñadas por otra mercantil del grupo (impresión) a empresas ajenas con motivo de la huelga convocada en la proveedora habitual y si ello supone vulneración del derecho de huelga. Se trata de ABC Sevilla y Andaluprint (ambas del

Grupo Vocento), siendo que la primera posee todo el capital social de la segunda y copa el 89,7% de su actividad. La Sala IV confirma la estimación de la demanda declarando que la decisión de imprimir el periódico ABC de Sevilla en empresas distintas de Andaluprint como consecuencia de la huelga de los trabajadores de ésta, vulneraba los derechos de libertad sindical y de huelga. Tras analizar la jurisprudencia relativa a la huelga y a la subcontratación ordinaria de servicios –que se produce entre empresas independientes entre sí que carecen de otro vínculo previo, salvo el contrato mercantil de subcontratación- así como la relativa a la subcontratación de servicios a empresas del grupo, se declara la vulneración del derecho de huelga puesto que en el seno de un grupo empresarial, ante la huelga planteada en una de las empresas de dicho grupo, precisamente la que se encarga de la impresión de las publicaciones, se acude a la contratación externa de las actividades en cuestión lo que supone la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, producida directamente como consecuencia de la convocatoria de huelga y vacía de contenido, en parte, el derecho fundamental a la huelga privándole de la repercusión externa de la misma a través de una puntual modificación de los procesos productivos imperantes en el grupo empresarial.

En el mismo sentido, y con las mismas argumentaciones, se pronuncia la **STS 3-10-2018 (Rc 3365/16)**, ECLI:ES:TS:2018:3657, declarando la vulneración del derecho de huelga. En este caso, la huelga tiene lugar en Gráficas de Prensa Diaria, S.A. que se dedica a la impresión y que pertenece al Grupo Zeta. En dicha empresa se imprimen habitualmente publicaciones periódicas de diversas empresas pertenecientes al grupo. Durante la huelga, las empresas del grupo encargaron la impresión en otras compañías, publicándose y distribuyéndose con normalidad las publicaciones. Esto es, en el seno de un grupo empresarial, ante la huelga planteada en una de las empresas de dicho grupo, precisamente la que se encarga de la impresión de las publicaciones, el resto de empresas acudieron a la contratación externa de las actividades que, desde la constitución del grupo como tal, se encargaban a la empresa que soportó la huelga.

## ***7- Desigualdad de trato. Discriminación.***

### **7. 1.- Doble escala salarial.**

En el supuesto de la **STS 7-2-2019 (Rc 35/18)**, ECLI:ES:TS:2019:609, se analiza la diferencia de trato establecida por dos normas con rango de Ley que se han sucedido en el tiempo durante los años 2014 y 2015, de las que se han derivado distintas consecuencias para las personas contratadas bajo su vigencia en cuanto al reconocimiento de servicios prestados para otros Organismos. Así, los trabajadores que accedieron a la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, no han visto reconocido derecho alguno relacionado con la antigüedad vinculada a los servicios prestados para otros Departamentos Ministeriales u Organismos públicos, lo que sí se ha producido desde la entrada en vigor del artículo 21.3 de la Ley de Presupuestos 36/2014. La Sala IV sostiene que no hay trato discriminatorio en esa sucesiva regulación, ni la cuestión afecta a la aplicación del Convenio Colectivo de la empresa, que resulta igual para todos los trabajadores en relación con la antigüedad que resulte acreditada. No se trata de una distinción establecida en el Convenio

Colectivo que pudiera contener una doble escala retributiva, sino de unas condiciones objetivas diferentes, no homogéneas, legalmente previstas en normas sucesivas en el tiempo que otorgan a quienes ingresan en la Fábrica condiciones distintas basadas en la diferenciación objetiva que las propias normas de contratación contienen y de los fines sucesivamente perseguidos por las mismas, normas adaptadas además a los límites de la Ley de Presupuestos Generales de cada año, con arreglo a las que la masa salarial del personal laboral del sector público estatal se establece.

Por otra parte, las **SSTS 5-3-2019 (Rc 2174/18 y 1468/18)**, ECLI:ES:TS:2019:135 / ECLI:ES:TS:2019:989, sintetizan la jurisprudencia sobre la doble escala salarial en un supuesto en el que se plantea si existe o no en la estructura retributiva de la empresa una doble escala salarial ilícita proyectada sobre el complemento personal de antigüedad que conllevaría diferencias salariales con repercusión, entre otros extremos, en la indemnización por despido individual procedente de despido colectivo entre trabajadores a consecuencia de su fecha de ingreso en la empresa. El Convenio Colectivo del Complejo Industrial de Huelva de Ence Energía y Celulosa SA, en las sucesivas ediciones, retribuye la antigüedad conforme a la fecha de ingreso en la empresa, sin reconocimiento alguno del complemento de antigüedad para los trabajadores ingresados con posterioridad a 1-1-1995. Acreditada la diferencia, la empleadora no aporta ni siquiera indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa. Se declara contraria al art 14 CE la doble escala salarial en materia de complemento de antigüedad introducida en su momento por la negociación colectiva de centro de trabajo, vinculado únicamente a la fecha de ingreso en la empresa.

## **7. 2.- Personal fijo y temporal de la administración pública. Carrera profesional**

La **STS 6-3-2019 (Rc 8/18)**, ECLI:ES:TS:2019:972, analiza la posible desigualdad de trato entre el personal fijo y el temporal de la administración pública del Principado de Asturias concluyendo con el derecho de los trabajadores temporales a acceder a la carrera profesional y a percibir el complemento de carrera profesional en las mismas condiciones que el personal laboral fijo. Se argumenta, con remisión a sentencia previa relativa a los derechos de promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos, que no existen razones objetivas que justifiquen el trato diferenciado de los trabajadores temporales con respecto al personal fijo en cuanto a la progresión en las categorías profesionales y a la percepción de los complementos salariales derivados de tal progresión. El sistema de progresión profesional en litigio se sustenta en la exigencia de un determinado número de años de prestación de servicios en cada categoría para pasar a la de nivel superior, así como en la acreditación de ciertos méritos y habilidades conforme a los planes de evaluación del desempeño que puedan establecerse a estos efectos. Se estima de aplicación al caso el auto del TJUE de 22/3/18 C-315/17, que establece que resulta discriminatoria la desigualdad de trato en el desarrollo de la carrera profesional de los trabajadores temporales con respecto al personal fijo. En definitiva, no hay razones objetivas que puedan justificar el diferente tratamiento aplicado al personal fijo y a los contratados temporales que reúnan el número de años necesarios para progresar en las categorías profesionales, ni se aprecia obstáculo alguno para que les resulte aplicables esos mismos planes de evaluación del desempeño. Por todo ello, el personal temporal pueda participar de los

mismos derechos de promoción profesional que se reconocen mediante la negociación colectiva al personal fijo, en el bien entendido que el resultado de esa participación no puede suponer en ningún caso la alteración de la naturaleza jurídica temporal del contrato de trabajo

En el mismo sentido y con los mismos argumentos se pronuncia la **STS 3-4-2019 (Rc 1/18)**, ECLI:ES:TS:2019:1540, declarando que procede la aplicación efectiva del complemento de carrera profesional horizontal recogido en el V convenio colectivo para el personal laboral temporal al servicio de la Comunidad Autónoma las Islas Baleares, con más de cinco años de antigüedad, con las consecuencias inherentes a la asignación de nivel y de complemento retributivo. Se reconoce el citado complemento no solo al personal fijo, sino, también, a los indefinidos no fijos y a los contratados temporales que hayan prestado servicios cinco años ininterrumpidos. El llamado complemento profesional horizontal retribuye el desarrollo profesional, la experiencia y permanencia en el desempeño del puesto de trabajo, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, de destino físico, o de actividad, y viene condicionado solamente al paso del tiempo y a la superación de ciertos niveles de formación etc. La obtención del derecho al complemento retributivo controvertido se condiciona a la prestación de servicios a la administración empleadora durante cinco años ininterrumpidos, por lo que no está justificada objetivamente la privación de ese derecho a los trabajadores temporales que llevan cinco años seguidos de prestación de servicios.

### **7. 3.- Exclusión del complemento de doctorado a los profesores sustitutos.**

La **STS 20-9-2018 (Rc 165/17)**, ECLI:ES:TS:2018:3567, declara que el Convenio Colectivo Universidades de Andalucía no es contrario al derecho a la igualdad de trato por excluir de la percepción del complemento de doctorado a los profesores sustitutos interinos. Con carácter previo, se pone de relieve que la sentencia del TJUE 14 de septiembre de 2016 (asunto Diego Porras) ha sido corregida en la posterior sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16 (asunto Montero Mateos). Pues bien, el Convenio Colectivo reconoce el citado complemento en favor de profesores ayudantes cuyos contratos son de carácter temporal, por lo que el devengo no está vinculado a la duración indefinida de la relación laboral y esto impide considerar la existencia de discriminación entre trabajadores fijos y temporales. Por ello, si los trabajadores bajo la modalidad de contratación temporal de profesores ayudante son los que perciben en el complemento por doctorado cuando reúnen los requisitos convencionalmente exigidos, de ninguna manera puede sostenerse que la exclusión de los profesores sustitutos interinos suponga una desigualdad de trato respecto a los trabajadores con contrato indefinido, por lo que no hay una diferencia de trato injustificada entre trabajadores temporales. Por otra parte, no se trata de un complemento de calidad, dado que la finalidad del concepto controvertido es incentivar el proceso formativo de los profesores ayudantes, acorde con la específica naturaleza jurídica de este tipo de contratos, lo que se configura como una razón objetiva que justifica la exclusión de los interinos.

### **8. - Despido disciplinario**

### **8.1. - Transgresión de la buena fe contractual**

Como ya hemos señalado en crónicas anteriores, es doctrina reiterada –y de sobre conocida— de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que el recurso de casación para la unificación de doctrina, en su condición de medio extraordinario y hasta excepcional de impugnación de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo recursos de suplicación no constituye cauce idóneo para el examen o nueva valoración de las conductas humanas, en particular las que dan o pueden lugar a un despido disciplinario. De manera que la calificación de tales conductas y, consiguientemente, de la propia decisión extintiva son materias que carecen de interés casacional. Sin embargo, como se analiza mas detalladamente en el apartado de esta misma crónica relativo a la concurrencia de contradicción en la parte final relativa a derecho procesal, de modo ocasional y no generalizable la Sala en este período a entrado a conocer de dos supuestos de despido por la completa y excepcional coincidencia de los supuestos comparados.

### **8.2. - Audiencia previa al delegado sindical**

Una de las materias litigiosas por excelencia del régimen del despido disciplinario es la relativa a las exigencias de forma. En este contexto, se discute en **STS 9-5-2018 (Rc 3051/16)** ECLI:ES:TS:2018:1806, y **19-7-2018 (Rc 496/17)** ECLI:ES:TS:2018:3193, si la empresa que va a despedir disciplinariamente a persona afiliada a determinado sindicato debe dar audiencia al “delegado” del mismo en todo caso, en concreto, si ello es así aunque ese representante no goce de las prerrogativas previstas en el art. 10 LOLS. Y la respuesta que alcanzan las sentencias anotadas es negativa, pues la obligación que impone el art. 551.1 ET no está referida a cualquier tipo de delegado sindical que pudiere haberse designado en uso de la facultad de la que disponen los sindicatos para constituir secciones sindicales en el seno de la empresa o centro de trabajo conforme permite el art. 8.a) de la LOLS, sino solo y exclusivamente a los delegados de las secciones sindicales a las que se refiere el art. En consecuencia, las personas que cumplen los requisitos del art. 10.1 LOLS son las que deben ser oídas antes del despido disciplinario que afecte a cualquiera de sus afiliados, no así el delegado sindical que es mero portavoz o representante de cualquier sección sindical, como es el caso.

### **8.3.- Plazo “largo” de prescripción de las faltas**

Prueba de que algunos de los aspectos que integran el régimen jurídico del despido disciplinario sí tienen cabida en el recurso de casación para la unificación de doctrina son las **SSTS 8-5-2018 (Rc 383/17)** ECLI:ES:TS:2018:2129, y **14-9-2018 (Rc 3540/16)** ECLI:ES:TS:2018:3364, en las que se analiza el relativo a la prescripción de las faltas disciplinarias calificadas como muy graves, y más concretamente el que afecta al cómputo del denominado “plazo largo” y a la fijación del “*dies a quo*” de dicho plazo.

Como se sabe, las faltas muy graves que el trabajador haya podido cometer prescriben por el transcurso de sesenta días desde que el empresario tuvo conocimiento de las mismas y, en todo caso, tras haber pasado seis meses desde su comisión (art. 60.2 ET). Tiene por finalidad dicha regla que el empresario actúe con la debida diligencia en la comprobación de los incumplimientos laborales, sin dejar

permanente o indefinidamente abierta la posibilidad de imposición de la correspondiente sanción disciplinaria, particularmente el despido del trabajador. Y aunque la doctrina a este respecto es reiterada, la trascendencia del problema y la frecuencia con que estas cuestiones se suscitan en la práctica, sobre todo en ciertos sectores, merecen la cita de los pronunciamientos de referencia.

La sala recuerda que la pauta general del cómputo del plazo largo de prescripción desde la comisión del hecho sancionable tiene excepciones en el caso de las faltas continuadas y, particularmente, en el de las faltas ocultas porque el cómputo no se inicia hasta que cesa la ocultación o la posibilidad de la misma, momento en que el empresario puede y debe adquirir un cabal y total conocimiento del incumplimiento del trabajador. Y en un caso, la investigación penal en toda su extensión, es la fuente que proporciona a la empresa la más completa información de la posible infracción cometida, en el otro, fue asimismo necesario llevar a cabo una completa investigación de los hechos, dada la posición de confianza del actor en la misma.

#### **8.4.- Efectos del despido. Cálculo de indemnización y salario.**

La determinación del salario que debe tenerse en cuenta a efectos de calcular la indemnización por despido ha sido y es un tema de intensa controversia entre la doctrina, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido. A lo anterior, se anuda que, durante la vida laboral de cualquier trabajador, el salario cambia, no solo por aplicación del convenio o por pacto individual o colectivo, sino también por otras circunstancias, ya sean personales del trabajador, como reducciones de jornada para conciliar la vida laboral y familiar o excedencias, ya sean dependientes del empresario, como son los complementos por cantidad o calidad de trabajo, o gratificaciones extraordinarias. Por ello, la delimitación del salario regulador es una cuestión compleja y con una casuística muy variada y amplia de la que la doctrina judicial y la jurisprudencia se han hecho eco estableciendo unos criterios de indudable importancia práctica. Y en este período son varias las resoluciones que ha tenido que acometer este tema.

Así en **STS 27-6-2018 (Rc 2655/16)** ECLI:ES:TS:2018:2925, lo que se plantea es el módulo –indemnizatorio y salarial— a tener en cuenta en los supuestos de previa **reducción de jornada**, acordada en el curso de un ERTE anterior. Para resolver el tema litigioso, recuerda el TS que el salario a considerar para el cálculo de la indemnización por despido y salarios de tramitación, ha de ser el “último” percibido o actual en el momento de la extinción del contrato de trabajo, salvo circunstancias especiales, y recalca en los casos de reducción de jornada tanto a iniciativa del trabajador como por exclusiva voluntad empresarial, declarando que el salario a tener en cuenta es el correspondiente a la jornada completa, lo que resulta extrapolable a los supuestos en los que la reducción de jornada es consecuencia de un ERTE; entender lo contrario propiciaría el fraude de ley, en tanto que consentiría la instrumentación de la reducción de jornada como antesala para el abaratamiento del despido. La misma solución se alcanza en **STS 24-4-2018 (Rc 2152/16)** ECLI:ES:TS:2018:2329, si bien el aquel supuesto la **reducción de jornada** no vino provocada por un ERTE y sí **por razones de guarda legal**.

Sobre el posible **cómputo del importe del alquiler de vivienda** del trabajador en Canadá en el módulo salarial que ha de ser utilizado para la determinar la indemnización que al trabajador corresponde por su despido, se pronuncian las **SSTS 16-4-2018 (Rc 24/17)** ECLI:ES:TS:2018:1705; **19-7-2018 (Rc 472/17)** ECLI:ES:TS:2018:3135, no sin antes advertir que la cuestión puede ofrecer diversas y variables circunstancias que obliguen a matizar la solución ahora alcanzada. Para despejar la incógnita, diferencian las sentencias anotadas entre la existencia de un contrato “ex novo” para prestar servicios en el extranjero, supuesto en el que no cabe duda de que se trataría de un concepto netamente salarial, de aquellos supuestos en los que la prestación de servicios en el extranjero se produce vigente ya relación laboral, lo que nos sitúa en el marco de la movilidad geográfica, por lo que la naturaleza salarial o extrasalarial del concepto no viene determinada por el juego de la voluntad del trabajador en el cambio locativo, sino más bien por la duración del mismo. Y en los supuestos enjuiciados, la duración del cambio de residencia [indefinida y con duración real hasta el despido] evidencia más bien que se trata de un traslado y no un simple desplazamiento, lo que revela la naturaleza salarial del alquiler de la vivienda. Por lo tanto, el factor tiempo –previsto o real– de la movilidad funcional será decisivo para determinar el carácter indemnizatorio o no del concepto en cuestión.

En la **STS 29-1-2019 (Rc 1091/17)** ECLI:ES:TS:2019:446, reiterando doctrina, se declara que debe incluirse en el cálculo de la cuantía indemnizatoria la **prima de expatriación**, si bien en la parte proporcional al tiempo que la percibió durante el último año.

Pero, con toda probabilidad dentro de este apartado las **SSTS 5-6-2018 (Rc 364/17)** , ECLI:ES:TS:2018:2606; y **(Rc 427/17)** ECLI:ES:TS:2018:2741 ; **21-6-2018 (Rc 2602/16)** ECLI:ES:TS:2018:3017; **3-7-2018 (Rc 1300/17)** ECLI:ES:TS:2018:3077; **10-7-2018 (Rc 2730/16)** ECLI:ES:TS:2018:3282 , tienen un interés inusitado al debatirse en el marco de un despido por causas objetivas, el salario regulador de la indemnización, para lo que resulta de todo punto necesario determinar qué convenio debe aplicarse al haber perdido su vigencia el que vino rigiendo las relaciones contractuales sin que haya existido pacto de ultraactividad. En concreto, se trató de determinar si procede aplicar la contractualización de condiciones de trabajo a que se refiere STS 22-12-2014 (Rc 264/14) ECLI:ES:TS:2014:5504, o, por el contrario, aplicar el art. 86.3 ET y considerar vigente el de ámbito superior, optando las sentencias anotadas por esta última solución. Razonan que la doctrina que estableció la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio que perdía su vigencia, lo hizo precisamente para el supuesto en el que no exista convenio de ámbito superior, lo que no es el caso, donde no hay duda de la existencia de convenio de ámbito superior, ni de que el mismo resulta aplicable. Por lo tanto, habiendo el convenio aplicado perdido su vigencia y existiendo uno de ámbito superior, se impone la aplicación del art. 86.3 ET, con arreglo al cual deberán calcularse las indemnizaciones por despido.

Afirma **STS 20-11-2018 (Rc 3968/16)** ECLI:ES:TS:2018:4226, que los salarios de tramitación en despido improcedente en el que la empresa ha optado por la readmisión, comprenden los devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que lo declara, sin que quepa descontar el tiempo en el que se tramitó y resolvió sobre la incompetencia por razón del territorio derivada de la

presentación inicial de la demanda ante Juzgado de lo Social incompetente. Solución que alcanza en aplicación del art. 56.2 ET y art. 110.1 LRJS, porque en casos como el contemplado –despido improcedente y opción empresarial por la readmisión-- el restablecimiento de la situación en virtud de la cual se incorpora el trabajador a su puesto de trabajo transita ineludiblemente por el abono de los salarios dejados de percibir en ese tiempo de tramitación, sin perjuicio de que el empresario pueda reclamar al Estado, por el procedimiento previsto para ello, los que excedan de 60 días de conformidad con el art. 116.1 LRJS. Tampoco cabe la aplicación analógica de la normativa que permite descontar parte de los salarios de tramitación por despido improcedente en el marco de una reclamación al Estado, pues esta norma sólo se refiere al ámbito de la responsabilidad del Estado ex art. 119.1 LRJS.

### **8.5. - Alcance de la responsabilidad del Estado por salarios de tramitación**

Se dirime en **STS 27-2-2019 (Rc 1595/17)** ECLI:ES:TS:2019:798, si las actuaciones previas efectuadas por la trabajadora recabando la documentación necesaria antes de formular la reclamación ante la Administración del Estado, tienen eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año legalmente establecido, computado a partir de la fecha de la notificación a la demandante del Decreto de insolvencia de la empresa condenada en el procedimiento de despido. Y la respuesta que se alcanza es negativa, no en vano el art. 117.3 LRJS fija el plazo de prescripción de un año para reclamar al Estado los salarios de tramitación, siendo el dies a quo el de la fecha de notificación del auto judicial que haya declarado la insolvencia del empresario, sin que concurra ninguno de los supuestos que de conformidad con el art. 1973 CC interrumpen la prescripción. Lo expuesto solo evidencia que nos encontramos ante una negligente actuación de la parte actora, sin que sea aplicable la doctrina flexibilizadora de la Sala [STS 1-12-2016 (Rc 2110/15) ECLI:ES:TS:2016:5746], referida a un supuesto que ninguna semejanza guarda con el actual.

## **9. Extinción por causas objetivas**

### **9.1. Absentismo**

Las causas del despido objetivo constituyen otra materia cuya evolución jurisprudencial requiere constante atención. Más aún cuando se trata de causas distintas de las del despido económico individual. Éste es justo un periodo en el que, desde esa perspectiva, se han dictado algunas resoluciones de especial interés.

Una de las causas de despido objetivo enunciadas en el art. 52 ET que no suele provocar especial litigiosidad, pero que sin embargo integra elementos de difícil determinación en la práctica, es la que atañe al **absentismo**, o la extinción por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen a determinados porcentajes de jornadas hábiles en dos meses consecutivos o cuatro meses discontinuos, computados en un periodo de referencia de doce meses, Y siempre que el total de las faltas en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles. Pues bien, el precepto legal no indica la forma de cómputo del periodo de doce meses en que computar las ausencias al trabajo, cuestión zanjada por **SSTS 11-7-2018 (Rc 3756/16)** ECLI:ES:TS:2018:3205; **28-1-2019 (Rc 667/17)** ECLI:ES:TS:2019:422; y **5-3-2019 (Rc 2518/17)** ECLI:ES:TS:2019:1042, que reiterando un pronunciamiento anterior [STS 19-3-2018, (Rc 10/16)], declaran que el día final del plazo de un año, o *dies ad quem* para el cómputo del citado plazo que establece el art. 52.d) ET, coincide con aquél en que se toma y notifica la decisión

extintiva. Así, respecto del primer plazo de dos meses o cuatro según el caso, y el segundo plazo de doce meses, es claro que han de coincidir en un único periodo de doce meses, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieren tenido lugar. La diferencia entre ambos periodos radica exclusivamente en el volumen de ausencias que podrá variar según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no va a variar respecto a los meses totales de ausencias computables, que son comunes a doce meses.

La **STS 4-2-2019 (Rc 1113/17)** ECLI:ES:TS:2018:1196, aborda la otra alternativa legal para el despido por absentismo, a saber, las ausencias [justificadas o no] intermitentes que alcancen el 25% o más de las jornadas laborables en un periodo de cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siendo el *dies a quo* del periodo de doce meses el de la última de las ausencias al trabajo objeto de cómputo, lógicamente. Y el resultado concreto de ese plazo legal de cuatro meses discontinuos [contados de fecha a fecha en lugar de meses enteros o naturales] dentro de un periodo de doce meses debe respetarse y no sustituirse por un plazo inferior en el que el porcentaje de absentismo del 25 % sí se cumpla.

## **9.2. Causas económicas, técnicas y organizativas. Más cuestiones sobre la puesta a disposición de la indemnización**

En lo que atañe a los despidos objetivos ex art. 52.c) ET, a pesar de ser una materia de difícil acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, al requerir la calificación de la medida extintiva en la mayor parte de los estos casos de un análisis y valoración casuística de las concretas circunstancias concurrentes, la **STS 18-9-2018 (Rc 3451/16)** ECLI:ES:TS:2018:3369, aborda si concurre la **causa organizativa** alegada por la empresa para el despido del trabajador. Y el TS señala que pese a las rotundas afirmaciones de la Exposición de Motivos del RD-Ley (y de la posterior Ley 3/2012), no puede dudarse de la persistencia de un ámbito de control judicial del despido objetivo que incluye, necesariamente, la apreciación de la concurrencia de una causa real y verosímil, de suerte que los motivos alegados han de ser reales, actuales, proporcionales, de ahí que concluya en el caso, que la exclusiva voluntad de la empresa de vender una parte importante del equipamiento o maquinaria [grúas en el caso de autos] no constituye en sí misma una causa organizativa o productiva que pueda justificar la procedencia del despido objetivo. Esa reducción de activos mobiliarios, en su caso, puede constituir un indicio adicional de que hay disminución de actividad o de que la situación económica es negativa; la conexión de funcionalidad y la medición de la proporcionalidad deben valorarse respecto de estos datos, no respecto de la minoración del parque de vehículos.

Constituye objeto de la **STS 23-10-2018 (Rc 2715/16)** ECLI:ES:TS:2018:3726, la necesidad de determinar la calificación que merece un despido objetivo por **causas económicas** cuando en la empresa existe un acuerdo colectivo por el que, entre otras medidas —como la reducción salarial—, la empresa se había comprometido a no realizar despidos objetivos o colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción durante un cierto tiempo. Y declarado por el TS la validez de tal acuerdo --lo que la doctrina científica ha denominado “cláusulas de empleo en la negociación colectiva”—, el despido se califica como improcedente. El pacto existente contenía sacrificios para ambas partes, no pudiendo la empresa de manera unilateral prescindir de los compromisos allí asumidos. Tampoco cabe la

aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” porque en el ordenamiento jurídico laboral es extremadamente restrictiva.

Por el contrario, la **STS 11-7-2018 (Rc 467/17)** ECLI:ES:TS:2018:3216, declara la procedencia del despido objetivo de un visitador médico, al quedar acreditada la **situación económica negativa** durante los dos últimos años y el primer semestre de 2014. También concurren las productivas, pues tras ser aprobado por el SAS el listado de medicamentos seleccionados para ser dispensados por las oficinas de farmacia de Andalucía cuando sean prescritos por principios activos, no figuraban los comercializados por Mabco, al no haber acudido a las últimas subastas públicas realizadas por la Consejería de Salud.

Descarta la **STS 13-6-2018 (Rc 2200/16)** ECLI:ES:TS:2018:2591, la improcedencia del despido porque la puesta a disposición de la indemnización lo fue en tiempo pactado en el despido colectivo del que trae causa la extinción del contrato. No en vano, el acuerdo logrado en el marco de un ERE y fruto de la negociación colectiva, tiene análoga eficacia a lo acordado en Convenio; los pactos son claros y contienen todos los elementos necesarios para vincular a ambas partes, según el art. 1261 CC.

Considera **STS 28-11-2018 (Rc 2826/16)** ECLI:ES:TS:2018:4231, reiterando doctrina, que la transferencia bancaria es un método válido para poner la indemnización por despido objetivo a disposición del trabajador si se realiza el mismo día de la entrega de la carta de despido, y se entiende cumplido el requisito de simultaneidad.

Y a propósito de la omisión de la puesta a disposición de la indemnización por despido objetivo, lo que se debate en la **STS 21-3-2019 (Rc 4251/17)** ECLI:ES:TS:2019:1328, es precisamente si resulta conforme a derecho la actuación de un Ayuntamiento que alega la falta de liquidez para no poner a disposición del trabajador la pertinente indemnización por despido objetivo en el momento de notificarle la decisión extintiva, partiendo del incuestionable extremo de que es la empresa y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez situación ésta que es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Y la sentencia anotada alcanza una respuesta positiva, al acreditar la Corporación demandada la existencia de indicios más que razonables sobre la situación de falta de efectivo en la tesorería municipal, lo que constituye una prueba sólida de la imposibilidad de atender el pago de la indemnización en el mismo momento del despido.

### **9.3. FOGASA.- Opción por indemnización en juicio de despido**

En el marco de despidos objetivos por cierre de la empresa, la cuestión que se aborda en las **SSTS 5-3-2019 (RC 620/18)**, ECLI:ES:TS:2019:883; **4-4-2019 (Rc 40642017)** ECLI:ES:TS:2019:1615, es la de determinar si el FOGASA, -- en sustitución de la empresa, cuando ésta no comparezca y la misma sea la titular del derecho de opción --, puede en el acto del juicio de despido y para el supuesto que éste fuera declarado improcedente, optar por la extinción contractual indemnizada cuando la readmisión no sea posible, con la finalidad de reducir, en su caso, el futuro abono de prestaciones de garantía salarial a su cargo al deberse calcular en tal supuesto la indemnización hasta la fecha del despido y evitar el pago de salarios de tramitación. Y el TS alcanza una respuesta afirmativa, declarando la limitación de la responsabilidad del Fondo en

los salarios devengados por los trabajadores accionantes hasta la fecha de su cese efectivo en la empresa. Se fundan estas decisiones en el hecho de que el art. 23.2 de la LRJS autoriza al Fondo a instar en el proceso "lo que convenga en Derecho", siempre que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, como ha sido el caso: 1) que la empresa no haya comparecido en el acto del juicio; 2) que estemos en presencia de alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2 LRJS, esto es, que se trate de empresas incursas en procedimientos concursales, declaradas insolventes o desaparecidas, siempre que conste que la empresa ha cerrado sus actividades, siendo, en consecuencia, imposible o de difícil realización la readmisión; 3) que se trate de un supuesto en el que el titular de la opción fuere el empresario, 4) que el FOGASA haya comparecido en el procedimiento en el momento de efectuar la opción.

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

Nuevamente se suscita en **STS 5-6-2018 (Rc 108/17)** ECLI:ES:TS:2018:2357, si procede declarar extinguido el contrato de trabajo por incumplimiento empresarial en el pago puntual del subsidio de incapacidad temporal ex art. 50 ET. En concreto, fueron dos las mensualidades impagadas y el resto de las mensualidades se abonaron dentro tiempo en que se vienen pagando los salarios. El TS descarta el éxito de la acción, y recuerda que el incumplimiento de la obligación del pago puntual del salario o, del subsidio de IT ha ido evolucionando jurisprudencialmente hacia su objetivación, sin que sea necesaria la culpabilidad en el incumplimiento empresarial, pero sí debe concurrir el requisito de la gravedad en el incumplimiento, de ahí que deba valorarse exclusivamente si el retraso o el impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación puntual del pago del salario partiendo de un criterio objetivo. Así las cosas, al apreciarse un incumplimiento puntual en el pago de los subsidios de los meses de abril y mayo que lo fueron con un retraso de dos y tres meses, no cabe apreciar la existencia de un retraso continuado, reiterado o persistente en el pago del subsidio que pueda justificar la extinción contractual.

También en el marco de una resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, decide la **STS 14-9-2018 (Rc 2652/17)** ECLI:ES:TS:2018:3314, si la trabajadora tiene acción para solicitar tal extinción por impago de salarios, cuando con anterioridad ha sido declarada la extinción de los contratos por el juez del concurso y, por tanto, el vínculo contractual ya no está vivo. El TS da a tal incógnita una respuesta negativa, porque el juez del concurso es competente para conocer de la extinción colectiva de los contratos de trabajo después de declarado el concurso, incluso en el caso de que los trabajadores afectados hubieran instado con anterioridad la extinción individual al amparo del art. 50.1.b) ET, estando pendiente de resolver dicha pretensión, tal como se desprende del art. 64.10 LC. Y si bien en este caso no hubo suspensión de la acción individual, es claro que el juez de lo social no puede desconocer que la relación laboral, sobre cuya continuidad debe decidir en su sentencia, ya no está viva porque la extinción de la misma ha tenido ya lugar por virtud de la resolución del juez competente para acordarla dentro del concurso, basándose en circunstancias que sirven para apreciar causas de características análogas a las que motivan la acción individual del trabajador.

## **11.- Despido colectivo**

### **11.1. Caducidad de la acción**

La **STS 17-10-2018 (Rc 60/18)**, ECLI:ES:TS:2018:3934, se hace de cita obligada pues no es usual el tema que en ella se suscita, al cuestionarse cuál es la vía procesal adecuada cuando no se impugnan las extinciones, sino otras posibles medidas complementarias o alternativas de los despidos y que se habían incluido en el pacto final. En efecto, el problema surge porque en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se adoptaron no solo medidas de despido colectivo, sino otras como reducciones de jornada y movilidad geográfica, para las cuales el plazo impugnatorio sería el previsto en el art. 138 LRJS y no el del art. 124.6 LRJS, a lo que se añadiría la previsión contenida en el art. 59 ET, al que se remite el art. 138 LRJS. Y el TS declara que la modalidad del art.124 LRJS debe considerarse excluyente y prioritaria. No en vano, la impugnación del acuerdo sobre el despido colectivo no puede hacerse por aspectos parciales sin tomar en consideración el conjunto de las medidas y sus efectos sobre el empleo, lo que determina que el caso la acción planteada se declare caducada.

### **11.2. Imposibilidad de revisar en los procesos individuales de despido la concurrencia de las causas**

No cabe duda de que unos de los pronunciamientos de mayor relevancia, y no exentos de polémica son los recaídos en las **SSTS 2-7-2018 (Rc 2250/16)** ECLI:ES:TS:2018:3153, **29-11-2018 (Rc 2887/16)** ECLI:ES:TS:2018:4480, y conforme a las cuales, en el proceso individual que se deriva de un despido colectivo cuando haya habido acuerdo en la fase de consultas no puede discutirse la existencia o inexistencia de las causas justificativas invocadas por la empresa en el despido colectivo. En otras palabras, se entiende que existe, sin que pueda ser rebatida por parte del trabajador que actúa a través del art. 124.13 LRJS. Afirma el TS que de admitir la posibilidad de discutir una y otra vez la misma cuestión en múltiples litigios individuales, cuando la empresa carece de la facultad de ejercitar la acción colectiva para unificar esa situación, se pudiera estar incurriendo en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa que se ve compelida a afrontar una multiplicidad de procesos con la misma causa, y obligada a aportar una y otra vez la misma prueba para acreditar en cada ocasión la concurrencia de unas causas legales para justificar el despido colectivo y ello a pesar de ser aceptadas y asumidas por la representación legal de los trabajadores a la firma del acuerdo.

### **11.3. Grupo de empresas**

Una de las constantes en los litigios sobre los procedimientos de despido colectivo que sean ido tramitando en estos últimos años ha sido la relativa a la relevancia laboral del grupo de empresas. El interés de la **STS 20-6-2018 (Rc 168/17)** ECLI:ES:TS:2018:2601, radica, descartados los motivos de nulidad, en la **precisión terminológica** que efectúa a propósito del **grupo de empresas**, llevando a cabo un amplio repaso de la doctrina jurisprudencial progresivamente conformada por la Sala Cuarta desde las primeras sentencias dictadas en esta materia, operada la reforma laboral de 2012 y la consiguiente judicialización de los despidos colectivos. En este contexto, empieza recordando que la “expresión grupo patológico” ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a cabo esa responsabilidad no se ocultan, no

responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada es la de “**empresa de grupo**” o “**empresa-grupo**”. Sentado lo anterior, y tras repasar didácticamente los requisitos en general del grupo, y los elementos adicionales, concluye afirmando que, en el caso, a pesar de que entre las dos mercantiles hay parcial coincidencia en el objetivo social, identidad de socios y apoderada, y el mismo domicilio, no concurren los decisivos elementos de confusión patrimonial, unidad de caja y utilización fraudulenta de una dirección unitaria, sustentado la figura de “**empresa-grupo**”, la declarada **confusión de plantillas**. Ahora bien, con una minuciosa argumentación descarta el TS que tal afirmación pueda deducirse de una **mínima intercomunicación laboral**, revelada en una prestación simultánea de servicios por únicamente tres trabajadores, en periodo de corta duración y para una específica actuación laboral, que conduce inexorablemente a negar esa confusión de plantillas. Sentado lo anterior, y rechazada la concurrencia de grupo empresas con repercusión laboral, limitado el ámbito justificativo de la causa de situación económica a la empresa empleadora, se declara ajustado a derecho el despido colectivo.

#### **11.4. Terminación de contrata mercantil y exclusión de los trabajadores temporales por obra o servicio**

La **STS 9-1-2019 (Rc 108/18)** ECLI:ES:TS:2019:377, tiene un notable interés en el tema relativo a la determinación de si la extinción de los contratos temporales vinculados a la contrata, deben o no computarse a los efectos de la ratio de afectados por el despido colectivo. Se trata de una extensa sentencia en la que se abordan diversas cuestiones, cesión ilegal, sucesión legal de empresa, negociación de buena fe durante el periodo de consultas, si bien, el tema que merece especial atención, es el de determinar si en caso de fin de contrata que provoca el cierre del centro de trabajo, es ajustado a derecho la exclusión del despido colectivo de los trabajadores temporales por obra o servicio determinado, la inmensa mayoría del centro de trabajo de Oviedo, cerrado a resultas de la finalización de la contrata mercantil para la atención telefónica de clientes y empleados del banco Liberbank.

El TS declara la licitud de la exclusión del despido colectivo de los trabajadores temporales por obra o servicio, en la línea con la jurisprudencia sentada en STS 28-6-2017 (Rc 45/17); y 20-7-2017 (Rc 25/17), sin que el hecho de que en el caso de autos el despido colectivo traiga causa del cierre total del centro de trabajo altere la solución alcanzada, pues el art. 51.1 ET exige que los cierres de empresas [o centros de trabajo conforme a la jurisprudencia del TJUE asumida por el propio TS] se canalicen por la vía del despido colectivo de afectar a más de cinco trabajadores, pero no que en los mismos haya de incluirse necesariamente al personal temporal del centro de trabajo afectado por el cierre.

La exclusión de los trabajadores temporales, con la consiguiente diferencia en torno a la indemnización por extinción de los contratos, doce días por año de servicio para los trabajadores temporales por obra o servicio, y veinte días de salario por año de servicio para los trabajadores fijos objeto de despido colectivo calificado judicialmente como ajustado a Derecho, no vulnera ni el principio de igualdad de trato trabajo del art. 14 CE ni la Directiva europea 1999/70/CE [cláusula cuarta del anexo], y ello porque aunque la causa de la extinción de todos los contratos sea la misma, la terminación de la contrata mercantil a la que estaban adscritos todos los trabajadores del centro

de trabajo cerrado, desde el punto de vista jurídico los cauces extintivos son diferentes y responden a una lógica distinta, la del cumplimiento del término (indeterminado) previsto de antemano en el contrato en el caso de los trabajadores temporales (art. 49.1.c ET), y la aparición sobrevenida de causas empresariales de carácter económico y productivo para los trabajadores indefinidos o fijos (art. 51 ET). Por lo tanto, no se vulnera el principio constitucional de igualdad de trato ni la Directiva 1999/70/CE por el hecho de excluir del despido colectivo por terminación de la contratación mercantil a la que estaba adscrita toda la plantilla del centro de trabajo cerrado a los trabajadores temporales por obra o servicio, con la consiguiente distinción en materia de indemnización por extinción contractual entre los trabajadores fijos objeto de despido colectivo y los temporales objeto de lícito cese por cumplimiento del término pactado.

## **12. Excedencia voluntaria**

Con una didáctica exposición de la doctrina la Sala Cuarta a propósito de las excedencias voluntarias y el derecho de reincorporación del excedente, se contempla en **STS 12-9-2018 (Rc 491/17)** ECLI:ES:TS:2018:3374, el derecho al reingreso de un excedente voluntario, concluido el periodo de excedencia, cuando es denegado por la empresa con base en la inexistencia de vacante, así como el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que lo solicitó. La solución del supuesto pasa por el derecho al reingreso reconocido en pacto colectivo recogido en la Circular interna B-147/87 de Catalunya Banc (BBVA), mediante la cual se produce una mejora del régimen jurídico de la excedencia voluntaria, que supera las condiciones legales, convencionales y estatutarias establecidas, hallándose vigente no sólo en la fecha en que se concedió la excedencia, sino también en la que se presentó la solicitud de reincorporación. El TS estima el recurso en aplicación de la doctrina sentada por la Sala, al considerar que debe aplicarse lo previsto en la referida Circular que establece una mejora del régimen jurídico de la excedencia voluntaria, que supera las condiciones legales, convencionales y estatutarias establecidas y que implica un derecho a la reincorporación automática solo exceptuado por la doble posibilidad de negativa a la reincorporación representada por el informe desfavorable o, alternativamente, la improcedencia del reingreso a criterio conjunto de empresa y representación laboral, lo que obliga a que se dé una de esas circunstancias para denegar tal derecho, no bastando con que la empresa lo haga directamente alegando la inexistencia de vacante por el proceso de reestructuración seguido. Con voto particular que disiente de la mayoría.

## **13.- Fondo de Garantía Salarial**

### **13. 1.- Alegación de prescripción de la acción de ejecución de sentencia por primera vez en vía administrativa**

La **STS 19-12-2018 (Rc 152/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4501, dictada en Pleno, resuelve una interesante cuestión relativa a determinar si el FOGASA puede oponer con éxito la excepción de prescripción de la acción de ejecución de sentencia de despido, cuando en el procedimiento de ejecución se le ha dado audiencia en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 276.1 y 2 de la LRJS. Se da una respuesta positiva a la cuestión, dado que en los procesos previos el FOGASA no tuvo oportunidad de alegar la

excepción de la acción ejecutiva, al no haber sido citado, ni haber comparecido, ni en la fase declarativa ni en la ejecutiva, aunque sí fuere oído antes de la declaración de insolvencia de la empresa. Es cuando se le da audiencia en el trámite del art. 276.1 y 2 LRJS, cuando tiene conocimiento del procedimiento, teniendo dicho precepto una finalidad concreta, que no puede identificarse con la llamada a juicio como parte, por lo que el FOGASA se ha visto impedido de alegar la prescripción, y tampoco tuvo la oportunidad de hacerlo en procesos previos en los que no fue citado. En consecuencia, no puede la parte oponer la preclusión de dicha alegación, puesta de manifiesto por el FOGASA al resolver en vía administrativa la solicitud de la parte, en momento que la Sala estima oportuno.

### **13. 2.- Intereses moratorios**

Se plantea la determinación del día inicial desde el que se devengan intereses moratorios en favor del solicitante de las cantidades que fueron reconocidas de manera expresa o por silencio administrativo por el Fondo de Garantía Salarial. La **STS 26-12-2018 (Rc 2115/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4507, sostiene en aplicación del art. 24 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre (LGP), que los intereses moratorios únicamente se devengan desde que tuvo lugar la reclamación del cumplimiento de la obligación, en este caso materializada a través de la interposición de la demanda en la que se pedía el pago de esos intereses siempre que hubieran transcurrido tres meses desde que se reconoció la obligación por la Administración. No cabe establecer el momento inicial para el devengo de los intereses a que se refiere el art. 17 de la LGP en la fecha de la eventual estimación por silencio administrativo de la pretensión del pago de la cantidad reclamada, sino que ese momento habrá de fijarse, una vez transcurrido aquél tiempo de gracia que tiene la Administración -que no cabe confundir con el anterior del silencio- de tres meses de plazo para que no se devenguen intereses, desde que se notificó el reconocimiento de la obligación.

### **13. 3.- Responsabilidad del FOGASA en el pago de las indemnizaciones por resolución contractual al amparo del art. 41.3 ET**

La **STS 8-1-2019, (Rc 1649/17)**, ECLI:ES:TS:2019:364, declara que el trabajador tiene derecho a que el FOGASA le abone la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3 ET, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con posterior concurso de acreedores de la empresa. Se reitera doctrina, con cita STJUE de 11/11/2015 (C-422/14, Pujante Rivera vs. Gestora Clubs Dir, S.L. FGS), que incluye en el concepto de “despido” ex art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE la extinción contractual derivada de una modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo, en perjuicio del trabajador por motivos no inherentes a la persona del empleado.

### **13. 4.- Responsabilidad por salarios de tramitación en empresa concursada.**

Las **STS 22-1-2019 (Rc 921/17)**, ECLI:ES:TS:2019:788, y **12-4-2019 (Rc 2894/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1667, reiteran doctrina en cuanto a la responsabilidad del FOGASA por salarios de tramitación tras despido en empresa concursada. La legislación aplicable –a la vista de la modificación de los límites de responsabilidad operados por el RDL 20/2012- es la vigente cuando se dicta la sentencia declarando el despido nulo,

que no la de declaración del concurso de la empresa. La responsabilidad del FOGASA no surge hasta que no está fijada la del responsable principal, la empresa; y la responsabilidad de la empresa queda fijada en el momento en el que se declara la extinción de la relación laboral, siendo por tanto ese momento en el que aparece la responsabilidad, de carácter subsidiario, del Fondo. De este modo, la normativa aplicable ha de ser la que se encuentre en vigor en el momento en el que se declara extinguida la relación laboral, momento en el que surge la responsabilidad subsidiaria del Fogasa. La fecha de declaración de concurso no puede determinar la aplicación de la norma vigente en materia de prestaciones del FOGASA ya que, en su caso, el derecho al cobro de indemnización por despido solo surge, en el momento en que se declara la extinción de su relación laboral con la empresa. A partir de ahí, no antes, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el art. 33 ET, de las obligaciones no satisfechas por aquella.

### **13. 5.- Silencio positivo: momento final para el computo del plazo de que dispone el FOGASA para terminar el procedimiento dictando resolución**

En la **STS 27-9-2018 (Rc 3540/17)**, ECLI:ES:TS:2018:3562, la cuestión suscitada consiste en determinar, a los efectos de evitar que puedan entenderse estimadas por silencio administrativo positivo las solicitudes de prestaciones de garantía salarial a instancia del interesado, cuál es el momento final para el computo del plazo de que dispone el FOGASA para terminar el procedimiento dictando resolución y, en su caso, para notificarla o para cursar su notificación; en concreto si dentro del plazo máximo de tres meses “*contados a partir de la presentación en forma de la solicitud*” de que, conforme el art. 28.7 Real Decreto 505/1985, (sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial), dispone el FOGASA para dictar resolución ha de considerarse o no incluida no solamente la obligación de dictar resolución, sino también la exigencia de su notificación en dicho plazo al interesado o, como mínimo, de haber recibido el interesado la notificación fuera de dicho plazo, sí debe acreditar el FOGASA haber cursado de forma idónea la notificación del referido acto dentro del máximo plazo de diez días a partir de la fecha de tal resolución. La Sala IV considera, en interpretación coordinada del art. 28.7 Real Decreto 505/1985 con los arts. 42 y 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dentro del plazo máximo de tres meses establecido ha de considerarse incluida solamente la obligación de dictar resolución, pero para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, de haber recibido el interesado la notificación fuera de dicho plazo, debe acreditar el FOGASA haber cursado de forma idónea la notificación del referido acto expreso dentro del máximo plazo de diez días a partir de la fecha de tal resolución.

### **14.- Modificación sustancial de condiciones de trabajo**

#### **14. 1.- Calificación**

Existen diversos pronunciamientos sobre la calificación de la modificación operada. Así, la **STS 4-12-2018, (Rc 245/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4483, sostiene que el nuevo sistema de retribución variable por objetivos aplicado unilateralmente por la empresa, Altadis y Tabacalera, para el año 2017 altera, de forma relevante, aspectos esenciales del anterior, y por ese motivo constituye una modificación sustancial de condiciones

de trabajo que no ha seguido el procedimiento del art 41 ET. Se trata de una variación notable de aspectos esenciales de las condiciones retributivas vinculadas al mecanismo de bonus por cumplimiento de objetivos, afectando a un elemento tan importante como es el de la cuantía de las retribuciones de los trabajadores, cuya implementación debería de hacerse con sujeción al procedimiento de negociación y consultas que contempla el art 41 ET.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 19-12-2018 (Rc 206/17)**, ECLI:ES:TS:2018:4511, que califica de modificación sustancial de condiciones colectivas la que afecta a la alteración de la organización del sistema de turnos del Servicio de Atención Permanente, que fue en origen establecido por la empresa en uso de la facultad otorgada por acuerdo colectivo no estatutario. La reducción de efectivos en la atención al turno de noche agrava para éstos las condiciones en las que el servicio se presta de forma que comporta un plus de alteración respecto de los límites en los que debería actuar el ius variandi. En definitiva, la modificación es de carácter sustancial y colectiva, no goza de la aquiescencia de la representación social, y nació de la decisión empresarial amparada en su día por un Acuerdo Colectivo, por lo que su alteración se halla bajo la esfera de aplicación del art 41.1 c) ET de forma que la empresa no puede extender su actuación unilateral más allá del mandato convencional.

#### **14.2.- Modificación operada en virtud de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos.**

La **STS 19-2-2019 (Rc 186/17)**, ECLI:ES:TS:2019:727, reitera doctrina con arreglo a la cual las modificaciones que las normas presupuestarias introducen en las condiciones de trabajo de los empleados públicos no se hallan sujetas al marco del art 41 ET, precisamente porque se establecen por mandato legal. Y si, a resultas de ello, se introducen alteraciones en los derechos de los trabajadores no se trata de una modificación de las condiciones de trabajo acordada unilateralmente por el empresario, por lo que la negociación, si la hubiere, no resulta obligatoria y, en todo caso, habría de contraerse a "instrumentar la reducción impuesta por mandato legal". El ET art 41 solo contempla los casos en que la MSCT se produce por iniciativa unilateral de la empresa por causas determinadas. Sin embargo, los cambios introducidos en la relación laboral, aunque sean de relevancia, como consecuencia de los mandatos legales no han de sujetarse a las disposiciones del art 41 ET.

#### **14. 3.- Información documental en el periodo de consultas**

La **STS 26-6-2018 (Rc 83/17)**, ECLI:ES:TS:2018:2905, confirma la nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo por no haberse facilitado la información adecuada a la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas. Aunque el art. 41 ET no alude específicamente a la documentación o información que debe facilitar la empresa durante el periodo de consultas, lo cierto es que la Sala IV sobre esa materia mantiene que la documentación necesaria que debe aportar la empresa tiene un carácter instrumental, de modo que su finalidad es mantener el esencial derecho de información de la parte trabajadora a los efectos de poder iniciar y desarrollar el periodo de consultas con miras a alcanzar un acuerdo. En el supuesto analizado se estima que la documentación aportada no posibilita a los destinatarios una gestión eficaz de las consultas a las que están llamados legalmente. Para cumplir con esa obligación no

basta con la aportación de una ingente cantidad de documentos de imposible entendimiento, si no están acompañados de una correcta exposición de su contenido que permita garantizar la fiabilidad de los datos en los que se sostienen y conocer adecuadamente su incidencia en la cuestión que es objeto de negociación. No es solo el número y cantidad de documentos aportados, sino también la calidad de la información contenida en los mismos.

## **15.- Prescripción**

### **15.1.- Acción de impugnación de convenio colectivo**

La **STS 22-2-2019 (Rc 226/17)**, ECLI:ES:TS:2019:693, declara que la acción de impugnación del convenio colectivo, por ilegalidad, no está sometida al plazo de prescripción del art. 59 ET, sino que puede plantearse durante la vigencia del Convenio Colectivo, según dispone el art. 163.3 LRJS. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consciente del debate suscitado y de los criterios jurisprudenciales existentes, vino a zanjar cualquier duda al respecto, señalando el tiempo durante el cual se puede impugnar el convenio colectivo, tomando la doctrina que la Sala IV había elaborado, señalando en el art. 163.3, *“mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional”*

### **15.2.- Indemnización de daños por vulneración derechos fundamentales.**

En la **STS 10-7-2018 (Rc 3269/16)**, ECLI:ES:TS:2018:3190, se plantea cual es el plazo de prescripción aplicable al ejercicio de la acción en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por violación de derechos fundamentales -el de un año del art 59.1 ET o el de caducidad de cuatro años de la Ley Orgánica 1/1982, art. 9.5-. La Sala IV, se remite a lo decidido en anterior resolución de 25-1-2005 (R. 35/2003), concluyendo que debe aplicarse a la acción ejercitada la doctrina constitucional establecida en STC 7/1983 que declara la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales, pero considera afectadas por el instituto de la prescripción las acciones concretas frente a eventuales lesiones de los mismos. Por tanto, el plazo de prescripción aplicable a la acción ejercitada, extensivo a todo supuesto de reclamación de daños por violación de derechos fundamentales, es el de un año establecido en el art 59.2 ET. Por otra parte, ha existido un cambio normativo con respecto a la citada sentencia previa, pues el art. 179.2 de la vigente LRJS ya habla de plazo de prescripción o caducidad, lo que es indicativo de la posibilidad de que el derecho prescriba por aplicación de los plazos generales.

### **15.3.- Sucesión de empresas**

Las **STS 10-1-19 (Rc 925/17)**, ECLI:ES:TS:2019:179, y **28-2-19 (Rc 777/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1113, reiteran doctrina y señalan que el plazo de responsabilidad solidaria de 3 años prevista en el art. 44.3 ET «cedente y cesionario... responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión», no constituye plazo especial frente al de prescripción de 1 año previsto en el art. 59 ET. Esto es, el art. 44.3 ET no establece plazo singular y diverso al general de un año previsto en el art. 59 ET, sino que sólo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria que se establece entre cesionario y cedente, fijando al efecto un plazo de caducidad de 3 años para el ejercicio de aquella

acción necesariamente viva que el trabajador pudiera ostentar frente al empresario transmitente. Por ello, el plazo de 3 años desde la sucesión se refiere sólo al ámbito temporal de la solidaridad y no es un plazo singular de prescripción, por lo que no afecta al plazo de un año previsto en el art. 59.1 ET.

#### **15. 4.- Reclamación económica que formula la empresa – distribuidora de energía eléctrica- a un trabajador ya jubilado.**

En las **STS 7-3-19 (Rc 4298/17 y 423/18)**, ECLI:ES:TS:2019:1187 / ECLI:ES:TS:2019:1200, **8-3-19 (Rc 420/18 y 421/2018)**, ECLI:ES:TS:2019:1116 / ECLI:ES:TS:2019:1143, se plantea si la reclamación económica que formula la empresa – distribuidora de energía eléctrica- a un trabajador ya jubilado, consistente en el abono de las cargas fiscales consecuencia del suministro de electricidad gratuita a sus antiguos trabajadores, se encuentra o no prescrita. Dicha cuestión pasa por identificar la norma aplicable (tributaria, de Seguridad Social, laboral), así como la naturaleza del beneficio percibido por el trabajador jubilado. Este considera que se trata una mejora voluntaria de Seguridad Social y que, por tanto, el plazo aplicable ha de ser el de cuatro años, ex art 45.3 LGSS. La Sala IV no comparte tal parecer argumentando que la naturaleza del suministro gratuito (o a bajo coste) de energía eléctrica a antiguos trabajadores ha sido percibida de modo diverso. Y aunque el origen del beneficio está en el convenio colectivo, ello no es dato decisivo para identificar su ontología puesto que el convenio colectivo puede contemplar remuneraciones (salariales o extrasalariales) pero también mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social. En el caso, se trata de una ventaja para quien se ha jubilado prestando servicios en la empresa, y este es el presupuesto único de que la disfrute por lo que se trata de un beneficio (o retribución) que deriva de la anterior prestación laboral. En consecuencia, es de aplicación el plazo de 1 año del art 59 ET porque se reclama respecto de una ventaja o prestación que deriva del contrato de trabajo. Por ello, con independencia de que se considere salario en especie, prestación extrasalarial, acción social o beneficio singular, lo cierto es que el suministro de referencia lo disfruta el trabajador, en su consideración de tal y como consecuencia del trabajo prestado para la empresa.

#### **15. 5.- Reclamación de cantidades salariales que se devenguen hasta la fecha de la resolución judicial. Interrupción por la demanda.**

También es relevante la **STS 31-10-2018, (Rc 2886/16)**, ECLI:ES:TS:2018:4074, dictada en Pleno, que rectifica doctrina previa recogida en STS 26-5-2015, Rc 450/14. El supuesto de hecho es el siguiente: En la demanda rectora se reclaman determinadas cantidades y las que se fueran devengando, cuantificándose los importes debidos hasta la fecha del acto de juicio, oponiendo la demandada la prescripción de las cantidades posteriores a la demanda. La Sala IV argumenta, que en el marco de la regulación anterior a la vigente LRJS, la acción ejercitada es una acción de condena, en cuanto que se reclama una obligación que la demandada había dejado de cumplir, pidiendo lo dejado de percibir y lo que se fuera devengando desde la presentación de la demanda. No se trata de una petición meramente declarativa ni constitutiva ni tampoco de una pretensión en la que se haya adicionado una condena de futuro, en términos procesales. Por tanto, la demanda en la que se reclama un derecho y los efectos económicos que se deriven del mismo y se cuantifiquen en el

acto de juicio y hasta esa fecha, interrumpe el plazo de prescripción de las cantidades que se hayan devengado con posterioridad a la demanda y hasta el citado juicio oral. La demandante no está introduciendo en el pleito cuestiones no conocidas o que no pudieran conocerse ni debatirse en el momento de ratificarse la demanda y formularse la oposición a la misma ya que no debe considerarse un debate sobre el futuro lo que hasta el acto de juicio se haya producido.

## **16.- Recibo de salarios. Contenido.**

La **STS 17-1-2019 (Rc 200/17)**, ECLI:ES:TS:2019:361, relativa al contenido del recibo de salarios, confirma «el derecho de la plantilla a que la empresa entregue las nóminas con la debida claridad y separación las diferentes percepciones cuando abona las mejoras pactadas del art 63 de Convenio Colectivo y cuando los trabajadores amplían o reducen la jornada». En el caso, el modelo de nómina que emplea la empresa no cumple con los requisitos que son exigidos legal y reglamentariamente - art 29.1 ET en relación con la Orden de 27 de diciembre de 1994 y Orden E55/2098/2014, de 6 de noviembre -. En la redacción de la nómina debe primar el principio de transparencia de forma que el trabajador conozca claramente y pueda comprobar la corrección de la misma. La empresa debe usar un modelo del que fácilmente se desprenda que las operaciones que realiza son correctas, en la redacción de la nómina debe primar el principio de transparencia, de fácil comprobación de los conceptos pagados y del cálculo e importe de cada uno de ellos realizando el mínimo número de operaciones matemáticas y sin necesidad de acudir al registro de datos que no le sean comunicados por la empresa.

## **17. Relaciones laborales especiales**

### **17.1. Alta dirección**

La cuestión que aborda la **STS 16-5-2018 (Rc 2510/16)** ECLI:ES:TS:2018:2173, es la relativa al plazo de prescripción de las faltas cuando la sanción se impone a un trabajador que ostenta la condición de alto directivo. En concreto se polemiza sobre la normativa aplicable a la prescripción de las faltas laborales de los altos directivos, descartando la sentencia anotada la aplicación del art. 60.2 ET por existencia de una normativa especial, la representada por el art. 13 RD 1382/1985, que establece para cualesquiera infracciones laborales [leves, graves o muy graves] un plazo único de doce meses, muy superior al común de 60 días [plazo corto] y seis meses [plazo largo], fijándose el día a quo alternativamente en el momento de comisión de los hechos o en el conocimiento empresarial de los mismos. Por lo tanto, las faltas por las que puede ser sancionado el alto directivo, cualquiera que sea su naturaleza, prescriben a los 12 meses desde su comisión o desde que el empresario tuvo conocimiento de ellas. Esta sentencia viene a ratificar el criterio sentado ya en STS 22-10-03 (Rc 470/03).

### **17.2. Deportistas profesionales. Indemnización por expiración del tiempo convenido.**

En la **STS 14-5-2019 (Rc 3957/16)**, ECLI:ES:TS:2019:1882, se discute si resulta aplicable a los “deportistas profesionales” la indemnización por expiración del tiempo

convenido para los contratos de duración determinada que contempla el artículo 49.1.c) ET. La Sala, refuerza y aclara doctrina de STS 26-3-2014 (Rc 61/13) respecto a los identificados como “deportistas de élite”, concluyendo con la estimación de la demanda y condena al club demandado a abonar al actor la indemnización reclamada, consecuencia de la expiración del contrato temporal que vinculaba al futbolista y a su Club ha finalizado por expiración del tiempo convenido (art. 13.b RD 1006). Argumenta, en síntesis, que la peculiaridad de las actividades deportivas no es, por sí sola, bastante para descartar el juego de las reglas propias del régimen contractual común sobre terminación del contrato de trabajo o sobre temporalidad. En todo caso, el nivel retributivo no aparece en norma alguna como modulador de los derechos frente a la empresa ni puede utilizarse para excluir la aplicación supletoria de la indemnización legalmente prevista por finalización de contrato temporal. En consecuencia, cuando finaliza el contrato temporal de un futbolista por expirar el tiempo convenido, por elevado que sea su salario, se hace acreedor de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c ET

### **18.- Reconocimientos médicos obligatorios**

La **STS 21-1-2019 (Rc 4009/16)**, ECLI:ES:TS:2019:452, con remisión a doctrina previa, insiste en que el principio de la voluntariedad en los reconocimientos médicos no implica un derecho absoluto y que se admite el encaje constitucional de los reconocimientos obligatorios cuando estén vinculados a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o en sectores en los que es necesaria esa protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, negándose esa posibilidad cuando únicamente está en juego la salud del propio trabajador sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable. Lo que se proscribe es la utilización injustificada, genérica e indiscriminada de la facultad empresarial de imponer los reconocimientos médicos obligatorios que la LPRL art. 22.1 reconoce en determinadas circunstancias. En el caso, el personal afectado por la medida son los conductores del Parque Móvil del Estado, estimando que concurren las condiciones que justifican la medida analizada, ya que su realización permite comprobar el correcto estado de salud que resulta imprescindible para evitar o disminuir los riesgos inherentes al trabajo tanto para el propio trabajador como para los otros trabajadores y para las personas objeto de protección, dado que desempeñan un servicio público de transporte de pasajeros en los vehículos que conducen. Se valora el riesgo que asumen quienes van de pasajeros en estos vehículos de servicio público, cuya integridad física queda en manos del conductor, además de, por supuesto, la del propio trabajador que se expone de manera continua y reiterada a los peligros que entraña la conducción de automóviles.

### **19.- Salario y régimen retributivo**

#### **19.1.- Compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas durante la I.T.**

La **TS 14-3-19 (Rc 466/17)**, ECLI:ES:TS:2019:1118, reitera doctrina y declara el derecho del trabajador a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas durante la IT a partir del momento de la extinción de la relación laboral (*dies a quo* para el ejercicio de la acción). El trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal, que le imposibilita para trabajar, de forma continuada durante

varios años, y no ha podido disfrutar de su derecho a vacaciones anuales, habiéndosele extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Dado que no pudo disfrutar de sus vacaciones por causa de fuerza mayor, cual es encontrarse en situación de incapacidad temporal, ello justifica el reconocimiento a la compensación en metálico de las vacaciones no disfrutadas durante la I.T.

### **19.2.- Complemento de carrera horizontal.**

La **TS 31-1-19 (Rc 175/17)**, ECLI:ES:TS:2019:443, confirma la desestimación de la demanda de conflicto colectivo planteada frente al Principado de Asturias en la que se solicitaba se declarase el derecho de los trabajadores que hayan devengado el segundo tramo de carrera profesional en el año 2016, a percibir por el período de 1 de enero a 15 de junio de 2016 dicho segundo tramo, sin perjuicio del que hayan venido percibiendo correspondiente al primer tramo. En interpretación de las normas autonómicas que regulan el complemento "carrera profesional" se declara que se trata de un concepto retributivo único que solo puede percibirse en función del tramo o categoría asignado, de forma que, si se ostenta una única categoría personal, solo podrá percibirse el complemento correspondiente a ella y no al de otra. En el caso analizado, los trabajadores tienen asignada una categoría personal, dentro de las cinco categorías personales que integran la carrera horizontal, y las cuantías correspondientes a las distintas categorías personales se fijan anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Principado de Asturias. De esta forma, en el actual marco normativo no es posible que concurren simultáneamente en un trabajador dos categorías personales tributarias con sus correlativos devengos, también simultáneos, del complemento retributivo. En definitiva, se rechaza el percibo simultáneo de dos complementos de carrera profesional, de suerte que, cuando se alcanza una categoría superior y se establecen nuevas retribuciones para los complementos, la cuantía correspondiente a la nueva categoría sustituye íntegramente a la que se venía percibiendo a partir de su entrada en vigor.

### **19.3.- Dietas consecuencia traslado**

La **STS 13-6-2018 (Rc 3291/2015)**, ECLI:ES:TS:2018:2641, dictada en Pleno, declara, en interpretación del art. 64 de la Normativa Laboral de Telefónica de España SAU, que para devengar el derecho a dietas como consecuencia del traslado de la "residencia laboral" tras aprobar el concurso de méritos no es exigible el cambio de domicilio. Esto es, no es necesario el cambio de domicilio para causar derecho a las dietas previstas en el citado precepto tras ascenso. No resulta de aplicación la Instrucción 107, puesto que fue elaborada por la empresa unilateralmente, e impone unas exigencias no previstas en la Normativa Laboral, en la que se asimila el concepto "residencia" (referida a la laboral o puesto de trabajo) al de "domicilio" (referido a la vivienda o lugar donde se vive). Por ello, el traslado de la residencia laboral por promoción o ascenso previsto en el art. 64 de la Normativa Laboral, no está condicionado a que se produzca un cambio de domicilio del afectado ni del núcleo familiar, al margen de la distancia que exista entre las localidades.

### **19.4.- Plus de ruido**

La **STS 20-6-2018 (Rc 1518/16)**, ECLI:ES:TS:2018:2627, dictada en Pleno, conoce de la demanda de conflicto colectivo en la que se reclama el reconocimiento del derecho de los trabajadores a percibir el plus por ruido, establecido en el Convenio Colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas que se les dejó de abonar en enero de 2012. Se estima que la regulación convencional justifica el abono del complemento si el nivel de 80 dBA concurre en el «puesto de trabajo», medido sin protección auditiva individual. La especificidad de la regulación convencional hace inaplicable la doctrina de la Sala [ SSTS 25/11/09, Rc 556/09, 558/09 y 559/09] e innecesaria su consideración tras la STJUE 19/Mayo/2011 [asunto Barcenilla] y que establece que la penosidad por ruido se considera existente cuando “el ruido que llega al oído” está por encima de aquel nivel de exposición [80 dBA].

## **20.- Sucesión empresarial**

### **20.1.- En el seno del concurso**

Las **SSTS 12-9-2018 (Rc 1549/17)** ECLI:ES:TS:2018:3295; **27-11-2018 (Rc 1958/17)** ECLI:ES:TS:2018:4233; **(Rc 1685/17)** ECLI:ES:TS:2018:4306; **(Rc 1902/17)** ECLI:ES:TS:2018:4300, reiteran que la empresa a la que se le adjudicó como unidad productiva autónoma la sociedad concursada responde del pago de la indemnización a los trabajadores cuyos contratos se extinguieron previamente por el Juez del concurso, a salvo de las cantidades a cargo del FOGASA, aun cuando en el auto de adjudicación se haya hecho constar que la adquirente no será responsable de ninguna obligación laboral respecto a los trabajadores de la empresa concursada. Y ello porque la sucesión de empresa tiene lugar, con independencia de que se produzca en el marco de un proceso concursal, en la medida en que el art. 44 ET constituye norma imperativa, cuyos efectos sólo podrían evitarse mediante norma legal que expresamente excluyera su aplicación, norma que no existe en el texto de la Ley Concursal, por lo que debe declararse la existencia de sucesión de empresa. Del art. 148 LC no puede deducirse lo contrario ya que el interés del concurso no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales se encuentra el artículo 44 ET.

Y en el marco del procedimiento concursal del GRUPO MGO S.A. varias sentencias dictadas en el periodo acotada por la presente crónica han abordado asimismo la posible existencia de una sucesión de empresa, en concreto, la **STS 3-10-2018 (Rc 259/17)** ECLI:ES:TS:2018:3660, **STS 17-10-2018 (Rc 2340/17)** ECLI:ES:TS:2018:3742, en las que consta que se dictó por el juzgado de lo mercantil auto en el que acordó la adjudicación de la unidad productiva en virtud de la oferta vinculante, si bien en dicha resolución se afirmaba que la sucesión de empresa a efectos laborales se producía en relación exclusivamente a los trabajadores subrogados, no así en relación con los que no continuaban en la empresa porque sus contratos se habían extinguido. Y las sentencias anotadas concluyen que es de plena aplicación el ET art. 44 por su carácter imperativo, porque con la adjudicación se produce un cambio de titularidad de una entidad económica que mantiene su identidad, y porque el art. 148. 4 LC está admitiendo de forma indirecta que en dicho supuesto se produce sucesión de empresa, al remitir al art. 64 LC los supuestos en los que las operaciones previstas en el plan de liquidación implicasen modificaciones

sustanciales colectivas, traslados colectivos, suspensiones o extinciones colectivas de contratos.

## **20.2.- Sucesión de contratatas y despido.**

En el marco de sucesión de contratatas de vigilancia entre empresas de seguridad, se plantea en **las SSTS 30-10-2018 (Rc 3767/16)** ECLI:ES:TS:2018:4128; **17-7-2018 (Rc 3484/16)** ECLI:ES:TS:2018:2169; **(Rc 2834/16)** ECLI:ES:TS:2018:3089, si la empresa a la que se adjudica la nueva contrata de vigilancia de unas dependencias viene obligada a subrogarse en los contratos de los empleados por la anterior contratista cuando se reduce el volumen de los servicios a prestar en virtud de la contrata. La Sala de suplicación entendió que la empresa entrante, conforme al convenio colectivo de aplicación, venía obligada a subrogarse en todo el personal de la saliente, aunque pudiera luego despedir por causas objetivas al personal que no necesitara, obligación de amortizar puestos de trabajo que incumbía a la empresa entrante y no a la saliente. Ahora bien, el TS considera que la excepción que contempla el art. 14.C del convenio nacional sectorial del deber de subrogación cuando este se suspende o reduce, no se produce, cuando se prueba que el servicio se reinicia o amplía por la misma empresa o por otra, como ha sido el caso, en el que el mismo día en que se celebró la contrata de vigilancia con la recurrente, se contrató para prestar servicios de conserjería en las mismas instalaciones, durante dieciséis horas al día todos los días del año, a entidad perteneciente al mismo grupo de empresas que la otra, extremo que no contempló la sentencia recurrida. Por lo tanto, la mercantil recurrente debe ser absuelta, no así la codemandada [Servicios Seguritas SL], y ello a pesar de que no se haya pedido, en aplicación del principio de congruencia.

## **20. 3.- Sucesión de empresas y transmisión de entidad económica**

Especial relevancia presenta la **STS 27-9-2018, (Rc 2747/16)**, ECLI:ES:TS:2018:3545, dictada en Pleno, con voto particular, seguida por las **STS 25-10-2018 (Rc 2842/16 y 4007/16)**, ECLI:ES:TS:2018:384 / ECLI:ES:TS:2018:3852, que rectifica doctrina, en el ámbito de la sucesión de contratatas en el servicio de limpieza a fin de concordarla con la STJUE 11 julio 2018 (C-60/17, Somoza Hermo). Se trata de decidir si, en la sucesión de una contrata, la empresa entrante debe responder de las deudas salariales de la empresa saliente, cuando la subrogación del personal, con base en el convenio colectivo, no lleva consigo la asunción de deudas salariales de la empresa saliente. La Sala IV tras una profusa e interesante labor argumental, concluye: 1) Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratatas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. 2) En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata, en términos cuantitativos o cualitativos, activa la aplicación del art 44 ET. 3) Cuando lo relevante es la mano de obra, no la infraestructura, la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante del personal. 4) El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina. En consecuencia, la exclusión del régimen subrogatorio común, art 44.3 ET, por parte del convenio

colectivo únicamente será válida cuando no se transmita una unidad productiva con autonomía funcional.

Análoga doctrina se contiene en **STS 8-1-2019 (Rc 2833/16)**, ECLI:ES:TS:2019:370, **y 5-3-2019 (Rc 2892/17)** ECLI:ES:TS:2019:991, en las que se cuestiona el alcance de la obligación de subrogación por parte de la empresa entrante en un supuesto de sucesión de contratadas de seguridad en el que el servicio contratado ha sufrido una importante disminución, en función de lo previsto en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad vigente al tiempo de los hechos que dieron lugar al presente procedimiento. Por tanto, la aplicación del anterior criterio lleva a concluir que, al margen de la disminución de las horas contratadas, sí se ha producido una transmisión de una entidad económica que mantiene esencialmente su identidad entre las dos empresas afectadas.

### **21.- Tutela de la libertad sindical.**

La **TS 21-2-19 (Rc 214/17)**, ECLI:ES:TS:2019:790, declara que la empresa ha vulnerado el derecho a la libertad sindical y a la igualdad de trato del sindicato demandante al negarle de manera injustificada el uso del correo electrónico establecido por la misma para relacionarse con los trabajadores. No concurren circunstancias que pudieren justificar esa negativa, cuando ha reconocido ese mismo derecho a otros sindicatos y no consta que su utilización suponga un gravamen o incremento de costes para la empresa, ni que perjudique el normal desarrollo de la actividad productiva. Se valora que se trata de un sindicato de ámbito nacional, que se encuentra implantado en la empresa con una afiliación nada desdeñable, en el que además se han integrado 10 miembros del comité de empresa.

Por el contrario, la **STS 10-4-2019 (Rc 14/18)**, ECLI:ES:TS:2019:1469, estima que la actuación de la empresa impidiendo la renovación de la Comisión de Control del plan de pensiones de los representantes de los partícipes designados por el sindicato con representación en la entidad promotora en proporción a su representatividad medida por los resultados en las últimas elecciones, no constituye una vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y del principio de igualdad y no discriminación. Tras recordar doctrina constitucional y propia, sostiene que la comisión en cuestión no es una comisión negociadora, sino meramente técnica, por lo que su composición no afecta al contenido esencial o adicional de la libertad sindical. El carácter de la función propiamente técnica de una comisión hace perfectamente válido y eficaz cualquier acuerdo que excluya el principio de proporcionalidad representativa en la configuración de la misma, siempre que responda a principios democráticos. De ahí, que en su composición esté excluida del principio de proporcionalidad, y resulte conforme a derecho el sistema mayoritario o cualquier otro que responda a principios democráticos, puesto que no está en juego la libertad sindical. Por tanto, la Comisión de Control no es una estructura representativa cuya presencia o participación forme parte del contenido esencial ni adicional de la libertad sindical, ex art 28 CE, aunque el art 7 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, haya introducido la posibilidad de que los representantes de partícipes y beneficiarios en las Comisiones de Control puedan ser designados desde la Comisión Negociadora de un Convenio o desde los órganos de representación de los trabajadores.

## **22.- Valor del saldo y finiquito respecto del crédito empresarial frente al trabajador.**

También es interesante la **TS 30-1-19 (Rc 4196/16)**, ECLI:ES:TS:2019:633, dictada en Pleno y con voto particular, que conoce de la reclamación efectuada por la empresa al trabajador demandado por indebida percepción en los salarios abonados en concepto de cobros indebidos por excesivos imputables a un error de la empleadora. Consta que la demandada aplicó incorrectamente el RDL 8/2010 y en lugar de en el 5% minoró las retribuciones de la trabajadora en un 2%. Sobre esta cuestión, reintegro de lo indebidamente cobrado, existe acuerdo con la representación de los trabajadores, en el que se estableció que las devoluciones se llevarían a cabo a través de la reducción de las pagas extras de junio 2012 a diciembre 2014. La trabajadora demandada se jubiló en mayo de 2014, firmando un documento de Liquidación y Finiquito en el que expresó que con el cobro de las cantidades allí indicadas reconocía hallarse saldada y finiquitada por todos los conceptos que pudieran derivarse de la relación laboral que unía a las partes y que quedaba extinguida, declarando que nada más tenía que reclamarle. La Sala concluye, tras el análisis del citado documento, que no es la empresa quien lleva a cabo manifestación alguna tendente a darse por saldada de cualquier crédito que pudiera ostentar. La única manifestación de voluntad que el documento incorpora pertenece exclusivamente a la trabajadora, por lo que no permite deducir la intención de la empresa, al no contener ninguna manifestación de voluntad de la misma. En definitiva, ni cabe apreciar una renuncia a la acción de la empleadora, ni se deriva la voluntad clara e inequívoca de dar por satisfecho el crédito cuya litigiosidad se hallaba pendiente.

## II. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### 1.-JUBILACIÓN

#### 1.1.-Jubilación total

##### 1.1.1.-Reconocimiento del derecho: liberados de prisión

La actora solicitó pensión de jubilación al cumplir 65 años de edad, que le fue denegada por el INSS por no reunir 730 días de carencia específica en los últimos 15 años exigidos por el art. 161.1 b) LGSS, aunque sí reúna los 15 años de carencia genérica. La actora ingresó en prisión y cumplió condena por 10 años, pasando posteriormente a percibir prestaciones por desempleo. Por sentencia de suplicación se reconoció el derecho de la actora a la pensión de jubilación por considerar que a efectos de establecer la carencia ha de aplicarse la doctrina del paréntesis al tiempo en que la solicitante de la pensión estuvo en prisión, puesto que las posibilidades de trabajar allí son muy limitadas y no consta que se realizara ofrecimiento alguno a la demandante para hacerlo y que ella rechazara el trabajo, por lo que no puede entenderse que existía voluntad de permanecer fuera del mercado laboral, máxime cuando nada más salir de prisión se inscribió como demandante de empleo. La **STS de 30 de octubre de 2018 (Rec. 3877/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3965]**, confirma la de suplicación que reconoció el derecho a la pensión de jubilación, por considerar que aunque no es posible en ningún caso reducir los periodos de carencia o cotización impuestos en normas legales y reglamentarias, el listado de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, por lo que desde la aprobación de la Constitución Española existe una laguna legal que debe ser integrada, pudiendo excluirse del periodo computable situaciones como el periodo de internamiento en centro penitenciario cuando el recluso ha mostrado su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales. En definitiva, el periodo en que la demandante estuvo privada de libertad, en el que no consta que se cumplieren las expectativas constitucionales a través del ofrecimiento de un trabajo, debe ser considerado como tiempo neutro a efectos de aplicación de la teoría del paréntesis.

##### 1.1.2.-Conforme a Reglamentos comunitarios

###### 1.1.2.1.-Cálculo de la pensión

El actor cotizó en España, y con posterioridad en Suiza, siendo sus bases de cotización reales en España y medias en Suiza. Tras solicitar pensión de jubilación en España, el INSS reconoció la prestación calculada con el resultado de aplicar las bases mínimas durante el periodo de 15 años en que cotizó en España. Tras presentar demanda en que solicitaba se le permitiera optar por la pensión SOVI –que se le denegó por no alcanzar las cotizaciones los 1800 días- y que se calculase la pensión de jubilación conforme a las bases reales, por sentencia de suplicación se reconoció la pensión con arreglo a las bases mínimas más modernas o próximas al hecho causante. El trabajador insiste en que debe reconocerse la pensión conforme a las bases medias próximas al hecho causante. La **STS de 13 de febrero de 2019 (Rec. 619/2017) [ECLI:ES:TS:2019:606]**, confirma la de suplicación, por entender: 1) Que los arts. 13.1 b) y 14 del Convenio Hispano-Suizo de 13-10-1969 refiere a la aplicación de bases mínimas en el periodo que precede al hecho causante y actualizadas, 2) Los Reglamentos comunitarios, en virtud del acuerdo de libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y los Estados

miembros y la Confederación Suiza en el año 20002, refieren a la totalización de los periodos de cotización, calculándose conforme a las bases medias en correspondencia con los periodos de seguro cumplidos en España o ingresos percibidos en el periodo que al no existir por ser el periodo cotizado en Suiza como consecuencia de computar el más próximo al hecho causante, solo puede ser colmado con la aplicación del Convenio Bilateral Hispano-Suizo, cuyo artículo 14 dispone la aplicación de las bases mínimas.

#### 1.1.2.2.-Prorrata temporis

Ante la cuestión de si tiene derecho a la pensión de jubilación quien desarrolló actividades en el sector de la minería tanto en Polonia como en España, la **STS de 27 de febrero de 2019 (Rec. 554/2017) [ECLI:ES:TS:2019:997]** reitera lo dispuesto en jurisprudencia anterior en que se falló que para fijar el porcentaje de pensión que le corresponde abonar a España han de tenerse en cuenta no sólo los días realmente cotizados, sino también los bonificados por la realización de trabajos en la minería aplicados para determinar la edad ficticia del beneficiario a fin de acceder a la pensión, sin que sirva la solución de tener en cuenta sólo las cotizaciones sufragadas a la Seguridad Social española, además de que se totalizan los periodos de cotización sólo en la medida necesaria para alcanzar el máximo de pensión nacional, sin que se puedan sumar cotizaciones innecesarias que arrastraría el efecto de minorar el prorrateo a cargo del sistema español de Seguridad Social. Los argumentos esgrimidos son los siguientes: 1) Tras la STS (Pleno) de 17 de julio de 2007 (Rec. 3650/2005) [ECLI:ES:TS:2007:6535], seguida por otras posteriores –como SSTs de 6 de noviembre de 2007 (Rec. 4239/2005) [ECLI:ES:TS:2007:8058], 30 de septiembre de 2008 (Rec. 1044/2007) [ECLI:ES:TS:2008:5519] y otras), se extendía a los trabajadores del mar, la tesis de la STJCE de 3 de octubre de 2002 (Asunto Barreira Pérez C-347/00), que entendió que había que otorgar una cotización ficticia en atención a la edad del trabajador y a los efectos del porcentaje de la pensión de jubilación; 2) Si bien los periodos de bonificación no se tienen en cuenta a la hora de calcular el periodo de carencia necesario para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, sí se añaden a los periodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión, puesto que tales periodos configuran el importe del porcentaje de la base reguladora de la pensión a reconocer; 3) Conforme a la STCE de 18 de febrero de 1992 (Asunto Di Prinzio C-5/91), los periodos de cotización ficticios son necesariamente anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación; y 4) No es de aplicación lo dispuesto en la STJCE de 26 de junio de 1980 (Asunto Menzies C-793/79)

#### 1.1.3.-Responsabilidad en supuestos de infracotización

El trabajador prestó servicios para la misma empresa, primero en el Régimen General de la Seguridad Social y posteriormente en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, siendo adquirida la misma por otra. Tras solicitar pensión de jubilación ésta le fue reconocida conforme a una base reguladora, por lo que presentó demanda reclamando que la base reguladora fuera superior y además que se declarara responsable a la empresa que sucedió a la anterior, y ello como consecuencia de la infracotización realizada por la primera. La **STS de 27 de marzo de 2019 (Rec. 2137/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1491]**, confirma la sentencia de suplicación que estimó que procedía declarar la responsabilidad de la empresa en el porcentaje concretado en el fallo, por entender que el art. 127.2 de la LGSS/1994, actual 168.2 LGSS/2015, al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las

prestaciones causadas antes de dicha sucesión, no está excluyendo la responsabilidad que correspondería a las empresas que se han transformado estructuralmente por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración, y ello por cuanto esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra. En otras palabras, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

## 1.2.-Jubilación anticipada

### 1.2.1.-Sujetos

#### 1.2.1.1.-Socios-trabajadores de cooperativas de trabajo asociado

El trabajador, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, socio trabajador en una cooperativa de trabajo asociado cuya actividad se puso fin por la Asamblea General de la Cooperativa como consecuencia de la negativa situación económica en la que se encontraba, y en virtud de un Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso de acreedores, y que pasó a situación legal de desempleo que le fue reconocida por la Autoridad Laboral, solicitó jubilación anticipada, que le fue denegada por el INSS, por entenderse que el cese en el trabajo no se había producido por uno de los supuestos previstos en el art. 161 bis 2 d) LGSS, ya que no se está en presencia de una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral, sino de una decisión de la Asamblea General de la cooperativa. La **STS de 10 de diciembre de 2018 (Rec. 3407/2016) [ECLI:ES:TS:2018: 4488]**, reconoce el derecho a la jubilación anticipada, por considerar que aunque el acuerdo adoptado por la Asamblea General no está entre los supuestos numerados de extinción del contrato de trabajo que podrían dar derecho a la jubilación, lo cierto es que se había presentado solicitud de extinción colectiva por causas económicas de todas las relaciones de trabajador cuenta ajena, y el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso declaró extinguidos los contratos, por lo que a pesar del número clausus del art. 161 bis a) y d) LGSS, la situación del actor puede incardinarse en uno de los supuestos contemplados en el precepto, ya sea despido por causas objetivas o colectivo, sin que sea precisa la impugnación judicial de la decisión de extinción. Añade que no es óbice a dicho reconocimiento el que en su condición de socio cooperativista, la voluntad empresarial extintiva se halle en parte conformada por el propio trabajador. A idéntica solución se llega en las **SSTS de 19 de diciembre de 2018 (Rec. 2233/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4521]**, y **7 de febrero de 2019 (Rec. 649/2017) [ECLI:ES:TS:2019:612]**, en relación con otros socios-trabajadores de la misma cooperativa.

#### 1.2.1.2.-Perceptores de subsidio por desempleo para mayores de 52 años

El actor solicitó pensión de jubilación anticipada desde la situación de asimilada al alta por estar percibiendo subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que le fue denegada con fundamento en el art. 161 bis y DA 8ª LGSS, por no reunir en la fecha del hecho causante el periodo de carencia genérica exigido, y ello como consecuencia de que no se tuvieron en cuenta los periodos en que se encontraba en descubierto en el pago de

cuotas del RETA, considerando prescrita la obligación de pago por no lo que no procedía la invitación al pago de las mismas. La sentencia de instancia condenó a la entidad gestora a dictar nueva resolución invitando al pago de las cuotas descubiertas, sentencia que se confirmó a su vez en suplicación. La **STS de 7 de marzo de 2019 (Rec. 2796/2017) [ECLI:ES:TS:2019:994]**, casa y anula dicha sentencia acogiendo la argumentación del INSS que entendía que es necesario que el beneficiario haya alcanzado al menos el periodo de carencia necesario para lucrar la prestación, ya que sólo entonces podrá acceder a la posibilidad de estar al corriente de las cotizaciones, debiendo entonces el INSS invitar al pago de las cuotas pendientes. Dicha solución se alcanzó en la STS de 29 de junio de 2016 (Rec. 2700/2014) [ECLI:ES:TS:2016:3212], que se invoca como sentencia de contraste y cuya doctrina se reitera creando jurisprudencia.

## 1.2.2.-Aplicación coeficientes reductores

### 1.2.2.1.-Discapacidad

Siguiendo lo dispuesto en la STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. 3950/2015) [ECLI:ES:TS:2017:4705], la **STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. 2193/2016) [ECLI:ES:TS:2018:561]** reconoce el derecho a la jubilación anticipada a una trabajadora a la que se le reconoció una discapacidad del 65% por padecer poliomielitis, tras previo reconocimiento en 1994 de un grado de discapacidad del 41% igualmente por poliomielitis, y a la que se le denegó la pensión de jubilación anticipada por no tener un mínimo de 15 años cotizados con una minusvalía mínima del 45% conforme al art. 1 RD 1851/2009, de 4 de diciembre. En instancia y suplicación se denegó la jubilación anticipada por considerarse que conforme al art. 5 RD 1851/2009, relativo a la acreditación de la discapacidad, ésta se “acreditará” –la Sala enfatiza en que la norma no dice “podrá acreditarse”–, mediante la certificación del órgano administrativo correspondiente, lo que no ha sucedido en el caso. Argumenta la Sala que el INSS deniega la jubilación anticipada por el hecho de que la actora no acredita haber completado todo el periodo mínimo de cotización con una discapacidad del 45% mediante la oportuna certificación, pero en realidad las dolencias que afectan a la actora y por la que se le reconoció el grado de discapacidad del 65% se padecían desde la infancia, y son anteriores a la vida laboral de la misma, por lo que procede el reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada. A idéntica conclusión se llega en **STS de 13 de junio de 2018 (Rec. 764/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2585]**, en que se reconoció en primera resolución una minusvalía del 33% de la actora bajo el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, posteriormente calificadas como constitutivas de un grado de discapacidad igual o superior al 45%, iniciándose el cómputo de cotizaciones desde la fecha de la primera resolución.

### 1.2.2.2.-Conductores de vagonetas

Los actores son trabajadores con categoría de conductor de vagoneta, por lo que tienen reconocido conforme a la Normativa Laboral de aplicación el complemento de plus de peligrosidad, solicitando el reconocimiento de un coeficiente reductor de la edad de jubilación del 0,10 conforme al art. 3.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, que le fue denegada por cuanto la categoría profesional no aparecía expresamente contemplada en el precepto. En suplicación se desestimó la demanda en que se solicitaba se aplicara la reducción en la edad de jubilación. La **STS de 4 de julio de 2018 (Rec. 184/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3065]**, sigue lo dispuesto en la **STS de 21 de junio de 2017 (Rec. 157/2016) [ECLI:ES:TS:2017:2709]** y confirma la sentencia de suplicación que había

desestimado la demanda, argumentando: 1) Que el art. 3.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integra en el RGSS el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios, incluye el coeficiente reductor del 0,10 a las categorías que aparecen explícitamente mencionadas, señalándose que “lo dispuesto en los párrafos anteriores será de aplicación también a las categorías extinguidas que, con distintas denominaciones y/o con idénticas funciones, han precedido a las actualmente vigentes”; 2) Que de conformidad con el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, cuando los estudios que se deban realizar sobre siniestralidad en el sector revelen que los trabajadores están sometidos a excepcionales índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad, insalubridad, morbilidad o mortalidad, se entenderán cumplidos los requerimientos exigidos en la legislación para la reducción de la edad de acceso a la jubilación, eso sí, cuando la Secretaría de Estado de Empleo ponga dicho extremo en conocimiento de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que podrá iniciar los trámites para que mediante RD, y a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración, se rebaje la edad de jubilación; 3) Que dicha previsión estaría integrada en lo que el art. 4.2 CC denomina “leyes excepcionales”, que según dicho precepto no se aplican a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas; y 4) Que teniendo todo ello en cuenta, no procede reconocer la reducción de la edad de jubilación a los actores, cuya categoría profesional no aparece prevista como una respecto de la que sea necesario la rebaja de la edad de jubilación.

#### 1.2.2.3.-Administrativos de empresas mineras

Procede reconocer un coeficiente reductor del 0,05% a la edad de jubilación para trabajadores con categoría profesional de administrativo en una empresa que ostenta una concesión minera, porque así lo ha considerado la **STS de 21 de marzo de 2019 (Rec. 56/2018) [ECLI:ES:TS:2019:1325]**, que entiende que aunque no es aplicable el coeficiente reductor “por la mera presunción de los riesgos” para todos los empleados, que se hace derivar de la “ubicación y actividad típica de los centros de trabajo de explotaciones mineras”, en el presente supuesto se ha acreditado que en el caso de los administrativos-encargados de la empresa codemandada, merecen beneficiarse del coeficiente en cuestión al constatarse la presencia del factor pulvígeno en el ambiente laboral en que presta servicios dicho personal.

#### 1.2.3.-Requisitos: necesidad de acreditación percepción indemnización por despido objetivo

El INSS denegó al actor la prestación de jubilación anticipada, por entender que éste no acreditaba la percepción de la indemnización correspondiente al despido objetivo en los términos previstos en el art. 161 bis 2 a) d) b. LGSS/1994, que sin embargo le fue reconocida por sentencia de suplicación, puesto que se consideró que el documento de finiquito y recibo aportado por el demandante, poseía fuerza probatoria suficiente para evidenciar la efectiva percepción por el trabajador de la cantidad, siendo ello equivalente a una transferencia bancaria. La **STS de 5 de julio de 2018 (Rec. 1312/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3075]**, casa y anula dicha sentencia, al considerar que los documentos privados como el aportado por la parte actora, no puede sustituir a la transferencia bancaria ni puede considerarse documentación acreditativa suficiente. Para alcanzar dicha conclusión, argumenta que el art. 161 bis 2 LGSS, establece dos modalidades de jubilación anticipada según se derive el cese del trabajador por causa

imputable o no a su voluntad, siendo una de las modalidades el cese producido como consecuencia de una reestructuración empresarial, supuesto en el que se incluye el despido por causas objetivas, en cuyo caso se exige que «... será necesario que éste (el trabajador) acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva», y además que «El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente». Dicha documentación acreditativa equivalente implica que será el trabajador quien debe probar que el importe de la indemnización ha entrado efectivamente en el patrimonio del trabajador, pudiendo constatarse ello por elementos objetivos, “como son aquéllos que permite seguir las trazas de ese ingreso en el acervo económico de aquel por la intervención de terceros, ajenos al negocio jurídico, y sujetos a la máxima garantía de control y transparencia a estos particulares efectos”, sin que valga por lo tanto un documento firmado por el trabajador en que dice haber percibido la indemnización correspondiente.

#### 1.2.4.-Determinación base reguladora: cambio normativo

El demandante prestó servicios hasta el 26 de abril de 2010 y reclama el 26 de julio de 2015 la prestación de jubilación anticipada. Entre dichas fechas se produce un cambio normativo, planteándose en casación para la unificación de doctrina si la base reguladora de la pensión de jubilación anticipada debe calcularse conforme a la regulación existente antes de la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en la redacción dada por el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo –teniendo en cuenta a efectos de la base reguladora de la pensión de jubilación anticipada 20 años de cotización- es decir, conforme a lo dispuesto en la DT 5ª 2 LGSS/1994, en redacción dada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en relación con el art. 2 RD 1716/2012 de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materias de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y DF 12.2 Ley 27/2011, de 1 de agosto, en redacción dada por art. 8 RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, o conforme a lo dispuesto en dicha norma –teniendo en cuenta 15 años de cotización-. En instancia se estimó la demanda calculándose la base reguladora tomando en consideración 20 años de cotización, y dicha sentencia se confirmó en suplicación. La **STS de 28 de febrero de 2019 (Rec. 266/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1037]**, casa y anula dicha sentencia, por entender que el régimen aplicable a la pensión de jubilación anticipada de quienes extinguieron su última relación laboral antes de 2011, conforme a la dicción literal de la norma (Preámbulo, DF 12ª 2 a) Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, DT 1ª RD 1716/2012, de 28 de diciembre, y art. 8 RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, Disposición Derogatoria única 22 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) es que el régimen anterior sólo se aplicará a las expresas situaciones que identifica, y si el legislador hubiera querido acoger la solución de la sentencia recurrida, lo hubiera explicado con claridad, e incluso lo habría aclarado en normas posteriores que afectan a la cuestión, y ello no ha sido así. Añade la Sala que además la parte no puede acogerse al régimen que introduce la Ley sólo en relación con la base reguladora y obviar otras reformas que en materia de jubilación anticipada se habían introducido en orden al acceso a dicha modalidad de jubilación.

### 1.3.-Jubilación parcial

La **STS de 4 de abril de 2019 (Rec. 1654/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1296]** confirma la sentencia de suplicación que reconoció el derecho del actor a la pensión de jubilación parcial, aunque fue incluido en un Acuerdo Colectivo sobre Jubilación parcial adoptado a los efectos de la DF 12 Ley 27/2011, de 1 de agosto en fecha posterior a la establecida en el RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de comunicación al INSS. Argumenta la Sala que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, determina que para que sea de aplicación la legislación anterior es necesario que la decisión tenga su origen en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos de empresa que además se encuentren debidamente registrados en el INSS o en el ISM el plazo determinado reglamentariamente. El RD 1716/2012, de 28 de diciembre, art. 4.1, establece un plazo de comunicación y puesta a disposición de los planes de jubilación recogidos en acuerdos colectivos de empresas suscritos antes del 1 de abril de 2013, en las direcciones provinciales del INSS, debiendo presentarse, junto a la citada documentación la certificación de la empresa acreditativa de la identidad de los trabajadores incorporados al Plan de Jubilación Parcial con anterioridad al 1 de abril de 2013, redacción dada por el RD Ley 5/2013, de 15 de marzo. En el presentes supuesto el Acuerdo Colectivo de Jubilación Parcial se registró por la empresa ante el INSS en plazo, poniendo en conocimiento los ámbitos de afectación, señalando que alcanzaba a todos los trabajadores de la plantilla, sin excepciones, registrándose el acta por el que se prorroga con carácter indefinido dicho acuerdo, y cumpliendo la empresa con el requerimiento del INSS de que se aportara nuevamente dicho acuerdo, y aunque en el listado no figuraba el actor, ello se debió a un error administrativo en la confección de la relación nominal de trabajadores, por lo que ello no puede perjudicarlo. Dicha doctrina se reitera en **STS de 8 de mayo de 2019 (Rec. 2677/2017) [ECLI:ES:TS:2019:]**

### 1.4.-Jubilación no contributiva

La actora, que contrajo matrimonio en Brasil en 1961 y se divorció en Barcelona por sentencia de 1983, estando empadronada en Madrid desde 1965 hasta 1970, en Valencia desde 1970 hasta 1975, en Barcelona desde 1975 hasta 1981 y en Llorenç del Penedès desde 2011 hasta la actualidad, encontrándose en 2007 y 2008 en Brasil y en 2010 en Portugal, solicitó pensión no contributiva de jubilación en 2013, que le fue denegada. Por sentencia de suplicación se confirmó la sentencia de instancia que declaró que no resulta acreditado el requisito de residencia establecido en el art. 167 LGSS, ya que la única prueba que presenta la actora para acreditar la residencia son los certificados de empadronamiento, a los que resta valor probatorio, ya que existen contradicciones respecto a su residencia en algún periodo y en otros se le dio de baja por no renovación. La **STS de 25 de julio de 2018 (Rec. 3335/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3313]**, ante la cuestión de si a los efectos de acreditar la residencia conforme al art. 167.1 LGSS para acceder a la pensión no contributiva de jubilación, es válido el certificado de empadronamiento, considera que no puede negarse que la actora ha acreditado el requisito de residencia en España conforme a lo dispuesto en dicho precepto, arts. 10 y 23 RD 3757/1991, de 15 de marzo, de desarrollo de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre sobre prestaciones no contributivas de Seguridad Social y art. 16.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como la jurisprudencia que interpreta el requisito de “residencia” a efectos de la Seguridad Social. Fundamenta su conclusión, en

que no hay que acreditar la “residencia efectiva”, sino la “residencia legal”, lo que se realiza mediante las certificaciones de empadronamiento que no adolecen de vicios o defectos

Dicha sentencia se rectifica posteriormente mediante la **STS (Pleno) de 3 de abril de 2019 (Rec. 1299/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1479]**. En la misma, los demandantes, cubanos, contrajeron matrimonio cubano, adquiriendo la nacionalidad española por residencia en diciembre de 2012, solicitando en el año 2013 pensión de jubilación no contributiva que les fue denegada por no tener un periodo de residencia legal de 10 años en España, constando probado que en 2002, su yerno, ante notario, les invitó a venir a España, empadronándose en Castellón y obteniendo ambos permiso temporal de residencia en 2008, que les fue renovado en 2009, en 2001 y 2013. En instancia se desestimó la demanda interpuesta por el matrimonio, por entender que la residencia legal en España requiere una resolución administrativa que la reconozca, sin que sirva la mera inscripción en el padrón municipal y sin que puedan ser computables, a efectos de acreditar la carencia necesaria, los periodos de permanencia en España sin autorización administrativa de residencia, ni los permisos temporales de residencia. Ante la cuestión de si para acreditar la residencia legal en España durante 10 años que exige el art. 167.1 LGSS, basta con la inscripción en el padrón municipal durante ese tiempo o debe haberse obtenido autorización administrativa de residencia, la **STS (Pleno) de 3 de abril de 2019 (Rec. 1299/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1479]**, rectificando la doctrina de la **STS de 25 de julio de 2018 (Rec. 3335/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3313]** entiende que se exige la autorización administrativa de residencia, y ello por lo siguiente: 1) Los arts. 8b) y 10.1 RD 357/1991, de 15 de marzo, que regulan la prestación, exigen la residencia legal en España ostentando la condición de residente; 2) El art. 167.1 LGSS requiere la residencia legal en España durante 10 años para causar la prestación a españoles y extranjeros; 3) El art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, determina que “La inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”; 4) El art. 23.1 b) RD 375/1991, de 22 de marzo, regula la acreditación del requisitos de residencia legal por los españoles, pero a los extranjeros les resulta de aplicación el art. 18.2 Ley 7/1985, de 2 de abril, por ser una norma especial y de superior ámbito jerárquico, de forma que como el Reglamento es modificado por una Ley posterior, no se pueden aplicar las disposiciones contrarias a la nueva normativa; y 5) Los arts. 29 y ss, Ley 4/2000, de 11 de enero, establecen que los extranjeros pueden encontrarse en España en situación de estancia o de residencia, que puede ser temporal o de larga duración, debiendo en ambos casos solicitar y obtener la oportuna autorización para residir, ya que conforme a la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, el empadronamiento no presume ni determina el carácter legal de la residencia en España. La sentencia contiene un voto particular que suscribe una Magistrada, por el que entiende que la prestación de jubilación no contributiva se rige por las normas de Seguridad Social, ostentando los demandantes la nacionalidad española, por lo que no son extranjeros, por lo que los requisitos para acceder a la pensión serían los mismos que los exigidos a los españoles.

## **2.-INCAPACIDAD TEMPORAL**

### **2.1.-Determinación de la contingencia**

Ante la cuestión de si debía considerarse derivada de contingencia profesional o común la incapacidad temporal iniciada por la actora que sufrió un desprendimiento de

retina, y cuyos síntomas aparecieron súbitamente mientras estaba trabajando frente a la pantalla de ordenador, la **STS de 21 de junio de 2018 (Rec. 3144/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2497]**, considera que debe entenderse derivada de accidente de trabajo, en aplicación de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, que no se destruye por acreditación de la falta de conexión causal entre trabajo y lesión, ya que la presunción no se destruye por el hecho de que en la literatura médica no existan casos que conecten el trabajo con pantallas de ordenador con desprendimiento de retina, puesto que la presunción de laboralidad “se refiere al tiempo y lugar de trabajo y no a los instrumentos del mismo”.

Por sentencia de instancia y suplicación se entendió que la incapacidad temporal iniciada por la trabajadora como consecuencia de una caída al salir del trabajo durante el periodo de 15 minutos en jornada superior a 6 horas, debía considerarse derivada de accidente laboral, por cuanto conforme al art. 27 del Acuerdo regulador de condiciones de trabajo de Osakidetza (Servicio de Salud Vasco, en que prestaba servicios la actora como psicóloga), prevé que el descanso de 15 minutos en jornadas superiores a las 6 horas será considerado tiempo de trabajo. La **STS de 21 de noviembre de 2018 (Rec. 398/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4435]**, confirma dichas sentencias y considera que la contingencia es accidente de trabajo, por considerar que la situación no puede entenderse “derivada de” accidente de trabajo, ni tampoco puede considerarse accidente in itinere del art. 115.2 a) LGSS, sin que pueda ser de aplicación tampoco la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, sino que es accidente de trabajo porque el mismo se produjo “con ocasión del trabajo” (art. 115.1 LGSS). En definitiva, aplica la Sala 4ª la teoría de la “ocasionalidad relevante” caracterizada por una circunstancia negativa y otra positiva: 1) La negativa es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo; y 2) La positiva es que o bien el trabajo, o bien las actividades normales de la vida del trabajo, hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento, y como en el presente supuesto el trabajo es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, la contingencia debe entenderse derivada de accidente de trabajo.

## 2.2.-Derecho al abono de la prestación

### 2.2.1-Reincorporación tras excedencia voluntaria

La trabajadora inició baja por enfermedad estando en situación de excedencia voluntaria especial reconocida en el convenio colectivo de aplicación, situación que se mantiene en el momento en que, agotada la excedencia, se reincorpora a la empresa. Tras solicitar se le abonara la incapacidad temporal, se le deniega por entenderse que no se encontraba en situación de alta o asimilada al alta en los términos del art. 125 LGSS, ya que la excedencia es voluntaria. La **STS de 12 de diciembre de 2018 (Rec. 4142/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4474]**, considera que no es asimilable al alta la situación de excedencia voluntaria, puesto que el legislador ha querido que sólo la excedencia forzosa constituya circunstancia que con arreglo al art. 125.2 LGSS pueda ser considerada asimilable al alta. A pesar de ello reconoce el derecho a la prestación, en interpretación conjunta de los arts. 130, 124.1 y 128.1 a) LGSS, por entender que la protección del sistema de seguridad social se dispensa cuando el trabajador acredita la necesidad de recibir asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo, por lo que la situación protegida se identifica con el inicio de la enfermedad o el acaecimiento del accidente, siendo necesario que la enfermedad o el accidente concurran y que provoque la imposibilidad temporal de trabajar, así como la necesidad añadida de asistencia sanitaria,

debiendo acreditarse dichas circunstancias, lo que acontece cuando el trabajador debe incorporarse a su actividad y no puede hacerlo por razón de su incapacidad temporal.

#### 2.2.2.-Nueva baja médica por las mismas dolencias antes de transcurridos 180 días

El trabajador, tras el alta de la incapacidad temporal, obtiene nueva baja médica antes de transcurridos 180 días por las mismas dolencias. La sentencia recurrida reconoce el derecho al subsidio pese a haber agotado el periodo máximo de incapacidad temporal y haber obtenido el alta médica por resolución del INSS que rechazaba que el actor se hallara en situación de incapacidad permanente, poniendo fin a la prórroga, teniendo en cuenta que no cabe denegar los efectos económicos de la baja sin más justificación que la falta de actividad intermedia. La **STS de 9 de mayo de 2019 (Rec. 2182/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1940]** confirma dicha sentencia aplicando jurisprudencia anterior que entendió en caso de recaída en la misma o similar enfermedad tras la extinción de la incapacidad temporal previa producida antes del transcurso de los 180 días, sólo el INSS puede emitir una baja con efectos económicos, sin que pueda existir una declaración automática o discrecional, debiendo la entidad gestora analizar los elementos objetivados sobre el estado del trabajador que justifiquen la denegación de los efectos económico, por lo que no constando en el supuesto el cumplimiento de la obligación de justificar en qué medida el estado del trabajador no implicaría la situación de incapacidad temporal, procede reconocer efectos económicos a la nueva baja expedida.

#### 2.3.-Complemento de incapacidad temporal

##### 2.3.1.-Derecho a abono partidas retributivas percibidas en el mes anterior a la baja

El trabajador, al que se le había nombrado en 2010 Jefe de Unidad cambiando su nivel económico a Nivel 11, fue cesado de ese puesto en 2014, 7 días antes de iniciar un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común, reconociéndosele una incapacidad permanente absoluta casi un año después. Solicita el trabajador que se le abone la diferencia de los complementos por incapacidad temporal recogidos en el Anexo 5 del II Convenio Colectivo de la Corporación Radio Televisión Española, y del art. 73 del actual Convenio Colectivo, que recoge: “Se establece una prestación por enfermedad o accidente, con el fin de que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, empleados en periodo de maternidad/paternidad o trabajadora en riesgo durante el embarazo, completen el 100 por 100 de su retribución base incluida la antigüedad y complementos que correspondan, percibidos durante el mes anterior al hecho causante, así como la parte proporcional de las pagas extraordinarias que pudieran corresponderles...”, lo que se le denegó por la empresa por considerar que cuando inició la incapacidad temporal ya había cesado en el cargo. Por sentencia de instancia y suplicación se estimó la demanda, por entenderse que el trabajador que está en incapacidad temporal tiene derecho a que le completen el 100% de la retribución percibida en el mes anterior al hecho causante, con independencia de las variaciones laborales que hayan acontecido en el mes en que inicia la situación de incapacidad temporal. Ante la cuestión de si un trabajador en situación de incapacidad temporal que ha cesado en su cargo orgánico el mes anterior al inicio de la incapacidad temporal, tiene derecho a que se incluya el íntegro complemento salarial de mando orgánico para determinar la cantidad a que ascienden el 100% de sus retribuciones por el hecho de haberlos percibido el mes anterior, la **STS de 28 de junio de 2018 (Rec. 3892/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2888]**, confirma la sentencia de suplicación, por entender que el tenor de la norma es claro cuando concreta que el trabajador en situación

de incapacidad temporal tiene derecho a que le completen el 100% de la retribución percibida en el mes anterior al hecho causante, con independencia de las variaciones laborales que haya sufrido en el mes en que inicia la situación de incapacidad temporal.

### 2.3.2.-Determinación cuantía en meses de 31 días

Se presentó demanda de conflicto colectivo en que se reclamaba el derecho de los trabajadores de la empresa Unisono Soluciones de Negocio SA a recibir el complemento de salario de convenio en situaciones de IT, en los meses de 31 días, por todos los días en que el trabajador se haya encontrado en situación de IT, conforme a lo establecido en el art. 63 del Convenio Colectivo de Ámbito Estatal del Sector de Contact Center, cesando en la práctica de retribuir un día menos del complemento. Por sentencia de la Audiencia Nacional se estimó en parte la demanda, ya que si bien reconoció el derecho, concretó que el reconocimiento del mismo era “salvo que el trabajador esté en IT durante todo el mes en tramos en que le corresponda durante el mismo, el complemento hasta el 100% del salario convenio y con anterioridad a la IT perciba su salario en idéntica cuantía con carácter mensual, con intendencia del número de días de cada mes”. La **STS de 19 de julio de 2018 (Rec. 87/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3366]** confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, por entender que del convenio colectivo no se deduce que exista la obligación de abonar el complemento de IT, de forma que se perciba una cantidad superior a la que correspondería al trabajador de estar en activo, ahora bien, la práctica de la empresa de abonar la mejora voluntaria en cómputo de 30 días todos los meses del año, y ello a pesar de que hay meses que no tienen el mismo número de días, no se ajusta a lo negociado en el Convenio. Aclara además la Sala que a efectos de calcular el complemento, debe utilizarse como divisor el número de días del mes de referencia, de forma que el cálculo de lo que corresponde abonar será:  $[\text{salario convenio} - \text{salario mensual} / \text{divisor (30 o 31)} = \text{salario convenio día}]$  que es el que corresponde abonar cuando la incapacidad temporal sea inferior a 21 días, ya que conforme a la norma convencional, cuando la IT sea superior, se deberá abonar el 100% del salario convenio, resultando indiferente que el mes tenga 30 o 31 días.

### 2.3.3.-Derecho al abono conforme a convenio colectivo en situación de ultraactividad

Por la Federación Nacional de Asociaciones de Herbodietética en representación de las empresas del sector y FECOHT-CCOO y SMC-UGT, se firmó el Convenio Colectivo Estatal del Comercio Minorista de Droguerías, Herboristerías y Perfumerías, que se aplica a la empresa Ibérica de Droguería y Perfumería SAU (Bodybell). UGT y CCOO alcanzaron un acuerdo de inaplicación parcial del convenio, que establecía que "La vigencia temporal del presente Acuerdo será coincidente con la vigencia temporal del Convenio Colectivo Estatal de Comercio Minorista de droguerías, herboristería y perfumerías, publicado en el BOE de 2-10-2012", concretándose en el artículo 4 del Convenio Colectivo que extenderá su vigencia hasta final de 2016 y además regula el complemento por incapacidad temporal en condiciones diferentes a las del art. 59 del Convenio Colectivo estatal. Tras presentar demanda de conflicto colectivo los sindicatos CCOO y UGT, por entender que ha finalizado la vigencia del convenio colectivo estatal como se demuestra por el hecho de que se ha constituido la mesa de negociación del nuevo, de forma que a partir de enero de 2017 pierde su vigencia el acuerdo de descuelgue y que debe aplicarse en sus propios términos el artículo 59 del convenio estatal, ya que el acuerdo de inaplicación fue suscrito para el tiempo de vigencia del convenio estatal, y la situación de ultraactividad no comporta vigencia sino transición de un convenio a otro, por sentencia de la Audiencia Nacional se

desestima la demanda por entenderse que el convenio fue denunciado en tiempo y forma, el propio convenio estatal prevé que mantendría su vigencia durante los dos años siguientes a su denuncia, y si el convenio está vigente, lo está también el Acuerdo controvertido. La **STS de 26 de junio de 2018 (Rec. 153/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2903]** confirma dicha sentencia, por entender que conforme a la regulación del convenio colectivo, está vigente su contenido más allá de la fecha indicada y durante el plazo de dos años, mientras dura la negociación del nuevo convenio colectivo. En atención a ello, considera que debe abonarse el complemento de incapacidad temporal.

### **3.-MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL**

#### **3.1.-Competencia orden jurisdiccional social**

Ante la cuestión de si el orden jurisdiccional social es competente para enjuiciar la pretensión de abono de una mejora voluntaria de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, pactada en el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de un Ayuntamiento, que reclama un agente del cuerpo de policía local incluido en dicho Régimen General, cuya competencia se denegó por sentencia de suplicación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 2 q) LRJS, la **STS (Pleno), de 4 de octubre de 2018 (Rec. 3882/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3859]**, considera que sí, precisamente en interpretación de lo dispuesto en el art. 2 q) LRJS. Argumenta la Sala que tratándose de un acuerdo colectivo firmado por un Ayuntamiento que afecta al personal funcionario y laboral del mismo, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 36.3 RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y 31 y siguientes EBEP, debe abandonarse la doctrina de sentencias anteriores dictadas estando en vigor la LPL, ya que tras la entrada en vigor del art. 2 q) LRJS, que encomienda al orden social el conocimiento de las mejoras de seguridad social en “los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional que pudieran establecerse por las Administraciones Públicas a favor de cualquier beneficiario”, éste es el orden jurisdiccional competente, ya que la norma no refiere a mejoras de seguridad social en sentido estricto, es decir, entendidas como aquellas que son a cargo del empleador, sino a derechos de contenido social reconocidos por la administración en favor de los beneficiarios de los mismos.

#### **3.2.-Responsabilidad abono mejora cuando póliza de aseguramiento no cubre totalidad obligaciones convencionales**

La **STS (Pleno) de 30 de enero de 2019 (Rec. 2805/2017) [ECLI:ES:TS:2019:540]**, resuelve la cuestión de quién ha de asumir el pago de la indemnización prevista en el convenio colectivo –art. 60 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada- como mejora voluntaria de las prestaciones de Seguridad Social para el caso de declaración de incapacidad permanente derivada de accidente, que la empresa aseguró mediante la concertación de una póliza de seguros con una primera aseguradora y posteriormente con una segunda, aconteciendo el accidente de trabajo en un periodo temporal en que estuvo vigente la primera de las pólizas pero teniendo lugar la declaración de incapacidad permanente cuando ya había terminado su cobertura y estaba en vigor la póliza suscrita con la segunda aseguradora, disponiendo cada una de las pólizas de una regulación específica al respecto. Por sentencia de instancia se reconoció al trabajador el derecho a percibir la indemnización prevista en el convenio colectivo y se condena a la primera de las aseguradoras cuya póliza estaba vigente en la fecha del accidente. La sentencia de suplicación considera responsable a la empresa, ya

que ninguna de las dos pólizas de seguro concertadas sucesivamente contemplaba la cobertura de ese riesgo en función de lo estipulado en cada una de ellas respecto a la fecha a tener en cuenta a tal efecto. La Sala 4ª confirma dicha sentencia y considera responsable a la empresa. Para alcanzar la respuesta, la Sala 4ª resume su propia jurisprudencia sobre el alcance de las pólizas de seguro señalando: 1) Que cuando la póliza no cubre la totalidad de las obligaciones que impone el convenio colectivo, o la empresa ni siquiera concierta la póliza, la empresa debe responder directamente ante sus trabajadores; 2) Cuando las pólizas de seguro no ofrecen dudas sobre su alcance, deben aplicarse éstas, sin que pueda recurrirse a la diferente regulación que se contemple en la normativa de Seguridad Social sobre dicha cuestión; y 3) El momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquel en que se produce el accidente y no el momento en que tiene lugar el reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida, salvo que se trate de una mejora voluntaria que contenga una regulación específica. Aplicando dicha doctrina al supuesto examinado, considera la Sala 4ª que el convenio colectivo obliga a asegurar la responsabilidad civil que genera el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, de lo que se deduce que debe estarse a la fecha en que se declare dicha situación a la hora de pactar la cobertura temporal de las pólizas de seguro, de forma que si la empresa decide cambiar de compañía aseguradora, debe estar a dicha circunstancia al pactar el contenido y alcance de la nueva póliza, que es lo que no ha hecho la empresa en el supuesto examinado. En particular, la empresa concertó una primera póliza que cubre las incapacidades permanentes cuya declaración se produzca durante el periodo de su vigencia, lo que supone dejar fuera los supuestos en que la incapacidad permanente se declara cuando la póliza ha perdido vigencia; en la segunda póliza, opta por asegurar los supuestos en que el accidente causante de la incapacidad permanente se produzca durante el periodo que abarque la póliza, lo que supone dejar fuera de su ámbito de protección la situación de los trabajadores que sufrieron el accidente cuando estaba en vigor la póliza anterior. La sentencia contiene un Voto particular que suscriben 5 Magistrados, que consideran que la sentencia está rectificando el criterio sobre imputación de responsabilidad en el pago de las mejoras de Seguridad Social y en materia de interpretación de contratos.

#### **4.-ASISTENCIA SANITARIA: RESIDENTES LEGALES EN ESPAÑA POR REGRUPACIÓN FAMILIAR**

El actor, de nacionalidad cubana y autorización de residencia en España como familiar de un ciudadano de la UE, que convivía con su hijo y su nuera en España, solicitó la asistencia sanitaria que le fue denegada por no serle de aplicación para ser asegurado el requisito de no superar el límite de ingresos establecido en 100.000 euros anuales, al no ser español ni acreditar autorización para la residencia en España con anterioridad al 24 de abril de 2012 y por no reunir los requisitos para ser beneficiario de una persona asegurada, en este caso, su hijo, al ser su parentesco de ascendiente respecto de la persona asegurada. Por sentencia de instancia se reconoció su derecho a la asistencia sanitaria. La Sala de suplicación confirma dicha sentencia. Ante la cuestión de si procede reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a los residentes legales en España por reagrupación familiar teniendo obligación el reagrupante de atender la asistencia sanitaria del reagrupado, la **STS (Pleno) de 13 de mayo de 2019 (Rec. 3626/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1955]**, y **STS de 13 de mayo de 2019 (Rec. 4622/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1985]** tras sistematizar la normativa de aplicación, casa y anula la sentencia recurrida para denegar la asistencia sanitaria, por entender, en resumidas cuentas, que conforme al art. 7 RD 240/2007, de 16 de febrero, es necesario, para la

reagrupación familiar, tener una cobertura de asistencia sanitaria, por lo que el solicitante del derecho no lo ostenta al tenerlo cubierto mediante la asistencia privada. Alcanza dicha conclusión la Sala examinando: 1) La normativa en materia de asistencia sanitaria, en particular: A) LGSS aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril, que estableció, como una prestación más del sistema de Seguridad Social, la asistencia sanitaria, y ello conforme al principio de universalidad; B) Art. 43 CE, que establece el derecho a la protección de la salud; C) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece la asistencia sanitaria pública para toda la población española; E) RD 1088/1989, de 8 de septiembre, que conforme al principio de universalidad, extiende la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes; F) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que amplió el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria a las personas extranjeras que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional conforme a lo dispuesto en el art. 12 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; G) RD 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que en su art. 3 garantiza la asistencia sanitaria a quienes ostenten la condición de asegurado; H) RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, que implica que el régimen de protección de la asistencia sanitaria se hace depender de que el asegurado no tenga cobertura obligatoria de la prestación; I) Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que modifica el art. 3 de la Ley de Cohesión dejando fuera la figura del asegurado, y deroga los arts. 2 a 8 del RD 1192/2012, de 3 de agosto; 2) La normativa en materia de reagrupación familiar, en particular: A) Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuyo art. 7.1 b), al regular el derecho de residencia, advierte que los beneficiarios no se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado miembro y de sus familias; B) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y la denominada tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cuyo art. 7 permite la residencia superior a 3 meses a un nacional no miembro de la UE, siempre que disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su residencia; y C) Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, que obliga a la suscripción de un seguro de enfermedad público o privado. En definitiva, considera la Sala 4ª Que “no cuestionándose la legalidad de que el familiar se encuentra residiendo legalmente en España por reagrupación familiar, la conclusión que se debe alcanzar es la que no está desprotegido en materia de asistencia sanitaria, al tener una cobertura obligatoria por otra vía distinta a la pública”.

## **5.-INCAPACIDAD PERMANENTE**

### **5.1.-Incapacidad permanente total**

#### **5.1.1.-Dolencias a tener en cuenta: las agravadas**

El trabajador solicitó prestación de incapacidad permanente total que le fue denegada por la entidad gestora conforme a unas determinadas dolencias, siéndole reconocida por sentencia de instancia, que fue revocada en suplicación por considerarse que debía tenerse en cuenta las dolencias a la fecha del hecho causante, es decir, cuando

se solicitó la prestación, y no las dolencias agravadas posteriores. La **STS de 6 de febrero de 2019 (Rec. 46/2017) [ECLI:ES:TS:2019:613]** casa y anula dicha sentencia por entender que conforme a reiterada jurisprudencia, deben tenerse en cuenta las dolencias agravadas a los efectos de la determinación del grado incapacitante.

5.1.2.-Cualificada: derecho al incremento aunque se perciba pensión de otro país

El demandante, que percibía pensión de incapacidad permanente total (55% de la base reguladora), incrementada con el complemento destinado a suplir los inconvenientes de la edad (20%), obtuvo una pensión de vejez de Francia, por lo que se le suprimió el incremento del 20% de la prestación y se le reclamaron prestaciones indebidas. Tras presentar demanda reclamando el derecho a seguir percibiendo el complemento, por sentencia de instancia se reconoció su derecho al mismo, lo que se confirmó en suplicación. La **STS (Pleno) de 29 de junio de 2018 (Rec. 4102/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3034]**, resuelve la cuestión de si tiene derecho un pensionista de incapacidad permanente total cualificada a seguir percibiendo el incremento del 20% cuando se le ha reconocido una pensión de jubilación por Francia, aplicando la doctrina contenida en la LGSS de 1994, a la vista de que a la fecha de dictarse la resolución impugnada, no desplegaba efectos todavía la LGSS de 2015 (RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), y ello conforme al art. 141.1 LGSS –que concreta que “En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139 y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social”-. Argumenta la sentencia que la finalidad del complemento de la incapacidad permanente total, es suplementar los ingresos de quien teóricamente podría realizar otra actividad productiva pero es improbable que lo consiga, de ahí que el incremento del 20% quede en suspenso mientras el beneficiario desarrolla una actividad productiva de las que dan lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social. Añade, que conforme a antigua doctrina de la Sala –SSTS de 26 de enero de 2004 (Rec. 4433/2002) [ECLI:ES:TS:2004:326] y 13 de abril de 2005 (Rec. 1785/2004) [ECLI:ES:TS:2005:2241]- no procede incrementar la pensión de incapacidad permanente total cuando se percibe una pensión de jubilación por la Seguridad Social española, y explica que aunque la situación actual es distinta de la contemplada en dichas sentencias, ya que en el presente supuesto la jubilación no la sufraga España, sino la Seguridad Social francesa, en reiterados autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en que se suscitaba dicha cuestión, se inadmitían los recursos de casación para la unificación de doctrina presentados, por entenderse que la cuestión ya estaba resuelta por las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas. Aclarada la cuestión, considera que es necesario cambiar el criterio sostenido en dichos Autos que parifican la percepción de una pensión de jubilación pagada por el sistema español de Seguridad Social, con la satisfecha en otros países de la UE o del EEE. Justifica el cambio en lo resuelto en la STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-431/16, Blanco Marqués), y en el Reglamento 883/2004 –considerando 29, artículos 5,10,44.1 y 53-. En particular, señala que conforme a dicha sentencia, no cabe negar la compatibilidad del complemento por incapacidad permanente total cualificada con la pensión de jubilación abonada por otro Estado, por lo que la percepción del 20% del complemento sobre la pensión de incapacidad permanente total cualificada es compatible con la pensión de jubilación abonada por Francia.

Dicha doctrina se reitera en la **STS de 9 de octubre de 2018 (Rec. 3249/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3959]** respecto de un supuesto en que se percibía pensión de Polonia, **STS de 9 de octubre de 2018 (Rec. 1095/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3862]**, en un supuesto en que se tenía reconocida pensión de jubilación a cargo de Suiza; **STS de 9 de octubre de 2018 (Rec. 1456/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3860]**, **13 de noviembre de 2018 (Rec. 3902/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3943]** y **13 de noviembre de 2018 (Rec. 4401/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4076]**, en supuestos en que se tenía reconocida pensión de vejez en Alemania; **STS de 9 de octubre de 2018 (Rec. 1909/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3857]**, respecto de una pensión de jubilación de Holanda; y **STS de 15 de noviembre de 2018 (Rec. 4151/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4467]**, respecto de un supuesto de pensión de jubilación de Francia

5.1.3.-Reclamación por la Mutua de la cantidad constituida en concepto de capital coste

5.1.3.1.-Competencia del orden social

La Mutua interpuso demanda frente al INSS, la TGSS, la empresa y el trabajador, en reclamación del capital coste de la incapacidad permanente total reconocida como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador sin que la empresa hubiera cursado su alta en la Seguridad Social, lo que se hizo de oficio en virtud de acta inspectora, declarándose por sentencia de instancia y suplicación la competencia del orden jurisdiccional social, la existencia de acción y la legitimación activa de la Mutua. Ante la cuestión de si el orden social es competente para conocer de la pretensión de reintegro ejercitada por una Mutua derivada del cumplimiento de la resolución administrativa que le impuso la constitución del capital coste de una prestación en concepto de anticipo una vez declarada la responsabilidad empresarial por falta de alta del trabajador en la fecha del accidente, la **STS de 9 de abril de 2019 (Rec. 2150/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1610]**, considera competente el orden jurisdiccional social, ya que se está ante un acto de reconocimiento prestacional y no meramente recaudatorio.

5.1.3.2.-No derecho al reintegro

Al trabajador, pensionista de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, se le reconoció el derecho a percibir el incremento del 20% de la pensión, procediendo la Mutua a constituir el correspondiente capital coste para financiar la pensión. Por posterior sentencia se declaró al actor afecto de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con responsabilidad de la mutua en el 75% y del INSS en el resto. Tras solicitar la Mutua que no se le imputara dicha responsabilidad y además que se le devolviera la parte no consumida del capital coste que tuvo que ingresar por abonar el incremento del 20% de la pensión, en instancia y suplicación se desestimó la demanda. Ante la cuestión de si procede devolver a la Mutua el incremento del 20% de la pensión la pensión, la **STS de 3 de abril de 2019 (Rec. 1561/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1486]**, siguiendo lo dispuesto en la **STS de 18 de diciembre de 2018 (Rec. 1647/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4576]** considera que ello no es posible, ya que el art. 71.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio, es taxativo cuando dispone que los capitales coste de las pensiones no serán objeto de reversión o rescate total o parcial salvo en los supuestos que el propio precepto contempla, y en el presente supuesto, ni puede ampararse la situación en la primera de las circunstancias - “como consecuencia de sentencia firme, se anule o reduzca la responsabilidad de la mutua”- puesto que no existe sentencia firme que haya dispuesto

dicha reducción o responsabilidad, ni tampoco puede ampararse en la segunda de las circunstancias -“revisiones por mejoría del estado invalidante profesional”-.

#### 5.1.4.-Determinación de la responsabilidad

La trabajadora sufrió un accidente de trabajo en la fecha en que la empresa tenía concertada la cobertura de contingencias profesionales con el INSS, pasando posteriormente a trabajar en otra empresa que tenía cubiertas las contingencias profesionales con una Mutua, sufriendo una recaída de las secuelas del accidente, y siendo declarada en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente laboral. Ante la cuestión de quién debe asumir la responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad permanente derivada de accidente laboral cuando se ha producido una recaída en las lesiones del primer accidente, y en particular, si debe ser responsable la aseguradora al tiempo del primer accidente o la que cubría el riesgo al tiempo de la recaída, o compartida, la **STS de 26 de febrero de 2019 (Rec. 4487/2017) [ECLI:ES:TS:2019:887]**, si bien recuerda que conforme a su propia jurisprudencia la responsabilidad la asume la entidad que aseguraba la contingencia en el momento del accidente, también reconoce que existen excepciones, y en el presente supuesto, desde el primer accidente, y tras haberse reincorporado la trabajadora a su actividad profesional, la desempeñó con normalidad durante más de 25 años, de los que 15 lo hizo bajo la cobertura de la Mutua, hasta que se produjo una nueva recaída, y conforme a la doctrina de la Sala la responsabilidad en el pago de la incapacidad permanente total corresponde a la Mutua que tenía concertada la cobertura de la contingencia profesional en el momento del segundo accidente o recaída, por ser éste el que desencadenó la invalidez. En definitiva, el primer accidente no fue trascendente para determinar la incapacidad permanente, no habiendo sufrido recaída la trabajadora si no hubiese desempeñado la actividad laboral durante los últimos 15 años. Añade la Sala que conforme a lo expuesto, la responsabilidad la tendría la Mutua, pero como en el recurso el INSS no pidió de forma clara que fuera declarada responsable la Mutua, no puede condenarse a ésta.

#### 5.2.-Incapacidad permanente absoluta

##### 5.2.1.-Trabajadores de la minería del carbón: cálculo de la base reguladora

Ante la cuestión de cuál debe ser la cuantía de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional que se reconoce a un trabajador de la minería del carbón que se encuentra en inactividad laboral por jubilación, y en particular, si ha de estarse al promedio salarial correspondiente a la zona geográfica en que está situado el pozo minero en que prestó servicios, y que ya no está en explotación, o al promedio salarial que resultaría de aplicación en la empresa para la que venía trabajando y que en el momento actual se encuentra integrada por absorción en otra sociedad, es decir, conforme al promedio salarial resultante del convenio colectivo de la empresa, la **STS de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 3521/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4528]** entiende que debe ser el segundo, y ello por cuanto, aunque según lo dispuesto en los arts. 20 y 22 Orden 03-04-1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la minería del carbón, y que establece que la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional en favor de trabajadores que se encuentran inactivos, vendrá determinada por las bases de cotización normalizadas que hubiere correspondido a la categoría o especialidad profesional que tuviera el interesado al producirse su incapacidad permanente, lo que no se aplica cuando

la empresa subsiste, continua con su actividad y tiene su propio convenio colectivo, en cuyo caso, habrá de estarse a las retribuciones que establece dicho convenio. En definitiva, considera la Sala 4ª que como la empresa no ha desaparecido, sino que pasó a estar integrada en otra sociedad que continua con su actividad y dispone de convenio colectivo propio, que permite establecer el salario promedio de los trabajadores de igual categoría profesional, procede estar a dicho salario, sin que sea óbice para ello el que el pozo en que prestó servicios el actor ya esté cerrado.

#### 5.2.2.-Compatibilidad con ejercicio de funciones de programador informático a tiempo parcial

La **STS 20-03-2019 (Rec. 2648/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1285]**, considera compatible la prestación de servicios como programador informático a tiempo parcial, con la percepción de una pensión de incapacidad permanente absoluta que tiene reconocida el trabajador que prestaba servicios como cocinero, puesto que el trabajador no ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado, y no se ha procedido por la entidad gestora a una revisión de la incapacidad declarada en virtud de una mejoría o de un error de diagnóstico.

#### 5.3.-Gran invalidez

##### 5.3.1.-Deficiencias visuales

Ante la cuestión de si puede reconocerse en situación de gran invalidez a quien ya padecía antes de su afiliación a la Seguridad Social una pérdida de visión en ambos ojos equiparable a la ceguera, siendo contratado en tal circunstancia como vendedor de cupones de la ONCE, sufriendo una agravación posteriormente como consecuencia de la adición de otro tipo de dolencias, las **SSTS de 10 de julio de 2018 (Rec. 3779/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3133]**, **de 10 de julio de 2018 (Rec. 3104/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3044]**; **de 10 de julio de 2018 (Rec. 4313/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2917]** consideran que no, ya que conforme al art. 193.1 LGSS/2015, las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético o que, sin tenerlo, se han producido antes de la afiliación o alta del trabajador, no pueden ser tomadas en consideración para causa protección por incapacidad permanente, y en el supuesto, antes del ingreso en el mundo laboral, la situación clínica ya exigía la ayuda de una tercera persona, sin que las nuevas lesiones que padece hayan tenido incidencia a los efectos invalidantes pretendidos.

Por su parte, la **STS de 10 de julio de 2018 (Rec. 3104/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3044]**, añade que a efectos del cálculo de la prestación de incapacidad permanente absoluta, cuando en los meses previos no hay empleo ni alta en la Seguridad Social del beneficiario, tales periodos e deben integrar con las bases mínimas conforme al art. 197.4 LGSS, y no aplicando la doctrina del paréntesis.

##### 5.3.2.-Determinación de la cuantía del complemento

Ante la cuestión de cómo tiene que calcularse la cuantía del complemento de gran invalidez, si sumando el 45% de la base mínima de cotización en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización mensual efectuada por el beneficiario, sin que sea necesario multiplicar el resultado por 12 meses y dividirlo entre 14 pagas, o por el contrario hay que realizar dicha operación, la **STS de 6 de abril de 2015 (Rec.**

175/2014), interpretó el art. 139.4 LGSS, señalando que el cálculo se realiza multiplicando la suma del 45% de la base mínima de cotización a la fecha del hecho causante y el 30% de la base última del trabajador, sin necesidad de multiplicarlo por 12 meses y dividirlo por 14 pagas, calculo que por otra parte ya se siguió en la STS 16-06-2010 (Rec. 3774/2009) y otras posteriores. Pues bien, la **STS de 28 de junio de 2018 (Rec. 174/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2924]**, sigue dicho criterio entendiendo que la solución no debe ser distinta cuando la contingencia es accidente de trabajo, y ello porque dicha circunstancia ya está incluida en la determinación de la base mínima y en la de la última cotización del trabajador.

Por su parte, la **STS de 28 de febrero de 2019 (Rec. 1181/2017) [ECLI:ES:TS:2019:885]**, se plantea, de oficio, la falta de competencia funcional, puesto que la diferencia entre lo solicitado y reconocido es inferior a los 3000 euros previstos en el art. 191.2 LRJS, y considera que existe afectación generalizada, ya que de lo que se trata no es de solicitar diferencias cuantificables, sino de determinar el sistema, regla o método de cálculo cuando es pacífica la cuestión de las base de cotización que se deben computar para determinar el complemento, es decir, si sumadas las cantidades que se derivan de los distintos porcentajes que establece la ley resulta necesario hacer otras operaciones aritméticas, cuestión ésta en la que existe un interés general, el de la entidad gestora y el de todos los declarados en situación de gran invalidez.

### 5.3.3.-Necesidad de acudir a la vía jurisdiccional para reclamar complemento indebidamente abonado

Al actor se le reconoció en situación de gran invalidez con derecho a las correspondientes prestaciones, ingresando ese mismo día en el Centro de atención a personas con discapacidad física, siendo posteriormente suprimido el complemento del 50% de la pensión como consecuencia de dicho ingreso, y reponiendo 5 años más tarde el complemento, abonando el IMSERSO el mismo, siendo posteriormente cuando reclama los gastos derivados de su estancia en el centro. La **STS de 21 de junio de 2018 (Rec. 59/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2907]**, ante la cuestión de si es necesario que el IMSERSO acuda a la vía jurisdiccional cuando reclama al afecto de gran invalidez el reintegro de prestaciones indebidamente pagadas por un hecho que surge con posterioridad, entiende que ello es así, por cuanto si bien el art. 196.4 LGSS regula el régimen de la gran invalidez, el art. 146 LRJS recoge los supuestos de revisión de actos declarativos de derecho, entre los que no se encuentra el supuesto examinado, puesto que no se trata de revisar prestaciones de desempleo, no existen omisiones o inexactitudes, ni errores materiales o de hecho o aritméticos, tratándose, más bien de actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiario prohibidos por el art. 146.1 LRJS y no comprendidos entre las excepciones previstas en el art. 146.2 LRJS.

## 6.-DETERMINACIÓN DE GRADO DE DISCAPACIDAD

### 6.1.-Deficiencias visuales

La Sala 4ª, en SSTS de 5 de abril de 2017 (Rec. 2772/2015) [ECLI:ES:TS:2017:1732], y 30 de mayo de 2017 (Rec. 125/2015) [ECLI:ES:TS:2017:2447] resolvió qué grado de discapacidad había que reconocer a quien presenta pérdida total de visión de un ojo pero mantiene la visión íntegra en el otro, y en particular, si debe aplicarse el 100% por los déficits de Agudeza visual (AV) y campo visual (CV) respecto del ojo con el que no se ve, aplicando de una sola vez la tabla 1 del Capítulo del Anexo 1 A) RD 1971/1999 de 23 de diciembre, o si hay que trasladar a la

tabla 1 el porcentaje de deficiencia del 100% por déficit de AV del ojo por el que no se ve, volviendo a aplicar por segunda vez esa misma tabla con base a deficiencia visual del 100% respecto del CV del ojo por el que no se ve y aplicar la tabla de valores combinados del final del Anexo 1 A).

La **STS (Pleno) de 26 de julio de 2018 (Rec. 1956/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3360]**, rectifica dicho criterio argumentando que no puede aceptarse que haya que combinar los resultados de agudeza visual y campo visual acudiendo a la tabla de valores combinados del Anexo 1 RD 1971/1999, de 23 de diciembre, antes de acudir a la Tabla 1 del Capítulo 12, ya que no es lo mismo presentar una o dos deficiencias en el mismo órgano, por lo que las reglas de valoración son distintas en ambos casos, de forma que cuando concurren dos menoscabos, aunque tengan el mismo nivel de deficiencia, salvo que la norma disponga lo contrario, su valoración es individual a nivel binocular (Tabla 1) y sólo se cuantifican conjuntamente cuando la norma dice que hay que acudir a la Tabla de Valores Combinados (Tabla del Anexo 1A). Añade la Sala que la Tabla 1 se aplica dos veces porque los menoscabos que existen son dos y la tabla está destinada a valorar el alcance porcentual individual de cada trastorno a nivel de los dos órganos visuales, siendo en la tabla de valores combinaos en donde se realiza la valoración conjunta de trastornos concurrentes en un mismo órgano, de forma que las diferentes afecciones se valoran para fijar la deficiencia total del Aparato Visual que luego se convertirá en porcentaje de limitación en la actividad en la Tabla 2

6.2.-No reconocimiento automático del 33% de discapacidad a quienes tienen reconocida una incapacidad permanente

La **STS (Pleno) de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 3382/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4446]**, resuelve la cuestión de si en los casos en que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se tiene que reconocer al amparo del art. 4.2 RD Legislativo 1/2013 de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o por el contrario no procede dicho reconocimiento porque la norma incurre en ultra vires en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, en sentido negativo. Parte la sentencia de un supuesto en que el trabajador fue reconocido en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de albañil, y tras solicitar el reconocimiento de un grado de discapacidad, se le reconoció un 18%, por lo que presentó demanda que fue estimada en instancia en que se le reconoció un 33% de discapacidad, sentencia revocada en suplicación, por considerarse que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, incurre en ultra vires, por haber rebasado los límites de delegación normativa otorgada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, por lo que debía mantenerse la jurisprudencia que entendió que la atribución del grado del 33% de discapacidad a los beneficiarios de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, lo eran a efectos de la Ley y no a todos los efectos. Argumenta la Sala que teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en que se hace referencia a que el reconocimiento del grado de discapacidad es “a los efectos de esta ley”, referencia que se mantiene tras la modificación operada al art. 1.2 por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y teniendo en cuenta además lo dispuesto en la DF 2ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que autoriza al Gobierno para la refundición de textos legales en la materia, cuando el art. 4.2 RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, sustituye dicha expresión por la de “a todos

los efectos”, está incurriendo en ultra vires, es decir en un exceso en el mandato de legislación delegada. La sentencia contiene un Voto particular discrepante, que entiende que el redactado del apartado no es ultra vires, puesto que da cumplimiento a la autorización amplia dada por el legislador partiendo de la Convención de la ONU, que otorga un concepto de discapacidad más amplio, general y universal, que se trasladó a la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, y se mantiene en el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Dicha doctrina se reitera en **SSTS de 28 de noviembre de 2018 (Rec. 1826/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4475]**, y **29 de noviembre de 2018 (Rec. 239/2018) [ECLI:ES:TS:2018:4517]**.

## **7.-REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS**

Ante la cuestión de si la superación del plazo de 3 meses que tiene el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) conforme a la DA 25ª LGSS, para resolver una petición de reintegro de gastos médicos, supone que debe entenderse estimada dicha petición por silencio administrativo positivo de la LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), o por el contrario denegada por entenderse que el silencio es negativo por remisión de la DA 6ª Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al art. 71.5 LRJS o por aplicación de la DA 25ª LGSS, la **STS de 18 de diciembre de 2018 (Rec. 2993/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4494]**, entiende que el silencio debe entenderse negativo, ya que en el presente supuesto es de aplicación lo dispuesto en la DA 5ª LGSS/1994, introducida por el art. 34 Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

## **8.-ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL**

8.1.-Efectos de sentencia dictada en orden contencioso-administrativo que anula sanción

Tras presentarse demanda en que se solicitaba se impusiera a la empresa un recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad que terminaron en un accidente de trabajo, por sentencia de instancia se estimó la demanda. A raíz del accidente se levantó acta de infracción por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tipificando la infracción como grave en grado medio, imponiéndose a la empresa dicha sanción. La Sala de suplicación confirmó la sentencia de instancia, si bien el letrado de la empresa solicitó la nulidad de actuaciones, porque el mismo día que se fijó fecha de deliberación, votación y fallo, se le habían notificado la sentencia que anuló el acto administrativo por el que se le impuso una sanción por infracción de las normas de seguridad y salud, lo que se desestimó por la Sala. La **STS de 28 de noviembre de 2018 (Rec. 1500/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4461]**, decreta la nulidad de actuaciones, por considerar que tras solicitarse por la vía del art. 233 LRJS la incorporación a las actuaciones de la sentencia del orden contencioso-administrativo que anuló la sanción, y acordarse su admisión, ocurre que conforme al art. 42.5 LISOS, la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso administrativo, relativa a la existencia de infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo.

8.2.-Impugnación de sanción por falta de medidas de seguridad y salud cuando se siguen actuaciones penales

Como consecuencia del accidente que provocó lesiones graves al trabajador, se abrió expediente administrativo sancionador por falta de medidas de prevención, que

quedó en suspenso por haberse iniciado proceso penal por un presunto delito contra los trabajadores, suspensión que duró hasta que se convirtió el proceso penal por delito en juicio de faltas por lesiones, dictándose resolución por la que se declaró responsable a la empresa a abonar una sanción. La **STS de 6 de marzo de 2019 (Rec. 3648/2016) [ECLI:ES:TS:2019:1141]**, trae causa de la impugnación de dicha sanción, ya que considera la empresa recurrente que se está vulnerando el principio non bis in ídem, por cuanto debieron paralizarse las actuaciones administrativas, ya que recayó sentencia – cuya firmeza no consta-, en que se condenó a los gerentes de las dos empresas involucradas en el accidente como autores de una falta de lesiones por imprudencia del art. 621.3 CP, con la obligación de indemnizar al lesionado, indemnización de cuyo pago eran responsables la compañía aseguradora de forma principal y las empresas de forma subsidiaria. Al mismo tiempo se recurrió la resolución sancionadora en vía contencioso-administrativa, dictándose sentencia anulando la misma por considerarse que debió esperarse a la resolución penal firme cuyos hechos vinculaban al proceso posterior. Pues bien, para determinar los efectos que en la tramitación de un expediente administrativo sancionador por falta de medidas de seguridad en el trabajo, cuando por los mismos hechos se siguen actuaciones penales, la **STS de 6 de marzo de 2019 (Rec. 3648/2016) [ECLI:ES:TS:2019:1141]**, sigue lo dispuesto en la STS de 15 de diciembre de 2015 (Rec. 34/2015) [ECLI:ES:TS:2015:5794] y anula la resolución administrativa impugnada, por entender que conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 LISOS, se exige una conexión directa entre las actuaciones administrativas y las penales, de forma que éstas tienen preferencia y obligan a suspender el procedimiento administrativo. Matiza la Sala que el hecho de que no conste la firmeza de la sentencia penal que condenó por una falta de imprudencia a los gerentes de la empresa, obliga a precisar: 1) Que era la Administración demandada a quien correspondía probar que en el proceso penal había recaído resolución firme que la facultaba para alzar la suspensión y sancionar si el fallo no era condenatoria; y 2) Que en caso de haberse puesto fin al proceso penal sin condena por un ilícito penal, puede continuar el expediente sancionador respetando los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

### 8.3.-Recargo de prestaciones

#### 8.3.1.-Responsabilidad de la empresa principal

La **STS de 18 de septiembre de 2018 (Rec. 144/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3454]**, resuelve la cuestión de si puede considerarse responsable la empresa principal cuando se impone el recargo de prestaciones como consecuencia del accidente padecido por el trabajador de una subcontratista que realiza tareas de reparación de la cubierta de la nave industrial, en sentido afirmativo aunque con matices. Entiende la Sala 4ª que conforme a reiterada jurisprudencia: 1) La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa, genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas; 2) La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia, es un elemento que debe valorarse junto con otros de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal; 3) La empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad; y 4) Lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo, es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. En definitiva, considera la Sala que el hecho de que las tareas encomendadas sean ajenas

a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones, sin que tampoco pueda imponerse incondicionalmente el recargo en todo caso, debiendo existir incumplimientos determinantes del accidente.

### 8.3.2.-Fecha de efectos económicos

Siguiendo reiterada jurisprudencia, la **STS de 11 de mayo de 2018 (Rec. 3012/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2170]**, resuelve la cuestión relativa a la fecha de efectos de un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, en particular, si se deben retrotraer los efectos económicos a los tres meses desde la fecha en que se produjo el reconocimiento del recargo por el INSS, o su solicitud por el interesado, o a iniciativa de la Inspección de Trabajo, aplicando la retroactividad prevista en el art. 43.1 LGSS respecto de las prestaciones de Seguridad Social, o si los efectos económicos quedan vinculados a los de las prestaciones causada por la contingencia profesional. La solución que se alcanza es que la válida es la primera, es decir, los efectos se retrotraen a los tres meses anteriores a la resolución del INSS que declaró y reconoció el recargo, o a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del propio recargo (no de la prestación), ya que es de aplicación al recargo de prestaciones el art. 43.1 LGSS, pudiendo el INSS imponer el recargo a iniciativa de la Inspección de Trabajo o del propio interesado hasta que transcurra el plazo de prescripción, pero sus efectos no pueden retrotraerse a la fecha inicial del reconocimiento de la prestación base. En el supuesto, puesto que no existe petición o solicitud alguna de la viuda del trabajador fallecido, sin que conste la actuación de la Inspección de Trabajo que propuso la aplicación a la empresa del recargo de prestaciones derivadas del fallecimiento del trabajador por enfermedad profesional, lo que derivó en la resolución del INSS imponiendo el recargo, es a dicha fecha a la que hay que estar a los efectos de determinación de los efectos retroactivos del recargo, de tres meses.

Reiterando lo dispuesto en jurisprudencia anterior, la **STS de 18 de septiembre de 2018 (Rec. 2367/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3614]** resuelve que al recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad del art. 123.1 LGSS, le resulta aplicable el plazo de prescripción de 5 años y también la retroacción de 3 meses del art. 43.1 LGSS, aún cuando en algún supuesto no existiera solicitud expresa del interesado al respecto, en cuyo caso la retroacción se producirá desde la fecha de inicio del expediente administrativo tendente al reconocimiento del recargo y de la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, siempre que la pertinente resolución declare ambos. En definitiva, si el procedimiento de recargo se inicia por el interesado (trabajador, herederos), el plazo de retroacción de 3 meses se inicia desde el momento de solicitud; 2) Si el procedimiento se inicia mediante expediente administrativo instado por la Inspección de Trabajo, los tres meses se retrotraen a los tres meses anteriores a la fecha del informe en que se declara la existencia de responsabilidad.

### 8.3.3.-Exoneración del recargo en supuestos de cumplimiento de normativa de prevención de riesgos laborales

El trabajador sufrió un accidente de trabajo cuando realizaba funciones propias de su categoría profesional de instalador y reparador de equipos eléctricos, al recibir una tensión de retorno de una torre metálica que estaba sustituyendo y a la que amarró unos cables, accidente acontecido porque el jefe del equipo y encargado de desconectar las

fuentes de tensión de la línea, olvidó realizar dicha labor, siendo dicho trabajador, superior jerárquico del demandante, despedido, considerándose dicho despido procedente por ser el responsable del accidente. Como consecuencia de que a la empresa se le impuso un recargo de prestaciones del 30% por falta de medidas de seguridad, por sentencia de suplicación se exoneró a la empresa del mismo, por considerarse que la empresa dio formación a sus empleados, les previno de los riesgos y les informó de cómo evitarlos y además adoptó las medidas de prevención necesarias. La **STS de 28 de febrero de 2019 (Rec. 508/2017) [ECLI:ES:TS:2019:983]**, exonera del recargo a la empresa, por entender que en el acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo se imputaba la infracción del Anexo 1, punto 1-16, y Anexo II apartado A-1 RD 1215/1997, de 18 de julio, sobre los equipos de trabajo, que no se han incumplido, sin que tampoco pueda apreciarse incumplimiento de los artículos 14 y 15 LPRL que obligan al empresario a preparar un plan de prevención y a prever las imprudencias no temerarias de sus trabajadores, ya que resulta difícil de prever y vigilar el incumplimiento por el encargado de la principal misión que tiene. Añade la Sala: 1) Que no existe nexo causal entre infracción y lesión; 2) Que si bien conforme a la jurisprudencia más moderna se puede imponer un recargo de prestaciones incluso cuando no exista culpa del empresario, que deberá demostrar que obró con toda la diligencia exigible para que no aconteciera el accidente, el empresario no será responsable por el acto de un tercero ajeno a la empresa, salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto precisamente dichos riesgos; 3) Que para que pueda solicitarse indemnización por daños y perjuicios a la empresa, debería existir culpa in vigilando, ahora bien, una cosa es la responsabilidad civil por el acto de un empleado y otra diferentes la responsabilidad penal y administrativa por la comisión de infracciones penales o administrativas que requieren la culpa del infractor, y ello sucede con el recargo de prestaciones.

#### 8.3.4.-Determinación del porcentaje: hábito tabáquico

La **STS de 21 de diciembre de 2018 (Rec. 1543/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4552]**, no reduce el porcentaje de recargo impuesto a la empresa (50%), como consecuencia de la declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de un cáncer de pulmón como consecuencia del hábito tabáquico del mismo, por cuanto se trata de una contingencia profesional constatada que por sí sola tiene la misma entidad para generar la incapacidad permanente absoluta del trabajador, incluso su muerte, por lo que resulta irrelevante que el trabajador fuera fumador o no.

#### 8.4.-Indemnización por daños y perjuicios

##### 8.4.1.-Reconocimiento del derecho

El trabajador inició proceso de incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de trabajo sufrido al resbalar cuando salía del taller de la fábrica, siendo dado de alta de dicho proceso y causando baja nuevamente por contingencias comunes, siendo declarado afecto de incapacidad permanente total derivada de contingencias comunes. Presentada demanda, se declaró que el segundo proceso de incapacidad temporal derivaba de accidente de trabajo. Tras presentar demanda solicitando indemnización por daños y perjuicios, en instancia y suplicación se desestimó la misma, por entenderse que no constaban datos de que hubiera existido una infracción por parte de la empresa de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. La **STS de 11 de diciembre de 2018 (Rec. 1653/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4503]**, tras sistematizar la jurisprudencia en relación

con el derecho a indemnización por daños y perjuicios, considera que procede la misma, puesto que al acontecer el accidente por resbalar el trabajador en suelo mojado, se incumplieron las normas mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo del Anexo II RD 486/1997, de 14 de abril. A pesar de ello, no se pronuncia sobre la indemnización que proceda reconocer, sino que devuelve las actuaciones al juzgado de procedencia, por no constar datos suficientes para establecer un cálculo de la misma.

#### 8.4.2.-Necesidad de pronunciamiento sobre el fondo aunque no se desglosen las cantidades reclamadas

La trabajadora sufrió un accidente laboral que le causó lesiones consistentes en amputación parcial del segundo dedo de la mano, siendo declarada afectada de lesiones permanente no invalidantes. Solicita el reconocimiento en situación de incapacidad permanente parcial, lo que se estimó, por lo que la Mutua le abonó 21.463,20 euros. Tras presentar demanda de reclamación de indemnización por daños y perjuicios en aplicación del Baremo para accidentes de circulación sin descontar las prestaciones de Seguridad Social, en instancia se desestimó la demanda por no considerar acreditada la forma en que sobrevino el siniestro, ni la concurrencia de culpa empresarial. La Sala de suplicación confirmó dicha sentencia, a pesar de que apreció existencia de responsabilidad empresarial, por considerar que en el escrito del recurso no aparecían desglosadas las partidas integrantes de la cantidad postulada, ni se razonaba sobre la pertinencia de su devengo. En el recurso de casación para la unificación de doctrina se planteaba: 1) Que se condenara al empresario a abonarle la indemnización solicitada conforme al desglose efectuado en la demanda; y 2) Que se decretara la nulidad de actuaciones. La **STS de 4 de mayo de 2018 (Rec. 317/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2005]**, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con el segundo motivo y devuelve las actuaciones a la Sala de suplicación para que dicte sentencia en relación a la pretensión completa del trabajador, tras aludir a que el hecho de que la sentencia de suplicación acepte la premisa de que la empresa es responsable del accidente y sin embargo no se pronuncia sobre la indemnización por el simple hecho de que no se reitera en el recurso los fundamentos por los que pide la cantidad reclamada, supone “una frágil protección del derecho a la tutela judicial del recurrente”. Considera, a continuación, que para fijar el importe de la indemnización, hay que utilizar los elementos que obran en autos, y la Sala de suplicación omitió pronunciarse sobre ello.

#### 8.4.3.-Aplicación de Baremo para accidentes de circulación

##### 8.4.3.1.-Imposibilidad descuento incapacidad temporal de cantidad reconocida por daño moral

El trabajador solicitó el pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, que le fue reconocida por sentencia de instancia en que se calculó la cantidad que correspondía abonar por incapacidad temporal aplicando la Tabla V apartado A del Baremo para accidentes de trabajo, que ya incluye los daños morales. Contra dicha sentencia se presentó recurso de suplicación por el actor, por considerar que la cantidad reconocida debía aumentarse dado que el lucro cesante no puede identificarse con el daño moral, por lo que no es posible deducir el subsidio de incapacidad temporal (como lucro cesante) a la cantidad por daño moral obtenida de la Tabla V del Baremo. La Sala de suplicación desestima dicha pretensión y confirma la

sentencia de instancia. La **STS de 21 de noviembre de 2018 (Rec. 3626/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4304]**, reitera lo dispuesto en la STS de 17 de febrero de 2015 (Rec. 1219/2014) [ECLI:ES:TS:2015:991] y STS de 12 de septiembre de 2017 (Rec. 1855/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3315], y casa y anula la sentencia de suplicación, por entender que las cuantías que se fijan en el baremo de accidentes de tráfico son imputables al daño moral y no pueden ser compensadas con las prestaciones de Seguridad Social que atienden al lucro cesante. Añade que conforme a lo dispuesto en la STS (Pleno) de 23 de junio de 2014 (Rec.1257/2013) [ECLI:ES:TS:2014:3546], en que se rectificó doctrina conforme al daño moral, éste debe calcularse conforme a la Tabla V, y en las cantidades establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impeditivos para el trabajo y los de baja no impeditivos, sin que exista causa que impida reconocer como consecuencia del accidente de trabajo, al trabajador que sufra daños morales más allá de su incapacidad temporal, indemnización por daños no impeditivos. En definitiva, considera la Sala que el daño moral se obtiene de la Tabla V y no es concepto homogéneo que se identifique con el lucro cesante al que atiende el subsidio de incapacidad temporal.

#### 8.4.3.2.-Imposibilidad descuento de indemnización por daño moral de las mejoras voluntarias de prestaciones

Reiterando abundante jurisprudencia anterior, la **STS de 7 de febrero de 2019 (Rec. 1680/2016) [ECLI:ES:TS:2019:716]**, reconoce indemnización por daños y perjuicios a la viuda e hija del trabajador fallecido a consecuencia de asbestosis pulmonar, cuando se constata la existencia de amianto en la empresa, aunque no se demuestre que ésta fue la causa de la muerte, ya que cuando existe una enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto reconocida por el EVI, entidad que debe hacer frente al pago de la prestación por tal contingencia, resulta contradictorio poner en duda la conexión entre la severa patología pulmonar padecida y el contacto con el amianto. A efectos del cálculo de la indemnización, sigue lo dispuesto en la STS (Pleno), de 23 de junio de 2014 (Rec. 1257/2013) [ECLI:ES:TS:2014:3546], que estableció que las indemnizaciones de la Tabla I del Baremo de circulación resarcen el daño moral, y por lo tanto no podían deducirse las mejoras voluntarias de las prestaciones por muerte y supervivencia por no guardar la necesaria homogeneidad, por lo que incrementa la indemnización a percibir.

#### 8.4.3.3.-Descuento de lo abonado por póliza de seguro concertada por obligación convencional con parte correspondiente a lucro cesante

El trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente total como consecuencia del accidente de trabajo sufrido, por lo que solicitó indemnización por daños y perjuicios, que le fue reconocida, si bien se entendió que lo cobrado por mandato del convenio colectivo se compensa con todos los componentes de la indemnización tasada y no sólo por el daño patrimonial y lucro cesante. Ante la cuestión de si lo cobrado de la póliza de seguro contratada por la empresa por imposición del convenio colectivo puede compensarse con el importe global de la indemnización o sólo con la parte de la misma imputable al lucro cesante, la **STS de 10 de enero de 2019 (Rec. 3146/2016) [ECLI:ES:TS:2019:224]**, considera que la última de las soluciones es la adecuada, ya

que el lucro cesante es más amplio que la diferencia entre los ingresos que el trabajador habría cobrado de seguir en activo y lo que cobró por pensión de incapacidad permanente hasta el momento en que pudo jubilarse a los 55 años y tres meses, sin que el daño patrimonial en su manifestación de lucro cesante compense sólo las prestaciones de Seguridad Social, de forma que, cuando, como es el caso, del texto del convenio colectivo se deduce que procede el abono de lo previsto en la norma convencional independientemente de lo que se reciba por indemnización –el texto establece que deberá concertarse un seguro "con independencia de la cobertura de la Seguridad Social en materia de accidentes"-, no puede descontarse lo abonado en virtud de la norma convencional. En definitiva, considera la Sala que el importe de la mejora voluntaria se imputa al lucro cesante y no puede ser compensado con otros conceptos indemnizatorios por daños físicos, psíquicos y morales, cual ha hecho la sentencia recurrida.

#### 8.4.4.-Legitimación activa para reclamar indemnización por daños y perjuicios

##### 8.4.4.1.-Viuda del trabajador fallecido

Al trabajador se le reconoció una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional, falleciendo posteriormente por lo que su viuda solicitó la indemnización establecida en el Convenio Colectivo de la Construcción para los supuestos de fallecimiento del trabajador, y que se prevé a favor de los herederos legales, siendo así que el trabajador fallecido tenía hijos mayores de edad. Por sentencia de suplicación se estimó la excepción de falta de legitimación activa de la viuda del trabajador fallecido, por cuanto la actora no es heredera conforme al art. 660 CC, sino que es legataria de un derecho de usufructo vitalicio sobre la totalidad de la herencia conforme al testamento otorgado por el trabajador, siendo herederos universales sus dos hijos, que no constan que al tiempo de presentación de la demanda sean menores de edad o incapacitados, o estén sometidos a tutela o patria potestad. La **STS de 18 de diciembre de 2018 (Rec. 3439/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4553]**, siguiendo lo dispuesto en la STS de 23 de octubre de 2008 (Rec. 1676/2007) **[ECLI:ES:TS:2008:6329]**, otorga legitimación a la actora para reclamar una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social, puesto que la actuación judicial se realiza en beneficio de la comunidad hereditaria, ya que si bien la demanda se formuló por la viuda del trabajador fallecido en su propio nombre, con anterioridad a la celebración de juicio se otorgó escritura de la que resulta que los hijos del fallecido y herederos legítimos del mismo ratifican expresamente las actuaciones judiciales realizadas por su madre en los procedimientos judiciales en los que haya intervenido como interesada en la herencia, entendiéndose que todas las actuaciones han sido hechas en beneficio de la comunidad hereditaria que los tres forman.

##### 8.4.4.2.-Por herederos de la viuda fallecida del trabajador fallecido

Ante la cuestión de si tienen derecho a reclamar indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del fallecimiento del trabajador de Uralita por un mesotelioma pleural los herederos de la viuda de dicho trabajador que también falleció, la **STS de 6 de marzo de 2019 (Rec. 1062/2017) [ECLI:ES:TS:2019:993]**, siguiendo lo dispuesto en la STS de 18 de julio de 2018 (Rec. 1064/2017) **[ECLI:ES:TS:2018:3321]**, les otorga el derecho, teniendo en cuenta que conforme a los artículos 659 y 661 CC, los herederos del causante pueden ejercitar las acciones que al mismo le correspondían por los daños y perjuicios sufridos por una contingencia profesional, al no tratarse de una acción personalísima. Añade la Sala que conforme al art. 558 CC, la herencia comprende todos

los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte, y el derecho a la reparación de daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de pedir u obtener la reparación de los mismos, y ello por cuanto se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio aunque se trate de daños morales. Por último, considera que no se está en presencia de un derecho personalísimo e intransmisible.

## **9.-DESEMPLEO**

### 9.1.-Nivel contributivo

#### 9.1.1.-Derecho a la prestación

##### 9.1.1.1.-Residentes no comunitarios en formación

Las **SSTS de 12 de junio de 2018 (Rec. 3458/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2466]** y **13 de diciembre de 2018 (Rec. 3834/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4478]**, reiteran lo dispuesto en la STS (Pleno) de 24 de marzo de 2017 (Rec. 85/2016) [ECLI:ES:TS:2017:1411], que resolvió la cuestión de si tenían derecho a la prestación por desempleo los residentes no comunitarios en formación, en sentido positivo, por entender: 1) Que el actor es titular de una relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, incluida en el ámbito de aplicación del RGSS conforme al art. 7.1 a) LGSS, existiendo la obligación de la empleadora de cotizar; 2) Que dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social se encuentra las prestaciones económicas en las situaciones de desempleo conforme al art. 38.1 c) LGSS; 3) Que conforme al art. 14.1 LO 4/2000, de 11 de enero, el actor extranjero residente tiene derecho a acceder a las prestaciones de Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles; 4) Que aunque la DA 16ª RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, determina que no procede la cotización por desempleo, teniendo en cuenta que conforme al art. 43 de dicho RD los extranjeros que obtengan plaza para la realización de actividades laborales derivadas de lo previsto en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, no es necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo, no puede ser de aplicación lo dispuesto en la DA 16ª, sin que tampoco el actor tenga la condición de estudiante puesto que es titular de una relación laboral especial; 5) Que aunque la autorización concedida fue únicamente para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación, no consta que careciera de autorización para permanecer en España a partir de la finalización de los estudios, al contrario, el actor es residente comunitario en España con permiso de 5 años por familiar ciudadano de la Unión Europea. La sentencia contiene un Voto particular discrepante que suscriben 3 Magistrados, por el que entienden que no procede el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo, teniendo en cuenta que de lo que dispone es de una autorización de trabajo para actividad determinada, por lo que es de aplicación lo dispuesto en la DA 16ª RD 557/2011, de 20 de abril, ya que la residencia es temporal y finaliza con la terminación de los estudios.

##### 9.1.1.2.-Realización actividades agrícolas de poca cuantía económica

La **STS de 21 de junio de 2018 (Rec. 490/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2739]**, reconoce el derecho a la prestación por desempleo del actor, a quien se le extinguió la misma y se le reclamaron prestaciones indebidas, por cuanto no comunicó a la oficina de empleo la percepción de rentas derivadas de la realización de actividades agrícolas por

cuenta propia, en particular, la recogida de aceituna que venía a una cooperativa, que le supuso unos ingresos íntegros de 3.405,10 euros y rendimientos netos a efectos de IRPF de 790,42 euros. Considera la Sala 4ª que conforme al art.222.1 LGSS en redacción dada por RD Ley 20/2012, de 13 de julio –que establece que “la prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”, y apartado 1 b) 2º RD 625/1985, que establece que “la prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles (...) con el trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social”, así como reiterada jurisprudencia de la Sala, existe una absoluta incompatibilidad entre prestaciones por desempleo y trabajo por cuenta propia, doctrina que se matizó respecto de la renta activa de inserción en el sentido de que la incompatibilidad no alcanzaba la realización de tareas con carácter marginal que generan ingresos carentes de relevancia económica, lo que se tiene que aplicar igualmente al supuesto de prestación por desempleo, en que no existirá incompatibilidad cuando los ingresos son “especialmente insignificantes, ridículos y de tan escasa relevancia, que no permiten siquiera que pudieran considerarse como futo de una verdadera actividad laboral”.

#### 9.1.1.3.-Trabajadores en situación de excedencia

El trabajador prestó servicios para una empresa a la que solicitó y de la que obtuvo excedencia voluntaria, pasando a prestar servicios para otra empresa que extinguió el contrato por voluntad del empleador durante el periodo de prueba y antes del transcurso de tres meses desde que el demandante inició el disfrute de dicha excedencia voluntaria. Tras solicitar prestación por desempleo, la misma le es denegada tanto por la entidad gestora como por la sentencia de instancia y de suplicación, en que se entendió que la relación laboral anterior se encontraba en suspenso al haber accedido el trabajador a la situación de excedencia voluntaria, y la nueva se extingue durante el periodo de prueba sin haber transcurrido el plazo de tres meses desde la extinción de su anterior relación laboral, por lo que lo que se encuentra en situación legal de desempleo. La **STS de 5 de marzo de 2019 (Rec. 4645/2017) [ECLI:ES:TS:2019:996]** casa y anula la sentencia de suplicación y reconoce el derecho del actor a la prestación por desempleo, por entender que sí es de aplicación el art. 267.1 a) punto 7 LGSS, -que determina que se encontrará en situación legal de desempleo el trabajador que vea extinguida su relación laboral “Por resolución de la relación laboral durante el periodo de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción”-. Justifica su decisión en lo dispuesto en la STS de 24 de marzo de 2001 (Rec. 749/2000) [ECLI:ES:TS:2001:2425], y 29 de diciembre de 2004 (Rec. 5582/2003) [ECLI:ES:TS:2004:8518], en que se estableció que cuando el trabajador se encuentra en excedencia, desempeña en dicha situación un nuevo trabajo y luego cesa en él contra su voluntad, si no ha transcurrido el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, está comprendido en la situación de desempleo. Señala la Sala que si bien en el presente supuesto no había transcurrido el plazo de 3 meses a que refiere la norma desde que se solicita la excedencia hasta que se produce la extinción durante el periodo de prueba a que refiere el art. 267.1 a) 7 LGSS, ahora bien, tampoco es de aplicación dicho precepto porque no concurre el presupuesto atinente a la extinción de la relación laboral anterior, debiendo ser de aplicación la jurisprudencia expuesta, ya que el trabajador está en desempleo real por el cese en la segunda empresa, pero también

por haber solicitado voluntariamente la excedencia en la empresa anterior, sin que hubiere transcurrido todavía el plazo inicial para solicitar el reingreso, y sin que tampoco conste dato alguno que permita sostener la concurrencia de una actuación fraudulenta por parte del demandante en orden a la obtención de las prestaciones por desempleo.

Ante la cuestión de si tiene derecho o no a la prestación por desempleo contributivo el trabajador que finalizado un periodo de excedencia voluntaria pide el reingreso en la empresa, no readmitiéndole ésta y procediendo a su despido que fue conciliado judicialmente como improcedente, y en concreto, si tal situación puede configurarse como de alta en la seguridad social al sobrevenir la contingencia o situación protegida, considera la **STS de 14 de marzo de 2019 (Rec. 2785/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1190]**, que tiene derecho a ella siguiendo lo dispuesto en la STS (Pleno) de 19 de noviembre de 2011 (Rec. 218/2017) [ECLI:ES:TS:2018:], y otras posteriores, ya que cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión del trabajador excedente, la consecuencia es la de 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, por lo que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir era análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha o momento del despido, por lo que durante tal periodo la empresa debería haber mantenido al trabajador de alta en la Seguridad Social desde la fecha de incumplimiento de la obligación de readmitir hasta la fecha de efectos del despido, con la consecuencia de que tenía derecho a estar de alta en el RGSS al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

#### 9.1.2.-Reposición de prestaciones consumidas

Al trabajador, tras ser despedido por causas objetivas, despido que fue declarado improcedente por defectos en la carta de despido, se le reconoció el derecho a la prestación por desempleo por 720 días, si bien se le descontaron 120 días como consecuencia de que se había suspendido su contrato en virtud de Resolución de la Autoridad Laboral. La Sala 4ª, en **STS de 12 de julio de 2018 (Rec. 1628/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3304]**, sigue lo dispuesto en las SSTs de 13 de mayo de 2015 (Rec. 2203/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3009], y 10 de octubre de 2017 (Rec. 4133/2015) [ECLI:ES:TS:2017:3859], y confirma la sentencia desestimatoria de la demanda, por entender que para que pueda reponerse la prestación por desempleo, es necesario que la extinción de los contratos tengan la misma causa que generó la suspensión, y en el presente supuesto la improcedencia del despido se declara no en atención a la causa, sino por defectos formales, por lo que no procede reponerle los días de prestación solicitados.

Reiterando lo dispuesto en la STS de 28 de diciembre de (Rec. 1572/2016) [ECLI:ES:TS:2018:] la **STS de 18 de febrero de (Rec. 1814/2017) [ECLI:ES:TS:2019:726]** falla en el sentido de que no procede reponer prestaciones por desempleo consumidas durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo o de reducción de jornada de carácter colectivo, en el caso de que posteriormente se produzca la extinción de la relación laboral por causas objetivas, habiéndose incorporado el trabajador posteriormente a otra empresa que más tarde acuerda la extinción de su contrato de trabajo, siendo esta última decisión la que da lugar a la solicitud de la reanudación por desempleo, por cuanto conforme a la redacción del art. 16.1 Ley 3/2012, en redacción dada por RD Ley 1/2013, de 29 de noviembre, no puede deducirse que

proceda la reposición cuando la extinción no se produce en la misma empresa en la que se suspendieron los contratos. Argumenta su decisión la Sala 4ª en lo siguiente: 1) Conforme a una interpretación teleológica e histórica de la Exposición de Motivos de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (norma que introdujo la reposición de prestaciones por desempleo, la medida estaba destinada a “mejorar la protección social de los trabajadores” y a “favorecer también el mantenimiento de los contratos de trabajo a través de expedientes de regulación temporales”, evitando con ello la destrucción de puestos de trabajo; 2) Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y su artículo 9, se enfatiza en la función de mantenimiento del empleo que se pretende con la medida; 3) La exposición de motivos del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente reproducida en la Ley 3/2012, de 6 de julio, se concreta que la medida tiene como finalidad servir de “mecanismo alternativo a los despidos”, lo que además se manifiesta expresamente en el art. 16 de la norma; 4) El RD Ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prórroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, se insiste en que la prórroga de la medida sirve para favorecer “la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”; 5) De una interpretación sistemática de las normas se deduce que no tiene sentido reponer prestaciones por desempleo consumido, si una vez extinguida la relación laboral con las mismas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el trabajador se incorpora a otra empresa que posteriormente acuerda su cese, ya que no existe ninguna conexión entre los motivos por los que una empresa tuvo que adoptar medidas temporales, y las que llevan a otra empresa distinta a extinguir la relación laboral

### 9.1.3.-Extinción

Por resolución del SPEE se reconoció al demandante subsidio por desempleo que percibió hasta su agotamiento, constando probado que el beneficiario entró en España por el Puerto de Motril, procedente de Marruecos, el 25 de septiembre de 2013. La entidad gestora sancionó al demandante con la extinción del derecho al subsidio por comisión de una falta muy grave del art. 25.3 LISOS, consistente en no haber comunicado una situación que habría supuesto la suspensión o extinción del derecho, reclamándole prestaciones indebidas por importe de 1.136 euros. Tras presentar demanda el beneficiario impugnando la sanción impuesta, por sentencia de instancia se desestimó la misma, rechazando la alegación realizada por el actor en el sentido de que recaía sobre el SPEE la carga de acreditar que el actor estuvo fuera de España más de 15 días, ya que en caso contrario, supondría una prueba diabólica para la entidad gestora demostrar cuándo salió el beneficiario de España. Por sentencia de suplicación se confirmó la sentencia de instancia, entendiendo la Sala de suplicación que el SPEE realizó un esfuerzo probatorio adecuado cuando solicitó al Consulado de Marruecos que certificase los periodos en los que el demandante estuvo en dicho país, lo que se acordó por el Juzgado de lo Social sin obtener respuesta. Antes de resolver la cuestión relativa a quién corresponde probar el periodo de estancia en el extranjero con efectos en la prestación de desempleo, la **STS (Pleno) de 11 de mayo de 2018 (Rec. 1800/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2148]**—sentencia que contiene voto particular discrepante—, resuelve la cuestión relativa a si es recurrible la sentencia de instancia, siguiendo lo dispuesto en las STS (Pleno) de 2 de noviembre de

2017 (Rec. 66/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4053] y 28 de febrero de 2018 (Rec. 1554/2016) [ECLI:ES:TS:2018:890], y concluyendo que la pretensión de que se deje sin efecto la sanción de extinción del subsidio por desempleo acordada por el SPEE, tiene un contenido económico específico que aparece en la resolución sancionadora, en el supuesto, 1.136 euros, por lo que no es recurrible la sentencia de instancia en suplicación, puesto que no alcanza la cuantía de 3000 euros prevista en el art. 191.2 g) LRJS. Añade que el supuesto de extinción de una prestación no es equiparable a los casos en que el art. 191.3 c) LRJS, permite el acceso al recurso de suplicación por versar la materia sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones, sin que tampoco sea de aplicación lo dispuesto en el art. 191.3 g) LRJS, puesto que no se está en presencia de la impugnación de un acto administrativo en materia laboral, sino en un acto administrativo en materia de Seguridad Social, por lo que en ausencia de norma específica, debe acudirse a las reglas generales para el acceso al recurso, es decir, a la regla del art. 191.2 g) LRJS en relación con el art. 192.4 LRJS. Especifica la Sala que en el presente caso se está en presencia de la impugnación de un acto administrativo sancionador dictado por el SPEE en materia de subsidio por desempleo, consistente en valorar la conducta del beneficiario –no comunicación de la salida del territorio nacional a la entidad gestora-, como tipificada en el art. 25.3 LISOS, sancionable, conforme al art. 47.1 b) LISOS, con la extinción del derecho y reclamación de una cuantía determinada de 1.136 euros, lo que supone que ha de estarse a la valoración del contenido económico de la sanción. En definitiva, concluye que contra la sentencia de instancia no cabe recurso de suplicación.

#### 9.2.-Necesidad de realizar aportaciones económicas con empresas con beneficios que realicen despidos colectivo

Teniendo en cuenta la obligación prevista en el art. 7 e) RD 1484/2014, de 29 de octubre, y DA 16ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, de efectuar aportaciones económicas por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años, se dictaron resoluciones del SPEE en que se emitían actas de liquidación de las aportaciones económicas frente a la empresa. Ésta presenta demanda alegando que había prescrito el plazo del que dispone el SPEE para dictar la propuesta de liquidación, ya que se dictaron en 2015 y se referían a ejercicios de 2012 y 2013, mientras que el art. 7 e) del RD 1484/2014, de 29 de octubre, refiere a que el “periodo a que se refiere la liquidación, que comprenderá 1 año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación”. En instancia y suplicación se desestimó la demanda. La **STS de 13 de marzo de 2019 (Rec. 233/2017) [ECLI:ES:TS:2019:992]**, siguiendo lo dispuesto en la STS de 31 de octubre de 2017 (Rec. 235/2016) [ECLI:ES:TS:2017:4233], confirma dicha sentencia, por entender: 1) Que el plazo de prescripción es de 4 años, ya que la naturaleza jurídica de dichas aportaciones es la de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, a los que resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, cuyo art. 15 establece un plazo de prescripción de 4 años siguientes al día en que pudo efectuarse la liquidación, por tratarse de un derecho de la Hacienda Pública, sin que pueda deducirse de la remisión al “año” que se realiza en el art. 7 e) RD 1484/2014, de 29 de octubre, que ello se refiera a un plazo de prescripción; 2) Que no puede apreciarse caducidad del expediente, por haberse dictado las resoluciones impugnadas varios años después de los periodos de liquidación a los que se refieren, que tampoco puede deducirse del art. 7 e) RD 1484/2014, de 29 de octubre, que el plazo del año se refiere a la caducidad del expediente administrativo, además de que se trata de una cuestión nueva no planteada en la demanda y sobre la que no puede pronunciarse la Sala 4ª del Tribunal Supremo; 3) Que el porcentaje del 80% para el

cálculo del importe de la aportación reclamada a la empresa (la empresa entiende que es del 60%) es correcto conforme a lo dispuesto en la DA 16ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, en relación dada por RD Ley 3/2012, y ello por cuanto: A) Lo que pretende el legislador es imponer una obligación a las empresa que despiden a trabajadores de más de 50 años, cuando en los dos ejercicios económicos anteriores al despido colectivo han obtenido beneficios, para compensar los gastos que suponen para las arcas públicas; B) Para determinar si existen beneficios hay que acudir al grupo y no a la empresa, de forma que aunque la empresa tenga pérdidas, sin el grupo no los tiene proceda la aportación; C) Que de la confusa redacción de los apartados 4 y 5 de la DA 16ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, se desprende que en los supuestos en los que la empresa forme parte de un determinado grupo empresarial habrá de estarse al total de trabajadores y beneficios del grupo de empresas para determinar el porcentaje de aportación (apartado 5), quedando limitado el apartado 4 a los supuestos en los que la empresa no forme parte de ningún grupo empresarial

### 9.3.-Subsidio por desempleo para mayores de 52 años

#### 9.3.1.-Cumplimiento requisitos para acceso al subsidio cuando se agota Renta Activa de Inserción

La **STS de 27 de marzo de 2019 (Rec. 2966/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1287]**, entiende que el agotamiento de la Renta Activa de Inserción equivale a una prestación por desempleo a efectos de devengar el subsidio para mayores de 55 años. La sentencia resuelve el supuesto sistematizando su jurisprudencia anterior en relación a la Renta Activa de Inserción y señalando que: 1) Conforme a lo dispuesto en el art. 201 LGSS, el acceso al subsidio para mayores de 55 años requiera que quien lo demanda haya cumplido esa edad “en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o el subsidio por desempleo”, financiándose la RAI, como el resto de prestaciones y subsidios por desempleo, y formando parte de la acción protectora frente a tal situación de necesidad, si bien con carácter diferenciado del nivel contributivo y asistencial; ahora bien, el que el régimen jurídico de la RAI sea diverso al del subsidio o prestación por desempleo no comporta que su naturaleza también sea distinta, ya que ambas atienden a la misma situación de necesidad, siendo la RAI una modalidad de la acción protectora por desempleo añadida a la prestación y al subsidio, de forma que para resolver cuestiones concretas como cómputo de ingresos, forma de pago, etc. las sentencias han acudido a la regulación del desempleo. En definitiva, considera la Sala que la RAI se trata de una modalidad de acción protectora por desempleo que presenta autonomía y que ha de abordarse en atención a los fines que le son propios, de forma que el agotamiento del subsidio propio de la RAI debe asimilarse al de otros subsidios por desempleo cuando se trata de abrir el acceso al subsidio para mayores de 55 años.

#### 9.3.2.-Reintegro de lo percibido en mes en que se abona un seguro de vida

La actora, perceptora del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, recibió como pago de un seguro de vida, algo menos de 6.000 euros, lo que se declaró en la declaración de IRPF en que se hacía referencia al rescate de un seguro de vida. El SPEE extinguió el subsidio por desempleo y declaró la percepción indebida del subsidio desde el momento en que se produjo el rescate hasta la fecha de comunicación del mismo en la declaración de IRPF. Ante la cuestión de si en un supuesto de suspensión del subsidio por desempleo la cantidad a reintegrar por el beneficiario debe ser únicamente la del mes en

que se produce el exceso de rentas o la de todo el periodo desde el percibo de la renta irregular hasta que se pone el ingreso en conocimiento del SPEE por parte del beneficiario en la declaración anual de rentas, la **STS de 23 de enero de 2019 (Rec. 417/2017) [ECLI:ES:TS:2019:530]**, tras considerar que procede recurso de suplicación cuando se trata de sanciones en materia de seguridad social que comportan la suspensión o extinción el subsidio por desempleo que superan la cuantía litigiosa, es decir, los 3.000 euros, considera que la cantidad a reintegrar debe ser únicamente la correspondiente al importe del subsidio por desempleo del mes en que se produce el exceso de rentas. Argumenta la Sala que no hay que acudir a los preceptos de la LISOS sino a los propios de la “dinámica del derecho”, en particular, el art. 219.2, 2012 y 213.1. c) LGSS/1994, y conforme a lo dispuesto en la STS (Pleno) de 19 de febrero de 2016 (Rec. 3035/2014) [ECLI:ES:TS:2016:894] puesto que el SPEE admite que no concurrió ocultación ni mala fe, puesto que la comunicación del pago único se realizó en la declaración anual de rentas (que es la que se realiza ante la entidad gestora del subsidio y no es coincidente con la declaración de IRPF), debe entenderse que la perceptora del subsidio sí comunicó a la Entidad Gestora la concurrencia de un devengo que determinaría la suspensión del derecho, por lo que no resulta de aplicación la norma sancionadora de falta grave y que derivaría en la extinción del subsidio por desempleo (arts. 25 y 47.1 b) LISOS), y entrarían en juego las normas no sancionadoras del art. 219.2 LGSS, que prevé la suspensión del subsidio en el mes en que se produce el incremento de rentas, procediendo la devolución de la prestación durante dicho periodo únicamente.

#### 9.4.-Nivel asistencial

##### 9.4.1.-Determinación de la carencia de rentas

Tras revocarse a la actora el subsidio por desempleo y reclamarse prestaciones indebidas como consecuencia de que las personas respecto de las que había alegado que tenían responsabilidades familiares, habían dejado de reunir tal condición al haber accedido a rentas que en cómputo individual superaban el 75% SMI, puesto que los dos hijos de la actora percibían pensión de orfandad, en suplicación, revocando la sentencia de instancia, se reconoció el derecho al subsidio por entenderse que en el subsidio por desempleo por obligaciones familiares, en las rentas del peticionario no se computa la pensión de orfandad de los hijos a cargo. La **STS de 13 de junio de 2018 (Rec. 1095/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2939]** confirma dicha sentencia, por considerar que el límite de ingresos en cuantía no superior al 75% del SMI, ha de referirse a los obtenidos por el propio beneficiario de la prestación, y sólo cuando este requisito ha sido superado, podrán acreditarse cargas familiares.

La **STS de 17 de octubre de 2018 (Rec. 3600/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3883]**, considera que para el cálculo de los ingresos de una unidad familiar a efectos de lucrar el subsidio por desempleo por cargas familiares, no ha de tenerse en consideración los ingresos de la pareja de hecho de la actora (en el sentido de convivencia de hecho con una pareja que tiene determinados ingresos), por considerar que el art. 215.2 LGSS (actual art. 275.3 LGSS), enumera “con claridad meridiana”, las personas cuyo parentesco con el beneficiario supone que constituyen responsabilidades familiares, entre los que no se encuentra la pareja de hecho, situación que no es equiparable, por analogía, a la del cónyuge.

#### 9.4.2.-Obligación de comunicación de situaciones que afecten a la suspensión o extinción del derecho: aceptación de herencia

La actora, perceptora de subsidio por desempleo para mayores de 52 años aceptó la mitad de la herencia de su hermano consistente en un bien inmueble, circunstancia que no comunicó al SEPE que declaró la extinción del subsidio y la percepción indebida de prestaciones. En instancia se desestimó la demanda presentada por la actora solicitando no se extinga la prestación ni se le reclamen prestaciones indebidas. La Sala de suplicación confirmó dicha sentencia, por considerar que el art. 231 e) LGSS establece la obligación de comunicar situaciones que puedan afectar a la suspensión o extinción del derecho, de forma que la falta de comunicación constituye infracción grave del art. 25.3 LISOS, sancionable conforme al art. 47.1 b) LISOS con la extinción el mismo. La **STS de 10 de abril de 2019 (Rec. 1378/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1536]**, siguiendo reiterada jurisprudencia anterior, que se inició con las SSTS (Pleno) de 19 de febrero de 2016 (Rec. 3035/2014 [ECLI:ES:TS:2016:894], y 22 de febrero de 2016 (Rec. 994/2014) [ECLI:ES:TS:2016:1355], que rectificó el criterio de la jurisprudencia anterior, confirma la sentencia de suplicación, por entender que la actora no comunicó la aceptación de la herencia, por lo que incumplió las obligaciones establecidas en la legislación sobre desempleo

## 10.-RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

### 10.1.-No comparecencia a control

Al actor, beneficiario de la Renta Activa de Inserción, se le revocó ésta por falta de renovación de la solicitud de empleo en la fecha en que debió hacerlo conforme a lo estipulado en la demanda de empleo, intentándolo sin embargo más tarde. La Sala 4ª, en **STS de 21 de junio de 2018 (Rec. 498/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2893]** confirma la sentencia de suplicación que revocando la de instancia reconoció el derecho a dicha Renta Activa de Inserción, en aplicación de lo dispuesto en la STS de 23 de abril de 2015 (Rec. 1293/2014) [ECLI:ES:TS:2015:3654], en que se determinó que la no comparecencia para un control de presencia ante la oficina de prestaciones del SPEE, no puede comportar la baja definitiva del programa (art. 1 RD 1369/2006, de 24 de noviembre), y la pérdida de la prestación, sino que conlleva, como falta leve que es, la pérdida de un mes de prestación conforme al art. 24.3 a) lisos y art. 47.1 a) LISOS. En idéntico sentido se pronuncia la **STS de 14 de diciembre de 2018 (Rec. 3472/2017) [ECLI:ES:TS:2018:4471]**

La **STS de 9 de mayo de 2019 (Rec. 3427/2017), [ECLI:ES:TS:2019:1618]** reiterando lo dispuesto en la STS de 12 de enero de 2017 (Rec. 3433/2015) [ECLI:ES:TS:2017:804], confirma la sentencia de suplicación que declaró la nulidad de la resolución del SPEE por la que se excluyó a la actora del programa de Renta Activa de Inserción, habiendo sido requerida la actora a comparecencia mediante carta certificada sin que la actora recibiese aviso ni compareciese en las dependencias del SPEE, y teniendo lugar un segundo intento posteriormente, en cumplimiento de lo dispuesto en el RD 1829/1999, de 3 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento que regula los servicios postales, en desarrollo de la Ley 24/1998 de 13 de julio, del Servicio Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, entendiéndose la Sala que debía cumplirse con la obligación de prevista en el art. 59 de la Ley 30/1992, LRJAPYAC, es decir, debía haberse requerido a la actora mediante edictos

## 10.2.-Compatibilidad con ser propietario de instalación de energía fotovoltaica

El actor, perceptor de renta activa de inserción, promovió en la vivienda de la que era propietario la instalación de energía solar fotovoltaica de dos placas, por lo que por la explotación de la misma obtuvo subvenciones por importe superior a 2.000 euros e ingresos provenientes de la explotación superior a 6.000 euros, declarando en la declaración de IRPF como rendimiento un importe de 2.402,67 euros. Como consecuencia de ello se dictó resolución de exclusión de la RAI y se le reclamaron prestaciones indebidas por entenderse que se realizaron trabajos incompatibles con la misma, por lo que se presentó demanda por el trabajador que fue desestimada en instancia y suplicación. La **STS de 20 de diciembre de 2018 (Rec. 1723/2018) [ECLI:ES:TS:2018:4524]**, casa y anula dicha sentencia, por considerar que los ingresos no pueden considerarse derivados de la realización de actividad remunerada incompatible con la Renta Activa de Inserción, ya que lo único que acontece es que se procede a la compra de energía de las instalaciones del beneficiario de la RAI, retribuyéndose la venta de energía y no el trabajo. En definitiva, considera la Sala que “la parte actora no realiza ninguna actividad por cuenta propia siendo, simplemente, titular de una instalación fotovoltaica sin realizar ningún tipo de gestión, mantenimiento, lectura de contadores, facturación o cualquier otra tarea relacionada con dicha actividad, por lo que no cabría hablar de ningún trabajo por cuenta propia o ajena relacionado con la explotación de dicha estación fotovoltaica”.

## 11.-VIUDEDAD

### 11.1.-Ministros de culto de Iglesias Evangélicas

La actora contrajo matrimonio con el causante por el rito de la Iglesia Evangélica, sin haberse instruido expediente matrimonial previo por lo que no se inscribió en el Registro Civil. Tras el fallecimiento de éste solicitó pensión de viudedad que le fue denegada por no encontrarse el causante en la fecha del fallecimiento en alta o situación asimilada al alta y no haber completado el periodo de 15 años de cotización exigido en el art. 174.1 LGSS. La Sala de suplicación confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada por la actora, por entender que aunque el matrimonio debió entenderse como válidamente celebrado, en la fecha del fallecimiento el causante no tenía cotizados 15 años, sin que tampoco pudiera considerarse que estuviera en situación asimilada al alta, por lo que no puede aplicarse la doctrina flexibilizadora de la exigencia de alta, cuando no se ofrece ningún dato objetivo para aplicarla (precario estado de salud o evento semejante). Ante la cuestión de si procede reconocer el derecho a la pensión de viudedad, la **STS (Pleno), de 25 de septiembre de 2018 (Rec. 761/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3961]**, no entra a conocer de dicha cuestión por no apreciar la existencia de contradicción con la sentencia invocada de contraste, ya que ambas parten del mismo concepto doctrinal en relación a la exigencia de situación asimilada al alta, en los supuestos en que tal situación deriva del mantenimiento del causante en su condición de demandante de empleo, los diferentes hechos probados de ambas sentencias impiden que puedan considerarse los fallos contradictorios, ya que en la sentencia recurrida no se aplica la doctrina flexibilizadora del alta porque no se ofrece ningún dato objetivo que permita aplicarla, mientras que en la sentencia de contraste sí se acreditan dichos datos. La sentencia contiene un voto particular discrepante por el que se entiende que sí debería haberse apreciado la existencia de contradicción, y además debería haberse reconocido la prestación teniendo en cuenta que consta en los hechos probados que el causante tuvo un

accidente de circulación. A idéntica conclusión se llega en la **STS de 23 de octubre de 2018 (Rec. 3599/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3864]**

## 11.2.-En supuestos de separación o divorcio

### 11.2.1.-Necesidad de percibo de pensión compensatoria

Siguiendo reiterada jurisprudencia anterior, la **STS de 13 de marzo de 2019 (Rec. 1294/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1365]**, deniega el derecho a la pensión de viudedad a quien habiendo contraído matrimonio con el causante con el que tuvo tres hijos, suscribió convenio regulador por separación, recayendo sentencia de mutuo acuerdo estableciéndose pensión compensatoria, y posteriormente, en 2008, recayendo sentencia de divorcio que no fijó pensión compensatoria alguna, por entender la Sala que el plazo de 10 años que no tiene que haber transcurrido desde la fecha de la separación o divorcio y el fallecimiento del causante, debe ser la fecha de lo que acontezca primero, y como han transcurrido más de 10 años entre la separación y el fallecimiento, no procede reconocer pensión de viudedad alguna.

### 11.2.2.-Cuantía en supuestos de concurrencia de beneficiarios

El causante que había estado casado en primeras nupcias y de la que separó por sentencia de 1986 y se divorció por sentencia de 1998, en que se fijó una pensión compensatoria de 30.000 pts./mes revisable anualmente conforme al IPC, contrajo nuevas nupcias en 1999 con su segunda mujer. Como consecuencia de su fallecimiento, se reconoció a ambas pensión de viudedad en porcentaje equivalente al periodo de convivencia, es decir, del 51,3% a la primera mujer, y del 48,27% a la segunda, teniendo en cuenta que a la ex esposa le resultaba de aplicación la DT 18ª, apartado 2, LGSS. Plantea recurso de casación para la unificación de doctrina la segunda esposa, por entender que en supuestos de concurrencia de beneficiarias de la pensión de viudedad, no se aplica la DT 18ª LGSS, debiendo limitarse la pensión de viudedad reconocida a la primera esposa al importe establecido como pensión compensatoria. La **STS de 17 de mayo de 2018 (Rec. 2999/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2123]**, confirma la sentencia de duplicación que a su vez confirmó la de instancia, que a su vez había desestimado la demanda presentada por la segunda esposa, por entender que la primera esposa cumple las exigencias del art. 174.2 LGSS, ya que es indiferente que haya percibido o reclamado la pensión compensatoria que tenía reconocida por sentencia, además de que debe ser de aplicación lo dispuesto en la STS (Pleno) de 22 de diciembre de 2016 (Rec. 1466/2015) [ECLI:ES:TS:2016:5803], en que se concretó que la previsión de la DT 18ª LGSS es aplicable tanto a quienes en el periodo transitorio rompieron la relación matrimonial sin reconocimiento de pensión compensatoria, como a los titulares que reúnan los requisitos del art. 174.2 LGSS, ya que si la finalidad de la DT 18ª es permitir el acceso a la pensión a quienes no tienen reconocida pensión compensatoria, la finalidad de la reforma de la Ley 40/2007, es retomar la situación de necesidad como base de la pensión de viudedad, siendo contrario a esa finalidad que se privilegie a quien aparentemente carece de necesidad (el importe de la pensión no tiene límite de la compensatoria), frente a quien en principio la acredita (tendría el límite de su pensión compensatoria).

## 11.3.-Supresión de incremento de pensión

**La STS de 2 de abril de 2019 (Rec. 2820/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1492]** resuelve la cuestión de si la supresión del incremento al 70% de la pensión de viudedad, por la pérdida del requisito de rendimientos anuales por superar el límite legal establecido, debe producirse computando a tal efecto los ingresos del ejercicio anterior o los del año en el que se produce esa variación, optando por la última de las posibilidades, es decir, si en el año en curso se supera el límite de rendimientos, procede la supresión del incremento del 70% de la pensión. La cuestión se planteó como consecuencia de que la unidad de convivencia de la demandante estaba formada por ella y su hija, siendo la actora beneficiaria de una pensión de viudedad y habiendo obtenido su hija rendimientos de trabajo y pensión orfandad que superaban el límite de renta para dicho año. Por sentencia de instancia se reconoció el derecho de la demandante a seguir percibiendo el incremento del 70% de la pensión de viudedad, sentencia confirmada en suplicación en que se entendió que, puesto que la norma no distingue nada al respecto, ha de estarse a los rendimientos del ejercicio anteriores. La sentencia casa y anula la de suplicación y desestima la demanda. Parte la Sala 4ª de examinar la normativa aplicable al supuesto, en particular, el art. 31.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, que determina las cuantías de las prestaciones económicas del RGSS y condiciona el derecho de acceso a las mismas, introduciéndose el incremento del 70% de la pensión de viudedad con el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, en que se estableció dicha capacidad cuando la pensión fuera la principal o única fuente de ingresos del pensionista, sin que se superen los ingresos una determinada cuantía y además se tengan cargas familiares, definiéndose el concepto de cargas familiares, así como los rendimientos a computar, en el valor percibido en el ejercicio anterior a aquel en que deba aplicarse o mantenerse el porcentaje del 70%, debiendo excluirse los dejados de percibir como consecuencia el hecho causante de las prestaciones, así como aquéllos que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio corriente. Conforme a ello, para acordar la extinción del incremento del 70% de la pensión de viudedad, deben tomarse en consideración como rendimientos computables los incrementos que modifican los ingresos del ejercicio anterior que permitieron acceder al derecho, ya que: 1) El régimen aplicable al nacimiento del derecho al incremento del 70% de la pensión de viudedad tendrá lugar al mes siguiente al de la solicitud, debiendo tenerse en cuenta para obtener el importe de las rentas del pensionista, el importe de las correspondientes al ejercicio anterior, que se deben adaptar a las existentes en el momento de la solicitud; 2) El mantenimiento del incremento exige que los requisitos concurren durante todo el periodo en que se perciba la pensión; 3) La extinción del incremento se produce cuando se dejen de reunir alguno de los requisitos para su obtención, fijándose en su lugar el porcentaje con efectos desde el día 1 del mes siguiente a aquel en que se produzca la variación, ya por no existir cargas familiares, o por superar el nivel de rentas establecido, debiendo el receptor presentar en el plazo de 30 días una comunicación debidamente acreditada de la variaciones que hayan tenido lugar en su situación familiar y económica; 3) La Entidad Gestora tiene que examinar si la alteración en los ingresos incide en el derecho al 70%, para lo que deberá tomar lo que la unidad familiar está teniendo en ese mismo año corriente, que es cuando se producen los nuevos rendimientos, ya que difícilmente podrían tomarse en consideración las rentas del ejercicio anterior; 4) Lo que el legislador pretende es que la situación económica de la unidad familiar que se tome en consideración sea la más real y actualizada cuando se vaya a percibir el incremento prestacional, de manera que si en el año anterior al de la solicitud se están percibiendo rentas que, incluso pudieran entonces ser superiores, ello no impide que pueda accederse al derecho si resulta que esa cuantía superior no va a existir en el momento en que se cause el derecho; 5) Si esa doctrina se sigue a efectos del

complemento a mínimos, debe seguirse también a efectos de determinar los rendimientos del pensionista; y 5) Lo establecido no ignora el principio pro beneficiario. En definitiva, a efectos del percibo del incremento del 70% de la pensión, deben tenerse en cuenta los requisitos para su percibo del año en curso y no del año anterior, que en el supuesto no concurren, por lo que procede retirar dicho incremento.

#### 11.4.-Régimen Especial Agrario

La **STS de 28 de mayo de 2018 (Rec. 3552/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2262]**, confirma la sentencia de suplicación que entendió que procedía invitar al pago de las cuotas a efectos del percibo de una pensión de viudedad y orfandad cuando la causante estaba afiliada al REA en el momento del hecho causante, adeudando cuotas, en aplicación de lo dispuesto en la STS (Pleno) de 31 de mayo de 2004 (Rec. 2343/2003) [ECLI:ES:TS:2004:3722]. Añade la Sala 4ª que en el presente supuesto no se puede apreciar cosa juzgada cuando una primera sentencia denegó la pensión, volviéndose a solicitar ésta como consecuencia del dictado de la sentencia de Pleno anteriormente señalada, ya que en caso contrario se estaría produciendo un supuesto de discriminación prohibido.

Como consecuencia del fallecimiento del causante, incluido en el Régimen Especial Agrario, se solicitó por su esposa pensión de viudedad, que le fue denegada por no hallarse el fallecido al corriente en el pago de las cuotas exigibles en el hecho causante de la prestación y ello por tener en descubierto todas las de ese año. En instancia y suplicación se denegó la prestación en aplicación del Decreto 2123/1971, de 23 de julio en relación con el art. 28.2 Decreto 2530/2970, de 20 de agosto. La **STS de 6 de marzo de 2019 (Rec. 2662/2017) [ECLI:ES:TS:2019:1000]**, casa y anula dicha sentencia declarando el derecho de al actor a la pensión de viudedad, previo cumplimiento de la invitación al pago por la entidad gestora, en aplicación de lo dispuesto en las SSTS (Pleno) de 31 de mayo de 2004 (Rec. 2343/2003) [ECLI:ES:TS:2004:3722] y 16 de febrero de 2006 (Rec. 4878/2003) [ECLI:ES:TS:2006:837].

## 12.-ORFANDAD

### 12.1.-Edad y derecho a la prestación

El Art. 175.2 LGSS en redacción dada por Ley 27/2011, de 1 de agosto, prevé que “si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del curso académico”, por su parte, la DT 6ª bis LGSS, establece “aplicación paulatina del límite de edad a efectos de las pensiones de orfandad simple en los que el huérfano no trabaje”. El actor, que percibía pensión de orfandad y estaba cursando estudios universitarios, fue dado de baja de la pensión al cumplir 22 años, reclamando que se le siga abonando ésta. La Sala 4ª, en **STS de 7 de junio de 2018 (Rec. 4116/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2615]**, reitera jurisprudencia anterior y examina ambas normas, concluyendo que si bien la reforma amplía el beneficio de seguir percibiendo pensión de orfandad hasta los 25 años con comienzo de vigencia el 1 de enero de 2014, de forma que quienes se encontraran cursando estudios a dicha fecha, y a lo largo de dicho año cumplieran 25 años, conservan el beneficio hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente curso académico, y lo mismo ocurre a quienes cumplan 24 años a lo largo del curso

académico en 2013, 23 años en 2012 y quienes cumplen 22 años a lo largo del curso de 2011, ya que “el hecho de fijar una edad, la de 25, unida a un año 214, solo tiene sentido se considera destinada a proteger a quien cumple la edad límite en la redacción anterior en 2011, prolongando su condición de beneficiario hasta los 25 años”.

#### 12.2.-Causante liberado de prisión: requisito de asimilación de alta

El causante falleció en un accidente de tráfico, sobreviviéndole su hija, que solicitó pensión de orfandad que le fue denegada por no encontrarse el causante, a la fecha del fallecimiento, en alta o situación asimilada al alta, no haber completado el periodo mínimo de cotización de 15 años, o reunir el periodo mínimo de cotización de 500 días anteriores a la fecha del fallecimiento, teniendo en cuenta que a la fecha del fallecimiento percibía un subsidio por desempleo para excarcelados hasta su muerte. En suplicación se confirmó la sentencia de instancia que desestimó la demanda, por considerar que en el presente supuesto se debe cumplir con el requisito de alta o asimilación al alta. La **STS de 7 de noviembre de 2018 (Rec. 3549/2016) [ECLI:ES:TS:2018:3966]**, casa y anula dicha sentencia y reconoce la pensión de orfandad, por entender que el causante se hallaba en situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento, ya que el art. 166.1 LGSS dispone que la situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta, lo que se reitera en el art. 36 RD 84/1996, debiendo considerarse como tal, el percibo del subsidio por desempleo por los liberados de prisión.

#### 13.-MATERNIDAD: CESIÓN DEL DERECHO

Tres días después de que la actora solicitara al INSS la prestación por maternidad, comunicó la cesión de parte del descanso en favor del otro progenitor, lo que le fue denegado por la Entidad Gestora puesto que la petición no era coetánea a la solicitud de la prestación. Ante la cuestión de si cabe la cesión del derecho a la maternidad cuando no se ha efectuado tal opción en el momento del inicio del periodo de descanso por maternidad, la **STS de 26 de septiembre de 2018 (Rec. 1352/2017) [ECLI:ES:TS:2018:3604]**, reiterando lo dispuesto en la STS de 20 de mayo de 2009 (Rec. 3749/2008) [ECLI:ES:TS:2009:5215] reconoce el derecho de opción, en aplicación de lo dispuesto en el art. 133 ter LGSS, art. 48.4 ET, 9 y 14 RD 295/2009, en los que, aunque se alude a que deberá optarse por la cesión del derecho al iniciarse el descanso por maternidad, el tenor literal del precepto no puede entenderse en sentido tan rigorista como para denegar el derecho, sino que implica que la trabajadora no tiene posibilidad de optar por la cesión si no ha iniciado su periodo de descanso, pudiendo ceder el derecho a partir del momento en que ella misma reúne los requisitos para ejercerlo. Y a ello abunda el hecho de que el art. 4 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, señala que la igualdad de trato debe integrar la interpretación y aplicación de las normas.

#### 14.-CUIDADO DE MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

La **STS de 12 de junio de 2018 (Rec. 1470/2017) [ECLI:ES:TS:2018:2471]**, resuelve en sentido negativo la cuestión de que la madre divorciada que tenía concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave podía seguir

disfrutando la prestación otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor causa baja en el Sistema de Seguridad Social, por cuanto considera que no existen datos que apunten a la imposibilidad de que el progenitor que pierde su empleo pueda cumplir con su obligación de procurar al menor la atención médica necesaria, ni que esté en condiciones de asumir sus deberes de manera efectiva. Añade la Sala que para que exista el derecho, los arts. 135 quater LGSS y 2.1 RD 1148/2011, exigen que “ambos progenitores trabajen”, de forma que el subsidio viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario, de forma que cuando uno de los progenitores no trabaja, dispone de tiempo para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que el otro progenitor ocupado reduzca su jornada a dicho fin, y si lo hace de forma voluntaria, el sistema de Seguridad Social queda al margen, y ello aun cuando los padres se encuentran separados, ya que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor

## **15.-RIESGO DURANTE EL EMBARAZO**

La trabajadora inició proceso de fecundación in vitro, por lo que inició proceso de incapacidad temporal por embarazo de alto riesgo, y solicitó prestación de riesgo durante el embarazo que le fue denegada por la Mutua. En instancia se desestimó la demanda presentada por la actora en que interesaba el reconocimiento de dicha prestación, sentencia revocada en suplicación en que se reconoció el derecho, por considerarse que la trabajadora es dependiente, y su puesto de trabajo exige bipedestación y deambulaciones prolongadas, lo que constituye, en sí mismo, una situación de riesgo para el embarazo, a lo que debe añadirse que el suyo es un embarazo de alto riesgo dada la clínica que la precede, puesto que presenta infertilidad y el embarazo se produjo por fecundación in vitro. La **STS de 10 de diciembre de 2018 (Rec. 2654/2016) [ECLI:ES:TS:2018:4493]**, confirma dicha sentencia que reconoció el derecho a la prestación, por entender que el art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, encadena la noción de riesgo a dos hechos: 1) la existencia de un embarazo que no presenta anomalías específicas salvo las molestias habituales que no comprometen su resultado; y 2) A que la evolución natural del embarazo pueda verse afectada por la incidencia de elementos ajenos al embarazo pero intrínsecos al puesto de trabajo de las que solo quepa alejar a la embarazada o al feto modificando el desempeño o excluyéndolo de modo absoluto mediante un cambio de puesto. En el presente supuesto, entiende la Sala que el embarazo de la trabajadora supone en sí mismo una circunstancia de riesgo, incompatible con cualquier actividad laboral que incluya desplazamientos diarios desde su domicilio con sujeción a horario y disciplina.

## **16.-RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

La actora, ATS/DUE que presta servicios en la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural de un Servicio Autonómico de urgencias médicas, en turnos, realizando tareas de asistencia sanitaria en domicilio y excepcionalmente en la vía pública, tuvo un hijo al que por razones médicas se le recomendó la alimentación mediante lactancia exclusivamente natural. Tras solicitar la prestación de riesgo durante la lactancia natural, se le denegó por considerar la entidad gestora que el trabajo que desempeñaba no era una actividad de riesgo. En la evaluación de riesgos no se recoge la existencia de riesgos específicos para

la lactancia, sino sólo de riesgos genéricos. En instancia se desestimó la demanda en que pretendía el reconocimiento del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, por considerarse que no se acreditaba la existencia de riesgos específicos y tampoco la imposibilidad de adaptación de puesto de trabajo o cambio a otro de la misma o diferente categoría exento de riesgo. La Sala de suplicación confirma dicha sentencia en aplicación de lo dispuesto en la STS de 21 de marzo de 2013 (Rec. 1563/2012) [ECLI:ES:TS:2013:1815]. La **STS (Pleno) de 26 de junio de 2018 (Rec. 1398/2016) [ECLI:ES:TS:2018:2651]**, resuelve la cuestión de si tiene derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia del art. 26 LPRL y 135 bis LGSS, en sentido positivo, partiendo de los hechos, en particular de que la empresa no presentó declaración de que no podía adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo ni cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo, acreditándose, sin embargo, que la empresa no ofreció modificación de condiciones ni recolocación alguna, por lo que se considera que no puede exigirse a la trabajadora la obligación de acreditar que no era posible la adaptación de puesto de trabajo o la recolocación en otro distinto. Parte la Sala, sistematizando la jurisprudencia anterior sobre la cuestión, por señalar que inicialmente se denegaba la prestación cuando en la evaluación de riesgos no se acreditaban riesgos específicos para la lactancia, o dicha evaluación no refería a dicho riesgo específico, ya que correspondía a la actora desvirtuar las causas de denegación de la prestación, es decir, que existen riesgos específicos para la lactancia. Tras la STJUE de 19 de octubre de 2017, Otero Ramos C-531/15, se hace precisa una reflexión sobre la distribución de la carga de la prueba, de forma que cuando la evaluación de riesgos no se hubiera llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 Directiva 92/95, que impone al empresario el deber de determinar los riesgos para la lactancia, en atención a la situación de la trabajadora y del puesto de trabajo, se admitía la inversión de la carga de la prueba, ya que la falta de evaluación de dicho riesgos suponía un trato menos favorable para la mujer vinculado a la lactancia, y por lo tanto constituye discriminación por razón de sexo conforme al art. 2.2 c) Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Partiendo de la doctrina del TJUE, la Sala 4ª entiende que de la evaluación de riesgos se deduce que existen circunstancias que tiene especial repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia, como por ejemplo, el riesgo por contacto con fluidos humanos diversos, de forma que la parte que niega la existencia de dicho riesgo durante la lactancia ha de desarrollar actividad probatoria en contrario para que se pueda denegar la prestación. En definitiva, considera la sentencia que la falta de precisa evaluación de riesgos específicos para la lactancia, no puede, por sí misma, privar a la trabajadora de la prestación cuando de dicha evaluación se puede deducir la existencia de riesgos para la lactancia. Añade, en relación con el sistema de trabajo a turnos y nocturno, considera la Sala que ello, en sí mismo, no supone un riesgo para la lactancia, aunque podría serlo en los supuestos en que no es posible garantizar la extracción de leche y su conservación, sin que además pueda *“desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento”*. Igual solución se alcanza en la STS de 11 de julio de 2018 (Rec. 396/2017), y **STS de 24 de enero de 2019 (Rec. 4164/2017) [ECLI:ES:TS:2019:447]** respecto de otra ATS/DUE, y a idéntica conclusión se llega en la **STS de 24 de enero de 2019 (Rec. 2037/2017) [ECLI:ES:TS:2019:445]**, respecto de una conductora de camión de recogida de residuos sólidos, con turnicidad y nocturnidad, a la que se le denegó la prestación a pesar de que la empresa reconocía que existía riesgo pero no se concretaba cuál en concreto y en relación con la lactancia. Estas dos últimas sentencias hacen referencia a la STJUE 19-09-2018 (C-41/2017, asunto González Castro), que consideró discriminación por razón de sexo la inexistencia de una evaluación de riesgos del puesto

de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. Dicha doctrina se reitera en **SSTS de 6 de febrero de 2019 (Rec. 4016/2017) [ECLI:ES:TS:2019:871]** y **26 de marzo de 2019 (Rec. 2170/2018) [ECLI:ES:TS:2019:1366]**.

Por su parte, ante la cuestión de si por el mero hecho de solicitar la prestación de riesgo por embarazo acompañada del certificado correspondiente ya se presume que la solicitante estaba llevando a cabo la lactancia natural con su hijo, o por el contrario ello debe ser probado con posterioridad a la emisión del citado certificado, la **STS de 24 de abril de 2019 (Rec. 763/2019)**, casa y anula la sentencia de suplicación que confirmando la de instancia desestimó la demanda presentada por la actora sobre reconocimiento del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, y reconoce el derecho, por entender que lo que se protege con la prestación es el periodo de suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de la imposibilidad técnica o inexigibilidad del traslado del puesto de trabajo de la trabajadora en situación de lactancia natural, por cuanto el puesto ocupado habitualmente suponía un riesgo para su salud o la del lactante, lo que se deberá acreditar por el informe médico correspondiente, sin que se deba acreditar que la trabajadora siga con la lactancia natural, ya que al regularse la extinción de la prestación, no aparece como causa el abandono de la lactancia natural o su sustitución por cualquier otro tipo de alimentación, circunstancias que, en todo caso, deberán ser probadas por quien las alegue.

# III. DERECHO PROCESAL LABORAL

## 1. Competencia de la jurisdicción social

### 1.1. Competencia material

El más novedoso pronunciamiento en este período radica en la **STS Pleno de la Sala de 11/06/2019 rco 132/2018**, en un supuesto de conflicto colectivo, que concluye la competencia del orden social para el enjuiciamiento de la pretensión deducida como consecuencia de la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Social de 2011, a propósito de la interpretación e impugnación de una base de la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en la categoría de Auxiliar de Enfermería de la Administración del Principado de Asturias en relación con el Convenio Colectivo, e interpretación del requisito de titulación equivalente. Se confirma la sentencia impugnada, previamente señalada su congruencia. Y se rectifica de modo expreso la doctrina tradicional elaborada a partir de la LPL, a cuyo respecto hay que señalar que la Sala extiende de modo explícito su propia competencia a los actos previos o preparatorios de la existencia de relación laboral y además en el caso de una convocatoria general o abierta sin destinatarios concretos aun conocidos intervinientes.

#### 1.1.1. Determinación casuística del ámbito competencial del orden social.

##### A) La jurisdicción social es competente para resolver sobre:

- La ejecución de créditos laborales reconocidos por sentencia, cuando la empresa deudora se encuentra en concurso de acreedores y, en su seno, ya se ha aprobado el convenio de acreedores (**STS 17-4-2018, Rc 934/2016 ECLI:ES:TS:2018:1772**)
- Las demandas de despido de liberados sindicales que no han prestado servicios durante toda su vida laboral, en virtud de los acuerdos alcanzados por el sindicato en cuestión con la empresa (**STS 12-04-18 Rc 119/2016 ECLI:ES:TS:2018:1776**).
- La reclamación de cantidad planteada por los trabajadores despedidos en el seno de un proceso concursal, en reclamación del pago de la parte no satisfecha de sus indemnizaciones, frente a la empresa concursada y frente a una sociedad no concursada y sus administradores, partiendo de la base de que constituyen un grupo de empresas (**STS 6-6-18 Rc 372/2016 ECLI:ES:TS:2018:2258**)

- La reclamación de una mejora de las prestaciones de la Seguridad Social prevista en un acuerdo firmado por una Administración Pública que afecta al personal laboral y funcionario, y que se formula a título individual por un funcionario (un agente del cuerpo de policía local) integrado en el Régimen General de la Seguridad Social (**STS Pleno 4-10-18 Rc 3882/2016** ECLI:ES:TS:2018:3859).
- La demanda por acoso laboral presentada por una funcionaria de un Ayuntamiento, pidiendo el fin de esa conducta y la reparación de los daños materiales y morales causados por la misma, porque la jurisdicción social sigue teniendo competencia plena para conocer de las demandas planteadas por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a la Administración, de acuerdo con el art. 2.e) LRJS (**STS 11-10-18 Rc 2605/2016** ECLI:ES:TS:2018:3841).
- La reclamación del pago de intereses al FOGASA por demora en las prestaciones (**STS 9-10-18 Rc 1215/2016** ECLI:ES:TS:2018:3938 ).
- La impugnación de los actos de las Administraciones públicas dictados en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social previstos en la LRJS art. 2.s), siempre que no se trate de uno de los supuestos excluidos por el art. 3.f) de la misma ley (**STS 20-11-18 Rec. 2/2018** ECLI:ES:TS:2018:4241).
- La reclamación del pago de intereses al FOGASA por demora en las prestaciones (**STS 13-2-19 Rc 715/2017** ECLI:ES:TS:2019:695)
- La reclamación de cantidad en concepto de indemnización por extinción de los contratos de trabajo acordada por auto del Juez del concurso, cuando en la misma se interesa que se consideren nulos determinados acuerdos aprobados en el citado auto, teniendo en cuenta que en el seno del concurso recayó sentencia aprobando el convenio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.a) LRJS (**STS 9-1-19 Rc 2738/2016** ECLI:ES:TS:2019:460).
- La reclamación de cantidad en concepto de salarios e indemnización por despido colectivo planteada frente a un grupo de empresas patológico, en el que solo la empresa formal de los trabajadores tiene la condición de concursada (**STS 9-1-18 Rc 3893/2016** ECLI:ES:TS:2019:1588).
- La existencia de sucesión de empresa cuando los bienes de la concursada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso, aunque ello se suscite en ejecución de sentencia (**STS 23-1-19 Rc 1690/2017** ECLI:ES:TS:2019:418 que reitera la doctrina de la Sala).
- La ejecución definitiva de sentencia frente a empresa concursada cuando ya ha sido aprobado el convenio de acreedores (**STS 31-1-19 Rc 1141/2017** ECLI:ES:TS:2019:416, que sigue la doctrina de la Sala de Conflictos).
- La acción de reintegro ejercitada por una Mutua del capital coste de la prestación por IPT constituido en concepto de anticipo, tras la declaración de responsabilidad empresarial por falta de alta (**TS 9-4-2019 Rc 2150/2017** ECLI:ES:TS:2019:1610).

## **B) La jurisdicción social no es competente para resolver**

- El cese de un funcionario interino del Ayuntamiento de Madrid tras la cobertura reglamentaria de su plaza, porque no se trata de una relación laboral, sino funcional (**STS 9-5-18 Rc 1537/2016** ECLI:ES:TS:2018:1860, que reitera doctrina).

- La impugnación de una disposición de carácter general emanada de una Administración Pública, porque estamos ante un supuesto excluido por el art. 3.a) la LRJS y no ante el previsto en el art. 2.n) de la misma ley (**STS 6-11-18 Rc 222/2017**).
- La reclamación de subvenciones públicas planteada por un sindicato (**SSTS 19-7-18 Rec 1140/2017 ECLI:ES:TS:2018:3131, 27-11-18 Rc 1048/2017 ECLI:ES:TS:2018:4362 y 4-12-18 Rc 3559/2016 ECLI:ES:TS:2018:4445**) que reiteran doctrina).
- La demanda de tutela de derechos fundamentales por acoso de quien ostenta la condición de personal estatutario, frente a la administración empleadora (**STS 17-5-18 Rc 3598/2016 ECLI:ES:TS:2018:2132**).
- La declaración sobre la necesidad de los bienes embargados por el Juzgado de lo Social para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada (**STS 18-12-18 Rc 2279/2017 ECLI:ES:TS:2018:4514**).

## 1.2. Competencia objetiva

- Corresponde al Juzgado de lo Social conocer de la impugnación de una resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, por la que se convoca procedimiento de adjudicación de vacantes para profesores de religión para el curso 2017-2018, porque dicha resolución no fue dictada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, sino por un organismo público de inferior jerarquía administrativa, de acuerdo con art. 7.b LRJS (**STS 20-3-19 Rec. 247/2017 ECLI:ES:TS:2019:1283**).
- Igualmente corresponde al Juzgado de lo Social conocer de la demanda de impugnación de despido que examina la **STS de Pleno 22-11-18 (Rec. 67/2018 ECLI:ES:TS:2018:4309)**, porque el despido no es colectivo sino plural y, por tanto, no cabe el ejercicio de la acción de art. 124 LRJS, con lo que los representantes unitarios de los trabajadores carecen de acción y de legitimación activa para interponer la demanda colectiva con esos presupuestos.
- Corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia conocer de la demanda de conflicto colectivo planteada por un sindicato, en impugnación de una modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo que afecta a los centros de diversas localidades, todas ellas sitas en la Comunidad Autónoma de Galicia, porque el ámbito del conflicto desborda el ámbito territorial de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no supera el de la Comunidad Autónoma (**STS 3-4-2019 Rc 36/2018 ECLI:ES:TS:2019:1547**).
- También corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Madrid conocer de la demanda de impugnación de un despido colectivo, al superar los umbrales previstos en el art. 51 ET (**STS 4-4-19 Rc 165/2018 ECLI:ES:TS:2019:1574**).
- Corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocer en la instancia de la demanda de conflicto colectivo planteada por trabajadores pertenecientes a centros de trabajo ubicados en distintas comunidades autónomas, porque como señala la **TS 15-6-18 (Rc 132/2017 ECLI:ES:TS:2018:2594)**, el conflicto extiende sus efectos a un ámbito superior al de una comunidad autónoma, de acuerdo con art. 8.1 LRJS.
- Corresponde a la Sala IV del Tribunal Supremo conocer de la impugnación de una sanción impuesta por el Consejo de Ministros a la empresa demandante,

como consecuencia de un acta de infracción levantada por actuaciones irregulares en el marco de la formación bonificada, tipificada como infracción muy grave por la LISOS art. 23.1.f), de acuerdo con lo dispuesto en la LRJS art. 9 (**STS 6-3-19 Rec. 1/2017** ECLI:ES:TS:2018:1198).

### **1.3. Competencia internacional**

- Los Tribunales españoles son competentes para conocer de la demanda de despido de un trabajador contratado por Ryanair en calidad de tripulante de cabina de pasajeros, en virtud de contrato de trabajo celebrado en Dublín, en el que se señala que el trabajador tendría su base principalmente en un aeropuerto español, habiendo prestado servicios durante toda la vigencia del contrato con esa base territorial, al ser los vuelos que realizaba con origen y destino en el lugar referido de esa población (**STS 24-1-19 Rc 3450/2015** ECLI:ES:TS:2019:562).

## **2. Proceso ordinario**

### **2.1. La demanda**

#### **2.1.1. Incomparecencia al acto judicial y desistimiento de la demanda**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 83.1 LRJS, y arts. 183.1 y 188.6 LEC, en caso de coincidencia de señalamientos y, conforme a las preferencias legalmente reguladas, el órgano judicial que corresponda está obligado a suspender el acto judicial del que se trate y acordar una nueva fecha para su celebración, a fin de garantizar una completa protección del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Pero para ello se requiere que el Letrado así lo notifique en tiempo y forma al Juzgado, pudiendo desprenderse gravosas consecuencias jurídicas en caso contrario, como sucede en la **STS 31-1-19 (Rec. 868/2017** ECLI:ES:TS:2019:442).

#### **2.1.2. Variación sustancial de la demanda**

Se aprecia dicho defecto procesal y se declara la nulidad de actuaciones en la **STS 27-3-19 (Rc 1504/2017** ECLI:ES:TS:2019:1548), porque el escrito de ampliación añadía a los hechos de la demanda el texto de una conversación que tuvo lugar antes del cese y que sirvió de base para alegar por primera vez vulneración de derecho fundamental por discriminación política y solicitar la calificación de nulidad y una indemnización por daños.

#### **2.1.3. Litisconsorcio pasivo necesario**

No se aprecia la indebida constitución de la relación jurídica procesal por no haber sido demandados ni los miembros del comité de empresa, ni el propio sindicato, porque el delegado sindical no tiene reconocidos los derechos de la LOLS, y su asistencia a las reuniones del comité de empresa en materia de seguridad e higiene, es en calidad de mero espectador, ya que no tiene voz ni voto, de modo que ni unos y el otro pueden resultar afectados en sus derechos e intereses por el proceso judicial seguido (**STS 6-2-19 Rc 224/2017** ECLI:ES:TS:2019:615).

## **2.2. La sentencia**

### **2.2.1. Exigencia de congruencia**

La Sala se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre los diversos tipos de incongruencia, pudiendo mencionar entre ellas las **SSTS 16-4-18 (Rc 303/2017 ECLI:ES:TS:2018:1699)** y **18-10-18 (Rc 66/2017 ECLI:ES:TS:2018:3940)**, sobre incongruencia omisiva; la **STS 29-6-18 (Rc 2476/2016 ECLI:ES:TS:2018:3461)** sobre incongruencia extrapetita; y la **STS 23-1-19 (Rc 3193/2016 ECLI:ES:TS:2019:441)** sobre incongruencia interna.

### **2.2.2. Nulidad de actuaciones por otras infracciones procesales causantes de indefensión**

- La **STS 10-7-18 (Rc 701/2017 ECLI:ES:TS:2018:3298)** declara la nulidad de la sentencia recurrida porque no se dio conocimiento y traslado del recurso de suplicación a la empresa que quedó absuelta en la instancia y fue condenada a suplicación, sin haber tenido ocasión de impugnar el recurso estimado en ese segundo grado, infringiendo con ello lo dispuesto en arts. 53.1 y 54.1 LRJS, y singularmente el art. 197.1 de la misma Ley que impone el traslado del recurso de suplicación para su eventual impugnación por las recurridas.

- Por su parte, la **STS 10-10-18 (Rc 45/2017 ECLI:ES:TS:2018:3849)** declara la nulidad de la sentencia impugnada porque se sustenta en la consideración de un hecho incontrovertido, que en realidad fue negado expresamente por una de las partes y constituía el núcleo de su oposición a la demanda, no haciendo referencia, además, a la prueba que le llevó a mantener tal afirmación.

### **2.2.3. Cosa juzgada negativa o excluyente**

#### **2.2.3.1. Primacía del derecho de igualdad**

La cosa juzgada debe ceder cuando colisiona con el derecho de igualdad de trato del art. 14 CE, tal como ha resuelto la Sala en diversas ocasiones en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 307/2006, según la **STS 18-5-18 Rc 3552/2016 ECLI:ES:TS:2018:2262**).

#### **2.2.3.2. Otros supuestos concretos**

Resuelven sobre la cosa juzgada negativa del art. 222.1 LEC la **STS 22-2-19 (Rec. 226/2017 ECLI:ES:TS:2019:693)**, que rechaza la excepción porque la cosa juzgada sólo es predicable de las sentencias y no de los acuerdos alcanzados en conciliación judicial (en procedimiento de impugnación de convenio colectivo), que tienen la eficacia de un convenio colectivo; y la **STS 13-2-19 (Rc 240/2017 ECLI:ES:TS:2019:706)**, que también la descarta al no concurrir las identidades subjetivas y objetivas que requiere el art. 222 de la LEC.

### **2.3.2. Cosa juzgada positiva**

#### **2.3.2.1. Preferencia de la cosa juzgada colectiva frente a la individual en caso de conflicto**

Las **SSTS Pleno 19-7-18 (Rc 903/2017 ECLI:ES:TS:2018:3214)** y **20-7-18 (Rc 2335/2017 ECLI:ES:TS:2018:3206)** señalan que, con arreglo a un criterio

jurisprudencial asentado desde antiguo, en caso de conflicto debe prevalecer la cosa juzgada colectiva frente a la individual, tal como se deduce de la antigua LPL (art 157.3) y de la vigente LRJS (art. 160.5), por la preeminencia en el Derecho del Trabajo del interés colectivo frente al individual, así como por la aplicación del principio de igualdad del art. 14 CE.

### **2.3.2.2. Otros supuestos concretos**

Aprecia la cosa juzgada positiva del art. 222.4 LEC la **STS Pleno de 27-2-19 (Rec. 3597/2017 ECLI:ES:TS:2019:984)**, en el caso de reclamación por el FOGASA de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, cuando hay una sentencia firme que declara el derecho a las mismas reconocido previamente por el citado organismo en virtud de silencio positivo. Igualmente, entre otras, la **STS 25-4-18 (R. 711/2016 ECLI:ES:TS:2018:1992)**, que lo hace de oficio en un caso de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, fijado en vía administrativa y confirmado en instancia y en suplicación, ante la existencia de una sentencia posterior y firme del orden social aportada durante la sustanciación del recurso de casación para la unificación de doctrina al amparo de art. 233.1 LRJS, en la que se anulaba la sanción impuesta a la empresa en materia de prevención de riesgos laborales por deberse el accidente a imprudencia temeraria del trabajador. En el mismo sentido, la **STS 29-5-18 (Rc 2333/2016 ECLI:ES:TS:2018:2345)**, que la aprecia de oficio porque el derecho reclamado por los delegados de prevención de riesgos laborales del centro de control aéreo de ENAIRE en el aeropuerto de Gran Canaria, de garantía de crédito horario para el desempeño de sus funciones, había sido reconocido con carácter firme en proceso anterior entre las mismas partes. (Ver conflicto colectivo)

### **2.3.3. Cosa juzgada y litispendencia**

La **TS 9-10-18 (Rc 248/2016 ECLI:ES:TS:2018:3846)** aprecia ambas excepciones en su supuesto de impugnación de convenio colectivo por ilegalidad, por cuanto en dos procedimientos anteriores se había solicitado la nulidad de los mismos preceptos convencionales objeto del litigio, sin que a ello obste el hecho de que el sindicato demandante hubiera invocado argumentos jurídicos distintos a los que se hicieron valer en los anteriores litigios, pues como dispone la LEC art. 400.2 el efecto de cosa juzgada alcanza a los que pudieran haberse esgrimido en el proceso precedente. Por otra parte, si durante la tramitación del proceso en el que se hace valer la excepción de litispendencia recayera sentencia firme que pusiera fin al proceso anterior, dicha excepción se transformaría en la de cosa juzgada, de forma que la Sala que tuviera que conocer del recurso podría, de oficio, analizar si concurre la misma, como advierte la **STS 29-1-18 (Rec. 33/2017 ECLI:ES:TS:2019:429)**.

## **3. Modalidades procesales**

### **3.1. Proceso de despido**

#### **3.1.1. Ámbito de aplicación: adecuación/inadecuación de procedimiento**

La Sala Cuarta ya ha señalado en numerosas ocasiones los criterios para la determinación del procedimiento aplicable para resolver los problemas relacionados con posibles impagos de cantidades o diferencias relacionadas

con la indemnización por despido, en el sentido de que el proceso ordinario es el adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o basada en unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes. Pero si lo que se cuestiona es la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma, o la propia naturaleza de la indemnización debida, el único procedimiento adecuado es el de despido. La **STS 30-11-18 (Rec. 215/2017 ECLI:ES:TS:2018:4434)** aplica dicha doctrina y declara inadecuado el procedimiento ordinario para la reclamación de diferencias de indemnización derivadas de la falta de inclusión en el salario regulador de determinados conceptos (ayuda por vivienda y plus de expatriación), cuya naturaleza salarial negaba la empresa, en un supuesto de despido objetivo derivado de despido colectivo. Igualmente, la **TS 23-1-19 (Rec. 145/2017 ECLI:ES:TS:2019:365)** declara que el procedimiento ordinario no es el adecuado para reclamar diferencias indemnizatorias por despido individual derivado de despido colectivo, por determinados conceptos salariales (antigüedad), haciendo suya la fundamentación jurídica de la TS de Pleno 2-12-16 Rec. 431/14.

Sin embargo, según la **TS 15-1-19 (Rec. 3984/2016 ECLI:ES:TS:2019:369)**, el procedimiento ordinario sí es el adecuado para reclamar a la empresa el pago de las horas fijadas en un contrato de trabajo fijo discontinuo que, a criterio de los trabajadores, se encuentran garantizadas por el convenio colectivo y no han llegado a realizarse en su totalidad durante la temporada correspondiente a una determinada anualidad; y que, en consecuencia, no es adecuado para ello el procedimiento de despido, que sólo debe activarse cuando el incumplimiento que se imputa a la empresa consista en la falta de llamamiento, en el orden y en la forma que determine el convenio colectivo. Por esa razón, la **TS 28-6-18 (Rec 159/2017 ECLI:ES:TS:2018:3046)** aprecia la inadecuación del procedimiento ordinario, pues la actora ejercitó la acción de extinción del contrato del art. 50 ET por falta de ocupación efectiva, en lugar de impugnar el despido que es lo que corresponde por la falta de llamamiento de la trabajadora fija discontinua.

### **3.1.2. La sentencia de despido**

Según la **STS 14-2-18 (Rec. 1782/2017)** no es necesario que el ejercicio anticipado de la opción a que se refiere el art. 110.1.a) LRJS figure en el relato fáctico de la sentencia de despido para que sea efectivo, porque se trata de un acto jurídico de parte con incidencia en el proceso, que puede producirse durante el juicio (como sucede, por ejemplo, con la alegación de excepciones), si bien el juez debe hacer referencia en la sentencia al mismo y determinar motivadamente su trascendencia. Supuesto distinto es el contemplado en el art. 110.1.b) LRJS, para el caso de que sea la parte demandante (trabajador no titular del derecho a la opción) la que solicite expresamente en el propio acto del juicio que se acuerde, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización, pues para ello la LRJS exige que conste un “hecho” concreto, los datos fácticos de los que se deduzca que no será posible la readmisión (“*si constare no ser realizable la readmisión...*”), por analogía ex art. 286 LRJS sobre imposibilidad de readmitir al trabajador en ejecución definitiva de sentencia de despido. En tal caso la sentencia señala que deberán constar en los hechos

probados de la sentencia los datos facticos de los que se pueda inferir tal imposibilidad de readmisión, y tal hecho podrá ser combatido en el recurso procedente contra la sentencia en la misma forma en que se impugnan los demás hechos declarados probados.

### **3.2. Impugnación de despido colectivo**

#### **3.2.1. Acumulación indebida de acciones de despido y de sucesión de empresa basada en hechos posteriores al despido**

La **TS (Pleno) 2-10-18 (Rec 155/17 ECLI:ES:TS:2019:724)** reitera la doctrina de la Sala al apreciar la acumulación indebida de acciones de impugnación de despido colectivo y de declaración de sucesión de empresa de acuerdo con el art. 26.1 LRJS, porque se solicitaba que el citado despido fuera declarado nulo o no ajustado a derecho ante la inexistencia de la causa alegada para justificarlo, por haberse producido la referida sucesión con el ayuntamiento demandado. La sentencia señala que la sucesión de empresa no puede considerarse una cuestión prejudicial - como se hizo en la sentencia de instancia -, sino una verdadera acción acumulada a la impugnación del despido que, por su objeto limitado, sólo puede basarse en los cuatro motivos de impugnación que indica el art. 124.2 LRJS, del mismo modo que el fallo de la sentencia se debe limitar a calificar la decisión extintiva, tal como señala ese precepto en su número 11.

#### **3.2.2. Legitimación pasiva de la empresa matriz**

Puede demandarse a la empresa matriz en procedimiento de impugnación de despido colectivo, y tiene esta, por tanto, legitimación pasiva, aunque no hubiera sido llamada a participar en el periodo de consultas, porque según el art. 51.2 ET las negociaciones deben seguirse entre la empresa (la empleadora real) y los representantes de los trabajadores, pero es la empresa promotora del despido colectivo quien fija los términos de la negociación, lo que supone que es ella quien determina quién es la empleadora real y la que viene obligada a actuar como tal; y la parte social puede o no pedir la documentación acreditativa de la situación de otras empresas del grupo, pero su inactividad no le va a impedir demandarlas para la correcta constitución de la relación jurídico-procesal y evitar que se le oponga la excepción de litis consorcio pasivo necesario, tal como indica la **TS de Pleno 17-1-19 (Rec. 156/2018 ECLI:ES:TS:2019:571)**, con cita de TS 25-5- 2015 R. 257/14.

### **3.3. Procesos de Seguridad Social. Revisión de actos declarativos de derechos**

La Seguridad Social no puede revocar unilateralmente la resolución que sustituye el complemento del 50% de pensión de gran invalidez por el ingreso en residencia especializada, si no concurre novedad sobrevenida -normativa o fáctica- que lo justifique, de acuerdo con el art. 146.1 y 2 LRJS, tal como señala la **STS 21-6-2018 (Rec 59/2017 ECLI:ES:TS:2018:2907)**. Por otra parte la entidad gestora de la prestación por desempleo (SPEE) puede solicitar la revisión de la prestación por desempleo acudiendo a los Tribunales por la vía del citado art. 146.1 LRJS, sin sujetarse al plazo de 1 año desde que se hubiera dictado la resolución reconociendo el derecho, cuando se trate de un acto declarativo de derechos no susceptible de autotutela, como sucede en el caso

resuelto por la **TS 6-6-18 (Rec 3045/2016 ECLI:ES:TS:2018:2347)** con cita de la TS 10-10-17 Rec 4076/16.

### **3.4. Procedimiento de oficio. Legitimación activa: la TGSS constituye “autoridad laboral” legitimada para las infracciones de Seguridad Social**

Las **SSTS 16-5-18 (Rec 3976/2016 ECLI:ES:TS:2018:2136)**, **28-6-18 (Rec 3713/2016)**, **11-7-18 (Rec 3910/2016)** y **23-1-19 (Rec. 4128/2016 ECLI:ES:TS:2019:373)** reiteran la doctrina de la Sala con arreglo a la cual la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) está legitimada para iniciar el proceso de oficio de la LRJS artículo 148 d) en las infracciones en materia de Seguridad Social, porque es a dicho servicio común al que corresponde la potestad sancionadora en virtud de lo previsto en el Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de las sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo, art. 4.1 a) 1º, en relación con la LISOS arts. 22.2 y 23.1 b).

### **3.5. Procedimiento de impugnación de actos administrativos. Suspensión del procedimiento administrativo sancionador mientras se tramita el penal (principio *non bis in idem*)**

En el caso resuelto por la **TS 6-3-19 (Rec 3648/2016 ECLI:ES:TS:2019:1141)** se trataba de determinar los efectos que se producen en la tramitación de un expediente sancionador por falta de medidas de seguridad en el trabajo, cuando por los mismos hechos se siguen actuaciones penales. La sentencia reitera la doctrina de la Sala en el sentido de que el principio de supremacía del orden penal se basa en la imposibilidad de imponer una doble sanción por los mismos hechos, y que la articulación del principio *non bis in idem* no sólo va ordenada a impedir el resultado de la doble incriminación y castigo a un mismo sujeto por unos mismos hechos, sino también a evitar que se dicten resoluciones (judiciales y administrativas) contradictorias como consecuencia de la sustanciación simultánea o sucesiva de dos procedimientos –penal y administrativo- atribuidos a autoridades de diferente orden. A ese fin responde lo previsto en la LISOS art. 3.2, que no requiere la triple identidad (sujetos, hecho y fundamento) para que la suspensión se produzca, sino que como se desprende del inciso final del nº 4 de ese artículo, basta con que exista una conexión directa entre las actuaciones administrativas y las penales que tienen preferencia y obligan a suspender el procedimiento administrativo en esos casos.

### **3.6. Proceso de conflicto colectivo**

#### **3.6.1. Ámbito de aplicación**

##### **3.6.1.1 Doctrina general**

- La **STS 18-12-18 (Rec. 225/2017 ECLI:ES:TS:2018:4547)** recuerda que el objeto de los procesos de conflicto colectivo viene determinado por la concurrencia de tres requisitos acumulativos: en primer lugar, debe tratarse de un conflicto de alcance colectivo, el cual viene a su vez determinado por la presencia de un doble elemento: en primer lugar el elemento subjetivo, referido

al grupo afectado por la controversia -"afección indiferenciada de trabajadores"- , y el elemento objetivo, relativo al interés debatido -"de carácter colectivo, general"; y en segundo lugar, enfocada la pretensión desde un punto de vista material, resulta necesario que el litigio verse sobre un conflicto jurídico -"carácter jurídico del mismo, diferenciándose así del conflicto de intereses"-. Por último, se exige la presencia de una situación conflictiva real -"existencia de un conflicto real actual entre las partes".

#### **3.6.1.2. Conflicto real y actual**

En lo tocante a este requisito, la referida **STS 18-12-18 (Rec. 225/2017 ECLI:ES:TS:2018:4547)** aprecia la existencia de acción, porque se impugna la decisión empresarial de desconocer el mandato del convenio sectorial de respetar las garantías de los trabajadores afectados por la subrogación en lo referido a la fijación y disfrute de las vacaciones, y de aplicar en esta materia las condiciones establecidas por el convenio de empresa que rige en la misma.

#### **3.6.1.3. Conflicto jurídico**

La **STS 6-3-19 (Rec. 65/2018 ECLI:ES:TS:2019:1051 )** no aprecia el carácter jurídico del conflicto que examina, porque la demanda planteada solicitaba un incremento salarial del 1% para todos los trabajadores incluidos en el convenio colectivo de SISCAT, con amparo en el art. 19 LPGE para el año 2016, que no fija una concreta y específica subida de las retribuciones, que es lo que la parte demandante pretende al querer que por vía judicial se decida el concreto importe de subida salarial y, por ende, cómo han de ser las cosas, lo que coloca la pretensión en un conflicto de intereses o económico.

#### **3.6.1.4. Adecuación/inadecuación de procedimiento**

##### **El procedimiento de conflicto colectivo es adecuado para**

- Tramitar una demanda de impugnación de modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, aunque no pueda identificarse como tal, si pese a ello concurren los requisitos para que pueda ser considerado el conflicto colectivo, lo que sucede en el caso de la **TS 21-3-19 (Rec 243/2017 ECLI:ES:TS:2019:1286)**. A estos efectos resulta interesante la **STS 17/04/2018 (R. 345/2016 ECLI:ES:TS:2018:1700)** que lleva a cabo la diferenciación entre modificaciones sustanciales colectivas e individuales a efectos de determinar si el procedimiento de conflicto colectivo es el adecuado para conocer de la demanda en ese caso planteada, en impugnación de una modificación sustancial que afectaba a 6 trabajadores de un centro de trabajo de la empresa demandada. Según la sentencia el art. 41.2 ET, en su redacción actual dada por RDL 3/2012, es claro al respecto, por cuanto de su dicción literal se deduce que la diferencia entre una y otra estriba en el número de trabajadores afectados por la modificación, de acuerdo con la escala establecida y computados dentro del periodo de 90 días a que hace referencia dicho precepto. Por lo que al afectar, en el caso enjuiciado, la modificación sustancial únicamente a 6 trabajadores, es claro que debe calificarse como modificación individual, no siendo por ello el cauce de conflicto colectivo el adecuado para ejercitar la pretensión, de acuerdo con el art. 138 LRJS.

- Declarar que la categoría de gestor debe asignarse a aquellos trabajadores que, siendo teleoperadores especialistas, realicen las funciones de gestor en la

empresa demandada, porque con ello no se incide en las particularidades de cada uno de los trabajadores afectados, “sino que se formula la imperatividad de la adecuada clasificación profesional de modo genérico y en atención a los parámetros sobre los que se asientan los elementos comunes del grupo de trabajadores afectado, según la **STS 16-5-18 (Rec 3370/2016 ECLI:ES:TS:2018:2247)**.

- Canalizar la solicitud de los trabajadores de Estructura de Dirección (compuesta por las categorías de Director, Subdirector, Gerente de Área, Gerente, Jefe de Área y Jefe) de que se aplique en el complemento *ad personam* el mismo incremento del 1%, aplicado en los demás conceptos de naturaleza salarial que ingresa el personal de dirección, según la **STS 6-3-19 (Rec. 90/2018 ECLI:ES:TS:2019:1049)**.

- Determinar si el personal de Estructura de Dirección que no ostenta la condición de personal de alta dirección de Renfe Operadora tiene derecho al régimen de jornada, vacaciones y permisos contemplado en el Capítulo V del Título III del EBEP y la DA 3ª RDL 10/2015, según la **STS 13-2-19 (Rec 240/2017 ECLI:ES:TS:2019:706)**.

- Resolver sobre la pretensión de interpretación del tope máximo de jornada establecido en el convenio colectivo, cuando se llevan a cabo trabajos en otras empresas por desplazamiento de los trabajadores, de acuerdo con la **STS 16-10-18 (Rec 229/2017 ECLI:ES:TS:2018:3928)**.

### **El procedimiento de conflicto colectivo no es adecuado para**

- Impugnar un traslado que no es colectivo del ET art. 40.2, atendiendo al cómputo de los desplazamientos y traslados producidos en la **STS 6-2-19 (Rec. 241/2017 ECLI:ES:TS:2019:605)**.

- La impugnación por un sindicato de una convocatoria para la cobertura temporal de puestos operativos en una sociedad estatal (Correos), cuando la demanda ha sido presentada tras la publicación de la lista provisional de admitidos e inadmitidos, así como de la valoración provisional de sus méritos, de acuerdo con la **STS 6-3-19 (Rec 152/2018 ECLI:ES:TS:2019:888)**, que reitera doctrina.

- Resolver un conflicto de intereses, que es la conclusión a la que llega la **STS 19-9-18 (Rec 246/2017 ECLI:ES:TS:2018:3459)**, porque eso es lo que constituye la pretensión de la demanda de que la composición de la Coordinadora Sindical Estatal pactada en convenio colectivo, se realice de manera proporcional a la representación de los sindicatos, sin que sea necesario acreditar el 10% de la representación en la totalidad de las empresas del grupo, en contra de lo establecido en el convenio colectivo.

- Para resolver el conflicto de un grupo no homogéneo de trabajadores, como sucede en el caso resuelto por la **STS 15-11-18 (Rec 181/2017 ECLI:ES:TS:2018:4115)** en el que se reclamaba el derecho a percibir las cantidades salariales por diversos conceptos, siendo una parte de los afectados por el conflicto trabajadores que accedieron a la demandada por sucesión de empresa, mientras que la otra lo hizo por sendos pactos individuales de subrogación.

### **3.6.2. Legitimación activa**

#### **3.6.2.1. Legitimación del sindicato**

La **STS 3-4-19 (Rec 36/2018 ECLI:ES:TS:2019:1547)** confirma la legitimación del sindicato CIG para plantear demanda de conflicto colectivo cuyo ámbito no excede de la Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con el art. 154 a) LRJS.

### **3.6.2.2. Legitimación de los órganos de representación legal**

No está legitimado para plantear demanda de conflicto colectivo el comité de empresa de un centro de trabajo (Ferrol), cuando existen otros centros que pueden verse afectados y que tienen su propio comité (Cartagena y San Fernando), según la **STS 25-10-18 (Rec 190/2017 ECLI:ES:TS:2018:3844)**, porque no existe la necesaria correspondencia entre la representatividad del accionante y los afectados por el conflicto y la resolución que se pueda dictar, con lo que reitera la doctrina de la Sala.

### **3.6.2.3. Legitimación de la empresa**

- La **STS 29-11-18 (Rec 207/2017 ECLI:ES:TS:2018:4417)** aprecia la legitimación de la empresa para plantear demanda de conflicto colectivo, en solicitud de la declaración de adecuación a derecho de una modificación sustancial decidida sin acuerdo y con la oposición del comité de empresa, porque a diferencia de lo sucedido en la TS 2-7-18, en este caso existe un conflicto entre la empresa y la parte social (sindicato y comité de empresa), que puede calificarse de real y actual, al generar conflictividad laboral las medidas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afectan a un colectivo de trabajadores que el referido sindicato tutela, de acuerdo con los arts. 154.c) en relación con el art. 153.1 LRJS.

- No la tiene la empresa demandada (ADIF) porque la sentencia de instancia desestimó la demanda de conflicto colectivo planteada por el sindicato SCF, en solicitud de que dicha entidad pública “procediera a habilitar los ordenadores y terminales del personal de circulación, al objeto de permitir el acceso directo a la información y comunicados de las organizaciones sindicales, así como el envío de información sindical a los representantes pertenecientes a tal personal”, sin que ADIF demuestre gravamen o perjuicio alguno, ni la concurrencia de interés directo o indirecto para recurrir (**STS 19-7-18 Rec 158/2017 ECLI:ES:TS:2018:3208**).

### **3.6.3. La demanda de conflicto colectivo**

La demanda colectiva debe contener “los requisitos generales” que el art. 80 LRJS requiere para cualquier demanda laboral y, además, los previstos en el art. 157 de dicha ley, entre los que se encuentra “la designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto”. Con esta exigencia se trata de concretar cuál es el grupo genérico de trabajadores afectado por el conflicto (ámbito subjetivo del conflicto) a fin de delimitar los sujetos a los que va a alcanzar la especial eficacia general que caracteriza a la sentencia colectiva. Pero, según la **STS 18-12-18 (Rec. 225/2017 ECLI:ES:TS:2018:4547)**, dicha exigencia no supone que se deba incluir la relación nominal de los sujetos afectados, porque eso sólo sería necesario en el caso de un conflicto plural; no de un conflicto colectivo.

### **3.6.4. La sentencia colectiva**

#### **3.6.4.1. Efectos retroactivos de la sentencia colectiva**

La **STS 17-5-18 (Rec 97/2017 ECLI:ES:TS:2018:2122 )** se apoya en la doctrina de la Sala para concluir que los efectos retroactivos de la sentencia declarativa de conflicto colectivo no quedan limitados por el cambio de jurisprudencia, ni afecta eso a la seguridad jurídica, porque la jurisprudencia no es una norma, y no le resulta de aplicación el canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes, y porque tampoco genera derechos adquiridos, aunque se haya mantenido de forma constante, de modo que el alcance temporal de la declaración del derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo ganado en virtud de sentencia firme, debe iniciarse en el año anterior a la presentación de la demanda, ya que aquella sentencia tiene ese efecto *ex tunc* que corresponde a las sentencias declarativas.

#### **3.6.4.2. Cosa juzgada positiva**

##### **3.6.4.2.1. Especialidad de la cosa juzgada de las sentencias colectivas**

La previsión contenida en el art. 160.5 LRJS constituye una regulación específica de la cosa juzgada positiva de art. 222.4 LEC para las sentencias colectivas que va destinada a “evitar la eventual dispersión de criterios judiciales a través de ese eficaz instrumento procesal, consecuencia por otra parte de la aplicación de elementales principios constitucionales como el de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”. En aplicación de esa doctrina, la **STS 25-10-18 (Rec 203/2017 ECLI:ES:TS:2018:3728 )** aprecia la cosa juzgada positiva en relación con la demanda de conflicto colectivo planteada para el reconocimiento de la condición de fijeza a los trabajadores de TRAGSATEC, al existir previa sentencia colectiva que los declaró indefinidos no fijos tras renunciar los sindicatos demandantes a la fijeza inicialmente solicitada en la demanda, pues la cosa juzgada alcanza no sólo a los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso previo, sino también a los que en él hubieran podido alegarse, de acuerdo con lo establecido en el art. 400 LEC. La **STS 22-3-19 (Rec. 880/2017 ECLI:ES:TS:2019:1465)** aprecia igualmente el efecto positivo de la cosa juzgada derivada de sentencia firme de conflicto colectivo que acoge la pretensión deducida por los trabajadores - relativa al derecho de los profesores de religión que imparten su docencia en centros públicos de educación no universitaria de la Comunidad de Castilla y León, al devengo y consiguiente abono del denominado complemento específico para la formación permanente (sexenio) - con anterioridad a la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en el proceso individual sobre la materia, más aún cuando la propia parte demandada ha reconocido en su escrito de impugnación del recurso el fallo alcanzado por dicha resolución.

##### **3.6.4.2.2. Primacía de la sentencia colectiva frente a la individual anterior en caso de conflicto.**

De acuerdo con la **STS 18-12-18 (Rec. 710/2017 ECLI:ES:TS:2018:4512 )** lo resuelto en una sentencia de conflicto colectivo no puede eludirse por el hecho de que con anterioridad se hubieran emitido otros pronunciamientos firmes dictados respecto de trabajadores que se anticiparon en la reclamación individual, porque lo resuelto en las sentencias colectivas tiene efectos de prejudicialidad normativa, extendiendo su aplicación a todos los afectados, con categoría de norma para todos ellos, con lo que reitera lo dicho en las SSTs 19-7-18 Rec. 903/17 y 20-7-18 Rec. 2335/17.

### **3.7. Impugnación de convenio colectivo**

#### **3.7.1. Ámbito de aplicación: Adecuación / inadecuación de procedimiento**

La **STS 28-11-18 (Rec 193/2015 ECLI:ES:TS:2018:4419)** declara adecuado el procedimiento de impugnación de convenio colectivo – y no el de conflicto colectivo alegado - para la declaración de la ilegalidad del art. 85 y de una parte de la Disposición Transitoria sexta del convenio colectivo CLH para los años 2010-2015 relativa al complemento de antigüedad, porque no se ejercita ningún tipo de pretensión declarativa sobre la interpretación del convenio, sino exclusivamente una acción de impugnación por ilegalidad de determinados preceptos del mismo, para lo que es cauce procesal adecuado la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos conforme dispone la LRJS art. 163.1º, que impone la tramitación por esta vía de las demandas en las que se impugnen los convenios por considerar que conculcan la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros.

#### **3.7.2. Plazo de ejercicio de la acción**

La impugnación de un convenio colectivo no está sujeta a plazo alguno, pudiendo llevarse a cabo durante toda su vigencia, tal como reitera la **STS 1-4-19 (Rec 34/2018 ECLI:ES:TS:2019:1549)**.

#### **3.7.3. Legitimación activa**

##### **3.7.3.1. Legitimación del sindicato**

No está legitimado para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad un sindicato (en el caso, Solidaridad Ferroviaria) que no tiene implantación en la empresa, al carecer de representantes en los órganos unitarios de representación de los trabajadores constituidos en la misma y no haber probado su índice de afiliación. La **TS 23-10-18 (Rec 131/2017 ECLI:ES:TS:2018:3843)** razona que para ostentar dicha legitimación se requiere que "exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito", para lo cual debe acreditar que tiene un interés legítimo por su implantación en el ámbito de aplicación del mismo.

##### **3.7.3.2. Legitimación de las asociaciones empresariales**

La **STS Pleno 4-3-18 (Rec 187/2017 ECLI:ES:TS:2019:990)** reconoce legitimación a la asociación empresarial recurrente (ASTRADIS) para la impugnación de un convenio colectivo (el Acuerdo Marco Estatal de transporte de viajeros por carretera) por ilegalidad, por considerar que se corresponde con uno de los sujetos previstos en el art. 165.1 LRJS. La sentencia señala que

además de representar un interés colectivo, es necesario que el sujeto tenga interés en la concreta pretensión, que es lo que sucede en el caso enjuiciado porque ASTRADIS acredita un interés legítimo y, por consiguiente, ostenta la condición de asociación empresarial interesada al estar sus representadas (las empresas integradas en la misma) incluidas en los ámbitos funcional y personal del convenio colectivo impugnado, y su pretensión se centra en la impugnación de los preceptos del referido Acuerdo Marco, referidos a la "sucesión convencional y la subrogación". Con voto particular.

### **3.7.3.3. Legitimación de la empresa**

Se reconoce dicha legitimación al presidente del Grupo Empresarial "Asociación General de Transportistas de Granada (AGT Granada), por venir facultado para ello en los estatutos de la asociación, según la **TS 1-4-19 (Rec 34/2018 ECLI:ES:TS:2019:1549)**.

### **3.8. Tutela de derechos fundamentales**

La **STS 9-5-19 (Rec 29/2018 ECLI:ES:TS:2019:1928)** llega a la conclusión de que la decisión de la Comisión Ejecutiva Federal de FITAG-UGT de disolución del Comité Regional de Aragón, por irregularidades contables y organizativas, con imposición de sanciones de expulsión del sindicato o inhabilitación por determinados periodos, no constituye una vulneración del derecho de libertad sindical, ni de los derechos de libertad de expresión e información, reunión, y del honor y a la propia imagen igualmente alegados, porque se trata de una cuestión interna a resolver conforme a los estatutos y normas congresuales, que resulta ajena a los derechos fundamentales que se dicen vulnerados y, en consecuencia, que el proceso de tutela no es el adecuado para la tramitación de la demanda planteada, dada la limitación del objeto de ese proceso contenida en el art. 178.1 LRJS.

## **4. Recurso de suplicación**

### **4.1. Sentencias recurribles en todo caso: Vulneración de derecho fundamental**

En este periodo la Sala ha vuelto a aplicar en diversas ocasiones la doctrina ya consolidada de que son siempre recurribles en suplicación las sentencias en las que se alega la violación de un derecho fundamental. Así, entre otras **SSTS 18-5-18 (Rec 381/2017 ECLI:ES:TS:2018:2249)**, **5-6-18 (Rec 3337/2016)**, **19-6-18 (Rec 596/2017)**, **21-6-18 (Rec 713/2017 ECLI:ES:TS:2018:2892)**.

### **4.2. Sentencias recurribles por razón de la materia: Reclamación del derecho al disfrute de vacaciones**

La **STS 18-7-18 (Rec 2471/2017 ECLI:ES:TS:2018:3024)** declara la competencia funcional para conocer del recurso de suplicación en el caso que enjuicia, porque el objeto del proceso no era la determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones a que se refiere el art. 191.2.b) LRJS, sino prioritariamente el reconocimiento del derecho a las mismas, tal como entendió la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su TS en un 4-7-18 Rec 1619/17, en un supuesto idéntico.

### 4.3. Sentencias recurribles por razón de la cuantía

#### 4.3.1. Determinación de la cuantía litigiosa: viene dada por lo que se reclama en la demanda y no en el recurso de suplicación

La Sala se ha ocupado en este periodo de aclarar de manera definitiva que la cuantía exigida en los art. 191.2 g) y 192 LRJS para acceder al recurso de suplicación viene determinada por lo que se reclama en la demanda; no en el recurso de suplicación. La sentencia recuerda al respecto la doctrina unificada de la Sala según la cual: a) la cuantía del proceso viene dada por la solicitud de la demanda, que a su vez condiciona el acceso al recurso de suplicación, sin que se contemple en nuestras normas procesales una cuantía para la demanda y otra distinta para el recurso; b) en todo caso hay que estar a la cuantía que resulte del final del proceso, porque la pretensión laboral se formula en tres momentos diferentes, a saber, la demanda, el trámite de alegaciones, y conclusiones, y es precisamente en el último de ellos – conclusiones – en el que de manera definitiva se materializa la acción. Así, la **STS 25-9-18 (Rec 3666/2016 ECLI:ES:TS:2018:3452)** con cita de abundante jurisprudencia, y la **STS de Pleno 4-12-18 (Rec 611/2016 ECLI:ES:TS:2018:4527)**. Esta última señala, además, que cuando se formulan reclamaciones de derecho y de cantidad, dichas reclamaciones no se excluyen a los efectos de determinación de la cuantía, sino que se entienden acumuladas de acuerdo el art. 192.2 LRJS, indicando a continuación los diversos supuestos posibles: Así, “1.- Las reclamaciones de derecho, con traducción económica, tienen acceso al recurso de suplicación, en cómputo anual, cuando superen el importe de 3.000 euros; 2.- Las reclamaciones en las que se pretende un derecho superior al reconocido, por existir diferencias en el alcance económico otorgado, tienen acceso al recurso de suplicación cuando la diferencia entre el derecho reclamado y el reconocido, en cómputo anual, supere los 3.000 euros; 3.- Si se reclama un derecho –en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido - cuya traducción económica, en uno u otro caso, sea superior a 3.000 euros, en cómputo anual, aunque la reclamación de cantidad que se acumule tenga un importe inferior a 3.000 euros, la sentencia de instancia tendrá acceso al recurso; 4.- Si la reclamación del derecho - en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido -, en su traducción económica, en uno y otro caso, es inferior a 3.000 euros en cómputo anual, pero la reclamación de cantidad acumulada supera esa cuantía, la sentencia de instancia tiene acceso al recurso; 5.- Si la reclamación de derecho – en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido-, no supera los 3.000 euros en cómputo anual, y la reclamación de cantidad tampoco, la sentencia de instancia no tiene acceso al recurso; y 6.- Si ambas acciones – reclamación de derecho, total o la parte del mismo que no se ha reconocido, y reclamación de cantidad- superan los 3.000 euros, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social tendrá acceso al recurso de suplicación”.

En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS 4-4-19 (Rec. 1291/2017 ECLI:ES:TS:2019:1551)** y **25-4-19 (Rec. 1735/2017 ECLI:ES:TS:2019:1608)**, en las que se reclaman una cuantía superior de la pensión de jubilación, debiendo estar para la determinación de la cuantía litigiosa a efectos de acceder a suplicación a la diferencia que resulte, en cómputo anual, entre el importe de la prestación reconocida en la vía administrativa y la postulada en la demanda,

sin que dicha cuantía pueda verse modificada por la circunstancia de que el valor económico pueda resultar inferior como consecuencia de la estimación parcial de la demanda por la sentencia de instancia.

#### **4.3.2. Supuestos concretos**

- **Varios demandantes que reclaman el reembolso de una suma diferente:** hay que estar a la más elevada de ellas. En el caso de la **STS 19-6-18 (Rec 2201/2017 ECLI:ES:TS:2018:2582)** la de mayor cuantía ascendía a 885,14 €, que es insuficiente para recurrir, no apreciándose tampoco afectación general.

- **Reclamación de un complemento salarial mensual:** hay que estar a su importe anualizado, de acuerdo con el art. 192.3 LRJS. En el caso de la **STS 27-6-18 (Rec 793/2017 ECLI:ES:TS:2018:2914)** el complemento en cuestión era de 188 € mensuales, cuyo cómputo anual es claro no alcanza el mínimo legal de 3.000 €, lo que impide el acceso a suplicación.

- **Reclamación de prestaciones de Seguridad Social:**

.- **Diferencias en el importe de la base reguladora de la prestación por desempleo:** hay que estar a la cuantía de las diferencias en el montante de la prestación en cómputo anual, sin tener en cuenta la repercusión de la base reguladora reclamada en el cálculo de la futura pensión de jubilación, tal como indica la **STS 14/02/18 (Rec 784/2016 ECLI:ES:TS:2018:1701)**.

.- **Diferencias en el cálculo de la pensión de jubilación,** a fin de que se computen los años de bonificación por razón de edad (de acuerdo con lo previsto en la OM de 18 de enero de 1967 DT 2ª), como consecuencia de los servicios prestados en este caso en Alemania, y que de tenerse en consideración provocarían el incremento en el porcentaje aplicable a la pensión hasta alcanzar el 74%. La **STS 14-3-19 (R. 2970/2017 ECLI:ES:TS:2019:1199)** declara la falta de competencia funcional porque dicha reclamación, en referencia anual, no alcanza el umbral fijado por el legislador para acceder al recurso de suplicación, y tampoco se aprecia afectación general.

- **Reintegro de prestaciones de Seguridad Social planteada por la Mutua:** la **TS 19-7-18 (Rec 2748/2017 ECLI:ES:TS:2018:3082)** razona que no se trata de una reclamación del derecho a prestaciones de Seguridad Social del art. 191.3.c) LRJS que tiene acceso a suplicación en todo caso, sino que lo que pretende la Mutua es recuperar de la empresa y subsidiariamente del INSS el importe adelantado de la prestación debido al incumplimiento por parte de aquélla de la obligación de cotizar, por lo que hay que estar a la cuantía de ese importe que en el caso no alcanzaba los 3.000 € exigidos en el art. 191.2.g) LRJS.

- **Determinación de la entidad responsable del pago de una prestación:** las **SSTS 18-12-19 (Rec. 4261/2017 ECLI:ES:TS:2018:4519)**, **19-12-19 (Recs. 4378/17 y 4474/17)**, y **4-3-19 (Rec. 455/2018 ECLI:ES:TS:2019:886)**, declaran la falta de competencia funcional porque el objeto inicial de la pretensión no iba encaminado a la obtención de reconocimiento de la prestación (de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo, que no se cuestiona), sino a la determinación de la entidad responsable del abono indemnizatorio (la Mutua o el INSS, de acuerdo con el art. 167 LGSS/2015); y como esta imputación de responsabilidad no excede de 3.000 €, no alcanza el límite cuantitativo de acceso al recurso de suplicación establecido en el art. 191.2.g) LRJS.

- **Impugnación de sanción administrativa en materia laboral:** no es recurrible en suplicación la sentencia que resuelve la impugnación de una sanción impuesta al amparo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero art. 54.1.d) - referido a la contratación de trabajadores extranjeros sin previa autorización de residencia y trabajo -, de cuantía inferior a 18.000 €, porque hay que estar a lo dispuesto en el art. 191.3.g) LRJS, que es norma especial frente a la regla general del número 2.g) del mismo precepto, según la **TS 13-6-18 Rec 3257/16**. En el mismo sentido, la **STS 9-1-19 (Rec 4029/2016 ECLI:ES:TS:2019:199)** declara la falta de competencia funcional en el caso de impugnación de una sanción de la LISOS por importe inferior a 18.000 €, por fraude en la contratación laboral cometido por la empresa.

- **Impugnación de sanciones de Seguridad Social:** se trata de un acto administrativo en materia de Seguridad Social que afecta al contenido de una prestación (en el caso, una resolución administrativa que impone una sanción de suspensión o extinción de la prestación de desempleo prevista en la LISOS), que está sujeta a la regla general de los 3.000 €, calculada conforme al art. 192.4 LRJS, y no a la singular de 18.000 € establecida para la impugnación de actos administrativos en materia laboral en el art. 191.3.g) LRJS, según la **STS de Pleno 11-5-18 (Rec 1800/2016 ECLI:ES:TS:2018:2148)**, **12-7-18 (Rec 883/2017)** y **23-1-19 (Rec 417/2017 ECLI:ES:TS:2019:530)** que reiteran doctrina.

#### 4.4. Sentencias recurribles por afectación general

##### Se aprecia afectación general para

- **La reclamación de diferencias en la base reguladora de pensión de jubilación de beneficiario contratado a tiempo parcial**, por su notoriedad de acuerdo con la doctrina sentada por la STS 28-10-14 Rec 79/14, que la **STS 18-10-18 (Rec 3899/2016 ECLI:ES:TS:2018:3727)** reitera.

- **El cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, cuando la cotización se efectúa por meses**, según la **STS 15-1-19 (Rec 3279/2016 ECLI:ES:TS:2019:368)**, que reitera la doctrina de la Sala de la “afectación general sobrevenida” establecida por las SSTS 24-1-18 Rec 1552/17 y 30-1-18 Rec 1492/16, ante la constatación de la existencia sobre el mismo asunto de un elevado número de recursos resueltos y pendientes.

- **La determinación del alcance de la responsabilidad del FOGASA** por las deudas salariales a cargo de una empresa en situación de insolvencia, y en particular, si deben aplicarse los límites del art. 33 ET en su redacción anterior al RDL 20/2012 (triple del SMI, con un máximo de 150 días) o los establecidos a partir de la vigencia de esa norma el 15 de julio de 2012 (duplo del SMI, con el límite de 120 días), según la **STS 9-5-18 (Rec 4131/2016 ECLI:ES:TS:2018:2142)**, que aplica el referido criterio de la “afectación general sobrevenida”, establecido por las SSTS 24-1-18 Rec 1552/17 y 30-1-18 Rec 1492/16.

- **El ejercicio de una pretensión de valor indeterminado**, según la **STS 17-5-18 (Rec 4153/2016 ECLI:ES:TS:2018:2140)**, dictada en el supuesto de cesión ilegal de trabajadores en la Xunta de Galicia y reclamación de la antigüedad derivada del reconocimiento de esa situación, que tiene en cuenta además las numerosas sentencias de la Sala Cuarta que ya han resuelto la materia sin

cuestionarse la competencia funcional, así como la trascendencia –incluso penal– de la materia litigiosa.

- **El examen de la cuestión de la suspensión del RDL 20/2012 respecto de los permisos del personal laboral tras la entrada en vigor del RDL 10/2015**, por su notoriedad, al haber dado lugar este asunto a varios procedimientos de conflicto colectivo, según la **STS 19-12-18 (Rec 1316/2017 ECLI:ES:TS:2018:4573)**.

- **El cálculo del complemento de la prestación de gran invalidez (GI)**, porque lo que se reclama no son diferencias en la cuantía de la prestación - que no alcanzaría la mínima para recurrir -, sino el método de cálculo que ha de aplicarse para determinar el complemento de la pensión de GI, esto es, si deben simplemente sumarse las cantidades que se derivan de los distintos porcentajes que establece la ley, o resulta necesario hacer otras operaciones aritméticas, según la **STS 28-2-19 (Rec. 1181/2017 ECLI:ES:TS:2019:885)**.

- **El examen del derecho al disfrute de días adicionales de vacaciones y de libre disposición** durante el año 2015 en la Comunidad Autónoma de La Rioja, y en caso de no resultar posible ese disfrute, del derecho a percibir la cantidad económica correspondiente (inferior a 3000 €), de acuerdo con doctrina reiterada que cita la **STS 30-5-19 (Rec 1359/2017)**.

**No se aprecia afectación general para**

- **La reclamación de cantidad en concepto de antigüedad (bienios), en cuantía inferior a 3.000 € por los trabajadores de Telefónica**, por los servicios prestados mediante contratos formativos con anterioridad al reconocimiento del carácter indefinido de la relación, así como de la interrupción de la prescripción por los procesos de conflicto colectivo tramitados previamente, con arreglo a numerosas sentencias. Así, entre otras, **SSTS 2-4-19 (Rec. 1952/2017 ECLI:ES:TS:2019:1542**

y **3938/2016 ECLI:ES:TS:2019:1538)**; **11-4-19 (Rec 3099/2016 ECLI:ES:TS:2019:1541)**, que reiteran la doctrina de la Sala.

- **Las reclamaciones de cantidad en concepto de plus de radioscopia aeroportuaria**, cuando no alcanza el mínimo legal para recurrir en suplicación, por cuanto, como indican las **SSTS 25-4-18 (Rec 840/2017 ECLI:ES:TS:2018:1763)**, **5-6-18 (Rec 695/2017)**, **17-7-18 (Rec 904/2017, 1176/2017 y 2333/2017 ECLI:ES:TS:2018:3129)**; así como tampoco en las reclamaciones de plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad, según la **STS 17-7-18 (Rec 1799/2017 ECLI:ES:TS:2018:3130)**.

- **La reclamación de gratificación por atención en el servicio de comedor a los alumnos de los centros escolares de la Junta de Andalucía**, según la **STS 23-1-19 (Rec 186/2017 ECLI:ES:TS:2019:727)**.

#### **4.5. Autos recurribles en suplicación**

**Son recurribles en suplicación los autos que desestiman el recurso de reposición planteado frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia que despacha la ejecución de un laudo arbitral**, cuando resuelva hechos no controvertidos o no decididos en el título que se pretende ejecutar o se despache ejecución en contra del título ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 247.2, 239.4 y 206.4 LRJS (**STS 23-4-18 Rec. 162/2018 ECLI:ES:TS:2019:1761**).

## **No son recurribles en suplicación**

- **Los autos dictados en ejecución definitiva que no alteren el alcance de la condena**, de acuerdo con el art. 191.4. d) LRJS, como sucede en la **STS 19-3-19 (Rec. 2771/2017 ECLI:ES:TS:2019:1204)**, en la que se impugna el auto del Juzgado que decide despachar la ejecución, admitiendo que la empresa condenada efectúe los pagos de la cantidad objeto de la condena de manera fraccionada durante dos años, debido a la situación de la empresa y a la afectación del resto de los puestos de trabajo.

- **Los autos dictados en ejecución de sentencia firme que no hubiere sido recurrible en suplicación**, según la **TS 23-7-18 (Rec 3106/2016 ECLI:ES:TS:2018:3306)**, que declara de oficio la falta de competencia funcional, porque la sentencia de instancia que estimó la demanda de impugnación de alta médica no era recurrible en suplicación, de acuerdo con los arts. 191.2 g) *in fine* y 191.4 d) LRJS.

- **Los autos dictados en ejecución de sentencia firme que confirma la procedencia del embargo de los derechos consolidados en un plan de pensiones que se puede rescatar** conforme a la normativa que lo regula, pues se trata de un acto de pura y simple ejecución de la sentencia firme, según la **STS 20-9-18 (Rec 4065/2016 ECLI:ES:TS:2018:3552)**.

- **Los autos dictados en ejecución provisional de las sentencias dictadas en procedimientos de revisión de actos declarativos de derecho del art. 146.4 LRJS**. Según la **STS 28-11-18 (Rec 2155/2016 ECLI:ES:TS:2018:4439)**, en estos casos hay que estar a lo dispuesto en el art. 304.3 LRJS, que establece la regla general de que frente a las resoluciones dictadas por el órgano judicial en ejecución provisional “solo procederá el recurso de reposición”, con dos excepciones: 1ª) que en el auto de ejecución provisional se adopte materialmente una decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional; y 2ª) que el auto declare la falta de jurisdicción o competencia del orden social. Solo en estos dos casos procederá el recurso de suplicación; y esta regla se aplica, tanto a las resoluciones que puedan dictarse durante el transcurso de la ejecución provisional, como al auto inicial en el que se admita o deniegue la apertura de la fase de ejecución provisional de la sentencia que no es firme.

## **5. Recurso de casación**

### **5.1. Requisitos formales del escrito de interposición**

#### **5.1.1. Expresión de los motivos del recurso**

Se formula defectuosamente el recurso cuando se articula por un solo motivo destinado a interesar la revisión de los hechos probados, sin imputar a la sentencia recurrida ninguna infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, según la **TS 21-11-18 (Rec 88/2017 ECLI:ES:TS:2018:4206)**, que reitera doctrina.

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

La **STS 28-6-18 (Rec. 141/2017 ECLI:ES:TS:2018:2899)** desestima el motivo planteado por falta de cita y de fundamentación de la infracción legal, porque la

recurrente se limitó a citar una sentencia de la Sala Cuarta (cuando el CC art. 1.6 exige para que pueda hablarse de jurisprudencia al menos dos sentencias), sin mencionar los preceptos legales que avalan la solución doctrinal que propone. En el mismo sentido, la **STS 18-10-18 (Rec 163/2017 ECLI:ES:TS:2018:3865)** desestima el recurso por falta de fundamentación de la infracción legal, porque menciona diversos preceptos constitucionales y legales, pero no especifica el modo en que la sentencia recurrida los ha infringido. Igualmente, la **STS 16-5-18 (Rec 90/2017 ECLI:ES:TS:2018:2146)**, pues no razona en qué han consistido las infracciones que denuncia, ni hace mención precisa de las infracciones cometidas, ni combate los concretos argumentos que da la sentencia recurrida sobre el tema litigioso.

## **5.2. Motivos**

### **5.2.1. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio**

Sólo cabe denunciar al amparo art. 207.c) LRJS el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento y de la sentencia, siempre que se produzca indefensión, y no la produce la sentencia desestimatoria que aprecia y motiva la falta de legitimación activa, sin resolver el resto de las cuestiones, según la **STS 28-6-18 (Rec 141/2017 ECLI:ES:TS:2018:2899)**, que además estima el incumplimiento de los requisitos formales para recurrir.

### **5.2.2. No es motivo de casación la descomposición artificial de la controversia**

Como es sabido, la figura de la descomposición artificial de la controversia es propia de la casación para la unificación de doctrina, y está prevista para el caso de que una única cuestión se articule en diversos motivos separados, con el propósito de poder alegar varias sentencias de contraste, aumentando indebidamente las posibilidades de contradicción; y su apreciación no determina la inadmisión del recurso por motivos formales, sino que únicamente da lugar a la necesidad de seleccionar una sentencia de contraste entre las varias citadas para el único punto de contradicción y que sean idóneas, lo que puede ser realizado por la parte de forma expresa o tácita por omisión, teniéndose en este último caso por elegida la más moderna. En todo caso dicha figura no es trasladable a la casación ordinaria porque, como indica la **STS 23-4-18 (Rec 84/2017 ECLI:ES:TS:2018:1782)**, en esta última la indebida reiteración de argumentos en varios motivos del recurso no es tampoco causa de inadmisión por motivos formales, y no tiene otro efecto que su conjunta resolución.

## **6. Recurso de casación para la unificación de doctrina**

### **6.1. Legitimación del Ministerio Fiscal**

En la **TS de Pleno 24-4-18 (Rec 538/2016 ECLI:ES:TS:2018:1770)** se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina por el Ministerio público – a instancia del INSS, que se adhiere al mismo – en defensa de la legalidad, haciendo uso de la posibilidad que le brinda el art. art. 219.3 LRJS, en un caso de reclamación de la pensión de viudedad por la viuda de un Ministro de Culto de la Iglesia Evangélica Española, que no cumplió el requisito de cotización legalmente exigido.

## **6.2. Exigencias formales del escrito de preparación**

### **6.2.1. Determinación del núcleo de la contradicción**

Así, la **STS 23-4-18 (Rec 2323/2016 ECLI:ES:TS:2018:1706)** desestima el primer motivo del recurso porque no fue incluido en el núcleo de contradicción, ni se indicó tampoco respecto al mismo la sentencia de contraste, incumpliendo lo establecido en el art. 222.1 LRJS. En el mismo sentido, la **STS 31-1-19 (Rec 2540/2016 ECLI:ES:TS:2019:450)** desestima el recurso porque no identifica el núcleo básico de la contradicción con la segunda de las sentencias invocadas de contraste. del recurso, de acuerdo con la LRJS art. 221.3.

### **6.2.2. Cita de la sentencia de contraste también en caso de alegación de infracción procesal**

La **STS 29-11-18 (Rec 134/2017 ECLI:ES:TS:2018:4443)**, reitera doctrina en el sentido de que también en los casos de alegación de infracción procesal es necesario citar la sentencia de contraste, porque si bien la contradicción no precisa para ser apreciada de la identidad en las situaciones sustantivas que resuelven las sentencias comparadas, si exige la homogeneidad en la infracción procesal denunciada.

## **6.3. Exigencias formales del escrito de interposición**

El incumplimiento de los requisitos formales para recurrir constituye causa suficiente para desestimar el recurso, a pesar de concurrir la contradicción alegada, como lo demuestran, entre otras, la **STS 31-5-18 (Rec 386/2017 ECLI:ES:TS:2018:2613)**, que rechaza el recurso formulado por falta de cita y de fundamentación de la infracción legal; la **STS 17-7-18 (Rec. 2594/2016 ECLI:ES:TS:2018:3213)** que adopta la misma decisión por falta de cita de la infracción legal y falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción; y la **STS 27-6-18 (Rec 1293/2017 ECLI:ES:TS:2018:3057)** que desestima el recurso por falta de fundamento de la infracción legal, a pesar de apreciar la contradicción en un supuesto de despido disciplinario; y sin necesidad de examinar la contradicción, por apreciar la falta de relación precisa y circunstanciada y la falta de cita de infracción legal, las **SSTS 28-11-18 (Rec 3808/2016 ECLI:ES:TS:2018:4444)** y **20-12-18 (Rec. 1055/2017 ECLI:ES:TS:2018:4575, y 3288/2017 ECLI:ES:TS:2018:4533)**, entre otras muchas.

### **6.3.1. Idoneidad de la sentencia de contraste**

- **No son idóneas las sentencias dictadas por otro orden jurisdiccional distinto al social, como es el caso de** las dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo, tal como indica la **STS 17-5-18 (Rec 3598/2016 ECLI:ES:TS:2018:2132)**.

- **Tampoco lo son las sentencias que no sean firmes** a la terminación del plazo para la interposición del recurso, como sucede en el caso de las **SSTS 20-12-18 (Rec. 3288/2017 ECLI:ES:TS:2018:4533)** y **31-1-19 (Rec 2540/2016 ECLI:ES:TS:2019:450)**; **aunque lo cuestionado sea la falta de competencia**

**funcional**, según la **STS 5-6-18 (Rec 3839/2016 ECLI:ES:TS:2018:2342)** y las resoluciones que cita.

- **No son idóneas las sentencias no citadas en preparación** del recurso como sentencias de contraste, sino sólo a efectos de jurisprudencia, que es lo que sucede en la **STS 15-1-19 (Rec 2735/2016 ECLI:ES:TS:2019:372)**. En la misma línea insiste la **STS 15-1-19 (Rec 4185/2016 ECLI:ES:TS:2019:152)**, en el sentido de que la sentencia citada en formalización ha de coincidir con la indicada al preparar el recurso, lo que no sucede en el caso que examina.

### **6.3.2. Relación precisa y circunstanciada**

La recurrente en casación para la unificación de doctrina debe efectuar una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, en los términos establecidos en el art. 224.1 a) LRJS, en relación con los arts. 221.2.a) y 219 de dicha Ley, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de sus fundamentos a través de un examen comparativo que, aunque no sea muy detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, requisitos que no se cumple, entre otras, en las **SSTS 25-7-18 (Rec 664/2017 ECLI:ES:TS:2018:3361)**, **28-11-18 (Rec 3808/2016)** y **20-12-18 (Rc 1055/2017 ECLI:ES:TS:2018:4575 y 3288/2017)**, **6-2-19 (Rec 283/2017 ECLI:ES:TS:2019:692)**.

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

La Sala ha señalado con reiteración que el recurso de casación para la unificación de doctrina es de carácter extraordinario, y que debe por ello estar fundado en un motivo de infracción de ley, de acuerdo con el art. 224 1. b) y 2 LRJS, en relación con los apartados a), b), c) y e) del art. 207 del mismo texto legal, requisito que no se cumple en las **SSTS 22-11-18 (Rec 137/2017 ECLI:ES:TS:2018:4302)**, **27-11-18 (Rec 2/2017)**, **24-1-19 (Rec. 278/2017)**, **28-2-19 (Rec. 2683/2017)**, **5-3-19 (Rec 817/2018)** y **12-3-19 (Rec. 2690/2017 ECLI:ES:TS:2019:1050)**.

### **6.3.4. Requisito de la contradicción**

#### **6.3.4.1. Consideración de las modificaciones fácticas rechazadas por irrelevantes a efectos de contradicción**

La **STS 18-9-18 (Rec 3451/2016 ECLI:ES:TS:2018:3369)** recuerda la doctrina de la Sala en el sentido de que las revisiones fácticas rechazadas por su irrelevancia en suplicación, pueden ser, sin embargo, tenidas en cuenta al examinar la contradicción, si tienen la trascendencia que en suplicación se les denegó.

#### **6.3.4.2. La contradicción en supuestos especiales**

##### **6.3.4.2.1. Sentencia de contraste que no resuelve sobre el fondo del asunto**

No cabe apreciar la contradicción exigida en el art. 219 LRJS con una sentencia que no se pronuncia sobre la cuestión litigiosa, como sucede cuando la resolución de contraste desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción, tal como señala la **STS 19-12-18 (Rec. 4195/2016 ECLI:ES:TS:2018:4574)**, que reitera doctrina.

#### **6.3.4.2.2. Sentencias de despido disciplinario**

Como se apuntó antes en esta misma crónica al analizar el despido disciplinario, en este período y rompiendo una trayectoria prácticamente generalizada, la Sala ha entrado a conocer de supuestos de despido disciplinario en las **STS 17-7-2018 (Rc 2474/17) ECLI:ES:TS:2018:3132**, y **27-6-2018 (Rc 962/17) ECLI:ES:TS:2018:3018**, al tratarse de despidos disciplinarios en los que la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa, quedando cifrado el núcleo de la contradicción en la distinta valoración que de las faltas de asistencia al trabajo que declaran acreditadas efectúan las sentencias a contrastar. Aprecian la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS “porque la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa” desestimando finalmente el recurso por considerar que las sentencias impugnadas calificaron correctamente los despidos como procedentes, atendiendo a la conducta enjuiciada. Pero poco tiempo después la Sala en **STS 10-1-19 (Rec. 2595/2017 ECLI:ES:TS:2019:195)** reitera la doctrina de la Sala que insiste en la dificultad de apreciar la contradicción exigida en el art. 219.1 LRJS en los casos de despido disciplinario, en el sentido de que, salvo en supuestos excepcionales, “la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales”, por lo que no parece que vayan a ser admitidos en unificación de doctrina despidos disciplinarios con mayor frecuencia que antes.

#### **6.3.4.2.3. Alegación de infracciones procesales y contradicción**

Como señala la **STS 10-7-18 (Rec 701/2017 ECLI:ES:TS:2018:3298)**, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha ido flexibilizando la exigencia del requisito de la contradicción cuando la cuestión planteada en el recurso es una infracción procesal, para entender que en estos casos solo es necesaria la suficiente homogeneidad en la controversia procesal, y no identidad estricta del caso en lo sustantivo; siguiendo así el criterio establecido sobre el particular en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 11-02-2015. En aplicación de dicha doctrina, la **STS 25-4-18 (Rec 1835/2016 ECLI:ES:TS:2018:1765)** aprecia la contradicción sobre la incongruencia alegada; la **STS 31-5-18 (Rec 386/2017 ECLI:ES:TS:2018:2613)** y las **SSTS de Pleno 19-7-18 (Rec 903/2017 ECLI:ES:TS:2018:3214)** y **20-7-18 (Rec 2335/2017 ECLI:ES:TS:2018:3206)**, aprecian la contradicción en supuestos de cosa juzgada positiva; la **STS 19-6-18 (Rec 638/2017 ECLI:ES:TS:2018:2467)** en un caso de determinación del día inicial para el cómputo del plazo para la formalización del recurso de suplicación, cuando la diligencia del art. 195.1 LRJS es notificada por LexNet. No se aprecia, sin embargo, la contradicción en la **STS 29-5-18 (Rec 2258/2016 ECLI:ES:TS:2018:2127)**, en un caso de cosa juzgada.

### **6.3.4.3. Supuestos excluidos de la exigencia de contradicción**

#### **6.3.4.3.1. Examen de la competencia funcional**

La Sala debe examinar de oficio su propia competencia funcional antes de entrar a enjuiciar el problema sometido a su consideración, con independencia de la existencia de contradicción, por tratarse de una cuestión de orden público procesal de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9.6, 238.3º y 240.2 la LOPJ, y con la doctrina reiterada de la Sala. Así lo hace, entre otras muchas, la **STS 12-12-18 (Rec 1608/2017 ECLI:ES:TS:2018:4495)**, habida cuenta de que la cuantía litigiosa no superaba el límite cuantitativo que fija la LRJS art. 191.2.g) para recurrir en suplicación.

#### **6.3.4.3.2. Ejecución de sentencia colectiva**

Es ya doctrina consolidada de la Sala que cuando la pretensión deducida en el recurso de casación para la unificación de doctrina supone la ejecución de una sentencia firme de conflicto colectivo, el recurso debe resolverse aplicando el efecto positivo de la cosa juzgada por imperativo de la LRJS art. 160.5, sin necesidad de apreciar previamente la contradicción. Así sucede en los supuestos de las **SSTS 12-6-18 (Rec 810/2017 ECLI:ES:TS:2018:2598)**, **3-7-18 (Rec 800/2015 ECLI:ES:TS:2018:3088)**, **2-10-18 (Rec 3696/2017 ECLI:ES:TS:2018:3610)**, y **16-10-18 (Rec 1526/2017 ECLI:ES:TS:2018:3854)**, y **2117/2017 ECLI:ES:TS:2018:3964**).

### **6.3.5. Contenido casacional de la pretensión**

#### **6.3.5.1. Adecuación de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sala Cuarta**

Se aprecia la falta de contenido casacional en las **SSTS 29-5-18 (Rec 4075/2015)** y **12-6-18 (Rec 2109/2017 ECLI:ES:TS:2018:2599)**, al coincidir la decisión de la sentencia impugnada con la doctrina sentada por la Sala. Igualmente, las **SSTS 4-12-18 (Rec 3559/2016 ECLI:ES:TS:2018:4445)**, **5-12-18 (Rcs 2658/2017 y 2373/2017)**, **11-12-18 (Rcs 1677/2017 y 1713/2017)**, **13-12-18 (Rec. 4301/2017)** y **18-12-18 (Rec. 4005/2017 ECLI:ES:TS:2018:4535)**, referidas todas ellas a la apreciación de silencio positivo en el caso de resolución extemporánea del FOGASA.

#### **5.3.5.2. Solicitud de revisión de los hechos probados**

El recurso de casación para la unificación de doctrina no admite cuestiones relativas a la revisión de los hechos declarados probados, tanto si dicha revisión se solicita de forma directa, mediante la denuncia de un error de hecho, como si de forma indirecta, tal como establece el art. 224.2 LRJS. Se aplica dicha doctrina, entre otras, en la **STS 7-6-18 (Rec 2013/2016 ECLI:ES:TS:2018:2352)**.

## **7. Aspectos comunes a los recursos de suplicación y de casación**

### **7.1. Motivación del cambio de magistrado/a ponente**

En los tribunales colegiados el Magistrado ponente se designa por el Letrado de la Administración de Justicia, según el turno establecido para la Sala o Sección al inicio de cada año judicial, con arreglo a criterios objetivos, y en el caso de

que el ponente deba ser sustituido se hará con arreglo al turno ya establecido y “con expresión de las causas que motiven la sustitución”, de acuerdo con los art. 203.2 la LOPJ y 180.2 LEC. En el caso resuelto por la **STS 20-3-19 (Rec. 247/2017 ECLI:ES:TS:2019:1283)**, el cambio de ponente se realizó “por necesidades del servicio”, lo que si bien podría no resultar suficiente para satisfacer la exigencia legal de motivación, no se alega ni prueba indefensión alguna, no apreciando la Sala tampoco que por ello se produjera una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

## **7.2. Admisión de documentos nuevos**

Es doctrina reiterada de la Sala IV que los únicos documentos que pueden ser admitidos durante la tramitación de los recursos con amparo en art. 233 LRJS son los que tienen la condición formal de "sentencias o resoluciones judiciales o administrativas" firmes y no cualesquiera otros diferentes de aquéllos. En el caso de la **TS 6-2-19 (Rec 3240/2016 ECLI:ES:TS:2019:563)** se admitió en suplicación una sentencia que no era firme, y que tuvo efectos decisivos para dar respuesta al recurso, lo que determina la casación de la sentencia impugnada y la reposición de las actuaciones al momento anterior de dictarse dicha resolución.

## **7.3. Legitimación para recurrir: No está legitimada la parte no perjudicada por la sentencia impugnada.**

Así lo señala la **STS de Pleno 29-6-18 (Rec 2889/2016 ECLI:ES:TS:2018:3064)**, porque si bien la jurisprudencia ha superado la idea del gravamen y la ha sustituido por la más amplia de interés – directo o indirecto – derivado del pronunciamiento, que ha quedado plasmada en el art. 17.5 LRJS, resulta necesario en todo caso que quien combate una resolución judicial haya resultado perjudicado por la misma.

## **7.4. Plazo para recurrir: Determinación del *dies a quo* en caso de notificación por LexNet**

Según lo establecido en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016, y lo resuelto por dicha Sala en numerosos recursos de queja, cuando la diligencia de ordenación que tiene por anunciado/preparado el recurso, poniendo los autos a disposición del letrado o graduado social designado por la recurrente, se notifica a través del sistema telemático LexNet, hay que diferenciar dos supuestos:

a) Si la recepción tiene lugar (dentro de los 3 días hábiles siguientes), el acto de comunicación se entiende notificado al día siguiente hábil de la fecha de la recepción (arts. 60.3 LRJS y 151.2 LEC), y el cómputo de los 10 días para recurrir –*dies a quo*– comenzará al día siguiente hábil (art. 195.1 LRJS y art. 133.1 LEC). De modo que, si se accede el tercer día, la notificación se entiende realizada el cuarto día y los plazos comienzan a computar desde el quinto (todos hábiles).

b) Por el contrario, si dicha recepción en plazo no se produce (dentro de los 3 días hábiles siguientes), en este caso se recurre a la ficción de que el acto omitido se ha realizado con plenos efectos procesales (art. 162.1 LEC), comenzando el cómputo del plazo para recurrir –*dies a quo*– desde el día siguiente al tercero (todos ellos hábiles, también).

Resulta muy clarificadora al respecto la **STS 19-6-18 (Rec 638/2017 ECLI:ES:TS:2018:2467)** que llega a la conclusión de que el recurso de suplicación se interpuso dentro plazo, porque la remisión vía LexNet de la diligencia a que se refiere el art. 195.1 LRJS se realizó el lunes 19/01/2015, y el destinatario accedió a su contenido el día 21 siguiente (miércoles), por lo que la notificación de dicha resolución debe entenderse realizada el día siguiente (22 jueves), comenzando el cómputo del plazo de los 10 días para recurrir en suplicación el día 23/01/2015, de lo que resulta que el plazo finalizaba el día 05/02/2015; y habiéndose presentado el escrito antes de las 15 horas del día siguiente a su vencimiento, conforme posibilita el art. 45.1 LRJS, resulta que el recurso se interpuso en tiempo legal. Al resolver recursos de queja la Sala ha indicado que sin perjuicio de su consideración casuística los errores relacionados con el relleno de los formularios lexnet y la indicación del procedimiento es subsanable, salvo que impida el error de la parte la llegada tempestiva del escrito a su verdadero destino (**ATS-IV 18-10-2018, rec. queja 37-18, ATS 8-3-2018, queja núm.: 87/2017, ATS de 18/09/2018, Rec. queja 98/2017, ATS 19-6-2018, rec. queja 90-17**). Importa destacar que en **STC 55/2019, de 6 de mayo (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019)**, se otorga el amparo a la parte interesada; mientras que si la omisión o el error en la identificación es determinante de la no incorporación, la parte incurre en falta de diligencia, excluyente de la lesión del derecho a la tutela judicial garantizado en el art. 24.1 CE, en cambio si constan otros datos que razonablemente permitan la unión del escrito a las actuaciones correspondientes, la responsabilidad se desplaza al órgano judicial. Por otra parte, la insuficiente identificación de que adolezca el escrito de personación es un defecto subsanable, encomendando a las incidencias acaecidas en las comunicaciones electrónicas que puedan afectar a los derechos de las partes dentro de un proceso, deberán ser atendidas y resueltas bien sea por el letrado de la administración de justicia o, en su caso, por el titular del órgano judicial competente, sobre la base de que el error en alguno de los datos del formulario normalizado no puede condicionar por sí solo la validez del acto de comunicación correctamente realizado.

#### **7.5. Revisión de los hechos probados (solo casación ordinaria y suplicación)**

La **STS 18-9-18 (Rec 69/2017 ECLI:ES:TS:2018:3580)** nos recuerda que para que la revisión de los hechos probados pueda prosperar es necesario “que concurren todos y cada uno de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos, y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia”.

#### **7.6. Cuestión nueva**

La Sala ha señalado con reiteración que no cabe plantear cuestiones nuevas que no fueron suscitadas en el grado judicial anterior, debido al carácter

extraordinario de los recursos. En el caso particular del recurso de casación para la unificación de doctrina, su planteamiento impide además apreciar la contradicción exigida en el art. 219.1 LRJS, porque si la cuestión no fue examinada por la sentencia recurrida, no cabe compararla con otra sentencia que sí lo hizo, según las **STS 19-4-18 (Rec 2435/2016 ECLI:ES:TS:2018:1771)**, **29-5-18 (Rec 4075/2015)**, **10-7-18 (Rec 3188/2016 ECLI:ES:TS:2018:3041)**. Destaca la **STS 17-7-18 (Rec 232/2016 ECLI:ES:TS:2018:3191)**, que rechaza por su novedad la nulidad del despido por motivo de embarazo.

### **7.7. El vicio de “petición de principio”**

La **STS 11-7-18 (Rec 148/2017 ECLI:ES:TS:2018:3186)** aprecia el defecto de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida. Con cita de jurisprudencia anterior

### **7.8. Prevalencia del órgano de instancia en la interpretación de los convenios colectivos y acuerdos y contratos**

La **STS 7-11-18 (Rec 198/2017 ECLI:ES:TS:2018:4112)** refiere una vez más a la doctrina establecida de manera reiterada sobre la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos, según la cual se trata de una facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

### **7.9. Consignación de la cantidad objeto de la condena**

#### **7.9.1. Aplicación a la consignación del “día de gracia”**

De acuerdo con la **STS 12-9-18 (Rec 607/2017 ECLI:ES:TS:2018:3285)**, la posibilidad que concede el art. 45.1 LRJS de presentar el escrito hasta las 15 horas del día siguiente hábil del vencimiento del plazo (“día de gracia”), debe aplicarse también a la obligación de consignar o asegurar el importe de la cantidad objeto de la condena del art. 230.1 de la misma ley, de acuerdo con una interpretación flexible de los requisitos formales para recurrir inspirada en el principio *pro actione*, y que no contraviene la regulación legal ya que la LRJS no fija un tiempo específico para llevar a cabo la consignación, sino que se limita a pedir la acreditación de haberla realizado cuando se anuncia o prepara el recurso; y se trata de una obligación accesoria de la principal - la preparación o anuncio del recurso - que sí se beneficia de esa ventaja, por lo que resulta lógico que se aplique a ambas el mismo criterio.

#### **7.9.2. Consignación para recurrir sentencias dictadas en proceso de conflicto colectivo**

En el caso de las sentencias de conflicto colectivo, la obligación de consignar la cantidad objeto de la condena del art. 230.1 LRJS depende de los términos del fallo, de manera que si contiene las concreciones y las declaraciones exigidas por la LRJS – lo que a su vez dependerá de los términos en que el suplico de la demanda fuera formulado, art. 157.1.a) LRJS –, entonces sí será susceptible de

ejecución inmediata por el cauce del art. 247 LRJS y, consiguientemente, será exigible la consignación, según la **STS 27-9-18 (Rec 44/2018 ECLI:ES:TS:2018:3602)**.

### **7.9.3. Obligación del sindicato empleador de consignar**

Según las **STS 4-12-18 (Rec. 4553/2017 ECLI:ES:TS:2018:4469 )** y **11-12-18 (Rec. 3158/2017 ECLI:ES:TS:2018:4539)**, que reiteran doctrina de la STS 11-5-15 Rec. 3323/14, la exención del sindicato de realizar depósitos y consignaciones para recurrir establecida en los arts. 229.4 y 230.1 LRJS, está condicionada a que ejercite un interés colectivo en cumplimiento de la función institucional que le reconoce el art. 7 CE, de modo que cuando actúe en el proceso como empleador, está obligado a consignar la cantidad objeto de condena.

## **7.10. Costas**

### **7.10.1. Los Servicios de Salud de las de las Comunidades Autónomas sí pagan costas**

Es la nueva doctrina establecida por la Sala a partir de la **STS, Pleno, 20 de septiembre de 2018 (Rec 56/2017 ECLI:ES:TS:2018:3453)** porque los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas no son Entidades Gestoras, sino entes de naturaleza jurídica distinta y, por esa razón, no gozan del beneficio de justicia gratuita, lo que determina que proceda su condena en costas. Aplican esta doctrina al SERMAS, además de la citada, las **STS 7-11-18 (Recs 52/2017 ECLI:ES:TS:2018:4052 y 54/2017 ECLI:ES:TS:2018:1206)**.

### **7.10.2. El Servicio Público de Empleo no paga costas**

La **STS 12-6-18 (Rec 684/2017 ECLI:ES:TS:2018:2465)** reitera la doctrina de la Sala – en principio, no afectada por el cambio de criterio indicado anteriormente - en el sentido de que el Servicio Público de Empleo (SPEE) tiene la naturaleza propia de una entidad gestora de la Seguridad Social, por las competencias que tiene atribuidas (art. 294 LGSS), y porque ha venido a sustituir al antiguo INEM conforme a lo previsto en la DA 1ª Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, por lo que goza del beneficio de asistencia jurídica gratuita que la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita, art. 2 b), concede a "las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en todo caso", y por tanto, no procede su condena en costas con arreglo a la regla del vencimiento.

### **7.10.3. Conflicto colectivo: Condena en costas por temeridad o mala fe**

Aunque los conflictos colectivos quedan excluidos de la regla general del vencimiento y cada parte debe hacerse cargo de las costas causadas a su instancia, de acuerdo con el art. 235.2 LRJS, la Sala puede imponer el pago de las costas "a cualquiera de las partes que en dicho proceso o en el recurso hubiera actuado con temeridad o mala fe", tal como indica el mismo precepto,

que es lo que sucede en el caso resuelto por la **STS 8-5-19 (Rec 94/2017 ECLI:ES:TS:2019:1930)**.

#### **7.10.4. La estimación parcial del recurso no da lugar a la condena en costas**

La **STS 28-3-19 (Rec. 2762/2017 ECLI:ES:TS:2019:1401)** reitera la doctrina sentada por la STS 7-3-17 Rec 2893/15 en el sentido de que el art. 235.1 LRJS no dice nada sobre las costas en el caso de estimación parcial del recurso, debiendo por ello acudir a la LEC (supletoria de la LRJS, según su Disp. Final 4ª) cuyo art. 394.2 establece que en caso de estimación o desestimación parcial del recurso no hay condena en costas, sino que cada parte se hará cargo de las suyas.

#### **7.10.5. Imposición de costas (honorarios de letrado) en cuantía concreta y en la misma resolución que desestime o inadmita el recurso**

A partir de Mayo 2019 (reflejo de esta práctica pueden ser las SSTS 28-5-2019, rcud 2075-18, 29-52019, rcud 1291-18, y ATS 14-5-19, rcud 3248/18) la Sala ha ido imponiendo en sentencia o en auto las costas en forma de honorarios de Letrado y en cuantía además líquida y determinada, más el IVA aplicable, a la parte cuyo recurso es desestimado o inadmitido o desistido –siempre que hubiera actuado la parte contraria-, dando así cumplimiento a la regla de vencimiento objetivo aplicable a estos supuestos, sin dejarlo para ulteriores determinaciones o actuaciones en secretaría. Las cuantías generales son: desistimiento con previa personación contraria 300 euros y con impugnación ídem 1.000; inadmisión con personación 300 eur., nulidad de actuaciones desestimada 300 eur., desestimación en sentencia, previa personación contraria, 300 eur. y si ha impugnado el contrario 1.500 eur. como cifra usual, salvo complejidad añadida del caso que podría elevarse hasta 1.800 euros en tal supuesto. Si la parte recurrente tiene beneficio de gratuidad no se imponen costas, todo ello con independencia del régimen propio de la temeridad o mala fe, en su caso, así como de las especialidades de ciertos procedimientos –como instancia única ante el Tribunal Supremo, conflictos colectivos-.

## **8. Revisión de sentencias firmes**

### **8.1. Plazo para el ejercicio de la acción**

Es doctrina reiterada de la Sala IV del Tribunal Supremo que la excepcionalidad de la revisión de sentencias firmes viene dada no solo por los motivos tasados que la justifican, sino también por su sometimiento al doble plazo de caducidad establecido para su interposición en el art. 512 LEC: el primero objetivo (o de caducidad larga) de cinco años, a contar "desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar"; y el otro subjetivo (o de caducidad corta) que opera dentro de aquél, y que es de tres meses contados a partir del momento en que se descubrió el documento decisivo, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad, correspondiendo a la parte demandante determinar con claridad el *dies a quo* para su cómputo y acreditar que el recurso se ha interpuesto en tiempo hábil.

De acuerdo con dicha doctrina se aprecia la caducidad de la acción, entre otras, en las **SSTS 5-12-18 (Rev 35/2017 ECLI:ES:TS:2018:4449, Rev 50/2017 ECLI:ES:TS:2018:4447 y 51/2017), 8-3-19 (Rev 48/2017), 29-3-19 (Rev 43/2017 ECLI:ES:TS:2019:1468).**

## **8.2. El requisito de subsidiariedad y sus excepciones**

### **8.2.1. Agotamiento de los recursos previstos por la ley**

La Ley exige para la válida interposición de la demanda de revisión que la sentencia sea firme en los términos previstos en los arts. 207.2. LEC y. 245.3 LOPJ y que dicha firmeza se haya ganado tras agotar todos los recursos judiciales establecidos por la ley. Así, la **STS 4-12-17 (Rev. 15/2017 ECLI:ES:TS:2018:4450)** desestima la demanda, entre otras razones, porque el actor consintió que la sentencia ganara firmeza sin interponer recurso de suplicación; la **STS 7-3-19 (Rev. 44/2017 ECLI:ES:TS:2019:995)** porque no interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina previamente preparado; y la **STS 28-9-18 (Rev 28/2017 ECLI:ES:TS:2018:3581)**, porque no se agotó el recurso de casación para la unificación de doctrina, ni tampoco el incidente de nulidad.

### **8.2.2. Excepciones**

- **Demanda de revisión basada en la obtención de una sentencia penal absolutoria a que hace referencia el art. 86.3 LRJS**, porque “ni cabe combatir en suplicación o en casación unificadora la apreciación de una prueba testifical que además fue determinante del fallo, ni tampoco es dable contraponer las posibilidades de impugnación obrantes en autos frente a un elemento externo al mismo como es una sentencia dictada en otra jurisdicción” (**STS 5-12-18 Rev 7/2017 ECLI:ES:TS:2018:4536**).

- **Demanda de revisión sobre despido**, porque por regla general dicha materia no es propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, por lo que la revisión puede plantearse sin necesidad de agotar previamente el recurso de casación para la unificación de doctrina (**SSTS 11-12-18 Rev. 3/2018 ECLI:ES:TS:2018:4448 y 8-3-19 Rev. 13/2018 ECLI:ES:TS:2019:1052**). En el mismo sentido se pronuncia la **STS 11-12-18 (Rev. 46/2015 ECLI:ES:TS:2018:4487)**, en un caso de acumulación de demandas de despido y de extinción del contrato al amparo del art. 50 ET.

## **8.3. Exigencias formales de la demanda**

**Determinación del motivo de la revisión, con cita del apartado correspondiente del art. 510 LEC.** La falta cumplimiento de ese requisito provoca la desestimación de la demanda en la **STS 5-12-18 (Rev. 40/2017 ECLI:ES:TS:2018:4489)**.

## **8.4. Motivos de revisión**

### **8.4.1. Documentos recobrados**

El art. 510.1º LEC establece que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme si después de pronunciada, se recobrasen u obtuviesen documentos decisivos de los que no se hubiese podido disponer por fuerza mayor.

Dicho motivo no se aprecia en la **STS 5-12-18 (Rev 51/2017 ECLI:ES:TS:2018:4546)** porque el documento en cuestión (un informe médico) era de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se solicita, y no resulta decisivo; tampoco en la **STS 4-12-18 (Rev. 8/2018 ECLI:ES:TS:2018:4479)**, porque la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo en que se basa la revisión es de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se pretende y además es intrascendente; entre otras muchas similares.

#### **8.4.2. Maquinación fraudulenta**

La maquinación fraudulenta, tal y como ha sido reiteradamente interpretada por la jurisprudencia, consiste en “un artificio puesto en práctica con intención maliciosa de llevar a la parte contraria, mediante engaño, a una situación desfavorable, que le acarrea una real indefensión, integrándose en este concepto la intencionalidad de la conducta y la eficiencia en la producción del resultado”.

Dicha circunstancia no se produce en la **STS 4-12-17 (Rev. 15/2017 ECLI:ES:TS:2018:4450)**, porque si bien la Mutua se equivocó de documento, no tuvo ninguna relevancia en la solución alcanzada en la sentencia. Tampoco en la **STS 11-9-18 (Rev 35/2016 ECLI:ES:TS:2018:3294)**, porque la calificación de la procedencia del despido de la actora no se apoyó de modo exclusivo en la cuestión de un descubierto económico, cuyo documento tampoco consta fuera retenido por la empresa, sino en la apreciación de la efectiva comisión por su parte de otras infracciones laborales que se declararon probadas y fueron calificadas de graves, justificando así la reacción disciplinaria de la empresa. No hay, en fin, maquinación fraudulenta por no facilitar el actor en la demanda el domicilio actual de la demandada. Así lo declara la **STS 13-6-18 (Rev 8/2017 ECLI:ES:TS:2018:2621)** porque el trabajador no ocultó maliciosamente al Juzgado el domicilio de la demandada, poniendo en su conocimiento un domicilio erróneo, sino que, por el contrario, comunicó al Juzgado el domicilio que le había facilitado la empresa, donde infructuosamente el Juzgado intentó la citación, agotando todas las posibilidades exigidas para la válida realización de los actos de comunicación.

#### **8.4.3. Falsedad documental**

No se aprecia en la **STS 28-9-18 (Rev 28/2017 ECLI:ES:TS:2018:3581)**, al no acreditarse la existencia de un proceso penal en el que se declare la falsedad que se invoca.

#### **8.4.4. Sentencia penal absolutoria**

De acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala, el art. 86.3 LRJS debe interpretarse en el sentido de que solo constituye motivo de revisión la sentencia absolutoria basada en la inexistencia del hecho o la falta de participación del sujeto en el mismo, con lo que quedan excluidas cualesquiera otras razones por las que se declare la inexistencia de responsabilidad penal.

Así, la **STS 11-12-18 (Rev 31/2017 ECLI:ES:TS:2018:4499)** señala que el auto de sobreseimiento provisional no es documento idóneo para solicitar la revisión. Tampoco es hábil para la revisión de sentencia firme ex LRJS art. 86.3, la

sentencia que absuelve a la trabajadora de la sustracción por la que fue sancionada con el despido, por aplicación del principio de presunción de inocencia al no considerarse suficientemente acreditado el propósito delictivo en los hechos en los que la trabajadora intervino, según la **STS 5-12-18 (Rev. 37/2017 ECLI:ES:TS:2018:4532)**, que reitera doctrina. En el mismo sentido, las **SSTS 7-3-19 (Rev. 46/2017 ECLI:ES:TS:2019:1119) y 8-3-19 (Rev. 13/2018 ECLI:ES:TS:2019:1052)** desestiman la revisión porque la sentencia penal absuelve al trabajador del delito de hurto imputado por falta de prueba, por lo que no declara la inexistencia del hecho o la falta de participación del sujeto en el mismo, como requiere la LRJS art. 86.3.

Sin embargo, sí se aprecia el motivo y con ello la demanda de revisión en la **STS 5-12-18 (Rev 7/2017 ECLI:ES:TS:2018:4536)**, al haber recaído sentencia dictada en la jurisdicción penal condenando por falso testimonio a quien depuso como testigo ante la jurisdicción laboral en juicio por despido, porque dicho testimonio sirvió de fundamento para la estimación de la demanda que planteó el trabajador. Además la sentencia descarta la necesidad de que en casos como este se agoten los recursos previstos por la ley.

## **9. Error judicial**

De acuerdo con la LOPJ art. 293.1, los requisitos para el ejercicio de la acción de error judicial son dos: 1º) plazo: ha de instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse. 2º) subsidiariedad: han de haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

### **9.1. Plazo para el ejercicio de la acción y causas de suspensión**

El art. 293.1 LOPJ establece que "la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse". La jurisprudencia es unánime al señalar que el plazo es de caducidad tal como se deriva, no sólo del término «inexcusablemente» que utiliza dicho precepto, sino porque de esa naturaleza es también el plazo fijado para poder iniciar el recurso de revisión a cuyas reglas de trámite ha de ajustarse este proceso. En el caso de la **STS 23-10-18 (Error 4/2016 ECLI:ES:TS:2018:3851)** dicho requisito no se cumple, porque el plazo se computaría a partir de la última resolución judicial que agota la vía judicial ordinaria respecto de las dos resoluciones judiciales a las que se atribuye el error, es decir a partir de la notificación de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 16-7-09, y la demanda fue presentada el 12-4-16.

### **Se suspende por el incidente de nulidad de actuaciones**

Es doctrina reiterada de la Sala que el plazo para el ejercicio de la acción de error judicial se suspende por la interposición de un "recurso jurisdiccional" previsto por la ley, entre los que se incluye el incidente de nulidad de actuaciones, salvo que sea del todo improcedente, que es lo que sucede en el caso de la **STS 7-3-18 (Error 7/2017 ECLI:ES:TS:2019:1112)**.

### **No se suspende por el recurso de amparo**

La **TS 5-12-18 (Error 24/2016 ECLI:ES:TS:2018:4570)** declara extemporánea la demanda de error judicial porque se interpuso más allá del plazo de tres meses

del art. 293.1 la LOPJ, computado desde que se notificaron las resoluciones a las que se imputa el error, sin que dicho plazo se suspenda por la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, porque no es un recurso judicial a los que necesariamente debe entenderse referida la regla del citado precepto, de acuerdo con doctrina reiterada.

## **9.2. Agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento (subsidiariedad)**

La Sala ha señalado en numerosas ocasiones que es necesario agotar todos los recursos procedentes contra la resolución a la que se atribuye el error antes de plantear la demanda de error judicial, doctrina que reitera la **STS 26-3-19 (Error 17/2017 ECLI:ES:TS:2019:1205)**, porque no se planteó en ese caso el recurso de suplicación. En el mismo sentido, las **STS 27-6-18 (Error 6/2017 ECLI:ES:TS:2018:2883)** y **11-7-18 (Error 10/2017 ECLI:ES:TS:2018:3027)** reiteran la doctrina de la Sala en el sentido de que el incidente de nulidad de actuaciones es uno de los “recursos” – entendidos en sentido amplio - que se incardinan dentro del ámbito del citado art. 293.1.f), lo que exige que, previamente a la interposición de la demanda de error judicial, se promueva dicho incidente frente a la resolución judicial a la que se imputa el error, comenzando el cómputo del plazo para la presentación de la demanda a partir de la resolución denegatoria de tal incidente de nulidad de actuaciones.

- **No se tienen por agotados los recursos cuando se interponen con incumplimiento flagrante de los requisitos formales**, que es lo que sucede en el caso resuelto por la STS indicada **27-6-18 (Error 6/2017 ECLI:ES:TS:2018:2883)**, porque se presentó escrito de aclaración de la sentencia, que fue desestimado por haberse presentado fuera de plazo; y se presentó escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina que fue inadmitido al no haber consignado la cantidad objeto de condena, ni constituido aval; no constando que tras la firmeza de la sentencia dictada en suplicación, se planteara incidente de nulidad de actuaciones por medio del cual podía haberse denunciado el error que ahora se imputa a la misma. La sentencia razona que la demandante no defendió de forma procesalmente adecuada su posición y que eso impide entender que los daños que se invocan hayan sido causados por error judicial, al haberse producido la ruptura de la relación de causalidad entre el daño alegado y el supuesto error judicial denunciado.

- **Deben tenerse por agotados los recursos cuando, a pesar de su procedencia, la sentencia advierte de lo contrario**

Así lo indica la sentencia citada de **11/07/18 (Error 10/2017 ECLI:ES:TS:2018:3027)** porque la sentencia impugnada en la demanda de error judicial indicaba en su parte dispositiva que contra la misma no procedía recurrir en suplicación (a pesar de ser tener acceso a suplicación por infracción procesal) y por eso la parte planteó directamente incidente de nulidad de actuaciones. La sentencia razona que no puede recaer sobre la demandante una causa de inadmisión de la demanda de error judicial que le es ajena.

## **10. Ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos**

### **10.1. Los laudos arbitrales sustitutivos de convenios colectivos no son susceptibles de ejecución definitiva en el proceso laboral**

A esa conclusión llega la **TS 23-4-18 (Rec. 162/2018 ECLI:ES:TS:2019:1761)** porque se trata de un laudo que viene a establecer determinados preceptos del convenio colectivo -en el caso enjuiciado, en materia de retribuciones y jornada-, sustituyendo a la negociación colectiva que no pudo alcanzarse, y, por tanto, tiene eficacia normativa, lo que excluye su ejecutividad de acuerdo con los arts. 68.2 y 247.2 LRJS.

### **10.2. Ejecución de sentencia firme de despido colectivo y readmisión irregular por jubilación del trabajador**

La **STS 28-2-19 (Rec 178/2017 ECLI:ES:TS:2019:1554)** se dicta en un proceso de ejecución de sentencia de despido colectivo que declaró el derecho de los trabajadores a la reincorporación en el puesto de trabajo en Air Europa con arreglo al art. 151.11 LRJS (en su versión anterior a la Ley 3/2012), a los efectos de decidir si la readmisión fue irregular por el hecho de que los recurrentes fueran dados de baja tras constatarse por la empresa que habían causado derecho a la situación de jubilación en el lapso comprendido entre la decisión extintiva de los contratos y la firmeza de la resolución que declaraba el derecho a la reincorporación a sus puestos de trabajo. La sentencia desestima el recurso porque dicha decisión no constituye readmisión irregular, sino la aplicación de la extinción que el art. 49.1.f ET prevé.

### **10.3. El FOGASA como acreedor ejecutante**

La **STS 16-5-18 (Rec 124/2016 ECLI:ES:TS:2018:2167)** examina los requisitos procesales para que el FOGASA pueda adquirir la condición de ejecutante y participar en la distribución proporcional de las cantidades obtenidas en ejecución, concluyendo que no es necesario, comparezca con anterioridad para que sea considerado como sujeto ejecutante “con auto firme despachando ejecución a su favor” (art. 274 LRJS) porque el FOGASA no es un tercero que se sume o acumule a la ejecución, sino que se coloca como subrogado de los ejecutantes, de forma que no se le exige ningún auto despachando ejecución sino únicamente el decreto que le considere como ejecutante por subrogación y en las cantidades satisfechas en tal condición. En el caso enjuiciado no se dio cumplimiento a dichos requisitos, porque el Juzgado de lo Social no dictó el decreto teniendo al FOGASA por subrogado en las cantidades acreditadas como abonadas, sino que directamente procedió a la distribución proporcional, declarando por ello la nulidad de lo actuado hasta el momento en que se incumplió la norma procesal señalada.

### **10.4. Condena en costas en ejecución: Inclusión de los honorarios del letrado**

La **STS 5-12-18 (Error 9/2017 ECLI:ES:TS:2018:4549)**, dictada en procedimiento de error judicial, desestima la demanda planteada frente a un Auto que deniega la inclusión en las costas de los honorarios de letrado en ejecución de sentencia firme, con apoyo en el art. 269.3 LRJS, que establece que “Los honorarios o derechos de abogados, incluidos los de las Administraciones públicas, procuradores y graduados sociales colegiados, devengados en la ejecución podrán incluirse en la tasación de costas”. El auto

razona que dicho precepto no impone la automática inclusión en las costas de la minuta del letrado que asiste a la parte ejecutante, sino que simplemente atribuye al órgano judicial la facultad de acordar su inclusión cuando considere que resulta procedente en razón de la actuación del abogado y de la mayor o menor actividad desplegada por el mismo durante la fase de ejecución, toda vez que conforme al art. 237.1 LRJS el órgano judicial ha de proceder de oficio durante la misma. La sentencia confirma la decisión de la resolución impugnada porque el Letrado limitó su intervención a la mera y simple presentación del escrito inicial en el que solicitaba el inicio de la ejecución, sin haber desplegado posteriormente ningún tipo de actividad concreta a la hora de señalar bienes a embargar, o de colaborar de cualquier otra forma con el proceso ejecutivo que se desarrolló de oficio.